

Erschienen in: Sylvia Kesper-Biermann, Diethelm Klippel (Hrsg.): Verbrechen und Strafen. Soziale, rechtliche, philosophische und literarische Aspekte von Kriminalität im Mittelalter und der frühen Neuzeit, Wiesbaden: Harrassowitz 2007 (Wolfenbütteler Forschungen, Bd. 114), S. 77-114.*

/77/ Dieter Hüning

Die Begründung des ius puniendi in der Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts

Daß die neuzeitliche, mit Grotius und Hobbes beginnende neuzeitliche Naturrechtslehre den entscheidenden Beitrag zur Säkularisierung der Rechtsbegründung, ja überhaupt des Rechtsverständnisses der modernen Zivilgesellschaft geleistet hat, gehört zu den von den einschlägigen dogmengeschichtlichen Darstellungen und Studien immer wieder zu Recht hervorgehobenen Aspekten der politischen Philosophie. Die gleichzeitige „Enttheologisierung des Naturrechts und die Säkularisierung des Staates“¹ findet ihren Niederschlag in einer Reihe von systematischen und begrifflichen Konzeptionen, durch welche die neuzeitliche Naturrechtslehre sich allmählich von der Theologie, insbesondere vom Einfluß der Moraltheologie emanzipiert. Die angesprochene Rationalisierung und Säkularisierung des Strafrechts in der neuzeitlichen Naturrechtslehre betrifft u. a. die folgenden Aspekte:

- * die Unterscheidung von Naturrechtslehre und Moraltheologie²,
- * die Einschränkung des Staatszwecks auf das diesseitige Leben³,
- * die Unterscheidung von göttlicher und irdischer bzw. menschlicher Strafgerichtsbarkeit sowie die Hervorhebung der unterschiedlichen Strafzwecke der poena divina und der poena humana⁴,

* https://www.harrassowitz-verlag.de/Kriminalit%C3%A4t_in_Mittelalter_und_Fr%C3%BCher_Neuzeit/titel_1891.shtml

¹ Ich greife hier eine Formulierung auf, die Frank Grunert in seiner kürzlich erschienenen richtungweisenden Studie über *Normbegründung und politische Legitimität. Zur Rechts- und Staatsphilosophie der deutschen Frühaufklärung*, Tübingen 2000 [Frühe Neuzeit Bd. 57], im Hinblick auf die Naturrechtstheorie des Hugo Grotius geprägt hat, vgl. S. 63 ff.

² *Samuel Pufendorf*, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, ed. Immanuel Weber, Frankfurt/M. 1706, Præfatio §§ 4-6; *Christian Thomasius*, *Institutiones Jurisprudentiæ Divinæ Libri Tres*, Halle ⁷1720, Reprint Aalen 1994, I, 2, § 137.

³ *Thomasius*, *Institutiones* III, 6, § 6.

- * /78/ die mit dieser Unterscheidung eng verknüpfte Ablehnung des Strafprinzips der Wiedervergeltung bzw. der Rache zugunsten spezifisch ‘menschlicher’ Strafzwecke wie Abschreckung oder Besserung des Täters⁵,
- * die Frage nach dem Verhältnis der (durch die *recta ratio* erkennbaren) natürlichen Gesetze und den im Alten und Neuen Testament zu findenden Rechtsvorschriften (*lex divina positiva*), d. h. solcher Normen, die „nicht schon unmittelbar als *dictamina rationis* einsichtig sind, sondern der Vernunft als heteronome Autorität entgegengetreten“⁶,
- * die mit dieser Unterscheidung verbundene Ablehnung der juridischen Verbindlichkeit der mosaischen Strafgesetze⁷,

⁴ Stellvertretend für viele: *Johann Gottlieb Heineccius*, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts (1738), hrsg. von Christoph Bergfeld, Frankfurt/M. 1994, I, § 66; II, § 160 Anm. – Einen wichtigen Schritt in dieser Richtung hatte schon Grotius getan, der betont hatte, daß das Naturrecht nur die Möglichkeit der Bestrafung lehre, nicht aber ihre Notwendigkeit. Nicht jeder Gesetzesverstoß zieht mit Notwendigkeit eine Bestrafung nach sich; im Unterschied zur göttlichen Strafgerechtigkeit müssen die Menschen mit der Bestrafung immer auch ein Zweck verbinden; die Strafe dürfe daher niemals Selbstzweck sein, vgl. *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres*, ed. Joannes Barbeyrac, Amsterdam 1720, II, 20, § 4; ihm folgen *Samuel Pufendorf*, *De iure naturae et gentium*, hrsg. von Frank Böhling; in: Ders., *Gesammelte Werke*, hrsg. von Wilhelm Schmidt-Biggemann, Bd. 4, Berlin 1998, VIII, 3, § 15 *Christian Wolff*, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum pars VIII*, Halle 1748, Reprint Hildesheim 1968 [= *Gesammelte Werke II. Abt.*, Bd. 24], § 642; *Cesare Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*. A cura di Franco Venturini, Turin 1994, pp. 5-6. Damit hat Grotius nicht nur einen größeren Ermessensspielraum für die staatliche Strafkompetenz eröffnet, sondern überhaupt das Strafrecht von seiner (theologisch begründeten) Funktion, die universale Wiederherstellung der Gerechtigkeit zu bewirken, abgelöst.

⁵ Zur Ablehnung von Rache und Vergeltung als Prinzip des Strafrechts vgl. *Thomas Hobbes*, *Leviathan*, edited by Richard Tuck, Cambridge 1996, XXVIII, pp. 216 f.; *Pufendorf*, *De iure naturae et gentium* VIII, 3, § 27; *ders.*, *De officio hominis et civis* I, 6, § 13; II, 13, § 6; *Thomasius*, *Institutiones*, III, 7, § 37: „Quare cum *summus princeps* etiam subditis suis teneatur ad officia humanitatis, *inhumanum* esset, si ob solum malum præteritum homo vellet afficere hominem, præprimis pœnitentem & veniam commissi postulantem“; *Heineccius*, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts II, §§ 160, 165; *Christian Wolff*, *Jus naturæ methodo scientifica pertractatum*, pars VIII, Halle 1748 (Reprint Hildesheim 1968), §§ 640 f.; *ders.*, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worinn alle Verbindlichkeit und alle Rechte aus der Natur des Menschen hergeleitet werden, Halle 1754 (Reprint o. O. 1980), § 155 f.; *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, § XII; *Voltaire*, *Prix de la justice et de l’humanité*, art. III, in: *ders.*, *Œuvres complètes*, tome XVIII, Paris 1818, p. 211; *Gaetano Filangieri*, *System der Gesetzgebung*, vierter Band, Anspach 1787, III. Buch, 27. Kapitel, S. 17 ff. Demgegenüber wird bei Kant die Frage nach dem Strafprinzip unter Rückgriff auf das Talionsprinzip beantwortet: „*Richterliche Strafe* [...] kann niemals bloß als Mittel ein anderes Gut zu befördern für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er *verbrochen* hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt [...] werden [...]. Er muß vorher *strafbar* befunden sein, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen“ (*Kant*, *Rechtslehre* § 49 E; AA VI, S. 231₂₀₋₃₁).

⁶ *Christoph Link*, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, Wien, Köln, Graz 1979, S. 204.

⁷ *Thomasius*, *Institutiones* I, 2, §§ 122 f. *Johann David Michaelis*, *Mosaisches Recht. Erster Theil*, Frankfurt/M. 1715, § 2. Der Sache nach hatten schon Hugo Grotius (*De iure belli ac pacis* I, 1, § 16) und Thomas Hobbes (*De Cive*. The Latin version, ed. by Howard Warrender, Oxford 1983, XVI, 10) das entscheidende Argument vorgebracht, indem sie den Geltungsanspruch der Mosaischen Gesetze eingeschränkt hatte: die im Alten Testament erwähnten „*leges politicæ, iudicales, ceremonialesque*“ (*De*

- * /79/ die systematische Unterscheidung zwischen peccatum einerseits und crimen bzw. delictum andererseits⁸,
- * die Forderung nach Milderung⁹ und Verhältnismäßigkeit der Strafen¹⁰ sowie nach Abschaffung der Folter¹¹,
- * /80/ und schließlich der Ausschluß theologisch begründeter Straftatbestände (wie Zauberei, Hexerei usw.) aus der staatlichen Strafkompentenz.

Im folgenden möchte ich zeigen, wie sich diese Entwicklungstendenz auf die Strafrechtsbegründung auswirkt. Ich werde mich allerdings auf ein spezielles Problem konzentrieren, das

cive a. a. O.) sind nur für die Juden verbindlich. – Zum Problem der Verbindlichkeit der Mosaischen Gesetze vgl. *Hinrich Rüping*, Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule, Bonn 1968, S. 57-59, S. 143-146, *Link*, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit, S. 223 ff., 232 ff., 253 ff. sowie *Friedrich Schaffstein*, Johann David Michaelis als Kriminalpolitiker. Ein Orientalist am Rande der Strafrechtswissenschaft, Göttingen 1988.

⁸ Grundlegend in dieser Hinsicht die Ausführungen von Hobbes im 27. Kapitel des *Leviathan*, p. 202. Hobbes unterscheidet dort zwischen *peccatum*, mit dem „all manner of deviation from the Law“ bezeichnet werden, und *Crimen*, worunter die Römer bloß solche Vergehen verstanden hätten, „as may be made appear before a Judge; and therefore are not meer Intentions“. – Damit liefert Hobbes den Ansatzpunkt für die weitere Entwicklung einer säkularisierten Strafrechtsbegründung, denn nur das *Crimen*, d. h. das gesetzlich (oder wenigstens durch den Willens des Staatsoberhauptes) bestimmte Unrecht ist Gegenstand der staatlichen Strafgewalt.

⁹ Grundlegend hierzu *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, § XXVII: Dolcezza delle pene. Allerdings standen bei den Forderungen nach Abmilderung der Strafen und insbesondere des Strafvollzugs weniger Humanitäts- als vielmehr Nützlichkeitsgesichtspunkte im Vordergrund. Charakteristisch sind in dieser Hinsicht Voltaires Ausführungen zur Todesstrafe: „On a dit, il y a long-temps, qu’un homme pendu n’est bon à rien, et que les supplices inventés pour le bien de la société doivent être utiles à cette société. Il est évident que vingt voleurs vigoureux, condamnés à travailler aux ouvrages publics toute leur vie, servent l’état par leur supplice, et que leur mort ne fait de bien qu’au bourreau que l’on paye tuer les hommes au public“ (Commentaire sur le livre des délits et des peines, in: *Œuvres complètes de Voltaire*. Nouvelle édition. Tome XVIII: Politique et législation, Paris 1818, p. 176).

¹⁰ *Hobbes*, *Leviathan* XXVII, pp. 207 ff. (zu Hobbes’ Proportionalitätsforderung vgl. *Dieter Hüning*, Freiheit und Herrschaft in der Rechtsphilosophie des Thomas Hobbes, Berlin 1998, S. 230 f.); *Christian Thomasius*, *Institutiones* III, 7, § 120; *Christian Wolff*, *Jus naturae* I, §§ 1058 f.; *Heineccius*, *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts* II, § 164; *Montesquieu*, *De l’esprit des lois*, ed. par Victor Goldschmidt, Paris 1979, VI, 16; *Beccaria*, *Dei delitti e delle pene*, § VI. – Zur Proportionalitätsforderung im allgemeinen vgl. *Wolfgang Sellert*, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, hrsg. von Wolfgang Sellert und Hinrich Rüping, Bd. 1: Von den Anfängen bis zur Aufklärung, Aalen 1989, S. 368 ff., *Kurt Seelmann*, Gaetono Filangieri und die Proportionalität von Straftat und Strafe, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97 (1985), S. 241 ff., ders., Zum Verhältnis von Strafzwecken und Sanktionen in der Strafrechtswissenschaft der Aufklärung, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 101 (1989), S. 335-351.

¹¹ Vgl. hierzu *Mario A. Cattaneo*, *Beccaria und Sonnenfels: Die Abschaffung der Folter im theresianischen Zeitalter*, in: ders., *Aufklärung und Strafrecht. Beiträge zur deutschen Strafrechtsphilosophie des 18. Jahrhunderts*, Baden-Baden 1998, S. 49-62; *Mathias Schmoeckel*, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Köln/Weimar/Wien 2000; *Sabine Dannat*, *Martin Gottschalk*, *Die Abschaffung der Folter im Aufklärungsdiskurs*, in: Günter Jerouschek, Hinrich Rüping (Hrsg.), „Auss liebe der gerechtigkeit vnd umb gemeines nutz willenn“. Historische Beiträge zur Strafverfolgung, Tübingen 2000, S. 135-163.

in geltungstheoretischer Hinsicht ein Grundproblem der neuzeitlichen Naturrechtslehre dokumentiert und das aus diesem Grunde diese gesamte Tradition zwischen Grotius und dem frühen 19. Jahrhundert beschäftigt hat: Es ist die Frage, ob die Strafgewalt bzw. das *ius puniendi* entweder aus dem natürlichen Recht, über das ursprünglich jeder einzelne verfügt abgeleitet werden kann, oder ob es sich um eine Kompetenz handelt, die erst mit dem Eintritt in den *status civilis* bzw. mit der Schaffung einer souveränen Zwangsgewalt geschaffen wird. Bei der Kontroverse um den Ursprung des *ius puniendi* geht es also mit anderen Worten um die Frage, ob es sich bei der Strafgewalt (dem *ius puniendi*) um eine *naturrechtliche Kompetenz* handelt, über die aufgrund des natürlichen Gesetzes ursprünglich jeder einzelne verfügt, oder ob sie einer *staatsrechtlichen Begründung* bedarf, in welcher die Strafgewalt als eine ausschließlich hoheitliche Kompetenz betrachtet wird, da von einer spezifischen Strafgewalt erst unter der Voraussetzung der Schaffung einer souveränen Zwangsgewalt gesprochen werden kann.¹² Beiden Begründungsversuchen ist jedoch eigentümlich, daß es sich um säkulare bzw. säkularisierte Argumentationen handelt, die sich deutlich von der theokratischen Strafrechtslehre eines Benedikt Carpzovs unterscheiden.¹³ Die nachfolgenden Ausführungen gliedern sich /81/ in zwei Teile: zunächst wird die naturrechtliche Begründung des *ius puniendi*, wie sie sich bei Hugo Grotius und John Locke findet, analysiert. Im zweiten Teil wird die staatsrechtliche Begründung der Strafgewalt bei Thomas Hobbes und Samuel Pufendorf dargestellt, die sich kritisch auf die naturrechtlichen Ableitungsversuche bezieht.

I. Die naturrechtliche Begründung der Strafgewalt bei Grotius und Locke

1. Die neuzeitliche Debatte um die Grundlagen des Strafrechts beginnt mit Hugo Grotius.¹⁴ Obwohl Grotius in vielen Punkten seiner Naturrechtslehre von älteren Autoren (insbesondere der Antike und der spanischen Spätscholastik) abhängig ist, wird er in den einschlägigen dogmengeschichtlichen Darstellungen oftmals nicht nur als „Vater des Völkerrechts“, sondern auch des neuzeitlichen Naturrechts überhaupt bezeichnet.¹⁵ Schon Thomasius hatte in seiner Vorrede zur deutschen Übersetzung von *De iure belli ac pacis* Grotius als das „Werkzeug“ betrachtet, „dessen sich die Weisheit Gottes bediente, um die so lange andauernde Verwirrung des natürlichen und übernatürlichen Lichtes aufzuheben“ und das – wegen der scholastischen Zwangsvorstellungen – „in einem erbärmlichen und todkranken Zustand“ befindliche Naturrecht zu erneuern.¹⁶ Tatsächlich macht Grotius den entscheidenden Schritt zur Säkularisierung

¹² Vgl. hierzu schon Georg Wilhelm Böhmer, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts, Göttingen 1816 (Reprint Amsterdam 1970) § 106, S. 663: „[Ü]ber das Urprincip, den Grundzweck und das rechtliche Fundament alles Strafrechts, sind die Meinungen in einem hohen Grade geteilt. Doch scheinen die meisten darin übereinzustimmen, daß es entweder auf das natürliche Recht zu gründen oder aus dem Staatsvertrage abzuleiten sey.“

¹³ Wolfgang Schild (Hrsg.), Benedikt Carpzov (1595-1666). Werk und Wirken. Bd. 1, Goldbach 1997, Günter Jerouschek, Wolfgang Schild, Walter Gropp (Hrsg.), Benedikt Carpzov. Neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen, Tübingen 2000.

¹⁴ Zu Grotius' Strafrechtstheorie vgl. meinen Aufsatz „Nonne puniendi potestas reipublicae propria est“ – Die naturrechtliche Begründung der Strafgewalt bei Hugo Grotius. – In: B. Sharon Byrd/Joachim Hruschka/Jan C. Joerden (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics Bd. 8 (2000), Berlin: Duncker & Humblot Verlag 2001, S. 93-124, sowie Elke Tießler-Marenda, Einwanderung und Asyl bei Hugo Grotius, Berlin 2002, bes. S. 219 ff.

¹⁵ Kritisch hierzu Wilhelm G. Grewe, Grotius – Vater des Völkerrechts?, in: Der Staat 23 (1984), S. 161-178.

¹⁶ Christian Thomasius, Vorrede von der Historie des Rechts der Natur bis auf Grotium; von der

der Naturrechtslehre, wenn er in den Prolegomena seines Hauptwerkes die Hypothese aufstellt, daß das natürliche Recht auch dann gelten würde, wenn es Gott nicht gäbe.¹⁷ Ich /82/ möchte hier nicht eine Diskussion um den scholastischen Hintergrund des berühmten ‚etiamsi daremus‘ beginnen. Wichtig scheint mir vielmehr, daß Grotius‘ Hypothese – vermutlich gegen Grotius‘ Absicht, der ja bekanntlich auch ein bedeutender Theologe war – von späteren Naturrechtslehrern im Sinne einer Trennung von Naturrechtslehre und Moralthologie interpretiert wurde. Grotius‘ Hauptwerk *De iure belli ac pacis* gilt aber zugleich als Grundlage für eine säkularisierte Strafrechtstheorie.¹⁸ Vor allem Grotius‘ Definition der Strafe als „malum passionis quod infligitur ob malum actionis“ (JBP II, 20, § 1) ist sowohl in die klassischen naturrechtlichen Lehrbücher des 17. und 18. Jahrhunderts¹⁹ als auch in die einschlägigen Strafrechtslehrbücher²⁰ eingegangen.

Bevor die Strafrechtsbegründung in *De iure belli ac pacis* näher analysiert wird, muß eine kurze Bemerkung zu Grotius‘ Frühschrift von 1604/05, die unter dem irreführenden Titel *De iure praedae commentarius* im Jahre 1868 erstmals veröffentlicht worden ist, vorangeschickt werden. Denn schon in dieser Schrift hatte Grotius die Frage aufgeworfen, ob nicht die Strafge-/83/walt – die potestas puniendi – eine Kompetenz sei, die dem Staat eigentümlich sei („nonne puniendi potestas reipublicae propria est“). Der Kontext, in welchem Grotius in dieser Schrift, die eine Rechtfertigung der kriegerischen Maßnahmen der Niederlande gegen den Handelskonkurrenten Portugal darstellt, diese Frage nach dem Ursprung des Strafrechts aufwirft, ist nun allerdings eher völkerrechtlicher Natur: Es ist die Frage, ob das portugiesische Eigentum, das

Wichtigkeit des Grotianischen Werks und von dem Nutzen der gegenwärtigen Übersetzung, in: Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, übersetzt von Walter Schätzel, Tübingen 1950 [Klassiker des Völkerrechts Bd. 1], S. 26, 24. Vgl. *Ders.*, *Historia juris naturalis*, Halle/Magdeburg 1719 (Reprint Stuttgart-Bad Cannstatt 1972), §§ 9, 15.

¹⁷ *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres*, ed. Joannes Barbeyrac, Amsterdam 1720, prol. § 12. Dabei ist es unerheblich, daß die mit dem ‚etiamsi daremus‘ verknüpfte Behauptung von der eigenständigen Geltung des natürlichen Rechts der Sache auch schon bei einigen spätmittelalterlichen Rechtslehrern zu finden ist, denn es liegt auf der Hand, daß nach der Reformation und den daraus resultierenden religiösen Bürgerkriegen eine derartige Theorie eine völlig neue Bedeutung gewinnen mußte. Vgl. zur umstrittenen Bedeutung des ‚Etiamsi daremus‘ vgl. *James Leger, M.M.*, *The ‘Etiamsi daremus’ of Hugo Grotius. A Study in the Origins of International Law*, Rom 1962; *Javier Hervada*, *The Old and the New in the Hypothesis ‚Etiamsi daremus‘ of Grotius*, in: *Grotiana IV* (1983), pp. 3-20.

¹⁸ *Eberhard Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 31965, S. 164 (§ 152); *Wolfgang Sellert*, *Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, hrsg. von Wolfgang Sellert und Hinrich Rüping, Bd. 1: *Von den Anfängen bis zur Aufklärung*, Aalen 1989, S. 347.

¹⁹ Die Grotianische Definition der Strafe wird von Pufendorf, Wolff und schließlich noch von Kant übernommen; vgl. *Samuel Pufendorf*, *De iure naturae et gentium VIII*, 3, § 4: „In genere poena describi potest per malum passionis, quod infligitur ob malum actionis“; *Christian Wolff*, *Institutiones juris naturae et gentium*, Halle 1750 (Reprint Hildesheim 1972), § 93: Strafe ist ein „malum physicum ob malum morale immissum ab eo, qui obligandi jus habet“; *Immanuel Kant*, *Praktische Philosophie* Powalski, Akademie-Ausgabe Bd. XXVII, 150; *Moralphilosophie* Collins, Akademie-Ausgabe XXVII, 286; *Metaphysik der Sitten* Vigilantius, Akademie-Ausgabe XXVII 552; zu Kants Übernahme der Wolffschen Strafdefinition vgl. *Hariolf Oberer*, *Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre*, in: Reinhard Brandt (Hrsg.), *Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981*, Berlin/New York: de Gruyter, 1982, S. 403 f.

²⁰ S. die Belege für das Fortleben der Grotianischen Strafdefinition in den juristischen Lehrbüchern bei *Louis Günther*, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Ein Beitrag zur universal-historischen Entwicklung desselben*, Abt. II, Erlangen 1891, S. 130 f., Anm. 222.

die Niederlande in den Auseinandersetzungen mit Portugal erbeutet hatten, rechtmäßig von ihnen erworben worden sei. Die entscheidende Antwort auf unsere Frage findet sich im achten Kapitel von *De iure praedae commentarius*. Grotius untersucht dort im einzelnen die verschiedenen Formen, gemäß denen ein (gerechter) Krieg von seiten einzelner unternommen werden darf. Er betont zunächst, daß die *Bestrafung die Folge einer Rechtsverletzung* („ex maleficio“) darstellt und niemand bezweifeln würde, daß dieser Grund, insofern er nur die Forderung der Restitution für die verletzte Partei betrifft, eine rechtmäßige Ursache privater Kriege darstellen kann. Das eigentliche Problem seit jedoch die Frage, ob es ein allgemeines Recht der Bestrafung, das von jedermann ausgeübt werden könne, gäbe. Als beste Methode zur Lösung dieses Problems schlägt Grotius vor, die möglichen Rechtsansprüche des Individuums vor der Errichtung der Staatsgewalten, d. h. im Naturzustand zu untersuchen.

Grotius kommt zu dem Ergebnis, daß die Gründe für die Zufügung von Strafen dem natürlichen Recht entstammen. Die schon zitierte Frage, ob die potestas puniendi der Staatsgewalt eigentümlich sei, wird von ihm mit Nachdruck mit der Begründung verneint, daß die Strafgewalt nach dem Naturrecht eine ursprünglich individuelle Kompetenz darstelle und ihre Ausübung durch die Staatsgewalt die Übertragung dieses Rechts durch einzelnen voraussetze.²¹ So wie jedes Recht der Obrigkeit (magistrate) vom Staat herstamme, so sei dasselbe Recht durch die einzelnen auf den Staat übertragen worden. Und ebenso ist die Staatsgewalt das Resultat einer kollektiven Übereinkunft. Weil aber niemand in der Lage ist, etwas zu übertragen, das er nicht besitzt, so ist es evident, daß ursprünglich Privatpersonen das Recht der Bestrafung innehatten. Das folgende Argument hat in diesem Zusammenhang große Bedeutung: Der Staat verhängt Strafen für Übel gegen sich selbst, nicht allein gegenüber seinen eigenen Untertanen, sondern auch gegenüber Ausländern; dennoch entsteht keine Gewalt über den letzteren /84/ aus dem positiven Recht, das nur deshalb verbindlich ist, weil die Bürger ihm zugestimmt haben; und deswegen ist das natürliche Gesetz die Quelle, aus welcher die Staaten die in Frage stehende Gewalt empfangen. Damit ist auch die der strafrechtstheoretischen Erörterung zugrundeliegende Frage nach der Rechtmäßigkeit niederländischer Zwangsmaßnahmen gegen Portugal für Grotius gelöst: Ähnlich wie ein Individuum, das gegen die Vorschriften des natürlichen Gesetzes verstößt, im Naturzustand durch jedermann seiner Strafe zugeführt werden könne, so könnten auch die Niederlande Portugal aufgrund seiner Rechtsverstöße gegen die Grundsätze des natürlichen Völkerrechts durch diverse Repressalien bestraft werden. Das Kriegsstrafrecht, gemäß welchem staatliches Unrecht bestraft werden könne, sei nur eine logische Konsequenz der natürlichen Strafkompetenz, über die jeder einzelne von Natur aus verfüge.²²

Grotius' Frühschrift ist den Zeitgenossen bis auf ein Kapitel, das Grotius im Jahre 1608 unter dem Titel *Mare liberum* veröffentlicht hat, unbekannt geblieben. Für die weitere Entwicklung der neuzeitlichen Strafrechtslehre sind deshalb nur die Ausführungen richtungsweisend gewesen, die Grotius im Rahmen eines umfangreichen Kapitels seines Hauptwerkes *De iure belli ac pacis* entfaltet hat. Er entwickelt dort die Grundzüge einer naturrechtlichen Begründung der Strafe, die vermutlich auch für Lockes Theorie des Strafrechts Vorbildcharakter besessen haben. Im wesentlichen rekurriert Grotius in seinem Hauptwerk auf die gleichen Argumente wie in seiner unveröffentlichten Frühschrift. Anders als in *De iure praedae commentarius* unter-

²¹ Hugo Grotius, *De iure praedae commentarius*, hrsg. von H.G. Hamaker, Den Haag 1868, p. 91: „jus illud antiquus penes privatos fuisse quam penes rempublicam necesse videtur“. Grotius' Schrift war erst vier Jahre zuvor entdeckt worden; vgl. zu den theoriegeschichtlichen Hintergründen Richard Tuck, *Natural Right Theories. Their Origin and Development*, Cambridge 1979, pp. 62-64.

²² Vgl. hierzu die erhellenden Ausführungen von Hans Wehberg, Einleitung, zu: Samuel Pufendorf, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo*, Cantabrigae 1672 (Reprint Oxford 1931, *The Classics of International Law* No. 15), S. XX f.

scheidet Grotius hier deutlich zwischen der objektiven und der subjektiven Begründung der Strafe unterscheidet. Mit der letzteren, d. h. mit der Rechtfertigung der Strafe vom Standpunkte des Verbrechens aus, löst Grotius eine Schwierigkeit, die daraus entsteht, daß eine Bestrafung des Täters durch Zufügung eines Strafübels oder eine andere Form der Gewaltanwendung mit dessen Recht auf Sicherheit des naturrechtlich verbürgten 'suum'²³ in Widerspruch zu stehen scheint. Jede Anwendung der Strafgewalt durch den Geschädigten scheint ihrerseits ein Unrecht darzustellen, da mit ihr eine Verletzung der naturrechtlichen Ansprüche des Täters verbunden ist.²⁴ Daß die Strafe in dieser Hinsicht kein Unrecht darstellt, folgt nach Grotius daraus, daß, wer das Verbrechen will, zugleich die notwendigen Folgen desselben in Gestalt /85/ der Strafe will: Gemäß dieser *subjektiven* Rechtfertigung der Strafe erscheint der Wille des Verbrechens als Grund der Strafsanktion. Die Strafgewalt ist nur die unmittelbare Folge der Rechtsverletzung selbst („jus ad puniendum [...] ex delicto nocentis nascitur“, JBP II, 20, § 3, 1). In dieser Hinsicht sei die Strafe mit den Rechtsfolgen des Kaufvertrags vergleichbar: Die Tat selbst sei als mittelbare Zustimmung des Verbrechens zu seiner eigenen Bestrafung zu verstehen.²⁵ Darüber hinaus wird die Strafe durch den Hinweis auf ihre nützlichen und moralisch wertvollen Folgen für den Täter wie für die Gemeinschaft gerechtfertigt.²⁶

Was demgegenüber die *objektive*, d. h. *naturrechtliche* Begründung der Strafgewalt angeht, so sehen wir zunächst, daß Grotius eine allgemeine Legitimation des rechtlichen Zwangs in dem Ulpianischen Grundsatz 'vim vi repellere licet' findet. In diesem Prinzip drückt sich die gängige naturrechtliche Überzeugung aus, daß jedermann ein Recht auf Selbsterhaltung und – im Falle eines Angriffs auf Leib und Leben – ein Recht der (gewaltsamen) Selbstverteidigung hat: In Übereinstimmung mit der Naturrechtstradition²⁷ erklärt Grotius, daß nicht jede Art

²³ Zur Konzeption des 'suum' vgl. *Karl Olivecrona*, Das Meinige nach der Naturrechtslehre, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 59 (1973), S. 197-205.

²⁴ Vgl. hierzu und zum folgenden *Karl Olivecrona*, Die zwei Schichten des naturrechtlichen Denkens, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 63 (1977), S. 94 f.

²⁵ JBP II, 20, § 2, 3: „Atque hac in re est aliud quod ad contractuum naturam accedit: quia sicut qui vendit, etiamsi nihil peculiariter dicat, obligasse se censetur ad ea omnia quæ venditionis sunt naturalia, ita qui deliquit sua voluntate se videtur obligasse pœnæ, quia crimen grave non potest non esse punibile, ita ut qui directe vult peccare, per consequentiam & pœnam mereri voluerit“. – Zur Kritik dieses Versuchs, die Rechtfertigung der Strafe auf die Einwilligung des Täters zu gründen, vgl. die Bemerkungen von *Pufendorf*, *De jure naturæ et gentium* VIII, 3, § 5, und von *Immanuel Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* § 49, Allgemeine Anmerkung § E (Akademie-Ausgabe Bd. VI, S. 335_{8 ff.}): „Strafe erleidet jemand nicht, weil er *sie*, sondern weil er eine *strafbare Handlung* gewollt hat; denn es ist keine Strafe, wenn einem geschieht, was er will, und es ist unmöglich, gestraft werden zu *wollen*. [...] Ich als Mitgesetzgeber, der das *Strafgesetz* dictirt, kann unmöglich dieselbe Person sein, die als Unterthan nach dem Gesetz bestraft wird; denn als solcher, nämlich als Verbrecher, kann ich unmöglich eine Stimme in der Gesetzgebung haben [...]. Wenn ich also ein Strafgesetz gegen mich als einen Verbrecher abfasse, so ist es in mir die reine rechtlich-gesetzgebende Vernunft (homo noumenon), die mich als einen des Verbrechens Fähigen, folglich als eine andere Person (homo phaenomenon) sammt allen übrigen in einem Bürgerverein dem Strafgesetze unterwirft.“ – *Hartung* (Von Grotius zu Pufendorf, S. 128) diskutiert im Zusammenhang mit der Frage nach dem Ursprung des Strafrechts ausschließlich diese subjektive Rechtfertigung der Strafe.

²⁶ JBP II, 20, § 4, 2: „nam homo ita homini alteri ipsa consanguinitate alligatur, ut nocere ei non debet, nisi boni alicuius consequendi causa“.

²⁷ Vgl. *Thomas von Aquin*, *Summa Theologiae* II-II, qu. 64, a. 2; *Francisco Suárez*, *De bello* III, 4 (S. 120), in: ders., *Ausgewählte Texte zum Völkerrecht*, hrsg. von Josef de Vries S.J., Tübingen: Mohr,

der Gewaltanwendung durch die *lex naturae* verboten ist, sondern nur diejenige Gewalt, „*quæ naturæ societatis ra-/86/tione utentium repugnat*“ (JBP I, 1, § 3, 1), d. h. diejenige Gewalt, durch die das Recht eines anderen verletzt würde.²⁸ Woraus wiederum folgt, „*ut quis injuriam etiam vi à se arceat, juri naturali non repugnare*“ (JBP I, 3, § 1, 2). Das ‘*vim vi repellere*’ bildet das Prinzip zur Rechtfertigung der Selbstverteidigung und der Notwehr: Durch seinen ungerechten Angriff verleiht der Verbrecher dem Angegriffenen ein unbegrenztes Recht zur Anwendung von Gegengewalt, das selbst die Möglichkeit seiner Tötung einschließt (JBP II, 1, § 10, 1). Auf dieser Grundlage gelangt er zur Beantwortung der Leitfrage seines Werkes, ob ein Krieg überhaupt gerecht sein könne („*an bellare unquam justum sit*“, JBP I, 2), derart, daß der Krieg wie jede andere Form der Gewaltanwendung dann gerechtfertigt ist, wenn er als Reaktion auf eine vorhergehende Rechtsverletzung verstanden werden kann: Denn es widerspräche dem natürlichen Recht nicht, ein Unrecht mit Gewalt abzuwehren: ‘*vim vi repellere*’ (JBP I, 2, § 1, 5; I, 3, § 1, 2). Aber es liegt auf der Hand, daß der Zwang, der mit der Vollstreckung der Strafe verknüpft ist, spezifisch von der Gewalt der Selbstverteidigung gemäß dem ‘*vim vi repellere*’ verschieden ist. Denn so einleuchtend es ist, daß jeder ursprünglich ein Recht auf Selbstverteidigung (und Schadensersatz) besitzt, so wenig ist doch hierin schon eine Kompetenz der Bestrafung, d. h. der Vergeltung einer Tat durch die Zufügung irgendeines *malum passionis* enthalten.

Worin liegt denn nun für Grotius der *objektive Grund* der Möglichkeit des Strafzwangs? Grotius behauptet einfach, daß derjenige, der strafen will, auch über die entsprechende Kompetenz hierzu verfügen muß²⁹, eine solche Strafkompetenz aber schon im ursprünglichen natürlichen Recht eines jeden enthalten ist. Im Grunde genommen wiederholt Grotius damit nur die schon in seiner Frühschrift entwickelte Position, daß der Grund der Strafgewalt in dem *natürlichen Recht* jedes einzelnen gesucht werden muß, und daß innerhalb der Grenzen der Billigkeit die Strafe sowohl vom Opfer der Rechtsverletzung als auch von jedem anderen vollstreckt werden. Es ist für die Ausübung der Strafgewalt nicht konstitutiv, daß ihr Exekutor in eigener Person durch die Tat geschädigt worden ist. Vielmehr entspreche es der natürlichen Verbundenheit der Menschen, daß ein Mensch dem anderen gegen alle Formen der naturrechtswidrigen Schädigung Beistand leiste.³⁰ Nun scheint die Annahme einer natürlichen Strafgewalt eine auf den ersten Blick plausible Antwort auf die Frage nach den Geltungsbedingungen des natürlichen Rechts im nicht-staatlichen Zustand zu sein. Denn /87/ dort, wo es keine öffentliche Gerichtsbarkeit, keinen autorisierten bzw. von allen anerkannten Richter gibt, scheint es nahezuliegen, daß man – soll der Begriff der naturrechtlichen Verbindlichkeiten nicht als bloße Chimäre erscheinen – jedem einzelnen das Recht zuspricht, für die Sicherheit seiner Rechte durch die Ausübung der Strafgewalt selbst zu sorgen. Gerade weil es ‘boshafte Menschen’ gibt, d. h. solche, die sich Zwecke setzen, die nicht zur Einheit möglicher Zwecke aller Menschen zusammenstimmen können, scheint es sinnvoll, den Guten wenigstens das Recht zur selbständigen Vollstreckung des natürlichen Gesetzes und zur Bestrafung der Missetäter zuzubilligen. Und ebenso naheliegend ist der Gedanke, daß es gewissermaßen die eigene Tat des Verbrechers ist, die nach Vergeltung ruft. Allerdings habe die Natur, so Grotius weiter, keine Bestimmungen hinsichtlich der Person getroffen, welcher die Ausübung des Rechts der Bestrafung zusteht. Das Naturrecht lehre nämlich bloß, daß ein Vergehen bestraft werden kann,

1965.

²⁸ JBP I, 2, § 1, 5.

²⁹ JBP II, 20, § 2, 3.

³⁰ JBP II, 20, § 8, 2: „*quando hominem ab homine adjuvari naturæ est consentaneum*“; vgl. auch II, 25, § 1.

nicht aber, wer bestrafen solle. Daß ein Höhergestellter die Strafe verhängte und ausführe, sei zwar am passendsten, aber keineswegs von Natur aus mit Notwendigkeit so festgelegt. Das Naturrecht lehrt in dieser Hinsicht unmittelbar nur, daß kein Verbrecher von irgend jemand bestraft werden kann, der selbst ein Verbrecher ist (JBP II, 20, § 3, 2). Eine Notwendigkeit (daß ein Höherer die Strafe vollzieht) könnte nur dann angenommen werden – und was nun folgt ist in etwas verklausulierter Form die Übernahme eines Arguments der scholastischen Rechtsphilosophie –, wenn man den Begriff ‘Höherer’ so weit fasse, daß derjenige, der sich vergangen hat, sich durch sein Verbrechen unter jeden anderen stellt und, gleichsam aus der Menschengattung ausgeschlossen, zu den Tieren herabsinke, die den Menschen untertan sind. Diese Auffassung sei von einigen Theologen, insbesondere von Thomas von Aquin, vertreten worden.³¹ Aber diese Einschränkung ändert nichts an seiner grundsätzlichen Überzeugung, daß innerhalb der Grenzen der Billigkeit die Strafe sowohl vom Opfer der Rechtsverletzung als auch von jedem anderen vollstreckt werden, „quando hominem ab homine adjuvari naturæ est consentaneum.“³²

Deutlicher als in *De iure belli ac pacis* hatte Grotius von dieser aus der *Summa Theologiae* stammenden These von der Degradierung und Rechtlosigkeit des Verbrechers schon in *De iure praedae commentarius* Gebrauch gemacht. Das Vergeltungsprinzips in der Genesis – „Qui sanguinem hominis effudit, per hominem sanguis ejus effunditur“ (1. Mose IX, 6) – sei seinerseits einem anderen Gesetz untergeordnet: Alle niederen Kreaturen sind bestimmt für den Gebrauch der höheren; obwohl alle Tiere durch Gott ge-/88/schaffen werden, sei es nichtsdestoweniger rechtmäßig, wenn die Menschen die Tiere töteten, entweder um sie als ihr Eigentum zu nutzen oder um die gefährlichen unter ihnen zu vernichten; ebenso, so behaupteten die Theologen, würden Menschen von offenkundiger Schlechtigkeit in eine niedrigere Ordnung verstoßen und der Dienstleistung für die Tugendhaften zugeteilt, so daß sie sich in gewisser Weise von Personen in Sachen verwandelten – ein Prozeß, der zugleich den Ursprung der Sklaverei in der natürlichen Ordnung darstelle; und deswegen sei es erlaubt, solche Menschen zu vernichten, entweder um sie daran zu hindern, Böses zu tun, oder damit sie als abschreckende Beispiele dienten. Grotius erklärt ausdrücklich, daß es sich um ein Argument handelt, dessen sich die scholastischen Theologen bedient hätten, um die ‘origo poenarum’ herauszufinden.³³ Es

³¹ JBP II, 20, § 3; vgl. auch *Thomas von Aquin*, *Summa Theologiae* II-II, qu. 64, a.

³² *Grotius*, *De iure belli ac pacis*, II, 20, § 8, 2; vgl. auch II, 25, § 1.³³ *Grotius*, *De iure praedae*, p. 90. Vgl. auch JBP I, 2, § 1, 3: „injustum autem id demum intelligi quod necessarium cum natura rationali ac sociali habet repugnantiam“; vgl. damit *Thomas von Aquin*, *Summa Theologiae* II-II, qu. 64, a. 2. Schon Thomas hatte den Versuch unternommen, den Strafwang auf diejenigen Verbrechen einzuschränken, die aufgrund ihrer Schwere den Bestand der menschlichen Gemeinschaft gefährden, während weniger schwerwiegende Unrechtstaten durch die *lex humana* toleriert werden könnten. Ebbinghaus hat jedoch gezeigt, daß die Einbeziehung des Gesichtspunktes der Schwere der Schuld bzw. der Größe des Schadens, der durch die Unrechtshandlung bewirkt worden ist, im Widerspruch zu dem von Thomas selbst benannten Rechtsgrund der öffentlichen Strafen steht. Dieser Rechtsgrund, der die Strafbarkeit des Verbrechens begründet, besteht ja in nichts anderem als dem Umstand, daß sich in demselben ein Wille manifestiert, der im Widerspruch zu dem *bonum commune* steht, woraus Ebbinghaus den Schluß zieht, daß Thomas’ „Strafrecht überhaupt kein Prinzip einer *Strafbestimmung* im Hinblick auf eine mögliche Verschiedenheit von Verbrechen enthält“; vgl. *Julius Ebbinghaus*, *Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prinzipien einer Rechtsphilosophie der Freiheit*, in: ders., *Gesammelte Schriften* Bd. 2: *Philosophie der Freiheit*, hrsg. von Georg Geismann und Hariolf Oberer, Bonn 1988, S. 288.

bleibt festzuhalten, daß bei Grotius die Annahme einer ursprünglichen Strafkompetenz des einzelnen auf einer Naturrechtskonzeption beruht, für welche der Unterschied zwischen recht und unrecht nicht erst mit der Schaffung einer staatlichen Zwangsgewalt zur Geltung kommt.³⁴

/89/ 2. Die wohl folgenreichste Fortsetzung haben die Überlegungen von Grotius in Lockes *Second Treatise of Government* im Rahmen der – von Locke selbst so genannten –, „very strange Doctrine“ gefunden, nach welcher „in the State of Nature, every one has the Executive Power of the Law of Nature“ (ST § 13; Hvhbg von Locke).³⁵ Ausgangspunkt dieser „very strange Doctrine“ sind bestimmte naturrechtstheologische Prämissen, die Lockes Abhängigkeit von der scholastischen Naturrechtslehre kennzeichnen. Der systematische Ausgangspunkt seiner gesamten politischen Philosophie ist eine „schöpfungstheologische Fundierung“³⁶ durch Anknüpfung an die christliche Lehre der *lex naturalis*, die ihrerseits aus den Quellen der Antike, insbesondere aus den Schriften Ciceros, schöpft. Dieses – mit der Vernunft (*recta ratio*) identische³⁷ und zugleich von aller menschlichen Satzung unabhängige – Gesetz ist das den Menschen von Gott auferlegte Maß ihrer Handlungen (ST § 8); als solches ist es „writ in the Hearts of all Mankind“ und „intelligible and plain to all rational Creatures“ (ST §§ 11, 124; vgl. auch § 12) und geht aller positiven staatlichen Gesetzgebung voraus. Seinen normativen Gehalt gewinnt dieses Gesetz aus der Vorstellung der Schöpfungsordnung, in welcher alle natürlichen Dinge zweckmäßig für die Befriedigung der menschlicher Bedürfnisse eingerichtet sind. Das natürliche Gesetz stellt sich folglich als Norm dar, die den Grund ihrer Geltung nicht im Willen der Menschen hat, sondern ihnen wegen ihrer Abhängigkeit von Gott vorschreibt, für ihre Selbsterhaltung nur in Übereinstimmung mit dem möglichen Selbsterhaltungszweck aller anderen zu sorgen.³⁸ /90/ Nun würde angesichts der Möglichkeit seiner Übertretung das natürliche Gesetz

³⁴ Dementsprechend ist Grotius' Begriff des Unrechts konzipiert: Das Unrecht gilt ihm nicht einfach als Schädigung eines fremden Rechtsanspruchs, sondern als Angriff auf die naturrechtliche Ordnung der menschlichen Gemeinschaft schlechthin; *Grotius*, *De iure belli ac pacis* II, 20, § 3 sowie *Thomas von Aquin*, *Summa Theologiae* II-II, qu. 64, a. 2. – Der Gedanke, daß das Unrecht als solches die Bedingungen der menschlichen Gesellschaft zerstört, findet sich allerdings schon bei Cicero: „Detrahere igitur alteri aliquid et hominem hominis incommodo suum commodum augere magis est contra naturam quam mors, quam paupertas, quam dolor, quam cetera, quae possunt aut corpori accidere aut rebus externis. Nam principio tollit convictum humanum et societatem. Si enim sic erimus adfecti, ut propter suum quisque emolumentum spoliat aut violet alterum, dirumpi necesse est eam, quae maxime est secundum naturam, humani generis societatem“ (*De officiis* III, 21).

³⁵ Vgl. hierzu A. *John Simmons*, *Locke and the Right to Punish*, in: ders., Marshall Cohen, Joshua Cohen, Charles R. Beitz (eds.), *Punishment. A Philosophy & Public Affairs Reader*, Princeton, NJ 1995, pp. 219-257; *Dieter Hüning*, *Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke*, in: Martin Peters/Peter Schröder (Hrsg.), *Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen vom 17. bis zum 20. Jahrhundert* (Beiträge zur Politikwissenschaft Bd. 119), Berlin 2000, S. 85-108.

³⁶ *Wolfgang Kersting*, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt 1994, S. 111.

³⁷ Vgl. *John Locke*, *Second Treatise of Government* (im folgenden abgekürzt als: ST), in: Ders., *Two Treatises of Government*, edited by Peter Laslett, Cambridge 1988, §§ 8, 11: „Reason, which is that Law [of Nature, D.H.], teaches all Mankind, who will but consult it, that all equal and indepent, no one ought to harm another in his Life, Health, Liberty, or Possessions. [... Vernunft ist] the common Rule, and measure, God have give to Mankind.“³⁸ ST § 6: „Every one as he is bound to preserve himself, and not to quit his Station wilfully; so by the like reason when his own Preservation comes not in competition, ought he, as much as he can, to preserve the rest of Mankind, and may not, unless it be to do Justice on an Offender, take away, or impair the life, or what tends to the Preservation of the Life, the Liberty, Health, Limb or Goods of another.“

nutz- und wirkungslos bleiben und niemand seiner Rechte jemals sicher sein können, wenn das natürliche Gesetz nicht mit einer entsprechenden Exekutionsgewalt verknüpft wäre, die im Falle des Gesetzesbruchs dem Täter bestimmte unangenehme Folgen androht.³⁹

Anders als Grotius ist Locke in erster Linie an den politischen Aspekten der Rechtsbegründung interessiert. Er will deshalb zeigen, daß die Rechte des Herrschers derivativer Art sind, d. h. Resultat eines qualifizierten Rechtsverzichts von seiten der einzelnen sind. Dieser Rechtsverzicht findet nur unter der Bedingung statt, daß die verschiedenen Instanzen der Staatsgewalt sowohl an das natürliche Recht als auch an Zweck des Gesellschaftsvertrags gebunden, der somit zugleich eine herrschaftslegitimierende wie eine herrschaftslimitierende Funktion hat.⁴⁰ Innerhalb dieser Überlegungen entwickelt Locke nun seine Konzeption vom Ursprung der Strafgewalt. Weil Gott alle Menschen mit dem gleichen „Title to perfect Freedom, and an uncontroled enjoyment of all the Rights and Priviledges of the Law of Nature“ (ST § 87) ausgestattet hat, hat er ihnen auch das rechtliche Vermögen verliehen, sich für dieses Persönlichkeitsrecht auch die entsprechende Sicherheit zu verschaffen. Aus diesem Grunde billigt Locke jedem Menschen im Naturzustand außer dem schon angeführten Recht der persönlichen Freiheit eine gleichfalls durch das natürliche Gesetz legitimierte *Kompetenz der Exekution* des natürlichen Gesetzes, d. h. eine *naturrechtliche Strafbefugnis* zu.⁴¹ Vermöge des natürlichen Gesetzes hat jedermann nicht nur das Recht, über seine eigenen aus dem natürlichen Gesetz entspringenden Rechte (das „Right of Self-preservation“ § 11, „the Right of Freedom“ § 17, das Recht, „to preserve his Property, that is, his Life, Liberty and Estate“ § 87 etc.), sondern auch das Recht, selbst Richter zu sein und sie nach seinem Urteil zu schützen. Darüber hinaus aber hat jeder Mensch im Naturzustand aufgrund seines Rechts, „to preserve Mankind in general“ (ST § 8), die prinzipielle Befugnis, Verstöße an-/91/derer gegen das natürliche Gesetz selbst zu ahnden.⁴² Diese naturrechtliche Strafbefugnis umfaßt zum einen die Kompetenz der *Strafgerichtsbarkeit*, also das Recht, fremdes Handeln im Hinblick auf seine mögliche Strafbarkeit zu beurteilen, zum anderen auch das Recht als Vollstrecker des natürlichen Gesetzes aufzutreten, d. h. das *Recht der Strafexekution* (vgl. ST §§ 7-9, 13). Das Spezifikum dieser naturrechtlichen Strafbefugnis besteht jedoch darin, daß *jeder* zur Ausübung des Strafrechts ermächtigt ist, und zwar ganz unabhängig davon, ob er von dem Verstoß gegen das natürliche Gesetz persönlich betroffen ist. Der Grund hierfür liegt auf der Hand: Denn wenn das Verbrechen nicht nur die Verletzung des Rechts der betroffenen Person darstellt, sondern überhaupt eine Tat ist, durch welche die Bedingungen des möglichen Zusammenlebens der Menschen negiert werden und die sich insofern gegen das ganze Menschen-

³⁹ Zu den notwendigen Geltungsbedingungen eines Gesetzes (als einer *lex perfecta*) gehört nach Lockes Auffassung neben seiner Normierungsfunktion auch das Zwangsmoment (*vis coactiva*), d.h. die Existenz einer Exekutionsgewalt, die Gesetzesverstöße sanktioniert; vgl. hierzu *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, S. 114 f.⁴⁰ Kersting, ebd., S. 133.

⁴¹ ST § 7: „And that all Men may be restrained from invading others Rights, and from doing hurt to one another, and the Law of Nature be observed, which willeth the Peace and *Preservation of all mankind*, the *Execution* of the Law of Nature is in that State, put into every Mans hands, whereby every one has a right to punish the transgressors of that Law to such a Degree, as may hinder its Violation.“

⁴² Vgl. ST § 87: „Man being born, as has been proved, with a title to perfect freedom, and an uncontroled enjoyment of all the rights and privileges of the law of nature, equally with any other man, or number of men in the world, hath by nature a power, not only to preserve his property, that is, his life, liberty and estate, against the injuries and attempts of other men; but to judge of, and punish the breaches of that law in others, as he is persuaded the offence deserves, even with death itself, in crimes where the heinousness of the fact, in his opinion, requires it.“

geschlecht richtet, dann ist jeder als Mitglied der universellen Rechtsgemeinschaft durch jedes Verbrechen in seinen Rechten tangiert und deshalb zur Gegenwehr berechtigt: „by the Law of Nature, every Man hath [...] a Power to punish Offences against it, as he soberly judges the Case to require“ (ST § 9).⁴³

Wie ist nun diese naturrechtliche Begründung der Strafgewalt einzuschätzen? Unterzieht man die Argumente, die insbesondere Locke zur Stützung seiner ‘strange doctrine’ vorgebracht hat, stößt man auf ganz unsicheren Fundamenten, die das ganze Gebäude der naturrechtlichen Straftheorie zum Einsturz bringen. Es ist nämlich unschwer zu erkennen, daß die Annahme einer naturrechtlichen Strafgewalt, durch die jeder sich zum Vollstrecker des natürlichen Gesetzes machen kann, unmittelbar der von Locke gleichfalls aufgestellten Behauptung widerspricht, daß der Naturzustand ein Zustand vollkommener Freiheit sei, in welchem jedermann innerhalb der Grenzen des natürlichen Gesetzes frei über die Rechtmäßigkeit seines Handelns entscheidet, „without being subjected to the Will or Authority of any other /92/ Man“ (ST § 54). Während der Naturzustand auch nach den von Locke selbst gemachten Voraussetzungen ein Verhältnis freier und gleicher Individuen darstellt, d. h. er ist ein Zustand, in welchem niemand in seinen Handlungen von dem Willen eines anderen abhängig ist⁴⁴, spricht er gleichzeitig davon, daß in diesem Zustand auch eine politische Gewalt über andere Menschen erlangt werden kann. Und der Widerspruch verschärft sich noch, wenn man sieht, daß Locke in demselben Atemzug jedem Menschen ein Recht zubilligt, sich gewaltsamer Angriffe auf seine Person zu erwehren und den Angreifer zu töten („it being reasonable and just I should have a Right to destroy that which threatens me with Destruction“, ST § 16), und zwar gemäß dem „Right of War“ (ST §§ 18 f.). Deutlicher hätte er allerdings nicht sagen können, daß das natürliche Bestrafungsrecht im durchgängigen Widerspruch mit der Annahme eines gleichfalls natürlichen Selbstverteidigungsrechtes steht. Dasselbe natürliche Gesetz, aus dem Locke seine Strafbefugnis ableiten möchte, verleiht also jedermann zugleich die Befugnis, sich gegen beliebige Zwangshandlungen anderer mit allen Mitteln zur Wehr zu setzen.⁴⁵ Eine Verbindlichkeit, sich einer fremden Strafgewalt zu unterwerfen, wäre überhaupt nur denkbar unter der Voraussetzung, daß niemand durch diese Unterwerfung ein bloßes Objekt fremder Willkür wird. Auch die von Locke wiederholt betonte Begrenzung der individuellen Strafgewalt durch das natürliche Gesetz ändert hieran nichts. Der durch das *ius puniendi* legitimierte Gebrauch der Zwangsgewalt soll „no Absolute or Arbitrary Power“ (ST § 8) sein, sondern sich auf die angemessene (proportionale) Vergeltung des Verbrechens beschränken. Keineswegs darf der Exekutor der Strafkompetenz seine Rachegeleüste zum Maßstab der Bestrafung machen. Doch diese die Forderung nach Mäßigung erweist sich nicht nur, wie Locke selbst konstatiert, als frommer Wunsch, weil zu befürchten ist, daß „Ill Nature, Passion and Revenge will carry them [sc. die Menschen, D.H.] too far in punishing others“ (ST § 13). Vielmehr stehen Lockes Definition der Strafe und das Prinzip der Proportionalität der

⁴³ Von der naturrechtlichen Strafbefugnis ist das *Recht der Entschädigung* zu unterscheiden: Während das Strafrecht ein allen Menschen gemeinsames Recht ist, das jeder ganz unabhängig davon ausüben kann, ob er selbst Opfer einer gesetzeswidrigen Handlung geworden ist, ist das Entschädigungsrecht „a particular Right“ (ST § 6), da die einzige Person, die rechtmäßigerweise Wiedergutmachung fordern kann, die geschädigte Partei selbst ist.

⁴⁴ ST § 4: Der Naturzustand ist „a State of perfect Freedom to order their Actions, and dispose of their Possessions, and Persons as they think fit, within the bounds of the Law of Nature“, sowie ein Zustand der „Equality [...] without Subordination or Subjection“.

⁴⁵ Selbst wenn man wie z. B. *Wolff* (Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, § 153) annimmt, daß der Beleidiger verpflichtet ist, „die Strafe zu erdulden“, ändert sich die Problemlage nicht: Auch in diesem Falle hat der einzelne das Recht, darüber zu urteilen, ob es sich bei der drohenden Gewaltanwendung um eine ihn verpflichtende Bestrafungsaktion handelt oder um einen unrechtmäßigen Zwang; dies wiederum bedeutet, daß er jeglichen ihm angedrohte Zwang als rechtswidrig beurteilen kann.

Bestrafung unverbunden nebeneinander. Hebt nämlich der Verbrecher durch seine Tat die vernünftigen Bedingungen des Zusammenlebens der Menschen schlecht-/93/hin auf, dann folgt daraus, daß jedes Verbrechen in gleicher Weise den Täter zu einer „noxious Creature“ macht (ST §§ 10, 8, 172), so daß „he renders himself liable to be destroyed by the injur'd person and the rest of mankind, that will joyn with him in the execution of Justice, as any other wild beast, or noxious brute with whom Mankind can have neither Society nor Security“ (ST § 172; vgl. § 11). Gemäß dieser Definition des Verbrechens als „a trespass against the whole Species [der Menschen, D.H.]“ (ST § 8) ist die Vernichtung, d. h. die Bestrafung mit dem Tode, als abschreckendes Beispiel („restraint“, ST § 8) für andere, prinzipiell die angemessene Form der ‘Ausübung der Gerechtigkeit’. Und tatsächlich hatten die Stoiker eine unterschiedlose Bestrafung aller Verbrechen gefordert. Unter dieser Voraussetzung ist es jedoch überflüssig, wenn zusätzliche Gesichtspunkte der proportionierten Strafzumessung (z. B. Besserung des Täters, Talionsprinzip) ins Spiel gebracht werden.

Schließlich zeigt es sich, daß Lockes natürliches Bestrafungsrecht in Wahrheit kein kein Recht im strikten Sinne ist, d. h. kein Recht, dem eine Verbindlichkeit anderer korrespondieren würde, sondern vielmehr Ausdruck eines fundamentalen juristischen Widerspruchs, durch den jeder nicht-staatliche Zustand gekennzeichnet ist, weil in ihm die möglichen Rechtsansprüche von jedermann mit den gleichen Rechtsansprüchen anderer in beliebiger Hinsicht miteinander in Konflikt geraten können – ein Widerspruchsverhältnis, das Hobbes auf folgende Formel „alter iure inuadit, alter iure resistit“⁴⁶ gebracht hatte. Das individuelle Recht der Bestrafung ist wegen der fehlenden Bedingung der allgemeinen Reziprozität auch keine Norm, durch die jemand im äußeren Gebrauch seiner Freiheit gesetzlich eingeschränkt werden könnte, weil niemand im Naturzustand als verpflichtet gedacht werden kann, sich dem Rechtsurteil und dem Zwang eines anderen zu unterwerfen. Allerdings hat Locke kein Bewußtsein davon, daß dieser Satz die notwendige Konsequenz seiner eigenen Überlegungen ist und deshalb die Annahme einer naturrechtlichen Strafgewalt im wahrsten Sinne des Wortes grundlos werden läßt.

Aber so zwingend der Schluß, daß die Annahme einer aus dem natürlichen Gesetz hervorgehenden Bestrafungskompetenz bedeutungslos ist, weil ein solches Recht nur unter der Voraussetzung existieren kann, daß jeder durch Unterwerfung unter eine gemeinsame Rechtssicherungsgewalt allen /94/ anderen Sicherheit gibt, die er für sich selbst fordert⁴⁷, und so zwingend der Schluß ist, daß auf Grund des ipse-iudex-Prinzips das natürliche Recht im Naturzustand nur Ausdruck einer durchgängigen Rechtsantinomie ist, so daß Locke selbst davon spricht, daß seine Behauptung, „that in the State of Nature every one has the Executive Power of the Law of Nature“, – wie schon erwähnt – wohl als eine „very strange Doctrine“ (ST §§ 9, 13)⁴⁸ er-/95/scheinen müsse, so wenig ist Locke tatsächlich bereit, diese fällige Konse-

⁴⁶ Thomas Hobbes, *De Cive* I, 12. Vgl. zu dem von Hobbes insbesondere in *De Cive* I, 7-12 entwickelten unvermeidlichen juristischen Widerspruch die für das Verständnis der Hobbesschen Rechtsphilosophie richtungsweisenden Ausführungen von Georg Geismann/Karlfriedrich Herb (Hrsg.), *Hobbes über die Freiheit*, Würzburg 1988, bes. Scholien 196, 215 und 220.

⁴⁷ Vgl. Julius Ebbinghaus, *Das Kantische System der Rechte des Menschen und Bürgers in seiner geschichtlichen und aktuellen Bedeutung*, in: Ders., *Gesammelte Schriften* Bd. II, S. 252, der diesen Punkt, daß die Annahme einer naturrechtlich fundierten, individuellen Strafkompentenz im Naturzustand keinen Sinn ergibt, mit Nachdruck hervorgehoben hat.

⁴⁸ Eine andere Interpretation der ‘strangeness’ der Lockeschen Strafrechtsbegründung findet sich bei Wolfgang von Leyden (*The state of nature and Locke’s ‘strange’ Doctrine of Punishment*, in: Ders., *Hobbes and Locke. The Politics of Freedom and Obligation*, London 1981, pp. 109-119). Von Leydens Interpretation beschränkt sich im wesentlichen auf die Rekonstruktion des Lockeschen Selbstverständnisses, ohne die rechtsphilosophischen Probleme seiner Begründung näher zu erörtern. Statt dessen erörtert von Leyden die Frage, warum Locke seine Lehre von der natürlichen Strafkompentenz selbst als ‘very

quenz zu ziehen, daß es unmöglich ein natürliches Gesetz geben kann, das die Menschen unter nicht-staatlichen Bedingungen unmöglich *rechtlich* dazu verpflichtet würde, den äußeren Gebrauch ihrer Freiheit einzuschränken, solange jeder nicht sicher sein kann, daß auch die anderen den gleichen Einschränkungen Folge leisten werden. Den revolutionären Gedanken, den die Hobbesche Rechtsphilosophie formuliert hatte, daß nämlich der Naturzustand v. a. deshalb ein Kriegszustand ist, weil jeder in der möglichen Sicherheit seiner Rechte von der Willkür anderer abhängig ist, und daß ein solcher Zustand nur durch die Unterwerfung aller unter eine unwiderstehliche staatliche Zwangsgewalt überwunden und auf diese Weise eine reziprok verbindliche und wirksame Rechtsordnung gestiftet werden kann, hat Locke in keiner seiner Schriften ernsthaft akzeptiert. Für ihn bleibt das Recht im objektiven Sinne das Prinzip einer durch die *lex naturae* bzw. den sie bedingenden Willen Gottes konstituierte Gemeinschaft der Menschen im Hinblick auf die Befriedigung ihrer mit dem *bonum commune* übereinstimmenden Zwecke, während sich die Rolle der Staatsgewalt in der Optimierung der Durchsetzung von an sich schon vorhandenen überpositiven Rechtsnormen erschöpft.

II. Die staatsrechtliche Begründung der Strafgewalt bei Hobbes und Pufendorf

Die von Grotius initiierte und von Locke systematisch vollendete naturrechtliche Begründung der Strafgewalt im Sinne der Übertragung einer ursprünglich auf Seiten der Individuen vorhandenen Befugnis auf die Staatsgewalt wurde zur entscheidenden Herausforderung für diejenige Strafrechtstheorie, die ich im folgenden die 'staatsrechtliche' nennen möchte. Der Begründer dieser staatsrechtlichen Fundierung der Strafgewalt, durch dessen Bruch mit der gesamten vorhergehenden Naturrechtstradition die Lehren des Rechts und des Staates ein neues geltungstheoretisches Fundament erhielten, war Thomas Hobbes. Hobbes' Bruch mit der Tradition betrifft zum einen die aristotelische Grundüberzeugung, daß der Mensch ein *zoon politicon*, d. h. ein solches Lebewesen ist, schon aufgrund seiner natürlich-vernünftigen Verfas-

strange' bezeichnet und er trotz der offenkundigen Probleme, die mit der Annahme einer solchen Strafkompetenz im Naturzustand verbunden sind, von ihrer Stichhaltigkeit überzeugt war. In diesem Zusammenhang betont von Leyden, daß der seltsame Charakter der Lockeschen Lehre nicht – wie z. B. Laslett annimmt – in ihrer Neuartigkeit liegt. Vielmehr benutze Locke den Ausdruck 'strange' zur Bezeichnung seiner eigenen Theorie, um auf diese Weise anzudeuten, daß seine eigene Lehre vom natürlichen Recht von anderen im allgemeinen nicht geteilt würde. Obwohl Locke die Probleme, welche die Annahme einer natürlichen Strafkompetenz mit sich bringe, nicht leugne, sei er doch der Auffassung, seine eigene Position sei im Vergleich zu der Hobbeschen weniger 'strange': „[T]here is no inconsistency in Locke's admission that his doctrine about punishment in the natural state is strange and in claiming that it has three advantages. The avowed strangeness of his theory leads him to advocate the need for a transition from the imperfect and ineffective practices in the natural state to the moral standards and legal safeguards provided in civil society. The fact that, notwithstanding, he lingers over a number of advantages associated with his doctrine indicates that the theory has something to recommend it. What it shows is that some of pre-social measures of punishment prepare the way for the standards of equity and security enshrined in the law-making processes of political society“ (p. 114). – Indem sich von Leyden darauf beschränkt, die Lehre der natürlichen Strafgewalt im Naturzustand aus der Lockeschen Perspektive zu rechtfertigen und ihre (gegen Hobbes gerichteten) antiabsolutistischen Stoßrichtung hervorzuheben, entgeht ihm allerdings die hier diskutierte rechtslogische Problematik der Lockeschen Lehre. – Auch die Studie von *Simmons* (Locke and the Right to Punish) beschränkt sich in der Absicht, die Lockesche Strafrechtsbegründung zu verteidigen, im wesentlichen auf die Rekonstruktion der Lockeschen Argumentation. Er betrachtet Lockes 'strange doctrine' als konsequenten Ausdruck der Legitimation staatlicher Herrschaft durch eine „fiduciary transaction between citizen and government“ (p. 255), ohne jedoch die schon in den Rechtsphilosophien des Aufklärungszeitalter vorgebrachten Einwände zu berücksichtigen.

sung nach Vergesellschaftung strebt. Wenn Hobbes dieses Dogma bestreitet, so tut er dies in dem Bewußtsein, daß das Zusammenleben der Menschen in der *societas civilis* nicht natürlich, sondern künstlich ist, insofern es einer besonderen vertraglichen Willenshandlung bedarf, um eine souveräne Zwangsgewalt zu errichten. Zum anderen ändert sich mit der Hobbesschen Lehre der begründungstheoretische Status der /96/ Naturrechtslehre als solcher: Während die vorhergehenden Naturrechtslehren ihre Aufgabe in erster Linie in der Aufstellung von Prinzipien materialer Gerechtigkeit sahen, fungiert das natürliche Recht bei Hobbes nurmehr als formale Theorie der Rechtsordnung und der sie sichernden Staatsgewalt.

Im Rahmen des Lehrstücks des Naturzustandes, das die juridische Grundlage der Staatstheorie bildet, zeigt Hobbes,

- 1) daß der 'status extra societatem civilem' ein Kriegszustand ist, in welchem das natürliche Recht des einen mit dem gleichen Recht aller anderen im Widerspruch steht⁴⁹,
- 2) daß die Vernunft – in Gestalt der 'leges naturales' – den Weg zur Überwindung des Naturzustandes weist, und
- 3) das Verlassen desselben („*exeundum e statu naturali*“) fordert, was seinerseits nur dadurch geschehen kann, daß sich alle einzelnen durch wechselseitig in einem Staatsvertrag zur Schaffung einer souveränen Zwangsgewalt verpflichten.

Im Zentrum der Hobbesschen Strafrechtstheorie⁵⁰ steht die Definition der Strafe; sie lautet: „*A Punishment, is an Evill inflicted by publique Authority, on him that hath done, or omitted that which is Judged by the same Authority to be a Transgression of the Law; to the end that the will of men may thereby the better be disposed to obedience.*“⁵¹

Dreierlei ist zu dieser Definition der Strafe zu bemerken:

- Wie schon für Grotius besteht für Hobbes die Bestrafung in der Zufügung irgendeines Übels, das dem Verbrecher in irgendeiner Weise seeli-/97/schen oder körperlichen Leiden verursacht. Diese Vorstellung, daß Strafe Zufügung eines Übels ist, war Gemeingut der gesamten Strafrechtstheorie der Aufklärung zwischen Grotius und Kant.⁵²

⁴⁹ Dieser Widerspruch des *ius naturale* besteht darin, daß dasselbe – als allgemeines Handlungsprinzip gedacht – unmittelbar die Bedingungen seiner eigenen Verwirklichung zerstört: das 'ius in omnia' erweist sich für seinen Inhaber als leeres Recht, durch das kein Rechtsanspruch anderer ausgeschlossen wird.

⁵⁰ Zu Hobbes' Strafrechtsbegründung vgl. *Mario A. Cattaneo*, *Hobbes's Theory of Punishment*, in: *Hobbes Studies*, edited by K.C. Brown, Oxford 1965, pp. 275-297, ders., *Hobbes e il fondamento del diritto di punire*, in: *Politica e diritto in Hobbes*. A cura di Guiseppe Sorgi, Mailand 1995, pp. 120-140, *Yves Charles Zarka*, *Droit de Résistance et droit pénal chez Hobbes*, in: *Hobbes Oggi. Atti del Convegno internazionale di studi promosso da Arrigo Pacchi (Milano-Locarno 18-21 maggio 1988)*, Milano 1990, pp. 177-196, *Dieter Hüning*, *Naturrecht und Strafgewalt. Die Begründung des Strafrechts in Hobbes' Leviathan*. – In: Ders. (Hrsg.): *Der lange Schatten des Leviathan. Vorträge des internationalen Arbeitsgesprächs „350 Jahre Leviathan“ an der Herzog August Bibliothek in Wolfenbüttel im Oktober 2001*, Berlin: Duncker & Humblot Verlag Berlin, S. 235-276.

⁵¹ *Leviathan* XXVIII, p. 214. Vgl. auch die Fassung in der lateinischen Ausgabe des *Leviathan*: „*PCENA, malum est, transgressori legis autoritate publica inflictum, eo fine, ut terrore ejus voluntates civium ad obedientiam confermentur*“, in: *Thomæ Hobbes Malmesburiensis Opera philosophica quæ latine scripsit omnia. Studia et labore Gulielmi Molesworth, Vol. III, London 1842, c. XXVIII, p. 223.*

⁵² Erst Hegel wird in seinen Grundlinien der Philosophie des Rechts (§ 99 Anm.) diese Vorstellung

- *Zweitens* spricht Hobbes ausdrücklich nur von der staatlichen bzw. richterlichen Strafe. Der gesamte Themenkomplex der sogenannten natürlichen oder göttlichen Strafen, mit welchen sich – mit Kant gesprochen – „das Laster selbst bestraft“⁵³, wird nur am Rande erwähnt.⁵⁴
- Hierin liegt *drittens* auch der entscheidende Fortschritt der Hobbesschen Definition gegenüber derjenigen des Grotius nicht zu übersehen. Der Definition des Grotius fehlt der Bezug auf die Staatsgewalt als diejenige Instanz, die zur Bestrafung berechtigt ist.

Aus der Definition der Strafe zieht Hobbes eine Reihe von Schlußfolgerungen. Zunächst folgert er – in deutlichem Gegensatz zu Grotius –, daß sowohl die Festsetzung der Strafe als auch ihre Vollstreckung können nur als Akte der *öffentlichen* Strafgerichtsbarkeit gedacht werden können: „From the definition of Punishment, I inferre, [...] that neither private revenges, nor injuries of private men, can properly be stiled Punishments; because they proceed not from publique Authority“ (Leviathan XXVIII, pp. 214-215)

Der Grund hierfür liegt in der schon erwähnten Unterscheidung zwischen peccatum und crimen, d. h. in dem der Strafbarkeit zugrunde liegenden Verbrechensbegriff. Für Hobbes sind Strafen staatliche Reaktionen auf Gesetzesverstöße sind, Gesetzesverstöße oder Verbrechen sind aber vor allem „offences against the Common-wealth“ (Leviathan XXX, p. 237), also Ver-/98/stöße gegen die staatlich fixierte Rechtsordnung, nicht aber Verstöße gegen eine von staatlichen Gesetzen unabhängige Gerechtigkeitsordnung und auch keine nicht primär Verletzungen individueller Rechte.

Die weiteren Schlußfolgerungen, die Hobbes aus seiner Strafdefinition zieht, möchte ich nur summarisch benennen:

- Die strafrechtstheoretische Unterscheidung zwischen peccatum und crimen,
- die Aufstellung des Schuldprinzips,

eines Strafübels kritisieren: „Wenn das Verbrechen und dessen Aufhebung, als welche sich weiterhin als Strafe bestimmt, nur als ein *Übel* überhaupt betrachtet wird, so kann man es freilich als unvernünftig ansehen, ein Übel bloß deswegen zu wollen, weil schon ein anderes Übel vorhanden ist (Klein, *Grundsätze des peinlichen Rechts*, § 9 f.). Dieser oberflächliche Charakter eines *Übels* wird in den verschiedenen Theorien über die Strafe, der Verhütungs-, Abschreckungs-, Androhungs-, Besserungs- usw. Theorie, als das Erste vorausgesetzt, und was dagegen herauskommen soll, ist ebenso oberflächlich als ein *Gutes* bestimmt. Es ist aber weder bloß um ein Übel noch um dies oder jenes Gutes zu tun, sondern es handelt sich bestimmt um *Unrecht* und um *Gerechtigkeit*.“

⁵³ Kant, Rechtslehre § 49 E, VI, S. 331₂₀.

⁵⁴ Was die sog. natürlichen Strafen angeht, so beläßt es Hobbes bei einer „short declaration“ (siehe Leviathan XXXI, pp. 253 f.), die zwar in Übereinstimmung mit der Tradition die natürlichen Strafen, d. h. die verschiedenen körperlichen oder seelischen „pains“ als Folge von Verstößen gegen das natürliche Gesetz betrachtet, sie aber zugleich ihres theologischen Bedeutung entkleidet. Denn was die Tradition als natürliche Strafen bezeichnet, sind in Wahrheit nur die natürlichen Auswirkungen einer unklugen Lebensweise und markieren als solche „beginning of more Harme than Good“; vgl. auch Pufendorfs Weigerung auf die Frage der natürlichen Strafen einzugehen, vgl. JNG VIII, 3, § 1; zur Rolle der natürlichen Strafen in der neuzeitlichen Naturrechtslehre vgl. *Thomas Ahnert*, Pleasure, Pain and Punishment in the Early Enlightenment: German and Scottish Debates, in: B. Sharon Byrd/Joachim Hruschka, Jan Joerden (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics*, Bd. 12 (2004), S. 173-187.

- der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Tat und Strafe,
- die Aufstellung des Rückwirkungsverbotes,
- und schließlich die Bestimmung der Prävention als Strafzweck.

Aus der Definition der Strafe als Verstoß gegen die staatliche garantierte Rechtsordnung folgt Hobbes' strafrechtstheoretische *Unterscheidung von peccatum und crimen*. In dieser Hinsicht scheint Hobbes tatsächlich Neuland zu betreten: Denn wie Frank Grunert gezeigt hat, haben Thomas von Aquin und Francisco de Vitoria strafrechtliche Überlegungen nur im theologischen Kontext angestellt. Daß sie an einer spezifisch juristischen Betrachtung des Unterschieds von Recht und Unrecht nicht interessiert sind, kann man daran erkennen, daß sie darauf verzichten, „eine terminologisch eindeutige Unterscheidung zwischen crimen und peccatum vorzunehmen“. So werden schwere Verbrechen selbst dort als peccata bezeichnet, wo es um ihre strafrechtliche Würdigung vor einem menschlichen Gericht geht.⁵⁵ Auch Hugo Grotius hat diese beiden Weisen der Gesetzesübertretung nicht deutlich getrennt.⁵⁶

Dagegen unterscheidet Hobbes im *Leviathan* strikt zwischen der Sünde (*peccatum*), mit welcher er alle Arten der Abweichung vom Gesetz („all man-/99/ner of deviation from the Law“⁵⁷) bezeichnet, und dem Verbrechen (*Crimen*), worunter Hobbes unter Berufung auf das Römische Recht bloß solche Vergehen versteht, die vor Gericht angeklagt werden können, was für „meer Intentions“ (*Leviathan* XXVII, p. 202) nicht zutrifft. Diese Unterscheidung von peccatum und crimen ist deshalb wichtig, weil sie deutlich macht, daß es Hobbes um einen von theologischen Voraussetzungen unabhängigen Begriff des Verbrechens geht: die Staatsgewalt hat eigene, von der theologischen Sündendoktrin verschiedene Gründe, um ein bestimmtes Verhalten zu kriminalisieren. Aus der Hobbesschen Unterscheidung folgt, daß zwar jedes Verbrechen eine Sünde, aber nicht jede Sünde ein justiziables Verbrechen ist. Verbrechen (*crimen*) und Sünde (*peccatum*) sind unterschiedliche Formen der Normwidrigkeit: jenes stellt eine *normwidrige Handlung*, dieses eine bloß *normwidrige Gesinnung* dar, die als solche nicht strafbar ist.⁵⁸ Damit eine Handlung klag- bzw. strafbar ist, bedarf es eines positiven Gesetzes, in welchem die Tatbestände ebenso wie die angedrohten Strafen deutlich bestimmt sind.

⁵⁵ Frank Grunert, *Theologien der Strafe. Zur Straftheorie von Thomas von Aquin und ihrer Rezeption in der spanischen Spätscholastik: das Beispiel Francisco de Vitoria*, in: Hans Schlosser/Dietmar Willoweit, *Neue Wege strafrechtlicher Forschung*, Köln/Weimar/Wien 1999, S. 230.

⁵⁶ Ein Blick in das Hauptwerk des Klassikers der zeitgenössischen deutschen Strafrechtslehre, in die *Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium* von 1635 zeigt, daß der Gedanke der Einschränkung der Strafbarkeit auf äußere Handlungen ebenso wie die Unterscheidung zwischen Verbrechen, die Gegenstand der staatlichen Gerichtsbarkeit sind, und Vergehen, die nur von der göttlichen Gerechtigkeit bestraft werden können, keineswegs selbstverständlich war. Die der *Practica nova* beruhte vielmehr auf dem Grundgedanken der „ausdrücklichen oder stillschweigenden Gleichstellung von Verbrechen und Sünde“, so Sergio Moccia, *Macht und Recht im Übergang von der theokratischen zur laizistischen Auffassung des Strafrechts im 17. Jahrhundert. Zur Erinnerung an den 400. Geburtstag von Hugo Grotius* (10. April 1583), in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 130 (1983), S. 534.

⁵⁷ Vgl. auch De Cive XIV, 17: „*Peccatum* significatione latissimâ comprehendit omne *factum, dictum, & volitum* contra *rectam rationem*“.

⁵⁸ *Leviathan* XXVII, pp. 201-202. Mit der Differenzierung zwischen Sünde und Verbrechen und der Behauptung der Straflosigkeit sündhaften Verhaltens antizipiert Hobbes eine zentrale Forderung der kriminalpolitischen Aufklärung, daß nämlich „die Bestrafung der Sünde auf die Kanzel, nicht aber auf den Richtplatz gehört. Mit den Sünden, wenn sie nicht zugleich der Gesellschaft Schaden bringen, hat die Politik und die bürgerliche Rechtsgelehrtheit nichts zu schaffen“ (*Carl Ferdinand Hommel*, Anm. t., in: ‚Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen‘, hrsg. von John

Aus dieser Verhältnisbestimmung von peccatum und crimen leitet Hobbes drei für das Strafrecht zentrale Schlußfolgerungen ab, deren Quintessenz darin besteht, die juristische Qualität einer Handlung ausschließlich von ihrem Bezug auf ein vorhergehendes Gesetz abhängig zu machen:

„From this relation of Sinne to the Law, and of Crime to the Civill Law, may be inferred, First, that where Law ceaseth, Sinne ceaseth. But because the Law of Nature is eternall, Violation of Covenants, Ingratitude, Arrogance, and all Facts contrary to any Morall vertue, can never cease to be Sinne. Secondly, that the Civill Law ceasing, Crimes cease: for there beeing no other Law remaining, but that of Nature, there is no place for Accusation; every man being his own Judge, and accused onely by his own Conscience, and cleared by the Uprightnesse of his own Intention. When therefore his Intention is Right, his fact is no Sinne: if otherwise, his fact is Sinne; but not Crime. Thirdly, That when the Sovereign Power ceaseth, Crime also ceaseth: for where there is no such Power, there is no protection to be had from the Law; and therefore every one may protect himself by his own power: for no man in the Institution of Sovereign /100/ Power can be supposed to give away the Right of preserving his own body“ (Leviathan XXVII, p. 202).

Die dritte Konsequenz, die *Aufstellung des Schuldprinzips*: eine schuldhafte Handlung beruht auf der willentlichen Übertretung des staatlichen Gesetzes: *culpa*, hoc est, PECCATVM sit, quod quis fecerit, omiserit, dixerit, vel voluerit contra *rationem ciuitatis*, id est contra leges.⁵⁹ Aus der Aufstellung des Schuldprinzips folgt die Berücksichtigung verschiedener Schuldausschließungsgründe: Schuldunfähig sind zunächst Kinder, Schwachsinnige und Geisteskranke. Von ihnen gilt, daß sie keine Verträge schließen können und aus diesem Grunde auch im Rahmen des Staatsvertrags keinen Rechtsverzicht geleistet haben und deshalb auch die Konsequenzen der staatsvertraglichen Autorisierung nicht anerkennen. Ebenso wenig sind sie in der Lage, die Gesetze zu erkennen oder ihre Handlungen danach auszurichten (Leviathan XXVI, S. 207 f.). Weitere Schuldausschließungsgründe sind die fehlende Möglichkeit, die Gesetze zu kennen und der rechtfertigende Notstand im Falle unmittelbarer Todesgefahr: „If a man by the terrour of present death, be compelled to doe a fact against the Law, he is totally Excused; because no Law can oblige a man to abandon his own preservation“ (Leviathan XXVII, p. 208). Der Entschuldigungsgrund liegt in der Unverzichtbarkeit der Selbsterhaltung. Denn angesichts der Alternative, entweder eine gesetzwidrige Tat zu begehen, oder unmittelbar zu sterben und dadurch sein Leben zu verlängern, zwingt die Natur selbst den Menschen zu, die Tat zu begehen. Das gleiche gilt für den Diebstahl im Falle einer akuten Hungersnot.

Aus dem Schuldprinzip folgt weiterhin die Forderung, daß kein Unschuldiger bestraft wird.⁶⁰ Diese Forderung scheint auf den ersten Blick trivial zu sein. Aber mit dem Schuldprinzip, das seinerseits eine Unterscheidung zwischen bloß fahrlässigen bzw. vorsätzlichen Handlungen und die Frage der – eingeschränkten – Schuldfähigkeit nach sich zieht⁶¹, verknüpft Hobbes nicht nur den schlichten Gedanken, daß Strafe notwendig Schuld voraussetzt und deshalb rechtswidrige Tatbestände zuvor durch Gesetze fixiert werden müssen, sondern die zu seiner Zeit keineswegs selbstverständliche For-/101/derung nach rechtlicher Gleichbehandlung aller Untertanen und

Lekschas, Berlin 1966, § VIII, S. 56 f.).

⁵⁹ De cive XIV, 17.

⁶⁰ Leviathan XXVI, p. 192; XXVIII, p. 219.

⁶¹ Vgl. *Thomas Hobbes, A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, ed. by Joseph Cropsey, Chicago/London 1971, p. 148: „There is indeed great need of good distinction in a Case of killing by misfortune [...]. It must be a voluntary unlawful Act that causeth the death, or else it is no Murder by the Law of Reason.“

nach einem ordnungsgemäßen Prozeß: „without precedent publique condemnation is not to be styled by the name of Punishment; but of an hostile act; because the fact for which a man is Punished, ought first to be Judged by publique Authority, to be a Transgression of the Law“ (Leviathan XXVIII, p. 215).

Die Frage der *Strafzumessung* ist bei Hobbes eng mit dem Schuldprinzip verknüpft. Hobbes plädiert für das *Prinzip der Verhältnismäßigkeit* der Strafe⁶²: die Strafe muß z. B. den qualitativen Unterschied zwischen einfachem Diebstahl, der sich nur auf die Sache richtet, und Raub, der immer mit unmittelbarer Gewaltanwendung gegen die Person bzw. mit der Androhung von gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben verbunden ist, berücksichtigen; ähnliches gilt hinsichtlich der Frage, ob das Verbrechen aus einem Affekt („a Crime arising from a sudden Passion“, Leviathan XXVII, p. 210) geschieht. Mit der Aufstellung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Strafe richtet sich Hobbes explizit gegen die stoische Auffassung⁶³, für welche die abstrakte Identität des Unrechts darin bestand, daß es einen Verstoß gegen die Bedingungen des Zusammenlebens der Menschen in der möglichen Übereinstimmung ihrer vernünftigen Zwecke darstellt. Jede Handlung contra legem naturalem bzw. zum Schaden eines anderen hat so den Charakter eines Verstoßes gegen die naturgewollte Ordnung, durch den die mögliche Gemeinschaft der Menschen überhaupt aufgehoben wird.⁶⁴ Unter dieser Voraussetzung, daß alle Verstöße gegen die Idee des bonum commune unterschiedslos nur als Aufhebung der menschlichen Gemeinschaft zu denken sind, kann kein /102/ Prinzip einer unterschiedlichen Strafzumessung aufgestellt werden. Hobbes fordert demgegenüber eine differenzierte Betrachtung der normwidrigen Handlungen im Hinblick auf die Schwere des Vergehens. Zwar sei den Stoikern darin zuzustimmen, daß jedes Unrecht als solches eine Normwidrigkeit darstellt, aber daraus folge nicht, daß alle Verbrechen gleichermaßen ungerecht bzw. gleichermaßen strafbar sind.⁶⁵ Die vernunftrechtliche Forderung lautet vielmehr, daß „the Degrees

⁶² Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit wird zu einer der wichtigsten strafrechtlichen Reformforderungen der nachfolgenden Rechtsphilosophie der Aufklärung; vgl. z. B. *Thomasius*, Institutiones jurisprudentiæ divinæ III, 7, §§ 120 ff.; *Montesquieu*, De l'esprit des lois VI, 16; *Beccaria*, Dei delitti e delle pene, §§ VI, XXVII, XLVII.

⁶³ Leviathan XXVII, p. 207; Dialogue, p. 140; zur stoischen Verbrechenlehre vgl. *Diogenes Laertius*, Leben und Meinungen, VII, 120. – Die Hobbessche Kritik der stoischen Konzeption des Verbrechens wird von *Pufendorf*, JNG VIII, 3, § 15; *Thomasius*, Institutiones jurisprudentiæ divinæ III, 7, § 117, und *Nikolaus Hieronymus Gundling*, Erläuterungen über Samuelis Pufendorffii zwey Bücher, Erläuterung über Libri II, Hamburg 1744, Cap. 13, § 17 (S. 274 f.) übernommen. Schließlich lehnt auch *Hegel* wie schon Hobbes die abstrakte Verbrechenkonzeption der Stoa ab, denn es macht für die Beurteilung der Schwere des Verbrechens „einen Unterschied, ob solches Dasein und dessen Bestimmtheit überhaupt in ihrem ganzen Umfang, [...] oder nur nach einem Teile, sowie nach welcher qualitativen Bestimmung verletzt ist. Die stoische Ansicht, daß es nur *eine* Tugend und *ein* Laster gibt, die drakonische Gesetzgebung, die jedes Verbrechen mit dem Tode bestraft, wie die Rohheit der formellen Ehre, welche die unendliche Persönlichkeit in jede Verletzung legt, haben dies gemein, daß sie bei dem abstrakten Denken des freien Willens und der Persönlichkeit stehenbleiben und sie nicht in ihrem konkreten und bestimmten Dasein, das sie als Idee haben muß nehmen“ (Rph § 96 Anm.).

⁶⁴ *Cicero*, De officiis I, 21; II, 21; III, 28; De finibus III, 70.

⁶⁵ „For though all Crimes doe equally derserve the name of Injustice [im Sinne einer Normwidrigkeit, D.H.], as all deviation from a strait line is equally crookednesse, which the Stoicks rightly observed; yet it does not follow that all Crimes are equally unjust, no more than that all crooked lines are equally crooked; which the Stoicks not observing, held it as great a Crime, to kill a Hen, against the Law, as to kill ones Father“ (Leviathan XXVII, p. 207). – Das Beispiel, auf das Hobbes verweist, stammt aus Ciceros Rede Pro L. Murena, 61.

of Crime are taken on divers Scales, and measured, First, by the malignity of the Source, or Cause: Secondly, by the contagion of the Example: Thirdly, by the mischief of the Effect; and Fourthly, by the concurrence of Times, Places, and Persons“ (Leviathan XXVII, p. 209. Aus der Forderung der Verhältnismäßigkeit ergibt sich für Hobbes unmittelbar die weitere Forderung einer differenzierten Bestrafung: Neben der Feststellung des objektiven Tatbestandes müssen bei der Strafzumessung sowohl die subjektiven Tatbestandsmerkmale als auch die schon erwähnten individuellen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe (wie z. B. fehlende oder verminderte Schuldfähigkeit) berücksichtigt werden, die ihrerseits Gründe der Strafmilderung sein können:

„From these different sources of Crimes, it appears already, that all Crimes are not (as the Stoicks of old time maintained) of the same alloy. There is place, not only for EXCUSE, by which that which seemed a Crime, is proved to be none at all; but also for EXTENUATION, by which the Crime, that seemed great, is made lesse.“⁶⁶

Aus dem Umstand, daß die rechtliche Qualität einer Handlung durch ihr Verhältnis zu den Normen der Rechtsordnung bedingt ist, es also nach Hobbes' Auffassung keine Handlung gibt, die an sich ungerecht ist, folgt die *Aufstellung des Rückwirkungsverbots*: „No Law, made after a Fact done, can make it a Crime“ (Leviathan XXVII, p. 203).⁶⁷ sowie das *Verbot rück-/103/ wirkender Strafverschärfung* im Falle gesetzlich bestimmter Strafen: „Punishment eclared before the Fact, excuse from greater punishments after it“ (Leviathan XXVII, p. 203).⁶⁸ Schon in *De Cive* (XII, 16) hatte Hobbes betont, daß es zur 'libertas innoxia', d. h. zu der für den Staat ungefährlichen privaten Freiheit gehört, „vt poenæ nullæ timendæ sint, nisi quas præuidere, aut exspectare possint“.

Mit der Forderung nach Rationalisierung der Strafpraxis gemäß den Prinzipien des Vernunftrechts setzt sich Hobbes entschieden und selbstbewußt in Gegensatz zu den traditionellen, v. a. vom Common Law geprägten Rechtsvorstellungen seiner englischen Landsleute. Diese Abgrenzung von der angelsächsischen Rechtstradition äußert sich in der Kritik zweier Sachver-

⁶⁶ Leviathan XXVII, p. 207. – Das klassische Beispiel hierfür ist die Notwehrhandlung: „If a man by the terrour of present death, be compelled to doe a fact against the Law, he is totally Excused; because no Law can oblige a man to abandon his own preservation“ (Leviathan XXVII, p. 208).

⁶⁷ Leviathan XXVII, p. 203; vgl. auch Leviathan XXVIII, p. 216; De cive XIII, 16. – Zu Hobbes' Verständnis des Rückwirkungsverbots s. *Cattaneo*, Hobbes's Theory of Punishment, p. 278; *Gerhard Schöckel*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots bis zur Französischen Revolution, Göttingen 1968; [Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien Bd. 71], S. 35 f., 53-65, der zu Recht darauf aufmerksam macht, daß das Rückwirkungsverbot bei Hobbes wie bei den meisten übrigen neuzeitlichen Naturrechtslehrern auf den positivrechtlichen Bereich eingeschränkt ist. Vgl. zur rechtshistorischen Entwicklung des Rückwirkungsverbot *Eckhart von Bubnoff*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, Heidelberg 1966; *Otfried Ranft*, Der Individualschutz in den Strafrechtssystemen des neuzeitlichen Vernunftrechts bis zu P.J.A. v. Feuerbach. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte des materiellen Strafrechts, Diss. jur. Marburg 1969; *Paul Burian*, Der Einfluß der deutschen Naturrechtslehre auf die Entwicklung der Tatbestandsdefinition im Strafrecht, Berlin 1970 [Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 62]; *Hans-Ludwig Schreiber*, Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, Frankfurt/M. 1976, *Volker Krey*, Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“, Berlin/New York 1983.

⁶⁸ Leviathan XXVIII, p. 215: „If a Punishment be determined and prescribed in the Law it selfe, and after the crime committed, there be a greater Punishment inflicted, the excesse is not Punishment, but an act of hostility.“

halte, die für das Common Law charakteristisch sind: das Common Law kennt auf der einen Seite kein Rückwirkungsverbot, andererseits läßt es die Rechtsfindung sowie Rechtsbindung anhand von Präjudizien zu.⁶⁹ Gäbe es einen Zweifel daran, daß Hobbes Vernunftrechtstheoretiker und kein Rechtspositivist ist, so würde Hobbes' Auseinandersetzung mit der englischen Rechtstradition genügend Material zur Behebung solcher Zweifel bieten. Ich nenne hier nur ein Beispiel: Hobbes spricht eindeutig sich gegen die seinerzeit in England gültige Rechtsbestimmung (und gegen ihre juristischen Verfechter, wie z. B. Coke) aus, nach welcher die Flucht eines Angeklagten „for feare of injury“ als eine hinreichende Schuldvermutung („presumption of guilt“) an-/104/esehen werden kann, die automatisch zur Verurteilung führt, selbst wenn der Betreffende vor Gericht hinsichtlich der entsprechenden Anklagepunkte freigesprochen wurden (Leviathan XXVI, pp. 192-193).⁷⁰

Aus der allgemeinen Funktionsbestimmung der staatlichen Gesetze als den allgemeinen Regeln, durch die das Handeln der Bürger derart gelenkt werden soll, daß ihr je individueller Freiheitsgebrauch möglichst geringe Reibungsverluste aufweist, gewinnt Hobbes zunächst den allgemeinen Begriff der Notwendigkeit der Strafe als Instrument der Durchsetzung des Rechts: „Potestatem Coactiuam necessarium esse ad securitatem. [...] Securitati itaque non pactis, sed pœnis prouidendum est“ (DC VI, 4). Der Sinn der gesetzlich bestimmten Strafe liegt für Hobbes in ihrer Eigenschaft als Mittel zur Erzeugung allgemeiner Gesetzestreue auf seiten der Bürger: die strafrechtliche Androhung bzw. die Zufügung von Übeln soll derart auf den Willen der Bürger einwirken, daß diese zu legalem Handeln motiviert werden. In Übereinstimmung mit dem Römischen Recht⁷¹ und mit seinem Zeitgenossen Grotius⁷² ist Hobbes im Hinblick auf die Frage des *Strafzwecks* Verfechter der Lehre von der *präventiven Funktion* der Strafe. Der vom natürlichen Gesetz⁷³ geforderte Zweck der Strafe besteht also darin, durch Androhung eines Übels motivierend auf den Willen zu wirken und die beabsichtigten Straftat nach Möglichkeit zu verhindern.⁷⁴ Die Wirkungsweise der Abschreckung wird also nach dem Muster der später sog. Theorie des psychologischen Zwangs vorgestellt: die Vorstellung des angedrohten Strafübels soll die Tat psychologisch unmöglich machen, d. h. als Beweggrund wirken, um kein Verbrechen zu begehen. Die später von Feuerbach systematisch ausgebildete Konsequenz dieser Theorie, daß die angedrohte Strafe, damit sie wirksam sein kann, möglichst groß sein muß, ist auch bei Hobbes der Sache nach vorhanden.

⁶⁹ „Therefore all the Sentences of precedent Judges that have ever been, cannot all together make a Law contrary to naturall Equity. Nor any Examples of former Judges, can warrant an unreasonable Sentence, or discharge the present Judge of the trouble of studying what is Equity (in the case he is to Judge,) from the principles of his own naturall reason“ (Leviathan XXVI, p. 192).

⁷⁰ Vgl. *Jean Hampton*, *Hobbes and the Social Contract Tradition*, p. 243.

⁷¹ D. XLVIII, 19, 20.

⁷² *Grotius*, JBP II, 20, § 4, 1, der sich auf *Platon* (Protagoras 324; *Nomoi* XI, 934) und *Seneca* (*De ira*, I, 16; II, 31) beruft.

⁷³ „A seventh [natürliches Gesetz, D.H.] is: *That in Revenges*, (that is, retribution of Evil for Evil), *men look not at the greatnesse of the evill past, but the greatnesse of the good to follow*“ (Leviathan XV, p. 106). Vgl. auch *Elements* XVI, 9; XX, 10; DC III, 11; XIII, 16; Leviathan XXVIII, p. 215.

⁷⁴ DC XIII, 16: „Finis enim punitiois est, voluntatem hominis non cogere, sed formare, & talem facere, qualem eam esse cupit is qui pœnam statuit.“ – Diese an der Prävention orientierte Ausrichtung des Strafzwecks, die auf den Gesichtspunkt der Nützlichkeit von Strafen für die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung abstellt, blieb das bestimmende Motiv in den meisten Strafrechtstheorien der Aufklärung bis hin zu Beccaria.

/105/ Ihrem Prinzip nach dient die Strafe somit immer der Besserung oder der Abschreckung. Demgegenüber wird die vergeltungstheoretische Begründung der Strafe von Hobbes mit Entschiedenheit abgelehnt. Läge der Grund ihrer Zufügung bloß in der Vergeltung des Verbrechens sein, erschiene die Strafe als ein bloßer Racheakt (als „an act of hostility“, Leviathan XXVIII, pp. 216-217), so daß auch die Wiedervergeltung nur als sinn- und zweckloses „glorying in the hurt of another“ betrachtet werden kann und daher als „Cruelty“ (Leviathan XV, p. 106) durch das natürliche Recht verboten ist.⁷⁵ Somit ist es eine Forderung der Vernunft, ausgedrückt im siebten natürlichen Gesetz, daß der Zweck der Strafe nicht in der Vergangenheit, sondern auf in der Zukunft, d. h. in der zukünftigen Rechtssicherheit und der Besserung des Täters liegt (Leviathan XV, p. 106).

Was *Hobbes' strafprozeßrechtlichen Überlegungen* betrifft, so interessiert hier v. a. seine Stellung zur Folter. Bekanntlich spielte die Folter eine entscheidende Rolle im frühneuzeitlichen Beweisrecht.⁷⁶ Hobbes lehnt die Folter nicht grundsätzlich ab, d. h. er argumentiert nicht aus Rechts- bzw. Humanitätsgründen für die rechtliche Unzulässigkeit der Folter. Sein Einwand gegen die Folter konzentriert sich ausschließlich auf ihre strafprozessuale Bedeutung. Zwar erkennt auch Hobbes die beweisrechtliche Funktion der Folter an: „For torture is to be used but as means of conjecture, and light in the further examination, and search of truth“ (Leviathan XIV, p. 99). Aber die unter der Folter erpressten Geständnisse sind in Hobbes' Augen wertlos und unglaubwürdig, weil es immer möglich ist, daß der Gefolterte gesteht, um den Qualen der peinlichen Befragung zu entgehen.⁷⁷ Zugleich betont Hobbes, daß der Gefolterte in diesem Falle aufgrund seines Rechts, sein Leben zu erhalten, alles zu seiner Sicherheit tun darf und daher jede beliebige Aussage, unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt, gerechtfertigt ist. Darüber hinaus widersprechen unter Folter erpresste Geständnisse dem natürlichen Recht, nach welchem es keine Verpflichtung geben kann, sich selbst /106/ anzuklagen. Was den Strafprozeß selbst angeht, so billigt Hobbes jedem Angeklagten im Falle der persönlichen Betroffenheit, ein Recht der Aussageverweigerung zu⁷⁸ und stellt die Forderung nach *Gewährung rechtlichen Gehörs* und der gerichtlichen Anerkennung von Beweismitteln auf („[f]or all Judges, Sovereign and subordinate, if they refuse to heare Proofoe, refuse to do Justice“ (Leviathan XXVI, p. 193)).⁷⁹

Wie steht es nun mit Hobbes' eigener Ableitung des Strafrechts? Wo liegt für Hobbes der Geltungsgrund des *ius puniendi*? Welches ist die juristische Wurzel der Strafkompetenz? Offen-

⁷⁵ Vgl. auch De cive III, 11: „infligere pœnam nullo alio fine licitum esse, nisi vt ipse qui peccauit corrigatur, vel alij supplicio eius moniti fiant meliores.“ Demgegenüber ist die Strafe, „when it considereth the offence past, [...] nothing else but present triumph and glory, and directeth to no end“ (Elements XVI, 10).

⁷⁶ S. hierzu *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, S. 237 ff.

⁷⁷ Zur Ablehnung der Folter vgl. Ulpian D. 48, 18, 1, 23: „Quaestioni fidem non semper nec tamen numquam habendam constitutionibus declaretur: etenim res est fragilis et periculosa et quae veritatem fallat. nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit: alii tanta sunt impatientia, ut quodvis mentiri quam pati tormenta velint: ita fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam alio crimentur.“

⁷⁸ Leviathan XXI, p. 151: „If a man be interrogated by the Sovereign, or his Authority, concerning a crime done by himsefe, he is not bound (without assurance of Pardon) to confesse it“.

⁷⁹ Unter dieser Voraussetzung ist auch die öffentliche Bekanntmachung der Gesetze eine notwendige Bedingung der Strafgerechtigkeit: „The Law of Nature excepted, it belongeth to the essence of all other Lawes, to be made known, to every man that shall obliged to obey them, either by word, or writing, or some other act, known to proceed from the Sovereign Authority“ (Leviathan XXVI, p. 188).

kundig handelt es sich hier um eine Fragestellung, deren Bedeutung und Problematik Hobbes erst relativ spät deutlich geworden ist; – jedenfalls handelt es sich um ein rechtsphilosophisches Begründungsproblem, das in dieser Form erstmals im *Leviathan* auftaucht. Vielleicht lag der Anstoß zu dieser thematischen Neuerung in Diskussionen, die Hobbes im Pariser Exil hierüber führen konnte. Es versteht sich, daß für Hobbes angesichts seiner ablehnenden Stellung zur neuzeitlichen Naturrechtstradition auch die naturrechtliche Lösung des Grotius ausscheidet. Man muß in diesem Zusammenhang nur daran erinnern, daß gemäß seinen systematischen rechtstheoretischen Voraussetzungen es im Naturzustand den Unterschied zwischen einem recht- und unrechtmäßigen Gebrauch der Gewalt nach seinen systematischen Voraussetzungen nicht geben kann, sondern jeder einzelne für sich ein ‘ius in omnia’ reklamieren kann. Folglich ist – in Verbindung mit der natürlichen Gleichheit aller Menschen – im status extra societatem civilem überhaupt keine Zwangshandlung denkbar, die mit dem Anspruch, sie sei eine gerechte Strafe, auftreten könnte. Die Vorstellung, daß es im Naturzustand eine individuell auszuübende Strafkompetenz geben könne, ist dort, wo jeder Richter in eigener Sache ist, absurd.⁸⁰ Ebenso wenig kann der Rechtsgrund der Strafverhängung darin liegen, daß der Verbrecher seiner Bestrafung zugestimmt hätte, „[f]or [...] no man is supposed bound by Covenant, not to resist violence; and consequently it cannot be intended, /108/ that he gave any right to another to lay violent hands upon his person“ (Leviathan XXVIII, p. 214).

Zu Beginn des 28. Kapitels des *Leviathan*, im Anschluß an die schon behandelte Definition der Strafe, verweist Hobbes auf diese strafrechtsphilosophische Grundlagenproblematik, die in einer „question [...] of much importance“ kulminiert: „by what door the Right, or Authority of Punishing in any case, came in“ (Leviathan XXVIII, p. 214). Daß Hobbes diese Frage an dieser Stelle aufwirft, ist aber auf den ersten Blick überraschend. Denn bereits im 18. Kapitel des *Leviathan*, welches die Rechtsfolgen der kontraktualistischen Einsetzung des Souveräns thematisierte, hatte Hobbes erklärt, daß aus dieser Einsetzung einer Staatsgewalt „are derived all the Rights, and Facultyes of him, or them, on whom the Sovereigne Power is conferred by the consent of the People assembled“ (Leviathan XVIII, p. 121). Zu diesen Kompetenzen, welche die „Essence of Sovereignty“ (Leviathan XVIII, p. 127) ausmachen und über die der Souverän aufgrund des Rechtsverzichts der einzelnen ausschließlich verfügen kann, gehört selbstverständlich auch das jus puniendi.⁸¹ Selbstverständlich auch deshalb, weil Hobbes bekanntlich betont, daß „Covenants, without the Sword“ bloße Worte seien und nicht die Kraft besäßen, „to secure a man at all“ (Leviathan XVII, p. 117), die zwangsweise und strafbewährte Durchsetzung des Rechts somit zu den zentralen Aufgaben des so konstituierten Souveräns gehört.

Gemäß dem im 17. Kapitel des *Leviathan* entwickelten Konzept der Autorisation der souveränen Herrschaft wäre zu erwarten gewesen, daß Hobbes auch die staatliche Strafgewalt aus einem willentlichen Akt der Autorisation entstehen läßt, so daß der einzelne zugleich als Autor seiner eigenen Bestrafung gedacht werden kann. Tatsächlich erklärt Hobbes im 18. Kapitel, daß derjenige, der „attempt to depose his Sovereign, be killed or punished by him for such attempt, [...] is author of his own punishment, as being by the Institution, Author of all his Sovereign

⁸⁰ Nur unter der Voraussetzung, daß sich alle einer souveränen Zwangsgewalt unterworfen haben, kann von Zwangshandlungen als Strafen die Rede sein.

⁸¹ Leviathan XVIII, p. 126: „to the Sovereign is committed the Power of Rewarding with riches, or honour; and of Punishing with corporall, or pecuniary punishment, or with ignominy every Subject according to the Law he hath formerly made.“ Vgl. hierzu Bruno Dix, Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes, Würzburg 1994, S. 95 f., der diesen Punkt mit Recht hervorhebt. Dix ist der Auffassung, daß es Hobbes an dieser Stelle mehr um die Darlegung der mit der Souveränität verknüpften Majestätsrechte, nicht aber um die „Darlegung der Herkunft“ der Strafgewalt gegangen sei.

shall do“, so daß er im Falle eines Verbrechens „may be punished by his own authority“ /108/ (Leviathan XVIII, p. 122). Ein Blick in das für die in Rede stehende Frage nach dem Geltungsgrund des *ius puniendi* einschlägige Kapitel XXVIII des *Leviathan* zeigt jedoch, daß Hobbes hier mit keinem Wort auf die Autorisationstheorie zu sprechen kommt⁸², sondern die Frage nach dem Ursprung der Strafkompetenz erneut aufwirft. Weshalb muß die Frage nach dem Rechtsgrund der Strafe im 28. Kapitel erneut thematisiert werden, wenn doch das Recht des Souveräns, seine Untertanen für Vergehen zu strafen, schon im Begriff der autorisierten Souveränität enthalten ist?

Eine erste Antwort besteht darin, daß es Hobbes im 18. Kapitel des *Leviathan* in erster Linie um eine „Darlegung des Souveränitätsbegriffs“ geht, d. h. um die Bestimmung derjenigen „Rights, and Facultyes“ (Leviathan XVIII, p. 121), die notwendig zum Wesen der Souveränität dazugehören, nicht eigentlich jedoch um die Klärung der Herkunft der Strafgewalt.⁸³ Die Argumentation zu Beginn des 28. Kapitels macht deutlich, wo für Hobbes die Schwierigkeit der Begründung der Strafgewalt liegt: Man könne nämlich nicht annehmen – so erklärt Hobbes –, daß jemand vertraglich verpflichtet sei, im Falle einer Gewaltanwendung gegen die eigene Person keinen Widerstand zu leisten. Zwar haben sich alle einzelnen im Staatsvertrag verpflichtet, dem Souverän bei der Bestrafung anderer nicht nur keinen Widerstand zu leisten, sondern ihn bei seinen Maßnahmen der Verbrechensbekämpfung und Strafverfolgung zu unterstützen. Aber einen Vertrag abzuschließen, der die Verpflichtung enthält, dem Souverän bei der Bestrafung *anderer* beizustehen, kann nach Hobbes’ Auffassung nicht bedeuten, ihm das Recht der Bestrafung der *eigenen Person* zu übertragen (Leviathan XXVIII, p. 214). Aus dieser Überlegung zieht Hobbes den Schluß, daß die staatliche Strafkompetenz („the Right which the Commonwealth [...] hath to Punish“, Leviathan XXVIII, p. 214) „is not grounded on any concession, or gift of the Subjects“.

Die Lösung des Problems der Begründung der staatlichen Strafgewalt und damit die Auffindung der „foundation of that right of Punishment“ (Leviathan XXVIII, p. 214) liegt nach Hobbes darin, daß die Strafgewalt schon im ursprünglichen Recht auf alles enthalten ist. Im Staatsvertrag verzichten alle einzelnen zugunsten des Souveräns auf den gesetzlosen Gebrauch ihrer äußeren Freiheit zugunsten des Souveräns. Sie versetzen den /109/ Souverän dadurch in den Zustand der ungehinderten Ausübung seines Rechts auf alles, das er schon im Naturzustand, wenngleich in ungesichert Weise, innehatte. Denn zum Recht auf alles gehört im Naturzustand alles, was aus Gründen der Selbsterhaltung notwendig erscheint, also auch das Recht zu diesem Zweck jeden zu unterwerfen, zu verletzen oder zu töten, so daß die Strafgewalt dem ursprünglichen natürlichen Recht eines jeden inhäriert.⁸⁴ Mit dem im Staatsvertrag

⁸² Vgl. Zarka, *Droit de Résistance et droit pénal chez Hobbes*, p. 190. – Zarka hält die Schwierigkeiten, die sich aus Hobbes’ Strafrechtsbegründung im *Leviathan* ergeben – wenigstens sofern es um eine a priori-Begründung geht – für unüberwindlich und sucht statt dessen nach einer Begründung a posteriori (p. 192).

⁸³ Dix, *Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes*, S. 96.

⁸⁴ Leviathan XXVIII, p. 214: „But I have also shewed formerly, that before the Institution of Commonwealth, every man had a right to every thing, and to do whatsoever he thought necessary to his own preservation; subduing, hurting, or killing any man in order thereunto. And this is the foundation of that right of Punishing, which is exercised in every Commonwealth. For the Subjects did not give the Sovereign that right; but onely in laying down theirs, strengthened him to use his own as he should think fit, for the preservation of them all: so that it was not given, but left to him, and to him onely.“ Ähnlich in der Abhandlung ‚Of Liberty and Necessity‘ (in: *Thomas Hobbes, The English Works*, ed. by William Molesworth, vol. IV, London 1840, p. 254), wo Hobbes erklärt, „that the right, which the *commonwealth* hath to put a man to death for crimes, is not created by the *law*, but remains from the right of *nature*, which every man hath to preserve himself.“

ausgesprochenen Rechtsverzicht aller einzelnen zugunsten des Souveräns, kommt dieser also in die Lage der ausschließlichen bzw. alleinigen Ausübung des Rechts auf alles. Zu den Befugnissen des Souveräns gehört aber – so Hobbes – auch die Kompetenz, zwecks Erhaltung des gesamten Staatswesens, Strafen zu verhängen. Mit anderen Worten: Der Vertrag stiftet nicht erst dieses Recht, sondern räumt in Gestalt des kollektiven Rechtsverzichts nur die Hindernisse seiner Wirksamkeit aus dem Weg. Die Lösung des Problems und damit die Auffindung der „foundation of that right of Punishment“ (Leviathan XXVIII, p. 214) liegt folglich nach Hobbes darin, daß alle einzelnen durch ihren Rechtsverzicht zugunsten des Souveräns diesen in den Zustand der ungehinderten Ausübung seines Rechts auf alles versetzen.⁸⁵ Zu diesem Recht auf alles des Souveräns gehört – so Hobbes – auch die Kompetenz, zwecks Erhaltung des gesamten Staatswesens, Strafen zu verhängen. Die Schwäche dieses Lösungsvorschlags, die ihrem Autor den Vorwurf eingetragen hat, seine Straflehre sei insgesamt „nur eine undurchgearbeitete Skizze“⁸⁶, ist jedoch offensichtlich: Sie besteht zum einen in der offenkundigen Unterstellung, daß die Strafkompentenz selbst nur ein Sonderfall der Ausübung des *ius in omnia* sei, zum anderen aber darin, daß diese Lösung auch mit den Implikationen des kontraktualistischen Autorisationskonzepts unvereinbar ist. Denn mit der Einführung der Autorisationsfigur im *Leviathan* war Hobbes selbst zu der Einsicht gelangt, daß das souveräne Recht staatlicher Herrschaft eine *qualitative Neuschöpfung* darstellt (insofern es auf dem Recht, den Willen aller zu repräsentieren, beruht) und nicht bloß als Beibehaltung des Rechts auf alles zu verstehen ist. /110/ Es wäre deshalb nur konsequent gewesen, wenn er das (staatliche) Strafrecht gleichfalls als Neuschöpfung bzw. als Rechtsfolge des staatsbegründenden Vertrages entwickelt hätte.

Der Widerspruch, der zwischen Hobbes' Definition der Strafe als eines hoheitlichen Aktes, der Ausfluß der Gesetzgebungs- und Exekutivkompetenz des Souveräns ist, und seiner Ableitung des *ius puniendi* aus dem *ius in omnia* ist schon bald von den Zeitgenossen zum Gegenstand der Kritik gemacht worden. Der Umstand, daß Hobbes' Strafrechtsbegründung mit seiner Souveränitätskonzeption konfligiert, bildete die Basis der Kritik, die Samuel Pufendorf in seinem naturrechtlichen Hauptwerk *De jure naturae et gentium* geübt hat. Wie gezeigt, besteht der entscheidende Schwachpunkt des Hobbesschen Begründungsversuchs in der offenkundigen Unterstellung, daß die Strafkompentenz selbst nur ein Sonderfall der Ausübung des *ius in omnia* sei.⁸⁷ An dieser systematischen Schwachstelle der Hobbesschen Strafrechtslehre setzt die Strafrechtslehre Samuel Pufendorfs an. Obgleich in Pufendorfs Naturrechtslehre auch eher traditionalistische bzw. aristotelisierende Elemente zu finden sind⁸⁸, ist festzuhalten, daß Pufen-

⁸⁵ Leviathan XXVIII, p. 214: „But I have also shown formerly that before the Institution of Common-wealth, every man had a right to every thing, and to do whatsoever he thought necessary to his own preservation; subduing, hurting, or killing any man in order thereunto. And this is the foundation of that right of punishing which is exercised in every Commonwealth.“

⁸⁶ Josef Nagler, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, Leipzig 1918, S. 296.

⁸⁷ Diesen Punkt hatte bereits John Bramhall in seiner polemischen Schrift ‚The Catching of Leviathan, or the Great Whale‘ (London 1658) hervorgehoben: Nach Hobbes sei die Strafe „not an act of the Magistrate as he is a Magistrate, or as he is an Officer of God to do justice, or a revenger of evil deeds; but as he is the onely private man who hath not laid down his natural right to kill any man at his own discretion, if he do but suspect that he may prove noisome to him, or conceive it necessary for his own preservation. Who ever heard of such a right before, so repugnant to the Laws of God and Nature? [...] Who would not desire to live in his Common-wealth, where the Sovereign may lawfully kill a thousand innocents every morning to his breakfast? Surely this is a Common-wealth of fishes, where the great ones eat the lesser“ (John Bramhall, *The Catching of Leviathan, or the Great Whale*, in: G. A. J. Rogers (ed.), *Contemporary Responses to the Political Theory of Thomas Hobbes*, Bristol 1995, p. 151).

⁸⁸ Vgl. hierzu Thomas Behme, *Samuel Pufendorf. Naturrecht und Staat. Eine Analyse und Interpretation seiner Theorie, ihrer Grundlagen und Probleme*, Göttingen 1995.

dorf – wenigstens in diesem Punkt seiner Strafrechtslehre – von den rechtsphilosophischen Voraussetzungen des Thomas Hobbes ausgeht und er gewissermaßen mit Hobbes, d. h. mit der internen Logik der Hobbesschen Staatslehre, gegen Hobbes' Strafrechtskonzeption argumentiert.⁸⁹ Auch Pufendorf beginnt seine Strafrechtstheorie mit der Frage nach /111/ dem Rechtsgrund der Bestrafung: auf welche Weise kann die Strafkompetenz im Staat von den einzelnen durch Vertrag übertragen werden.⁹⁰

Pufendorf hat klar erkannt, daß die „foundation of that right of Punishing“ im *Leviathan* mit Hobbes' eigenen Ausführungen über den Begriff und die Geltung des natürlichen Rechts im Naturzustand und seiner Strafdefinition im Widerspruch steht: Die Strafkompetenz des Souveräns kann unmöglich darauf zurückzuführen sein, daß derselbe infolge des staatsvertraglichen Rechtsverzichts als einziger Inhaber des ‚ius in omnia‘ übrig bleibt und er insofern auch rechtmäßig strafen kann.⁹¹ Das natürliche Recht im Naturzustand ist ein schrankenloses Recht der Selbsterhaltung, aber kein Recht, mit dem eine Strafkompetenz verbunden ist. Pufendorfs Kritik an der Strafrechtskonzeption im *Leviathan* ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil sie mit Nachdruck zwischen der legitimen Gewaltanwendung im Dienste der eigenen Erhaltung, zu welcher im Naturzustand jedermann befugt ist, und der legitimen Gewaltanwendung zur Bestrafung einer rechtswidrigen Handlung unterscheidet: Die Strafe setzt nach Pufendorf nicht nur die Existenz einer staatlich garantierten Rechtsordnung voraus, sondern ist selbst eine hoheitliche Kompetenz, die ausschließlich dem Inhaber der souveränen Staatsgewalt zukommt. Umgekehrt kann keine Zwangshandlung, die im Naturzustand ausgeübt wird, den Charakter der Bestrafung haben („In libertate naturali poenae humanae non est locus“), da hier der Zwang nur in der Weise des Kriegsrechts, nicht aber in der Weise der Bestrafung im eigentlichen Sinne“ stattfinden.⁹² In der Tat ist nicht einzusehen, inwieweit im ursprünglichen Recht der Selbsterhaltung ein Recht der Bestrafung im eigentlichen Sinne enthalten sein könnte, wenn die Strafe auch nach Hobbes' Definition die Vergeltung einer Gesetzesübertretung („a Transgression of the Law“, *Leviathan* XXVIII, p. 214) ist. Hobbes selbst hatte im *Leviathan* erklärt, daß die Tat, /112/ über die ein Rechtsurteil gefällt wird, eine Übertretung eines Gesetzes sein muß, um bestraft werden zu können. Für den Naturzustand gilt jedoch, daß es keine Rechtsgesetze und somit auch keine Gesetzesübertretungen geben kann, sondern vielmehr jede beliebige Gewalttat unter Umständen im Hinblick auf die Sicherung des eigenen Selbsterhaltungsrechts erlaubt sein kann.⁹³ Aus diesem Grunde ist es im Naturzustand unmöglich, einen objektiven rechtlichen Unterschied zwischen verbrecherischen und erlaubten Handlungen zu

⁸⁹ Zu Pufendorfs Strafrechtsbegründung vgl. *Vanda Fiorillo*, ‚Salus populi suprema lex esto‘: il potere punitivo, come ‚officium regis‘, nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf, in: dies. (Hrsg.), Samuel Pufendorf. Filosofo del Diritto e della Politica. Atti del Convegno Internazionale Milano, 11-12 novembre 1994, pp. 139-169; dies., Verbrechen und Sünde in der Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, in: Bodo Geyer/Helmut Goerlich (Hrsg.), Samuel Pufendorf und seine Wirkungen bis auf die heutige Zeit, Baden-Baden 1996, S. 99-116.

⁹⁰ *Pufendorf*, JNG VIII, 3, § 1.

⁹¹ Zum folgenden s. *Pufendorf*, JNG VIII, 3, § 1 ff. – Nach Hobbes' Auffassung sei das ius puniendi ‚civitati non datum, sed relictum esse“. Das natürliche Recht im Naturzustand ist ein schrankenloses Recht der Selbsterhaltung, aber kein Recht, mit dem eine Strafkompetenz verbunden ist: „Ad quod [nämlich zu Hobbes' Begründung] tamen reponi potest; jus poenas sumendi esse diversae naturae à jure seipsum conservandi: cumque illud exerceatur in subjectos, intellegi non posse, quomodo jam tum in statu naturali extiterit, ubi nemo alteri subjectus est“ (JNG VIII, 3, § 1).

⁹² *Pufendorf*, JNG VIII, 3, § 2: Der Zwang geschieht im Naturzustand ‚per modum belli, non per modum poenae proprie dictae“.

⁹³ Vgl. *Ebbinghaus*, Die Strafen für Tötung eines Menschen, S. 309.

ziehen. Darüber hinaus gibt es im Naturzustand keinen Unterschied zwischen einer öffentlichen und bloß privaten Zwangshandlung. Auch deshalb kann es hier keine Strafen im eigentlichen Sinne geben, sondern – wie Hobbes selbst erklärt – nur „private revenges“ bzw. „injuries of private men“ (*Leviathan* XXVIII, p. 214).

Aber auch Pufendorfs Versuch, den Rechtsgrund der Strafgewalt aus dem allgemeinen Staatsrecht zu entwickeln, bleibt problematisch, so daß seine Strafrechtstheorie bestenfalls einen Schritt zur Auflösung dieser Vexierfrage des neuzeitlichen Naturrechts bildet. Denn trotz seiner berechtigten Kritik an Hobbes' unzulänglichem Begründungsversuch bleiben seine eigenen Ausführungen sowohl im Hinblick auf die Frage nach dem Fundament des Strafrechts als auch im Hinblick auf die Frage des Strafzwecks problematisch. Was die Suche nach dem Fundament des Strafrechts angeht, behauptet Pufendorf, das *ius puniendi* sei ursprünglich ein Recht, das aus der Vereinigung der Individuen zu einer moralischen Körperschaft entstanden und das seinerseits durch den Regenten dieser Körperschaft ausgeübt wird.⁹⁴ Die Annahme einer durch eine vertragliche Bindung („*conjunctio*“) entstandenen Körperschaft widerspricht aber seiner (mit Hobbes übereinstimmenden) Auffassung, daß es einen vom Willen des Inhabers der höchsten Staatsgewalt unabhängigen Willen einer moralischen Körperschaft gar nicht geben könne: „Der Wille dessen, der die Macht hat, ist *eo ipso* der allgemeine Wille [...], und die Strafe für Ungehorsam gegen ihn kann keinen anderen legitimierenden Grund haben als den Willen des Machthabers, die von ihm Beherrschten in Untertänigkeit zu halten.“⁹⁵ Dies wiederum hat zur Folge, daß als Strafprinzip nichts anderes übrig bleibt, „als das Interesse des Machthabers an der Wirksamkeit seines eigenen Willens, das heißt am Gehorsam der ihm Unterworfenen.“ Das /113/ Prinzip der Strafbestimmung ist bei Pufendorf ganz folgerichtig die „*utilitas rei publicae*“⁹⁶, das schon besagte Interesse des Herrschers an der Bewirkung des staatsbürgerlichen Gehorsams. Das Problem dieses Strafprinzips besteht allerdings darin, daß „das Gehorsamsinteresse des Machthabers überhaupt keine Bedingungen für die Bestimmung der Zulänglichkeit oder Nichtzulänglichkeit der Strafen liefert. Rechtfertigung des Absolutismus insofern, als daß von Pufendorf angegebene Strafprinzip überhaupt keine Möglichkeit bot, die Frage nach den Grenzen der rechtlich möglichen Einschränkung der Freiheit aller anders als durch den Willen des Machthabers zu beantworten.

Wie gezeigt, kennt die Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts zwei unterschiedliche Begründungen bzw. Rechtfertigungen der Strafgewalt – je nachdem das *ius puniendi* unmittelbar im natürlichen Recht von jedermann verankert oder als Resultat der Konstitution des Staates betrachtet wird. Den beiden skizzierten Rechtfertigungen der Strafgewalt liegt jeweils ein fundamental verschiedenes Verständnis von der Geltung und Wirkung des Naturrechts zugrunde: Grotius und Locke der Überzeugung sind, daß schon der Naturzustand, d. h. der vorstaatliche Zustand der Menschen ein Rechtszustand im eigentlichen Sinne ist, in welchem nicht nur die Normen des Naturrechts strikte Geltung beanspruchen können, sondern auch eine – wenngleich prekäre – Exekutivgewalt für die Durchsetzung dieser Normen existiert. Für sie bedeutet der Übergang vom *status naturalis* zum *status civilis*, sondern nur einen Wandel in den Ausübungs- bzw. Exekutionsbedingungen der naturrechtlichen Normen. Hobbes und Pufendorf dagegen bedeutet dieser Übergang eine fundamentale Veränderung im Hinblick auf die Rechtslage der Menschen: Es ist der Übergang von einem Zustand der Rechtlosigkeit zu einem Zustand gesetzlicher Freiheit. Wenngleich auch Hobbes und Pufendorf an der vorpositiven

⁹⁴ Pufendorf, JNG VIII, 3, § 1. Ich folge in diesem Punkt der Interpretation von *Julius Ebbinghaus*, Die Strafen für Tötung eines Menschen, Gesammelte Schriften, Bd. II, S. 294 f.

⁹⁵ Ebbinghaus, Die Strafen für Tötung eines Menschen, S. 294.

⁹⁶ Pufendorf, JNG VIII, 3, § 24.

Geltung der Normen des natürlichen Gesetzes festhalten, so machen sie zugleich deutlich, daß es sich bloß um eine Geltung in foro interno handelt, die Normen des natürlichen Gesetzes also zwar Gewissenspflichten sind, aber selbst ihre Einhaltung nicht geeignet sind, den Rechtsfrieden zwischen den Menschen zu sichern. Für sie liegt das entscheidende Problem der Geltung bzw. Nichtgeltung des natürlichen Rechts im Naturzustand im ipse-iudex-Prinzip, nach welchem jeder Richter in eigener und fremder Sache ist und niemand der Befehlsgewalt eines anderen unterworfen ist. Die Frage, ob von einem Recht der /114/ Bestrafung nur im status civilis die Rede sein könne, blieb im weiteren Verlauf der Debatten um die naturrechtliche Begründung des Strafrechts im 18. Jahrhundert kontrovers, ohne daß systematisch neue Argumente zu ihrer Entscheidung vorgebracht wurden.⁹⁷

⁹⁷ So waren *Thomasius*, *Institutiones*, III, 7; § 28; *Gottfried Achenwall/Johann Stephan Pütter*, *Elementa iuris natvrae*, Göttingen 1750 (Neuausgabe hrsg. von Jan Schröder, Frankfurt/M. 1995), III, 4, § 880, *Kant*, *Rechtslehre*, AA Bd. VI, § 49 E, für den das Strafrecht „das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen“ darstellt, das seinerseits zu den „rechtlichen Wirkungen aus der Natur des bürgerlichen Vereins“ (§ 49 Überschrift der allgemeinen Anmerkung); vgl. auch die prägnante Formulierung: „Strafe findet nur im Verhältnisse eines Obern (imperantis) gegen den Unterworfenen (subditum) statt“ (*Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* § 57) und schließlich der Kantianer *Johann Adam Bergk*, *Briefe über Immanuel Kant's Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, enthaltend Erläuterungen, Prüfung und Einwürfe, Leipzig/Gera 1797 (Reprint Brüssel 1968), S. 218-220, Anhänger der staatsrechtlichen Begründung der Strafgewalt. Demgegenüber sind *Barbeyrac* (s. seine Anmerkung zu *Samuel Pufendorf*, *Le droit de la nature et des gens*, trad. par Jean Barbeyrac, tome troisième, London 1740, VIII, 3, § 4, note 3), *Burlamaqui* (*Principes du droit politique*, Amsterdam 1751, III, 4, §§ 3 ff.), *Wolff* (*Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, § 153), *Emer de Vattel* (*Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Neuchâtel 1758 (Reprint Washington 1916) I, 13, § 169), *Joachim Georg Darjes*, *Discours über sein Natur- und Völkerrecht*, auf Verlangen herausgegeben, Bd. I, Jena 1762, § 365/II, wie Grotius bzw. Locke Anhänger der naturrechtlichen Straftheorie. Im übrigen ist es interessant zu sehen, daß der Großteil der juristischen Kantianer – im Gegensatz zu Kant selbst – Verfechter des natürlichen Strafrechts waren, vgl. *Ernst Ferdinand Klein*, *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaften nebst einer Geschichte derselben*, Halle 1797 (Reprint Königstein/Ts. 1979), §§ 221 f., *Paul Johann Anselm Feuerbach*, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Gießen 1797 (Reprint Darmstadt 1967), S. 227-230, *Karl August Tittmann*, *Grundlinien der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Leipzig 1800 (Reprint Aalen 1978), § 46, für den „der Begriff einer constituirten Staatsgewalt nicht wesentlich“ zum Begriff der Strafe gehört. Eine vermittelnde Position nimmt *Karl Grolman*, *Ueber die Begründung des Strafrechts und Strafgesetzgebung, nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maasstabe der Strafen und der juridischen Imputation*, Reprint Frankfurt/M. 1968, S. 87-105.