

Steht das Grundrecht des Art.2 Abs.1 GG
der Anwendung des § 205 StGB auf die
Bestimmungsmensur entgegen?

Rechtsgutachten erstattet von
Werner Barthold
Oberregierungsrat
Bundesministerium des Innern
B o n n a. Rh.

In der Strafsache gegen den Studenten Wilfried von Studnitz aus Göttingen wegen Zweikampfes ist von seiten der Verteidigung die Frage an mich herangetragen worden, ob der Bestrafung von Bestimmungsmensuren, wie sie im Urteil der grossen Strafkammer des Landgerichts Göttingen vom 19. Dezember 1951 dargestellt sind, v e r f a s - s u n g s r e c h t l i c h e Bestimmungen des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG) entgegenstehen. Als Material sind mir zur Verfügung gestellt worden:

1. das vorerwähnte Urteil - Az der StA Göttingen:
3 K Ms 12/51 - (i.folg.cit: Urteil).
2. das Rechtsgutachten des Herrn Reichsgerichtsrats
a.D. Fritz Hartung (i.folg.cit: Hartung)

Die Beantwortung der mir gestellten Frage habe ich als eine private Aufgabe übernommen, die in keinerlei Beziehung zu meiner dienstlichen Tätigkeit als Beamter im Bundesministerium des Innern steht.

Gegenstand meiner Arbeit ist daher ausschliesslich eine p r i v a t e gutachtliche Stellungnahme zu dem aufgezeigten verfassungsrechtlichen Problem. Bei dessen Erörterung lege ich die tatsächlichen Feststellungen des Urteils zugrunde und setze die Rechtsausführungen der Strafkammer und das Gutachten Hartung als bekannt voraus. Indessen wird es nicht zu vermeiden sein, dass sich die Würdigung von Tatbestandselementen in verfassungsrechtlicher Hinsicht mit der Betrachtung aus den strafrechtlichen Gesichtspunkten überschneidet.

Bevor in die Erörterung der eigentlichen Frage eingetreten werden kann, sind als V o r f r a g e n zu klären:

- (I) das richterliche Prüfungsrecht und
- (II) das Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 GG zur Rechtsordnung, insbesondere zu den Strafgesetzen.

An diese Untersuchungen schliesst sich dann das hier in der Hauptsache zu behandelnde Thema:

- (III) Steht das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG der Anwendung des § 205 StGB auf Bestimmungsmensuren entgegen?

Die Beantwortung dieser wie auch der Vorfragen erfolgt auf Grund der Gesetzestexte und der Materialien unter Heranziehung einschlägiger Entscheidungen und Kommentare. Eine Stellungnahme zu den mit der Bestimmungsmensur verknüpften Problemen *a n d e r e r* als verfassungsrechtlicher Art wird von mir weder erwartet noch abgegeben.

I

(Richterliches Prüfungsrecht) Bevor an die Beantwortung der materiell-rechtlichen Frage heranzutreten ist, erscheint es angezeigt, zunächst auf die prozessrechtliche einzugehen.

Es stellt sich also das Problem, ob und vor allem in welchem Umfange das richterliche Prüfungsrecht gegenüber dem sog. vorkonstitutionellen Recht auszuüben ist, dem auch § 205 StGB angehört. In Art.123 Abs.1 GG ist die Fortgeltung des gesamten Rechts aus der Zeit vor dem ersten Zusammentritt des Bundestags unter den Vorbehalt gestellt, dass dieses dem Grundgesetz nicht widerspricht. Damit wird ausgedrückt, dass insoweit vorkonstitutionelles Recht vom Grundgesetz selbst ausser Kraft gesetzt worden ist und nicht erst durch besondere Massnahmen aufgehoben werden muss. Hieraus folgt weiterhin, dass jedes Gericht berufen und verpflichtet ist, von ihm anzuwendendes vorkonstitutionelles Recht daraufhin zu prüfen, ob es dem Grundgesetz widerspricht und sich also nicht mehr in Kraft befindet.

Gilt dies für den *F o r t b e s t a n d* solchen Rechts, so muss es umso mehr für dessen *A u s l e g u n g* gelten. Es wäre widersinnig anzunehmen, dass frühere Auslegungen, obwohl sie heute dem Grundgesetz zuwiderlaufen, weiterhin Anerkennung finden könnten, denn nicht nur die *F o r t g e l t u n g*, sondern auch die *F o r t e n t w i c k l u n g* des vorkonstitutionellen Rechts hat im Sinne des Grundgesetzes zu erfolgen.

Dies dürfte im besonderen Masse in Ansehung des Art.2 Abs.1 GG zutreffen, der nach dem Willen des Gesetzgebers „den *F r e i h e i t s g e d a n k e n* im Sinne des dynamischen *a k t i v e n* Rechts“ gestaltet.

Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 1, i.folg.cit.: Entstehungsgeschichte, Seite 54

Selbst v.Mangoldt, der das Grundrecht in Art.2 Abs.1 GG unter den Vorbehalt des Gesetzes gestellt sehen will, fordert, dass der Grundsatz der freien Entfaltung der Persönlichkeit bei der Auslegung von Gesetzen keinen Schaden erleiden dürfe, weil er zu einem leitenden Grundsatz unseres gesamten Verfassungsrechts geworden sei.

v.Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1.Lief., Art.2, i.folg.cit.: v.Mangoldt, Seite 46 u.47.

Mit diesen Feststellungen und in diesem Sinne dürfte hier die gerichtliche Nachprüfung zwar nicht der Fortgeltung des § 205 StGB, sondern dessen bisheriger A u s l e - g u n g im Rahmen eines Strafverfahrens zulässig sein. Ob und in welchem Umfange sie auch geboten erscheint, wird den Hauptgegenstand dieser Untersuchung bilden.

II

(Verhältnis von Art.2 Abs.1 GG zur Rechtsordnung, insbesondere zu den Strafgesetzen) Vor Eintritt in die spezielle Erörterung dürfte es noch ratsam sein, einige Gedanken zu Art.2 Abs.1 GG in seiner allgemeinen Bedeutung vor auszuschicken.

1. Das Recht der Persönlichkeit auf freie Entfaltung gehört zu den grundlegenden Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Es ist als einer der G r u n d w e r t e dieser - wertgebundenen - Ordnung anzusehen, der die Vorstellung zugrunde liegt, dass der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen selbständigen Wert besitzt und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit sind.

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 23.Oktober 1952 betreffend Feststellung der Verfassungswidrigkeit der sozialistischen Reichspartei, herausgegeben v.d.Mitgl. des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1952, i.folg.cit.: SRP-Urteil, Seite 16-17.

Diesem Grundrecht, auf der Wertvorstellung der Persönlichkeit gegründet, hat Art.2 Abs.1 GG zugleich mit seiner Festlegung bestimmte Schranken gesetzt, die nach der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts zum Begriff der freiheitlichen demokratischen Ordnung als einer w e r t g e b u n d e n e n Ordnung ebenfalls auf W o r t - v o r s t e l l u n g e n zurückzuführen sind. Das Grundgesetz sieht diese Werte in den Rechten anderer, in der

verfassungsmässigen Ordnung und im Sittengesetz.

Die Bildung dieser Begriffe zeigt, dass es sich um Werte unterschiedlicher Art handelt. Während unter den Rechten anderer die subjektiven und die absoluten Rechte verstanden werden, ist die Auslegung des Begriffs der verfassungsmässigen Ordnung nicht einheitlich. Der „Bonner Kommentar“ - Art.2 Anm.II 1b und Art.9 IIc - versteht darunter die jeweils gültige Rechtsordnung des Gemeinwesens, dagegen betrachtet sie v.Mangoldt, jedenfalls im Rahmen von Art.2 Abs.1 GG, als die allgemeine Rechtsordnung (v.Mangoldt, Seite 46). Hiergegen wendet sich der Bonner Kommentar und beruft sich sowohl auf die Entstehungsgeschichte als auch darauf, dass der Begriff der verfassungsmässigen Ordnung im Grundgesetz und in einer Reihe von anderen bestehenden Rechtsnormen dahingehend festgelegt sei, dass er „soviel wie staatliche Grundordnung“ bedeute. Der Bonner Kommentar verweist im übrigen auf die uneinheitliche Auslegung v.Mangoldt's für Art.2 Abs.1 und Art.9 Abs.2 GG. Die Gleichsetzung des Begriffs der verfassungsmässigen Ordnung mit der allgemeinen Rechtsordnung verbietet sich, wie der Bonner Kommentar a.a.O. zutreffend ausführt, allein schon deshalb, weil Art.9 Abs.2 GG die verfassungsmässige Ordnung selbständig neben die Strafgesetze gestellt hat, diese also nicht mit jener identisch sein können.

Den Gedanken, die verfassungsmässige Ordnung mit der allgemeinen Rechtsordnung zu identifizieren, hatte bereits Thoma in seiner „Kritischen Würdigung“, die v.Mangoldt übrigens im Parlamentarischen Rat als zutreffend bezeichnete, ad absurdum geführt (Entstehungsgeschichte, Seite 56). Thoma wies daraufhin, dass es eine Banalität sei zu sagen: „Der Mensch ist von Rechtswegen frei, soweit er nicht von Rechtswegen unfrei ist.“

Das Bundesverfassungsgericht hat nunmehr in der angezogenen Entscheidung den Begriff der verfassungsmässigen Ordnung allgemein und ohne Einschränkung für bestimmte Artikel des Grundgesetzes dahingehend definiert, dass hierunter die „staatliche Gesamtordnung“ zu verstehen sei (SRP-Urteil, Seite 16). Es ergibt sich also daraus, dass

nur diejenigen Rechtsvorschriften, die diese Ordnung darstellen oder zu ihrem Schutze erlassen wurden, wie z.B. das 2.Strafrechtsänderungsgesetz, als die verfassungsmässige Ordnung angesehen werden können.

Auch das S i t t e n g e s e t z ist ersichtlich nicht "Rechtsordnung", die es dennoch in vielen Gesetzen vor Verstössen schützt (vgl. Entstehungsgeschichte, Seite 57, und v.Mangoldt, Seite 47). Gerade an diesem Beispiel zeigt sich aber das V e r h ä l t n i s zwischen den Beschränkungen, die Art.2 Abs.1 GG der freien Entfaltung der Persönlichkeit auferlegt, und der Rechtsordnung, nämlich in deren gestaltender, ordnender und schützender F u n k t i o n in Bezug auf die mit den Begriffen der Rechte anderer, verfassungsmässige Ordnung und Sittengesetz jeweils selbständig verbundenen Wertvorstellungen.

(vgl.hierzu: Mezger, Strafrecht I, 4.Aufl.1952, Seite 16: Normen als Mittel der W e r t-Verwirklichung; Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch, 4.Aufl.1929, Seite 7: Rechtsgüter und Güter im weitesten Sinne; 6.Aufl. 1944, Seite 31: Wertwirklichkeiten)

2. Im vorliegenden Falle dürften die bisherigen Ausführungen hinreichen, um den notwendigen A u s g a n g s - p u n k t für die anzustellende Untersuchung zu gewinnen. Für die Frage, ob Bestimmungsmensuren der im Urteil festgestellten Art bei Berücksichtigung des Grundrechts aus Art.2 Abs.1 GG unter die Strafdrohung des § 205 StGB fallen, erscheint es nicht erforderlich, den Fortbestand dieser Vorschrift selbst in Zweifel zu ziehen. Es dürfte genügen, in die Erörterung darüber einzutreten, ob eine auf die Bestrafung von Bestimmungsmensuren abgestellte A u s - l e g u n g der §§ 205, 201 StGB gegenüber dem a k t i - v e n Grundrecht der Persönlichkeit auf freie Entfaltung durch die verfassungsrechtlich gesetzten Schranken des Art.2 Abs.1, 2.Halbs.GG noch gerechtfertigt erscheint.

Der durch das Grundgesetz infolge Gestaltung des Persönlichkeitsrechtes auf freie Entfaltung als aktives Grundrecht geschaffene Zustand dürfte sich in der Strafrechtspflege von dem bisherigen, der durch die unveränderte Verwendung des Rechtsgutsbegriffes durch das Reichsgericht

gekennzeichnet ist - RGStr: 37/3, 59/48, 70/145, 73/78, 76/32 -, nur dadurch g r u n d s ä t z l i c h unterscheiden, dass bei der richterlichen Nachprüfung vorkonstitutionellen Rechts die Konstatierung eines Rechtsgutes durch den früheren Gesetzgeber gegenüber dem aktiven Grundrecht des Art.2 Abs.1 GG nicht mehr als b i n d e n - d e Feststellung anzusehen ist. Ist es, wie bei der Bestimmungsmensur (vgl. Hartung Seite 17 ff), sogar von vornherein zweifelhaft, ob das mit der Strafbestimmung zu schützende Rechtsgut durch die Handlung des Täters überhaupt verletzt oder gefährdet werden kann, so dürften der Nachprüfung einer dies nur u n t e r s t e l l e n d e n Auslegung erst recht keine Bedenken entgegenstehen. Jedenfalls darf durch die Auslegung der §§ 205, 201 StGB der Grundsatz der freien Entfaltung der Persönlichkeit keinen Schaden erleiden (v. Mangoldt, Seite 47). Dieser Grundsatz muss vielmehr als leitendes Prinzip unseres Verfassungsrechts auch in der Strafrechtspflege entsprechende Berücksichtigung finden.

III

(Steht das Grundrecht des Art.2 Abs.1 GG der Anwendung des § 205 StGB auf Bestimmungsmensuren entgegen?)

1. Um bestimmen zu können, ob die Bestimmungsmensur als Betätigung im Sinne einer freien Entfaltung der Persönlichkeit der Beteiligten Rechte anderer verletzt, gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst, erscheint es zweckmässig, zunächst den G r u n d der Strafdrohung des § 205 StGB zu erörtern, um hieraus die W e r t vorstellungen zu entnehmen, die das Gesetz im Sinne der Schranken des Grundrechts zu verwirklichen bestimmt ist.

a) Wie Hartung (Seite 17) und das Urteil (III Zif.5) eingehend darlegen, ist die G e f ä h r d u n g d e s M e n s c h e n l e b e n s nach herrschender Meinung der gesetzgeberische Grund für die Strafvorschrift des § 205 StGB. Hier ist es also das absolute R e c h t a n d e r e r auf Leben, dessen V e r l e t z u n g vom "Zwei-

kampf mit tödlichen Waffen" besorgt wird und das die Wertvorstellung bildet, in der die dem Grundrecht der freien Entfaltung gesetzte Schranke beruht. Daher kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob die Gefährdung des Lebens beim "Zweikampf mit tödlichen Waffen" - anders als bei bestimmten Sportarten, z.B. Auto- und Motorradrennen - auch gegen das Sittengesetz verstösst.

Soweit ältere Schriftsteller ausserdem die L e i b e s - g e f ä h r d u n g als Grund der Strafbarkeit nach § 205 StGB angenommen haben, kann dieser Grund nicht mehr in Betracht gezogen werden, seitdem durch § 226a StGB die Einwilligung des Verletzten in eine Körperverletzung grundsätzlich zugelassen wurde.

Der Vollständigkeit halber sei schliesslich hingewiesen auf die abweichenden Meinungen Gerland's, der im "Zweikampf mit tödlichen Waffen" einen Angriff auf den inneren Frieden des Staates sieht, und Hälschner's, der den gesetzgeberrischen Grund der Strafbarkeit in der Verletzung des Rechtsfriedens findet.

Gerland, zit. in Schönke; Strafgesetzbuchkommentar, 5. Aufl. 1951, Seite 14 (Vorbem. I 2, Das Wesen des Verbrechens); Hälschner, zit. in Hartung, Seite 9.

Es erscheint jedoch im Hinblick auf die herrschende Meinung mehr als zweifelhaft, ob die in diesen Formulierungen zum Ausdruck gebrachten Wertvorstellungen genügend substantiiert sind, um sie unter einen der Begriffe des Art. 2 Abs. 1 Halbs. 2 GG aufnehmen zu können.

b) Der im Urteil (II Zif. 1) festgestellte Tatbestand der Bestimmungsmensur lässt indessen in keiner Richtung eine Gefährdung des Menschenlebens oder des Rechtsfriedens erkennen. Die typischen Kennzeichen der Bestimmungsmensur sind im Gegenteil darin zu erblicken, dass mit jeder nur möglichen Sorgfalt die Gefährdung des Lebens der Paukanten - darüber hinaus auch dauernde oder schwere Verletzungen des Leibes - ausgeschlossen werden, und weiterhin, dass die Bestimmungsmensur ihrem Wesen nach nicht dazu dient, einen Streit durch den Waffengang zu erledigen, worin etwa die Friedensgefährdung gesehen werden könnte.

Demgemäss ist nicht einmal eine Rechtsgutsgefährdung

im Sinne der Rechtsprechung des Reichsgerichts ersichtlich, noch weniger eine Verletzung der Schranken des Grundrechts aus Art.2 Abs.1 GG. Die Rechtslage ist jedoch insofern verändert, als nach Inkrafttreten des Grundgesetzes ein subjektives, aktives Grundrecht, das Recht der Persönlichkeit auf freie Entfaltung, verletzt werden würde, wollte man die Strafdrohung des § 205 StGB auf Bestimmungsmensuren ausdehnen.

2. Diese Auffassung erscheint auch dann als zutreffend, wenn der Tatbestand der Bestimmungsmensur unmittelbar unter den Gesichtspunkten des Art.2 Abs.1, Halbs.2 GG betrachtet wird. Wie soeben dargelegt, ist bei der Bestimmungsmensur eine Lebensgefährdung bewusst ausgeschlossen und daher die Verletzung des unverzichtbaren Rechts auf Leben nicht zu befürchten. In etwa auftretende Körperverletzungen aber können die Paukanten einwilligen gemäss § 226a StGB (vgl. Hartung, Seite 25 ff). Es kann daher konkret und generell festgestellt werden, dass die Bestimmungsmensur Rechte anderer nicht verletzt.

Die Bestimmungsmensur verstösst auch nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung, da sie die staatliche Gesamtordnung völlig unberührt lässt; zudem wird sie nicht einmal öffentlich ausgetragen.

Ein Verstoß gegen das Sittengesetz (oder gegen die guten Sitten i.S.d.§ 226a StGB) ist ebenfalls durch die Bestimmungsmensur nicht zu besorgen. Es dürfte sich erübrigen, hierzu in eine detaillierte Erörterung einzutreten, nachdem die neueste Auslegung des kanonischen Rechts von der grundsätzlichen Verpönung der Bestimmungsmensur abgerückt ist und sonstige Beanstandungen derselben vom religiös-sittlichen Standpunkt aus nicht bekannt geworden sind.

Schauß, Einführung in das kirchliche Strafrecht, hrsggb. vom Priesterseminar d. Bistums Aachen, 1952, Seite 196-197 (Duell und Mensur, can.2351)

3. Schliesslich lassen nach meiner Auffassung bei der Bestimmungsmensur die Tatbestandselemente des Zweikampfs mit tödlichen Waffen eine Beschrän-

kung des Rechtes der Persönlichkeit auf freie Entfaltung nicht zu.

a) Zunächst kann den Ausführungen des Urteils (III Zif.1 Abs.1 u.Zif.3) in der Auslegung des Zweikampfbegriffes nicht gefolgt werden, vielmehr ist der von Hartung (Seite 9 ff) dargelegten abweichenden Meinung aus folgenden Gründen beizutreten:

Art.2 Abs.1 GG hat der freien Entfaltung der Persönlichkeit die Wertbegriffe der Rechte anderer, der verfassungsmässigen Ordnung und des Sittengesetzes entgegengestellt. Damit ist für eine rein linguistische Betrachtungsweise der Tatbestandselemente kein Raum. Die vom Urteil (Zif.1 Abs.1) wörtlich zitierte herrschende Meinung zum Zweikampfbegriff, in der der "ernstliche Kampf" den Kern der Definition bildet, trifft auf die Bestimmungsmonsur gerade hierin nicht zu.

Der Zweikampf kann i.S. von Art.2 Abs.1 Halbs.2 GG nämlich nur als eine Tätigkeit angesehen werden, die Werte beeinträchtigt, also Leben oder Rechtsfrieden zumindest potentiell verletzt oder gegen die verfassungsmässige Ordnung - z.B. durch Duellieren von Parlamentariern zwecks Entscheidung politischer Meinungsverschiedenheiten - oder das Sittengesetz - z.B. durch Zweikampf um den Besitz einer Frau - verstösst.

Das entscheidende Merkmal des Zweikampfbegriffs, seine Relevanz in Hinblick auf Art.2 Abs.1 GG, scheint mir daher die Streiterledigung zu sein, wobei entsprechend der herrschenden Meinung der Beweggrund begrifflich irrelevant bleibt (Urteil III Zif.3 Abs.1a.E.)

Schliesst der Begriff des Zweikampfs aber stets die Erledigung eines Streites in sich, so bedarf die Ernstlichkeit des Kampfes keiner besonderen Hervorhebung, sondern ergibt sich aus dem Wesen des Streites selbst. Andererseits begründet der Umstand, dass ein Kampf "ernsthaft im Sinne der Überwindung" (Urteil III Zif.3 Abs.2) geführt wird, keineswegs, dass es sich um einen "Zweikampf" handeln muss. So bezweckt der Boxkampf die völlige Ausschaltung des Gesamtorganismus des Gegners durch Schläge,

die durchaus ernstlich auf dessen Überwindung gerichtet sind, während beim Freistilringen die "Catcher" sich z.B. durch Würgen und Zufügen unerträglicher Schmerzen zu überwinden trachten. (Urteil III 6 vorletz. Abs.) Es dürfte nicht zu bestreiten sein, dass mindestens bei diesen Sportarten e r n s t h a f t im Sinne der Überwindung gekämpft wird. Insoweit ist kein Unterschied gegenüber der Bestimmungsmensur ersichtlich, bei der die "Abfuhr" ebenfalls durch körperliche Einwirkung, jedoch unter Vermeidung nachhaltiger und schwerer Schäden der Gesundheit, herbeigeführt wird. Dass im Sinne körperlicher Überwindung ernsthaft gekämpft wird, kann daher für den Zweikampf nicht als typisches Merkmal angesehen werden. Dies ergibt sich übrigens auch im umgekehrten Sinne aus der gebräuchlichsten Form des Duells in Frankreich, wo zumeist nur "bis zum ersten Blutstropfen" gekämpft wird, d.h. eine körperliche Überwindung des Gegners garnicht vorgesehen ist, wobei indessen die Ernstlichkeit eines solchen Kampfes nicht in Zweifel gezogen werden kann.

Auch h i s t o r i s c h kann im Zweikampf nur das Mittel zur Erledigung eines Streites gesehen werden, wobei das Duell in aller Regel zur Austragung von Ehrenhändeln diente, also nur in diesem Sinne typisch war. (Hartung, Seite 10). Die Entstehung und historische Entwicklung der Bestimmungsmensur, die ich mich an anderem Ort darzulegen bemüht habe, zeigt hingegen, dass letztere entscheidend dazu beigetragen hat, das noch in der Mitte des vorigen Jahrhunderts an den Universitäten verbreitete Duellunwesen zu allmählicher Abschwächung und schliesslich ganz zum Erlöschen zu bringen.

Barthold, Rechtsstaat und Bestimmungsmensur, 2. Aufl. 1952, Kessler Verlag Mannheim-Sandhofen, Seite 22 ff.

Die Richtigkeit der dort geschilderten historischen Betrachtung wird durch Schauf (Seite 197) bestätigt, der diese Entwicklung im kirchlichen Strafrecht berücksichtigt, indem er ausführt, dass "gegen etwa stattfindende Fechtkämpfe keine Einwände zu erheben sind, wenn eine ehemals schlagende" (i.S. von duellierende) "Verbindung ehrlich den falschen Ehrbegriff aufgegeben hat ..."

Das Urteil (III Zif.3 Abs.2) nimmt in Würdigung des festgestellten Tatbestandes an, dass die Bestimmungsmensur weder ein Scheinkampf noch ein Kampfspiel sei. Ich möchte demgegenüber die Bestimmungsmensur als K a m p f s p o r t bezeichnen, über dessen Wert oder Unwert man ebenso geteilter Meinungen sein kann wie beim Boxen oder beim Freistilringen. Indessen halte ich eine verfassungsrechtliche Untersuchung nicht für eine Gelegenheit zur Erörterung der Frage, was "Sport" ist, und darf insoweit auf meine vorerwähnte Schrift verweisen. Die Anwendung des Begriffs "Zweikampf" auf die Bestimmungsmensur erscheint mir bereits aus den oben erwähnten Rechtsgründen nicht gerechtfertigt.

b) Gegenüber den eingehenden und überzeugenden Ausführungen, die sowohl das Urteil (III Zif.4 ff) als auch Hartung (Seite 11 ff) zu dem Adjektiv "tödlich" als dem entscheidenden Merkmal der "Waffen" im Sinne der §§ 205, 201 StGB gemacht haben, dürften im Hinblick auf Art.2 Abs.1 GG nur noch einige wenige Bemerkungen am Platze sein.

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit ist im Grundgesetz als Tätigkeitsbegriff gestaltet. Die Tätigkeit selbst geniesst den Schutz der Verfassung jedoch nur insoweit, als sie nicht Rechte anderer v e r l e t z t oder gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz v e r s t ö s s t. Daher kann nur ein k o n k r e t e s Verhalten als tatbestandsmässig, auch bei der Auslegung von Strafgesetzen, angesehen werden. Für die Anwendung des § 205 StGB bedeutet dies, dass die H a n d l u n g hinsichtlich der zumindest potentiellen Verletzung des Rechtes auf Leben f i n a l sein muss. Hierzu reicht bei der Bestimmungsmensur das Bewusstsein des Täters nicht aus, dass die gebrauchten Waffen im Falle einer a n d e r e n Anwendung als der konkreten, durch ihn selbst ausgeführten, "tödlich" sein können. Dies ist für s e i n Handeln gänzlich irrelevant. Sein Verhalten ist deshalb o b j e k - t i v nicht geeignet, Rechte anderer zu verletzen, zumal eine solche Verletzung durch die gebrauchten Vorkehrungen b e w u s s t ausgeschlossen ist. Die Bestimmungsmensur

ist aus diesem Grunde nicht i.S.von Art.2 Abs.1 Halbs.2 GG tatbestandsmässig und kann somit nicht ohne Verletzung des Grundrechts der Persönlichkeit auf freie Entfaltung dem gesetzlichen Tatbestand der §§ 205,201 StGB unterlegt werden.

Zur Verdeutlichung dieser Meinung möchte ich, wie ich bei der Erörterung des Tatbestandsmerkmals "Zweikampf" den Boxsport und das Freistilringen als Beispiele herangezogen habe, bei der Betrachtung des Begriffs "t ö d l i c h e Waffe" den Fechtsport mit Florett, Degen und leichtem Säbel anführen, deren t ö d l i c h e Wirkung leider wiederholt erwiesen worden ist. Ich darf nur an den Tod des finnischen Degenmeisters durch Lungenstich auf einem internationalen Turnier in Kopenhagen vor einiger Zeit erinnern. Das Beispiel zeigt, dass der Unterschied zwischen dem Sportfechten und der Bestimmungsmensur i m W a f f e n - g e b r a u c h nur ein gradueller ist, indem im ersteren Falle nach der Regel die Beibringung von Verletzungen durch entsprechende Sicherheitsmassnahmen verhindert, im anderen Falle zugelassen wird. In b e i d e n Fällen jedoch wird die G e f ä h r d u n g d e s L e b e n s nach bester Möglichkeit a u s g e s c h l o s s e n und von den Beteiligten k e i n e s f a l l s gebilligt. In diesen rechtlich relevanten Punkt, dem Tatbestandsmerkmal "tödlische Waffen", liegen die Sachverhalte also gleich: Ob die freie Entfaltung der Persönlichkeit nun auf dem Gebiet des Sportfechtens oder der Bestimmungsmensur erfolgt, in keinem Falle verletzt sie Rechte anderer oder verstösst gegen verfassungsmässige Ordnung oder Sittengesetz.

4. Als Ergebnis meiner Untersuchung möchte ich daher folgendes erklären:

1. Die Bestimmungsmensur verletzt weder die Rechte anderer, noch verstösst sie gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz.
2. Die Tatbestandselemente "Zweikampf" und "tödlische Waffen" der §§ 205,201 StGB lassen sich ohne Ver-

letzung des Grundrechts der Persönlichkeit auf freie Entfaltung nicht auf die Bestimmungsmensur anwenden.

3. Eine Auslegung der §§ 205, 201 StGB, die die Bestimmungsmensur unter diese Bestimmungen fallen liesse, würde gegen den in Art. 2 Abs. 1 GG als aktives Grundrecht gestalteten Freiheitsgedanken verstossen.

Werner Barthold

Bonn, den 31. Dezember 1952