

Abb

Ist die Bestimmungsmensur
strafbar?

Rechtsgutachten erstattet von
Dr. jur. Fritz Hartung
Reichsgerichtsrat a.D.

Mir ist die Frage zur Begutachtung vorgelegt worden, ob die seit der Neubegründung der früheren studentischen Korporationen und Verbände hier und da wieder ausgeübte sogenannte "Bestimmungsmensur" mit Schlägern unter irgend-einem rechtlichen Gesichtspunkte strafbar sein kann. Die die Bestimmungsmensur heute ausübenden oder doch bejahenden Korporationen und Verbände betrachten sie als eine Sportart; sie sind, wie mir berichtet wird, bestrebt, "durch zusätzliche Bandagen, wie zum Beispiel Ohren- und Nasenschutz, und durch den Verzicht auf tiefe Hiebe Gesichtsverletzungen und überhaupt Verletzungen ernsterer Art gänzlich auszuschließen."

Es wird von mir "kein Bekenntnis zur Mensur oder gegen die Beschlüsse der Rektorenkonferenz erwartet, sondern nur ein rein wissenschaftliches Gutachten". Außerhalb des Bereiches meiner Arbeit liegen daher insbesondere folgende Fragen:

1. ob die Ausübung der Mensur unter dem Gesichtspunkte der akademischen Disziplin strafbar ist;
2. ob staatsrechtliche oder verfassungsrechtliche Regelungen die Mensur verbieten oder erlauben;
3. ob es unter den heutigen Umständen tunlich ist, einen studentischen Gebrauch wieder aufzunehmen, der - schon früher umstritten - eine ganze Reihe von Jahren lang praktisch geruht hat;
4. ob weltanschauliche oder politische Bedenken gegen die Wiederaufnahme des Gebrauches bestehen.

Die Aufgabe, die mir gestellt ist, ist somit rein strafrechtlicher Natur, beschränkt darauf, ob die Bestimmungsmensur unter irgendeinen strafrechtlichen Tatbestand zu bringen ist.

Der Sachverhalt, der strafrechtlich zu würdigen ist, ist folgender:

Zwei studentische Korporationen, die miteinander in einem sogenannten "Paukverhältnis" stehen, verabreden, ihre Mitglieder gegeneinander fechten zu lassen. Zu vereinbarten Zeiten treten die Fechtwarte der beteiligten Korporationen zusammen; sie legen Listen derjenigen ihrer Mitglieder vor, die nach gehöriger Vorbereitung und nach ihrem körperlichen Zustande zum Fechten bereit sind, und stellen aus diesen Listen die einzelnen "Partien" zusammen. Es liegt also der Mensur weder ein Ehrenhandel zugrunde, noch geht eine Herausforderung voraus. Die Verabredungen sind rein freundschaftlicher Art. Zur Illustration wird mir mitgeteilt, daß - um den Gebrauch überhaupt aufrecht erhalten zu können - zeitweise sogar Mensuren dieser Art mit scharfen Schlägern unter Angehörigen derselben Korporation ausgefochten worden sind. Es wird darauf gesehen, die Parteien möglichst so zusammenzustellen, daß nach Körperbeschaffenheit und fechterischer Übung und Gewandtheit möglichst gleichwertige Gegner einander gegenübergestellt werden. Bei der Mensur selbst sind die beiden Gegner in der von früher her bekannten Weise durch Binden, Bandagen, eiserne Brille, Lederschurz, Armschutz usw. gegen jegliche ernstere Verletzung geschützt. Die eingangs erwähnten zusätzlichen Schutzmittel sollen auch Gesichtsverletzungen nach Möglichkeit ausschließen, so daß praktisch nur der obere Teil des Kopfes unbedeckt und den Hieben des Gegners ausgesetzt bleibt. Durch vorherige Untersuchung wird festgestellt, ob nicht die Knochenstruktur des Schädels Gefahren mit sich bringt. Als Waffen werden sogenannte Schläger verwandt, die durch Korb oder Glocke die Hand schützen und zugleich gegnerische Hiebe zu parieren geeignet sind. Die Schläger sind auf der vorderen Seite

zu einhalb, auf der hinteren zu einviertel der Länge scharf geschliffen. Am vorderen Ende läuft die Klinge rechtwinklig aus; sie ist daher zum Stechen ungeeignet. Ein sogenannter "Paukkomment" regelt die Formen, in denen sich die Mensur abspielt. Ein Unparteiischer überwacht die Einhaltung der Kampfregeln. Auf jeder Seite wirkt je ein Sekundant mit, der nach einer bestimmten Folge von Schlagwechseln, notfalls auch bei etwaigen Komplikationen (z.B. Straucheln eines Fechters, Verfangen der Klingen) einfällt und damit den einzelnen "Gang" beendet. Je ein Testant auf jeder Seite sorgt dafür, daß die Klingen nach jedem Schlagwechsel erneut desinfiziert werden. Auch Sekundanten und Testanten sind für die Einhaltung der Kampfregeln mitverantwortlich. Ein approbierter Arzt überwacht das Ganze vom ärztlichen Standpunkt aus, sorgt dafür, daß etwa vorkommende Wunden alsbald sachgemäß behandelt werden und daß die Mensur abgebrochen wird, wenn es der Zustand eines der beiden "Paukanten" oder die Art der etwa empfangenen Wunden (z.B. Blutverlust usw.) rätlich erscheinen lassen. Die Kampfregeln sind - mit geringfügigen, für die Frage der Gefährlichkeit belanglosen Abweichungen im einzelnen - überall im wesentlichen dieselben.

Soweit der "Sachverhalt", der zu beurteilen ist.

Wie er strafrechtlich zu würdigen sei, ob er überhaupt unter einen strafrechtlichen Tatbestand fällt und, wenn ja, unter welchen, ist seit dem Inkrafttreten des StGB lebhaft umstritten; ja, die Zweifelsfrage gehört zu den ganz großen Streitfragen des sachlichen Strafrechtes überhaupt. Es gibt nur ganz wenige strafrechtliche Fragen, in denen die Meinungen einander so scharf widersprechend gegenüberstehen, wie in dieser.

Das Reichsgericht hat - nach anfänglichem Schwanken - bereits im Jahre 1883 durch Plenarentscheidung der vereinigten Strafsenate (RGSt. Bd. 8 S. 87) die Bestimmungsmensur als nach den Normen des StGB über den Zweikampf strafbar erklärt und 43 Jahre später (im Jahre 1926) diese Plenarentscheidung - als sie vom ersten Strafsenat in

Zweifel gezogen wurde - durch eine zweite Entscheidung der vereinigten Strafsenate - ein in der Geschichte des früheren Reichsgerichts völlig vereinzelt dastehender Fall ! - erneut bestätigt (RGSt. Bd. 60 S. 257). Gegen diese beiden Plenarentscheidungen hat sich in einer großen Zahl von Veröffentlichungen (Einzelaufsätzen und Zeitschriften) die weitaus überwiegende Meinung in der Wissenschaft - mit zum Teil bemerkenswerter Schärfe, aber mit im einzelnen sehr verschiedener Begründung - gewandt. Auch der praktische Erfolg ist der Rechtsprechung des Reichsgerichts versagt geblieben. Obwohl an den deutschen Hochschulen alljährlich viele Tausende von Bestimmungsmensuren geschlagen wurden, sind nur ganz ausnahmsweise Einzelfälle zur gerichtlichen Aburteilung gelangt. Wieviele von den abgeurteilten Fällen Bestimmungsmensuren betreffen, ist nicht feststellbar; doch zeigt schon die geringe Gesamtzahl, daß Strafverfolgungen praktisch nur ausnahmsweise stattgefunden haben. Dies obwohl an den einzelnen Hochschulorten die Stellen, an denen und die Zeiten, zu denen die einzelnen Korporationsverbände ihre Mensuren abhielten, allgemein - auch der Polizei und der Staatsanwaltschaft - bekannt waren und obwohl starke weltanschaulich oder politisch gelenkte Kräfte die Mensur ablehnten und bekämpften. Diese tatsächliche Entwicklung der Strafrechtspraxis läßt erkennen, daß die Mensur nicht als strafbares Unrecht empfunden wurde.

In der Entwicklung der Gesetzgebung zeigt sich - genau so wie in Rechtsprechung und Literatur - ein bemerkenswertes Hin und Her. Der Vorentwurf 1909 betrachtet die Mensur als strafbaren "Zweikampf", will aber dieses Delikt einem gemilderten Strafraum unterstellen (nur Haftstrafe), wenn der Zweikampf "unter Vorkehrungen stattfindet, die geeignet und bestimmt sind, gegen Lebensgefahr zu schützen." Der Entwurf der Strafrechtskommission (Entwurf 1913) wollte im § 300 einen solchen Zweikampf überhaupt straflos lassen, beschränkte die Vorschrift aber ausdrücklich auf den Zweikampf mit Schlägern. Der Entwurf 1919 und der amtliche Entwurf 1925 kehrten zur Regelung des StGB zurück; sie wollten es nach der Denkschrift (Seite 248) bzw. der Begründung

(Seite 126) den Gerichten überlassen, darüber zu entscheiden, ob im Einzelfalle die Mensur ein Zweikampf mit tödlichen Waffen sei. Der Entwurf 1927 (Reichstagsvorlage) dagegen bringt im § 270 eine völlige Umgestaltung, die darauf hinausläuft, die Bestimmungsmensur (nicht aber jeden Zweikampf mit Schlägern) von der Strafbarkeit auszuschließen. Die Vorschrift lautet:

Der Zweikampf mit Waffen, durch den ein Ehrenhandel ausgetragen werden soll, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Ebenso wird bestraft der Zweikampf mit Waffen und unter Bedingungen, mit denen eine Lebensgefahr oder die Gefahr eines erheblichen Schadens für die Gesundheit regelmäßig verbunden ist.

Die Begründung sagt dazu (Seite 136):

"Der Entwurf geht davon aus, daß der Gesetzgeber der praktisch bedeutsamen Frage (ob nämlich die Mensur ein Zweikampf mit tödlichen Waffen ist) nicht ausweichen kann, und steht auf dem Standpunkt, daß, wenn die Entscheidung im Gesetze selbst erfolgen soll, die rein sportliche Betätigung in Form der Schlägermensur nicht anders behandelt werden kann als sonstige Sportarten, mit denen, wie z.B. beim Boxkampf, die Gefahr einer schweren Verletzung mindestens im gleichen Maße verbunden ist. Diesen Standpunkt bringt der Entwurf dadurch zum Ausdruck, daß er nicht mehr den Begriff des Zweikampfes "mit tödlichen Waffen" verwendet, sondern den Zweikampf "mit Waffen" unter Strafe stellt, wenn dadurch entweder ein Ehrenhandel ausgetragen werden soll (§ 270 Abs. 1) oder wenn er unter Bedingungen erfolgt, mit denen eine Lebensgefahr oder die Gefahr eines erheblichen Schadens für die Gesundheit regelmäßig verbunden ist (§ 270 Abs. 2). Demit wird klargestellt, daß der Zweikampf immer dann strafbar ist, wenn er den vom Gesetzgeber verpönten Zweck verfolgt, einen Ehrenhandel mit Waffen zum Austrag zu bringen, und daß Straflosigkeit nur in den Fällen eintritt, in denen der Zweikampf andere, also sportliche Ziele, verfolgt, daß aber das Rechten

zu sportlichen Zwecken nur dann von Strafe verschont bleibt, wenn es unter Bedingungen geschieht, mit denen eine Lebensgefährdung oder die Gefahr einer Gesundheitsschädigung regelmäßig nicht verbunden ist."

Der Reichstagsausschuß dagegen ist ausgesprochen mensurfeindlich. Er kehrt nicht nur zu dem Entwurf 1925 zurück, sondern verschärft ihn noch nach zwei verschiedenen Richtungen: einmal dadurch, daß er jeden "Zweikampf mit Waffen" mit Strafe bedroht, also aus dem Zweikampfbegriffe das Merkmal der "tödlichen" Waffe entfernt, um das in der bisherigen Rechtsprechung und Lehre der Streit im wesentlichen gegangen war, zum anderen dadurch, daß er die Strafdrohung in der Weise erhöht, daß als Mindeststrafe 3 Monate Gefängnis eingesetzt werden, eine (mindestens im Volksbewußtsein) ehrenrührige Freiheitsstrafe also, die durch Geldstrafe nicht ersetzt werden kann. Das Gesetz vom 30. 4. 1926 hatte im übrigen die geltenden Strafbestimmungen gegen den Zweikampf schon dadurch verschärft, daß es als Nebenstrafe die Strafe des Amtsverlustes zuließ, ja für besonders schwere Fälle zwingend vorschrieb.

Das Gesetz vom 26. 5. 1933, Art. I Nr. 13, hob diese Bestimmung wieder auf. Es ersetzte den durch dieses Gesetz eingefügten § 110 a durch folgende Vorschrift:

Der Zweikampf mit Schlägern unter Vorkehrungen, die bestimmt und geeignet sind, gegen Lebensgefahr zu schützen, sowie die Herausforderung zu einem solchen Zweikampf und deren Annahme sind straflos.

Der Gesetzgeber hat also hier die Frage nach der Strafbarkeit des Zweikampfes mit Schlägern im Sinne des § 300 des Entwurfes von 1913 gelöst.

Allein diese neue Vorschrift erwies sich deshalb als praktisch gegenstandslos, weil die nationalsozialistische Regierung die studentischen Korporationen, die die Mensur handhabten, alsbald auflöste und in den von ihr neu ins Leben gerufenen studentischen Vereinigungen das Wiederaufleben des Mensurgebrauches verhinderte. Nur vereinzelt und heimlich sind in dieser Zeit noch Mensuren gefochten worden

(z.T., wie schon oben erwähnt, unter den Mitgliedern derselben Verbindung, die den alten Zusammenhalt trotz der Auflösung heimlich aufrecht erhalten hatten).

Der Entwurf Gürtner enthält überhaupt keine Bestimmungen über den Zweikampf. Was damit bezweckt ist, ist nicht klar. Anscheinend war man sich in den maßgeblichen Kreisen des Nationalsozialismus über die Behandlung der Zweikampffrage nicht einig. In der zweiten Auflage des Buches "Das kommende deutsche Strafrecht" findet sich am Schlusse (Seite 547 - 559) ein längerer Aufsatz über den Zweikampf von Freisler, in dem der Verfasser behauptet, der Zweikampf als solcher sei überhaupt kein strafrechtliches Problem, sondern müsse durch eine "Reichsehrenordnung" geordnet werden. Ein Zweikampf, der nicht durch diese Reichsehrenordnung zugelassen sei, solle dann unter die allgemeinen Tötungs- und Körperverletzungsbestimmungen fallen. Über die Frage der Schlägermensur finden sich folgende Sätze:

Seite 551:

"Die NSDAP und ihre Gliederungen verstehen unter Zweikampf nur Fälle der Ehrenwahrung."

Ferner Seite 553:

"Das kommende Strafrecht kann unter dem Gesichtspunkte des Zweikampfes nicht sportliche Betätigungen betrachten, denen der Charakter des Ehrenzweikampfes fehlt. Das überkommene Strafrecht hat den Zweikampf nicht auf den Ehrenzweikampf beschränkt; daher konnte die Frage entstehen, ob sportliche Betätigungen, wie Bestimmungsmensuren der Studenten, Zweikampf im Sinne des StGB seien; daher konnte diese Frage bejahend beantwortet werden. Mit dieser weder dem Wesen des Zweikampfes noch dem der Bestimmungsmensuren Rechnung tragenden Betrachtungsweise hat alsbald nach der nat. soz. Machtergreifung der PrJM durch allgemeine Verfügung an die unterstellten Strafverfolgungsbehörden und bald darauf die Strafrechtsnovelle vom 26. 5. 1933 Schluß gemacht, soweit die Mensur unter Bedingungen und Vorkehrungen ausgefochten wird, die die Lebensgefahrlichkeit ausschließen. Strafrechtlich bietet die Bestimmungsmensur seitdem keine anderen Probleme mehr als irgendeine andere Sportart, bei der Körperverletzungen

auch vorkommen können und strafrechtlich durch die Bedeutung der nicht sittenwidrigen Eventualeinwilligung der Sportkameraden einerseits und durch die Stellung und Beantwortung der Frage der Fahrlässigkeit bei Ausübung des Sports im Falle einer etwa verursachten Körperverletzung andererseits aufgefangen und gelöst werden."

Das Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30. 1. 1946 hebt schließlich den § 210 a StGB wieder auf. Damit ist der circulus vitiosus der gesetzgeberischen Bemühungen um die hier gestellte Frage geschlossen. Wir stehen strafrechtlich wieder am Ausgangspunkt. Mehr als eine Wiederherstellung des "status quo ante" aus der Aufhebung des § 210 a heraus-lesen zu wollen, insbesondere, daraus einen Grund für die Strafbarkeit der Bestimmungsmensur herzuleiten, geht m.E. bei diesem von fremder Hand verfügbaren Eingriff in unser Strafrecht nicht an. Die alte Streitfrage lebt damit in voller Schärfe wieder auf, und als Ergebnis dieser rückblickenden Betrachtung läßt sich über die Bestimmungsmensur nur sagen: "Von der Parteien Haß und Gunst verwirrt, schwankt ihr Charakterbild in der Geschichte."

Angesichts solcher Zwiespältigkeit der Meinungen und der praktischen Handhabung in Gesetzgebung, Wissenschaft und gerichtlicher Praxis kann nur nüchterne Besinnung auf die rechtlichen Grundlagen und Zusammenhänge zu einem brauchbaren Ergebnis führen, und auch ein so gewonnenes Ergebnis wird stets in Gefahr stehen, von Andersdenkenden angefochten zu werden. Damit kommen wir zur Erörterung der strafrechtlichen Rechtslage im einzelnen.

I. Bestimmungsmensur als "Zweikampf mit tödlichen Waffen".

Das StGB hat den Begriff des "Zweikampfes" nicht näher umschrieben, sondern ihn der Wissenschaft überlassen. Aus dem Zusammenhange der Vorschriften des 15. Abschnittes ist zu entnehmen, daß es sich um einen Kampf zweier Personen

mit "tödlichen Waffen" handelt, der nach hergebrachten oder verabredeten Regeln, normalerweise unter Mitwirkung je eines Sekundanten auf jeder Seite, nach vorangegangener Herausforderung und Annahme ausgefochten wird. Die herrschende Meinung nimmt darüber hinaus an, es müsse sich um einen ernstlichen Kampf handeln; als tödliche "Waffen" im Sinne der Zweikampfvorschriften seien nur solche bestimmter Art (nämlich die herkömmlichen "Duellwaffen" - RGSt Bd. 7 S. 29) anzusehen, und es gehöre weiterhin zum Begriffe, daß sie auf jeder Seite von im wesentlichen gleicher Beschaffenheit seien. (So Nagler in LK 6/7. Auflage Anm. I zum 15. Abschnitt, Schönke, Vorbemerkung II zum 15. Abschnitt, Olshausen, 11. Auflage Anm. 1 zum § 201, Frank StGB Note III, 1 zum § 201 u.a.) Den Grund der Strafbarkeit sieht die herrschende Meinung in der Gefährdung des Menschenlebens, die dabei eintrete; es sei das "Spiel mit dem Leben", das hier strafrechtlich getroffen werden solle.

1. Schon über die begrifflichen Grundlagen herrscht Streit. Namhafte Vertreter der Wissenschaft sind der Ansicht, der Begriff des Zweikampfes könne nicht ohne Einbeziehung des Beweggrundes befriedigend bestimmt werden. So gehört nach Hälschner (Lehrbuch Bd. 2 S. 948, Gerichtssaal Bd. 34 S. 6 und Bd. 35 S. 164) und Mauerer ("Zweikampf" S. 16) zum Begriffe, daß mit dem Zweikampfe Genugtuung für eine vorangegangene Ehrenkränkung gesucht und gegeben wird; den gesetzgeberischen Grund der Strafbarkeit findet Hälschner in der Verletzung des Rechtsfriedens, da der Herausforderer mit dem Zweikampfe zu unerlaubter Selbsthilfe greife. Ähnlich wollen Schütze ("Notwendige Teilnahme" S. 327 und Lehrbuch des Strafrechts S. 293) und Teichmann (von Holtzendorffs Handbuch Bd. 3 S. 395) nur einen solchen Kampf zwischen zwei Personen als "Zweikampf" im Sinne des 15. Abschnittes anerkennen, dem als Beweggrund Herstellung der Ehre oder Rache zugrunde liege. Nach Villnow schließlich, der sich in einer bemerkenswerten Abhandlung (Gerichtssaal Bd. 37 S. 612, 620) mit dem Problem befaßt, gehört zum Begriffe, daß zur Austragung eines Streites gekämpft wird.

Die herrschende Meinung (vgl. z.B. RGSt. Bd. 7 S. 29, 31 Bd. 63, S. 7 und in der Literatur besonders Rödenbeck "Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung") lehnt eine solche Einschränkung des Begriffes ab. Doch sollten m.E. gerade die neueren Entwicklungen des Strafrechtes - die bestrebt sind, sich für die Unterordnung der einzelnen Fälle unter die Merkmale eines strafrechtlichen Tatbestandes an dem Leitbilde zu orientieren, das dem Gesetzgeber vorschwebt hat - dazu führen, die Frage neu zu durchdenken. Wenn auch im großen und ganzen die Versuche, "Tätertypen" oder auch "Tattypen" zu entwickeln, ohne greifbares Ergebnis geblieben sind (abgesehen von dem Tatbestande des § 181 a StGB, für den sie sich als fruchtbar erwiesen haben - vgl. RGSt Bd. 73 S. 183 -), so könnte doch gerade für den Fall des Zweikampfes diese Betrachtungsweise von Nutzen werden. Im allgemeinen Sprachgebrauche jedenfalls, an den sich in Ermangelung einer Legaldefinition die Auslegung des Gesetzes hier notwendigerweise anschließen muß, versteht man unter einem "Duell" den "Ehren-Zweikampf" in seiner herkömmlichen, durch Standessitte gebotenen Form. Der "Ehren-Zweikampf" ist das "Leitbild", das der Sprachgebrauch mit dem Begriffe des Zweikampfes verbindet; selbst wenn - wie das in den einschlägigen Entscheidungen und in der Literatur dargelegt wird - aus der Entstehungsgeschichte nachzuweisen sein sollte, daß der Gesetzgeber das Motiv aus dem Begriffe des Zweikampfes hat ausschalten wollen, so muß doch - da das Gesetz solches nicht ausspricht - der Wortlaut hier wohl vorgehen.

Bemerkenswert ist in diesem Sinne der Entwurf von 1927, der, wie weiter oben dargelegt worden ist, nur den Zweikampf unter Strafe stellen wollte, "durch den ein Ehrenhandel ausgetragen werden soll". Wird dieses Merkmal in den Begriff des Zweikampfes aufgenommen, so würde das ohne weiteres dazu führen, die Bestimmungsmensur aus dem Bereiche der Strafbestimmungen des 15. Abschnittes auszuschalten.

2. Umstritten ist ferner, ob die Bestimmungsmensur nicht schon um deswillen aus dem Begriffe des "Zweikampfes" herausfalle, weil ihr als einer Form der sportlichen Betätigung das Merkmal des "ernstlichen Kampfes" fehle (so Teichmann a.a.O. S. 392, aus der von ihm vertretenen Bestimmung des Begriffes des Zweikampfes heraus, Schütze Lehrbuch S. 293 Note 7, Notwendige Teilnahme S. 328 f, Villnow Gerichtssaal Bd. 37 S. 614/628). Dem wird - m.E. mit Recht - entgegengehalten, daß bei der Mensur ja doch ihrem Wesen nach das Bestreben jedes einzelnen der beiden "Paukanten" darauf gerichtet sei, den Gegner kampfunfähig zu machen, ihn dergestalt zu treffen, daß er den Kampf nicht fortsetzen könne, ihn - wie der technische Ausdruck lautet - "abzustecken" wobei darüber, ob eine Verletzung als "Abfuhr" gilt, der die Mensur überwachende Arzt entscheidet (vgl. RGSt. Bd. 7 S. 29, Sonntag ZStW Bd. 2 S. 4, Kronecker Gerichtssaal Bd. 35 S. 201, 203, Kessler, Einwilligung des Verletzten S. 88, Geber, "Die Tatbestandselemente des Zweikampfdeliktens" S. 10, Volkmann, "Die Schlägermensur" S. 26 u.a.).
3. Seinen eigentlichen Schwerpunkt hat der Streit darüber, ob die studentische Bestimmungsmensur den Vorschriften des 15. Abschnittes des StGB zu unterstellen sei, in der Frage, ob es sich dabei um einen Kampf "mit tödlichen Waffen" handele. Dabei besteht Einigkeit darüber, daß dieses Merkmal nicht nur für den § 201 (in dem es allein ausdrücklich erwähnt wird) zu gelten habe, sondern ein Begriffsmerkmal des strafbaren Zweikampfes überhaupt ist.

Zweifel bestehen über die Frage, was im Sinne dieser Vorschriften zu den "Waffen" zu rechnen sei. Die wohl als herrschend anzusehende Ansicht geht dahin, daß hier nur die herkömmlichen "Duellwaffen" gemeint seien (so RGSt. Bd. 7 S. 29, von Buri, Gerichtssaal S. 354 ff), während andere den Begriff weiter fassen. Indes ist diese Streitfrage für das von mir zu erstattende Gutachten bedeutungslos, weil der Schläger, so wie er

bei den Bestimmungsmensuren verwendet wird, dem Begriffe der "Waffe" nach jeder der in Betracht kommenden Meinungen entspricht. Nur ganz vereinzelt wird (vgl. Merkel Strafrecht S. 305) die Ansicht vertreten, der studentische Schläger sei überhaupt nicht "Waffe" im technischen Sinne.

Die Streitfrage verdichtet sich deshalb weiter dahin, ob es sich bei der mit Schlägern ausgefochtenen Bestimmungsmensur um einen Zweikampf mit "tödlichen" Waffen handele. Hier insbesondere scheiden sich die Geister.

Das Reichsgericht hat sich in seinen beiden vorerwähnten Plenarentscheidungen dahin ausgesprochen, das Merkmal der "Tödlichkeit" sei in den Bestimmungen der §§ 201 ff StGB "nach der Beschaffenheit der Waffen an sich (in abstracto)" und ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände, insbesondere der angewandten Schutzvorrichtungen, gebraucht.

Es schließt insbesondere aus der Entstehungsgeschichte des PrStGB (dessen einschlägige Vorschriften das RStGB einfach übernommen hat), man habe durch das Beiwort "tödlich", das man erst im Verlaufe der Vorbereitungen in den ursprünglich anders lautenden Gesetzestext eingefügt habe, ausdrücken wollen, daß hier nur "Waffen im technischen Sinne, Schuß-, Hieb-, Stich- oder Stoßwaffen" gemeint seien. "Es handele sich also nicht um Waffen, die geradezu zum Töten bestimmt seien, sondern nur um technische Waffen überhaupt, die als solche bei bestimmungsgemäßem Gebrauche geeignet seien, tödliche Verletzungen herbeizuführen". Aus den bei der Revision der früheren Entwürfe des PrStGB getanen Äußerungen ergäbe sich, "daß nach der Intention des Gesetzgebers der Begriff "tödlich" nur nach der Beschaffenheit der Waffe an sich, der ihr zukommenden Eigenschaft, in abstracto tödlich zu wirken, bemessen, keineswegs aber durch wechselnde konkrete Umstände, wie der Art des Kampfes und der Ausrüstung der Duellanten, beeinflusst werden solle." "Deshalb seien die besonderen

Veranstaltungen, die bei der Bestimmungsmensur die Wirkung der Waffen einzuschränken bestimmt seien, für die Beurteilung belanglos. Daß der Ausdruck "tödlich" abstract gebraucht sei, ergebe sich insbesondere aus dem § 201 StGB - der einzigen Stelle des Gesetzes, in der das Beiwort überhaupt gebraucht werde -. Da es sich dort um die Bestrafung der Herausforderung handele, bei der über die "konkreten Modalitäten der Kampfesart" öfters noch gar nichts feststehe, könne der Ausdruck hier nur die "Tödlichkeit der Waffengattung als solcher" meinen.

Von diesen Beweisgründen steht der erste - die Berufung auf die Entstehungsgeschichte des PrStGB auf tönernen Füßen. Er ist schon an sich nicht sehr beweiskräftig. Historische Begründungen dieser Art stehen heute nicht in besonders hohem Kurse. Überdies haben eingehende Nachprüfungen, wie sie insbesondere Rödenbeck in seinem Aufsatz "Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung" (Gerichtssaal Bd. 37 S. 142 ff) und Geber in seiner Zeitschrift "Die Tatbestandselemente des Zweikampfdelikt" (S. 66, 74) angestellt haben, den m.E. überzeugenden Nachweis dafür geführt, daß sich das RG hier geirrt und die von ihm angezogenen Stellen aus dem Berichte der Revisoren des PrStGB unrichtig aufgefaßt hat. Die Revisoren haben an der vom RG angezogenen Stelle nur sagen wollen, es komme nicht darauf an, ob die Waffe im konkreten Falle tödlich gewirkt habe, sondern allein darauf, ob sie zu töten geeignet sei. Davon wäre aber in keiner Weise die Frage entschieden, auf die es hier ankommt: ob nämlich das Begriffsmerkmal der "Tödlichkeit" durch die Art der angewandten Schutzmaßnahmen und die besonderen Kampfregeln ausgeschlossen werden könne.

Der zweite Grund, den das RG anführt, ist kaum beweiskräftiger. Er beruht - worauf schon Kohlrausch (vergleichende Darstellung besonderer Teil Bd. 3 S. 125 ff) im Jahre 1905 aufmerksam gemacht hat - auf einem

tatsächlichen Irrtum; es gibt in der Praxis keinen Zweikampf, bei dem erst die Kartellträger Bedingungen festsetzen, aus denen sich eine Lebensbedrohung der Kämpfenden ergibt; vielmehr ist schon die Forderung so bestimmt auf die Art des auszutragenden Zweikampfes gerichtet, daß sich schon daraus ersehen läßt, ob nach dem Willen des Herausfordernden das Leben auf's Spiel gesetzt werden soll oder nicht.

In seiner zweiten Plenarentscheidung (RGSt Bd. 60 S. 257) ist denn auch der Gerichtshof auf diese beiden Gründe nicht mehr zurückgekommen. Er macht sich in dieser zweiten Entscheidung überhaupt nicht die Mühe, auf die gegen seine Auffassung vorgebrachten Bedenken einzugehen, beschränkt sich vielmehr auf die kurze Bemerkung, die vereinigten Strafsenate hätten die im Schrifttum und in der erneuerten Beratung gegen die frühere Entscheidung vorgebrachten Gründe "nicht für überzeugend erachten können". Auch die wiederholte Prüfung habe ergeben, daß es für den Begriff der tödlichen Waffe nur auf die Beschaffenheit der Waffe selbst ankommen könne, daß also die Waffe nicht aufhöre, tödlich zu sein, wenn die Gegner durch körperliche Schutzmittel gegen tödliche Verletzungen gesichert würden".

Daß aber diese Auffassung nicht richtig sein kann, hatte eines seiner eigenen Mitglieder, einer der hervorragendsten Juristen überhaupt, die dem Gerichtshof je angehört hatten, von Buri, schon bald nach dem Erlasse der ersten Plenarentscheidung mit besonderer Schärfe aus-gesprochen (Gerichtssaal Bd. 35 S. 327 ff). Er hat an der angeführten Stelle u.a. darauf hingewiesen, nach der Ansicht der vereinigten Strafsenate würde eine nach den §§ 201 ff StGB strafbare Handlung selbst dann noch vorliegen, wenn zwei vollständig in Eisen gepanzerte Männer mit Schlägern aufeinander losschlugen; denn "in abstracto tödlicher Waffen würden sie sich auch dabei bedient haben". Daß die zweite

Plenarentscheidung sich mit diesem - sehr nahe-
liegenden - Argument überhaupt nicht auseinander-
gesetzt hat, ist allerdings kaum zu verstehen.

Die augenfällige Dürftigkeit dieser zweiten Plenar-
entscheidung - das erörterungslose Beiseiteschieben
aller gegen die erste vorgebrachten Bedenken - hat
dem Gerichtshofe sehr herbe Kritiken eingetragen. Was
insbesondere Nagler dazu im Gerichtssaal Bd. 94
S. 72 ff sagt, ist an Schärfe kaum noch zu überbieten,
und die Kritik, die Graf zu Dohna (DJZ 1926 S. 1366)
an der Entscheidung übt, ist - wenn auch in der Form
zurückhaltender - sachlich kaum weniger scharf.

Daß die "abstracte" Betrachtungsweise des RG nicht
richtig sein kann, ergibt sich ohne weiteres aus dem
von Burischen Beispiel. An dieser grundsätzlichen
Unrichtigkeit der Betrachtungsweise würde es an
sich auch nichts ändern, wenn man den geschliffenen
Schläger als an sich "tödliche" (gleich zum Töten
geeignete) Waffe anzusehen hätte; daß sie unter ent-
sprechenden Umständen - etwa gegen einen unbekleideten
oder auch nur normal bekleideten Menschen angewandt -
tödlich wirken kann, ist nicht zu bezweifeln. Es mag
deshalb - wie Geber a.a.O. S. 77 ausführt - richtig
sein, daß der Schläger an sich nach dem Sprachgebrauch
als "tödliche" Waffe anzusehen ist. Aber die Tötung
ist dann eben im Einzelfall eine Folge der besonderen
Umstände, unter denen die Waffe angewendet wird.

Ob eine bestimmte Wirkung eintreten kann, ist immer
eine Frage der besonderen Umstände des Falles und
ohne diese überhaupt nicht zu beantworten. Diese be-
sonderen Umstände müssen deshalb berücksichtigt werden,
wenn über die Möglichkeit tödlicher Wirkung geurteilt
werden soll. Sie lassen sich aus dem Tatbestand über-
haupt nicht wegdenken. Das RG war in dieser Hinsicht
ursprünglich selbst auf dem richtigen Wege: In RGST
Bd. 7 S. 29/30 lesen wir:

Die §§ 201 ff "weisen auf die Meinung des Gesetzes hin, daß tödliche Waffen die lebensgefährlichen sein sollen. Darum aber setzt die Feststellung, es sei zu einem unter den bezeichneten Schutzmaßregeln vollzogenen Duell mit Schlägern eine tödliche Waffe verwendet worden, voraus, daß die Abstraction unter Berücksichtigung der Beschaffenheit der benutzten Waffe und der vorhanden gewesenen Schutzmaßregeln zu dem Ergebnis gelangt ist, der Tod des Gegners könne unter solchen Verhältnissen wenigstens mit einiger Wahrscheinlichkeit herbeigeführt werden. Es ist hiernach bei der Prüfung der Frage, ob der Schläger in einem Zweikampf als tödliche Waffe verwendet worden sei, die objektive Beschaffenheit derselben und die objektive Beschaffenheit der vorhanden gewesenen Schutzmaßregeln in Betracht zu ziehen und unter Zugrundelegung dieser beiden Faktoren durch Abstraction festzustellen, ob man hiernach mittels des Schlägers einen Duellgegner töten könne."

Daß sich das RG in seinen späteren Entscheidungen, insbesondere in den beiden Plenarentscheidungen, diesem Gedanken so beharrlich verschlossen hat, ist umso schwerer zu verstehen, als es auf einem dem Zweikampfe nahe benachbarten Gebiete - dem der Körperverletzung - diesen Schluß von allem Anfang an (schon seit RGSt Bd. 4 S. 397) mit großer Folgerichtigkeit in ständiger Rechtsprechung unter wohl einstimmigem Beifall der Wissenschaft gezogen hat. Zum § 223 a StGB lehrte es: Keine "Waffe", kein "Werkzeug" ist an sich gefährlich; es kommt immer darauf an, wie es im Einzelfall angewendet wird. Eine Maschinenpistole oder eine Handgranate, die lediglich benutzt wird, einem anderen einen leichten Rippenstoß zu versetzen, ist kein "gefährliches Werkzeug"; eine Stecknadel, gegen das Auge eines anderen Menschen geführt, kann es sein. Es hätte nahe gelegen, dieselbe Folgerung auch für die Anwendbarkeit des Waffenbegriffes bei den Zweikampfvorschriften zu ziehen. Das RG aber erwähnt sie in diesem Zusammenhange nicht einmal.

Zu einer richtigen Auslegung des Betreffes der "tödlichen" Waffe kann nach Lage der Sache nur eine Besinnung auf den Zweck der Strafvorschriften gegen den Zweikampf führen, wie ja überhaupt in der neueren Rechtswissenschaft die "teleologische" Methode der Auslegung die früher vorherrschende historische und grammatikalische Betrachtungsweise weitgehend zurückgedrängt hat.

Schon zu Eingang dieses Abschnittes wurde kurz dargelegt, daß der Grund der Strafbarkeit des Zweikampfes in der Gefährdung des Menschenlebens liege. Das ist jedenfalls die heute durchaus herrschende Meinung.

(Vgl. z.B. Binding Lehrbuch Bd. 1 S. 69, Geyer Lehrbuch Bd. 2 S. 14, von Liszt Lehrbuch S. 337, Sontag ZStW Bd. 2 S. 3, Hälschner Lehrbuch Bd. 2 S. 849/950, Gerichtssaal Bd. 34 S. 8, Rödenbeck a.a.O., Levi Lehre vom Zweikampfverbrechen S. 110 f, Olshausen 11. Auflage Anm. 11 zum § 201, Nagler Gerichtssaal Bd. 94 S. 76, Geber a.a.O. S. 95 ff.)

Daß wirklich nur die Lebensgefährdung, nicht auch die Gefährdungen des Leibes (die Gefahr, körperlich zu verwunden), die auch bei der Schlägerversur immer besteht, Grund der Strafbarkeit des Zweikampfes ist, ergibt sich allein schon aus dem dafür angedrohten absoluten Strafminimum von 3 Monaten Freiheitsstrafe (ohne die heute im Strafrecht bei Vergehen sonst im weitesten Maße gegebene Möglichkeit, sie nach dem § 27 StGB durch eine Geldstrafe zu ersetzen!). Dieses hohe Strafminimum wäre - angesichts der Strafdrohung, die das Gesetz für leichte, ja selbst für gefährliche Körperverletzungen für geboten erachtet - anders überhaupt nicht verständlich. "Wenn die Mindeststrafe der Verletzung DM 3,-- Geldstrafe ist, kann nicht die Strafe für die entsprechende Gefährdung 3 Monate Festung betragen." (So Geber a.a.O. S. 128.)

Die Leibesgefährdung in den Strafgrund miteinzubeziehen, wie es der Kommissionsentwurf 1930 zu tun vorschlug, würde, wenn man es bei diesem Strafminimum beließe, (die Reichstagskommission wollte ja sogar an die Stelle

von 3 Monaten Festung 3 Monate Gefängnis als Minimum einsetzen) zu einem so krassen Mißverhältnis der Strafdrohungen führen, daß die Ungerechtigkeit geradezu in die Augen spränge.

Das Tatbestandmerkmal der "tödlichen" Waffe kann also nach Lage der gesetzlichen Bestimmungen gar nicht anders gedeutet werden, denn in dem Sinne, daß eine Gefährdung des Menschenlebens mit zum Tatbestande des Zweikampfdelikttes gehöre. Wo eine solche Gefährdung fehlt - wie bei der studentischen Schlägermensur, bei der alle lebenswichtigen Teile des Körpers ausreichend geschützt sind -, fehlt es zugleich an einem Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes. Daß sich bei dieser Art des Zweikampfes ein tödlicher Ausgang nur bei einem ganz ungewöhnlichen, in keiner Weise voraussehbaren Ursachenverlauf ereignen kann, ist eine durch die Erfahrung von Jahrzehnten erhärtete Tatsache, an der man nicht vorbeigehen kann. Mag es früher hier und da noch vorgekommen sein, daß infolge falscher Wundbehandlung ein Todesfall eintrat, so ist das heute bei den verbesserten Möglichkeiten der Desinfektion und der Behandlung von Wundinfektionen (Penicillin!) kaum noch möglich.

Daß aber die bloße Denkbareit durchaus regelwidriger Ursachenverläufe bei dem Begriffe der "Gefährdung" außer Betracht zu bleiben hat, ist in der Lehre vom ursächlichen Zusammenhang heute allgemein anerkannt und hat auch das RG bereits in der mehrfach erwähnten Entscheidung RGSt. Bd. 7 S. 29/30 ausdrücklich dargelegt.

Kommt es, wie hier nachgewiesen, auf die konkrete Lebensgefährlichkeit an, so ist es übrigens gleichgültig, ob es sich um eine sogenannte Bestimmungsmensur handelt, oder ob ein wirklicher Ehrenhandel in den Formen der Bestimmungsmensur mit Schlägern ausgetragen wird.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach: Der § 210 a hatte nur das gesetzlich sanktioniert, was

bei richtiger Auslegung der Zweikampfvorschriften ohnehin zu gelten gehabt hätte; seine Einfügung in das StGB änderte an dieser Rechtslage ebensowenig etwas wie jetzt die Streichung.

4. Innerer Tatbestand.

Gehört zum Tatbestande des Zweikampfes die Lebensgefährdung, so muß auch der Vorsatz des Täters dieses Merkmal umfaßt haben.

Selbst dann aber, wenn unterstellt wird, daß das RG den Begriff der "tödlichen" Waffe richtig aufgefaßt habe, wäre doch bei der Zweifelhaftheit der Auslegung einem "Mensurverbrecher" kaum ein Vorwurf daraus zu machen, wenn er seinerseits - angesichts der getroffenen Schutzmaßnahmen und der jahrzehntelangen Erfahrungen - geglaubt haben sollte, nicht mit "tödlichen" Waffen zu fechten.

Früher pflegte sich das RG in solchen Fällen allerdings auf den Satz zurückzuziehen, es handele sich bei derartig "irriger" Auslegung des Gesetzes um einen Rechtsirrtum über einen strafrechtlichen Begriff, und ein solcher könne den Täter niemals entschuldigen. (Vgl. die Ausführungen von Graf zu Dohna DJZ 1926 S. 1366 zu dem Urteil des ersten Strafsenats, das auf Grund der zweiten Plenarentscheidung des RG ergangen ist.) Mit dieser Begründung ließe sich aber der Einwand, nicht vorsätzlich gehandelt zu haben, heute kaum noch abtun. In der Lehre und der Rechtsprechung zum Problem des strafrechtlichen Irrtums hat sich seit 1945 ein grundsätzlicher Wandel vollzogen; daß sich der BGH auf die heute kaum mehr vertretene und gänzlich unhaltbar gewordene Lehre des RG über den strafrechtlichen Rechtsirrtum heute noch zurückziehen könnte, ist kaum zu erwarten. Im gegebenen Falle würde es sich, wie kaum bestritten werden kann, um einen Irrtum über ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes handeln. Hier zwischen tatsächlichem und rechtlichem (normativem) Irrtum unterscheiden zu wollen, geht nicht mehr an. Alle Merkmale eines gesetz-

lichen Straftatbestandes sind schließlich "normative" Begriffe; die Unterscheidung zwischen rechtlichen und tatsächlichen Irrtümern ist flüssig und praktisch kaum durchführbar, da beides ineinander übergeht und nicht willkürlich auseinander gerissen werden kann. Da beim Zweikampfe fahrlässige Begehung nicht strafbar ist, müßte übrigens ein solcher Irrtum selbst dann zur Straflosigkeit führen, wenn er als auf Fahrlässigkeit beruhend beurteilt werden müßte.

Aber selbst wenn man einen Irrtum, wie er hier vorausgesetzt wird, nicht als solchen über ein Tatbestandsmerkmal ansehen wollte, wäre das Ergebnis kaum anders. Denn angesichts des Wortlautes der Strafbestimmungen, der nahezu lückenlosen Geschlossenheit der Wissenschaft und vor allem angesichts der tatsächlichen Verfolgungspraxis würde man einem Studenten kaum einen Vorwurf daraus machen können, daß er die Tat für erlaubt gehalten habe, es sei denn, daß sich nachweisen ließe, er habe die (die Mensur verurteilenden) Entscheidungen des RG gekannt. Schuldloser Verbotsirrtum aber macht nach einhelliger Ansicht die Tat straflos. Bei fahrlässigem Verbotsirrtum allerdings ist nach der Stellungnahme eines großen Teiles der Strafrechtswissenschaft heute nicht mehr Straflosigkeit anzunehmen, vielmehr die (gemilderte) Vorsatzstrafe anzuwenden. Ein anderer Teil der Wissenschaft aber will auch hier nur dann strafen, wenn das Strafgesetz auch fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht; und ein Teil wiederum dieser letzten strafrechtlichen Meinung will die Vorsatzstrafe auch dann eintreten lassen, wenn die Handlungsweise des Täters auf einer Einstellung beruht, die mit der allgemeinen Auffassung über Recht und Unrecht unvereinbar ist (vgl. Schönke Anm. IX zum § 59 StGB), was man in unserem Falle doch wohl kaum würde sagen können.

Auf diese Frage hier weiter einzugehen, ist nicht erforderlich; es genügt auf die Möglichkeiten der Entschuldigung hingewiesen zu haben, die sich hier aus

der neueren Entwicklung der strafrechtlichen Schuldlehre auch für den Fall ergeben würden, daß man an sich den Plenarentscheidungen des RG folgt.

5. Eine letzte Frage bedarf noch - für den Fall, daß man mit dem RG die Schlägermensur, die unter den üblichen Schutzvorrichtungen ausgeführt wird, oder (mit Hälschner u.a.) wenigstens die zur Austragung eines Ehrenhandels oder Streites ausgefochtene Mensur für strafbar hält - einer kurzen Erörterung: Die Frage, welche Strafe zu verhängen sei.

Das StGB selbst sieht Festungshaft von mindestens 3 Monaten vor. Bekanntlich hatte aber die allgemeine Anweisung für Richter Nr. 1 in ihrer Ziffer Nr. 8 unter d) angeordnet:

Festungshaft darf nicht verhängt werden. In Fällen, in denen das Gesetz die Festungshaft als alleinige Strafe vorschreibt, darf in Zukunft nur Zuchthaus oder Gefängnis, innerhalb der durch das Gesetz vorgeschriebenen Grenzen, angeordnet werden.

Man hat zeitweise gezweifelt, ob nicht durch diese Bestimmung das StGB in seinem Texte geändert worden sei. Daß das aber nicht der Fall ist, ergibt sich schon aus dem Charakter der "Anordnung", die sich nur an die (von den alliierten Behörden eingesetzten) Richter wendete, nur ihnen bekannt gegeben wurde, nicht aber als allgemein verbindliches Gesetz veröffentlicht worden ist. Mit dem Inkrafttreten des Besatzungsstatuts ist, wie auch von alliierter Seite selbst anerkannt wird, die allgemeine Anweisung in ihrem ganzen Umfange gegenstandslos geworden. Es ist deshalb heute auf Grund der unverändert gebliebenen Fassung des StGB wieder möglich, auf Festungshaft zu erkennen; und das gilt insbesondere auch für die Zweikampfergehen, bei denen Festungshaft als alleinige Strafe angedroht ist und infolgedessen Gefängnis überhaupt nicht verhängt werden darf. An diesem Ergebnis ändert es auch nichts, daß der § 17 Abs. 4 Satz 2 StGB - nach dem die Festungs-

haft in Festungen zu vollziehen war, die dem Reichswehrminister unterstanden - aufgehoben worden, zumindest aber gegenstandslos geworden ist. Diese letzte Fassung hatte der § 17 Abs. 4 StGB erst durch Gesetz vom 26. 5. 1933 (RGBl. I S. 295) erhalten; vorher bestimmte der § 17 Abs. 4, die Festungshaft sei in Festungen oder in anderen dazu bestimmten Räumen zu vollziehen. Es dürfte nichts entgegenstehen, auf diese frühere Bestimmung (und die ihr entsprechenden Bestimmungen der Grundsätze über den Vollzug von Freiheitsstrafen vom 7. 6. 1923 § 2 Abs. 3) zurückzugreifen, nachdem die sie ersetzende des Gesetzes vom 26. 5. 1933 gegenstandslos geworden ist. Es steht deshalb auch der Verurteilung zu Festungshaft nicht das Bedenken entgegen, diese Strafe könne z.Zt. mangels einer dafür geltenden Vollzugsvorschrift nicht vollstreckt werden. Übrigens wäre das Fehlen einer gesetzlichen Vollzugsvorschrift auch kein Grund, die Festungsstrafe als solche für unzulässig zu halten. Die Strafvollstreckung ist grundsätzlich Verwaltungssache, und es muß, wenn die Gesetze über die Art des Vollzuges schweigen, Aufgabe der Verwaltung sein, den Vollzug im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen zu regeln.

II. Die Mensur als Körperverletzung.

1. Das RG hat in seinen beiden Plenarentscheidungen (und auch in anderen Entscheidungen, z.B. RGSt. Bd. 6 S. 61) ausgesprochen, die mit den üblichen Schutzmaßnahmen ausgetragene Schlägermensur müsse, wenn sie nicht strafbarer Zweikampf sei, nach den Bestimmungen des StGB über Körperverletzung oder Tötung bestraft werden. Ja es scheint gerade diese Erwägung der eigentliche und letzte Grund dafür gewesen zu sein, aus dem das RG so starr daran festgehalten hat, die Schlägermensur sei den Zweikampfbestimmungen zu unterwerfen; der Gerichtshof hat "geglaubt, es den Studierenden schuldig zu sein, sie wegen Zweikampfes auf Festung zu schicken, weil es sie sonst wegen jeder dem Gegner zugefügten Verletzung in's Gefängnis sperren müßte." (So Graf zu Dohna DJZ 1926 S. 1366.)

In der ersten Plenarentscheidung sagt das RG hierzu wörtlich:

Auch die Konsequenzen, welche sich aus einer konkreten Beurteilung des Waffenbegriffes ergeben und welche dazu führen würden, daß in jenen Fällen, in welchen mit Rücksicht auf Schutzvorrichtungen und sonstige Umstände nicht tödliche Waffen angenommen werden, für die im Zweikampfe zugefügten Verletzungen die Strafen der Körperverletzung verhängt werden müßten, sind so abnorm, daß sie nicht als vom Gesetzgeber beabsichtigt angesehen werden können.

Abgesehen davon, daß bei Zweikämpfen mit tödlichen Waffen, somit unter der Voraussetzung, daß auch Zweikämpfe mit nicht tödlichen Waffen vorkommen könnten, in den schwereren Fällen die Strafen der Tötung und Körperverletzung gemäß § 207 StGB nur gegen diejenigen verhängt werden sollen, welche die Duellregeln vorsätzlich übertreten, also sich der milderen Bestrafung durch die Duellgesetze unwürdig gemacht haben, sollen in den leichtesten und relativ ungefährlichsten Fällen immer die Strafen der Körperverletzung angewendet werden, welche bei einem immerhin nicht ausgeschlossenen schweren Erfolge (§ 224 StGB) sogar in Zuchthausstrafe bestehen können.

Es erscheint kaum annehmbar, daß derselbe Zweikampf, welcher mit denselben Waffen und nach denselben Kampfesregeln durchgefochten wird, mit allen seinen möglichen Folgen bald als ein wirkliches Duell, bald als eine gewöhnliche Kruferei behandelt werden soll, je nachdem durch die Schutzvorrichtungen die Gefahr eines tödlichen Ausganges näher oder ferner gerückt ist, und daß überdies ersteren Falles die zugefügten, einfachen wie schweren, Verletzungen durch die Duellstrafen absorbiert, letzteren Falles als gemeine Körperverletzungen im Sinne der §§ 223 ff a.a.O. bestraft werden sollen.

Als besonders unzukömmlich tritt aber die Tatsache hervor, daß das StGB selbst bei den lebensgefährlichsten Zweikämpfen Sekundanten und Ärzte sowie unter Umständen auch Kartellträger straflos läßt, während bei leichten studentischen Duellen, sobald die in denselben zugefügten Verletzungen wegen Mangels der Qualität der tödlichen Waffen nach dem 17. Abschnitte des StGB bestraft werden müßten, alle diese Personen als Teilnehmer an den vorgekommenen Körperverletzungen zu behandeln sein würden.

In der zweiten Plenarentscheidung wird dieser Gedanke in folgender Form wieder aufgenommen:

Zu dieser Beweisführung tritt unterstützend die weitere Erwägung, daß die vereinigten Strafsenate im geltenden Strafrecht keinen Anhalt für die Auffassung finden, wonach die körperlichen Beschädigungen straffrei sein sollen, die bei der Mensur vorkommen. Es kann aber, wie ebenfalls schon in dem Urteil von 1883 ausgeführt worden ist, unmöglich angenommen werden, daß das Gesetz die bei der Mensur vorkommenden körperlichen Beschädigungen als gemeine Körperverletzungen nach den §§ 223 ff habe bestrafen wollen, während eine solche Bestrafung nach § 207 beim Zweikampf nur für den Fall einer vorsätzlichen Übertretung der Kampfregeln vorgesehen ist.

Das RG schließt also aus der Tatsache, daß das StGB nur einen mit "tödlichen" Waffen ausgefochtenen (also nach dem, was oben ausgeführt wurde, nur einen lebensgefährlichen) Zweikampf mit Strafe bedroht, daß ein mit nicht tödlichen Waffen ausgefochtener Zweikampf überhaupt nicht "Zweikampf" sei und ausschließlich nach den Vorschriften über Körperverletzung betrachtet werden könne und nach diesen Bestimmungen auch bestraft werden müsse, und daß dafür die Bestimmung des § 207 StGB als Beweisgrund in Betracht komme.

Diese Schlußfolgerung ist aber, wie Graf zu Dohna a.a.O.

(entgegen RGSt. Bd. 6 S. 61 ff) und schon vor ihm von Buri im Gerichtssaal B. 34 S 354-359 nachgewiesen haben, keineswegs zwingend. Ein Zweikampf, der mit nicht tödlichen Waffen ausgefochten wird, hört darum nicht auf "Zweikampf" zu sein. Wenn man nun mit dem RG annimmt, das StGB habe die "Materie" des Zweikampfes erschöpfend geregelt, so läßt sich aus dem Umstande, daß es nur den Zweikampf mit tödlichen Waffen mit Strafe bedroht, ohne weiteres schließen, daß es den mit nicht tödlichen Waffen ausgefochtenen ganz straflos lassen will. Und auch die Bestimmung des § 207 StGB fügt sich dieser Auffassung ohne weiteres ein, wenn man sich vergegenwärtigt, daß eine Übertretung der hergebrachten oder vereinbarten Kampfregeln schon deshalb zum Ausschluß der Strafe des "Zweikampfes" führen muß, weil eben zum Begriffe des Zweikampfes gehört, daß er in Übereinstimmung mit den hergebrachten oder vereinbarten Regeln geführt wird; wer diese Regeln übertritt, ist schon begrifflich nicht mehr "Zweikämpfer", sondern eben Verletzter eines fremden Körpers, vorausgesetzt, daß es ihm gelingt, dem Gegner eine Verletzung beizubringen.

2. Aber selbst dann wird man bei einem Zweikampfe, der nach den hergebrachten und vereinbarten Regeln geführt wird, die Anwendung der Strafbestimmungen über die Körperverletzung ausschließen müssen, wenn man grundsätzlich der Meinung sein sollte, daß er - sofern er überhaupt zu einer Körperverletzung führt - den gesetzlichen Tatbestand der Körperverletzung erfülle; man wird sie deshalb auszuschließen haben, weil hier ein Rechtfertigungsgrund, die "Einwilligung des Verletzten", die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließt.

Über die Tragweite des Satzes "volenti non fit injuria" ist gerade im Zusammenhange mit dem Zweikampfproblem in der Vergangenheit unendlich viel für und wider geschrieben worden. Heute ist dieser Streit ausgetragen, weil das Gesetz selbst die Frage beantwortet hat. Der § 226 a StGB (eingefügt durch das Gesetz vom 26. 5. 1933, RGBI I S. 295, durch dasselbe Gesetz also, das auch den § 210 a in seiner letzten Fassung geschaffen hatte) bestimmt:

Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.

Und diese Bestimmung ist (anders als die des § 210 a) nicht angefochten, sondern gilt heute in der gesamten Strafrechtswissenschaft als Musterbeispiel für die Lösung der Frage, wann und in welchem Umfange der Einwilligung des Verletzten im Strafrechte rechtfertigende Bedeutung beizumessen sei.

Nun kann doch kein Zweifel darüber sein, daß, wer sich freiwillig zum Zweikampfe stellt, sich mindestens stillschweigend damit einverstanden erklärt, auch Verletzungen hinzunehmen, die ihm der andere beibringe, wenn es das Waffenglück so fügen sollte, wie er andererseits annehmen darf, der andere sei damit einverstanden, körperlich verletzt zu werden, wenn es gelänge, ihn mit der Waffe zu erreichen. Selbstverständlich ist dabei, daß diese Einwilligung nur unter der Voraussetzung gegeben wird, daß beiderseits die hergebrachten oder besonders vereinbarten Kampfregeln eingehalten werden. Eine Verletzung, die durch Überschreitung dieser Regeln einträte, würde durch die Einwilligung daher nicht mehr gedeckt werden. Auch von diesem Gesichtspunkt aus fügt sich also auch der § 207 StGB durchaus in den Rahmen einer zwanglosen Gesetzesauslegung ein.

Nun rechtfertigt allerdings die Einwilligung des Verletzten eine ihm zugefügte Körperverletzung nur unter der Voraussetzung, daß nicht "die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt"; und einen solchen "Verstoß gegen die guten Sitten" wird man m.E. überall da anzunehmen haben, wo der Zweikampf eine bewußte Lebensgefährdung einschließt. Daß eine Verletzung fremden Lebens nicht durch Einwilligung des Verletzten gedeckt wird, ergibt sich als argumentum e contrario aus dem § 216 StGB. Und aus der Tatsache, daß hier das Gesetz der Einwilligung die rechtfertigende Kraft versagt, wird man auch schließen dürfen, daß aus demselben inneren Grunde heraus auch schon die bewußte Gefährdung

fremden Lebens nicht durch Einwilligung des Betroffenen gedeckt werden kann.

Da die rechtfertigende Kraft der "Einwilligung", soweit sie nach den vorstehenden Ausführungen reicht, keineswegs auf den Tatbestand der Körperverletzung beschränkt ist, sich vielmehr über das gesamte Strafrecht erstreckt - soweit überhaupt der Verletzte nach dem Sittengesetz über das geschützte Rechtsgut zu verfügen berechtigt ist - ergibt sich daraus eine Rechtfertigung auch für den Zweikampf mit Schlägern selbst, wenn und soweit er im übrigen als den gesetzlichen Tatbestand des § 205 StGB erfüllend angesehen werden könnte.

Nun wird gegen die vorstehenden Ausführungen möglicherweise eingewendet werden: Nach den sittlichen Anschauungen weiter Volkskreise wird nicht nur die Lebensgefährdung, sondern auch die bloße Leibesgefährdung beim "Zweikampf" als sittlich anstößig angesehen. Und man wird sich für diese Ansicht vielleicht auf die Grundsätze berufen, die in der Entscheidung der Sacra Congregatio Concilii vom 4. 4. und 13. 6. 1925 - für die katholische Moraltheologie bindend - festgelegt worden sind (die evangelische steht der Frage "neutral" gegenüber). Die vom Papst Pius XI. am 20. 6. 1925 bestätigte Entscheidung der Kongregation kommt, obwohl sich der erste Berichterstatter mit sehr beachtlichen Gründen dagegen ausgesprochen hatte, schließlich doch dazu, die Bestimmungsmensur als "Zweikampf" zu verurteilen. Die Begründung dafür ist ebenso wenig stichhaltig, wie die der reichsgerichtlichen Plenarentscheidungen; sie verweisen einfach auf die früher von der Kongregation zur selben Frage erlassenen Entscheidungen und führt als neuen Grund - genau wie auch das RG - nur die "abstrakte Tödlichkeit" der angewendeten Waffen an. (Vgl. zu der Frage eingehender Nagler Gerichtssaal Bd. 94 S. 82/83 Anm. 1; dort auch der Wortlaut.) Man wird also der Entscheidung kaum größere Überzeugungskraft beimessen können, als den beiden Plenarentscheidungen des RG.

Die praktische Bedeutung der Vorschrift des § 226a liegt, wie Schönke (Anm. V der 5. Aufl.) und Nagler (6./7. Aufl. des LK Anm. I) zutreffend ausführen, - abgesehen von der Rechtfertigung ärztlicher Eingriffe - vorzugsweise gerade auf dem Gebiete der Körperverletzungen, die sich bei Sportwettkämpfen ereignen (vgl. dazu auch schon Max Hachenburg in DJZ 1930 S. 604). Wenn - wie es doch sicherlich der allgemeinen sittlichen Volksanschauung entspricht - die Körperverletzungen durch die Einwilligung des Verletzten gerechtfertigt werden, die sich beim Boxen, Ringen (catch as catch can !), Jiu Jitsu, Fußball, Hockey, Polo und ähnlichen Sportarten - auch bei strikter Beobachtung der Kampfregeln - immer ereignen können, so ist nicht einzusehen, inwiefern man die unter den üblichen Schutzmaßregeln ausgefochtenen Messuren mit Schlägern als eine wider die guten Sitten verstoßende Betätigung sollte ansehen können. Daß beim Boxen, Jiu Jitsu usw. viel eher wirklich schwerwiegende Körperverletzungen und Todesfälle vorkommen können als beim Fechten mit dem Schläger, kann kaum in Abrede gestellt werden und wird durch die Erfahrung erhärtet. Und wer die blutüberströmten Gestalten der "Kämpfer" bei einem der üblichen, vor riesigen Zuschauermengen aufgeführten großen Boxmatches einmal mit angesehen hat, wird sicherlich sagen müssen, daß sich die Messur dagegen noch recht vorteilhaft abhebt. Man kann nicht das eine für sittlich einwandfrei, das andere für sittlich verwerflich erklären.

3. Aber selbst wenn man der mit den üblichen Schutzvorkehrungen und nach den üblichen Regeln ausgeführten Schlägermessur die Rechtfertigung nach dem § 226 a versagen und sie den Vorschriften über Körperverletzung unterwerfen wollte, so wäre doch selbst dieses Ergebnis nicht so schwerwiegend, daß man mit dem RG wegen der "Unzukömmlichkeit" der sich daraus ergebenden Folgerungen an der Strafbarkeit nach den Zweikampfbestimmungen festhalten müßte.

Die ganze Frage ist erst dadurch kritisch geworden, daß man im Jahre 1876 den § 223 a in das StGB eingefügt und für die Verfolgbarkeit dieses Deliktes von dem Erfordernisse des Strafantrages abgesehen hat. Solange nur der § 223 im StGB stand, war die ganze Frage schon deshalb nicht bedeutsam, weil der Verletzte eben niemals den erforderlichen Strafantrag stellte. Erst die Einführung des § 223 a führte zu der Überlegung, man müsse - wenn schon der Zweikampf mit Schlägern nicht als "Zweikampf" strafbar und auch nicht straflos zu lassen sei - den § 223 a anwenden. Daß das grundsätzlich richtig ist, ist allerdings kaum zu bestreiten; der Schläger ist in der Tat, so wie er angewandt wird, im Sinne des § 223 a ein "gefährliches Werkzeug", und zwar deshalb, weil er Verwundungen hervorrufen kann und sogar hervorrufen soll. Wenn nun die Sache so läge, daß für jede gefährliche Körperverletzung eine Mindeststrafe von zwei Monaten Gefängnis verhängt werden müßte, wie sie der § 223 a als Regelstrafe vorsieht, so wäre das allerdings - gegenüber der Strafdrohung des § 205, der "custodia honesta", wenn auch im Mindestmaße von drei Monaten vorsieht - wohl stets eine Schlechterstellung, die nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben kann. Aber - der § 223 a wird hinsichtlich des Strafmaßes ergänzt durch den § 228, der bei mildernden Umständen gestattet, mit der Gefängnisstrafe bis auf einen Tag herunterzugehen oder auf Geldstrafe (von DM 3,-- im Minimum an) zu erkennen, die beim § 205, wie oben ausgeführt, nicht in Betracht kommen kann. Der § 223 a (mit dem § 228) eröffnet also Strafmöglichkeiten, die milder sind, als die des § 205 StGB. Dazu treten aus neuerer Zeit noch weitere Erleichterungen, die teilweise auf dem Gebiete des sachlichen Strafrechtes, teilweise auf dem des Strafverfahrensrechtes liegen:

- a) Der § 27 b StGB läßt Geldstrafe auch noch da zu, wo Gefängnis allein angedroht ist (also beim

§ 223 a auch noch für den Fall, daß keine mildernden Umstände vorliegen).

- b) Der § 273 StPO reiht die gefährliche Körperverletzung unter die Privatklagedelikte ein und gibt damit der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, von der Verfolgung abzusehen, wenn sie diese nicht für im öffentlichen Interesse geboten ansieht - wie das bei Bestimmungsmensuren wohl regelmäßig der Fall sein würde -. Der Verletzte aber wird in diesem Falle wohl nie Privatklage erheben.
- c) Der § 153 StPO gestattet es, bei geringfügigen Straftaten von der Strafverfolgung abzusehen.

Damit wird auch das letzte Bedenken wesentlich abgeschwächt, das das RG in der ersten Plenarentscheidung an der oben wörtlich wiedergegebenen Stelle gegen die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Körperverletzung anführt.

Alle diese Erleichterungen, die die Beweiskraft der vom RG angeführten Gründe in Frage zu stellen geeignet sind, waren bereits vorgesehen, als das RG seine zweite Plenarentscheidung erließ. Es hat sie nicht beachtet.

Außer Betracht bleiben können die (ganz vereinzelt vorgekommenen) Fälle, in denen eine Mensurverletzung zu einer schweren Körperverletzung oder gar zur Tötung des Gegners geführt hat. Hier kann es sich, wenn nicht etwa gegen die hergebrachten oder besonders vereinbarten Regeln verstoßen worden ist, immer nur um Ursachenverläufe handeln, die außerhalb jeder Erfahrung liegen. Für derartig abnorme Fälle schließt aber die neuere Rechtslehre die Anwendbarkeit der §§ 224, 226 StGB aus, meistens mit der Begründung, daß für ihre Anwendbarkeit mindestens fahrlässige Verursachung der schweren Folge vorauszusetzen sei. Die reine Bedingungstheorie hier noch anzuwenden, wie es das RG früher getan hat, lehnt nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern auch der gesunde Sinn der Praxis regelmäßig ab.

III. Anwendbarkeit der Vorschriften über den Waffenbesitz.

Die deutschen Waffengesetze beziehen sich nur auf Schußwaffen.

An Besatzungsrecht kommt z.Zt. nur noch das Gesetz Nr. 24 der AHK mit seinen Ausführungsbestimmungen in Betracht. Nach der 10. Durchführungsverordnung Art. 2,1a, ist nur der Besitz von militärischen Hieb- und Stichwaffen verboten. Darunter fallen die studentischen Schläger ohne Zweifel nicht. Im übrigen interessieren diese interalliierten Verbote die deutsche Strafrechtspraxis nicht; die im Zuge befindliche Revision des Besatzungsstatutes dürfte sie überdies im weiten Umfange gegenstandslos machen.

IV. Ergebnis.

Als Ergebnis dieser Untersuchung ist festzuhalten:

1. Die studentische Schlägermensur, die nach den hergebrachten oder besonders vereinbarten Regeln unter Anwendung der eingangs erwähnten Schutzmaßregeln durchgeführt wird, ist nicht "Zweikampf mit tödlichen Waffen".
2. Sie erfüllt auch nicht den Tatbestand der Körperverletzung.
3. Zumindest sind sowohl "Zweikampf" als auch "Körperverletzung" - selbst dann, wenn man sie als an sich "tatbestandsmäßig" ansähe - durch Einwilligung des Verletzten gerechtfertigt.

Dr. jur. Fritz Hartung
Reichsgerichtsrat a.D.
Homberg, Bez. Kassel