

**Badische Landesbibliothek Karlsruhe**

**Digitale Sammlung der Badischen Landesbibliothek Karlsruhe**

**Die Bedeutung des rechtswidrigen Befehls für den  
Beamten und für den Soldaten in strafrechtlicher  
Beziehung**

**Merzbacher, Hermann**

**Heidelberg, 1918**

**urn:nbn:de:bsz:31-39965**

**Die  
Bedeutung des rechtswidrigen Befehls  
für den Beamten und für den Soldaten  
in strafrechtlicher Beziehung**

---

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
der hohen juristischen Fakultät  
der Großherzoglich Badischen  
Ruprecht-Karls-Universität zu  
Heidelberg

vorgelegt von

**Hermann Merzbacher**

Referendar

---

Heidelberg

Buch- und Kunstdruckerei Rößler & Herbert (Inh. Paul Braus)

1918

72D

1641





8

72 ) 1641



Berichterstatter:  
Geh. Hofrat Prof. Dr. von Lilienthal.

v



*Meinen Eltern!*









## § 1. Öffentliches Recht und Privatrecht.

„Die Macht des unbedingten Gebietens hat nur der Staat. Nur er kann herrschen, und alle Herrschaft im Staate kann nur von ihm ausgehen<sup>1)</sup>.“ „Herrschen ist das Recht, freien Personen Handlungen zu befehlen<sup>2)</sup>.“ Jede Herrschaft setzt ein Gewaltverhältnis voraus, das als unbedingte Folge das System der Über- und Unterordnung in sich trägt. Dieses Subordinationssystem tritt hervor in der Form des Befehls auf seiten des Gewalthabers, dem — als Korrelat — auf seiten des Gewaltunterworfenen die Gehorsamspflicht entspricht. Die verschiedenen Gewaltverhältnisse sind verschieden stark ausgebaut, je nach den Zwecken, die der Staat erreichen will, je nach den Bedürfnissen und Aufgaben, zu deren Befriedigung und Erfüllung der Staat das Gewaltverhältnis normiert und ausgebaut hat.

Ein grundlegender Unterschied besteht zwischen den Gewaltverhältnissen des Privatrechts und denen des öffentlichen Rechts. Für das erstere kommt in Betracht das Familienverhältnis, das Botmäßighkeitsverhältnis zwischen Eltern und Kindern<sup>3)</sup>, und das wesensver-

1) Jellinek, Gesetz und Verordnungen, 1887, S. 191.

2) Laband, a. a. O., I, S. 64.

3) BGB., § 1626.



wandte Gewaltverhältnis zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, ersteres als angeborenes bzw. als gesetzliches, letzteres als vertragsmäßig übernommenes. Der privatrechtliche Charakter und die privatrechtliche Grundlage dieser Gewaltverhältnisse kann niemals eine über die Grenzen des objektiven Rechts hinausreichende Befehlsgewalt einräumen, und nie kann den Kindern bzw. den Dienstboten eine Gehorsamspflicht unter Ausschluß des materiellen Prüfungsrechts und einer solchen Prüfungspflicht auferlegt werden. Dieser Mangel einer Rechtspflicht zur Ausübung eines auf eine rechtswidrige Handlung gerichteten Befehls bringt es mit sich, daß prinzipiell für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kindes oder Dienstboten der Befehl irrelevant ist. Inwieweit zugunsten des Kindes bzw. des Dienstboten der Befehl als Straf-milderungsgrund in Betracht kommt, ist eine Frage für sich. Die Bestrafung des Kindes gemäß §§ 55 ff. des Strafgesetzbuches ist für unser Problem ohne prinzipielle Bedeutung. Sie kann nur erfolgen, wenn das Kind zur Zeit der Begehung der Tat das 12. Lebensjahr vollendet und, wenn dies der Fall, die „zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht“ besessen hat. Ob der Befehlsgeber — der Vater oder die Mutter — als Anstifter oder als mittelbarer Täter zu bestrafen ist, ist lebhaft bestritten. Die h. M. nimmt mittelbare Täterschaft an, wenn entweder das Kind noch nicht strafmündig war oder aber die zur Erkenntnis der Strafbarkeit nötige Einsicht nicht besessen hat (H. Meyer, Lehrbuch, S. 227, Anm. 4, und S. 290; Liszt, Lehrbuch,



S. 166; Birkmeyer, Teilnahme, S. 269, A. 4). Das Reichsgericht (Bd. 4, S. 308, S. 531, S. 700, Bd. 8, S. 313; Olshausen, a. a. O., I, I, 4, Nr. 5 u. 6) erachtet die Individualität des Kindes als maßgebend dafür, ob im Einzelfall der Befehlsgeber als Anstifter oder als mittelbarer Täter zur Verantwortung zu ziehen ist (v. Calker, a. a. O. S. 35, 36). Jedenfalls kann nicht aus dem jugendlichen Alter des Kindes der Schluß auf die Unzurechnungsfähigkeit desselben gezogen werden.

Unser Problem findet seine Bedeutung in den öffentlich-rechtlichen Gewaltverhältnissen, und im Rahmen unserer Abhandlung soll es für den Beamten- und Militärdienst Erörterung finden.

---



## § 2. Wesen und Begriff des Befehls, materielle Rechtswidrigkeit.

Die Natur des Gewaltverhältnisses ist außerordentlich bestritten. Es wird teils als Rechtsverhältnis, teils als rein tatsächliches Verhältnis aufgefaßt<sup>1)</sup>. Zweifellos kommen rein tatsächliche Gewaltverhältnisse vor; für uns kommt aber der Befehl nur soweit in Frage, als er Ausfluß einer rechtlichen Gewalt ist, und für die Erörterung unseres Problems gehen wir aus von dem Gewaltverhältnis als einem Rechtsverhältnis, das, eben infolge seiner Eigenschaft als solches, Rechte und Pflichten involviert.

Das vornehmste und allgemeinste Gewaltverhältnis ist das des Staates zu seinen Untertanen, das die Grundlage des Gehorsams des Bürgers gegenüber der Staatsgewalt bildet und damit die Existenz der Staatsordnung garantiert. „Die Gehorsamspflicht ist die Mutter aller Pflichten des Untertans<sup>2)</sup>.“ Der Staat selbst aber braucht zur Erfüllung seiner Aufgaben Organe: „Der Staat

---

1) Schmitthenner, Grundlinien des allgemeinen Staatsrechts, 1845, S. 278, und Seydel, a. a. O. S. 188, nehmen ein Rechtsverhältnis an; a. A. Herzfelder, a. a. O. S. 32.

2) Vgl. v. Streit, Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt, 1892, S. 5, A. 1; Held, System, 2, S. 592.



kann nur durch das Medium von Organen walten; denkt man die Organe hinweg, so ist auch die Vorstellung des Staates selbst verschwunden<sup>1)</sup>.“

Die Dienstgewalt des Staates über seine Beamten und die Kommandogewalt über die Angehörigen der bewaffneten Macht kann man als besondere Ausprägung des allgemeinen Gewaltverhältnisses ansehen, für die „potenzierte Untertanenpflichten<sup>2)</sup>“ und damit auch „potenzierte“ Gehorsamspflicht bestehen. Die Aufgabe der Staatsdiener umgrenzt das allgemeine Landrecht in T. II, T. 10, §§ 1—3 ganz treffend mit den Worten:

„Militär- und Zivilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, die gute Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten und befördern zu helfen.“

Sie sind außer den allgemeinen Untertanenpflichten dem Oberhaupte des Staates besondere Treue und Gehorsam schuldig.

Ein jeder ist nach der Beschaffenheit seines Amtes und nach dem Inhalte seiner Instruktion dem Staat noch zu besonderen Diensten durch Eid und Pflicht zugetan.

Staat und Staatsdiener im weitesten Sinn stehen sich als Befehlender und Unterworfener gegenüber. Die Organisation des modernen Staates mit seinen tausendfältigen Aufgaben bedarf zur Erfüllung seiner Zwecke, die im Wohl des Staates gipfeln, ein auf das genaueste durchgeführtes System der Über- und Unterordnung. Wieweit dieses System für den militärischen Organis-

1) Jellinek, a. a. O. S. 225.

2) Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, 1907, S. 94.



mus anders geartet, vielleicht straffer als für den Be-  
amtenorganismus ausgebildet ist, findet im Laufe der  
Abhandlung die Antwort. Gewalthaber ist in letzter  
Linie immer der Staat selbst. Er handelt in seinen  
Organen, die den einheitlichen, unteilbaren Staatswillen  
zum Wohl des Staates hervorbringen; das Recht zur  
Ausstattung bleibt immer des Staates eigenster Vor-  
behalt. Daraus können wir die allgemeinste Grenze  
für die Gehorsamspflicht des Staatsdieners ziehen, die  
Schmitthenner<sup>1)</sup> treffend damit charakterisiert, daß „die  
Herrschaft des Gewalthabers gegenüber den Gewalt-  
unterworfenen nicht zur Willkür gegeben ist, sondern  
in Beziehung auf die bestimmte Idee des öffentlichen  
Instituts“. Die Gehorsamspflicht des Staatsdieners wird  
also eingeschränkt durch den Zweck des Staatsdienstes,  
durch die Zwecke des Staates überhaupt; „ein anderes  
Gewaltrecht als über seine Zwecke kann und will der  
Staat über seine Diener nicht begründen“.

Durch den Befehl wird — aus dem zwischen dem  
Befehlsgeber und Befehlsempfänger bestehenden recht-  
lichen Gehorsamsverhältnis als Folge des bestehenden  
rechtlichen Gewaltverhältnisses — die Ausführung der  
befohlenen Handlung oder Unterlassung gefordert. Der  
Befehl fällt unter den Begriff der Willenserklärung und  
ist von ähnlichen Begriffen, wie Bitte, Wunsch, Er-  
mahnung, Gewährung, Rat, Antrag, Ersuchen, Auf-  
forderung, Forderung, zu unterscheiden<sup>2)</sup>. Zur Er-

1) A. a. O. (s. A. 1, S. 8) S. 275.

2) Rissom, a. a. O. S. 199.



zwingung des Befehls und zur Durchsetzung der Gehorsamspflicht dient der aus dem Gewaltverhältnis entspringende Disziplinarzwang mit der Disziplinarstrafe.

Mit Laband<sup>1)</sup> scheiden wir Gesetzmäßigkeit des Befehls in formeller und materieller Beziehung. Für unser Problem sind diejenigen Befehle von Bedeutung, die der materiellen Rechtmäßigkeit entbehren. Es ist im modernen Rechtsstaat zweifellos oberster Grundsatz und erste Forderung, daß die Staatsgewalt, die gesamte Verwaltung, nach Recht und Gesetz geführt wird. Sobald durch den Befehl, der für den Befehlsempfänger ein Gebot oder Verbot enthält, eine Rechtswidrigkeit begangen werden kann, bekommt derselbe strafrechtliche Bedeutung, und es entsteht durch die Erteilung eines solchen Befehls ein Zwiespalt, die sogenannte Pflichtenkollision: auf der einen Seite gebietet die Amtspflicht, daß dem Befehl des Vorgesetzten gehorcht wird auf Grund des Staatsdienstverhältnisses, andererseits führt der Untergebene durch die Befolgung eines solchen Befehls eine ungesetzliche Handlung aus. Das ist der Konflikt, der staatsrechtlich in Beziehung auf die Gehorsamspflicht und strafrechtlich in Beziehung auf die Verantwortlichkeit und den Schutz des gehorchenden Untergebenen in die Erscheinung tritt, der Konflikt zwischen Gesetzes- und Dienstreue.

Es braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, daß der Staat und das staatliche Interesse niemals den Befehl rechtswidrigen Inhalts für erstrebens-

1) A. a. O., I, S. 430 ff.



oder wünschenswert halten wird; er bildet immer eine Überschreitung der rechtlich anerkannten Befugnisse. So viele Vorsichtsmaßregeln der Staat aber auch gegen die Erteilung solcher Befehle treffen mag, wie dies der Staat im Beamtenrecht tatsächlich durch die Konstatierung der eigenen Verantwortlichkeit für die Gesetzmäßigkeit und Verfassungsmäßigkeit der Amtshandlungen und der allgemeinen strafrechtlichen Verantwortlichkeit getan hat, so wird es immer wieder vorkommen, daß eine Befehlsgewalt in einer Weise betätigt wird, in welcher sie wohl betätigt werden kann, aber nicht betätigt werden soll, sei es, daß sich der Vorgesetzte bewußt, sei es unbewußt, mit den bestehenden Gesetzesvorschriften in Widerspruch setzt.

Da durch die Befolgung eines formell rechtswidrigen Befehls mit materiell rechtlichem Inhalt eine Rechtsgüterverletzung nicht vorgenommen wird und es andererseits eine Gehorsamspflicht gegen formell rechtswidrige Befehle nicht gibt, kommen diese als solche für das Strafrecht grundsätzlich nicht in Betracht. Die formell rechtlichen Voraussetzungen des Befehls setzt M. E. Mayer<sup>1)</sup> (a. a. O. S. 126 ff.) in scharfem Gegensatz zu den materiell rechtlichen Voraussetzungen und Erfordernissen des Befehls; diese bezeichnet er treffend als auszuführende Rechtsnormen, erstere als Ausführungsnormen. Beide berühren einander nicht. Ganz allgemein ausgedrückt ist ein materiell rechtswidriger Befehl ein solcher, dessen Inhalt im Gegensatz steht zu den obersten

1) Für die folgende Erörterung vgl. ebendort.



Prinzipien des Rechts und der Sitte; aber nicht nur, wenn der Befehl unmittelbar die Begehung einer strafbaren Handlung zum Inhalt hat, ist er rechtswidrig, sondern schon dann, wenn sein Inhalt schlechthin vom Gesetz verboten ist, oder sich nicht auf eine positive Gesetzesform gründen kann, gleichgültig, ob diese dem Privat-, Straf-, Verwaltungs- oder Prozeßrecht angehört. Durch den Befehl soll schon allgemein durch das Gesetz Befohlenen im konkreten Fall in Anwendung gebracht werden. Alles andere kann als gesetzmäßiger Befehl nicht angesehen werden. Rechtswidrig ist also der Befehl, der als konkretisierter Gesetzeswille nicht gelten kann (M. E. Mayer)<sup>1)</sup>.

Ein rechtswidriger Befehl ist also immer dann vorhanden, wenn der Konkretisierung ihr Objekt fehlt, auf dem sie fußen könnte, z. B. Haftbefehle, die die Strafprozeßordnung nicht kennt, Verwaltungsakte ohne gesetzliche Grundlage, und anderes. Sodann kann zwar die abstrakte Norm vorhanden sein, aber in concreto fehlen die tatsächlichen Unterlagen für Anwendung der Norm, es fehlt der „gute Wille“, sei es, daß die Konkretisierung vorsätzlich, sei es fahrlässig falsch, erfolgte, z. B. böswillige oder fahrlässige Annahme eines Fluchtverdachts; und zwar besteht materielle Rechtswidrigkeit, gleichgültig, ob es sich um fahrlässige Annahme von falschen Tatsachen oder um fahrlässig falsche Rechtsanwendung handelt; daß bei vorsätzlich falscher Rechtsanwendung böser Wille vorliegt, braucht nicht besonders hervor-

1) A. a. O. S. 128.



gehoben zu werden. Dagegen, so grenzt M. E. Mayer weiter ab, darf ein böser Wille bei der Gesetzeskonkretisierung dann niemals angenommen werden, wenn die Konkretisierung infolge eines entschuldbaren Irrtums des gutgläubigen befehlenden Vorgesetzten erfolgt ist, gleichgültig, ob sich der Irrtum auf die Tatbestände oder auf die Rechtsanwendung bezieht; man könne eben nur verlangen, daß ein pflichttreues Organ den Rechtssatz verwirklicht hat, die Irrtümer können nie ganz aus Justiz und Verwaltung ausgeschaltet werden, jede Gesetzeskonkretisierung wird die Unreinheiten der individuellen Auffassung stets an sich tragen (M. E. Mayer, a. a. O. S. 129).

Gerade diese letzten Fälle sind die kritischen. Rechtswidrig ist hienach ein Haftbefehl, wenn er sich auf böswillige Annahme des Fluchtverdachts, rechtmäßig dagegen, wenn er sich auf die von keinem menschenkundigen Richter geteilte Annahme eines Fluchtverdachts gründet. M. E. Mayer will damit die kritischen Resultate seiner Auffassung für die Gehorsamspflicht bzw. für das Nachprüfungsrecht vermeiden (darüber siehe unten). Jedenfalls sind auch diese letzteren Handlungen objektiv rechtswidrig, und für die Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit können wir nicht auf solche, lediglich im Innern des Vorgesetzten sich abspielende Vorgänge abstellen; der strafrechtlichen Verantwortlichkeit allerdings steht in diesen Fällen der Mangel an Schuld entgegen. Richtig dagegen ist, daß zweckwidrige Befehle deswegen, weil sie zweckwidrig sind, niemals rechtswidrig sind. Wir haben vielfach Gesetze, deren Konkretisierung dem pflichtmäßigen Er-



messen des Befehlenden überlassen sind, namentlich im Militärdienst. Soweit der Befehlende pflichtmäßig geurteilt hat, kann aus der Zweckwidrigkeit keine Rechtswidrigkeit hergeleitet werden; irrige Ermessungskonkretisierung ist niemals rechtswidrig.

Inwieweit der Befehlsunterworfenen für die in Ausführung des Befehls begangene deliktische Handlung die strafrechtliche Verantwortlichkeit trägt, ist in letzter Linie abhängig von der Frage nach der Rechtsverbindlichkeit des Befehls. „Rechtsverbindlich ist ein Befehl dann, wenn der Befehlsempfänger verpflichtet ist, dem Befehl ohne Weigerung Folge zu leisten<sup>1)</sup>.“ Der Rechtsverbindlichkeit des Befehls entspricht als notwendiges Korrelat die Unverantwortlichkeit des Gehorchenden für die auf Befehl begangene Handlung. Die Rechtsverbindlichkeit aber ist, anders ausgedrückt, Nachprüfungsrecht und Nachprüfungspflicht. Ein unbeschränktes Nachprüfungsrecht bringt eine unbeschränkte Verantwortlichkeit, ein beschränktes nur eine beschränkte Verantwortlichkeit mit sich. Nachprüfungsrecht bzw. Rechtsverbindlichkeit ist eine Frage des Staats- und Verwaltungsrechts, und es besteht daher für unser Problem ein enger Zusammenhang zwischen Strafrecht einerseits und Staats- und Verwaltungsrecht andererseits. Die strafrechtliche Frage nach der Verantwortlichkeit kann erst beantwortet werden, wenn die staatsrechtliche Frage nach der Gehorsamspflicht ihre Antwort gefunden hat.

1) v. Calker, a. a. O. S. 9.



Sowohl der Beamte wie der Soldat ist Staatsdiener, beide leisten dem Staat Dienste. Der Beamte ist vom Staat in ein besonders öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis aufgenommen (es ist streitig, ob wir es mit einem einseitigen Staatsakt oder mit einem öffentlich-rechtlichen Dienstvertrag zu tun haben). Der Beamte hebt sich aus dem gewöhnlichen Kreis der Untertanen heraus, während der Soldat in Erfüllung seiner Wehrpflicht lediglich eine allgemeine Untertanenpflicht erfüllt (Art. 57 RV.: Jeder Deutsche ist wehrpflichtig), die aber eine besondere Färbung hat und auch als besonderes Gewaltverhältnis angesprochen werden kann. Dies gilt freilich nur für Offiziere und Unteroffiziere, während die Militärbeamten auch als Beamte behandelt werden; nur im Felde gelten für die letzteren besondere Bestimmungen (MStGB. 153 und 154). Der Berufssoldat, der über das Maß der gesetzlichen Wehrpflicht hinaus vom Staat in den militärischen Berufsdienst aufgenommen wird, steht juristisch betrachtet im gleichen Verhältnis zum Staat wie der Beamte. Aber die Einheitlichkeit des Heeres und der Marine, die militärische Disziplin und andere allgemeine militärische Gesichtspunkte machen es notwendig, daß die Berufssoldaten nicht der Beamtendisziplin, sondern als „Personen des Soldatenstandes“ der Soldatengehorsamspflicht unterworfen sind (RBG. 157, MStGB. 5).

---



## I. Der Beamtendienst.

### A. Gehorsamspflicht des Beamten.

#### § 3. Allgemeines; Begriff der formellen Rechtmäßigkeit.

„Im Gehorsam lassen sich alle Amtspflichten des Beamten zusammenfassen<sup>1)</sup>.“ Wie jede Gehorsamspflicht, so ist auch die des Beamten begrenzt durch die Aufgaben, die der Staat dem betreffenden Gewaltverhältnis auferlegt hat; sie ist begrenzt durch den Zweck des Amtes und durch das Interesse des Staates, sie ist nicht vorhanden zum persönlichen Nutzen des Vorgesetzten. Die Gehorsamspflicht des Beamten kann sich nie beziehen auf Befehle, die in das Gebiet der Privatangelegenheiten fallen. Das System der Über- und Unterordnung will ja nur eine Zusammenfassung aller Kräfte zum Zwecke der Förderung des Staats und der Gesamtinteressen, und durch diesen Zweck wird der Gehorsam gleichzeitig eingeschränkt auf Dienstbefehle. Daher muß die Amtsgewalt überhaupt, die Dienstgewalt und die ihr entsprechende Gehorsamspflicht beschränkt sein auf die Erfüllung amtlicher Geschäfte<sup>2)</sup>. Andererseits gehört

1) H. Schulze, Deutsches Staatsrecht, 1888, I, S. 315.

2) Laband, a. a. O., I, S. 431.



zum Dienstbefehl als selbstverständlich, daß die befohlene Handlung dienstlich, d. h. als eine kraft der Dienstgewalt zu verlangende, gefordert wird. Soweit der Vorgesetzte lediglich als Privatperson fordert oder befiehlt, liegt ein Dienstbefehl nicht vor. Diese allgemeine Abgrenzung ist praktisch von keiner großen Bedeutung. Befehle in Privatsachen seitens eines Vorgesetzten dürften im modernen Rechtsstaat tatsächlich kaum mehr vorkommen.

Welches sind nun die engeren Grenzen der Gehorsamspflicht? Im Reichsbeamtengesetz ist davon keine Rede. Das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 (Neufassung vom 18. Mai 1907) normiert die Pflichten des Beamten folgendermaßen. § 10: „Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen.“ § 13: „Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich.“ Die Gehorsamspflicht als solche ist als etwas Selbstverständliches vorausgesetzt, und die in dem Regierungsentwurf vorhandene Bestimmung, wonach der Beamte verpflichtet sei, das übertragene Amt der Verfassung, den Gesetzen und den von seinen Vorgesetzten innerhalb ihrer amtlichen Zuständigkeit getroffenen dienstlichen Anordnungen entsprechend wahrzunehmen, wurde in dritter Lesung wieder gestrichen, da die Gehorsamspflicht schon aus dem Wesen des Amtes folge.

Auch der § 2 des A.P.L. ist nicht zu verwerten, der außer den allgemeinen Untertanenpflichten für den Staats-



diener besondere Treue und Gehorsam dem Oberhaupt des Staats gegenüber statuiert, und die §§ 45—47 des A.P.L., I, 6 sagen für die Gehorsamspflicht des Beamten auch nichts. § 45 lautet: „Wer den Befehl dessen, dem er zu gehorchen schuldig ist, vollzieht, kann in der Regel zu keinem Schadensersatz angehalten werden.“ § 46: „Er muß aber dafür haften, wenn die befohlene Handlung in den Gesetzen ausdrücklich verboten ist.“ § 47: „Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten ohne Einschränkung zu befolgen verpflichtet ist, von dem kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Oberen prüfe.“

Frank<sup>1)</sup> verwertet die §§ 10 und 13 RBG. in dem Sinn, daß die allgemeine Rechtspflicht der Gehorsamspflicht vorgehe und kommt auf Grund dieser Bestimmung zu dem Ergebnis, daß dem untergebenen Beamten ein unbegrenztes materielles Prüfungsrecht und entsprechende Prüfungspflicht der ihm erteilten Befehle zusteht. Auch Löning<sup>2)</sup> kann eine Beschränkung der Prüfung des unteren Beamten nicht in Einklang bringen mit der allgemeinen Bestimmung des § 13 RBG., während andererseits Freund<sup>3)</sup> unter Zugrundelegung des § 113 RStGB. mit § 10 und 13 RBG. die Labandsche Theorie des formellen Prüfungsrechts entwickelt. Auf die einzelnen Punkte in dieser Richtung wird später

1) A. a. O., 4, A. S. 110.

2) A. a. O. § 26.

3) A. a. O. S. 142.



zurückzukommen sein; jedenfalls ist es ganz ausgeschlossen, daß die §§ 10 u. 13 RBG. — als Korrelat einer unbedingten Verantwortlichkeit — ein unbeschränktes Prüfungsrecht feststellen wollen. Die Grundlagen der Staatsverwaltung wären aufgelöst, die Unterordnung der Behörden umgedreht.

Mit Recht betont Kleinfeller<sup>1)</sup>, daß diese Bestimmungen keine Lösung des Problems enthalten; und gerade der amtspflichtmäßige Gehorsam fällt unter die gewissenhaft wahrzunehmenden Gesetze in § 10 RBG. Für die Beobachtung des schuldigen Gehorsams ist der Beamte nach § 13 RBG. verantwortlich, und der Beamte, der die Gehorsamspflicht verletzt, begeht nach § 72 RBG. ein Dienstvergehen und hat die Disziplinarstrafe verwirkt. Genau so wenig wie § 10 und 13 RBG., geben uns § 110 und 113 RStGB. Aufschluß über die Grenzen der Gehorsamspflicht; insbesondere setzt § 113 die „rechtmäßige Amtsausübung“ voraus, ohne sie zu umgrenzen. Der Vollständigkeit halber sei noch Art. 108 der Preuß. Verfassung erwähnt: „Die Mitglieder der beiden Kammern und alle Staatsbeamten leisten dem König den Eid der Treue und des Gehorsams und beschwören die gewissenhafte Beobachtung der Verfassung.“

Im Gegensatz dazu haben gewisse einzelstaatliche Gesetze eine Abgrenzung der Gehorsamspflicht versucht, so insbesondere das Württ. Beamten-gesetz vom 28. Februar 1876 (Reg.-Bl. S. 211) unter Hinweis auf § 53 der Verfassungsurkunde: „Auf gleiche Weise (wie

1) R. v. D. a. T. I, S. 227.



die Departementsminister § 52) sind auch die übrigen Staatsdiener und Behörden in ihrem Geschäftskreis verantwortlich. Sie haben bei eigener Verantwortlichkeit nur die ihnen von den geeigneten Stellen in der ordnungsmäßigen Form zukommenden Anweisungen zu beobachten. Sind sie im Zweifel, ob die Stelle, welche ihnen einen Auftrag erteilte, dazu kompetent sei, so haben sie darüber bei ihrer vorgesetzten Behörde anzufragen, sowie ihnen auch obliegt, wenn sie bei den Inhalten einer höheren Verfügung Anstände finden, solche auf geziemende Weise unter Vermeidung jeder nachteiligen Verzögerung der verfügenden Stelle vorzutragen, im Falle eines beharrenden Bescheids aber die Verfügung zu befolgen.“ Auf das Wesen dieser Theorie, der sogenannten Remonstrationstheorie, soll nachher zurückgekommen werden.

Die allgemeine Grenze der Gehorsamspflicht, die wir bis jetzt festgestellt haben, ist die, daß Gehorsam nur verlangt werden kann für amtliche Geschäfte, für Dienstbefehle. Die engere Grenze, die allerseits anerkannt ist, ist die, daß der Befehl den formell rechtlichen Erfordernissen — M. E. Mayer spricht hier von Ausführungsnormen — genügen müsse. Was gehört nun zur formellen Rechtmäßigkeit<sup>1)</sup>?

1. Die allgemeine (abstrakte), vom Gesetz begrenzte, sachliche und örtliche Zuständigkeit des Befehlsberechtigten zum Erlasse des Dienstbefehls. Mit Recht führt Laband aus, daß keine Dienststelle ihre Machtvoll-

1) Laband, a. a. O., I, S. 430 ff.



kommenheit eigenmächtig erweitern kann. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit liegt dann vor, wenn der Dienstbefehl des Befehlenden in die Grenzen fällt, die das Gesetz ihm vermöge seines Amtes und für den Wirkungskreis seines Amtes zieht, innerhalb der vom Gesetz festgestellten örtlichen Grenzen. Befehle, die diese Grenzen nicht beobachten, sind nicht gesetzmäßig, sondern gesetzwidrig.

2. Die allgemeine, vom Gesetz begrenzte, sachliche und örtliche Zuständigkeit des Befehlsempfängers zur Ausführung des Befehls. Der Befehl ist gesetzwidrig, wenn der Untergebene nicht kraft Gesetzes selbst zur Verwirklichung des Befehlsinhalts berechtigt ist, oder der Befehl nicht in dem ihm räumlich festgestellten Amtsbezirk zur Ausführung gelangen soll; denn der Untergebene ist nur infolge seiner Amtsstellung und für deren Umfang Untergebener.

3. Die gesetzlich geforderte Form des Befehls. Daß ein Befehl, der nicht in vorschriftsmäßiger Form erteilt wird, rechtswidrig ist, ist allgemein anerkannt. Die Formvorschriften können in verschiedenster Weise vorgeschrieben sein: einfache Schriftform, Unterschrift, Amtssiegel, Gegenzeichnung eines Dritten und anderes mehr.

Nur wenn die materielle und formelle Gesetzmäßigkeit gleichzeitig vorhanden ist, liegt ein vollständig rechtmäßiger Befehl vor. Rechtswidrig ist daher jeder Befehl, bei dem entweder die materiellen oder die formellen rechtlichen Grundlagen fehlen.

Der Kernpunkt unseres Problems liegt nun in der



Frage, wieweit das Fehlen der formell rechtlichen bzw. in erster Linie der materiell rechtlichen Erfordernisse die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten beeinflusst. Dabei sind verschiedene Standpunkte möglich:

1. Eine Weigerung und Selbstnachprüfung des Befehls durch den Gewaltunterworfenen ist verboten.

2. Der Befehlsempfänger hat das Recht und die Pflicht, den Befehl auf seine formelle Rechtmäßigkeit hin zu prüfen und beim Fehlen der formell rechtlichen Voraussetzungen den Gehorsam zu verweigern.

3. Der Befehlsempfänger hat nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Beziehung Nachprüfungsrecht und Nachprüfungspflicht, und beim Fehlen eines materiell oder formell rechtlichen Erfordernisses das Recht und die Pflicht der Gehorsamsverweigerung.

Der moderne Rechtsstaat kennt den „blinden Gehorsam“ nicht mehr. Nach § 47 MStGB. hat der Untergebene nachzuprüfen, ob ein Befehl in Dienstsachen vorliegt, und § 47 Z. 2 legt dem Soldaten eine, allerdings praktisch ziemlich in die Ferne gerückte, Prüfungspflicht auf. Auch die Seemannsordnung verlangt in § 30 keinen blinden Gehorsam, sondern verpflichtet den Schiffsmann nur „in Ansehung des Schiffsdienstes“ Gehorsam zu leisten. Die praktische Bedeutung dieser Prüfungspflicht mag gering sein, juristisch jedenfalls besteht kein blinder Gehorsam. Innerhalb dieser vom Gesetz gezogenen Grenzen allerdings können wir von einer absoluten Gehorsamspflicht sprechen, die begründet ist in der besonderen Natur dieser Gewaltverhältnisse.



#### § 4. Die Remonstrationstheorie.

Dem „blinden Gehorsam“ sehr nahe kommt die sogenannte Remonstrationstheorie, die in der Württ. Verfassungsurkunde § 53 Gesetz geworden ist und besonders im 19. Jahrhundert weit verbreitet war, heute aber nur noch vereinzelt und mit Modifikationen vertreten wird<sup>1)</sup>. Die Remonstrationstheorie verbietet dem Untergebenen den Gehorsam gegenüber einem „offenbar“ formell oder materiell rechtswidrigen Befehl. In allen zweifelhaften Fällen „im Gegensatz zu der naturrechtlichen Doktrin<sup>2)</sup>“ darf der Untergebene nicht einfach den Gehorsam verweigern, sondern der Staatsdiener, welcher einen Befehl seines Regenten oder seines vorgesetzten Departements erhält und in demselben etwas zu finden glaubt, was nach seiner Überzeugung mit dem Staatsbesten, mit der öffentlichen Rechtlichkeit (wenigstens nach seiner, des Staatsdieners Ansicht) unvereinbar ist, oder sogar die Grenzen der Regentengewalt überschreitet, ist nicht bloß berechtigt, sondern sogar ver-

1) Siehe Freund, S. 119 ff.; besonders Gönner, a. a. O. S. 202; v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 1829, S. 775; Rönne-Zorn, a. a. O. S. 462; Schulze, Preuß. Staatsrecht, 1888, S. 315; Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 1863, S. 137.

2) Pufendorf, Henning, Böhmer, Leyser.



bunden, in einer bescheidenen Gegenvorstellung die Gründe vorzutragen, aus welchen er die Zweckmäßigkeit oder die Rechtmäßigkeit des erhaltenen Befehls bestreitet, „da es eine besondere Staatsdienerpflicht sei, den Regenten und den Staat vor Schaden zu warnen<sup>1)</sup>“. Wird trotz der erhobenen Vorstellung der Befehl aufrechterhalten, dann ist der Beamte zu Gehorsam verpflichtet, es bleibt ihm nichts übrig als die „Gloria obsequii“; jeder Verantwortlichkeit ist er enthoben: dixi et liberavi animam<sup>2)</sup>. Im Anschluß hieran verlangt Bluntschli eine eingehende formelle und vor allem materielle Prüfung des Befehls, indem er seinen Ausführungen als obersten Satz voranstellt, daß die Gehorsamspflicht „durch die bestehende Rechtsordnung und die Grundprinzipien der Sittlichkeit“ begrenzt sei. Hiervon abgesehen, berechtigt der bloße gesetzwidrige oder ungerechte Inhalt nicht zur Gehorsamsverweigerung, sondern nur zu Vorstellungen, „zu besonderer und freimütiger Aufklärung etwa übersehener schädlicher Folgen der Gesetzesverletzung“. Im einzelnen ergeben sich unter den Anhängern der Remonstrationstheorie noch Verschiedenheiten, die dem Prinzip selbst keinen Abbruch tun.

Außer der bereits erwähnten Württ. Verfassungs-urkunde § 53 haben wir auch in der Militärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898 eine Anlehnung an die Remonstrationstheorie in § 97, 3: „Hält der Militärjustizbeamte eine Weisung . . . mit den Gesetzen oder sonst

1) Gönner, a. a. O. S. 204.

2) Freund, a. a. O. S. 122.



maßgebenden Vorschriften nicht vereinbar, so hat er dagegen Vorstellung zu erheben. Bleibt diese erfolglos, so hat er der Weisung des Gerichtsherrn, welcher alsdann allein die Verantwortung trägt, zu entsprechen . . .“, eine Bestimmung, die Binding als eine der unwürdigsten Bestimmungen des neueren Rechts bezeichnet<sup>1)</sup>. § 97 bezieht sich nur auf die im Lauf des Verfahrens ergehenden Verfügungen, hat also nur untergeordnete praktische Bedeutung und kann überhaupt nicht infolge des Zusammenhangs mit der militärischen Kommandogewalt und den besonderen militärischen Interessen nach den für die Gehorsamspflicht des Beamten maßgebenden Grundsätzen beurteilt werden.

Gegen die Remonstrationstheorie werden die verschiedensten Einwände erhoben; sie führt im Prinzip zurück auf die Anerkennung des absoluten Gehorsams und ist daher für den modernen Rechtsstaat unannehmbar. Mit Recht führt Laband<sup>2)</sup> und weiterhin Freund<sup>2)</sup> aus, daß die Remonstrationstheorie keine Lösung, sondern nur eine praktisch wertlose Umgehung der Frage bildet. Jeder Beamte könnte sich durch eine nur zum Schein vorgebrachte Remonstration decken, andererseits kann der Befehlsgeber gleich bei Erteilung des Befehls hinzufügen, daß die Remonstration keinen Erfolg verspreche. „Die Lösung der Frage ist nicht darin zu suchen, daß man dem Beamten eine Zwischenverhandlung mit dem Vorgesetzten auferlegt, also ge-

1) Lehrbuch, 2, S. 770, Nr. 7.

2) Laband, a. a. O., I, S. 433, Anm. 2.; Freund, a. a. O. S. 108 ff.



wissermaßen statt eines prompten einen schleppenden Gehorsam von ihm verlangt, sondern dadurch, daß man fest bestimmt, wie weit sich die eigene selbständige Verantwortlichkeit des Beamten erstreckt.“ Aber auch die Begriffe, mit denen diese Lehre operiert, sind unklar und führen zur Rechtsunsicherheit. Was soll gesagt sein mit dem Begriff „oberstes Prinzip der Sittlichkeit und des Rechts“. Es ist wohl kaum angemessen, daß sich die Behörde mit den Unterbehörden in einem fortwährenden Meinungs-austausch darüber befinden soll. Außerdem, wer soll entscheiden, ob ein Befehl offenbar oder zweifelhaft gesetzwidrig ist? Soll hier der Untergebene letzte Instanz sein? Mit Recht führt Laband weiterhin aus, daß ein rechtswidriger und an sich nichtiger Befehl nicht dadurch Rechtswirksamkeit erlangen könne, daß er zum zweitenmal erteilt wird. In der Remonstrationstheorie liegt eben darin ein logischer Widerspruch. Dies bestreitet Battenberg<sup>1)</sup> für den Fall, daß mit dem Ausdruck Rechtswirksamkeit nicht Rechtmäßigkeit, sondern Verbindlichkeit ausgedrückt werden soll. Dabei übersieht er aber, daß für diese Theorie Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit identisch sind. Ist ein Befehl rechtswidrig, was für den Untergebenen fast in allen Fällen nicht offenbar, sondern zweifelhaft ist, so ist nach fruchtloser Remonstration der Befehl verbindlich trotz seiner Rechtswidrigkeit, ein prinzipiell von dieser Theorie abgelehnter Standpunkt.

Es ist zuzugeben, daß die Remonstration praktisch

---

1) A. a. O. S. 45.



recht häufig vorkommen wird; das ändert aber nichts an ihrer juristischen Unhaltbarkeit. Es wird heute von keiner Seite in Abrede gestellt, daß der Beamte das Recht und die Pflicht hat, die ihm erteilten Befehle auf ihre Gesetzmäßigkeit hin zu prüfen. Nur die Grenzen, die für die Gesetzmäßigkeit gezogen werden sollen, sind außerordentlich strittig. Prinzipiell müssen wir scheiden zwischen den Anhängern der reinen Formaltheorie (Laband) und den Anhängern der unbeschränkten materiellen Prüfungstheorie (Löning u. a.) mit beiderseitigen, teilweise recht weitgehenden Modifikationen.

---



## § 5. Theorie des formellen Prüfungsrechts.

Die herrschende Auffassung schließt sich der Labandschen formellen Prüfungsrechtstheorie an (Laband, a. a. O., I, S. 430 ff.; Freund, a. a. O. S. 135 ff.; Arndt, Staatsrecht, S. 643; v. Calker, a. a. O. S. 43; Olshausen, a. a. O. S. 113; Kleinfeller, a. a. O. S. 287).

Die Prüfung der drei für die formelle Rechtmäßigkeit des Befehls maßgebenden Erfordernisse machen für den Unterbeamten in keiner Weise Schwierigkeiten. Über das Formerfordernis läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Bei der Prüfung der Kompetenz des Vorgesetzten handelt es sich, wie schon ausgeführt, um eine Prüfung nur der abstrakten (allgemeinen) Zuständigkeit. Mit voller Klarheit hat das Preuß. Obertribunal die Prüfungspflicht umschrieben in einem Urteil vom 19. Januar 1872: „In dem Merkmal der Rechtmäßigkeit ist das Postulat enthalten, daß der Befehl, um dessen Vollstreckung es sich handelt, an den untergeordneten Beamten von der örtlich und sachlich zuständigen Behörde erlassen, daß die Behörde oder der Beamte, von dem er ausgegangen, bei dessen Erlaß im allgemeinen (in abstracto) innerhalb des Kreises ihrer Befugnisse sich gehalten. Ob dies der Fall sei, hat der untergebene Beamte zu prüfen; dagegen hat er nicht



zu untersuchen, ob die vorgesetzte Behörde im einzelnen Fall von ihren Amtsbefugnissen einen angemessenen Gebrauch gemacht.“ Die gesamte Judikatur<sup>1)</sup> des Reichsgerichts hat diesen Standpunkt mit strengster Konsequenz vertreten. Ein ganz entsprechendes Urteil des Preuß. Obertribunals<sup>2)</sup> vom 17. November 1871 in Beziehung auf die Prüfungspflicht der eigenen Kompetenz des Beamten — damit kommen wir auf die dritte formell rechtliche Voraussetzung bei einem rechtmäßigen Befehl — führt folgendes aus: „Er hat daher unbedenklich seinerseits zu prüfen, ob der ihm erteilte Auftrag sowohl in örtlicher als auch in sachlicher Beziehung innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse liegt. Hierüber hinausgehende Anordnungen seiner Vorgesetzten auszuführen, ist er nicht gehalten; dagegen steht ihm kein Recht zu, die materielle Rechtmäßigkeit seines Auftrages zu untersuchen und aus einem derartigen Grund die Erledigung zu verweigern.“ Die Prüfung der eigenen Zuständigkeit dürfte dem Untergebenen ebensowenig Schwierigkeiten machen, wie die Prüfung des Formerfordernisses; denn die Kenntnis des Geschäftskreises, den er zu versehen hat, dürfte die geistigen Fähigkeiten des unteren Beamten kaum überschreiten. Dagegen kann in Ausnahmefällen für den Untergebenen die Zuständigkeitsfrage des Vorgesetzten schwieriger sein und vielleicht nahe an die Grenzen einer materiellen Prüfung

---

1) Urteile vom 24. September, 1. November, 23. November 1880, 23. Juli 1882 u. a.

2) Obertribunal, XII, S. 461; RGE. Bd. 4, S. 418.



heranreichen. Für Laband aber kann niemals eine Prüfung der Zuständigkeit in concreto, sondern immer nur in abstracto in Frage kommen und die von M. E. Mayer<sup>1)</sup> hierfür geltend gemachten Sätze können nicht in diesem Sinn verwertet werden.

Die Anhänger dieser Theorie nehmen also ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der Dienstbefehle an. Verstößt ein Befehl gegen die aufgestellten formell rechtlichen Erfordernisse, so muß der Beamte unbedingt den Gehorsam verweigern. Bei der Ausführung einer formellen gesetzwidrigen Anordnung handelt der Untergebene auf eigene Gefahr, er trägt die volle Verantwortung und macht sich eventuell strafbar, soweit nicht ein Strafausschließungsgrund vorliegt. Hat der Beamte das Vorhandensein der formell rechtlichen Erfordernisse festgestellt, so besteht für ihn unbedingte Gehorsamspflicht, auch wenn der Inhalt des Befehls rechtswidrig ist. Diesen Standpunkt teilt mit der herrschenden Meinung das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (E. in Str. Bd. 2, S. 262, 414; 5, 208, 295; 19, 164; 24, 218, 389; 31, 76; 34, 104).

1) Die von M. E. Mayer (a. a. O. S. 143) in Anspruch genommenen Sätze lauten: „Geschäfte, zu deren Vornahme eine Behörde nach der bestehenden Rechtsvorschrift nicht befugt ist, oder die ihr ausdrücklich untersagt sind, können keine Amtsgeschäfte sein, da das Staatsamt seinem Begriff nach ein vom Staat zugewiesener und begrenzter Inbegriff von Geschäften ist.“ „Die Gehorsamspflicht ist beschränkt auf gesetzmäßige Dienstbefehle der vorgesetzten Behörde.“



Mit guten Gründen begründet Laband diese seine Auffassung<sup>1)</sup>. „Würde man die Prüfung auf die Frage ausdehnen, ob die vorgesetzte Behörde die bestehenden Rechtsvorschriften materiell richtig ausgelegt und angewendet hat, so würde man das System der Behördenorganisation und der Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstören, sondern geradezu auf den Kopf stellen. Die untere Behörde und der niedriger gestellte Beamte hätte das Recht und die Pflicht, die Entscheidungen und Verfügungen der oberen Behörden und des vorgesetzten Beamten einer Überprüfung zu unterziehen, und es würde demnach nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher, nicht das Finanzministerium oder die Zolldirektion, sondern der Zolleinnehmer in Wahrheit die letzte Instanz sein. In allen Fällen, in welchen die höhere Instanz eine andere Rechtsansicht wie die niedere festhält, müßte sie auch die Durchführung unmittelbar und ohne Mitwirkung der niederen Instanz übernehmen, oder gewärtigen, daß die letztere ihre Dienste verweigert.“ An Laband schließt sich vollständig Freund (a. a. O. S. 108 ff., S. 355 ff.) an, der den Beweis der Labandschen Theorie aus den §§ 110 und 113 RStGB. zu erbringen sucht. Um die Lösung „juristisch“ zu begründen, geht Freund aus von einer Analogie der §§ 10 und 13 RBG. einerseits und des § 113 des RStGB., die nach Freund alle nichts anderes besagen wollen, als ein formelles Prüfungsrecht und eine formelle Prüfungspflicht unter Ausschluß jedes materiellen

1) Laband, a. a. O., I, S. 432, 433.



Prüfungsrechts: Eine Verletzung dieser Pflicht begründet die eigene selbständige Verantwortlichkeit des Beamten, und andererseits begibt er sich durch die Ausführung eines solchen Befehls des Schutzes, welchen ihm die gesetzmäßige Unterordnung gewährt; er ist sowohl dem Widerstandsrecht als auch der Entschädigungsklage des einzelnen Verletzten ausgesetzt. Der Beamte ist daher gehalten, so lautet das Schlußergebnis Freund's, dem Befehl nachzukommen, wenn derselbe, in dienstlicher Form von der kompetenten Oberbehörde erlassen, eine Angelegenheit seiner Zuständigkeit betrifft. Darüber hinaus in eine materielle Prüfung des Befehls einzutreten und von dieser die Ausführung des Befehls abhängig zu machen, ist er weder verpflichtet noch auch berechtigt. Der Beamte haftet nicht für die materielle Übereinstimmung des Befehls mit dem Gesetz, sondern für dessen formelle Verbindlichkeit (a. a. O. S. 423). Die gleiche Auffassung nimmt Wachenfeld (Kohlers Enzyklopädie, II, S. 260) ein, der allerdings eine Prüfung der Form ablehnt. Mit dieser Einschränkung steht er ziemlich allein, und praktisch kommt er zu derselben Auffassung wie Laband, da Formen für Dienstbefehle im allgemeinen nicht bestehen und meistens mündliche Anordnungen zulässig und völlig ausreichend sind.



## § 6. Modifikationen des formellen Prüfungsrechts; die unbeschränkte materielle Prüfungsrechtstheorie.

Die Formalrechtstheorie in der reinen von Laband vertretenen Form suchen nun verschiedene Schriftsteller nach der materiellen Seite hin zu modifizieren. Georg Meyer<sup>1)</sup> verlangt wie Laband die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit. Weiterhin fordert er aber von dem Untergebenen eine Gehorsamsverweigerung in bezug auf Verfügungen, welche dem klaren Wortlaut eines Gesetzes widersprechen; in allen zweifelhaften Fällen dagegen, namentlich in solchen, wo es sich um die Auslegung eines Gesetzes handelt, hat der Beamte die Verfügung der vorgesetzten Behörde für sich als maßgebend zu betrachten, ohne befugt zu sein, deren materielle Richtigkeit zu prüfen. Mit Recht führt Otto Mayer<sup>2)</sup> gegen diese Lehre ins Feld, daß die Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit eines Befehls dem Untergebenen ohne weiteres offenbar ist, recht selten vorkommen werden. Diese Theorie bildet aber auch einen Rückfall in die in der Remonstrationstheorie enthaltene alte Zweifels-  
theorie, und es ist unklar, wem die Entscheidung darüber obliegt, was der klare Wortlaut des Gesetzes besage,

1) Meyer-Anschütz, a. a. O. S. 514.

2) A. a. O. S. 239.



dem Dienstbefehl oder der Meinung des Untergebenen. Also eine praktisch wertlose, aber unklare Modifikation der Labandschen Theorie.

Seydel<sup>1)</sup> glaubt nun mit folgender Einschränkung dem Problem näher zu kommen: „Hiernach scheiden aus dem Begriff des Dienstbefehls und damit aus dem Umkreis der gegenüberstehenden Gehorsamspflicht alle diejenigen Weisungen aus, welche außerhalb des Gebiets der dienstlichen Verpflichtungen liegen.“ „Dahin gehören vor allen Dingen auch Befehle, eine strafbare Handlung zu begehen.“ Als Dienstbefehl bestimmt Seydel<sup>2)</sup> den Befehl, der von der zum Erlaß örtlich und sachlich zuständigen Behörde an den zum Vollzug zuständigen Beamten in der vorgeschriebenen Form erteilt ist.

Ähnlich führt Kleinfeller<sup>3)</sup> aus: „Nur wenn er aus den Umständen erkennt, daß die Absicht des Vorgesetzten auf eine strafbare Handlung gerichtet ist, hört trotz der Zuständigkeit des Vorgesetzten und trotz Erfüllung der vorgeschriebenen Form der gute Glaube auf.“ Damit aber fällt die Pflicht zur Befolgung des Befehls weg.

Sehr stark gegen Laband polemisiert Otto Mayer<sup>4)</sup>, ohne aber eine wesentliche Änderung vorzuschlagen. Wenn er die Forderung aufstellt, daß die dienstliche Anweisung in Form eines Dienstbefehls auftrete, so sagt

---

1) A. a. O., I, S. 436.

2) A. a. O., III, S. 390.

3) A. a. O., I, S. 287.

4) A. a. O., II, S. 236.



er damit etwas Selbstverständliches. Eine weitere Grenze zieht er am Strafgesetz: „Eine Handlung, durch welche der Dienstpflichtige sich strafbar macht, kann nie in seiner Dienstpflicht liegen, also ist ein Dienstbefehl in dieser Richtung unmöglich.“ Diese Ausführungen bedeuten in keiner Weise eine Lösung des Problems. Wenn Mayer weiterhin unterscheidet, ob es sich um ein Tätigwerden des Beamten nach außen hin oder um ein Wirken im inneren Dienstbetrieb handelt und von einer besonderen Zuständigkeit des Untergebenen zur Bestimmung seiner Dienstpflicht, einem Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der Pflichtmäßigkeit der eigenen Amtshandlung spricht, so ist zu betonen, daß „Geschäftsbesorgungen im inneren Dienst“ rechtlich gleichgültig sind, im übrigen aber seine Ausführungen auf die Feststellung der abstrakten Zuständigkeit im Sinne Labands hinauslaufen.

In der Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie<sup>1)</sup> stellt Anschütz ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht in folgenden Punkten fest. Der Beamte darf und muß prüfen:

1. ob ihm ein Dienstbefehl in casu überhaupt erteilt werden durfte; das ist der selbstverständliche Satz, daß der Beamte in bezug auf gewisse Entschließungen selbständig und unabhängig gestellt ist;
2. die ebenso selbstverständliche Prüfung, ob ein Dienstbefehl vorliegt;

---

1) S. 591.



3. ob der Befehl von dem dazu Legitimierten, dem Dienstvorgesetzten, ausgeht;
4. ob der Befehl die gesetzlich vorgeschriebene Form aufweist;
5. ob die durch den Befehl angesonnene Handlung nicht einem Strafgesetz oder auch nur einem einfachen Verbotsgesetz (ohne Strafsanktion) zuwiderläuft.

In absoluten Gegensatz zu Laband tritt Bornhak<sup>1)</sup>, der die Unterscheidung zwischen materieller und formeller Prüfung überhaupt ablehnt und „die Verpflichtung des Beamten zur Prüfung des Befehls nach der formellen Seite unter Beschränkung auf diese formelle Prüfung nach jeder Richtung hin für unhaltbar“ erklärt. Bornhak kommt zu einer Unterscheidung zwischen Prüfungsrecht und Prüfungspflicht. Eine Prüfungspflicht und eine entsprechende Gehorsamsverweigerungspflicht für den gehorchenden Untergebenen nimmt er nur dann an, wenn der Inhalt des Befehls einen Verstoß gegen ein Straf- oder Verbotsgesetz bedeute. Er begründet seine Auffassung mit den §§ 45 ff. A.P.L., I, S. 6, eine zweifellos falsche Auslegung dieser Stelle, da diese Bestimmungen sich dem ganzen Zusammenhang nach nur beziehen wollen auf formell rechtmäßige Befehle. Ganz ähnlich ist der Standpunkt Lönings<sup>2)</sup>, der ein Prüfungsrecht daraufhin annimmt, ob der Befehl der Verfassung und den Gesetzen entspreche.

1) Preuß. Staatsrecht, II, S. 50 ff.; Grundriß, S. 51.

2) A. a. O. S. 122 ff.



Eine allumfassende Prüfung gesteht Stengel<sup>1)</sup> dem Beamten zu. Er unterscheidet zwischen Vollstreckungsbeamten, richterlichen Beamten und Verwaltungsbeamten. Der Vollstreckungsbeamte sei weder berechtigt noch verpflichtet, die materielle Gesetzmäßigkeit der zu vollziehenden Verfügung zu prüfen. Die Richter nehmen nach § 1 GVG. eine selbständige Stellung ein. Sonst aber gelte der Satz: „Hat der Beamte selbständig zu handeln, so hat er auch die materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen.“

Auf eine andere Art und Weise sucht M. E. Mayer die Lösung des Problems herbeizuführen, nämlich durch seine bereits oben dargestellte Abgrenzung des rechtswidrigen vom rechtmäßigen Befehl. Bezüglich der formell rechtlichen Erfordernisse befindet er sich in voller Übereinstimmung mit Laband; für die materielle Prüfung anerkennt er beim rechtswidrigen Befehl ein unbeschränktes Prüfungsrecht des Untergebenen, verlangt aber keine Prüfungspflicht. M. E. Mayer bestreitet, wie alle Anhänger des unbeschränkten Prüfungsrechts, die Verbindlichkeit eines Befehls rechtswidrigen Inhalts. Schon dieser prinzipielle Standpunkt ist nicht richtig. Es ist nicht zu vermeiden, daß durch Unfähigkeit oder bösen Willen der staatliche Organismus gestört wird; andererseits gibt es eine Reihe von Fällen, in denen ein rasches und energisches Eingreifen der Verwaltung jedes andere Interesse überwiegt; denn das staatliche Interesse geht in erster Linie auf die „Rechtsgüter der

1) Preuß. Staatsrecht, S. 144.



Gesamtheit“<sup>1)</sup>, und die Individualinteressen müssen zugunsten des Gewaltverhältnisses geopfert werden. Der Befehl widerrechtlichen Inhalts fällt an sich nie in die Kompetenz des Vorgesetzten, aber dem Unterworfenen kann kein kritisches Nachprüfungsrecht nach dieser Richtung gewährt werden. „Nun kann die Verbindlichkeit auch des inhaltlich rechtswidrigen Befehls für das kleinere Übel seitens des Staates nur da hergenommen werden, wo das Recht zur Prüfung des Befehls auf seine Rechtmäßigkeit hin und das Recht des Ungehorsams gegen den mit Bezug auf seine Statthaftigkeit zweifelhaften Befehl als das größere Übel erscheinen würde, d. h. wo nach Auffassung des Staates alles auf sofortige rücksichtslose Ausführung des Befehls ankommt<sup>2)</sup>. Da nun M. E. Mayer zu den echten Konkretisierungen auch die auf Irrtum beruhenden, „trotz ihrer Verkehrtheit legitimierten Befehle“ rechnet, entscheidet er die „kritischen Fälle“ im Ergebnis ganz ebenso wie die herrschende Meinung, nur daß er den hier interessierenden Befehlen nicht trotz ihrer Rechtswidrigkeit, sondern auf Grund ihrer Rechtmäßigkeit eine über die Meinung des Untergebenen erhabene Verbindlichkeit zuspricht<sup>3)</sup>. Als rechtswidrige Befehle im Sinne M. E. Mayers bleiben also nur noch die objektlosen und böswilligen Konkretisierungen, die aber, auch wenn sie formell rechtmäßig sind, doch unverbindlich seien. Der Untergebene darf

1) Binding, Normen, S. 358.

2) Binding, Handbuch, S. 805.

3) A. a. O. S. 144.



den Gehorsam verweigern, wenn er überzeugt ist, daß der Vorgesetzte das Gesetz vorsätzlich oder fahrlässig falsch angewendet hat, dagegen nicht, wenn er es irrtümlich falsch angewendet hat. M. E. Mayer anerkennt also für den Untergebenen die für diesen gar nicht durchführbare Prüfung des rein internen Vorgangs des Vorgesetzten, ob dieser vorsätzlich oder fahrlässig falsch gehandelt hat. Wie sich der Untergebene diese Überzeugung verschaffen könnte, ist ein unlösbares Problem. Wie sollte der Untergebene herausfinden, daß der Vorgesetzte irrtümlich falsch gehandelt hat — in diesem Fall ist der Befehl rechtmäßig, und es bestände gar kein materielles Prüfungsrecht —, oder aber, ob „böser Wille“ auf seiten des Vorgesetzten vorliegt — ein Grund für die Gehorsamsverweigerung —. Ganz abgesehen von der praktischen Undurchführbarkeit dieser Prüfungsrechtstheorie gibt sie dem Beamten jederzeit die Möglichkeit, sich der Subordination zu entziehen. Die krassen Fälle, die M. E. Mayer in erster Linie treffen will, sind auch schon vom Standpunkt der reinen Formaltheorie unverbindlich; denn hier gibt schon die Kompetenzfrage den genügenden Anhalt für die formelle Rechtswidrigkeit solcher Befehle.

Den Begriff der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit überhaupt lehnt Heilborn<sup>1)</sup> ab. Er unterscheidet, ob dem auf Befehl handelnden Beamten im konkreten Fall die Rechtsanwendung obliegt — soweit dies der Fall ist, und in gewissem Umfang ist dies immer

1) A. a. O. S. 131.



der Fall, hat er nicht zu gehorchen, sondern selbstständig zu entscheiden — oder nur die Ausführung des die Rechtsanwendung enthaltenden Akts der vorgesetzten Behörde; im letzteren Fall gehe ihn die materielle Richtigkeit der Anordnung des Vorgesetzten nichts an. Diese Unterscheidung bringt gar keinen Vorteil, nur läßt sie sich viel schwieriger durchführen als die zwischen formeller und materieller Rechtmäßigkeit, und im Erfolg ist sie nichts anderes als die Labandsche Theorie des formellen Prüfungsrechts, die Heilborn zur Anwendung bringt.



## § 7. Eigene Stellungnahme.

Mit M. E. Mayer<sup>1)</sup> befinden wir uns in voller Übereinstimmung, wenn wir vorausschicken, daß es sich bei der Prüfung eines Befehls niemals um eine solche der für den Vorgesetzten maßgebenden Zweckmäßigkeitsgründe handeln kann; denn diese haben mit der Rechtmäßigkeit nichts zu tun. Wie der Vorgesetzte ein ihm vom Gesetz vorgeschriebenes „pflichtmäßiges Ermessen“ auffaßt, darüber steht dem Untergebenen in keiner Weise ein Urteil zu. Andererseits ist bereits hervorgehoben worden, daß es nur einen „amtlichen“ Gehorsam gibt, daß ein Befehl niemals verbindlich sein kann für reine Privatangelegenheiten. „Hierin wird jede Untersuchung über die Gehorsamspflicht des Beamten, führt Laband aus, ihr Prinzip finden, daß der Beamte für Zwecke, die der Staat nicht als die seinen anerkennt, für Geschäfte, die in der Gesetzgebung und Einrichtung des Staates keine Rechtfertigung finden, für Dienste, die außer Zusammenhang mit der Förderung des öffentlichen Wohls stehen, sich nicht verpflichtet, noch weniger für Handlungen oder Zwecke, die der Staat untersagt und ausschließt.“ „Nur Dienstbefehle können verbindliche Kraft haben. Der Beamte dient nicht dem Vor-

1) A. a. O. S. 130.



gesetzten, sondern mit diesem gemeinsam dem Staate.“  
„Verbindliche Befehle können niemals dann erteilt werden, wenn einem Beamten volle Selbständigkeit gewährt ist, wie z. B. dem Richter hinsichtlich seiner rechtsprechenden Tätigkeit, dem Mitglied der Prüfungskommission in Ausübung der Prüfungstätigkeit, dem Mitglied der Oberrechnungskammer in Ausübung der Rechnungskontrolle.“  
Ein in dieser Richtung ergehender Dienstbefehl muß Gehorsamsverweigerung nach sich ziehen. Wenn in diesen Fällen O. Mayer von einem „Selbstbestimmungsrecht des Untergebenen“ bezüglich der Pflichtmäßigkeit der eigenen Amtshandlung spricht, das ihm durch keinen Dienstbefehl beeinträchtigt werden könne, so ist das im Erfolg nichts anderes, als das von Laband aufgestellte Erfordernis der Kompetenzprüfung, genau so, wie wenn „bei den Vollstreckungsbeamten die amtliche Selbständigkeit wenigstens bezüglich der Einhaltung der Formvorschriften besteht, an welche das Gesetz ihre Verrichtungen gebunden hat“. Was ist das anderes als die Labandsche Formaltheorie? „Der vorgesetzte Beamte ist nicht imstande, die gesetzlich festgestellte Kompetenz der ihm untergebenen Beamten zu erweitern, und vermag deshalb denselben auch keine dienstlichen Befehle mit verbindlicher Kraft zu erteilen, welche außerhalb des Umfangs dieser gesetzlichen Zuständigkeit fallen<sup>1)</sup>.“

Auf den Labandschen Standpunkt kommen auch alle die Auffassungen hinaus, die eine mehr oder weniger beschränkte materielle Prüfung fordern. So

1) A. a. O., I, S. 465.



stellt Anschütz im Anschluß an O. Mayer außer den gewöhnlichen formell rechtlichen Gesichtspunkten noch die bereits erwähnte Forderung auf, daß der Beamte darüber hinaus noch prüfen darf und muß, ob die durch Befehl angesonnene Handlung nicht einem Strafgesetz oder auch nur einem einfachen Verbotsgesetz (ohne Strafsanktion) zuwiderläuft. In ähnlicher Weise will Battenberg<sup>1)</sup> ein Prüfungsrecht nach der Seite hin anerkennen, ob die Ausführung des Befehls sich als Begehung einer strafbaren Handlung darstellen würde und der Untergebene dies erkennt, eine Prüfungspflicht dagegen in dieser Richtung lehnt er ab. Wenn man aber schon ein materielles Prüfungsrecht für notwendig erachtet, warum soll man dann einen Unterschied machen, je nachdem eine Rechtswidrigkeit gegen das Strafgesetz verstößt oder gegen ein Verbotsgesetz ohne Strafsanktion? „Wenn die Gesetzgebung eine Handlung verbietet, so hat sie zu unterbleiben, so ist ihre Vornahme nicht gesetzmäßig, gleichviel, ob die Zuwiderhandlung mit Strafe bedroht ist oder nicht<sup>2)</sup>.“ Ebensowenig ist die von Battenberg aufgenommene Zweifelstheorie aufrecht zu halten, auf deren Bedenken bereits oben hingewiesen wurde.

Nicht aufrecht zu erhalten ist die von anderen Schriftstellern geteilte Auffassung der Trennung von Prüfungsrecht und Prüfungspflicht: Aus dem Grundsatz der vollen Verantwortlichkeit folgt, daß in dem Umfang,

1) A. a. O. S. 54.

2) Heilborn, a. a. O. S. 139.



in dem ein Prüfungsrecht anerkannt ist, auch eine Prüfungspflicht verlangt werden muß; ein Prüfungsrecht ohne gleichzeitige Prüfungspflicht ist ebenso ein Widerspruch gegen den Grundsatz der Über- und Unterordnung wie gegen den der vollen Verantwortlichkeit. Praktisch bekommen wir aber durch diese Trennung in keiner Weise ein besseres Resultat. Wenn man also schon einen Zusatz nach der materiell rechtlichen Seite hin machen zu müssen glaubt, so verdient dieser in der von Anschütz und O. Mayer dargestellten Form den Vorzug. Eine solche Modifikation ist aber überhaupt nicht notwendig, denn gerade die krassen Fälle, die durch diese materiell rechtliche Prüfung getroffen werden sollen, fallen überhaupt nicht in die abstrakte Kompetenz auf beiden Seiten; dazu kommt, daß der Befehl immer nur in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form von dem Untergebenen ausgeführt werden muß und darf. In den anderen Fällen aber, in denen die Rechtswidrigkeit nicht so offenbar ist, handelt es sich um die eingehende Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen, die der Untergebene zu beurteilen gar nicht in der Lage ist, und durch welches Zugeständnis an den Untergebenen die Behördenorganisation tatsächlich auf den Kopf gestellt würde. Wenn man schließlich noch mit Hinweis auf § 47 Z. 2 MStGB. einen Zusatz nach der materiell rechtlichen Seite hin verlangen zu müssen glaubt, so wird das durch den Unterschied zwischen dem zivilistischen und militärischen Dienstverhältnis widerlegt, bei welchem letzterem die formell rechtliche



Seite überhaupt nicht in Betracht kommt. Es wäre verfehlt, wollte man durch eine entsprechende Fassung der Gehorsamspflicht auch für den Beamten das im MStGB. höchst unglücklich gebrauchte subjektive Moment hineintragen.

So kommen wir zu dem Ergebnis, daß alle die mehr oder weniger nach der materiell rechtlichen Seite hin gemachten Modifikationen entweder unbrauchbar oder überflüssig sind. Auf die Unmöglichkeit der Anerkennung eines unbeschränkten materiellen Prüfungsrechtes mit einem unbeschränkten Gehorsamsverweigerungsrecht hat Laband in drastischer Weise hingewiesen. Das System der Beamtenhierarchie wäre aufgelöst, der Verwaltungsapparat, das ganze Staatsleben wäre lahmgelegt, und wenn demgegenüber O. Mayer<sup>1)</sup> und Bornhack<sup>2)</sup> die Einwände Labands gegen diesen selbst in Anspruch nehmen und behaupten, daß das Behörden-system auch dann auf den Kopf gestellt würde, wenn man dem Untergebenen die selbständige Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit des Befehls — und bei deren Verneinung den Ungehorsam — zumute, so ist das eben nicht richtig. Wenn überhaupt die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit Schwierigkeiten macht — tatsächlich wird dies ganz vereinzelt eventuell bei der Kompetenzfrage des Vorgesetzten vorkommen —, so sind diese Störungen so klein und so rasch und leicht zu beheben, daß sie überhaupt nicht ins Gewicht fallen. Das Gewaltverhältnis an sich hat

1) A. a. O., II, S. 238.

2) Preuß. Staatsrecht, II, S. 51.



seiner Natur nach nur ein beschränktes Prüfungsrecht zur Folge. Die Einwände gegen die Auffassung von M. E. Mayer andererseits sind bereits dargestellt worden.

Als Resultat unserer Erörterung müssen wir festhalten, daß für den untergebenen Beamten eine Gehorsamspflicht in bezug auf Befehle rechtswidrigen Inhalts besteht, sofern nur die formell rechtlichen Grundlagen rechtmäßig sind. Der Untergebene hat demgemäß ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht dahin,

1. ob der Dienstbefehl in der vorschriftsmäßigen Form ergangen ist,
2. ob der Dienstbefehl in die allgemeine (abstrakte) örtliche und sachliche Kompetenz des Vorgesetzten fällt, und
3. ob die Ausführung des Befehls innerhalb der eigenen abstrakten örtlichen und sachlichen Zuständigkeit liegt.

Jede materiell rechtliche Prüfung ist ihm untersagt. Der rechtswidrige Befehl, der bezüglich der drei formalen Erfordernisse in Ordnung ist, ist für den Untergebenen verbindlich. Mit dieser Lösung der Frage nach der Verbindlichkeit des Befehls sind wir in Übereinstimmung mit dem § 10 und 13 RBG. Der Beamte nimmt in der durch die formell umschriebene Gehorsamspflicht gebotenen Handlung sein Amt den Gesetzen und der Verfassung entsprechend gewissenhaft wahr, und in diesem Umfang ist er für die Gesetzmäßigkeit verantwortlich. Man mag im einzelnen die Ausführungen Freunds noch so sehr bekämpfen, und wenn auch



zuzugeben ist, daß § 113 des RStGB. nicht als Ausgangspunkt für die Umgrenzung der Gehorsamspflicht genommen werden kann, im Ergebnis müssen wir mit ihm übereinstimmen, daß § 113 RStGB. und die §§ 10 und 13 RBG. auf den gleichen Voraussetzungen beruhen. Rechtsverbindlichkeit und Rechtmäßigkeit der Amtshandlung liegen dann vor, wenn die formell rechtlichen Erfordernisse vorliegen. Mit der Ausübung eines rechtsverbindlichen Befehls ist der Beamte auch gleichzeitig in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes nach § 113 RStGB. Andererseits entspricht der Rechtmäßigkeit und Rechtsverbindlichkeit auch die volle Unverantwortlichkeit des untergebenen Beamten.

---



## B. Verantwortlichkeit.

### § 8. Allgemeines.

Die Verantwortlichkeit des mit der Ausführung eines Befehls betrauten Beamten kann nicht weiter reichen als sein Prüfungsrecht, und gerade für unser Problem, für die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für die auf Befehl begangene rechtswidrige Handlung, zeigt sich der außerordentlich enge Zusammenhang zwischen Straf-, Staats- und Verwaltungsrecht. Die staatsrechtliche Frage nach der Gehorsamspflicht ist Vorfrage für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Untergebenen. Nachprüfungsrecht und Verantwortlichkeit stehen in Wechselwirkung. Ein unbeschränktes Prüfungsrecht muß die unbeschränkte Verantwortlichkeit für die Gesetzmäßigkeit der Handlung zur Folge haben; daher sind auch die Beamten, die in gewissen Beziehungen vollständig selbständig gestellt sind, wie z. B. die Richter hinsichtlich ihrer rechtsprechenden Tätigkeit, die nach GVG. § 1 keiner andern Autorität unterstellt sind als der des Gesetzes, für ihre Entscheidung voll verantwortlich. Jede Befolgung ist genau so gut ausgeschlossen wie die Erteilung eines solchen Befehls, in bestimmter Weise zu handeln. Ein beschränktes Prüfungsrecht kann auch nur eine beschränkte Verantwortlichkeit zur Folge haben.



Schon das römische Recht hat diese Grundsätze klar erkannt und ausgedrückt: I, 37 Dig. ad legem Aquiliam 9, 2: „Liber homo, si quis jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui jussit, si modo jus imperandi habuit, quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit.“ Und: I, 169 pr. Dig. de diversis regulis juris antiqui 50, 17: „Is damnun dat qui jussit dare. eius vero nulla culpa est, cui parere neccesse est.“ Und der Codex iuris Bavarici crimimalis von 1751 Th. I Cap. 1, § 32 drückt einen im Prinzip richtigen Gedanken aus, wenn er sagt: „Bey dem Befehl der Oberen ist zu sehen, wie weit der Obere gegen den Untergebenen authorisiret und begwaltet sei. Je höher der Grad sothaner Gewalt und Authority ist, je weniger und gelinder wird der Untergebene wegen Vollziehung des widerrechtlichen Befehls gestraft.“

Nach unseren Ausführungen hat der Untergebene zu prüfen, ob die formelle Rechtmäßigkeit des Befehls gegeben ist. Jede schuldhafte Unterlassung dieser Pflicht begründet seine eigene Verantwortlichkeit, er handelt auf eigene Gefahr. Hat der Beamte durch gewissenhafte Prüfung die formelle Rechtmäßigkeit des Befehls festgestellt, so ist er unter allen Umständen gedeckt. Der Rechtsverbindlichkeit des Befehls entspricht als notwendiges Korrelat die Unverantwortlichkeit des Gehorchenden für die auf Befehl begangene Handlung rechtswidrigen Inhalts. Wiewohl diese Unverantwortlichkeit des Untergebenen allseitig anerkannt ist, so herrscht doch großer Streit darüber, wie diese Unverantwortlichkeit juristisch begründet werden kann.



**§ 9. Juristische Begründung der Unverantwortlichkeit des den bindenden Befehl ausführenden Beamten.**

Das Delikt ist eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhaftige Handlung; sowohl der Mangel der Rechtswidrigkeit wie auch der der Schuld stehen dem Begriffe des Delikts, unabhängig voneinander, entgegen, d. h. eine Abhängigkeit ist insofern vorhanden, als das Schuldmoment die Rechtswidrigkeit zur Voraussetzung hat. Fehlt das Moment der Rechtswidrigkeit, so sprechen wir von einem Unrechtsausschließungsgrund, fehlt das Moment der Schuld, so sprechen wir von einem Schuld-ausschließungsgrund. Beide fallen unter den Begriff der sogenannten Strafausschließungsgründe, sie sind aber zu trennen von den (persönlichen) Strafausschließungsgründen; das sind solche, bei denen zwar eine schuldhaftige, rechtswidrige Handlung auf seiten des Täters vorhanden ist, dieser aber aus irgendwelchen Gründen nicht bestraft werden kann. Eine Konsequenz aus diesem außerordentlichen wichtigen Unterschied ist die, daß bei dem Vorliegen der letzteren Teilnahme möglich ist, bei den ersteren dagegen nicht. Beim Vorliegen der ersteren sind keine strafbaren Handlungen vorhanden, während die letzteren trotz ihrer Straflosigkeit als strafbare Handlung im Sinne des Gesetzes anzusehen sind. Die h. M.<sup>1)</sup> und die Judi-

1) v. Liszt, a. a. O., § 35, I, 3; Olshausen, a. a. O., § 53, Nr. 12 b und § 113, Nr. 15; Meyer-Allfeld, a. a. O., § 53, 3 u. a. m.



katur des Reichsgerichts geht davon aus, daß die infolge des verbindlichen Befehls ausgeführte Handlung des Befehlsunterworfenen rechtmäßig sei; v. Liszt führt aus: „Der Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen schließt für diesen die Rechtswidrigkeit der auf Grund des Befehls vorgenommenen Handlung insoweit aus, als die Rechtsordnung die verbindende Kraft des Befehls anerkennt; doch kann der Befehlende als mittelbarer Täter strafbar sein.“ Diese Auffassung ist vollständig richtig und widerspruchslos, nur darf man die Handlung des Untergebenen und die Handlung des Vorgesetzten nicht verwechseln bzw. vermengen. Der rechtswidrige Zustand, der durch die Ausführung eines rechtsverbindlichen Befehls rechtswidrigen Inhalts herbeigeführt worden ist, bleibt bestehen, die Rechtsordnung ist verletzt. Dieser objektiv rechtswidrige Zustand ist aber herbeigeführt durch eine nicht rechtswidrige Handlung des Befehlsunterworfenen. „Unrecht kann nicht auf dem Wege von der Anordnung zur Verwirklichung Recht werden“, weil der Beamte sie infolge seines beschränkten Prüfungsrechts ausführen muß: „Was in seinem Grunde unrecht ist, kann nicht dadurch recht werden, daß es ein anderer ausübt<sup>1)</sup>.“ Es ist also die Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes durch eine nicht rechtswidrige Handlung<sup>2)</sup>. Auch v. Liszt geht davon aus, denn sonst könnte er nicht den Befehlenden als mittelbaren Täter zur Verantwortung ziehen. Wenn der Inhalt des Befehls

1) M. E. Mayer, a. a. O. S. 132.

2) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 140.



in einer rechtswidrigen Handlung besteht, so begehrt der Vorgesetzte durch die Erteilung des Befehls und die Vermittlung der Ausführung eine rechtswidrige Handlung, während wir auf seiten des Untergebenen von einer rechtswidrigen Handlung nicht sprechen können.

Die im Prinzip entgegengesetzte Ansicht<sup>1)</sup> sieht in dem rechtsverbindlichen Befehl einen allgemeinen Schuld-  
ausschließungsgrund. Soweit man von der Auffassung M. E. Meyers, daß ein rechtswidriger Befehl niemals verbindlich sein könne, ausgeht, ist das richtig; dann ist unser Problem tatsächlich „ein Kapitel aus der Irrtumslehre“. Die Unrichtigkeit der M. E. Meyerschen Auffassung ist schon dargetan, und damit erledigt sich auch sein Standpunkt bezüglich der Verantwortlichkeit des Untergebenen.

Eine Reihe von Schriftstellern geht davon aus, daß nur beim Vorliegen besonderer subjektiver Entschuldigungsgründe die Zurechnung und somit die Schuld des Gewaltunterworfenen ausgeschlossen sei; auch diese Lehre steht im Zusammenhang mit der Auffassung, daß ein Befehl rechtswidrigen Inhaltes nicht verbindlich sein könne. Kleinschrod<sup>2)</sup> betrachtet den Befehl nur dann als Schuldausschließungsgrund, „wenn damit unwiderstehliche Gewalt oder eine solche Drohung verbunden

---

1) Bolze, a. a. O., S. 395; Hälschner, Lehrbuch, I, S. 401; II, S. 811; Graf zu Dohna, a. a. O. S. 137ff.

2) Systematische Entwicklung und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, I, S. 293.



ist, die auf der einen Seite leicht auszuführen, von der anderen äußerst schwer abzuwenden ist“. Tittmann<sup>1)</sup> spricht den Befehlsunterworfenen nur dann „außer aller Schuld“, wenn der Befehl „der Nötigung gleich“ gewesen ist. Und Geyer führt in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts<sup>2)</sup> aus: „Die Handlung des dem Befehl Gehorchenden kann nun aber straflos sein, . . . weil der Befehlende, von seinem Ansehen Mißbrauch machend, eine unwiderstehliche vis compulsiva ausübte, die oft, was wohl zu beachten, ohne Aufwand vieler äußerlicher Mittel gegenüber unbedingt und blindlings ergebenden oder knechtischen feigen Gemütern möglich ist. Man denke aber auch an die wunderbare dämonische Gewalt großer Männer über die Geister“ (s. v. Calker, a. a. O. S. 14). Es ist ja ganz klar, daß versucht werden kann, einem Befehl durch Drohungen oder durch Anwendung von unwiderstehlicher Gewalt im Sinn des § 52 RStGB. Nachdruck zu verleihen und daß für den Befehlsunterworfenen damit ein Notstand eintritt. In diesem Fall ist es aber dann nicht der Befehl, sondern es sind die den Befehl begleitenden Umstände, die den Schuldausschließungsgrund bilden.

Kann aber der verbindliche Befehl als solcher als allgemeiner Schuldausschließungsgrund angesprochen werden? Ob wir den § 52 als Unrechts- oder als Schuldausschließungsgrund auffassen müssen, ist eine

1) Handbuch der Strafrechtswissenschaft, I, S. 216.

2) Band II, S. 352.



juristische Streitfrage, die hier nicht erörtert werden kann, die aber de lege lata in letzterem Sinne zu beantworten ist. Der verbindliche Befehl als solcher begründet keinen Notstand. v. Calker<sup>1)</sup> führt mit Recht aus, daß rechtlich ein Befehl nur die Drohung mit einem Übel enthalten kann, das eben die betreffenden Personen, die den Gehorsam beanspruchen, zu verhängen berechtigt sind — das ist stets lediglich Disziplinarstrafe im weitesten Sinn —; daß aber die Bedrohung mit einer Disziplinarstrafe nicht Notstand im Sinn des § 52 unseres RStGB. bewirkt, scheint nicht zweifelhaft. Eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib und Leben verbunden ist, erzeugt der Befehl als solcher nicht; ebensowenig wie es berechtigt wäre, den Befehlsunterworfenen als Unzurechnungsfähigen im Sinn des § 51 unseres RStGB. behandeln zu wollen. Wollte man, wie Battenberg<sup>2)</sup> dies tut, für den rechtsverbindlichen Befehl einen rechtlichen dem faktischen gleichbedeutenden Ausschluß der freien Willensbestimmung annehmen, so führt dies in unserem Fall zu ganz bedenklichen Konsequenzen, die an sich ja schon bei der Charakterisierung der Unzurechnungsfähigkeit als allgemeiner Schuldausschließungsgrund bedenklich genug sind. Ohne weiteres einen analogen Schuldausschließungsgrund zu bilden, ist überhaupt nicht angängig. Das dem Befehlsrecht eingeräumte Erzwingungsrecht geht nie so weit, daß die freie Willens-

1) v. Calker, a. a. O. S. 14.

2) A. a. O. S. 95.



bestimmung des Befehlsunterworfenen ausgeschlossen ist, vielmehr haben wir es bei der pflichtmäßigen Befolgung des rechtsverbindlichen Befehls seitens des Unterworfenen mit der eigenen und freien Tat des Gehorchenden zu tun.

Die konsequente Weiterführung des v. Calkerschen Gedankens<sup>1)</sup>, daß für den zum Gehorsam Verpflichteten die Furcht vor Strafe für den Fall der Nichtbefolgung das Motiv bei der Entschlußfassung bzw. Entschlußgrund sei, müßte eigentlich zur Schuldausschließung auf Grund eines durch die Furchterregung herbeigeführten Notstandes kommen, eine Konsequenz, die Calker zu ziehen vermeidet. Vielmehr konstruiert Calker einen persönlichen Schuldausschließungsgrund aus folgenden Erwägungen<sup>2)</sup>: „Die Amtspflicht schließt, da die Rechtsgüterverletzung nur dann allgemein nicht rechtswidrig ist, wenn der in concreto vorliegende Schuldausschließungsgrund auf *ius commune* beruht, die Rechtswidrigkeit einer Handlung allgemein nicht aus; sie hebt sie, da der Schuldausschließungsgrund in unserem Fall auf *ius singulare* beruht, nur für den Berechtigten unter gewissen Verhältnissen auf und wirkt so als persönlicher Schuldausschließungsgrund für den Gehorchenden — eine strafbare Handlung im Sinne des § 48 RStGB. ist deshalb stets vorhanden.“ Darüber, ob der Ausschluß der Rechtswidrigkeit auf *ius singulare* oder auf *ius commune* beruht, kann man streiten, ebenso über die

1) A. a. O. S. 10.

2) A. a. O. S. 11.



Behauptung, daß der Ausschluß der Rechtswidrigkeit deshalb allgemein nicht anzunehmen sei, weil er auf *ius singulare* beruhe. Der Calkersche Gedankengang vermengt doch zu sehr das Moment der Rechtswidrigkeit und der Schuld, bzw. er übersieht das erste Erfordernis aller Verantwortlichkeit, das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit, ohne das die Frage der Schuld gar nicht aufgeworfen werden kann. Daraus ist auch der Widerspruch zu erklären, in den v. Calker verfällt, wenn er von einem Delikt spricht und andererseits das Schuldmoment ausschließt.

Als Ergebnis für die strafrechtliche Bedeutung des auf verbindlichen Befehl begangenen Verbrechens müssen wir festhalten an der Trennung zwischen der Handlung des Untergebenen und der des Gewalthabers. Der Untergebene handelt entsprechend der für ihn gesetzlich festgelegten Norm. Er erfüllt seine gesetzliche Gehorsamspflicht, wenn er nach gewissenhafter Prüfung der formell rechtlichen Grundlagen den Befehl rechtswidrigen Inhaltes ausführt; er handelt gesetzmäßig, wenn er auch einen rechtswidrigen Zustand herbeiführt. Der Vorgesetzte handelt bei der Erteilung des gesetzwidrigen Befehls rechtswidrig; der Befehl hebt die Rechtswidrigkeit nicht absolut auf, sondern nur relativ in Ansehung des zum Gehorsam verpflichteten Untergebenen<sup>1)</sup>; der durch den bindenden Befehl gebundene Gewaltunterworfenen ist von Rechtswidrigkeit frei, der Befehlende und eventuell beteiligte Dritte sind es nicht. Damit,

1) Kleinfeller, a. a. O. S. 191.



daß wir die Ausführungshandlung des Untergebenen als gesetzmäßig bezeichnen, können wir von Schuld auf seiner Seite überhaupt nicht mehr sprechen; denn die Rechtswidrigkeit der Handlung ist unbedingte Voraussetzung der Schuld, deren Wesen eben in der psychischen Beziehung zur Rechtswidrigkeit liegt. Der verbindliche Befehl ist daher richtig charakterisiert als persönlicher Unrechtausschließungsgrund<sup>1)</sup>; im wesentlichen freilich ist der Unterschied zwischen der v. Calkerschen Ausdrucksweise und der hier vertretenen Auffassung sachlich ein terminologischer; allerdings ist die von v. Calker gezogene Konsequenz einer strafbaren Handlung im Sinn des § 48 ausgeschlossen.

Der Untergebene handelt rechtswidrig, wenn er wegen Mangel eines formellen Rechtmäßigkeitserfordernisses die Befolgung des Befehls verweigern durfte und mußte; für die Strafbarkeit freilich bedarf die Schuldfrage einer besonderen Prüfung. Wieweit der Befehl als Strafmilderungsgrund in Betracht kommt, ist eine Frage für sich, die sich nach den tatsächlichen Verhältnissen richtet und nicht generell beantwortet werden kann.

---

1) Vgl. Frank, a. a. O., IV, Abschnitt III, S. 113.



## § 10. Verantwortlichkeit des Befehlenden.

Nach unserer Darstellung ist die Rechtswidrigkeit der Handlung nur in der Person des Untergebenen ausgeschlossen; dadurch wird die in der Person des Vorgesetzten liegende Rechtswidrigkeit in keiner Weise berührt. Darin besteht ja gerade der Schutz, den die Rechtsordnung gegen die Verletzung der Rechtsgüter gewährt, daß der Befehlende verantwortlich ist für die Ausführung des Befehls durch den Untergebenen, soweit nicht für seine Person besondere Strafausschließungsgründe vorliegen. Unser Strafgesetzbuch hat eine Reihe von Spezialbestimmungen getroffen, die alle den Fall einbeziehen, daß der Vorgesetzte eine strafbare Handlung durch Erteilung eines rechtswidrigen Befehls begeht. Es kommen hier in Betracht die speziellen §§ 49 a, 340, 341, 343, 345, 357 RStGB., die aber für das Problem selbst ohne prinzipielle Bedeutung sind; vielmehr interessiert hier die Frage, ob und inwieweit für den Vorgesetzten die allgemeinen Vorschriften über Anstiftung und Täterschaft für die durch den Untergebenen begangene rechtswidrige Handlung in Anwendung zu bringen sind.

Durch das Fehlen des Rechtswidrigkeitsmomentes in der Handlung des Untergebenen fällt trotz des herbei-



geführten rechtswidrigen Zustandes der verbrecherische Tatbestand auf seiten des Untergebenen weg; damit ist grundsätzlich die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten als Teilnehmer, speziell als Anstifter, ausgeschlossen. Genau das gleiche Resultat ergibt sich aus der Calkerschen Auffassung; denn es muß gleichgültig sein, ob der Schuldausschließungsgrund ein persönlicher oder ein allgemeiner ist; ohne Schuld gibt es eben einmal kein Verbrechen, damit ist auch die Teilnahmekonstruktion v. Calkers ausgeschlossen. Auch die Drohung, mit der v. Calker operiert, ist ein unsicheres und nicht im Wesen des Befehls liegendes Requisit. Wie ist es, wenn eine Drohung gar nicht vorhanden ist? Auf seiten des Untergebenen ist es doch nur in Ausnahmefällen die Drohung, die Entschlußmotiv bzw. Entschlußgrund für den handelnden Untergebenen ist. Im allgemeinen ist es das Pflichtbewußtsein und die Pflicht, dem Befehl entsprechend zu handeln, der ja für den untergebenen Beamten die gesetzlich festgelegte Norm bildet, was für ihn als Entschlußmotiv bzw. Entschlußgrund wirkt. Wollte man zu dem Resultate kommen, den Befehlenden als Anstifter zur Verantwortung zu ziehen, so müßte man den verbindlichen Befehl als persönlichen Strafausschließungsgrund auffassen; denn ein solcher steht der strafbaren Handlung im Sinn des § 48 RStGB. nicht entgegen.

Mit der herrschenden Meinung müssen wir daher den Gewalthaber nicht als Teilnehmer, sondern als Täter haftbar machen, und die herrschende Meinung



bezeichnet den Gewalthaber als „mittelbaren Täter“<sup>1)</sup>. Von mittelbarer Täterschaft sprechen wir u. a. auch dann, wenn jemand sich eines andern bedient als Mittel zur Begehung eines Verbrechens: es fehlt diesem aus irgendeinem Grund die eigene entsprechende Verantwortlichkeit, und der Bestimmende kennt diesen Grund. Nur der verbrecherische Entschluß des Befehlenden ist auf die Begehung des Delikts gerichtet, während der Wille des Befehlsunterworfenen nur die Erfüllung seiner gesetzmäßigen Gehorsampflcht im Auge hat<sup>2)</sup>. Das Reichsgericht<sup>3)</sup> nimmt mittelbare Täterschaft schon dann an, wenn eine „rechtswidrige Einwirkung“ auf den Handelnden stattfindet. Eine solche ist ja beim verbindlichen Befehl ohne weiteres auf seiten des Vorgesetzten vorhanden. Es ist selbstverständlich, daß auch auf seiten des Vorgesetzten die Schuldfrage besonders geprüft werden muß und die allgemeinen strafrechtlichen Normen in Anwendung zu bringen sind. Namentlich die Irrtumsfrage kann für die Verantwortlichkeit des Untergebenen von Bedeutung sein. § 59 greift auch dann ein, wenn der Vorgesetzte die Tatsachen falsch beurteilt oder irrtümlich eine Tatsache

---

1) Liszt, a. a. O., § 35, I, 3; v. Bär, a. a. O. S. 120 u. a. m.

2) Vgl. Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1904: „Der Befehlende trägt die Verantwortlichkeit für die dem Befehle gemäß vorgenommene strafbare Handlung. Er ist Täter, da er die Handlung vornimmt durch eine Person, welche auf Grund des Befehls zur Handlung verpflichtet ist.“

3) Str., Bd. 26, S. 243.



als vorhanden annimmt, die die Voraussetzung für seine Amtshandlung ist, aber in Wirklichkeit nicht vorliegt<sup>1)</sup>).

Abgesehen von der bereits erwähnten Spezialbestimmung des § 357 kann der Befehl als solcher nicht als Versuch im Sinne des § 43 unseres Strafgesetzbuches aufgefaßt werden: Wegen Versuchs kann der Vorgesetzte erst dann gestraft werden, wenn der Untergebene durch „Handlungen“ „einen Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens oder Vergehens“ begonnen hatte, ohne daß dieses durch irgendwelche Gründe zur Vollendung gekommen ist; im besonderen ist hier noch § 50 RStGB. zu beachten. Andererseits ergibt sich aus allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen, daß der Vorgesetzte nicht für einen exzessus mandati haftbar gemacht werden kann.

---

1) Kleinfeller, a. a. O., I, S. 279.



### § 11. Der unverbindliche Befehl, Irrtum.

Mit der Unverbindlichkeit des Befehls entfällt auch auf seiten des Befehlsunterworfenen die Unverantwortlichkeit; daher hat auch der Befehlsunterworfene den unverbindlichen Befehl auf seine materielle Gesetzmäßigkeit hin zu prüfen; denn hier handelt er auf eigene Gefahr. Daß vielfach Irrtumsrechtsätze Anwendung finden werden, ist eine Sache für sich, ebenso wie die eventuelle Anwendung der Strafmilderungssätze. Es wird immer beim unverbindlichen Befehl zu bedenken sein, daß der Befehlsunterworfene aus verschiedenen Gründen leicht geneigt ist, auch einem unverbindlichen Befehl Folge zu leisten.

Gerade ein solcher kann begleitet sein von Drohungen oder von unwiderstehlicher Gewalt im Sinn des § 52 RStGB., so daß für den Untergebenen die strafausschließende Notstandssituation eintritt. Dann sind es eben wiederum die Begleitumstände, die die Strafbarkeit ausschließen, die ihrerseits ohne jede innere Beziehung zum Befehle stehen.

Im übrigen können hier die verschiedensten Situationen vorkommen. Es ist denkbar, wenn auch praktisch dieser Fall nur ganz vereinzelt vorkommen dürfte, daß der Untergebene die Rechtswidrigkeit des



Inhalts ebensowohl wie die Unverbindlichkeit des Befehls erkannt hat und mit vollem Täterdolus handelt. Soweit § 48 hier vorliegt und von einer Bestimmung des Befehlsunterworfenen durch den Gewalthaber noch gesprochen werden kann, haftet der erstere als Täter, der letztere als Anstifter. Im Falle der Verantwortlichkeit des Untergebenen wird diese Haftung auf beiden Seiten die Regel bilden. Freilich wird es wohl in solchen Fällen natürlicher sein, daß der Untergebene nur als Gehilfe des Vorgesetzten tätig werden will, während es andererseits auch denkbar ist, daß der Befehlsgeber lediglich als Gehilfe des Untergebenen handeln will. Auch der Begriff der Mittäterschaft kann Anwendung finden; allerdings wird es fast immer an dem Bewußtsein des Zusammenwirkens fehlen, das das entscheidende Kriterium für den Begriff der Mittäterschaft bildet: Befehlerteilung und Befehlsvollziehung müßten aus dem gleichen Willensentschluß heraus auf den gleichen rechtswidrigen Erfolg gehen. Es kommt also auf die im einzelnen Fall vorliegenden Umstände an, ob der Befehlsgeber als mittelbarer Täter, als Anstifter, als psychischer Gehilfe oder als Mittäter zur Verantwortung gezogen werden kann. Besonders zu bemerken ist, daß das Gesetz eine fahrlässige Beihilfe nicht kennt, und daß andererseits fahrlässige Anstiftung wohl möglich, aber nicht strafbar ist. Wenn der Befehlsunterworfene sich der Unverbindlichkeit des Befehls bewußt ist und ein Fahrlässigkeitsdelikt begeht, so ist die Haftung des Gewaltunterworfenen wegen fahrlässiger Täterschaft zwar klar, fraglich dagegen



die Haftung des Befehlsgebers als Anstifter. Nach der herrschenden Meinung ist Anstiftung zu einem Fahrlässigkeitsdelikt juristisch unmöglich. § 48 allerdings gibt dafür keinen Anhalt. Aber da durch das fahrlässige Dazwischentreten eines andern die Kausalkette nicht unterbrochen wird, so kommen wir in den meisten Fällen gemäß § 73 RStGB. zu dem Ergebnis, daß der Befehlsgeber als mittelbarer Täter zu bestrafen ist. Logisch ist es jedenfalls nicht unmöglich, daß der Gewalthaber als doloser, der Unterworfene als fahrlässiger Täter bestraft werden kann. Hat der Befehlsgeber fahrlässig gehandelt, so ist er, wenn § 73 eingreift, als fahrlässiger Täter zu bestrafen. Greift § 73 in solchen Fällen nicht ein, so liegt Anstiftung zu fahrlässigem Delikt auf seiten des Gewalthabers vor. Ist diese fahrlässig gewesen, so kann sie de lege lata nicht bestraft werden. Praktisch werden beim unverbindlichen Befehl eigentlich nur die Fälle vorkommen, daß der Untergebene als Täter, der Vorgesetzte als Anstifter, oder aber der Untergebene, wenn er nur Beihilfevorsatz hat, als Gehilfe, der Vorgesetzte als mittelbarer Täter zur Verantwortung zu ziehen ist.

Bereits in die Irrtumslehre fällt der Fall, daß der Untergebene zwar die Unverbindlichkeit des Befehls kennt, aber annimmt, daß die in ihm enthaltene rechtswidrige Handlung gar nicht rechtswidrig sei. Diese irrige Annahme nützt dem Täter gar nichts; denn das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist nicht allgemeines Merkmal des Vorsatzbegriffes, und nur dort, wo das



Gesetz positivrechtlich das Merkmal der Rechtswidrigkeit in die Verbrechenbeschreibung aufgenommen hat, gehört es zum Vorsatz (sehr bestritten); also nur in den letzteren Fällen ist die Strafbarkeit beim Fehlen des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit ausgeschlossen. Der andere von Calker (a. a. O. S. 24) angeführte Fall, daß sich der Untergebene zwar der allgemeinen Rechtswidrigkeit der Handlung bewußt ist, jedoch annimmt, daß diese Handlung um deswillen für ihn den Charakter der Rechtswidrigkeit verliere, weil sie ihm befohlen sei, ist nichts anderes als der Irrtum des Gewaltunterworfenen über die Rechtsverbindlichkeit; denn nur der rechtsverbindliche Befehl bildet einen Rechtfertigungsgrund, die Rechtsverbindlichkeit des Befehls aber beruht auf der Gehorsamspflicht des Untergebenen, und diese besteht ihrerseits nur unter der Voraussetzung der formell rechtlichen Grundlagen des Befehls. Ein Irrtum über die Rechtsverbindlichkeit bedeutet also auch immer gleichzeitig einen Irrtum über die Rechtmäßigkeit des rechtswidrigen Befehls und umgekehrt. Es handelt sich hier um die Frage, ob der Vorsatz durch die irrtümliche Annahme von Tatumständen ausgeschlossen wird, deren Vorliegen die Rechtswidrigkeit beseitigen würde (von der herrschenden Meinung bejaht). Wir kommen in unserem Fall zu einer Bejahung des Ausschlusses, weil der Irrtum über die Gehorsamspflicht zugleich einen Irrtum über einen wesentlichen gesetzlichen Tatumstand im Sinn des § 59 des RStGB. bildet, da die staatsrechtlichen Normen — solche regeln ja die



Gehorsamspflicht — den Tatumständen in der Irrtumslehre gleichzustellen sind. Durch den Irrtum des Untergebenen über die Verbindlichkeit des Befehls wird also der Vorsatz, bzw. wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht, jedes Verschulden und damit jede Verantwortlichkeit ausgeschlossen. Wann der Irrtum des Untergebenen entschuldbar oder unentschuldbar ist, ist Tatfrage.

Wurde ein verbindlicher Befehl für unverbindlich gehalten und daher nicht ausgeführt, so ist ja überhaupt keine Handlung erfolgt. Es handelt sich also hier um rein disziplinäre Gesichtspunkte, die für eine Bestrafung des Untergebenen in Betracht kommen, und für das Strafrecht kommt dieser Fall nicht in Betracht.



## § 12. Anhang (§ 113 RStGB. und Stellungnahme des Gegenentwurfs).

Nach dem von uns vertretenen Standpunkt ergeben sich für das Widerstandsrecht nach § 113 des RStGB. gegenüber dem sich „in rechtmäßiger Ausübung des Amtes“ befindenden Beamten keine Schwierigkeiten. Ist der Befehl formell rechtmäßig, so ist er rechtsverbindlich; ist der Befehl nach der formell rechtlichen Seite hin nicht in Ordnung, so entsteht für den Beamten die eigene zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit; damit wird auch der Schutz hinfällig, der in § 113 RStGB. dem Beamten gewährt wird. Es ist bereits darauf hingewiesen, daß § 113 allerdings keine Umgrenzung „der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung“ gibt; nichtsdestoweniger aber sind die Ausführungen Labands und Freunds zu billigen, die darauf hinauslaufen, daß § 113 RStGB., § 10 und § 13 RBG. eine einheitliche Lösung für Gehorsampflicht, Verantwortlichkeit und Schutz des Beamten dem Untertanen gegenüber bilden. Die Begriffe der „rechtmäßigen Ausübung des Amtes“, der „gesetzentsprechenden Wahrnehmung des Amtes“ und „der Gesetzmäßigkeit der amtlichen Handlung“ stimmen überein.

§ 113 will, entsprechend seiner Stellung im Strafgesetzbuch, vor allem den Schutz der die Staatsgewalt



ausübenden Organe, soweit sie sich in „rechtmäßiger Ausübung“ befinden; als Folge dieses primären Schutzes für die Staatsbeamten ist in § 113 RStGB. ein Schutz des Untertanen darin enthalten, daß, wenn der Beamte sich in nicht rechtmäßiger Amtsausübung befindet, der Widerstand des Untertanen damit straflos ist. Die Lösung des Problems des Widerstandsrechts stellt sich nach dem von uns eingenommenen Standpunkt ganz einfach und klar dar: Derjenige, der einem Beamten in Vollzug eines für ihn rechtsverbindlichen Befehls Widerstand leistet, oder der einem Beamten, während derselbe einen solchen Befehl vollzieht, tätlich angreift, macht sich in Gemäßheit des § 113 RStGB. strafbar<sup>1)</sup>. Es muß eben in der Tat auch hier unterschieden werden zwischen der Gesetzmäßigkeit der Anordnung der Handlung des Vorgesetzten, die widerrechtlich ist und bleibt, und der Handlung des Untergebenen, die rechtmäßig ist und allerdings ein rechtswidriges Resultat hervorbringt; der dienstpflichtige Gehorsam des auf höheren Befehl handelnden Beamten muß den Maßstab bilden für die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung im Sinn des § 113 RStGB., die dann gegeben ist, wenn die formelle Rechtmäßigkeit besteht, unabhängig von dem Inhalt desselben; auch das Reichsgericht geht in ständiger Rechtsprechung von dieser durchaus einwandfreien und logisch haltbaren Auffassung aus<sup>2)</sup>.

1) v. Calker, a. a. O. S. 44; Freund, a. a. O. S. 125; Ols-  
hausen, a. a. O., § 113, s. 5.

2) Freund, a. a. O. S. 133; RGStr., II, S. 429, 559; XXII,  
S. 301; XXVIII, S. 406.



In verschiedener Weise sucht man den § 53 RStGB. für die Auslegung des § 113 nutzbar zu machen; so geht Binding<sup>1)</sup> davon aus, daß § 113 durch den § 53 einschränkend auszulegen sei, da die Absicht des § 113 nicht dahin gehe, das Notwehrrecht gegen Beamte zu beschränken, während eine andere Auffassung<sup>2)</sup> für den § 53 eine restriktive Interpretation durch § 113 annehmen zu müssen glaubt. Nach der vertretenen Auffassung kann die Stellungnahme nicht zweifelhaft sein. § 113 trifft einen ganz besonderen Tatbestand, und erst, wenn die Widerstandshandlung außerhalb dieser Bestimmung fällt, kommt Notwehr in Betracht. Die Begriffe „rechtswidrig“ in § 53 und „rechtmäßig“ in § 113 sind durchaus korrespondierend; ein Angriff ist nicht rechtswidrig bzw. die Amtsausübung ist rechtmäßig beim Vorliegen der formell rechtlichen Erfordernisse der Amtshandlung, jede Notwehrhandlung ist in diesem Fall unzulässig<sup>3)</sup>, jeder Widerstand strafbar; dagegen ist es ganz klar, daß dem befehlenden Vorgesetzten gegenüber, wenn er die materiell rechtswidrige Handlung selbst zur Ausführung bringen will, Notwehr entgegengesetzt werden bzw. Widerstand geleistet werden darf; denn der Vorgesetzte befindet sich nicht in rechtmäßiger Amtsausübung.

Während der Vorentwurf zu einem neuen Reichsstrafgesetzbuch sich zu diesen außerordentlich wichtigen und umstrittenen Fragen nicht äußert, löst der Gegen-

---

1) Handbuch, S. 743.

2) Hälschner, II, S. 811; Graf zu Dohna, a. a. O. S. 140.

3) A. A. Frank, Kommentar, S. 112.



entwurf in einer äußerst klaren Weise den Konflikt, der besteht zwischen dem Untertanen, dem das materielle Recht zur Seite steht, und dem Beamten, für den der materiell rechtswidrige Befehl verbindlich ist und der sich daher auch im Recht befindet, durch die Bestimmung des § 136: „Eine rechtmäßige Amtshandlung oder Amtsausübung im Sinn des § 135, 1 (gleich VE. 126, der für § 113 geplant ist) liegt auf seiten eines zur Vornahme von Vollstreckungen — berufenen Beamten dann vor, wenn der Beamte innerhalb seiner Zuständigkeit und unter Beobachtung der wesentlichen Formen gehandelt hat.“

Und die Begründung dazu (S. 171) sagt: „Damit soll gefordert sein, daß der Beamte das jus executionis in sich verkörpert; nicht erforderlich ist, daß die Amtsausübung in der Sache gerechtfertigt war, also ein staatliches jus exequendi vorlag.“ Damit anerkennt der Gegenentwurf den Standpunkt, der sich deckt mit der von Laband aufgestellten Formaltheorie und der bereits hier *de lege lata* vertretenen Auffassung.

Der Gegenentwurf löst auch die für den Irrtum des Untertanen so wichtige Frage, ob die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in § 113 RStGB. als objektive Strafbarkeitsbedingung oder als Tatbestandsmerkmal aufzufassen ist. Das Reichsgericht<sup>1)</sup> geht in ständiger Rechtsprechung von der ersteren Auffassung aus, da es eben die Staatsinteressen in den Vordergrund stellt. Darnach erklärt es den Irrtum des Untertanen in dieser

1) RG., II, S. 423; VI, S. 481; XX, S. 158; XXII, S. 302.



Richtung für irrelevant, während die Theorie<sup>1)</sup> mit Recht davon ausgeht, daß, wenn das Gesetz eine solche Auffassung hätte haben wollen, es dies, wie bei anderen Gesetzesstellen, auch hier zum Ausdruck gebracht hätte; die Theorie geht daher davon aus, daß die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung als Tatbestandsmerkmal aufzufassen ist und ein Irrtum darüber einen Schuld-ausschließungsgrund nach § 59 RStGB. bildet; diese in der Theorie herrschende Meinung kann sich auf das Gesetz und auf die allgemeinen Auslegungsregeln berufen. Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung ist nicht ein Irrtum über Strafrechtssätze, sondern über staatsrechtliche Normen; denn das Staatsrecht regelt die Grenzen der Amtsbefugnisse und die Bedingungen rechtmäßiger Amtstätigkeit. Unter der Voraussetzung der Rechtmäßigkeit, aufgefaßt als Tatbestandsmerkmal, ist daher der Irrtum nach § 59 RStGB. relevant und schließt die Strafbarkeit aus, soweit nicht nach § 59, 2 die Strafbarkeit der Handlung als einer fahrlässigen bestehen bleibt. Diesen Standpunkt nimmt auch der Gegenentwurf ein, wenn er für die Bestrafung des Täters nach § 113 die Vorstellung verlangt, daß der Beamte „innerhalb seiner Zuständigkeit und unter Beobachtung der wesentlichen Formen gehandelt hat“.

Irrt sich der untergebene Beamte über eine oder mehrere Voraussetzungen der Befehlsverbindlichkeit und damit der Rechtmäßigkeit seiner Amtsausübung, so bleibt

---

1) Binding, Normen, S. 558; Heilborn, a. a. O. S. 136; v. Liszt, a. a. O. S. 564 u. a. m.



diese rechtswidrig, und der Widerstand des Untertanen ist nach § 113 RStGB. begründet; denn die irrige Annahme in dieser Richtung seitens des Untergebenen kann den Mangel der Rechtmäßigkeit nicht ersetzen und ist lediglich für eine disziplinare Bestrafung des Unterbeamten von Bedeutung, strafrechtlich dagegen ohne Interesse.



## II. Der Militärdienst.

### § 13. Allgemeines.

Nach Art. 57 der RV. ist jeder Deutsche wehrpflichtig; wir haben es also bei der militärischen Dienstpflicht, wie bereits hervorgehoben, mit einer allgemeinen Untertanenpflicht zu tun; immerhin bildet auch sie ein potenziertes Gewaltverhältnis. „Sie (die Dienstpflicht) ist — eine stark potenzierte Untertanenpflicht, indem sowohl die Gehorsamspflicht als die Treueverpflichtung einen sehr ausgedehnten Umfang haben und indem ihre Erfüllung durch schwere Strafdrohungen gesichert ist<sup>1)</sup>.“ Die Gehorsamspflicht bildet entsprechend dem Zweck, den der militärische Organismus zu erfüllen hat, die Spitze aller Forderungen; denn der letzte Zweck des Militärorganismus ist die Sicherung des Staates gegen Angriffe von außen; mit Recht führt Graf Moltke<sup>2)</sup> aus, daß es „einer ungemein starken Autorität bedarf, um Tausende von Menschen zu bestimmen, unter den schwierigsten Verhältnissen, unter Leiden und Entbehrungen, Gesundheit und Leben an die Ausführung eines gegebenen Befehls

1) Laband, II, S. 643.

2) Graf Moltke bei der zweiten Lesung des Entwurfs eines MStGB. Stenographische Berichte, II, S. 814.



zu setzen“. „Autorität von oben und Gehorsam von unten, mit einem Wort Disziplin, ist die ganze Seele der Armee. Die Disziplin macht die Armee erst zu dem, was sie sein soll, und eine Armee ohne Disziplin ist auf alle Fälle eine kostspielige, für den Krieg nicht ausreichende und im Frieden gefahrvolle Institution.“

Dieses eminente, alles überragende Interesse an der militärischen Disziplin ist gesichert durch einen hervorragenden strafrechtlichen Schutz der Autorität. Das MStGB. wie die Disziplinarverordnung für das Heer vom 31. Oktober 1872 und diese für die Kaiserliche Marine vom 4. Juli 1891 erfüllen diese Aufgabe. Das MStGB. beschäftigt sich in seinem ganzen 6. Abschnitt mit dem Verhältnis der Disziplin: Es unterscheidet zwischen Achtungsverletzung und Ungehorsam in mannigfachen Abstufungen, je nach dem Grade der Pflichtverletzung. Im Falle des militärischen Aufruhrs, vor dem Feinde begangen, dem höchsten Grade der Insubordination, wird für sämtliche Beteiligte die schwerste Strafe, die es überhaupt gibt, die Todesstrafe, angedroht. Und auch der allgemeine Teil des MStGB. trägt dieser höchsten Forderung Rechnung durch die dem militärischen Strafrecht eigentümlichen Freiheitsstrafen des Arrests in den verschiedenen Abstufungen als gelinder, mittlerer und strenger Arrest.

Wenn sich auch aus dem besonderen Charakter des Militärdienstes ein außerordentlich strenger Maßstab für den Soldatengehorsam — wesentlich strenger als für den Beamtengehorsam — von selbst ergibt, so



müssen andererseits doch die obersten Prinzipien von Recht und Sitte gewahrt sein. „Es war der oberste und alle übrigen Rücksichten beherrschende Gedanke, das Militärrecht mit den leitenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts in Einklang zu bringen, soweit dies irgend tunlich schien. Ich betone ganz ausdrücklich das Wort „tunlich“, weil allerdings überall da, wo von militärischer Seite gesagt wurde, daß die besonderen Bedürfnisse der Disziplin, die Lebensbedingungen, unter denen eine Armee bestehen und in ihrer Tätigkeit erhalten werden kann, eine Gleichstellung mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nicht gestattet, daß da überall von dem Versuche, das Militärrecht dem bürgerlichen Strafrecht zu assimilieren, abgestanden wurde<sup>1)</sup>.“ „Auch das MStGB. muß, soll es anders diesen Namen verdienen, in erster Linie Gesetzbuch sein<sup>2)</sup>.“ Diese Grundsätze mußten zur Verwerfung der blinden Gehorsamspflicht führen; treffend charakterisiert Binding<sup>3)</sup> die Konsequenzen, zu denen die Forderung des blinden Gehorsams führen könnte: „Deckt der Befehl den Untergebenen auch dann, wenn dieser die Verbrecherlichkeit der Handlung einsieht, so ist, wie die Extreme sich oft berühren, die blindeste Unterwerfung unter die Disziplin zugleich die volle Anarchie des Rechts.“

1) Dr. Friedberg zur Einführung der Vorlage eines deutschen MStGB. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, 1873, I, S. 93.

2) Gretener zum Entwurf eines MStGB. für die schweizerische Eidgenossenschaft, 1886, S. 7.

3) Handbuch, I, S. 115.



Daher wurde auch die ursprünglich vom Bundesrat in § 58<sup>1)</sup> geplante Bestimmung abgelehnt und durch den § 47. unseres MStGB. ersetzt. § 58 hatte folgenden Wortlaut: „Wird von einer Person des Soldatenstandes durch Ausführung eines Befehls in Dienstsachen eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, so ist der Vorgesetzte, welcher den Befehl erteilte, als Täter zu betrachten. Der Untergebene bleibt straflos, insoweit er den Befehl nicht überschritten hat. Er ist jedoch als Mittäter zu betrachten, wenn die Befolgung des Befehls eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schließt.“ Dieses dem § 58 des Entwurfs zugrunde liegende Prinzip der absoluten Unverantwortlichkeit und damit der blinden Gehorsamspflicht wollte der Reichstag abändern und gab daher dem § 47 die heutige Fassung: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:

1. wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat, oder
2. wenn ihm bekannt gewesen ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.

Im § 47 MStGB. haben wir die direkte Anerkennung des bindenden Befehls rechtswidrigen Inhalts, und die Be-

---

1) Vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, 1. Legislaturperiode, 3. Session, 1872, III, S. 6.



hauptung Birkmeyers<sup>1)</sup> und Koppmann-Weigels<sup>2)</sup>, daß ein widerrechtlicher Befehl niemals ein Befehl in Dienst- sachen sein könne, steht in offenbarem Gegensatz zu § 47 Ziffer 2; und wenn § 113 MStGB. von einem „rechtmäßigen“ Befehl in dienstlichen Angelegenheiten spricht, so scheint es die Rechtmäßigkeit als ein be- sonderes, nicht bereits im Begriff des Befehls in dienst- lichen Angelegenheiten enthaltenes Merkmal anzusehen<sup>3)</sup>.

Es kann in militärischen Verhältnissen außerordent- lich schwierig zu beurteilen sein, ob eine Handlung rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Schon im Frieden, namentlich in kritischen Zeiten, wenn z. B. Militär zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit zugezogen werden muß, ist es möglich, daß ein und dieselbe Handlung, die an sich strafbar ist, rechtmäßig ist, und noch viel mehr ist das im Krieg der Fall (vgl. §§ 127—136 MStGB.). Die militärischen Zwecke begründen vielfach die Rechtmäßigkeit von außerhalb des Heeres unzulässigen Handlungen. „Die Grenze zwischen strafbaren und rechtmäßigen Verletzungen wird allein durch die Notwendigkeit gezogen: Alle Verletzungen, welche für die Erreichung des Kriegszwecks notwendig sind, sind erlaubt<sup>4)</sup>.“ Daß hier der Untergebene über- haupt nicht in der Lage ist, die für die Beurteilung einer Handlung maßgebenden Gesichtspunkte richtig zu erkennen, leuchtet ohne weiteres ein.

1) A. a. O. S. 1212.

2) A. a. O. § 47, Z. 11.

3) Rissom, a. a. O. S. 217.

4) v. Calker, a. a. O. S. 103.



Für die Frage der Gehorsamspflicht und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit macht die Rangverschiedenheit der Personen keinen Unterschied; die militärischen Zwecke erfordern auch, daß die für die Wehrpflichtigen geltenden Grundsätze auch für die in Anwendung zu bringen sind, die freiwillig weiter dienen, bzw. die berufsmäßig in den Militärdienst eingetreten sind; im streng juristischen Sinn wären diese Personen als Staatsbeamte zu betrachten. Nur die Militärbeamten sind auch innerhalb des Militärrechts als Beamte i. t. S. anzusprechen und werden nur im Feld den strengeren militärischen Vorschriften unterworfen; im Krieg ist der Militärbeamte Soldat, im Frieden Beamter (MStGB. §§ 153 und 154).



#### § 14. Die Grenzen der Gehorsamspflicht für den Soldaten.

Wiewohl das Militärstrafgesetzbuch in den §§ 92 ff. die Gehorsamspflicht der Untergebenen entsprechend der Wichtigkeit der militärischen Disziplin in einer außerordentlich intensiven Weise regelt, so gibt es doch in keiner dieser Bestimmungen eine Begrenzung der Gehorsamspflicht. Auch § 47 gibt unmittelbar keine solche; das Wort Gehorsam ist in § 47 überhaupt nicht erwähnt. Es handelt sich daher darum, ob wir aus der Bestimmung des § 47, in dem die Verantwortlichkeit für die auf Befehl begangenen strafbaren Handlungen geregelt ist, einen Schluß auf den Umfang der Gehorsamspflicht ziehen dürfen. Es ist allseitig anerkannt, daß, soweit eine strafrechtliche Haftung des Untergebenen anerkannt ist, auch keine Gehorsamspflicht bestehen kann; andererseits darf — und im Prinzip ist dieser Grundsatz zweifellos richtig — nicht ohne weiteres von der Straflosigkeit einer auf Befehl begangenen Handlung auf die Verbindlichkeit des diese anordnenden Befehls geschlossen werden.

Aber gerade im Militärstrafrecht, wo alles auf die letzte und höchste Forderung der Erhaltung der Disziplin hinzielt, kann man mit gutem Grund und mit vollem Recht von diesem Prinzip eine Ausnahme



konstatieren und davon ausgehen, daß § 47 MStGB. gleichzeitig die grundsätzliche Regelung der militärischen Gehorsamspflicht enthält. Diese Auffassung teilt auch das RMG., das in einer Entscheidung<sup>1)</sup> ausführt: „Die Annahme einer solchen Möglichkeit (das Rechnen damit, daß der erteilte Befehl ein Verbrechen bezwecke) entbindet aber den Untergebenen nicht von der Gehorsamspflicht; das Gesetz mußte im Interesse der Disziplin die Fälle, in denen der Gehorsam gegen einen Befehl in Dienstsachen verweigert werden darf, auf das Mindestmaß beschränken und hat diese Beschränkung in § 47 MStGB. deutlich zum Ausdruck gebracht.“

Wenn wir für die Gehorsamspflicht der Staatsbeamten die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtmäßigkeit des Befehls als grundlegend und genügend feststellen konnten, so können wir im Militärrecht mit dieser Unterscheidung nichts anfangen; denn die formellrechtlichen Voraussetzungen haben für den militärischen Befehl keine Bedeutung. Eine bestimmte Form für militärische Befehle ist nirgends vorgeschrieben. Der Befehl kann sich als Aufforderung, als Ersuchen oder als rhetorische Frage dem Untergebenen gegenüber äußern und kann mündlich, schriftlich, durch Zeichen, Signale und ähnliche Mittel, wie sie eben sich im Augenblick — namentlich im Felde — als brauchbar erweisen, erteilt werden. Eine Prüfung der abstrakten Kompetenz des Vorgesetzten ist überflüssig; denn im militärischen Verhältnis ist jeder Vorgesetzter Vorgesetzter.

1) Bd. 19, S. 190.



Überall dort, wo jemand als ein im Range höherer Vorgesetzter dem im Rang Niederen etwas befohlen hat, kann es an der abstrakten Zuständigkeit niemals mangeln, und nur da, wo das Über- und Unterordnungsverhältnis nicht auf dem militärischen Rang, sondern auf einer besonderen Bestellung (Funktion) für eine bestimmte Dienstverrichtung (Exerziergefreiter) während des Exerzierdienstes (RMG. IV, S. 50) beruht, hat die Zuständigkeitsfrage Bedeutung. Andererseits ist die dienstliche Tätigkeit des Soldaten eine fast unbegrenzbare. „Worin der Inhalt dienstlicher Befehle bestehen kann, ist nicht rechtlich bestimmt, sondern durch tatsächliche Umstände, technische Rücksichten, durch das Interesse an der Ausbildung des Soldaten, die Sicherheit, Ordnung, Sparsamkeit der Verwaltung usw. bedingt. Man kann nicht angeben, zu welchen einzelnen Leistungen der bei den Fahnen befindliche Soldat rechtlich verpflichtet sei; seine Gehorsamspflicht ist vielmehr eine inhaltlich unbegrenzte; er muß jedem dienstlichen Befehl des Vorgesetzten nachkommen, soweit er es vermag<sup>1)</sup>.“ Mit diesen treffenden Ausführungen Labands ist es offenbar, daß die Frage nach der Kompetenz des Untergebenen im Militärrecht keine Rolle spielen kann.

Zu Schwierigkeiten führt der im MStGB. unglücklicherweise eingeführte verschiedene Sprachgebrauch: § 47 spricht von Befehlen in Dienstsachen, § 113 spricht von Befehlen in dienstlichen Angelegenheiten, ein Sprachgebrauch, der zweifellos gleichbedeutend ist;

1) Laband, a. a. O., II, S. 644.



andererseits wird in den §§ 58, 94, 96 und in verschiedenen Kriegsartikeln von Dienstbefehlen gesprochen. Nach den Motiven<sup>1)</sup> zu § 58 des Entwurfs sollen die Befehle in Dienstsachen und die Dienstbefehle im Gegensatz stehen: „Nach militärisch herkömmlicher Sprachweise unterscheidet sich aber der Dienstbefehl von dem Befehl in Dienstsachen dadurch, daß unter ersterem ein jeder Befehl irgend eines militärischen Vorgesetzten verstanden wird, letzterer nur derjenige Befehl eines dienstlichen Vorgesetzten ist, welcher eine Dienstangelegenheit betrifft.“ Diese in den Motiven gebrauchte Unterscheidung kann für die rechtliche Beurteilung unsererseits nicht bindend sein und muß als unrichtig bezeichnet werden. Das Gesetz vermengt in dieser seiner Unterscheidung, wie Kröll<sup>2)</sup> mit Recht ausführt, zwei Prinzipien, nämlich den Gegensatz von Befehlen in Dienstangelegenheiten und Befehlen in Privatsachen einerseits und den Gegensatz eines direkten und eines anderen Vorgesetzten andererseits. Auf die Unhaltbarkeit der letzteren Gegenüberstellung ist bereits bei der Beurteilung der Kompetenzfrage der Vorgesetzten hingewiesen worden. Jeder Untergebene der Armee hat jedem Vorgesetzten zu gehorchen.

Die herrschende Meinung<sup>3)</sup> versteht unter einem Befehl in Dienstsachen den Befehl jedes Vorgesetzten, der mit dem Dienst in direkter oder indirekter Beziehung

1) S. 80.

2) A. a. O. S. 20.

3) Hecker, a. a. O. S. 91; v. Calker, a. a. O. S. 98.



steht, und setzt im Gegensatz dazu den Dienstbefehl als solchen fest, der Privatangelegenheiten betrifft. Und auch das RMG. hat sich an diese Auffassung angelehnt<sup>1)</sup>. Daß diese Unterscheidung eine befriedigende Lösung darstellt, kann wohl nicht behauptet werden; ganz abgesehen davon, daß es doch ein ganz merkwürdiger Sprachgebrauch wäre, wollte man den Dienstbefehl gerade als Befehl in Privatsachen auffassen, führt diese Auffassung auch zu ganz eigentümlichen Resultaten: Nach § 58, Z. 7 MStGB. würde mit dem Tode bestraft, wer einen Befehl in Privatsachen „ganz oder teilweise un- ausgeführt läßt oder eigenmächtig abändert“. Und auch die anderen Bestimmungen müßten nach dieser Auffassung zu ähnlichen, eigentlich widersinnigen, Resultaten führen. Warum sollte übrigens, wenn das Gesetz diese Auslegung hätte haben wollen, es nicht die Ausdrucksweise des § 114 gewählt haben, der von Befehlen spricht, die in keiner Beziehung zum Dienste stehen? Daher werden wir unbedingt das Prinzip zugrunde legen müssen, daß der Dienstbefehl seinem Gegenstand nach mit dem Dienst in irgend einem sachlichen Zusammenhang stehen muß<sup>2)</sup>. Die Unterscheidung M. E. Mayers, wonach für den Dienstbefehl die Befehlsform charakteristisch sei, ist praktisch wertlos. Es kann aus diesen beiden Ausdrücken kein Gegensatz herauskonstruiert werden, und wir müssen jeden Unterschied zwischen einem Dienstbefehl und einem Befehl in Dienstsachen

1) Bd. 1, S. 110; 2, S. 72; 8, S. 140.

2) Koppmann-Weigel, a. a. O. S. 339, 14.



leugnen<sup>1)</sup>. Sowohl der Dienstbefehl als auch der Befehl in Dienstsachen sind Befehle, die mit dem Dienst irgendwie in Beziehung stehen, und im Gegensatz zu ihnen stehen die Befehle, die überhaupt in gar keiner Beziehung zum militärischen Leben stehen und lediglich Privatangelegenheiten zum Inhalte haben. Für den heutigen Sprachgebrauch kann die gedachte, höchst unglückliche Unterscheidung des MStGB. nicht aufrecht erhalten werden, und für den gewöhnlichen Soldaten ist es vollständig ausgeschlossen, in diesem Sinn einen Unterschied zu machen und sich im einzelnen Fall über das Vorliegen des einen oder des andern Klarheit zu verschaffen. Daß infolge des vielgestalteten militärischen Lebens grundsätzlich fast alles befohlen werden kann, entspricht den besonderen Verhältnissen des militärischen Organismus.

Die Einschränkung gegenüber diesem in § 47 getroffenen Prinzip bildet § 47, Z. 2. Aus der hier festgestellten Verantwortlichkeit der Untergebenen ist die Folgerung zu ziehen, daß der Untergebene zur Nichtbefolgung des Befehls berechtigt und verpflichtet ist, wenn er wußte, daß mittels des Befehls des Vorgesetzten ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckt wurde. Nach der von uns dargestellten, weit gezogenen Begrenzung des Befehls in Dienstsachen ist in § 47 tatsächlich eine blinde Gehorsamspflicht in bezug auf Übertretungen konstatiert, da ja nur dann ein Befehl in Dienstsachen nicht vorliegt, wenn es sich

1) Romen-Rissom, MStGB., § 47, Z. 12.



um reine Privatangelegenheiten handelt. Nur die volle Gewißheit begründet nach § 47, Z. 2 die Gehorsamsverweigerungspflicht. Ein Kennenmüssen genügt nicht, und Ungewißheit und selbst starke Zweifel berechtigen den Soldaten selbst im Fall eines Verbrechens oder Vergehens nicht zur Gehorsamsverweigerung. Der Soldat hat nach dieser Bestimmung auch dann zu gehorchen, wenn nur er, aber nicht der Vorgesetzte, die Unerlaubtheit kannte, und andererseits ist er zu Nachforschungen und Erwägungen nicht verpflichtet. Daher ist es eigentlich nicht ganz korrekt, wenn man von einer Prüfungspflicht des Untergebenen spricht; es handelt sich doch vielmehr um einen offenbaren verbrecherischen Charakter der befohlenen Handlung, der ohne Prüfung erkannt wird.

Es ist ganz klar, daß Verantwortlichkeit und Gehorsamspflicht des Untergebenen nicht von juristischen Kenntnissen abhängig gemacht sein kann; es kann sich nicht darum handeln, daß der Untergebene nach § 1 unseres StGB. unterscheiden kann, ob ein Verbrechen oder Vergehen, oder ob eine Übertretung vorliegt, sondern es handelt sich um die Kenntnis der Tatsachen, welche ein Verbrechen oder Vergehen charakterisieren. Der Gewissenszwiespalt zwischen der Achtung vor dem Gesetz und der Achtung vor der Befehlsgewalt wird positivrechtlich zugunsten des letzteren gelöst. „Bei Übertretungen tritt der rechtsverletzende Charakter der Handlung zumeist nicht in so evidenter Weise zutage, daß dem Untergebenen sofort und unter allen Umständen



diese Eigenschaft der Handlung zum Bewußtsein kommt<sup>1)</sup>.“ Das Gesetz hat hier die Wichtigkeit der militärischen Disziplin höher gestellt als die Verletzung der Rechtsordnung, und nur in den krassen Fällen, beim Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens, die Fundamente der Rechtsordnung der militärischen Disziplin übergeordnet. Mit Ausnahme dieses einzigen, vom Gesetz ausdrücklich statuierten Falls ist der Soldat dem Vorgesetzten unbedingten Gehorsam schuldig, und durch Gehorsamsverweigerung macht sich der Untergebene wegen des außerordentlich schweren Delikts der Insubordination strafbar. Ist ein Befehl rechtswidrigen Inhalts lediglich in Privatsachen in dem oben ausgeführten Sinn ergangen, so ist nach § 47 MStGB. der Befehl unverbindlich und der Untergebene für die Ausführung voll verantwortlich.

---

1) v. Calker, a. a. O. S. 113.



### § 15. Allgemeine strafrechtliche Bedeutung des Befehls.

Genau wie im Beamtenrecht entspricht auch im militärischen Gewaltverhältnis der absoluten Gehorsamspflicht die volle Unverantwortlichkeit, der beschränkten Gehorsamspflicht eine teilweise Unverantwortlichkeit, und es sind hier die im Beamtenrecht für die allgemeine strafrechtliche Bedeutung des rechtswidrigen verbindlichen Befehls entwickelten Grundsätze ganz entsprechend in Anwendung zu bringen. Die Straffreiheit des Untergebenen, die § 47 klipp und klar aufstellt, beruht auch hier darauf, daß der Untergebene entsprechend der für ihn gesetzlich festgestellten Norm, entsprechend seiner gesetzlichen Gehorsamspflicht, gehandelt hat. Zweifellos — das ist an der v. Calkerschen Ausführung<sup>1)</sup> richtig — ist in den militärischen Verhältnissen die Drohung eine viel intensivere als im Beamtenrecht; ist doch das für den Fall des Ungehorsams angedrohte Übel grundsätzlich Kriminalstrafe, und im Falle des § 95, Z. 2 sogar Todesstrafe. Mit Recht vermeidet auch hier v. Calker die Schlußfolgerung der Annahme eines allgemeinen Schuld-ausschließungsgrunds im Sinn des § 52 RStGB., sondern er geht davon aus, daß in einem solchen Fall der Unter-

1) A. a. O. S. 117.



gebene überhaupt nicht mehr dem Befehl, sondern der außerhalb des Befehls stehenden, durch den Vorgesetzten auf ihn ausgeübten vis compulsiva gehorche<sup>1)</sup>. Wenn nun v. Calker auch im Militärrecht von einem persönlichen Schuldausschließungsgrund spricht, so ist hier genau dasselbe zu entgegnen wie oben bei der Behandlung der Verantwortlichkeit des Beamten; es liegt eben eine Vermengung bzw. eine Verwechslung der beiden strafrechtlichen Tatbestandsmomente vor, der Rechtswidrigkeit und der Schuld, welche letztere ja gerade die Zurechenbarkeit eines Unrechts bildet und daher ohne Rechtswidrigkeit nicht in Frage kommen kann. Auch für den Soldaten ist es nicht angängig, zu behaupten, er sei ein willenloses Werkzeug in der Hand des Vorgesetzten: „Der Soldat handelt frei und selbständig in der Erfüllung seiner Gehorsamspflicht, auch wenn sie auf Begehung einer strafbaren Handlung geht; trotzdem ist die von ihm ausgeführte Handlung rechtmäßig; die für ihn verbindliche Gesetzesnorm der Gehorsamspflicht deckt ihn, und § 47 MStGB. spricht das ausdrücklich aus.“

Der Untergebene ist persönlich gedeckt, der Befehl bildet für ihn einen persönlichen Schuldausschließungsgrund, und das Prinzip für die strafrechtliche Unverantwortlichkeit des Untergebenen für eine auf Befehl begangene rechtswidrige Handlung ist im Beamtenrecht genau dasselbe wie im Militärrecht. Daß an dieser durch den Untergebenen begangenen Handlung infolge

1) A. a. O. S. 121.



ihrer Rechtmäßigkeit keine strafbare Teilnahme möglich ist, ist bereits im Beamtenrecht ausgeführt. Der Vorgesetzte ist mittelbarer Täter, der die Handlung durch Vermittlung eines andern, des unverantwortlichen Untergebenen, begangen hat. Daß auch in der Person des Vorgesetzten ein Strafausschließungsgrund irgendwelcher Art vorliegen kann und damit die strafrechtliche Verantwortlichkeit desselben entfällt, ist selbstverständlich.

Besonders hingewiesen sei hier auf § 115 MStGB., wonach ein Vorgesetzter, der durch Mißbrauch seiner Dienstgewalt oder seiner dienstlichen Stellung einen Untergebenen zu einer von ihm begangenen, mit Strafe bedrohten Handlung vorsätzlich bestimmte, als Täter oder als Anstifter mit erhöhter Strafe belegt wird (§ 53). Und nach § 116 kann sich der Vorgesetzte bereits durch die Erteilung eines rechtswidrigen Befehls unter der Voraussetzung des Mißbrauchs der Dienstgewalt strafbar machen; in diesem Zusammenhang sei auch noch § 55 MStGB. erwähnt.



## § 16. Der unverbindliche Befehl.

Da eine Unterscheidung zwischen einem Dienstbefehl und einem Befehl in Dienstsachen nicht aufrecht erhalten und grundsätzlich alles befohlen werden kann, wird praktisch eine Verantwortlichkeit des Untergebenen wohl nie daraus entspringen, daß kein Befehl in Dienstsachen vorliegt; käme dies doch einmal vor und der Vorgesetzte befiehlt eine reine Privatangelegenheit, so ist dieser Befehl niemals verbindlich und der Untergebene grundsätzlich als Täter, der Vorgesetzte als Anstifter verantwortlich; auch hier können die strafrechtlichen Tatbestände der Mittäterschaft und Beihilfe vorliegen. Zugunsten des Untergebenen wird fast immer ein beachtlicher Irrtum vorliegen. Gleichgültig wäre es, ob durch die Ausführung eines solchen Befehls ein Verbrechen-, Vergehens- oder Übertretungstatbestand in Frage kommt. Hat der Untergebene einen Befehl in Privatsachen befolgt, weil er ihn irrtümlich für einen Befehl in Dienstsachen gehalten hat, oder hat der Untergebene einen solchen Befehl zwar richtig erkannt, aber ihn für verbindlich gehalten, so ist das im Grunde dasselbe; es handelt sich um einen im Sinn des § 59 RStGB. relevanten Irrtum über die Verbindlichkeit, die in den Rahmen der militärdienstlichen Pflichten, also in das



Staatsrecht fällt, ganz abgesehen davon, daß wohl alle Instruktionen des Soldaten eine unbedingte Gehorsamspflicht betonen. Daher wird auch ein Untergebener, der einen Befehl in Dienstsachen bzw. einen Dienstbefehl nicht befolgt und sich mit der irrümlichen Annahme eines Befehls in Privatsachen entschuldigen will, wohl kaum Anklang finden. Für die Bestrafung des Untergebenen kämen in einem solchen Fall die §§ 92 ff. MStGB. in Betracht. Das Reichsmilitärgericht<sup>1)</sup> hat in einigen Entscheidungen die Eigenschaft eines Befehls als Befehl in Dienstsachen für eine objektive Bedingung der Strafbarkeit gehalten, und damit jeden Irrtum, gleichviel ob Tat- oder Rechtsirrtum, für unbeachtlich erklärt; das dürfte prinzipiell wohl kaum richtig sein; denn letzten Endes handelt es sich doch um einen Irrtum über die Verbindlichkeit und damit müßte ein solcher als Strafausschließungsgrund beachtet werden.

Von dem Grundsatz der alleinigen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten und der Unverantwortlichkeit des Untergebenen sind in Ziffer 1 und 2 des § 47 Ausnahmen getroffen: „Die in Ziffer 1 als Ausnahme hervorgehobene Überschreitung des erteilten Befehls ist eigentlich überhaupt keine Ausnahme, denn sie ist keine Ausführung des Befehls mehr, und die ausdrückliche Hervorhebung dieser Ziffer ist, wie mit Recht betont wird<sup>2)</sup>, überflüssig; es sind ganz allgemeine strafrechtliche Grundsätze, die den, der seine Anweisungen überschreitet, für

1) Bd. 7, S. 176; 8, 143, 290; 10, 171.

2) Hecker, a. a. O. S. 90; Koppmann-Weigel, a. a. O. S. 167, s. 11.



den *excessus mandati* verantwortlich machen. Da der Untergebene, insoweit er nur das dem Befehl Entsprechende ausgeführt hat, auch dann straflos bleibt, wenn er den Befehl überschritten hat, und er nur haftbar gemacht werden soll, insoweit er dies getan hat, so sollte eigentlich für das Wörtchen „wenn“ das Wörtchen „insoweit“ gesetzt sein<sup>1)</sup>. Von einer Teilnahme des Untergebenen kann nach allgemein strafrechtlichen Gesichtspunkten hier keine Rede sein; die durch Überschreitung eines Befehls begangene rechtswidrige Handlung stellt sich als Alleintäterschaft des Untergebenen dar mit alleiniger Verantwortlichkeit desselben.

Als wirkliche Ausnahme dagegen stellt sich die in Ziffer 2 getroffene Ausnahme dar, wonach der Untergebene sich durch die Ausführung des Befehls strafbar macht, wenn er wußte, daß mit dem Befehl ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckt wurde. Für die „Kenntnis“ ist auf das bei der Gehorsamspflicht Erörterte zu verweisen: Zweifel des Untergebenen oder fahrlässige Unkenntnis des vom Vorgesetzten verfolgten rechtswidrigen Zweckes begründen keine Verantwortlichkeit, und zur Anstellung von Nachforschungen oder Erwägungen über den Zweck des Befehls ist der Untergebene nicht verpflichtet. Der Untergebene ist straffrei, wenn er von der auf das Verbrechen oder Vergehen gerichteten Absicht seines Vorgesetzten keine Kenntnis hatte, auch wenn er an der Rechtmäßigkeit der beabsichtigten Handlung zweifelt,

1) v. Calker, a. a. O. S. 124; Koppmann-Weigel, a. a. O. § 47, s. 11.



oder wenn er sogar glaubt, der Vorgesetzte beabsichtige ein Verbrechen oder Vergehen; auch ein Irrtum über die richtige juristische Qualifikation der befohlenen Handlung als Verbrechen oder Vergehen einerseits oder als Übertretung andererseits — ein Fall übrigens, der praktisch nicht vorkommen wird — muß nach dem Wortlaut des § 47, Z. 2 Straffreiheit zur Folge haben. Letzten Endes ist dieser Irrtum immer ein Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls und müßte schon aus diesem Grunde, wenn das Gesetz sich nicht mit solcher Klarheit aussprechen würde, als ein Irrtum über staatsrechtliche Normen für beachtlich erklärt werden. Gerade das muß auch den Untergebenen, wenn er einen verbindlichen Befehl für unverbindlich gehalten hat und daher unausgeführt ließ, vor Strafe schützen; übrigens auch praktisch ein ziemlich belangloser Fall, da ja die ganzen dienstlichen Belehrungen gerade die Gehorsamspflicht in so weitgehendem Maße betonen. Daß eine juristische Qualifizierung als Verbrechen oder Vergehen einerseits und als Übertretung andererseits in § 47, Z. 2 nicht gemeint sein kann, ist bereits hervorgehoben; vielmehr „handelt es sich darum, daß der Untergebene dann strafbar ist, wenn ihm das Vorhandensein von Merkmalen in der befohlenen Handlung bekannt ist, in denen das Strafgesetzbuch irgend ein Verbrechen oder Vergehen ausgeprägt findet<sup>1)</sup>“. Es handelt sich eben darum, daß die Verantwortlichkeit erst dann in Frage kommt, wenn eine schwerere Straftat in Frage steht.

1) v. Calker, a. a. O. S. 122.



Tatsächlich ist also die Verantwortlichkeit des Untergebenen nur in ganz seltenen Fällen begründet, nämlich nur dann, wenn ihm bekannt ist, daß die auszuführende Handlung den Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens erfüllt und wenn er gewußt hat, daß der Vorgesetzte bewußt rechtswidrig gehandelt hat, nämlich in der Absicht, durch das Mittel der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens einen rechtswidrigen Zweck zu erreichen. Fahrlässigkeit bei der Prüfung oder vorhandene Zweifel begründen keine strafrechtliche Verantwortlichkeit<sup>1)</sup>, und der Untergebene kann jeden Befehl ausführen, ohne sich strafrechtlich verantwortlich zu machen, sofern er tatsächlich nur nicht die Gewißheit erlangt hat, daß der Befehl eine Handlung betraf, welche ein Verbrechen oder Vergehen bezweckte.

Ist der Untergebene verantwortlich, so trifft ihn nach § 47 die Strafe des Teilnehmers. Nach der herrschenden Meinung<sup>2)</sup> soll trotz des Wortlauts der Untergebene als Täter, der Vorgesetzte grundsätzlich als Anstifter haftbar sein, und nach Koppmann wird hier „nur eine Rechtsfiktion geschaffen, ähnlich wie es in § 99 MStGB. oder in § 111 RStGB. heißt: ‚ist gleich dem Anstifter zu bestrafen‘. Es soll den Untergebenen nur die Strafe des Teilnehmers treffen, wenn er nach den allgemeinen Rechtsbegriffen tatsächlich der eigentliche und einzige Täter ist“. Dagegen stützt sich v. Calker<sup>3)</sup>

1) RMG., XIII, S. 180; XIX, S. 190.

2) Koppmann, a. a. O. § 47, Nr. 16; Hecker, a. a. O. S. 93.

3) A. a. O. S. 125.



auf den Wortlaut des Gesetzes und auf die Entstehungsgeschichte des § 47, und führt aus, „daß das Gesetz den Untergebenen in den Fällen, in welchen es ihn für verantwortlich erklärt, als Mittäter oder als Gehilfen und den Vorgesetzten dementsprechend als Täter auffaßt“, eine Ansicht, die die Motive<sup>1)</sup> zum Entwurf des MStGB. § 58 bekräftigen: „Mag nun bei Ausführung eines Befehls in Dienstsachen, durch welche eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen wird, der Untergebene straffrei oder strafbar sein, der Entwurf nimmt ausnahmslos an, daß dem befehlenden Vorgesetzten gegenüber der gehorchende Untergebene nur als dessen Handhabe erscheint; aus diesem Grunde soll in allen diesen Fällen der Vorgesetzte nicht sowohl als der Anstifter, sondern vielmehr als der Täter betrachtet werden.“ Aus dem Ausdruck „Teilnehmer“, der nur eine Erweiterung des Ausdrucks Mittäter im Entwurf sein soll, gehe deutlich hervor — so führt v. Calker weiter aus —, daß das Gesetz diesen Standpunkt der Motive habe beibehalten wollen, und daß § 47 im Prinzip nicht davon abgegangen sei, daß der Untergebene nur die Handhabe, das willenlose Werkzeug in der Hand des Vorgesetzten sei.

Weder die Motive noch die Auffassung des preußischen Generalauditoriums<sup>2)</sup> können für uns ausschlag-

---

1) Drucksachen des Reichstags, 1. Legislaturperiode, 3. Session, 1872, S. 80 ff.

2) Zirkularschreiben vom 12. Juli 1886, s. v. Calker, a. a. O. S. 130.



gebend sein; es ist zweifellos, daß dieser Standpunkt den allgemeinen positiven strafrechtlichen Grundsätzen widerspricht: „Der Untergebene ist dort zweifellos physischer Täter und man müßte, wenn man den Untergebenen immer nur als Teilnehmer haftbar machen wollte, die ganzen strafrechtlichen Normen über Teilnahme außer acht lassen.“ § 47 MStGB. wollte aber „in der Tat nichts weiter als den Grundsatz der Mitverantwortlichkeit aufstellen, an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber nicht rütteln<sup>1)</sup>“. Es darf hier keine „Buchstabenauslegung“ Platz greifen, und wegen der technisch ungenauen Ausdrucksweise kann man doch nicht die allgemeinen Strafrechtssätze außer Kurs setzen. Vielmehr kommen wir, ganz entsprechend den im Beamtenrecht ausgeführten Erörterungen, zu dem Ergebnis, daß der Untergebene, je nach den im Einzelfall vorliegenden Umständen, als Täter, Mittäter oder Gehilfe, der Vorgesetzte als (mittelbarer) Täter, als Mittäter, Anstifter oder als Gehilfe zur Verantwortung gezogen werden kann, wobei in erster Linie die subjektive Seite ins Auge gefaßt werden muß.

Auf § 115 MStGB. ist bereits hingewiesen, und bezüglich des Untergebenen ist noch besonders zu beachten, daß die fahrlässige Begehung einer strafbaren Handlung im Sinn des § 47, Z. 2 nicht bestraft werden kann. Im militärischen Verhältnis, und das ist mit Rücksicht auf die Bestrafung des Untergebenen als Teilnehmer besonders zu betonen, wird es vielleicht

1) Hecker, a. a. O. S. 93.



häufiger, gerade mit Rücksicht auf den subjektiven Tatbestand, vorkommen, daß sich die Handlung des Untergebenen als Beihilfe charakterisiert; im allgemeinen jedoch gelten auch hier die im Beamtenrecht gemachten Ausführungen.



## § 17. Anhang (Gehorsamspflicht und Verantwortlichkeit des Soldaten im Krieg).

Schon der Umstand, daß in Kriegszeiten auch die Militärbeamten als Personen des Soldatenstandes anzusprechen sind, beweist, um wie viel mehr noch im Kriege die Disziplin gesichert sein muß als im Frieden, und § 47 kann im Felde zweifellos keine Anwendung finden. Im Kriege heiligt der Zweck die Mittel, und so ist nach Art. 23 g des 2. Abschnitts des „Abkommens betr. die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 18. Oktober 1907“ (RGBl. 1910, S. 141) die Zerstörung und Wegnahme feindlichen Eigentums für die Regel untersagt, jedoch in den Fällen gestattet, wo die Zerstörung oder Wegnahme durch die Erfordernisse des Kriegs dringend erforderlich ist. So können, wie schon betont, im Felde Befehle, die die Zerstörung oder Wegnahme fremden Eigentums anordnen, das eine Mal gesetzmäßig, das andere Mal gesetzwidrig sein<sup>1)</sup>; noch dazu im jetzigen Krieg, in dem unsere Gegner von einem ius belli infinitum ausgehen, kann diese Unterscheidung überhaupt nicht aufrecht erhalten werden. Niemals kann hier dem gewöhnlichen Soldaten, ja nicht einmal dem Offizier, das Prüfungsrecht nach § 47,

1) Vgl. § 127—136 MStGB.



Z. 2. MStGB. zugestanden werden, das sie auszuüben gar nicht in der Lage sind. Hier ist es die Führung, die anordnet und die blinden Gehorsam verlangt; nur so kann sie ihren Zweck erreichen, und von einem Bewußtsein der eigenen Verantwortlichkeit des Untergebenen vor dem Feinde zu sprechen, wäre unsinnig.

Wenn das Gesetz für Friedenszeiten die Verantwortlichkeit des Untergebenen anerkennt und doch andererseits in den leichten Fällen der strafbaren Handlungen, den Übertretungen, die Disziplin höher stellt als die Rechtsordnung, so kann dieser Grundsatz im Interesse der höchsten Aufgabe, die das Heer zu erfüllen hat, nicht als mit den Prinzipien des Rechts im Widerspruch befindlich bezeichnet werden. § 47 MStGB. stellt im Grunde genommen genau das gleiche Prinzip auf wie der § 13 RBG., daß der Untergebene für die Gesetzmäßigkeit seiner Handlungen verantwortlich ist; daß dieser Grundsatz im militärischen Leben sachlich eine weite Beschränkung erfährt, liegt in der Sache selbst begründet. Und „der Kriminalist wird Verständnis und Patriotismus genug besitzen, um engherzige juristische Bedenken vitalen Interessen der Armee unterzuordnen<sup>1)</sup>“.

---

1) Gretener zum Entwurf eines MStGB. für die schweizerische Eidgenossenschaft, 1886, S. 13.



### Literaturverzeichnis.

- Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. 1820.
- Anschütz, Deutsches Staatsrecht. In Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1904.
- v. Bär, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 3, Berlin 1909: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz.
- Battenberg, Das auf Befehl begangene Verbrechen. In v. Lilienthals strafrechtlichen Abhandlungen, 1916.
- Bauer, Handbuch des Militärstrafrechts. Erlangen 1872.
- Bauer, P., Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene unerlaubte Handlungen. In Hirths Annalen, S. 886 ff., 1902.
- Beling, Lehre vom Verbrechen. 1906.
- Beling, Grundzüge des Strafrechts. 3. Auflage, 1905.
- Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. Breslau 1900.
- Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Bd. 3, 1905.
- Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 7. Auflage, Leipzig 1907.
- Binding, Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885.
- Binding, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1902.
- Birkmeyer, Das Militärstrafrecht. In seiner Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, 1904.
- Bornhak, Preußisches Staatsrecht. 1889.
- Bornhak, Grundriß des Verwaltungsrechts. 1906.
- Bolze, Über den Begriff der Rechtmäßigkeit in § 113 des RStGB. In Goltdammers Archiv-Strafrecht, Bd. 23.



- Buchmann, Ist der Staatsbeamte verpflichtet, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen? Breslau, Dissertation 1909.
- v. Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. 1891.
- Codex juris Bavari criminalis von 1751. München 1771.
- Constitutio criminalis Theresiana von 1768. Wien 1769.
- Corpus juris canonici. Ausgabe von Richter-Friedberg. Leipzig 1879, 1881.
- Dangelmaier, Militärrechtliche und militäretische Abhandlungen. Wien und Leipzig 1893: Die Bedeutung des militärischen Befehls für das Militärstrafrecht.
- Dietz, Handwörterbuch des Militärrechts. Rastatt 1912.
- Döderlein, Die mittelbare Täterschaft de lege lata und de lege ferenda. Straßburg, Dissertation 1911.
- Dörfel, Die Gehorsamspflicht des Beamten gegenüber rechtswidrigen Dienstbefehlen. Greifswald, Dissertation 1909.
- Dohna, Graf zu, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. Halle 1905.
- Ebermayer, Der Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. 1914.
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
- Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
- Eulambio, Der rechtswidrige Befehl und der Widerstand gegen die Staatsgewalt, insbesondere nach dem § 113 des RStGB. Berlin 1914.
- Flesch, Zur Lehre von der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt. Tübingen, Dissertation 1906.
- Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 11. bis 14. Auflage, Tübingen 1914.
- Freund, Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen nach dem Rechte des



- Deutschen Reiches und der größeren Gliedstaaten desselben. Archiv für öffentliches Recht, Bd. 1, S. 124 ff., 1886.
- Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs. Berlin 1911.
- Giehler, Das Prüfungsrecht des Staatsbeamten gegenüber Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten. Hirschberg i. Schl. 1912.
- Girginoff, Der bindende Befehl im Strafrecht. Leipzig, Dissertation 1904.
- Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet. 1808.
- Größler, Der Schranken der Gehorsamspflicht der Beamten. Heidelberg, Dissertation 1908.
- Hänel, Deutsches Staatsrecht. Leipzig 1892.
- Hecker, Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts. Stuttgart 1887.
- Heilborn, Die Pflicht des preußischen und des Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle. In der Festschrift für Otto Gierke, Weimar 1911.
- Herzfelder, Gewalt und Recht: Eine Untersuchung über den Begriff des Gewaltverhältnisses.
- Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Auflage, 1905.
- Jellinek, Das Recht des modernen Staats. Bd. 1: Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, 1905.
- Kallina, Notwehr gegenüber Amtshandlungen. 1898.
- v. Kirchenheim, Die Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstlichem Gehorsam rechtswidrige Anordnungen seiner vorgesetzten Behörde vollziehenden Unterbeamten. Im Gerichtssaal, Bd. 30, S. 192 ff., 1878.
- Kleinfeller, In der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bd. 1, 1908.
- v. Koppmann-Weigel, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. München 1903.



- Köhler, Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum. München 1904.
- Kröll, Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht. Breslau, Dissertation 1904.
- Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 4 Bände, 1901, 1907, 1911, 1913.
- Lewkowicz, Die Verpflichtung des Staatsbeamten, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen. Breslau, Dissertation 1911.
- Liste, Die Gehorsamspflicht des Beamten. Heidelberg, Dissertation 1909.
- v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 19. Auflage, Berlin 1912.
- Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.
- Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Auflage, Leipzig 1912.
- Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1905.
- O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 2, 1896.
- M. E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten. In der Festschrift für Laband. Tübingen 1908.
- v. Nostiz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams. Leipzig, Dissertation 1905.
- Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1912.
- Perels und Spilling, Das Reichsbeamtengesetz. Berlin 1906.
- Rissom, Der rechtswidrige Befehl. In Steidles militärrechtlichen Studien. Festschrift zum 1. Oktober 1910. Mannheim und Leipzig 1910.
- Rönne-Zorn, Preußisches Staatsrecht. 5. Auflage.
- Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß. Berlin 1902.
- Schneider, Inwieweit bilden für den Staatsbeamten und inwieweit für den Soldaten die Gesetzwidrigkeit des Befehls eine Schranke der dienstlichen Gehorsamspflicht? Heidelberg, Dissertation 1911.



- Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1874.
- v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht. Freiburg und Leipzig 1895 und 1896.
- Sülflow, Der Befehl im Strafrecht. Heidelberg, Dissertation 1910.
- Thielke, Gesetz und Schuld der Staatsbeamten und der Soldaten bei gesetzwidrigen Befehlen der Vorgesetzten. Königsberg, Dissertation 1911.
- Tiessen, Die strafrechtlichen Wirkungen des rechtswidrigen Befehls. Königsberg, Dissertation 1911.
- Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch: Begründung. Berlin 1909.
- Wachenfeld, Strafrecht. In Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Bd. 1, 1904.
- Weiffenbach, Militärstrafrecht. Ebendort, Bd. 2.
- Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 99, S. 1 ff.
- Zorn, Staatsrecht des Deutschen Reichs. Bd. 2, 2. Auflage, 1895—97.









### Verzeichnis der angewandten Abkürzungen.

- A.P.L. = Allgemeines Preußisches Landrecht.  
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.  
GVG. = Gerichtsverfassungsgesetz.  
MStGB. = Militärstrafgesetzbuch.  
RBG. = Reichsbeamten-gesetz.  
Reg.-Bl. = Regierungsblatt.  
RGE. = Reichsgerichtsentscheidung (in Strafsachen).  
RStGB. = Reichsstrafgesetzbuch.  
RV. = Reichsverfassung.  
Str. = Strafsachen.
-







## Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Öffentliches Recht und Privatrecht . . . . .	5
§ 2. Wesen und Begriff des Befehls, materielle Rechts- widrigkeit . . . . .	8
I. Der Beamtendienst.	
A. Gehorsamspflicht des Beamten.	
§ 3. Allgemeines, Begriff der formellen Rechtmäßigkeit .	17
§ 4. Die Remonstrations- theorie . . . . .	24
§ 5. Theorie des formellen Prüfungsrechts . . . . .	29
§ 6. Modifikationen des formellen Prüfungsrechts, die un- beschränkte materielle Prüfungsrechtstheorie . . .	34
§ 7. Eigene Stellungnahme . . . . .	42
B. Verantwortlichkeit.	
§ 8. Allgemeines . . . . .	49
§ 9. Juristische Begründung der Unverantwortlichkeit des den bindenden Befehl ausführenden Beamten . . .	51
§ 10. Verantwortlichkeit des Befehlenden . . . . .	59
§ 11. Der unverbindliche Befehl, Irrtum . . . . .	63
§ 12. Anhang (§ 113 RStGB. und Stellungnahme des Gegen- entwurfs) . . . . .	68
II. Der Militärdienst.	
§ 13. Allgemeines . . . . .	74
§ 14. Die Grenzen der Gehorsamspflicht für den Soldaten	80
§ 15. Allgemeine strafrechtliche Bedeutung des Befehls .	88
§ 16. Der unverbindliche Befehl . . . . .	92
§ 17. Anhang (Gehorsamspflicht und Verantwortlichkeit des Soldaten im Krieg) . . . . .	99



4

BLB Karlsruhe



52 00520 8 031





### Lebenslauf.

In Öhringen (Wrttbg.) am 16. Mai 1892 geboren, besuchte ich das dortige Progymnasium und das Gymnasium zu Heilbronn, wo ich im Jahr 1911 die Reifeprüfung ablegte. In Heidelberg, München und Tübingen studierte ich Rechtswissenschaft.

Nach Ausbruch des Kriegs trat ich als Kriegsfreiwilliger ins Heer ein und wurde Sommer 1915 bei den Kämpfen um Ypern verwundet. Während des durch diese Verwundung notwendig gewordenen Lazarettaufenthalts legte ich im Frühjahr 1916 meine Referendarprüfung in Tübingen ab.

Im Winter 1916 marschierte ich zum zweiten Male aus. Während meines infolge militärischer Umgruppierungen erfolgten vorübergehenden Aufenthalts in Deutschland bestand ich am 26. Oktober 1917 in Heidelberg die mündliche Doktorprüfung.

---



Lebenslauf

In Osnabrück (Werra) am 10. Mai 1882 geboren.  
Besuchte die dortige Bürgerschule und das Gymnasium zu Heilbronn, wo ich im Jahr 1901 die Reifeprüfung ablegte. In Heilbronn, München und Tübingen studierte ich Rechtswissenschaften.  
Nach Abschluss des Studiums trat ich als Hilfsreferendar in das dortige Landgericht ein und wurde Sommer 1907 bei dem Kampf um Tübingen verwundet. Während der durch diese Erkrankung hervorgerufenen Genesung habe ich gelegentlich die 1907 erschienene Heftausgabe der Tübingen an.  
Im Winter 1908 wurde ich zum zweiten Male aus Würzburg in meine Heimat zurückgeführt. Um meine Genesung zu fördern, wurde ich in den Winter 1909 in die Heilbronn-Landwehr eingezogen. Dort wurde ich am 20. Oktober 1911 in Heilbronn die männliche Dienstpflicht erfüllt.