

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

§ 2. Wesen und Begriff des Befehls, materielle Rechtswidrigkeit

urn:nbn:de:bsz:31-39965

§ 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 aufgefaßt¹⁾. 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 Untertans²⁾.“ 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 verschwunden¹⁾.“

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 Untertanenpflichten²⁾“ 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 Beamtenorganismus 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 Vorbehalt. Daraus können wir die allgemeinste Grenze für die Gehorsamspflicht des Staatsdieners ziehen, die Schmitthenner¹⁾ treffend damit charakterisiert, daß „die Herrschaft des Gewalthabers gegenüber den Gewaltunterworfenen 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 rechtlichen 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, Ermahnung, Gewährung, Rat, Antrag, Ersuchen, Aufforderung, Forderung, zu unterscheiden²⁾. 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 Laband¹⁾ 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. Mayer¹⁾ (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 Befohlenes 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)¹⁾.

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 leisten¹⁾.“ 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).
