

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

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

urn:nbn:de:bsz:31-39965

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

Das Delikt ist eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhafte 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 schuldhafte, 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.¹⁾ 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 ausübt¹⁾.“ Es ist also die Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes durch eine nicht rechtswidrige Handlung²⁾. 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 Ansicht¹⁾ 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. Kleinschrod²⁾ 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“. Tittmann¹⁾ spricht den Befehlsunterworfenen nur dann „außer aller Schuld“, wenn der Befehl „der Nötigung gleich“ gewesen ist. Und Geyer führt in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts²⁾ 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. Calker¹⁾ 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 Battenberg²⁾ 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 Gedankens¹⁾, 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 Erwägungen²⁾: „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 Untergebenen¹⁾; 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 Unrechtausschließungsgrund¹⁾; 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.