

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

§ 11. Der unverbindliche Befehl, Irrtum

urn:nbn:de:bsz:31-39965

§ 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 irriige 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.