

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

B. Verantwortlichkeit

urn:nbn:de:bsz:31-39965

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, 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.

§ 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 Requisite. 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“¹⁾. 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 Gehorsamspflicht im Auge hat²⁾. Das Reichsgericht³⁾ 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 vorliegt¹⁾).

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 irri- ge 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. strafbar¹⁾. 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 aus²⁾.

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 Binding¹⁾ 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 Auffassung²⁾ 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 unzulässig³⁾, 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 Reichsgericht¹⁾ 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 Theorie¹⁾ 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.