

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

§ 16. Der unverbindliche Befehl

urn:nbn:de:bsz:31-39965

§ 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 Reichsmilitärgericht¹⁾ 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 wird²⁾, 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 sein¹⁾. 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 findet¹⁾“. 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 Verantwortlichkeit¹⁾, 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 Meinung²⁾ 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. Calker³⁾

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 Motive¹⁾ 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 Generalauditoriums²⁾ 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 rütteln¹⁾“. 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.