

Zeitschrift: ASMZ : Sicherheit Schweiz : Allgemeine schweizerische Militärzeitschrift

Herausgeber: Schweizerische Offiziersgesellschaft

Band: 124 (1958)

Heft: 9

Artikel: Zum Wesen des militärischen Befehls

Autor: Weber, Rudolf

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-27906>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 02.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

- punkt rechts und der Mg, – Einsatz der Reserve – Rak.Rohrtrupps zur Bekämpfung der Pz.
- d. Einbruch im Stützpunkt rechts; Räumung eines Gruppennestes: Abriegelung durch Mg. und die Lmg. aus den noch intakten Teilen des Stützpunktes rechts – Gegenangriff und Wiederbesetzung des Gruppennestes durch die Reservegruppe mit sofortiger Abwehr des nachstoßenden Feindes.
- Die Phasen b, c und d wurden mit scharfen Handgranaten durchgeführt.
8. Nach Aufhören der Angriffe: Aussenden von Patrouillen – Wiederbesetzung der Vorposten – Ruhe.
Abbruch der Übung.
Dauer ohne An- und Wegmarsch zirka 8 Stunden, wovon 4 am Tag und 4 in der Nacht.

Zum Wesen des militärischen Befehls

Von Lt. Rudolf Weber

Es ist jedem Wehrmann hinlänglich bekannt, daß die Vorschriften, nach welchen sich das militärische Leben abspielt, in manchen Beziehungen grundlegend verschieden sind von den Normen, die unser Zivilleben regeln. Vorgesetzte und Untergebene sollten über die rechtliche Tragweite dieser Unterschiede einigermaßen Bescheid wissen. Nur so kann sich der Militärdienstbetrieb in einem geordneten Rahmen abspielen.

Es geht in diesen Überlegungen um einen Unterschied, der dem Betrachter sofort in die Augen springt, wenn er das zivile mit dem militärischen Leben vergleicht: Im *Zivilleben* stehen die einzelnen Rechtsgenossen prinzipiell alle auf *gleicher Stufe*. Sie regeln ihre Beziehungen zueinander vor allem durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte. Das Spezifische beim *militärischen Leben* dagegen ist die Herrschaft des *Prinzipes der Über- und Unterordnung*. Die Glieder der Hierarchie regeln ihre Beziehungen untereinander nicht mehr durch Verträge, sondern durch Befehle. Gemeinsam für beide Rechtsgebiete ist die Tatsache, daß die Rechtsordnung selbst einen wesentlichen Teil der Verhaltensnormen setzt.

Zu dieser Erkenntnis ist aber sogleich ein Vorbehalt anzubringen, denn sie gilt nicht uneingeschränkt. Auf der einen Seite ist es nicht so, daß man im Zivilleben sein Tun und Lassen ausschließlich durch Übereinkünfte

kraft Privatautonomie regeln kann. Die verschiedenen Beziehungen des Bürgers zum Staate richten sich zum großen Teil nach dem hierarchischen Prinzip. Auf der andern, der militärischen Seite, herrscht ebenfalls nicht ausschließlich das Überordnungsprinzip. Dieses Prinzip gilt im Militärdienst nur, wenn eine *zusätzliche positive Voraussetzung* erfüllt ist. Das Militärkassationsgericht hat im Entscheid vom 18.3.1952 in Sachen Willmann diese hochwichtige Grundregel festgehalten: «Durch den Eintritt in das Heer wird nach rechtsstaatlicher Auffassung die Privatsphäre nur insoweit eingeschränkt, als es der Zweck der Anstalt erfordert. Gebote und Verbote können dienstlich nur insofern gerechtfertigt werden, als sie dem Zweck des Heeres und der Erhaltung der Disziplin als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes dienen.» Wenn es sich im militärischen Leben um Angelegenheiten handelt, wo diese positive Voraussetzung nicht gegeben ist, spielt das Prinzip der Hierarchie nicht. Die Befehle sind nicht verbindlich; ihre Mißachtung stellt keinen Ungehorsam dar.

Die juristische Erfassung dieses Prinzips der Über- und Unterordnung geschieht durch die Diskussion des *Begriffes des militärischen Befehls*. Dabei stellt man mit Erstaunen fest, wie kontrovers hier die Ansichten bis heute geblieben sind. Nicht der normale Fall der Befehlserteilung und -ausführung bereitet Schwierigkeiten, sondern die Fälle von vorschriftswidrigen Befehlen. Die verschiedenen Verwirrungen in den juristischen Erörterungen des Themas sind erklärbar. Im Gegensatz zum normalen rechtmäßigen Befehl, der seine Regelung im Verwaltungsrecht findet, spielen beim vorschriftswidrigen Befehl sofort immer auch strafrechtliche Aspekte mit. Wenn das Verwaltungsrecht eine Hierarchie regelt, laufen die Rechtsnormen auf eine strenge Über- und Unterordnung hinaus; bei der strafrechtlichen Betrachtung spielt es prinzipiell keine Rolle, welche Stelle der Hierarchie eine strafbare Tat begangen hat. Es ist nun klar, daß es zu Schwierigkeiten kommen kann, wenn Domänen, die normalerweise vom hierarchischen Prinzip aus ins Auge gefaßt werden – in unserem Falle Gehorsampflicht und Befehlsgewalt –, plötzlich nach dem strafrechtlichen Prinzip der gleichen Ebene für alle Rechtsgenossen untersucht werden. Es sei versucht, einen Überblick über diese immer wieder diskutierten Fragen zu geben.

Der Begriff des Befehls

Eine Definition ermöglicht es, den zu besprechenden Begriff von andern, ähnlichen abzugrenzen. So ist z. B. eine Abgrenzung zum Begriff der allgemeinen Dienstvorschrift nötig, wenn sich die Frage stellt, ob eine strafbare Handlung unter MStG Art. 61 oder Art. 72 subsumiert werden muß.

In der schweizerischen Literatur findet man meistens nur wenig nützliche Formulierungen: Schoch Robert: *Der Ungehorsam im schweizerischen Militärstrafrecht*. Diss. Bern 1943; S. 19: Befehl ist «eine mit der Tendenz zur Zwangsverwirklichung ausgestattete Willensäußerung jemandes, durch die eine zu diesem im Verhältnis tatsächlicher, rechtlicher oder vermeintlicher Unterordnung stehende Person zu einem Tun oder Unterlassen angehalten wird.» Ernst Wilhelm: *Das Handeln auf Befehl im Militärstrafrecht*. Diss. Zürich 1923, S. 3: «Befehl ist die Willensäußerung einer Person gegenüber einer andern zu ihr in einem Subordinationsverhältnis stehenden und deshalb zum Gehorsam allgemein verpflichteten, daß diese irgend etwas tun oder unterlassen solle.»

Die begriffswesentlichen Elemente sind aber schon genügend bestimmt, wenn man den Befehl als individuell-konkrete Norm umschreibt, die von einer Stelle der militärischen Hierarchie an eine andere gerichtet ist. Allgemeine Dienstvorschriften wären dagegen als generell-abstrakte Normen anzusehen.

Zwei Zitate mögen zeigen, wie die Meinungen auseinandergehen über das Verhältnis von sich widersprechenden Befehlen und allgemeinen Dienstvorschriften: «Daraus darf nun aber nicht gefolgert werden, daß die Dienstvorschrift den ihr widersprechenden Befehl einfach aufhebt. Der Dienstbefehl schöpft seine Verbindlichkeit aus der Kommandogewalt, er kann deshalb als Widerspruch neben der Vorschrift bestehen, wie ein rechtskräftiges richterliches Urteil im Interesse der Rechtssicherheit vollstreckbar ist, auch wenn es gegen das Gesetz verstößt. Nach dem Grundsatz, daß Spezielles Generelles bricht, müßte vielmehr der Befehl der Vorschrift vorgehen»¹.

«Sobald der Befehl des Vorgesetzten rechtswidrig ist, so hört für den Untergebenen die Gehorsampflicht auf. Dasjenige Recht, das durch den Willen des gesamten Volkes sanktioniert wurde, hat den Vorrang vor der Willkür des einzelnen Volksgenossen»².

Die rechtmäßige Befehlserteilung

Der normale Fall der Befehlserteilung und -ausführung bereitet wie erwähnt keine Schwierigkeiten: Der Vorgesetzte gibt einen Befehl, für den er erstens zuständig ist und zweitens dessen Ausführung keine Rechtsnorm verletzt. Ein so beschaffener Befehl ist für den Untergebenen immer

¹ Säker, Otto, «Der Fourier». 1953, S. 295 ff. Zum Problem des rechtswidrigen Befehls.

² Eberle, Karl, «Der militärische Befehl als Schuldausschließungsgrund». Diss. Bern 1930, S. 42.

verbindlich; er handelt auch immer rechtmäßig, wenn er dem Befehl gehorcht. Möge das Resultat seiner Handlung sein wie es wolle, der Untergebene hat immer einen Rechtfertigungsgrund und nicht nur einen Schuld-ausschließungsgrund. Das eindrücklichste Beispiel, das deshalb auch überall angeführt wird, ist der Scharfrichter, der auf Befehl des Gerichts eine Hinrichtung ausführt.

Ein Beispiel aus dem militärischen Bereich finden wir in den Bundesgerichtsentscheiden (BGE 47 II 554): Während der Grenzbesetzung im ersten Weltkrieg wurden in der Nähe der Grenze drei Wachtposten hintereinander im Abstand von etwa 30 Meter aufgestellt, die den Verkehr zu kontrollieren hatten. Der erste Posten hatte den Befehl, Halt zu rufen; der zweite sollte Schreckschüsse abgeben; und als letztes Mittel sollte der dritte auf ein nicht anhaltendes Fahrzeug schießen. In der Folge wurde nun ein Automobilist, der sein Fahrzeug auf die vorangegangenen Haltrufe und Schreckschüsse nicht angehalten hatte, durch eine Kugel getötet. Hier hatte der Schütze, wie es auch das Bundesgericht mit Recht annahm, einen Rechtfertigungsgrund. Das Resultat war ein rechtmäßiges. In einem solchen Fall können Rechtsnormen aus dem Verwaltungsrecht Handlungen, die an und für sich Tatbestände des Strafrechts sind, zu rechtmäßigen Handlungen umwandeln. Falscher Ansicht ist m. E. zu diesem Fall der Kommentar Comtesse zum MStG. Er sieht diesen Entscheid im Rahmen des Art. 18 MStG (Handeln auf Befehl), der aber nicht angewendet werden darf, weil dort die Voraussetzung ein rechtswidriger Befehl ist (a. a. O. S. 58).

In der Regel ist es immer eine Sache des Verwaltungsrechtes, den Umfang der Befehlsgewalt und der Gehorsamspflicht sowohl formell wie auch materiell zu umschreiben. Bezuglich der Gehorsamspflicht ist allerdings eine Einschränkung zu machen, weil es einen rechtswidrigen bindenden Befehl im Militärrecht nicht geben kann.

Der rechtswidrige Befehl

Wenn ein Vorgesetzter einen rechtswidrigen Befehl erläßt, so knüpft sich sofort die Frage an: Ist ein solcher Befehl verbindlich?

Wenn er als *verbindlich* angesehen wird, ist die Folge davon, daß der Untergebene, der ihn befolgt, nicht dafür bestraft werden kann. Ob er aber einen Rechtfertigungsgrund (so Ernst a. a. O. S. 37) oder einen Schuld-ausschließungsgrund (so Mezger Edmund, Strafrecht. 3. A. Berlin 1949, S. 226 und 370) für sich beanspruchen kann, ist eine umstrittene Frage.

Ist ein solcher rechtswidriger Befehl *nicht verbindlich*, so steht die Frage immer noch offen, ob der ausführende Untergebene sich strafbar macht und unter welchen Umständen. Ein Rechtfertigungsgrund kommt hier auf alle

Fälle nicht in Frage, wohl aber ein Schuldausschließungsgrund oder nur ein Strafausschließungsgrund. (Ein Strafausschließungsgrund liegt vor, wenn trotz widerrechtlichem und schuldhaftem Handeln von einer Bestrafung abgesehen wird.) Bei diesem rechtswidrigen und nicht verbindlichen Befehl gibt es wieder verschiedene Möglichkeiten:

1. Der Untergebene wußte von der Rechtswidrigkeit und wußte auch, daß der Befehl unverbindlich war. Als Beispiel möge man sich etwa einen militärischen Vorgesetzten vorstellen, der während einer Marschpause einem seiner Untergebenen befiehlt, aus dem anliegenden Garten Äpfel für seine Leute zu stehlen. Der Untergebene ist als Mittäter strafbar wie der Vorgesetzte als Mittäter und nicht nur als Anstifter (wie es im bürgerlichen Recht der Fall wäre) strafbar ist. Der Untergebene hat aber einen Strafmilderungsgrund oder einen Anspruch auf Verzicht auf Strafe (Strafausschließungsgrund) gemäß MStG Art. 18 II.

Begeht allerdings der Untergebene ein Mehreres an strafbarem Handeln als ihm befohlen wurde, so ist er dafür allein verantwortlich; für diesen Teil der Straftat kann er auch nicht den für ihn günstigen Art. 18 II MStG heranziehen. In unserem Beispiel läge ein solcher Fall vor, wenn der Untergebene nicht nur die Äpfel gestohlen, sondern zwecks Brennholzbeschaffung auch noch den ganzen Baum umgesägt hätte.

Wenn umgekehrt der Befehlsempfänger hinter dem Befehl zurück bleibt, so ist dem Befehlenden der nicht ausgeführte Teil des Befehls als Versuchzurechnen. Dieser Fall würde dann eintreten, wenn der Untergebene statt aller am Baum hängenden nur die in der Wiese liegenden Äpfel holen würde.

2. Der Untergebene wußte wohl, daß der Befehl auf ein rechtswidriges Verhalten ging, er glaubte aber an seine Verbindlichkeit. Hier greift im Militärstrafrecht nicht Art. 18 MStG ein, sondern es liegt ein Rechtsirrtum vor. Der Täter hat also lediglich einen Strafausschließungs- oder Strafmilderungsgrund (MStG Art. 17). Es ist hier eine besondere Art von Irrtum, man könnte sagen qualifizierter Irrtum; denn nicht nur hat er geglaubt, er sei zur Tat berechtigt, er hat auch geglaubt, er sei zur Nichttat nicht berechtigt. Ob dann im konkreten Fall wirklich zureichende Gründe angenommen werden, hängt von den einzelnen Umständen ab.

3. Der Untergebene hat nicht gewußt, daß der Befehl rechtswidrig war, und glaubte, was sich zwingend daraus ergibt, auch an seine Verbindlichkeit. Hier haben wir den Schuldausschließungsgrund des Art. 18. Der Befehlende ist – und zwar als mittelbarer Täter – allein strafbar.

An dieser Stelle erhebt sich sofort die Frage: Hat der Untergebene nicht eine *Prüfungspflicht*, und wie weit ginge eine solche Prüfungspflicht? Hat er zu untersuchen, ob ein Befehl, den er ausführen muß, wirklich allen Vor-

schriften entspricht? Im Militärstrafrecht gibt es nun keine auch noch so bescheidene Prüfungspflicht; denn sonst würde der zitierte Art. 18 MStG heißen: «oder hätte sich bewußt sein müssen». Im zivilen Strafrecht gibt es keinen speziellen Schuldausschließungsgrund für den nicht bindenden rechtswidrigen Befehl. Somit muß man auf den Rechtsirrtum greifen. Hier aber besteht eine Prüfungspflicht für den Beamten. Erfüllt er diese nicht in genügendem Maße, so kann er nämlich nicht auf seine «zureichenden Gründe» weisen.

Im Militärrecht ist dies nicht so geregelt, weil dort ein vermehrtes Bedürfnis für rasches Funktionieren und reibungslose Befehlausführung besteht. Wir haben uns aber noch zu fragen, ob hier wenigstens ein *Prüfungsrecht* bestehe. Ein solches Prüfungsrecht besteht, obwohl von militärischer Seite gelegentlich der Versuch gemacht wird, dieses Recht einzuschränken.

Gibt es einen bindenden rechtswidrigen Befehl?

Kann es in einer Rechtsordnung wirklich bindende rechtswidrige Befehle geben? Wir verstehen hier unter diesem Begriff nur die sogenannten *materiell* rechtswidrigen Befehle. In Deutschland wurde diese Frage allgemein bejaht, und auch in der Schweiz vertreten viele Autoren diesen Standpunkt. Dabei wird etwa wie folgt argumentiert: «Natürlich will der Rechtsordner grundsätzlich nicht, daß Normen übertreten werden. Aber es kann vorkommen, daß er ihre Verletzung und der durch sie geschützten Interessen ausnahmsweise in Kauf nimmt, wenn es gilt, unverhältnismäßig wichtige Interessen zu erhalten»¹. Ähnliche Überlegungen werden im folgenden Zitat angestellt: «Das Ganze läuft auf eine Interessenabwägung durch den Rechtsordner hinaus: Ziehe ich vor, daß in einem bestimmten Gewaltverhältnis nur rechtmäßige Befehle ausgeführt werden, wenn auch die Befehlausführung eine Verzögerung erleidet und vielleicht sogar Meinungsstreitigkeiten über gewisse Befehle auftreten? – oder ist es mir in einem bestimmten Gewaltsverhältnis lieber, daß die Organe rasch, prompt und reibungslos arbeiten, wenn auch ausnahmsweise einmal ein rechtswidriger Befehl ausgeführt wird? Entscheidet sich der Rechtsordner für den letzteren Fall, so wird er den verbindlichen rechtswidrigen Befehl anerkennen müssen. Somit wird der Untergebene einen Befehl ausführen müssen, ob die Erteilung des betreffenden nun erlaubt sei oder nicht. Haupt-sache ist, daß der Befehl ohne Zögern ausgeführt wird»².

¹ Jansen, «Die Pflichtenkollision im Strafrecht». 1930, S. 107.

² Hofmann, Emil, «Der rechtswidrige, insbesondere der verbindliche rechtswidrige Befehl». Diss. Bern 1937, S. 28.

Der Autor dieses zweiten Zitats, Hofmann, sieht nun³, daß aus diesen Annahmen logisch sich die Rechtmäßigkeit der Handlung der Untergebenen ergeben muß. Er greift daher zu einem fragwürdigen Kniff, um das Resultat seiner Theorie einigermaßen plausibel zu machen: «Mag daher bei der Ausführung eines verbindlichen rechtswidrigen Befehls die Handlung des Untergebenen eine rechtmäßige sein, der aus ihr entspringende Zustand ist auf alle Fälle rechtswidrig.» Es gibt auch eine Theorie, die im verbindlichen rechtswidrigen Befehl einen Entschuldigungsgrund sieht (Battenberg, Das auf Befehl begangene Verbrechen. Breslau 1916). Diese Theorie wird von Hofmann mit Recht verworfen: «Nur schon vom moralischen Standpunkt aus ist diese Theorie zu bekämpfen, wenn wir uns ver gegenwärtigen, daß der Untergebene wohl einerseits verpflichtet ist, in Erfüllung einer Rechtspflicht den Befehl auszuführen, daß er aber anderseits die Gewißheit hat, rechtswidrig gehandelt zu haben.»

Eine Stelle aus dem Kommentar Schwinge zum deutschen Militärstrafrecht (2. A. Berlin 1939, S. 121) zeigt, wie sehr die deutsche Theorie auf dem Boden der rechtswidrigen und trotzdem verbindlichen Befehle steht: «Die Pflicht, dienstlichen Befehlen zu gehorchen, geht der Pflicht, fremde Rechtsgüter zu achten, vor, weil dem Staat das Interesse an strikter Wahrung jederzeitiger Schlagfertigkeit des Heeres wichtiger ist als das Interesse an Einhaltung der Strafrechtsordnung.» Auf der andern Seite aber findet man dann wieder die erstaunliche Stelle im Kommentar Dietz zur deutschen Disziplinarstrafordnung (14. A. Leipzig 1941! S. 42): «Es gibt aber nach deutschem Militärstrafrecht unbestritten keinen blinden Gehorsam.»

Nun unsere persönliche Meinung zu dieser Frage: Es scheint uns, man könne klar zeigen, daß der rechtswidrige bindende Befehl etwas ist, was gar nicht existieren kann, weil er gegen die notwendige Logik im Rechtssystem verstößt. Gegen die Verbindlichkeit widerrechtlicher Befehle ist auch F. Comtesse. Der Kommandant und seine Dienstchefs ASMZ 1947, 576): «Verlangt aber der Kommandant von seinem Dienstchef ein rechtswidriges Verhalten, d. h. ein Vergehen, das mit den gesetzlichen oder reglementarischen Anordnungen im Widerspruch steht und nicht durch einen Notstand irgendwelcher Art gerechtfertigt wird, so befindet sich der Dienstchef in der Lage, in die jeder Soldat geraten kann: der rechtswidrige dienstliche Befehl ist unverbindlich (MStG Art. 18); der Gehorsam ist zu verweigern, wenn der Befehlsempfänger sich bewußt ist, daß er sonst bei einer Straftat mitwirken würde.»

Das Problem des rechtswidrigen verbindlichen Befehles kann eben

³ a. a. O. S. 81.

weder durch die Konstruktion eines Rechtfertigungsgrundes noch durch einen Schuldausschließungsgrund gelöst werden. Für die Kritik des Entschuldigungsgrundes sei auf die oben angeführte Argumentation Hofmanns verwiesen. Aber sein eigener Lösungsversuch ist nun ganz offensichtlich falsch, wenn er sagt, in einem solchen Fall sei wohl die Handlung rechtmäßig, aber der Erfolg rechtswidrig. Eine solche Trennung ist bei der juristischen Betrachtung nicht möglich.

Die Rechtsordnung ist eine Ordnung von Sollvorschriften, die dem Rechtssubjekt in jeder möglichen Lebenslage Imperative vorhält, was getan werden soll, und manchmal auch, was nicht getan werden soll. Wenn sich das Rechtssubjekt gemäß solchen Normen verhält, muß das Resultat ein rechtmäßiges sein; das liegt ja schon in der Definition. Eine rechtmäßige Handlung ist die Handlung, die sich nach den Rechtsnormen richtet, die die Rechtsordnung im konkreten Fall dem Rechtssubjekt vorschreibt. Auch das Resultat einer solchen Handlung muß rechtmäßig sein, weil wie erwähnt Handlung und Resultat der Handlung bei der Betrachtung nicht getrennt werden können. Umgekehrt gesehen kann ein Verhalten, wenn es sich als rechtswidrig erweist, gar nicht aus ausschließlichm Einhalten von Rechtsvorschriften resultieren. Auch das ergibt sich aus der Definition. Wenn trotzdem auf einem Rechtsgebiet uns scheinbar ein solches Resultat begegnet, so ist bei näherer Überprüfung entweder das Resultat nicht rechtswidrig (auf welches Ergebnis Comtesse in der oben erwähnten Kritik von BGE 47 II 180/554 hätte kommen sollen), oder die Rechtsnormen, auf die man sich gestützt hat, sind gar keine geltende Normen. In unserem Falle, beim sogenannten rechtswidrigen bindenden Befehl, ist das Resultat zweifelsohne ein rechtswidriges; denn der Vorgesetzte hat ja den Befehl zu einer Gesetzesverletzung gegeben. Also müssen die Normen, welche die Verbindlichkeit solcher Befehle statuieren, ungültig sein.

Ähnliche Überlegungen macht auch Schalcher in einem Aufsatz über die Rechtsstellung des QM, «Der Fourier», Februar 1947, S. 33: «Kein Kommandant ist befugt, die bestehende Gesetzgebung abzuändern. An dieser Grenze macht in einem Rechtsstaat die Kommandogewalt halt oder, anders ausgedrückt, die bestehende Gesetzgebung geht der Kommandogewalt vor. Demzufolge ist es ohne weiteres klar, daß der Kommandant keine Befehle erlassen darf, die militärverwaltungsrechtliche Vorschriften verletzen. Würden trotzdem in Kommandobefehlen solche Vorschriften verletzt, dürfte sie der QM nicht ausführen. Durch ihre Ausführung würde eine Widerrechtlichkeit bewirkt. Eine Widerrechtlichkeit zu begehen oder zu einer solchen Hand zu bieten, darf aber niemandem zugemutet werden. Die Auflehnung gegen rechtswidrige Befehle kann deshalb keine Insub-

ordination bedeuten. Würde er rechtswidrigen Befehlen Folge leisten, würde er, wenn die Rechtsverletzung unter Strafe gestellt wäre, sich mitstraffällig machen. Er könnte sich nicht etwa durch Berufung auf den Kommandobefehl befreien; denn ein rechtswidriger Befehl verleiht keinen Rechtsschutz.» Der letzte Satz dieses Zitates stimmt allerdings nicht mehr; denn gemäß MStG Art. 18 kann der rechtswidrige Befehl entweder einen Strafausschließungsgrund oder einen Schuldausschließungsgrund enthalten.

Die Rechtswidrigkeit

Nach diesen Erörterungen über die Verbindlichkeit von rechtswidrigen Befehlen soll zur Rechtswidrigkeit selbst einiges gesagt werden. Denn auch dazu findet man in der Literatur widersprechende und zum Teil ganz unrichtige Auffassungen.

Wenn man von einem rechtswidrigen Befehl spricht, kann das zweierlei heißen:

1. Man untersucht die Befehle lediglich auf die Kompetenzfrage: es befiehlt ein Höherer einer andern Einheit einem Soldaten, er müsse sofort und noch während des Ausgangs ins Kantonnement zurück; oder es befiehlt ein Kompagniekommandant, die Leute seiner Kompagnie hätten im Ausgang schwarze Schuhe zu tragen. Ein solcher, ohne die nötige Kompetenz erteilter Befehl ist ein *formell rechtswidriger Befehl*. Er verletzt die Kompetenznormen der Hierarchie. Aber die Ausführung eines solchen Befehls braucht nicht einen Straftatbestand zu erfüllen. Wenn wir oben die Auffassung vertreten haben, rechtswidrige Befehle könnten aus logischen Gründen nicht verbindlich sein, so muß hier die erwähnte Einschränkung gemacht werden, daß bei diesen nur formell rechtswidrigen Befehlen es dem Verwaltungsrecht freisteht, die Verbindlichkeit festzulegen oder nicht. Hier entsteht nämlich kein logischer Widerspruch. Im schweizerischen Recht sind auch diese Befehle im allgemeinen nicht verbindlich.

Ein instruktives Beispiel dazu kann dem eingangs erwähnten Urteil des Kassationsgerichtes entnommen werden: Ein Kompagniekommandant verbot unter seinen Rekruten die Aufnahme und Gewährung von Darlehen und bestrafte die Nichteinhaltung dieses Verbotes disziplinarisch; er wollte damit den Diebstählen in der Kompagnie Einhalt gebieten. Ein solcher Befehl ging über die Kompetenz des Kompagniekommandanten. Es war also unzulässig, einen Rekruten disziplinarisch zu bestrafen, der trotz dieses Befehles seinen Kameraden Darlehen gewährte.

2. Man untersucht lediglich die Rechtmäßigkeit der auszuführenden Handlung, d. h. die Frage, ob sie einen Straftatbestand erfüllt oder nicht.

Zu sagen ist, daß die *materiell rechtswidrigen Befehle* zugleich immer formell rechtswidrige Befehle sind; denn niemand hat die Kompetenz, materiell rechtswidrige Befehle zu erteilen.

Die Regel des Handelns auf Befehl tritt nur bei materiell rechtswidrigen Befehlen ein, bei den andern resultiert ja aus der Handlung gar kein widerrechtlicher Erfolg (MStG Art. 18).

Wenn wir schon von materiell rechtswidrigen Befehlen sprechen, seien noch einige Worte über ein recht heikles Thema beigefügt: Es handelt sich um den Vorgesetzten, der in einem entschuldbaren Irrtum einen rechtswidrigen Befehl erteilt. Das heißt, wir wollen dem Juristen W. Burckhardt (Methode und System des Rechts, Zürich 1936, S. 124) das Wort erteilen: «Hier muß man nun allgemeingültig berücksichtigen, daß die Kompetenz, ein Gesetz anzuwenden, notwendigerweise die Möglichkeit einschließt, es falsch anzuwenden; denn wenn eine Behörde nur kompetent wäre zu entscheiden, sofern sie richtig entscheidet, wäre sie überhaupt nicht kompetent zu entscheiden... ; man kann daher die Gültigkeit der Entscheidung unmöglich von ihrer Richtigkeit abhängig machen oder die unrichtige Entscheidung kompetenzwidrig nennen. Weshalb es kein Widerspruch ist, die Nichtbefolgung eines (materiell) gesetzwidrigen Amtsbefehles zu bestrafen... Es wäre vielmehr widerspruchsvoll, die Verbindlichkeit aller (auch der letztinstanzlichen) amtlichen Befehle davon abhängig zu machen, daß sie (materiell) gesetzmäßig seien.»

Dieses Zitat paßt nun allerdings nicht in unsere Systematik; wir können aber mit dieser Meinung auch nicht einig gehen. Daß ein Befehl, mit dem bewußt die Begehung einer Vorschriftswidrigkeit verlangt wird, nicht bindend sein kann, scheint uns trotz der gegenteiligen Meinung Burckhardts klar zu sein. Problematisch wird der Fall aber dann, wenn ein Vorgesetzter im besten Streben, seine Pflicht zu erfüllen, ohne Rechtfertigungsgrund einen Befehl erteilt, dessen Ausführung irgendeine Vorschrift verletzt, und wenn dann deswegen plötzlich ein Bruch im strengen Gefüge der Über- und Unterordnung eintreten soll. In diesem Fall ist es vorerst die Pflicht des Untergebenen zu remonstrieren (DR Ziff. 51), d. h. er muß den Vorgesetzten auf die Widerrechtlichkeit aufmerksam machen. Beharrt der Vorgesetzte auf seinem Befehl, so ist er jetzt nicht mehr so zu bemitleiden, weil er nun die für ihn unliebsamen Folgen sich selbst zuzuschreiben hat. (Über die Berechtigung der erwähnten Ziff. 51 des DR vgl. R. Weber und W. Schmid, «Das Handeln auf Befehl im neuen DR», ASMZ 1955, S. 381 und 545.)

MStG Art. 18 und die Disziplinarstrafordnung

Es scheint uns noch nötig, einem möglichen Einwand zuvorzukommen. MStG Art. 18 hebt die Verbindlichkeit der Befehle nur für Verbrechen und Vergehen auf. Im MStG haben wir drei Arten von Rechtsverletzungen: die Verbrechen und Vergehen (MStG Art. 9 bis) und den Disziplinarfehler (MStG Art. 180). Ein Befehl auf Begehung eines Disziplinarfehlers ist aber *e contrario* MStG Art. 18 *bindend*.

Der gleichen Ansicht ist auch Sacher im erwähnten Artikel (Der Fourier 1953/295 ff.): «Wird ein Disziplinardelikt auf dienstlichen Befehl begangen, so ist der Befehlende als mittelbarer Täter strafbar. Da der Befehlsempfänger sich nicht auf Art. 18 II MStG berufen kann (es handelt sich ja weder um ein Verbrechen noch um ein Vergehen), ist der Befehl für ihn verbindlich.» Dieser Meinung können wir aber doch nicht ganz beipflichten; weil es sich hier nicht um einen materiell widerrechtlichen Befehl handelt, ist der Vorgesetzte nicht als mittelbarer Täter strafbar, sondern wegen Überschreitung der Befehlsgewalt.

Wir stellen also fest, daß Befehle auf Begehung eines Disziplinarfehlers bindend sind. Und die Disziplinwidrigkeit ist doch auch eine Form der Rechtswidrigkeit. Da würde plötzlich wieder ein rechtswidriger, aber doch verbindlicher Befehl auftauchen. Hier ist aber folgendes zu sagen: Der Disziplinarfehler ist bekanntlich ein Blankettatbestand, d. h. der Richter oder Disziplinarvorgesetzte muß ihn mittels eines Regresses ausfüllen. Der Untergebene, der auf Befehl einen Disziplinarfehler begeht, verletzt in der Tat mit seinem Tun militärische Normen, aber wenn er nicht gehorchen würde, verletzte er noch mehr die militärische Disziplin, hier speziell die Gehorsamspflicht. Da dieser Gehorsam ein Hauptbestandteil der Disziplin ist, werden ihm andere Interessen der militärischen Disziplin geopfert. Es ist das ein Anwendungsfall des Güterabwägungsprinzipes (Mezger, a. a. O. S. 239); der Untergebene handelt nicht rechtswidrig. Es liegt also gar nicht ein materiell widerrechtlicher Befehl vor, sondern nur ein formell widerrechtlicher Befehl. Das will heißen, daß, obwohl es nicht der Kompetenz der Vorgesetzten entspricht, Befehle auf Begehung von Disziplinarfehlern zu erteilen, es der Rechtsordnung unbenommen bleibt, diese formell rechtswidrigen Befehle ausnahmsweise für verbindlich zu erklären.

Schlußbemerkung

In den obigen Ausführungen ist nur versucht, die geltende Rechtslage darzustellen. Auf eine kritische Würdigung vom Standpunkt des militärischen Vorgesetzten aus ist bewußt verzichtet worden. Doch möge das

nachfolgende Zitat eines großen Soldaten zum Nachdenken anregen. Marshall Montgomery sagte am 28. Oktober 1946 in einer Ansprache in Glasgow: «Alle Soldaten müssen lernen, auch dann zu gehorchen, wenn alle ihre Instinkte sich auflehnen und sie zum Ungehorsam treiben. Ich bin ein Soldat. Ich gehorche jedem Befehl.» (Zitiert in Boissier, Pierre. Völkerrecht und Militärbefehl. Stuttgart 1953, S. 51.)

Es sei noch erwähnt, daß die Stellung des Wehrmannes in der militärischen Hierarchie nicht nur im Bereiche der strafrechtlichen Verantwortlichkeit berücksichtigt worden ist; auch im Gebiet der *zivilrechtlichen Verantwortlichkeit* finden wir einen gewissen Haftungsausschluß. Soweit der Wehrmann in Ausübung einer dienstlichen Verrichtung und mit willensmäßiger Konzentration auf die Erfüllung seiner Aufgabe – meistens also auf Befehl – handelt, ist er der direkten Verantwortlichkeit für angerichteten Schaden enthoben, selbst wenn ihn ein gewisses Verschulden trifft. Nicht anwendbar ist dieser Grundsatz offenbar bei Absicht und grober Fahrlässigkeit. Dieser den Art. 27/28 MO (auch Verwaltungsreglement Art. 237) innewohnende Leitgedanke gilt sowohl im Verhältnis zwischen Wehrmann und Zivilperson als auch im Verhältnis zwischen Wehrmann und Wehrmann. «Der wahre Sinn des Haftungsausschlusses ist in den für militärisches Denken unabweislichen Folgerungen zu suchen, daß der Soldat über die Durchführung seiner dienstlichen Aufgaben *nur* dem Militärherrn Rechenschaft schulden solle, dem Art. 29 MO den Rückgriff einräumt, der aber – zum Schutze des Wehrmannes wie im Interesse der Armee, um Dienst- und Verantwortungsfreude nicht zu beeinträchtigen – auch außergewöhnliche Umstände, unter denen der Soldat handelt, berücksichtigen kann und wird» (BGE 78 II 424). Man muß sich hier fragen, inwiefern eine Haftpflichtversicherung des Offiziers für seine militärische Tätigkeit nötig ist. Eine Haftpflichtversicherung wird doch meistens im Hinblick auf solche Schadensfälle abgeschlossen, für die gemäß der angeführten Bundesgerichtspraxis ein Haftungsausschluß besteht. Die wenigsten denken dabei an Schäden, die sie während des Ausgangs verursachen könnten.

«Wer im Offiziersberuf etwas anderes sieht, als einen Erziehungsauftrag von eigentlich geprägter Art, der verkennt ihn völlig.»

(Edgar Schumacher, Vom Beruf des Offiziers)
