

# **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**

I. Der Beamtendienst

**urn:nbn:de:bsz:31-39965**

## I. Der Beamtendienst.

### A. Gehorsamspflicht des Beamten.

#### § 3. Allgemeines; Begriff der formellen Rechtmäßigkeit.

„Im Gehorsam lassen sich alle Amtspflichten des Beamten zusammenfassen<sup>1)</sup>.“ Wie jede Gehorsamspflicht, so ist auch die des Beamten begrenzt durch die Aufgaben, die der Staat dem betreffenden Gewaltverhältnis auferlegt hat; sie ist begrenzt durch den Zweck des Amtes und durch das Interesse des Staates, sie ist nicht vorhanden zum persönlichen Nutzen des Vorgesetzten. Die Gehorsamspflicht des Beamten kann sich nie beziehen auf Befehle, die in das Gebiet der Privatangelegenheiten fallen. Das System der Über- und Unterordnung will ja nur eine Zusammenfassung aller Kräfte zum Zwecke der Förderung des Staats und der Gesamtinteressen, und durch diesen Zweck wird der Gehorsam gleichzeitig eingeschränkt auf Dienstbefehle. Daher muß die Amtsgewalt überhaupt, die Dienstgewalt und die ihr entsprechende Gehorsamspflicht beschränkt sein auf die Erfüllung amtlicher Geschäfte<sup>2)</sup>. Andererseits gehört

1) H. Schulze, Deutsches Staatsrecht, 1888, I, S. 315.

2) Laband, a. a. O., I, S. 431.

zum Dienstbefehl als selbstverständlich, daß die befohlene Handlung dienstlich, d. h. als eine kraft der Dienstgewalt zu verlangende, gefordert wird. Soweit der Vorgesetzte lediglich als Privatperson fordert oder befiehlt, liegt ein Dienstbefehl nicht vor. Diese allgemeine Abgrenzung ist praktisch von keiner großen Bedeutung. Befehle in Privatsachen seitens eines Vorgesetzten dürften im modernen Rechtsstaat tatsächlich kaum mehr vorkommen.

Welches sind nun die engeren Grenzen der Gehorsamspflicht? Im Reichsbeamtengesetz ist davon keine Rede. Das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 (Neufassung vom 18. Mai 1907) normiert die Pflichten des Beamten folgendermaßen. § 10: „Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen.“ § 13: „Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich.“ Die Gehorsamspflicht als solche ist als etwas Selbstverständliches vorausgesetzt, und die in dem Regierungsentwurf vorhandene Bestimmung, wonach der Beamte verpflichtet sei, das übertragene Amt der Verfassung, den Gesetzen und den von seinen Vorgesetzten innerhalb ihrer amtlichen Zuständigkeit getroffenen dienstlichen Anordnungen entsprechend wahrzunehmen, wurde in dritter Lesung wieder gestrichen, da die Gehorsamspflicht schon aus dem Wesen des Amtes folge.

Auch der § 2 des A.P.L. ist nicht zu verwerten, der außer den allgemeinen Untertanenpflichten für den Staats-

diener besondere Treue und Gehorsam dem Oberhaupt des Staats gegenüber statuiert, und die §§ 45—47 des A.P.L., I, 6 sagen für die Gehorsamspflicht des Beamten auch nichts. § 45 lautet: „Wer den Befehl dessen, dem er zu gehorchen schuldig ist, vollzieht, kann in der Regel zu keinem Schadensersatz angehalten werden.“ § 46: „Er muß aber dafür haften, wenn die befohlene Handlung in den Gesetzen ausdrücklich verboten ist.“ § 47: „Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten ohne Einschränkung zu befolgen verpflichtet ist, von dem kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Oberen prüfe.“

Frank<sup>1)</sup> verwertet die §§ 10 und 13 RBG. in dem Sinn, daß die allgemeine Rechtspflicht der Gehorsamspflicht vorgehe und kommt auf Grund dieser Bestimmung zu dem Ergebnis, daß dem untergebenen Beamten ein unbegrenztes materielles Prüfungsrecht und entsprechende Prüfungspflicht der ihm erteilten Befehle zusteht. Auch Löning<sup>2)</sup> kann eine Beschränkung der Prüfung des unteren Beamten nicht in Einklang bringen mit der allgemeinen Bestimmung des § 13 RBG., während andererseits Freund<sup>3)</sup> unter Zugrundelegung des § 113 RStGB. mit § 10 und 13 RBG. die Labandsche Theorie des formellen Prüfungsrechts entwickelt. Auf die einzelnen Punkte in dieser Richtung wird später

1) A. a. O., 4, A. S. 110.

2) A. a. O. § 26.

3) A. a. O. S. 142.

zurückzukommen sein; jedenfalls ist es ganz ausgeschlossen, daß die §§ 10 u. 13 RBG. — als Korrelat einer unbedingten Verantwortlichkeit — ein unbeschränktes Prüfungsrecht feststellen wollen. Die Grundlagen der Staatsverwaltung wären aufgelöst, die Unterordnung der Behörden umgedreht.

Mit Recht betont Kleinfeller<sup>1)</sup>, daß diese Bestimmungen keine Lösung des Problems enthalten; und gerade der amtspflichtmäßige Gehorsam fällt unter die gewissenhaft wahrzunehmenden Gesetze in § 10 RBG. Für die Beobachtung des schuldigen Gehorsams ist der Beamte nach § 13 RBG. verantwortlich, und der Beamte, der die Gehorsamspflicht verletzt, begeht nach § 72 RBG. ein Dienstvergehen und hat die Disziplinarstrafe verwirkt. Genau so wenig wie § 10 und 13 RBG., geben uns § 110 und 113 RStGB. Aufschluß über die Grenzen der Gehorsamspflicht; insbesondere setzt § 113 die „rechtmäßige Amtsausübung“ voraus, ohne sie zu umgrenzen. Der Vollständigkeit halber sei noch Art. 108 der Preuß. Verfassung erwähnt: „Die Mitglieder der beiden Kammern und alle Staatsbeamten leisten dem König den Eid der Treue und des Gehorsams und beschwören die gewissenhafte Beobachtung der Verfassung.“

Im Gegensatz dazu haben gewisse einzelstaatliche Gesetze eine Abgrenzung der Gehorsamspflicht versucht, so insbesondere das Württ. Beamten-gesetz vom 28. Februar 1876 (Reg.-Bl. S. 211) unter Hinweis auf § 53 der Verfassungsurkunde: „Auf gleiche Weise (wie

1) R. v. D. a. T. I, S. 227.

die Departementsminister § 52) sind auch die übrigen Staatsdiener und Behörden in ihrem Geschäftskreis verantwortlich. Sie haben bei eigener Verantwortlichkeit nur die ihnen von den geeigneten Stellen in der ordnungsmäßigen Form zukommenden Anweisungen zu beobachten. Sind sie im Zweifel, ob die Stelle, welche ihnen einen Auftrag erteilte, dazu kompetent sei, so haben sie darüber bei ihrer vorgesetzten Behörde anzufragen, sowie ihnen auch obliegt, wenn sie bei den Inhalten einer höheren Verfügung Anstände finden, solche auf geziemende Weise unter Vermeidung jeder nachteiligen Verzögerung der verfügenden Stelle vorzutragen, im Falle eines beharrenden Bescheids aber die Verfügung zu befolgen.“ Auf das Wesen dieser Theorie, der sogenannten Remonstrationstheorie, soll nachher zurückgekommen werden.

Die allgemeine Grenze der Gehorsamspflicht, die wir bis jetzt festgestellt haben, ist die, daß Gehorsam nur verlangt werden kann für amtliche Geschäfte, für Dienstbefehle. Die engere Grenze, die allerseits anerkannt ist, ist die, daß der Befehl den formell rechtlichen Erfordernissen — M. E. Mayer spricht hier von Ausführungsnormen — genügen müsse. Was gehört nun zur formellen Rechtmäßigkeit<sup>1)</sup>?

1. Die allgemeine (abstrakte), vom Gesetz begrenzte, sachliche und örtliche Zuständigkeit des Befehlsberechtigten zum Erlasse des Dienstbefehls. Mit Recht führt Laband aus, daß keine Dienststelle ihre Machtvoll-

1) Laband, a. a. O., I, S. 430 ff.

kommenheit eigenmächtig erweitern kann. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit liegt dann vor, wenn der Dienstbefehl des Befehlenden in die Grenzen fällt, die das Gesetz ihm vermöge seines Amtes und für den Wirkungskreis seines Amtes zieht, innerhalb der vom Gesetz festgestellten örtlichen Grenzen. Befehle, die diese Grenzen nicht beobachten, sind nicht gesetzmäßig, sondern gesetzwidrig.

2. Die allgemeine, vom Gesetz begrenzte, sachliche und örtliche Zuständigkeit des Befehlsempfängers zur Ausführung des Befehls. Der Befehl ist gesetzwidrig, wenn der Untergebene nicht kraft Gesetzes selbst zur Verwirklichung des Befehlsinhalts berechtigt ist, oder der Befehl nicht in dem ihm räumlich festgestellten Amtsbezirk zur Ausführung gelangen soll; denn der Untergebene ist nur infolge seiner Amtsstellung und für deren Umfang Untergebener.

3. Die gesetzlich geforderte Form des Befehls. Daß ein Befehl, der nicht in vorschriftsmäßiger Form erteilt wird, rechtswidrig ist, ist allgemein anerkannt. Die Formvorschriften können in verschiedenster Weise vorgeschrieben sein: einfache Schriftform, Unterschrift, Amtssiegel, Gegenzeichnung eines Dritten und anderes mehr.

Nur wenn die materielle und formelle Gesetzmäßigkeit gleichzeitig vorhanden ist, liegt ein vollständig rechtmäßiger Befehl vor. Rechtswidrig ist daher jeder Befehl, bei dem entweder die materiellen oder die formellen rechtlichen Grundlagen fehlen.

Der Kernpunkt unseres Problems liegt nun in der

Frage, wieweit das Fehlen der formell rechtlichen bzw. in erster Linie der materiell rechtlichen Erfordernisse die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten beeinflusst. Dabei sind verschiedene Standpunkte möglich:

1. Eine Weigerung und Selbstnachprüfung des Befehls durch den Gewaltunterworfenen ist verboten.

2. Der Befehlsempfänger hat das Recht und die Pflicht, den Befehl auf seine formelle Rechtmäßigkeit hin zu prüfen und beim Fehlen der formell rechtlichen Voraussetzungen den Gehorsam zu verweigern.

3. Der Befehlsempfänger hat nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Beziehung Nachprüfungsrecht und Nachprüfungspflicht, und beim Fehlen eines materiell oder formell rechtlichen Erfordernisses das Recht und die Pflicht der Gehorsamsverweigerung.

Der moderne Rechtsstaat kennt den „blinden Gehorsam“ nicht mehr. Nach § 47 MStGB. hat der Untergebene nachzuprüfen, ob ein Befehl in Dienstsachen vorliegt, und § 47 Z. 2 legt dem Soldaten eine, allerdings praktisch ziemlich in die Ferne gerückte, Prüfungspflicht auf. Auch die Seemannsordnung verlangt in § 30 keinen blinden Gehorsam, sondern verpflichtet den Schiffsmann nur „in Ansehung des Schiffsdienstes“ Gehorsam zu leisten. Die praktische Bedeutung dieser Prüfungspflicht mag gering sein, juristisch jedenfalls besteht kein blinder Gehorsam. Innerhalb dieser vom Gesetz gezogenen Grenzen allerdings können wir von einer absoluten Gehorsamspflicht sprechen, die begründet ist in der besonderen Natur dieser Gewaltverhältnisse.



#### § 4. Die Remonstrationstheorie.

Dem „blinden Gehorsam“ sehr nahe kommt die sogenannte Remonstrationstheorie, die in der Württ. Verfassungsurkunde § 53 Gesetz geworden ist und besonders im 19. Jahrhundert weit verbreitet war, heute aber nur noch vereinzelt und mit Modifikationen vertreten wird<sup>1)</sup>. Die Remonstrationstheorie verbietet dem Untergebenen den Gehorsam gegenüber einem „offenbar“ formell oder materiell rechtswidrigen Befehl. In allen zweifelhaften Fällen „im Gegensatz zu der naturrechtlichen Doktrin<sup>2)</sup>“ darf der Untergebene nicht einfach den Gehorsam verweigern, sondern der Staatsdiener, welcher einen Befehl seines Regenten oder seines vorgesetzten Departements erhält und in demselben etwas zu finden glaubt, was nach seiner Überzeugung mit dem Staatsbesten, mit der öffentlichen Rechtlichkeit (wenigstens nach seiner, des Staatsdieners Ansicht) unvereinbar ist, oder sogar die Grenzen der Regentengewalt überschreitet, ist nicht bloß berechtigt, sondern sogar ver-

1) Siehe Freund, S. 119 ff.; besonders Gönner, a. a. O. S. 202; v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 1829, S. 775; Rönne-Zorn, a. a. O. S. 462; Schulze, Preuß. Staatsrecht, 1888, S. 315; Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 1863, S. 137.

2) Pufendorf, Henning, Böhmer, Leyser.

bunden, in einer bescheidenen Gegenvorstellung die Gründe vorzutragen, aus welchen er die Zweckmäßigkeit oder die Rechtmäßigkeit des erhaltenen Befehls bestreitet, „da es eine besondere Staatsdienerpflicht sei, den Regenten und den Staat vor Schaden zu warnen<sup>1)</sup>“. Wird trotz der erhobenen Vorstellung der Befehl aufrechterhalten, dann ist der Beamte zu Gehorsam verpflichtet, es bleibt ihm nichts übrig als die „Gloria obsequii“; jeder Verantwortlichkeit ist er enthoben: dixi et liberavi animam<sup>2)</sup>. Im Anschluß hieran verlangt Bluntschli eine eingehende formelle und vor allem materielle Prüfung des Befehls, indem er seinen Ausführungen als obersten Satz voranstellt, daß die Gehorsamspflicht „durch die bestehende Rechtsordnung und die Grundprinzipien der Sittlichkeit“ begrenzt sei. Hiervon abgesehen, berechtigt der bloße gesetzwidrige oder ungerechte Inhalt nicht zur Gehorsamsverweigerung, sondern nur zu Vorstellungen, „zu besonderer und freimütiger Aufklärung etwa übersehener schädlicher Folgen der Gesetzesverletzung“. Im einzelnen ergeben sich unter den Anhängern der Remonstrationstheorie noch Verschiedenheiten, die dem Prinzip selbst keinen Abbruch tun.

Außer der bereits erwähnten Württ. Verfassungs-urkunde § 53 haben wir auch in der Militärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898 eine Anlehnung an die Remonstrationstheorie in § 97, 3: „Hält der Militärjustizbeamte eine Weisung . . . mit den Gesetzen oder sonst

1) Gönner, a. a. O. S. 204.

2) Freund, a. a. O. S. 122.

maßgebenden Vorschriften nicht vereinbar, so hat er dagegen Vorstellung zu erheben. Bleibt diese erfolglos, so hat er der Weisung des Gerichtsherrn, welcher alsdann allein die Verantwortung trägt, zu entsprechen . . .“, eine Bestimmung, die Binding als eine der unwürdigsten Bestimmungen des neueren Rechts bezeichnet<sup>1)</sup>. § 97 bezieht sich nur auf die im Lauf des Verfahrens ergehenden Verfügungen, hat also nur untergeordnete praktische Bedeutung und kann überhaupt nicht infolge des Zusammenhangs mit der militärischen Kommandogewalt und den besonderen militärischen Interessen nach den für die Gehorsamspflicht des Beamten maßgebenden Grundsätzen beurteilt werden.

Gegen die Remonstrationstheorie werden die verschiedensten Einwände erhoben; sie führt im Prinzip zurück auf die Anerkennung des absoluten Gehorsams und ist daher für den modernen Rechtsstaat unannehmbar. Mit Recht führt Laband<sup>2)</sup> und weiterhin Freund<sup>2)</sup> aus, daß die Remonstrationstheorie keine Lösung, sondern nur eine praktisch wertlose Umgehung der Frage bildet. Jeder Beamte könnte sich durch eine nur zum Schein vorgebrachte Remonstration decken, andererseits kann der Befehlsgeber gleich bei Erteilung des Befehls hinzufügen, daß die Remonstration keinen Erfolg verspreche. „Die Lösung der Frage ist nicht darin zu suchen, daß man dem Beamten eine Zwischenverhandlung mit dem Vorgesetzten auferlegt, also ge-

1) Lehrbuch, 2, S. 770, Nr. 7.

2) Laband, a. a. O., I, S. 433, Anm. 2.; Freund, a. a. O. S. 108 ff.

wissermaßen statt eines prompten einen schleppenden Gehorsam von ihm verlangt, sondern dadurch, daß man fest bestimmt, wie weit sich die eigene selbständige Verantwortlichkeit des Beamten erstreckt.“ Aber auch die Begriffe, mit denen diese Lehre operiert, sind unklar und führen zur Rechtsunsicherheit. Was soll gesagt sein mit dem Begriff „oberstes Prinzip der Sittlichkeit und des Rechts“. Es ist wohl kaum angemessen, daß sich die Behörde mit den Unterbehörden in einem fortwährenden Meinungs Austausch darüber befinden soll. Außerdem, wer soll entscheiden, ob ein Befehl offenbar oder zweifelhaft gesetzwidrig ist? Soll hier der Untergebene letzte Instanz sein? Mit Recht führt Laband weiterhin aus, daß ein rechtswidriger und an sich nichtiger Befehl nicht dadurch Rechtswirksamkeit erlangen könne, daß er zum zweitenmal erteilt wird. In der Remonstrationstheorie liegt eben darin ein logischer Widerspruch. Dies bestreitet Battenberg<sup>1)</sup> für den Fall, daß mit dem Ausdruck Rechtswirksamkeit nicht Rechtmäßigkeit, sondern Verbindlichkeit ausgedrückt werden soll. Dabei übersieht er aber, daß für diese Theorie Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit identisch sind. Ist ein Befehl rechtswidrig, was für den Untergebenen fast in allen Fällen nicht offenbar, sondern zweifelhaft ist, so ist nach fruchtloser Remonstration der Befehl verbindlich trotz seiner Rechtswidrigkeit, ein prinzipiell von dieser Theorie abgelehnter Standpunkt.

Es ist zuzugeben, daß die Remonstration praktisch

---

1) A. a. O. S. 45.

recht häufig vorkommen wird; das ändert aber nichts an ihrer juristischen Unhaltbarkeit. Es wird heute von keiner Seite in Abrede gestellt, daß der Beamte das Recht und die Pflicht hat, die ihm erteilten Befehle auf ihre Gesetzmäßigkeit hin zu prüfen. Nur die Grenzen, die für die Gesetzmäßigkeit gezogen werden sollen, sind außerordentlich strittig. Prinzipiell müssen wir scheiden zwischen den Anhängern der reinen Formaltheorie (Laband) und den Anhängern der unbeschränkten materiellen Prüfungstheorie (Löning u. a.) mit beiderseitigen, teilweise recht weitgehenden Modifikationen.

---

## § 5. Theorie des formellen Prüfungsrechts.

Die herrschende Auffassung schließt sich der Labandschen formellen Prüfungsrechtstheorie an (Laband, a. a. O., I, S. 430 ff.; Freund, a. a. O. S. 135 ff.; Arndt, Staatsrecht, S. 643; v. Calker, a. a. O. S. 43; Olshausen, a. a. O. S. 113; Kleinfeller, a. a. O. S. 287).

Die Prüfung der drei für die formelle Rechtmäßigkeit des Befehls maßgebenden Erfordernisse machen für den Unterbeamten in keiner Weise Schwierigkeiten. Über das Formerfordernis läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Bei der Prüfung der Kompetenz des Vorgesetzten handelt es sich, wie schon ausgeführt, um eine Prüfung nur der abstrakten (allgemeinen) Zuständigkeit. Mit voller Klarheit hat das Preuß. Obertribunal die Prüfungspflicht umschrieben in einem Urteil vom 19. Januar 1872: „In dem Merkmal der Rechtmäßigkeit ist das Postulat enthalten, daß der Befehl, um dessen Vollstreckung es sich handelt, an den untergeordneten Beamten von der örtlich und sachlich zuständigen Behörde erlassen, daß die Behörde oder der Beamte, von dem er ausgegangen, bei dessen Erlaß im allgemeinen (in abstracto) innerhalb des Kreises ihrer Befugnisse sich gehalten. Ob dies der Fall sei, hat der untergebene Beamte zu prüfen; dagegen hat er nicht

zu untersuchen, ob die vorgesetzte Behörde im einzelnen Fall von ihren Amtsbefugnissen einen angemessenen Gebrauch gemacht.“ Die gesamte Judikatur<sup>1)</sup> des Reichsgerichts hat diesen Standpunkt mit strengster Konsequenz vertreten. Ein ganz entsprechendes Urteil des Preuß. Obertribunals<sup>2)</sup> vom 17. November 1871 in Beziehung auf die Prüfungspflicht der eigenen Kompetenz des Beamten — damit kommen wir auf die dritte formell rechtliche Voraussetzung bei einem rechtmäßigen Befehl — führt folgendes aus: „Er hat daher unbedenklich seinerseits zu prüfen, ob der ihm erteilte Auftrag sowohl in örtlicher als auch in sachlicher Beziehung innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse liegt. Hierüber hinausgehende Anordnungen seiner Vorgesetzten auszuführen, ist er nicht gehalten; dagegen steht ihm kein Recht zu, die materielle Rechtmäßigkeit seines Auftrages zu untersuchen und aus einem derartigen Grund die Erledigung zu verweigern.“ Die Prüfung der eigenen Zuständigkeit dürfte dem Untergebenen ebensowenig Schwierigkeiten machen, wie die Prüfung des Formerfordernisses; denn die Kenntnis des Geschäftskreises, den er zu versehen hat, dürfte die geistigen Fähigkeiten des unteren Beamten kaum überschreiten. Dagegen kann in Ausnahmefällen für den Untergebenen die Zuständigkeitsfrage des Vorgesetzten schwieriger sein und vielleicht nahe an die Grenzen einer materiellen Prüfung

---

1) Urteile vom 24. September, 1. November, 23. November 1880, 23. Juli 1882 u. a.

2) Obertribunal, XII, S. 461; RGE. Bd. 4, S. 418.

heranreichen. Für Laband aber kann niemals eine Prüfung der Zuständigkeit in concreto, sondern immer nur in abstracto in Frage kommen und die von M. E. Mayer<sup>1)</sup> hierfür geltend gemachten Sätze können nicht in diesem Sinn verwertet werden.

Die Anhänger dieser Theorie nehmen also ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit der Dienstbefehle an. Verstößt ein Befehl gegen die aufgestellten formell rechtlichen Erfordernisse, so muß der Beamte unbedingt den Gehorsam verweigern. Bei der Ausführung einer formellen gesetzwidrigen Anordnung handelt der Untergebene auf eigene Gefahr, er trägt die volle Verantwortung und macht sich eventuell strafbar, soweit nicht ein Strafausschließungsgrund vorliegt. Hat der Beamte das Vorhandensein der formell rechtlichen Erfordernisse festgestellt, so besteht für ihn unbedingte Gehorsamspflicht, auch wenn der Inhalt des Befehls rechtswidrig ist. Diesen Standpunkt teilt mit der herrschenden Meinung das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (E. in Str. Bd. 2, S. 262, 414; 5, 208, 295; 19, 164; 24, 218, 389; 31, 76; 34, 104).

1) Die von M. E. Mayer (a. a. O. S. 143) in Anspruch genommenen Sätze lauten: „Geschäfte, zu deren Vornahme eine Behörde nach der bestehenden Rechtsvorschrift nicht befugt ist, oder die ihr ausdrücklich untersagt sind, können keine Amtsgeschäfte sein, da das Staatsamt seinem Begriff nach ein vom Staat zugewiesener und begrenzter Inbegriff von Geschäften ist.“ „Die Gehorsamspflicht ist beschränkt auf gesetzmäßige Dienstbefehle der vorgesetzten Behörde.“



Mit guten Gründen begründet Laband diese seine Auffassung<sup>1)</sup>. „Würde man die Prüfung auf die Frage ausdehnen, ob die vorgesetzte Behörde die bestehenden Rechtsvorschriften materiell richtig ausgelegt und angewendet hat, so würde man das System der Behördenorganisation und der Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstören, sondern geradezu auf den Kopf stellen. Die untere Behörde und der niedriger gestellte Beamte hätte das Recht und die Pflicht, die Entscheidungen und Verfügungen der oberen Behörden und des vorgesetzten Beamten einer Überprüfung zu unterziehen, und es würde demnach nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher, nicht das Finanzministerium oder die Zolldirektion, sondern der Zolleinnehmer in Wahrheit die letzte Instanz sein. In allen Fällen, in welchen die höhere Instanz eine andere Rechtsansicht wie die niedere festhält, müßte sie auch die Durchführung unmittelbar und ohne Mitwirkung der niederen Instanz übernehmen, oder gewärtigen, daß die letztere ihre Dienste verweigert.“ An Laband schließt sich vollständig Freund (a. a. O. S. 108 ff., S. 355 ff.) an, der den Beweis der Labandschen Theorie aus den §§ 110 und 113 RStGB. zu erbringen sucht. Um die Lösung „juristisch“ zu begründen, geht Freund aus von einer Analogie der §§ 10 und 13 RBG. einerseits und des § 113 des RStGB., die nach Freund alle nichts anderes besagen wollen, als ein formelles Prüfungsrecht und eine formelle Prüfungspflicht unter Ausschluß jedes materiellen

1) Laband, a. a. O., I, S. 432, 433.

Prüfungsrechts: Eine Verletzung dieser Pflicht begründet die eigene selbständige Verantwortlichkeit des Beamten, und andererseits begibt er sich durch die Ausführung eines solchen Befehls des Schutzes, welchen ihm die gesetzmäßige Unterordnung gewährt; er ist sowohl dem Widerstandsrecht als auch der Entschädigungsklage des einzelnen Verletzten ausgesetzt. Der Beamte ist daher gehalten, so lautet das Schlußergebnis Freund's, dem Befehl nachzukommen, wenn derselbe, in dienstlicher Form von der kompetenten Oberbehörde erlassen, eine Angelegenheit seiner Zuständigkeit betrifft. Darüber hinaus in eine materielle Prüfung des Befehls einzutreten und von dieser die Ausführung des Befehls abhängig zu machen, ist er weder verpflichtet noch auch berechtigt. Der Beamte haftet nicht für die materielle Übereinstimmung des Befehls mit dem Gesetz, sondern für dessen formelle Verbindlichkeit (a. a. O. S. 423). Die gleiche Auffassung nimmt Wachenfeld (Kohlers Enzyklopädie, II, S. 260) ein, der allerdings eine Prüfung der Form ablehnt. Mit dieser Einschränkung steht er ziemlich allein, und praktisch kommt er zu derselben Auffassung wie Laband, da Formen für Dienstbefehle im allgemeinen nicht bestehen und meistens mündliche Anordnungen zulässig und völlig ausreichend sind.

## § 6. Modifikationen des formellen Prüfungsrechts; die unbeschränkte materielle Prüfungsrechtstheorie.

Die Formalrechtstheorie in der reinen von Laband vertretenen Form suchen nun verschiedene Schriftsteller nach der materiellen Seite hin zu modifizieren. Georg Meyer<sup>1)</sup> verlangt wie Laband die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit. Weiterhin fordert er aber von dem Untergebenen eine Gehorsamsverweigerung in bezug auf Verfügungen, welche dem klaren Wortlaut eines Gesetzes widersprechen; in allen zweifelhaften Fällen dagegen, namentlich in solchen, wo es sich um die Auslegung eines Gesetzes handelt, hat der Beamte die Verfügung der vorgesetzten Behörde für sich als maßgebend zu betrachten, ohne befugt zu sein, deren materielle Richtigkeit zu prüfen. Mit Recht führt Otto Mayer<sup>2)</sup> gegen diese Lehre ins Feld, daß die Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit eines Befehls dem Untergebenen ohne weiteres offenbar ist, recht selten vorkommen werden. Diese Theorie bildet aber auch einen Rückfall in die in der Remonstrationstheorie enthaltene alte Zweifels-  
theorie, und es ist unklar, wem die Entscheidung darüber obliegt, was der klare Wortlaut des Gesetzes besage,

1) Meyer-Anschütz, a. a. O. S. 514.

2) A. a. O. S. 239.

dem Dienstbefehl oder der Meinung des Untergebenen. Also eine praktisch wertlose, aber unklare Modifikation der Labandschen Theorie.

Seydel<sup>1)</sup> glaubt nun mit folgender Einschränkung dem Problem näher zu kommen: „Hiernach scheiden aus dem Begriff des Dienstbefehls und damit aus dem Umkreis der gegenüberstehenden Gehorsamspflicht alle diejenigen Weisungen aus, welche außerhalb des Gebiets der dienstlichen Verpflichtungen liegen.“ „Dahin gehören vor allen Dingen auch Befehle, eine strafbare Handlung zu begehen.“ Als Dienstbefehl bestimmt Seydel<sup>2)</sup> den Befehl, der von der zum Erlaß örtlich und sachlich zuständigen Behörde an den zum Vollzug zuständigen Beamten in der vorgeschriebenen Form erteilt ist.

Ähnlich führt Kleinfeller<sup>3)</sup> aus: „Nur wenn er aus den Umständen erkennt, daß die Absicht des Vorgesetzten auf eine strafbare Handlung gerichtet ist, hört trotz der Zuständigkeit des Vorgesetzten und trotz Erfüllung der vorgeschriebenen Form der gute Glaube auf.“ Damit aber fällt die Pflicht zur Befolgung des Befehls weg.

Sehr stark gegen Laband polemisiert Otto Mayer<sup>4)</sup>, ohne aber eine wesentliche Änderung vorzuschlagen. Wenn er die Forderung aufstellt, daß die dienstliche Anweisung in Form eines Dienstbefehls auftrete, so sagt

---

1) A. a. O., I, S. 436.

2) A. a. O., III, S. 390.

3) A. a. O., I, S. 287.

4) A. a. O., II, S. 236.

er damit etwas Selbstverständliches. Eine weitere Grenze zieht er am Strafgesetz: „Eine Handlung, durch welche der Dienstpflichtige sich strafbar macht, kann nie in seiner Dienstpflicht liegen, also ist ein Dienstbefehl in dieser Richtung unmöglich.“ Diese Ausführungen bedeuten in keiner Weise eine Lösung des Problems. Wenn Mayer weiterhin unterscheidet, ob es sich um ein Tätigwerden des Beamten nach außen hin oder um ein Wirken im inneren Dienstbetrieb handelt und von einer besonderen Zuständigkeit des Untergebenen zur Bestimmung seiner Dienstpflicht, einem Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der Pflichtmäßigkeit der eigenen Amtshandlung spricht, so ist zu betonen, daß „Geschäftsbesorgungen im inneren Dienst“ rechtlich gleichgültig sind, im übrigen aber seine Ausführungen auf die Feststellung der abstrakten Zuständigkeit im Sinne Labands hinauslaufen.

In der Holtzendorff-Kohlerschen Enzyklopädie<sup>1)</sup> stellt Anschütz ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht in folgenden Punkten fest. Der Beamte darf und muß prüfen:

1. ob ihm ein Dienstbefehl in casu überhaupt erteilt werden durfte; das ist der selbstverständliche Satz, daß der Beamte in bezug auf gewisse Entschließungen selbständig und unabhängig gestellt ist;
2. die ebenso selbstverständliche Prüfung, ob ein Dienstbefehl vorliegt;

---

1) S. 591.

3. ob der Befehl von dem dazu Legitimierten, dem Dienstvorgesetzten, ausgeht;
4. ob der Befehl die gesetzlich vorgeschriebene Form aufweist;
5. ob die durch den Befehl angesonnene Handlung nicht einem Strafgesetz oder auch nur einem einfachen Verbotsgesetz (ohne Strafsanktion) zuwiderläuft.

In absoluten Gegensatz zu Laband tritt Bornhak<sup>1)</sup>, der die Unterscheidung zwischen materieller und formeller Prüfung überhaupt ablehnt und „die Verpflichtung des Beamten zur Prüfung des Befehls nach der formellen Seite unter Beschränkung auf diese formelle Prüfung nach jeder Richtung hin für unhaltbar“ erklärt. Bornhak kommt zu einer Unterscheidung zwischen Prüfungsrecht und Prüfungspflicht. Eine Prüfungspflicht und eine entsprechende Gehorsamsverweigerungspflicht für den gehorchenden Untergebenen nimmt er nur dann an, wenn der Inhalt des Befehls einen Verstoß gegen ein Straf- oder Verbotsgesetz bedeute. Er begründet seine Auffassung mit den §§ 45 ff. A.P.L., I, S. 6, eine zweifellos falsche Auslegung dieser Stelle, da diese Bestimmungen sich dem ganzen Zusammenhang nach nur beziehen wollen auf formell rechtmäßige Befehle. Ganz ähnlich ist der Standpunkt Lönings<sup>2)</sup>, der ein Prüfungsrecht daraufhin annimmt, ob der Befehl der Verfassung und den Gesetzen entspreche.

1) Preuß. Staatsrecht, II, S. 50 ff.; Grundriß, S. 51.

2) A. a. O. S. 122 ff.

Eine allumfassende Prüfung gesteht Stengel<sup>1)</sup> dem Beamten zu. Er unterscheidet zwischen Vollstreckungsbeamten, richterlichen Beamten und Verwaltungsbeamten. Der Vollstreckungsbeamte sei weder berechtigt noch verpflichtet, die materielle Gesetzmäßigkeit der zu vollziehenden Verfügung zu prüfen. Die Richter nehmen nach § 1 GVG. eine selbständige Stellung ein. Sonst aber gelte der Satz: „Hat der Beamte selbständig zu handeln, so hat er auch die materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen.“

Auf eine andere Art und Weise sucht M. E. Mayer die Lösung des Problems herbeizuführen, nämlich durch seine bereits oben dargestellte Abgrenzung des rechtswidrigen vom rechtmäßigen Befehl. Bezüglich der formell rechtlichen Erfordernisse befindet er sich in voller Übereinstimmung mit Laband; für die materielle Prüfung anerkennt er beim rechtswidrigen Befehl ein unbeschränktes Prüfungsrecht des Untergebenen, verlangt aber keine Prüfungspflicht. M. E. Mayer bestreitet, wie alle Anhänger des unbeschränkten Prüfungsrechts, die Verbindlichkeit eines Befehls rechtswidrigen Inhalts. Schon dieser prinzipielle Standpunkt ist nicht richtig. Es ist nicht zu vermeiden, daß durch Unfähigkeit oder bösen Willen der staatliche Organismus gestört wird; andererseits gibt es eine Reihe von Fällen, in denen ein rasches und energisches Eingreifen der Verwaltung jedes andere Interesse überwiegt; denn das staatliche Interesse geht in erster Linie auf die „Rechtsgüter der

1) Preuß. Staatsrecht, S. 144.

Gesamtheit“<sup>1)</sup>, und die Individualinteressen müssen zugunsten des Gewaltverhältnisses geopfert werden. Der Befehl widerrechtlichen Inhalts fällt an sich nie in die Kompetenz des Vorgesetzten, aber dem Unterworfenen kann kein kritisches Nachprüfungsrecht nach dieser Richtung gewährt werden. „Nun kann die Verbindlichkeit auch des inhaltlich rechtswidrigen Befehls für das kleinere Übel seitens des Staates nur da hergenommen werden, wo das Recht zur Prüfung des Befehls auf seine Rechtmäßigkeit hin und das Recht des Ungehorsams gegen den mit Bezug auf seine Statthaftigkeit zweifelhaften Befehl als das größere Übel erscheinen würde, d. h. wo nach Auffassung des Staates alles auf sofortige rücksichtslose Ausführung des Befehls ankommt<sup>2)</sup>. Da nun M. E. Mayer zu den echten Konkretisierungen auch die auf Irrtum beruhenden, „trotz ihrer Verkehrtheit legitimierten Befehle“ rechnet, entscheidet er die „kritischen Fälle“ im Ergebnis ganz ebenso wie die herrschende Meinung, nur daß er den hier interessierenden Befehlen nicht trotz ihrer Rechtswidrigkeit, sondern auf Grund ihrer Rechtmäßigkeit eine über die Meinung des Untergebenen erhabene Verbindlichkeit zuspricht<sup>3)</sup>. Als rechtswidrige Befehle im Sinne M. E. Mayers bleiben also nur noch die objektlosen und böswilligen Konkretisierungen, die aber, auch wenn sie formell rechtmäßig sind, doch unverbindlich seien. Der Untergebene darf

1) Binding, Normen, S. 358.

2) Binding, Handbuch, S. 805.

3) A. a. O. S. 144.



den Gehorsam verweigern, wenn er überzeugt ist, daß der Vorgesetzte das Gesetz vorsätzlich oder fahrlässig falsch angewendet hat, dagegen nicht, wenn er es irrtümlich falsch angewendet hat. M. E. Mayer anerkennt also für den Untergebenen die für diesen gar nicht durchführbare Prüfung des rein internen Vorgangs des Vorgesetzten, ob dieser vorsätzlich oder fahrlässig falsch gehandelt hat. Wie sich der Untergebene diese Überzeugung verschaffen könnte, ist ein unlösbares Problem. Wie sollte der Untergebene herausfinden, daß der Vorgesetzte irrtümlich falsch gehandelt hat — in diesem Fall ist der Befehl rechtmäßig, und es bestände gar kein materielles Prüfungsrecht —, oder aber, ob „böser Wille“ auf seiten des Vorgesetzten vorliegt — ein Grund für die Gehorsamsverweigerung —. Ganz abgesehen von der praktischen Undurchführbarkeit dieser Prüfungsrechtstheorie gibt sie dem Beamten jederzeit die Möglichkeit, sich der Subordination zu entziehen. Die krassen Fälle, die M. E. Mayer in erster Linie treffen will, sind auch schon vom Standpunkt der reinen Formaltheorie unverbindlich; denn hier gibt schon die Kompetenzfrage den genügenden Anhalt für die formelle Rechtswidrigkeit solcher Befehle.

Den Begriff der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit überhaupt lehnt Heilborn<sup>1)</sup> ab. Er unterscheidet, ob dem auf Befehl handelnden Beamten im konkreten Fall die Rechtsanwendung obliegt — soweit dies der Fall ist, und in gewissem Umfang ist dies immer

1) A. a. O. S. 131.

der Fall, hat er nicht zu gehorchen, sondern selbstständig zu entscheiden — oder nur die Ausführung des die Rechtsanwendung enthaltenden Akts der vorgesetzten Behörde; im letzteren Fall gehe ihn die materielle Richtigkeit der Anordnung des Vorgesetzten nichts an. Diese Unterscheidung bringt gar keinen Vorteil, nur läßt sie sich viel schwieriger durchführen als die zwischen formeller und materieller Rechtmäßigkeit, und im Erfolg ist sie nichts anderes als die Labandsche Theorie des formellen Prüfungsrechts, die Heilborn zur Anwendung bringt.

---

## § 7. Eigene Stellungnahme.

Mit M. E. Mayer<sup>1)</sup> befinden wir uns in voller Übereinstimmung, wenn wir vorausschicken, daß es sich bei der Prüfung eines Befehls niemals um eine solche der für den Vorgesetzten maßgebenden Zweckmäßigkeitsgründe handeln kann; denn diese haben mit der Rechtmäßigkeit nichts zu tun. Wie der Vorgesetzte ein ihm vom Gesetz vorgeschriebenes „pflichtmäßiges Ermessen“ auffaßt, darüber steht dem Untergebenen in keiner Weise ein Urteil zu. Andererseits ist bereits hervorgehoben worden, daß es nur einen „amtlichen“ Gehorsam gibt, daß ein Befehl niemals verbindlich sein kann für reine Privatangelegenheiten. „Hierin wird jede Untersuchung über die Gehorsamspflicht des Beamten, führt Laband aus, ihr Prinzip finden, daß der Beamte für Zwecke, die der Staat nicht als die seinen anerkennt, für Geschäfte, die in der Gesetzgebung und Einrichtung des Staates keine Rechtfertigung finden, für Dienste, die außer Zusammenhang mit der Förderung des öffentlichen Wohls stehen, sich nicht verpflichtet, noch weniger für Handlungen oder Zwecke, die der Staat untersagt und ausschließt.“ „Nur Dienstbefehle können verbindliche Kraft haben. Der Beamte dient nicht dem Vor-

1) A. a. O. S. 130.

gesetzten, sondern mit diesem gemeinsam dem Staate.“  
„Verbindliche Befehle können niemals dann erteilt werden, wenn einem Beamten volle Selbständigkeit gewährt ist, wie z. B. dem Richter hinsichtlich seiner rechtsprechenden Tätigkeit, dem Mitglied der Prüfungskommission in Ausübung der Prüfungstätigkeit, dem Mitglied der Oberrechnungskammer in Ausübung der Rechnungskontrolle.“  
Ein in dieser Richtung ergehender Dienstbefehl muß Gehorsamsverweigerung nach sich ziehen. Wenn in diesen Fällen O. Mayer von einem „Selbstbestimmungsrecht des Untergebenen“ bezüglich der Pflichtmäßigkeit der eigenen Amtshandlung spricht, das ihm durch keinen Dienstbefehl beeinträchtigt werden könne, so ist das im Erfolg nichts anderes, als das von Laband aufgestellte Erfordernis der Kompetenzprüfung, genau so, wie wenn „bei den Vollstreckungsbeamten die amtliche Selbständigkeit wenigstens bezüglich der Einhaltung der Formvorschriften besteht, an welche das Gesetz ihre Verrichtungen gebunden hat“. Was ist das anderes als die Labandsche Formaltheorie? „Der vorgesetzte Beamte ist nicht imstande, die gesetzlich festgestellte Kompetenz der ihm untergebenen Beamten zu erweitern, und vermag deshalb denselben auch keine dienstlichen Befehle mit verbindlicher Kraft zu erteilen, welche außerhalb des Umfangs dieser gesetzlichen Zuständigkeit fallen<sup>1)</sup>.“

Auf den Labandschen Standpunkt kommen auch alle die Auffassungen hinaus, die eine mehr oder weniger beschränkte materielle Prüfung fordern. So

1) A. a. O., I, S. 465.

stellt Anschütz im Anschluß an O. Mayer außer den gewöhnlichen formell rechtlichen Gesichtspunkten noch die bereits erwähnte Forderung auf, daß der Beamte darüber hinaus noch prüfen darf und muß, ob die durch Befehl angesonnene Handlung nicht einem Strafgesetz oder auch nur einem einfachen Verbotsgesetz (ohne Strafsanktion) zuwiderläuft. In ähnlicher Weise will Battenberg<sup>1)</sup> ein Prüfungsrecht nach der Seite hin anerkennen, ob die Ausführung des Befehls sich als Begehung einer strafbaren Handlung darstellen würde und der Untergebene dies erkennt, eine Prüfungspflicht dagegen in dieser Richtung lehnt er ab. Wenn man aber schon ein materielles Prüfungsrecht für notwendig erachtet, warum soll man dann einen Unterschied machen, je nachdem eine Rechtswidrigkeit gegen das Strafgesetz verstößt oder gegen ein Verbotsgesetz ohne Strafsanktion? „Wenn die Gesetzgebung eine Handlung verbietet, so hat sie zu unterbleiben, so ist ihre Vornahme nicht gesetzmäßig, gleichviel, ob die Zuwiderhandlung mit Strafe bedroht ist oder nicht<sup>2)</sup>.“ Ebensowenig ist die von Battenberg aufgenommene Zweifelstheorie aufrecht zu halten, auf deren Bedenken bereits oben hingewiesen wurde.

Nicht aufrecht zu erhalten ist die von anderen Schriftstellern geteilte Auffassung der Trennung von Prüfungsrecht und Prüfungspflicht: Aus dem Grundsatz der vollen Verantwortlichkeit folgt, daß in dem Umfang,

1) A. a. O. S. 54.

2) Heilborn, a. a. O. S. 139.

in dem ein Prüfungsrecht anerkannt ist, auch eine Prüfungspflicht verlangt werden muß; ein Prüfungsrecht ohne gleichzeitige Prüfungspflicht ist ebenso ein Widerspruch gegen den Grundsatz der Über- und Unterordnung wie gegen den der vollen Verantwortlichkeit. Praktisch bekommen wir aber durch diese Trennung in keiner Weise ein besseres Resultat. Wenn man also schon einen Zusatz nach der materiell rechtlichen Seite hin machen zu müssen glaubt, so verdient dieser in der von Anschütz und O. Mayer dargestellten Form den Vorzug. Eine solche Modifikation ist aber überhaupt nicht notwendig, denn gerade die krassen Fälle, die durch diese materiell rechtliche Prüfung getroffen werden sollen, fallen überhaupt nicht in die abstrakte Kompetenz auf beiden Seiten; dazu kommt, daß der Befehl immer nur in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form von dem Untergebenen ausgeführt werden muß und darf. In den anderen Fällen aber, in denen die Rechtswidrigkeit nicht so offenbar ist, handelt es sich um die eingehende Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen, die der Untergebene zu beurteilen gar nicht in der Lage ist, und durch welches Zugeständnis an den Untergebenen die Behördenorganisation tatsächlich auf den Kopf gestellt würde. Wenn man schließlich noch mit Hinweis auf § 47 Z. 2 MStGB. einen Zusatz nach der materiell rechtlichen Seite hin verlangen zu müssen glaubt, so wird das durch den Unterschied zwischen dem zivilistischen und militärischen Dienstverhältnis widerlegt, bei welchem letzterem die formell rechtliche

Seite überhaupt nicht in Betracht kommt. Es wäre verfehlt, wollte man durch eine entsprechende Fassung der Gehorsamspflicht auch für den Beamten das im MStGB. höchst unglücklich gebrauchte subjektive Moment hineintragen.

So kommen wir zu dem Ergebnis, daß alle die mehr oder weniger nach der materiell rechtlichen Seite hin gemachten Modifikationen entweder unbrauchbar oder überflüssig sind. Auf die Unmöglichkeit der Anerkennung eines unbeschränkten materiellen Prüfungsrechtes mit einem unbeschränkten Gehorsamsverweigerungsrecht hat Laband in drastischer Weise hingewiesen. Das System der Beamtenhierarchie wäre aufgelöst, der Verwaltungsapparat, das ganze Staatsleben wäre lahmgelegt, und wenn demgegenüber O. Mayer<sup>1)</sup> und Bornhack<sup>2)</sup> die Einwände Labands gegen diesen selbst in Anspruch nehmen und behaupten, daß das Behörden-system auch dann auf den Kopf gestellt würde, wenn man dem Untergebenen die selbständige Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit des Befehls — und bei deren Verneinung den Ungehorsam — zumute, so ist das eben nicht richtig. Wenn überhaupt die Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit Schwierigkeiten macht — tatsächlich wird dies ganz vereinzelt eventuell bei der Kompetenzfrage des Vorgesetzten vorkommen —, so sind diese Störungen so klein und so rasch und leicht zu beheben, daß sie überhaupt nicht ins Gewicht fallen. Das Gewaltverhältnis an sich hat

1) A. a. O., II, S. 238.

2) Preuß. Staatsrecht, II, S. 51.

seiner Natur nach nur ein beschränktes Prüfungsrecht zur Folge. Die Einwände gegen die Auffassung von M. E. Mayer andererseits sind bereits dargestellt worden.

Als Resultat unserer Erörterung müssen wir festhalten, daß für den untergebenen Beamten eine Gehorsamspflicht in bezug auf Befehle rechtswidrigen Inhalts besteht, sofern nur die formell rechtlichen Grundlagen rechtmäßig sind. Der Untergebene hat demgemäß ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht dahin,

1. ob der Dienstbefehl in der vorschriftsmäßigen Form ergangen ist,
2. ob der Dienstbefehl in die allgemeine (abstrakte) örtliche und sachliche Kompetenz des Vorgesetzten fällt, und
3. ob die Ausführung des Befehls innerhalb der eigenen abstrakten örtlichen und sachlichen Zuständigkeit liegt.

Jede materiell rechtliche Prüfung ist ihm untersagt. Der rechtswidrige Befehl, der bezüglich der drei formalen Erfordernisse in Ordnung ist, ist für den Untergebenen verbindlich. Mit dieser Lösung der Frage nach der Verbindlichkeit des Befehls sind wir in Übereinstimmung mit dem § 10 und 13 RBG. Der Beamte nimmt in der durch die formell umschriebene Gehorsamspflicht gebotenen Handlung sein Amt den Gesetzen und der Verfassung entsprechend gewissenhaft wahr, und in diesem Umfang ist er für die Gesetzmäßigkeit verantwortlich. Man mag im einzelnen die Ausführungen Freunds noch so sehr bekämpfen, und wenn auch



zuzugeben ist, daß § 113 des RStGB. nicht als Ausgangspunkt für die Umgrenzung der Gehorsamspflicht genommen werden kann, im Ergebnis müssen wir mit ihm übereinstimmen, daß § 113 RStGB. und die §§ 10 und 13 RBG. auf den gleichen Voraussetzungen beruhen. Rechtsverbindlichkeit und Rechtmäßigkeit der Amtshandlung liegen dann vor, wenn die formell rechtlichen Erfordernisse vorliegen. Mit der Ausübung eines rechtsverbindlichen Befehls ist der Beamte auch gleichzeitig in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes nach § 113 RStGB. Andererseits entspricht der Rechtmäßigkeit und Rechtsverbindlichkeit auch die volle Unverantwortlichkeit des untergebenen Beamten.

---

## 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, schuldhaftige 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 schuldhaftige, 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.<sup>1)</sup> 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 ausübt<sup>1)</sup>.“ Es ist also die Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes durch eine nicht rechtswidrige Handlung<sup>2)</sup>. 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 Ansicht<sup>1)</sup> 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. Kleinschrod<sup>2)</sup> betrachtet den Befehl nur dann als Schuld-ausschließungsgrund, „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“. Tittmann<sup>1)</sup> spricht den Befehlsunterworfenen nur dann „außer aller Schuld“, wenn der Befehl „der Nötigung gleich“ gewesen ist. Und Geyer führt in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts<sup>2)</sup> 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. Calker<sup>1)</sup> 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 Battenberg<sup>2)</sup> 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 Gedankens<sup>1)</sup>, 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 Erwägungen<sup>2)</sup>: „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 Untergebenen<sup>1)</sup>; 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 Unrechtausschließungsgrund<sup>1)</sup>; 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“<sup>1)</sup>. 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 hat<sup>2)</sup>. Das Reichsgericht<sup>3)</sup> 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 vorliegt<sup>1)</sup>).

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 irrige 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, tötlich angreift, macht sich in Gemäßheit des § 113 RStGB. strafbar<sup>1)</sup>. 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 aus<sup>2)</sup>.

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 Binding<sup>1)</sup> 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 Auffassung<sup>2)</sup> 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 unzulässig<sup>3)</sup>, 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 Reichsgericht<sup>1)</sup> 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 Theorie<sup>1)</sup> 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.