

**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**

§ 3. Allgemeines; Begriff der formellen Rechtmäßigkeit

**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.