

**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**

§ 4. Die Remonstrationstheorie

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

#### § 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.

---