

**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**

§ 5. Theorie des formellen Prüfungsrechts

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

## § 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.