

**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**

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

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

## § 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.

---