

**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**

§ 7. Eigene Stellungnahme

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

## § 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.

---