

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 87

**Grenzen amtlicher
und dienstlicher Weisungen
im öffentlichen Dienst**

Von

Arno Risken



Duncker & Humblot · Berlin

ARNO RISKEN

Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 87

Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen im öffentlichen Dienst

Von

Dr. Arno Risken



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
D 6

Meinen Eltern

Vorwort

Die Untersuchung hat im Wintersemester 1967/1968 der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation vorgelegen. Das Manuskript war im Dezember 1967 abgeschlossen. Neuerscheinungen wurden aber bis Juli 1968 möglichst noch berücksichtigt.

Herr Prof. Dr. Hans J. Wolff hat die Arbeit betreut. Durch vielerlei Anregungen und kritische Hinweise förderte er wesentlich das Zustandekommen der vorliegenden Schrift. Für seine wertvolle Unterstützung sei ihm an dieser Stelle besonders herzlich gedankt.

Dank gebührt auch Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann, der durch die bereitwillige Aufnahme der Schrift in sein Verlagsprogramm die Drucklegung ermöglichte.

Münster, im August 1968

Arno Risken

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	23
-------------------------	-----------

Erster Teil

Begriffliche Abgrenzungen. Grundsätzliche Systematisierung der Grenzen

1. Kapitel: Thematische Eingrenzung. Umfang der Untersuchung	25
A. Die Weisung	25
§ 1. Begriff	25
§ 2. Folgerungen	27
B. Der öffentliche Dienst	27
§ 3. Der Begriff des öffentlichen Dienstes	28
I. Gesetzliche Regelung und Literaturmeinungen	28
II. Kritik	29
III. Lösung aus dem Begriff des „Öffentlichen“	29
§ 4. Folgerungen	31
Zusammenfassung zum 1. Kapitel des ersten Teiles	33
2. Kapitel: Begriff und Bedeutung von amtlicher und dienstlicher Weisung als systematischer Ansatz einer Grenzziehung	34
A. Die Trennung von dienstlichen und amtlichen Weisungen	34
§ 5. Soziologisch-theoretische Möglichkeit einer Trennung von Person, Amt, Funktion	34
I. Möglichkeit der Unterscheidung mehrerer Eigenschaften bei einer Person	34
II. Trennung von Person und Funktion, Amt und Person	35
§ 6. Der Begriff des Amtes	35
I. Notwendigkeit differenzierender Betrachtung	35
II. Begriffe	37
§ 7. Trennung von Beamter und Amt	38
§ 8. Folgerungen	40

B. Anwendungsbereich der Begriffe	41
§ 9. Organ und Amt	41
§ 10. Amtswaltung durch privatrechtlich Angestellte	41
I. Die Situation	41
II. Streitstand und Stellungnahme	42
1. Die herrschende Meinung	42
2. Ältere Gegenmeinungen	42
3. Neuere Ansicht der Rechtsprechung	43
4. Neuere Meinungen in der Literatur	44
a) Die Ansicht von Krüger. Darstellung und Kritik	44
b) Die Ansicht Köttgens. Darstellung und Kritik	46
III. Ausblick	48
§ 11. Arbeiter als Amtswalter: Qualifikation amtlicher Tätigkeit? ..	49
§ 12. Wehrdienst als Amt	52
I. Erste Ansicht: Wehrdienst kein Amt	52
1. Darstellung und Kritik	52
2. Insbesondere: § 48 WStGB	52
II. Gegenmeinung: Wehrdienst als Amtswaltung	54
1. Amtswaltung nur durch Offiziere und Unteroffiziere? ..	54
2. Wehrdienst als Amt	55
III. Eigene Ansicht	55
Zusammenfassung zum 2. Kapitel des ersten Teiles	57

Zweiter Teil

Die allgemeinen Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen

1. Kapitel: Methode der Untersuchung	59
A. § 13. Gesetzliche Regelung als Ansatz	59
B. Verbindlichkeit, Weisungsrecht, Gehorsam: Begriff und Bedeutung	59
§ 14. Zusammenhang von Gehorsam und Weisungsrecht	59
§ 15. Vereinbarung der Konzeption mit dem Gesetz	60
§ 16. Bedeutung der Gehorsamspflicht	62
Zusammenfassung zum 1. Kapitel des zweiten Teiles	62
2. Kapitel: Die Rechtsordnung als Begrenzung der Gehorsamspflicht	64
A. § 17. Problemstellung: Rechtsqualität aller Weisungen	64
B. Die verschiedenen organisationsrechtlichen Beziehungen	64
§ 18. Soziologische Betrachtung	64
§ 19. Juristische Bedeutung	65

C. Die verschiedenen Beziehungen als Rechtsverhältnisse. Rechtliche Qualität der Weisungen	66
§ 20. Begriff des Rechtsverhältnisses	66
§ 21. Das Grundverhältnis als Rechtsverhältnis. Die Rechtsqualität <i>dienstlicher</i> Weisungen	67
I. Subsumtion	67
II. Rechtsverhältnis und besonderes Gewaltverhältnis	67
§ 22. Weisungen im <i>Amtswalter</i> verhältnis als Rechtsakte	68
I. Das <i>Amtswalter</i> verhältnis als Rechtsverhältnis	68
1. Die sog. Impermeabilitätslehre	68
2. Die Bedeutung des Gesetzesbegriffs	69
II. Rechtsqualität der Akte im <i>Amtswalter</i> verhältnis	71
§ 23. Das <i>Amts</i> verhältnis als Rechtsverhältnis	72
§ 24. Insbesondere: Die sog. Verwaltungsvorschrift	74
I. Rechtssatzqualität	74
II. Dogmatische Einordnung	75
1. Streitstand	75
2. Stellungnahme	76
a) Möglichkeit einer Regelung durch Verwaltungsvorschriften	76
b) Anerkennung originärer Regelungsbefugnis der Verwaltung	79
c) Verwaltungsvorschriften als Normen <i>sui generis</i> ..	80
Zusammenfassung zum 2. Kapitel des zweiten Teiles	81
3. Kapitel: Der rechtswidrige bindende Befehl als rechtstheoretisches Problem	83
A. § 25. Problemstellung	83
B. Problematik und Streitstand	84
§ 26. Bedeutung des Begriffs der Rechtmäßigkeit für das Problem	84
§ 27. Historischer Überblick	85
§ 28. Aktueller Problemstand	86
I. Unverbindlichkeit rechtswidriger Befehle. Darstellung der Ansicht	86
II. Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle. Darstellung der Ansicht	87
§ 29. Kritik	88
I. Das Effizienzprinzip als Argumentation	88
II. Die Vermutungslehre	89
1. Inhalt der Lehre	89
2. Gegenmeinung	89

3. Stellungnahme	90
§ 30. Eigene Ansicht zum rechtswidrigen, bindenden Befehl	91
§ 31. Systematischer Standort der gesetzlichen Regelung	93
I. Die gesetzliche Regelung bei öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen (Beamten, Soldaten)	93
1. Die Regelung <i>amtlicher</i> Weisungen	93
a) Einordnung der gesetzlichen Regelung	93
b) Die Verbindlichkeit <i>amtlicher</i> Weisungen auf Grund des Gesetzes im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz	94
aa) Streitstand und immanente Kritik	95
bb) Eigene Ansicht	96
2. Die Regelung der Verbindlichkeit <i>dienstlicher</i> Weisungen	99
II. Die Regelung von Weisungen bei <i>privatrechtlich</i> Angestellten im öffentlichen Dienst	101
1. <i>Amtliche</i> Weisungen	101
2. <i>Dienstliche</i> Weisungen	102
§ 32. Folgerungen für die Verbindlichkeit von Weisungen. Rechtfertigung des Ergebnisses	103
§ 33. Die verwaltungsrechtliche Fehlerlehre	105
Zusammenfassung zum 3. Kapitel des zweiten Teiles	106

Dritter Teil

Die einzelnen Weisungsgrenzen

1. Kapitel: Formelle Verbindlichkeitskriterien	107
A. Zuständigkeit	107
§ 34. Der Grundsatz	107
§ 35. Das System	108
I. Zuständigkeit bei Beamten und Angestellten	108
1. Die Systematik	108
2. Selbsteintrittsrecht des vorgesetzten Amtswalters?	109
3. Zuständigkeitsprobleme bei Interessenwiderstreit	111
a) <i>Amtlicher</i> Interessenwiderstreit	111
b) <i>Persönliche</i> Interessenkollision	112
c) Zuständigkeitsprobleme für Amtswalter bei supranationalen Organisationen	112
4. Besonderheiten bei eigenverantwortlichem Wirkungskreis der Amtswalter	114
II. Zuständigkeiten bei Weisungen im Wehrrecht	115
III. Vorgesetzteneigenschaft und Willensmängel	118

B. § 36. Formerfordernisse	120
Zusammenfassung zum 1. Kapitel des dritten Teiles	121
2. Kapitel: Materielle Weisungsgrenzen	123
A. Materielle Grenzen <i>dienstlicher</i> Weisungen	123
§ 37. Dienstliche Weisungen bei <i>öffentlich-rechtlichem</i> Grundver- hältnis (Beamte und Soldaten)	123
I. Die Grundrechte als Grenzen dienstlicher Weisungen	124
1. Problemstellung: Grundrechte und besonderes Gewalt- verhältnis	124
2. Streitstand	124
3. Kritik und eigene Stellungnahme	125
II. Grenzen aus niederrangigem Recht	128
III. Insbesondere: Die sog. Verwaltungsvorschrift als Grenze <i>dienstlicher Einzelweisungen</i>	130
1. Problemstellung	130
2. Lösung	131
a) Möglichkeit der Kollision von <i>Amtsrechtssätzen</i> und <i>dienstlicher Einzelweisung</i>	131
b) Rechtsfolgen	132
IV. Weitere Grenzen aus niederrangigem Recht	133
1. Die verwaltungsrechtliche Fehlerlehre	133
2. Analoge Anwendung des arbeitsrechtlichen Direktions- rechts?	134
3. Die Zweckgebundenheit dienstlichen Weisungsrechts ..	134
§ 38. Dienstliche Weisungen bei Angestellten und Arbeitern im öffentlichen Dienst	135
I. Die Grundrechte als Schranken	136
1. Systematischer Standort des Problems	136
2. Problemstand	137
3. Kritik und Stellungnahme	139
a) Entwicklung und Bedeutung des Fiskusbegriffs	140
b) Folgerung für die Geltung der Grundrechte	141
II. Grenzen aus niederrangigem Recht	143
1. Das System des BGB	143
2. Das arbeitsrechtliche Direktionsrecht	143
3. Niederrangige öffentlich-rechtliche Grenzen	144
B. Die materiellen Grenzen <i>amtlicher</i> Weisungen	145
§ 39. Unmittelbare Grenzen aus der gesetzlichen Regelung	145
I. Die Zweckbindung amtlicher Weisungen	145
II. Die Menschenwürde als Grenze amtlicher Weisungen	146
§ 40. Der Begriff der Rechtmäßigkeit amtlicher Weisungen in An- sehung der gesetzlichen Regelung	148

I. Bisherige Diskussion des Problems	148
II. Der spezifisch <i>amtliche</i> Rechtmäßigkeitsbegriff von Rupp	150
1. Darstellung der Ansicht	150
2. Stellungnahmen	151
3. Eigene Ansicht	151
a) Immanente Kritik	151
b) Grundsatzkritik, insbesondere: Das Verhältnis von Innen- und Außenrecht	152
§ 41. Der Rechtmäßigkeitsbegriff amtlicher Weisungen als Problem der Normen- und Pflichtenkollision	154
I. Problemstellung	154
II. Die Kollisionsnormen	155
§ 42. Materiale Derogation. Entwicklung des Prinzips	156
§ 43. Interessenabwägung als materiales Derogationsprinzip	158
§ 44. Wesen und Wirkung der Derogation	159
I. Das Prinzip	159
II. Verfassungsrechtliche Bedenken	161
§ 45. Analyse der gesetzlichen Regelung an Hand der festgestellten Maßstäbe	163
I. Die Regelung im Wehrrecht	163
1. Berechtigung der Regelung	163
2. Einwände	165
II. Die Regelung im Beamten- und Tarifvertragsrecht	165
1. Korrektur des Wortlautes	165
2. Die Unhaltbarkeit der derzeitigen Regelung	166
3. Interpretation gegen den Wortlaut	167
§ 46. Gemeinsame Folgerungen für öffentliche Dienstnehmer aus der gesetzlichen Regelung	167
I. Grundgesetz und amtliche Weisung	168
1. Grundrechte und amtliche Weisung	168
a) Grundrechte im Amt? (Grundrechte des Amtswalters)	168
b) Grundrechte Dritter und amtliche Weisung	169
2. Sonstige Grundgesetzartikel als Grenzen amtlicher Wei- sungen	170
II. Supranationales Recht und amtliche Weisung	170
III. Niederrangiges Recht und amtliche Weisungen	171
IV. Insbesondere: Verwaltungsvorschriften und amtliche Ein- zelweisungen	171
1. Problemstand	172
2. Kritik	172
§ 47. Grenzen ohne Anhaltspunkte in den Gehorsamsvorschriften	174

Inhaltsverzeichnis	15
I. Möglichkeit weiterer Begrenzung	174
II. Die einzelnen Fälle	174
1. Unzumutbarkeit	174
2. Ermessensgrenzen	176
3. Unmöglichkeit	177
Zusammenfassung zum 2. Kapitel des dritten Teiles	178

Anhang

§ 48. Prüfungsrecht und -pflicht. Entscheidungsrecht	181
I. Dienstliche Weisungen	181
II. Amtliche Weisungen	182
1. Amtliche Weisungen an Beamte	182
2. Amtliche Weisungen an privatrechtlich Angestellte	183
3. Der militärische Befehl	184
Zusammenfassung zum Anhang	185
Ergebnis der Untersuchung (in Thesen)	187
Literaturverzeichnis	191

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abg.	Abgeordneter
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (seit 1818, zit. nach Band, Jahr und Seite)
ADO	Allgemeine Dienstordnung
a.F.	alte Fassung
AG	Ausführungsgesetz
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten v. 5. Febr. 1794 (Ausgabe von Rehbein u. Reincke, zit. nach §, Teil und Titel)
AltESTGB	Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches
a.M.	anderer Meinung
AmtsBl.	Amtsblatt
ÄndG	Änderungsgesetz
Anl.	Anlage
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (seit 1886) (zit. nach Band, Jahr und Seite)
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRBlattei	Arbeitsrecht - Blattei (Gruppe 11 der Rechts- und Wirtschaftspraxis)
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift seit 1953)
ATO	Allgemeine Tarifordnung für Gefolgschaftsmitglieder im öffentlichen Dienst v. 1. Mai 1938 i.d.F. v. 1. Nov. 1943 (Reichsbesoldungsblatt 1944, S. 17)
badwürttLBG	Baden-württembergisches Landesbeamtenengesetz v. 1. Aug. 1962 (GBl. S. 89)
badwürttVBl.	Baden-württembergisches Verwaltungsblatt (Landesbeilage zur DöV, seit 1956)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAG - AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (seit 1954)
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag v. 23. Febr. 1961 für die Angestellten des Bundes, der Länder und Gemeinden (GMBL. S. 138)
bayLBG	Bayerisches Landesbeamtenengesetz v. 1960 i.d.F. v. 30. Okt. 1962 (GVBl. S. 291)
bayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (n.F., seit 1955)
bayVfGH	Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern
bayVGH	Bayerischer Verwaltungsgeschichtshof
bayDStrH	Bayerischer Dienststrafhof

BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift, seit 1946)
BBG	Bundesbeamtengesetz v. 1953 i.d.F. v. 22. Okt. 1965 (BGBl. I, S. 1776)
BDiszH	Bundesdisziplinarhof
BDiszH (WD)	Bundesdisziplinarhof (Wehrdienstsenat)
Betrieb	Der Betrieb (Zeitschrift, seit 1948)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz von 1952 i.d.F. v. 3. Sept. 1953 (BGBl. I, S. 1267)
BFH	Bundesfinanzhof
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. Aug. 1896 mit Änderungsgesetzen (RGBl., S. 195)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Bonner Kommentar
blnLBG	Berliner Landesbeamtengesetz von 1960 i.d.F. v. 1. März 1966 (GVBl., S. 531)
BLV	Verordnung über die Laufbahnen der Bundesbeamten von 1956 i.d.F. v. 2. Aug. 1961 (BGBl. I, S. 1173)
BM	Bundesminister
BMVtg.	Bundesminister für Verteidigung
BMT - G	Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe v. 22. Mai 1953 und v. 31. Jan. 1962 (BMT - G II)
BPersVG	(Bundes-)Personalvertretungsgesetz v. 5. Aug. 1955 (BGBl. I, S. 477)
BReg.	Bundesregierung
BRRG	(Bundes-)Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) v. 1957 i.d.F. v. 22. Okt. 1965 (BGBl. I, S. 1754)
Brt.	Bundesrat
BsozG	Bundessozialgericht
BTg.	Bundestag
BVfG	Bundesverfassungsgericht
BVfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht v. 12. März 1951 (BGBl. I, S. 243)
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Bundeswehr
BWehrVw.	Die Bundeswehrverwaltung (Zeitschrift, seit 1957)
BzVG	Bezirksverwaltungsgericht
DBG	Deutsches Beamtengesetz v. 26. Jan. 1937 (RGBl. I, S. 39)
DDB	Der deutsche Beamte (Zeitschrift, seit 1951)
Diss. jur.	juristische Dissertation
DiszH	Disziplinarhof
DiszS	Disziplinarsenat
DöD	Der öffentliche Dienst (Zeitschrift, seit 1947)
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift, seit 1947)
DRiG	Deutsches Richtergesetz v. 8. Sept. 1961 (BGBl. I, S. 1665)

DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Zeitschrift, seit 1909)
DStrH	Dienststrafhof
DV	Deutsche Verwaltung (Zeitschrift, seit 1948 bis 31. März 1950)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift, seit 1950)
DVO	Durchführungsverordnung
E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche v. 18. Aug. 1896 (RGBl. S. 604)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Ent.	Entwurf
EstGB	Entwurf eines Strafgesetzbuches
EurBStat.	Statut der Beamten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft v. 18. Dez. 1961 in VO Nr. 31 (EWG) u. VO Nr. 11 (EAG) (BGBl. II, S. 953)
EVwRO f. Württ.	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931
EVwVerfG 1963	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, Köln und Berlin 1964
Exk.	Exkurs
Fleischbesch.	Fleischbeschauer
FN	Fußnote
G	Gesetz
GBL	Gesetzblatt
Gedschr.	Gedächtnisschrift
GewO	Gewerbeordnung i.d.F. v. 26. Juli 1900 (RGBl. S. 871)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. Mai 1900 (BGBl. S. 1)
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt, herausgg. vom Bundesminister des Inneren (seit 1950)
GO	Gemeindeordnung
GrdL	Grundlehren
Grdpr.	Grundprobleme
GrdR	Grundrechte
GS	Der Gerichtssaal (Zeitschrift, von 1849—1942)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 i.d.F. v. 12. Sept. 1950 (BGBl. S. 513)
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HdbSoz.	Handbuch der Soziologie
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
hessLBG	Hessisches Landesbeamten-gesetz v. 21. März 1962 (GVBl. S. 173)
hessVGH	Verwaltungsgerichtshof für das Land Hessen
HESst.	Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Bundesgerichte in Strafsachen (von 1948—1949)

h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
hmbLBG	Hamburger Landesbeamten-gesetz v. 13. März 1961 (GVBl. S. 49)
HWBKommW	Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften
HWBprVw.	Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung
HWBRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
HWBStW	Handwörterbuch der Staatswissenschaften
HWBVwR	Handwörterbuch des Verwaltungsrechts
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JbKG	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (1881 bis 1922)
JurJB	Juristenjahrbuch
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift, seit 1961)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift, 1872—1939)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift, seit 1951)
Kbl.	Koblenz
KG	Kammergericht
krit.	kritisch
LAG, LArbG	Landesarbeitsgericht
LB	Lehrbuch
Lbg.	Lüneburg
LeipZ	Leipziger Zeitschrift (seit 1907)
LG	Landgericht
LOG	Gesetz über die Organisation der Landesverwaltung v. 10. Juli 1962 (GVNW S. 421)
m.a.W.	mit anderen Worten
MaßnG	Maßnahmegesetz
MBL	Ministerialblatt
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (seit 1947)
MilVorgesVO	Verordnung über die Regelung des militärischen Vorgesetztenverhältnisses v. 4. Juni 1956 (BGBl. I, S. 459)
MRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4. Nov. 1950, G. v. 7. Aug. 1952 (BGBl. II, S. 685)
MStGB	Militärstrafgesetzbuch i.d.F. der VO v. 10. Okt. 1940 (RGBl. I, S. 1347)
MTB	Manteltarifvertrag für Arbeiter des Bundes v. 25. Mai 1960 (GMBL. S. 265)
MTL	Manteltarifvertrag für Arbeiter der Länder v. 14. Jan. 1959 (z. B. nwMBL. S. 170)
MU	Montan-Union
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NDBZ	Neue deutsche Beamtenschaft (seit 1949)
ndsLBG	Niedersächsisches Beamtengesetz v. 1960 i.d.F. v. 1. März 1963 (GVBl. S. 95)

n.F.	neue Folge
NJW	Neue juristische Wochenschrift (seit 1947)
nwDO	Disziplinarordnung des Landes Nordrhein-Westfalen für Beamte und Richter i.d.F. v. 1. Juni 1962 (GVBl. S. 305)
nwGO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 1952 i.d.F. v. 28. Aug. 1952 (GVBl. S. 269)
nwUZwG	Gesetz über Ausübung und Grenzen des unmittelbaren Zwanges von Nordrhein-Westfalen v. 22. Mai 1962 (GVBl. S. 260)
NZfWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht (seit 1959)
OBG	(Nordrhein-westfälisches) Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden v. 16. Okt. 1956 (GVBl. S. 155)
oeZöR	Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht (seit 1948)
Öff. D.	Öffentlicher Dienst
OGHbrZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
o.Gr.	ohne Gründe
OLG	Oberlandesgericht
Org.	Organschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
pol.	politisch
prKommBG	Preußisches Gesetz betreffend die Anstellung und Versorgung der Kommunalbeamten v. 30. Juli 1888 (GS. S. 141)
Prot.	Protokoll
prOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PVS	Politische Vierteljahresschrift (seit 1960)
R	Recht
RBG	Reichsbeamtengesetz i.d.F. v. 18. Mai 1907 (RGBl. S. 245)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift, seit 1948)
RDH	Reichsdienststrafhof, Reichsdisziplinarhof
Rdnr.	Randnummer
RechtsL	Rechtslehre
Regprä.s.	Regierungspräsident
Reprä.s.	Repräsentation
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
rhpLFBG	Rheinland-pfälzisches Landesbeamtengesetz i.d.F. v. 11. Juni 1962 (GVBl. S. 73)
RiA	Das Recht im Amt (Zeitschrift, seit 1954)
RKG	Reichskriegsgericht
RMG	Reichsmilitärgericht
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
schlhLFBG	(schleswig-holsteinisches) Landesbeamtengesetz v. 1956 i.d.F. v. 9. Juli 1962 (GVBl. S. 295)
SeemG	(Bundes-)Seemannsgesetz v. 26. Juli 1957 (BGBl. I, S. 713)

SG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz v. 19. März 1956 (BGBl. I, S. 114)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (1946—1950)
SozG	Sozialgericht
StL	Staatslehre
StGB	Strafgesetzbuch v. 1871 i.d.F. v. 4. Aug. 1953 (BGBl. I, S. 735)
StGH	Staatsgerichtshof
StPO	Strafprozeßordnung v. 1877 i.d.F. v. 17. Aug. 1965 (BGBl. I, S. 1374)
StR	Staatsrecht
StudB	Studienbuch
Stud. gen.	Studium generale (Zeitschrift, seit 1949)
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift, seit 1922)
TB	Tatbestand
TruppDGer.	Truppendienstgericht
TVG	Tarifvertragsgesetz v. 9. Apr. 1949 (Gesetzbl. der Verw. d. vereinigten Wirtschaftsgebiete, S. 55)
UrIVO	Urlaubsverordnung
UZwG	(Bundes-)Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes v. 10. März 1961 (BGBl. I, S. 165)
UZwGBW	(Bundes-)Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten und zivile Wachpersonen der Bundeswehr v. 12. Aug. 1965 (BGBl. I, S. 796)
VA	Verwaltungsakt
Vf.	Verfassung
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfL	Verfassungslehre
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (seit 1924, zit. nach Band, Jahr und Seite)
VwArch.	Verwaltungsarchiv (seit 1893, zit. nach Band, Jahr und Seite)
VwGO	(Bundes-)Verwaltungsgerichtsordnung v. 21. Jan. 1960 (BGBl. I, S. 17)
VwL	Verwaltungslehre
VwOrg.	Verwaltungsorganisation
VwPrax.	Die Verwaltungspraxis (Zeitschrift, seit 1927)
VwR	Verwaltungsrecht
VwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Entscheidungssammlung (seit 1949, zit. nach Band und Seite)
VwVG	(Bundes-)Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz v. 27. Apr. 1953 (BGBl. I, S. 157)
VwVO	Verwaltungsverordnung

VwVorsch.	Verwaltungsvorschrift
WBStVR	Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts
WBO	Wehrbeschwerdeordnung v. 23. Dez. 1956 (BGBl. I, S. 1066)
WDiszO	Wehrdisziplinarordnung v. 1957 i.d.F. v. 9. Juni 1961 (BGBl. I, S. 689)
WdtArbRspr.	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung (Zeitschrift, seit 1948)
WP	Wahlperiode
WS	Wehrdienstsenat
WStGB	Wehrstrafgesetz v. 30. März 1957 (BGBl. I, S. 298)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht (seit 1953)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (seit 1858, zit. nach Band, Jahr und Seite)
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (seit 1881, zit. nach Band, Jahr und Seite)

Einleitung

Wer es heute unternimmt, die Grenzen von Weisungsrecht und Gehorsamspflicht zu bestimmen, sieht sich einer schier unübersehbaren Fülle von Literatur namentlich aus der Zeit bis 1945 konfrontiert¹. Der Grund derart vielfältiger Äußerungen scheint in der rechtssystematischen Stellung des Problems zwischen Strafrecht — Problem des Befehlsnotstandes —, Verwaltungsrecht — Problem des Amtsbegriffs etc. — und bürgerlichem bzw. Arbeitsrecht — Rechtsstellung der nicht-beamteten öffentlichen Bediensteten etc. — begründet. Bei je anderer Akzentsetzung ergeben sich andere Lösungsmöglichkeiten. Die Aufnahmebereitschaft des Themas gegenüber rechtstheoretischen und meta-juristischen Aspekten — Problem der Verbindlichkeit rechtswidriger Befehle — eröffnet weitere Perspektiven.

Angesichts des Versuchs, die Menge der Äußerungen nur um eine weitere, am Ende nicht einmal neue zu vermehren, ist Rechtfertigung geboten: Zunächst sind Befehlsrecht und Gehorsamspflicht unter den Maßstäben des Grundgesetzes neu zu durchdenken. Erst jüngst machten die „Knüppel Marsch-Parolen“² der Polizei anlässlich der Studentenunruhen das Bedürfnis nach solcher Betrachtung evident. Solange der legalitätsbewußte Bürger sich sagen lassen muß, er sei „überspannt und überempfindlich in seiner Auffassung von Recht und Gesetz“³, bestehen offenbar Unklarheiten über die Beziehung von Recht und Verwaltung, die konzentriert am Befehlsproblem einsichtig werden.

Weiter verspricht die rechtsvergleichende Darstellung der Gehorsamspflicht bei den verschiedenen Angehörigen des öffentlichen Dienstes Aufschlüsse namentlich angesichts der weithin gleichen Funktionswahrnehmung von Beamten und Angestellten sowie der intendierten Gleichstellung der Soldaten mit den beamteten Amtswaltern.

Insgesamt ist zum Ziel gesetzt, die differenzierende Regelung des Gesetzes unter rechtstheoretischen und rechtsstaatlichen Maßstäben kritisch zu überprüfen und ihre Begründetheit zu erweisen.

¹ Vgl. *Röhrs*, S. 82, FN 2; *Stratenwerth*, S. 210 ff. Die deutsche Misère fordert in dieser Untersuchung einmal mehr ihren Tribut: Die zahlreichen Dissertationen mitteleuropäischer Universitäten waren nicht greifbar.

² Vgl. „Die Zeit“, Nr. 24 v. 16. Juni 1967, S. 17 ff.

³ So die Äußerung eines Polizeioberrates in bezug auf die Methoden seiner Vollzugsbeamten: „Der Stern“, Heft 21 (1967), S. 140.

Erster Teil

Begriffliche Abgrenzungen Grundsätzliche Systematisierung der Grenzen

1. Kapitel

Thematische Eingrenzung. Umfang der Untersuchung

A. Die Weisung

Wenn hier von Grenzen amtlicher und dienstlicher Weisungen gehandelt werden soll, fragt sich, ob damit mehr als eine terminologische Änderung gegenüber den bisher angestellten Studien über „Dienstbefehle“, „dienstliche Weisungen“, „dienstliches Weisungsrecht“¹ etc. angestrebt ist. Die begriffliche Eingrenzung wird zugleich den Umfang der Untersuchung weisen.

§ 1. Begriff

Vorab ist in einem mehr soziologischen Sinne die Weisung abzusetzen von Anregungen, Vorschlägen, Warnungen etc. Die zahlreichen Definitionen der Literatur werden solchem Bedürfnis meist nicht gerecht. Sie implizieren sogleich eine gewisse juristische Vorabentscheidung, insofern die Gehorsamspflicht — als essentieller Bestandteil der zu findenden Definition — in einem bestimmten juristisch erheblichen Bezugspunkt verankert wird².

Abgesehen davon, daß es einen allgemeinen Begriff der Weisung im Rechtssinne nicht gibt, sondern allenfalls in der je besonderen

¹ Vgl. die verschiedenen Titel bei *Röhrs*, S. 82, FN 2.

² Vgl. etwa *Ammon*, S. 31, der auf das Überordnungsverhältnis als Grund der Verbindlichkeit hinweist; *Herrnritt*, S. 272: Befehl als „amtswegige (!) Willensäußerung der Behörde (!) gegenüber ... einer Person“; *Lewin*, S. 11: „Allgemeine Befehlsbefolgung“ als Kriterium des Befehlsbegriffs; *O. Mayer*, VwR I, S. 102; II, S. 182: Befehl als „bindende Wirkung kraft des besonderen Gewaltverhältnisses“; vgl. auch § 2, Ziff. 2 WStGB, wonach Einhaltung der Befehlsbefugnis zum Begriff und nicht nur zur Verbindlichkeit gehört. Weitere Hinweise bei *Röhrs*, S. 18, FN 3.

Bedeutung des einzelnen Rechtssatzes³, würde das Thema bei solchem Versuch per definitionem in bestimmter Richtung eingengt werden.

Hier soll mit den angemeldeten Vorbehalten als Befehl, Anordnung, Weisung etc. gelten: Die imperative Feststellung hinsichtlich der Wahl einer Verhaltensalternative durch einen anderen in der Erwartung, daß der Impuls von dem Empfänger als Argument seiner Wahl akzeptiert werde⁴. Es ist nicht erforderlich, daß der Befehlsadressat seine kritischen Fähigkeiten *tatsächlich* hintansetzt: Ob pflichtgemäß die Weisung zu befolgen ist, gehört begrifflich nicht zum Befehl, es reicht der Anspruch auf Gehorsam. Dieser muß allerdings wenigstens durch eine gedachte Autorität intendiert werden: „Kein Sollen ohne ein — wenn auch nur fingiertes — Wollen⁵.“

Weiter ist die Stellung des Befehlsempfängers gegenüber dem Impuls für dessen begriffliche Festlegung ohne Bedeutung. Ein Befehl bleibt Befehl auch bei Einräumung voller Prüfungsbefugnis⁶.

Definitionsgemäß wird in diesem Zusammenhang auch nicht unterschieden zwischen konkret-individuellen und abstrakt-generellen Anordnungen⁷. Beide Befehlsarten werden untersucht, was um so mehr gerechtfertigt ist, als das Gesetz hinsichtlich der Gehorsamspflicht ebenfalls nicht differenziert⁸. Allerdings wird der Schwerpunkt auf dem Einzelbefehl liegen, da die abstrakt-generelle Regelung regelmäßig als Grenze der konkret-individuellen Weisung in Betracht kommen wird. Der allgemeine Befehl ist bei den Grenzen des Einzelimpulses zu erörtern.

³ Vgl. *Ammon*, S. 28.

⁴ In Anlehnung an *Simon*, S. 81; vgl. ferner *Barfuß*, S. 11; *Somló*, S. 195. Wenn *Simon*, a.a.O. allerdings meint, der Untergebene lasse sein Verhalten von dem Impuls durch das bloße Kriterium des Empfanges steuern, so trifft das m.E. nicht zu, da so per definitionem jedes Prüfungsrecht abgeschnitten wird.

⁵ *Kelsen*, Festschr. f. Nipperdey I, S. 63.

⁶ H. M. Vgl. *Somló*, S. 195 f.

⁷ *Wolff*, VwR I, § 45, II, c (S. 293 f.) faßt die Verwaltungsanordnung als abstrakt-generellen bzw. speziellen Impuls an nachgeordnete Ämter auf. Weisungen seien dagegen konkret-generelle bzw. spezielle Befehle. Diese Unterscheidung bezieht sich aber auf spezifisch verwaltungsrechtliche Handlungsformen, die in diesem Zusammenhang schon wegen der Behandlung auch privatrechtlicher Weisungen nicht verwertbar ist. Wie hier: *Forsthoff*, LB, S. 24, 97.

⁸ Vgl. § 37, 2 BRRG; § 55, 2 BBG; Art. 21, II, 1 EurBStat.; § 11, I, 1 SG; § 8, II BAT. (Die Beamtengesetze der Länder werden im folgenden nur bei abweichender Regelung zitiert.) Vgl. ferner: *Ambrosius - Schütz - Ulland*, § 58 nwLBG, Rdnr. 5; *Hildebrandt - Demmler - Bachmann*, § 59 nwLBG, Bem. 2; *Plog - Wiedow*, § 55 BBG, Rdnr. 4.

§ 2. Folgerungen

Aus dem vorigen folgt für die Untersuchung zweierlei: Grenzen einer Weisung können überhaupt nur relevant werden, wenn eine Anordnung im bezeichneten Sinne vorliegt. Soweit ein entsprechender Impuls fehlt, mag eine Anregung gegeben sein, deren Befolgung dem Angesprochenen freisteht; von einer Gehorsamspflicht und von Weisungsgrenzen kann keine Rede sein¹.

Grenzen einer Weisung sind ferner ohne Belang, wenn der Befehlsadressat hinsichtlich bestimmter Tätigkeiten weisungsfrei gestellt ist². Außerhalb des gesetzlich umschriebenen selbständigen Aufgabenbereichs unterfällt er der üblichen Gehorsamspflicht, ist insoweit hier mit zu behandeln³.

Im Ergebnis beschränkt die Untersuchung sich auf alle möglichen Weisungen im oben bezeichneten Sinne an befehlsunterworfenen öffentlichen Bediensteten.

B. Der öffentliche Dienst

Es sollen amtliche und dienstliche Weisungen im öffentlichen Dienst untersucht werden. Aus der Bedeutung des öffentlichen Dienstes erfährt die folgende Erörterung wesentlich ihre Einschränkung.

¹ Vgl. OVG Mstr. v. 30. Juli 1960, AZ Y 18/60.

² Die wichtigsten Fälle: Richter hinsichtlich ihrer richterlichen Tätigkeit, Art. 97, I GG; §§ 25, 26 DRiG. Mitglieder des Bundes- und der Landesrechnungshöfe, Art. 114, II GG; § 11 des G. über die Errichtung und Aufgaben des Bundesrechnungshofes v. 27. Nov. 1950 BGBl., S. 765; entsprechend die Angehörigen der Rechnungsprüfungsämter der Gemeinden, vgl. etwa § 101 nwGO.

Die Beamten bzw. militärischen Beisitzer bei den DiszG bzw. Wehrdienstgerichten hinsichtlich ihrer richterlichen Tätigkeit § 31, III BDiszO; § 37, III nwDO; § 50, II WDiszO. Der beamtete Untersuchungsführer im Disziplinarverfahren, § 44, III BDiszO; § 50, III, 1 nwDO. Der Disziplinarvorgesetzte des Beamten bei Ausübung seiner Disziplinalgewalt, § 23, I, 1 BDiszO. Die Beamten, die Mitglieder des Bundes- bzw. Landespersonalaussschusses sind, bzgl. dieser ihrer Tätigkeit, § 97, I BBG; § 109, I, 1 nwLBG. Die Rechtspfleger nach Maßgabe des § 8 des G. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und des Verfahrensrechts (Rechtspflegergesetz) v. 8. Febr. 1957, BGBl. I, S. 18. Die Mitglieder des Kollegiums der Bundesschuldenverwaltung hinsichtlich ihrer Aufgaben bei Aufnahme und Bedienung der Staatsschulden, § 23 Reichsschuldenordnung v. 13. Febr. 1924, RGBl. I, S. 95. Die Hochschullehrer bei Ausübung ihrer Tätigkeit, Art. 5, III GG, vgl. OVG Lbg. v. 25. Febr. 1957, E 11, S. 474 (486 ff.); *Bauch*, S. 63; *Fischbach*, § 56 BBG, Bem. VIII, 3 (S. 434); *Schütz*, DiszplR C, II, 20 (S. 115). Zum ganzen vgl. noch *Wolff*, VwR II, § 75, I, f. (S. 63).

³ Vgl. OVG Mstr. (DiszS) v. 20. April 1960, E(Disz.), 2, S. 151 ff.