

Zu den Voraussetzungen für die Verbindlichkeit dienstlicher Anordnungen

Erscheint in: Die Öffentliche Verwaltung – DÖV 2002, S. 985-991

Im folgenden Beitrag soll versucht werden, eine Antwort auf die Frage zu finden, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen Beamte dazu verpflichtet sind, den Anordnungen¹ ihrer Vorgesetzten Folge zu leisten, obwohl die angeordnete Entscheidung oder sonstige Maßnahme im Außenverhältnis rechtswidrig ist.

1. Das Problem: Die „rechtswidrige aber verbindliche Anordnung“

Zumindest auf den ersten Blick scheint es nur eine einzige mögliche Antwort auf diese Frage zu geben: Nach dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung muss das Verwaltungsverfahren so ausgestaltet sein, dass die Handlungen und Entscheidungen der Verwaltungsbehörden möglichst von vorne herein rechtmäßig sind.² Da es insofern nicht darauf ankommen kann, ob die Behörde aus eigener Initiative oder aufgrund einer Weisung im Einzelfall bzw. einer abstrakt generellen Vorgabe in Form einer Verwaltungsvorschrift tätig wird, erscheint die Vorstellung einer rechtswidrigen und dennoch verbindlichen Anordnung aus dieser Perspektive als Paradoxon.

Bei einer näheren Betrachtung wird jedoch schnell deutlich, dass die Gesetzgeber im Bund und den Ländern die Beamten dennoch dazu verpflichtet haben, den Anordnungen ihrer Vorgesetzten auch dann Folge zu leisten, wenn sie davon überzeugt sind, in diesem Fall rechtswidrig zu handeln: Nach den einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Dienstrechtes sind Beamte nämlich nur dann nicht an diese Anordnungen gebunden, wenn sie durch eine besondere gesetzliche Bestimmung von Weisungen frei gestellt wurden und daher nur dem Gesetz unterworfen sind.³ Zwar trägt ein Beamter auch beim Handeln auf Anordnung die persönliche Verantwortung für die Rechtmäßigkeit seiner Amtshandlungen.⁴ Daher muss er gegebenenfalls prüfen, ob die angeordneten Maßnahmen rechtmäßig sind, und er ist dazu verpflichtet, eventuelle Bedenken unverzüglich gegenüber seinem Vorgesetzten geltend zu machen. Hält dieser die Weisung jedoch aufrecht und bestätigt auch die nächsthöhere Stelle die Anordnung, dann soll der Beamte grundsätzlich zur Ausführung verpflichtet sein – wobei er konsequenterweise im Gegenzug von der persönlichen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung befreit wird.⁵ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur für den Fall vorgesehen, dass sich der angewiesene Beamte durch die Ausführung der Anordnung strafbar machen oder eine Ordnungswidrigkeit begehen würde: Sofern die Strafbarkeit bzw. Ordnungswidrigkeit für ihn ohne weiteres erkennbar ist, dann ist er nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, der Anordnung den Gehorsam zu verweigern. Nichts anderes gilt auch dann, wenn der Beamte durch die Ausführung der Anordnung die Würde eines Menschen verletzen würde.⁶ Im Ergebnis scheint es damit nur zwei Arten von dienstlichen Anordnungen zu geben: Entweder der Beamte ist zur Ausführung einer Anordnung verpflichtet, oder er darf sie unter keinen Umständen ausführen – tertium non datur.⁷

¹ Zum Begriff der Anordnung vgl. statt vieler *Dagmar Felix*, Das Remonstrationsrecht und seine Bedeutung für den Rechtsschutz der Beamten, 1993 S. 34 ff.

² Es muss z.B. sichergestellt sein, dass der Sachverhalt richtig ermittelt wurde und dass ein Amtsträger entscheidet, der über die erforderliche Fachkompetenz verfügt. Vgl. dazu auch *Klaus Stern*, Staatsrecht III/2, S. 1169 und *BVerfGE* 53, 30 (64) m.w.N.

³ Vgl. § 37 S. 3 BRRG, § 74 S. 2, 2. Hs. BW-LBG.

⁴ Vgl. § 38 Abs. 1 BRRG.

⁵ Vgl. § 38 Abs. 2 BRRG, § 75 Abs. 2 BW-LBG. Für die Anwendung unmittelbaren Zwangs durch Polizeibeamte gelten Sonderregelungen, vgl. § 7 Abs. 3 BUZwG, § 38 Abs. 3 BRRG, § 75 Abs. 4 BW-LBG. Im Wehrrecht gibt es keine Regelungen über die Remonstrations, auch hier ist aber das Recht und die Pflicht zu Gegendarstellungen anerkannt, vgl. *BGHSt* 19, 231.

⁶ Dies kann auch seine eigene Würde sein: Wie sich aus den Materialien der Entstehungsgeschichte des § 11 Abs. 1 SG ergibt, sollte mit dieser Beschränkung der Befehlsgewalt jeder „Kadavergehorsam“ schon im Ansatz verhindert werden, vgl. *BT-Drs.* II/2140, S. 7.

⁷ In diesem Sinne etwa *BVerfGE*, *Beschl. v.7.11.1994*, DVBl. 1995, S. 192 (193); *Klaus Köpp*, Öffentliches Dienstrecht, in: *Udo Steiner* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6. Aufl. 1999, Abschnitt III, Rn. 115; *Philip Kunig*, *Das Recht des Öffentlichen Dienstes*, in: *Eberhardt Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11. Aufl. 1999, 6. Abschnitt, Rn. 130; vgl. auch *Otto Depenheuer*, Die „volle persönliche Verantwortung“ des Beamten für die

2. Lösungsversuche in der rechtswissenschaftlichen Literatur

In der einschlägigen Literatur hat es immer wieder Versuche gegeben, den offensichtlichen Widerspruch zwischen dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung und der Weisungsgebundenheit der Beamten aufzulösen.

a. Unverbindlichkeit offensichtlich rechtswidriger Anordnungen

Besonders häufig findet sich die These, dass über den Wortlaut der Bestimmungen über das Remonstrationsverfahren hinaus auch – und nur – *offensichtlich* rechtswidrige Anordnungen unverbindlich seien.⁸ Durch diese Beschränkung soll dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung Rechnung getragen werden, ohne dass damit zugleich ihre Funktionsfähigkeit über Gebühr beeinträchtigt wird. „Offensichtlich rechtswidrig“ soll eine Anordnung danach allerdings nur dann sein, wenn die angeordnete Maßnahme den „Makel der Rechtswidrigkeit auf der Stirn trägt“, so dass sie von einem unvoreingenommen – aber fachlich vorgebildeten – Dritten ohne weiteres erkannt würde.⁹

Auch wenn diese Ansicht auf den ersten Blick durchaus überzeugend erscheinen mag, hält sie keiner näheren Überprüfung stand: Zu beachten ist nämlich, dass der Beamte dazu verpflichtet bleibt, die Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahmen umfassend zu prüfen und gegebenenfalls zu remonstrieren. Hält er seine rechtlichen Bedenken aber auch nach dem Abschluss des Remonstrationsverfahrens aufrecht, dann bedeutet dies im Ergebnis nichts anderes, als dass die Rechtswidrigkeit der angeordneten Maßnahmen jedenfalls *für ihn* offensichtlich ist. Um entscheiden zu können, ob eine Anordnung verbindlich ist, müsste sich der Beamte nach dem Abschluss des Remonstrationsverfahrens daher zunächst wieder in einen „Schleier des Nichtwissens“ hüllen und darüber meditieren,¹⁰ ob auch ein unvoreingenommener Dritter ohne weiteres zu dem Ergebnis kommen würde, dass das angeordnete Verhalten rechtswidrig ist.

Der wohl einzig gangbare Ausweg aus diesem Dilemma besteht darin, den Umfang des Prüfungsrechts zu beschränken:¹¹ Schließlich hat ein Beamter keine Veranlassung, einer Anordnung den Gehorsam zu verweigern, wenn er überhaupt nicht bemerkt, dass die angeordnete Maßnahme rechtswidrig ist. Tatsächlich hat *Stratenwerth*, der die These von der Unverbindlichkeit offensichtlich rechtswidriger Anordnungen (wieder) begründet hat,¹² maßgeblich darauf abgestellt, dass auch innerdienstliche Anordnungen eine Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich beanspruchen könnten, die der angewiesene Beamte zu respektieren habe.

Im Ergebnis läuft diese Ansicht somit auf eine Beschränkung der Prüfungs- und Remonstrationspflicht hinaus, die sich weder mit dem klaren Wortlaut der Regelungen über die Rechte und Pflichten der Beamten, noch mit dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung vereinbaren lässt, dem man auf diese Weise

Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen, DVBl. 1992, S. 404 (411 ff.), der sogar nur dann von der Unverbindlichkeit dienstlicher Anordnungen ausgeht, wenn der Beamte *offensichtlich* gegen Tatbestände des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechtes verstoßen oder die Menschenwürde verletzen würde.

⁸ Vgl. *Günther Stratenwerth*, Verantwortung und Gehorsam, 1958, S. 153 f. In diesem Sinne auch *Hans-Rudolf Claussen/Werner Janzen*, Bundesdisziplinarordnung, 7. Aufl. 1993, Einl. C, Rn. 33; *Hellmuth Günther*, Folgepflicht [R]emonstration und Verantwortlichkeit des Beamten – Eine Skizze zur fachlichen Weisung, ZBR 1988, S. 297 (306); Rn. 8; *Erich Lindgen*, Handbuch des Disziplinarrechts, Band I, 1966, S. 676; *Mübl* in: Walter Fürst (Hrsg.), Gesamtkommentar zum öffentlichen Dienstrecht (GKÖD) – Band I: Beamtenrecht des Bundes und der Länder, § 56 BBG, Rn. 2; vgl. auch *Rüdiger Huth*, Die Gegenvorstellung im Spannungsverhältnis von Befehl und Gehorsam des geltenden Wehrstraf- und Wehrdisziplinarrechts, Diss. Köln 1988, S. 32, zum Wehrrecht.

⁹ Vgl. dazu *Günther* (Anm. 8), S. 306.

¹⁰ Es gibt wohl keinen Ausdruck mit dem diese „Prüfung“ treffender beschrieben werden kann.

¹¹ Die Pflicht, einer rechtswidrigen Anordnung Folge zu leisten, verletzt den Beamten nicht in seiner Menschenwürde; vgl. dazu *Günther* (Anm. 8), S. 305; sowie *Deppenheuer* (Anm. 7), S. 408, und *Ulrich Battis*, Bundesbeamtengesetz, 2. Aufl. 1997, § 56 BBG, Rn. 5 (a.A. noch *ders.* in der 1. Aufl. 1980).

¹² *Stratenwerth* (Anm. 8), S. 153 f./197 f., knüpfte (allerdings ohne dies ausdrücklich klarzustellen) an Hatscheks Arbeiten aus der Zeit der Weimarer Republik an; vgl. *Julius Hatschek*, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7./8. Aufl. 1931, S. 329.

einen Bären dienst erwiese, da das Remonstrationsverfahren als Mittel der verwaltungsinternen Rechtmäßigkeitskontrolle weitgehend leer laufen würde.¹³

b. Trennung zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis

Einen weiteren Versuch, den hier aufgezeigten Widerspruch aus der Welt zu schaffen, haben unabhängig voneinander *Schnapp*¹⁴ und *Deppenbeuer*¹⁵ unternommen, die zwischen der Rechtmäßigkeit einer Anordnung im Innenverhältnis und der Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahmen im Außenverhältnis unterscheiden wollen: Nach ihrer Ansicht soll sich aus den Bestimmungen über das Remonstrationsverfahren ergeben, wer im Innenverhältnis der Behörden eine verbindliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahme treffen kann. Eine verbindliche Weisung wäre dann notwendigerweise rechtmäßig.

Tatsächlich dient das Remonstrationsverfahren nicht nur der demokratischen Rückkoppelung, sondern auch und vor allem der verwaltungsinternen Rechtmäßigkeitskontrolle:¹⁶ Da der Vorgesetzte aufgrund der Remonstration seines Untergebenen prüfen muss, ob die angeordnete Maßnahme tatsächlich rechtmäßig ist,¹⁷ beinhaltet die Bestätigung einer Anordnung immer auch eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahmen.

Obwohl sich die Bestimmungen über das Remonstrationsverfahren durchaus in dem Sinne auslegen lassen, dass diese Entscheidung seiner Vorgesetzten für den angewiesenen Beamten verbindlich sein soll,¹⁸ ändert das aber nichts daran, dass durch die Bestätigung einer Anordnung im Remonstrationsverfahren allenfalls eine „Fiktion der Rechtmäßigkeit“ begründet wird.¹⁹ Durch die Unterscheidung zwischen „innerer“ und „äußerer Rechtmäßigkeit“ wird das Problem also nur auf eine andere Ebene verlagert und es stellt sich nunmehr die Frage, ob es mit dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung vereinbar ist, wenn der Gesetzgeber den Vorgesetzten eines Beamten das Recht einräumt, im Innenverhältnis verbindlich über die Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahmen zu entscheiden.

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass es keine Möglichkeit gibt, den Widerspruch zwischen dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung und der Verbindlichkeit solcher Anordnungen aufzulösen, mit denen ein Beamter zu einem rechtswidrigen Verhalten angewiesen wird.

3. Zu den Grenzen des Grundsatzes der Rechtsbindung der Verwaltung

Obwohl der Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung zu den von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten unantastbaren Strukturprinzipien der Verfassung gehört, kann man nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass die Bestimmungen über das Remonstrationsverfahren jedenfalls insoweit verfassungswidrig sind, als sie die Beamten dazu verpflichten, auch rechtswidrigen Anordnungen Folge zu leisten. Denn schließlich gilt auch der Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung nicht absolut, sondern er muss gegebenenfalls mit anderen, konkurrierenden Verfassungsprinzipien zum Ausgleich gebracht werden.

¹³ Dabei ist zu berücksichtigen, dass es *Stratenwerth* überhaupt nicht oder allenfalls am Rande darum ging, ob und unter welchen Umständen ein Beamter dazu verpflichtet ist, eine Anordnung auszuführen. Im Mittelpunkt seiner Ausführungen stand vielmehr die Frage, ob ein Beamter auch dann *strafrechtlich* zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn er aufgrund eines dienstlichen Befehls oder einer Anordnung gehandelt hat. Dafür kommt es aber weniger auf die Verbindlichkeit rechtswidriger Anordnungen an, als auf die Reichweite der Prüfungspflicht.

¹⁴ *Friedrich Schnapp*, *Amtsrecht und Beamtenrecht*, 1977, S. 182 ff.

¹⁵ *Deppenbeuer* (Anm. 7), S. 409.

¹⁶ Dementsprechend haben Beamte auch nicht etwa das Recht sondern die Pflicht zur Remonstration. Sie erfüllen damit ihre Treuepflicht gegenüber dem Dienstherrn, von dem sie Schaden abzuwenden haben; vgl. dazu statt vieler *Wolfgang Loschelder*, *Weisungshierarchie und persönliche Verantwortung*; in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, 1988, § 68, Rn. 93 und 98; *Mühl* (Anm. 8), § 56 BBG, Rn. 5.

¹⁷ Wobei diese verwaltungsinterne Rechtmäßigkeitskontrolle jedenfalls dann weitgehend ins Leere geht, wenn *derselbe* Vorgesetzte, auf den eine Anordnung zurück geht, diese Anordnung im Remonstrationsverfahren bestätigen muss.

¹⁸ In diesem Sinne auch schon *Ekkehart Stein*, *Die Grenzen des dienstlichen Weisungsrechts*, 1965, S. 34/44.

¹⁹ Vgl. dazu schon *Theodor Wilhelm*, *Die Idee des Berufsbeamtentums*, 1933, S. 33.

Damit stellt sich aber die Frage, ob sich die Verbindlichkeit rechtswidriger Anordnungen ihrerseits nicht nur aus den beamtenrechtlichen Bestimmungen über das Remonstrationsverfahren ergibt, sondern ebenfalls in der Verfassung verankert ist. Insofern lassen sich verschiedene Begründungsansätze unterscheiden, die im Folgenden näher untersucht werden sollen: Zum einen könnte es sich bei der Verbindlichkeit rechtswidriger Anordnungen um einen „hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums“ handeln (a). Zum anderen könnte diese Verbindlichkeit geboten sein, um die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu gewährleisten (b).

a. Die Verbindlichkeit rechtswidriger Anordnungen als „hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums“

Zu den „hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums“ im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG gehört nach der zutreffenden Ansicht des Bundesverfassungsgerichts der „Kernbestand von Strukturprinzipien [...], die allgemein oder doch ganz überwiegend und während eines längeren, Tradition bildenden Zeitraums, mindestens unter der Reichsverfassung von Weimar, als verbindlich anerkannt und gewahrt worden sind.“²⁰ Da das Beamtenverhältnis bis 1937 maßgeblich durch das Reichsbeamtengesetz von 1873 (RBG)²¹ geprägt wurde, ist es daher geboten, etwas weiter auszuholen.

aa. Das Reichsbeamtengesetz von 1873

Nach § 10 RBG waren die Reichsbeamten auf die Verfassung und die Gesetze verpflichtet. § 13 RBG wies ihnen die volle Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit ihrer amtlichen Handlungen zu. Es gab keine Regelungen über ein Remonstrationsverfahren. Zwar waren Beamte seit jeher grundsätzlich an die Weisungen ihrer Vorgesetzten gebunden.²² Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes hatten sie jedoch das Recht und die Pflicht, die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen umfassend zu prüfen und gegebenenfalls die Ausführung zu verweigern.

Dieses Auslegungsergebnis wird durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt: Nach dem ursprünglichen Entwurf der Reichsregierung aus dem Jahre 1871 sollten Beamte ausdrücklich auch zur Befolgung „sonstiger Anordnungen“ und damit im Ergebnis zum unbedingten Gehorsam verpflichtet werden. Als Ausgleich für diese Weisungsbindung war ein Haftungsprivileg für Beamte vorgesehen. Nachdem der Reichstag beide Vorschläge kategorisch abgelehnt hatte,²³ weigerte sich der Bundesrat zunächst, dem Gesetz in der vom Reichstag beschlossenen Form zuzustimmen. Erst nachdem deutlich geworden war, dass das Parlament insofern nicht kompromissbereit war, lenkten die Reichsregierung und der Bundesrat ein und das RBG konnte 1873 doch noch verabschiedet werden.²⁴

Obwohl das RBG somit nach seinem Wortlaut und seiner Entstehungsgeschichte eindeutig an die im Vormärz begründete Tradition des liberalen Rechtsstaates anknüpfte,²⁵ setzte sich zumindest im Schrifttum in der Folgezeit sehr rasch die Auffassung durch, dass den Beamten – wie schon nach dem Preußischen Allgemei-

²⁰ *BVerfGE* 8, 332 (343).

²¹ RBG vom 31.3.1873 (RGBl. S. 61). Dieses Gesetz war Vorbild für die Beamtengesetze der Länder.

²² Vgl. dazu statt vieler *Hué de Grais/Hans Peters*, Handbuch der Verfassung und Verwaltung, 25. Aufl. 1930, S. 54, die auf die „Natur des Beamtenverhältnisses abstellen“. Zumindest insoweit lässt sich ein „hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums“ nachweisen, vgl. *Gertrud Lübbe-Wolff* in: *Horst Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 33 GG, Rn. 78; vgl. auch *BVerfGE* 9, 268 (286); *BVerfG* (Anm. 7), S. 193.

²³ Der Widerstand des Reichstags ist wohl vor allem darauf zurück zu führen, dass viele seiner Mitglieder bereits wegen der Nichtausführung solcher „sonstigen Anordnungen“ disziplinarisch belangt worden waren.

²⁴ Vgl. dazu *Horst Hattenbauer*, Geschichte des Beamtentums, 2. Aufl. 1993, S. 266 ff.

²⁵ Schon § 61 der Kurhessischen Verfassungsurkunde vom 5.1.1831 verpflichtete die Beamten auf das Gesetz und machte sie für die Rechtmäßigkeit ihrer Amtshandlungen verantwortlich. Der Verzicht auf ein Remonstrationsverfahren impliziert aber das Recht, rechtswidrigen Weisungen den Gehorsam zu verweigern. Dies wird vor allem durch einen Vergleich mit § 53 der Württembergischen Verfassungsurkunde vom 15.9.1819 deutlich, in dem die Remonstrationspflicht wohl zum ersten Mal gesetzlich geregelt worden war. Damit hatte man einen Vorschlag aufgenommen, den *Nikolaus Thaddäus Gönner* in seiner Schrift „Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet“ im Jahre 1808 erstmals formuliert hatte. Die hier und in der folgenden Anm. zitierten Regelungen sind sämtlich abgedruckt bei *Rudolf Summer*, Dokumente zur Geschichte des Beamtenrechts, 1986.

nen Landrecht von 1794²⁶ – allenfalls ein beschränktes Prüfungsrecht zugestanden werden dürfe.²⁷ Dabei lassen sich zwei verschiedene Begründungsansätze unterscheiden: Insbesondere Otto Mayer stellte auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung ab, wenn er in diesem Zusammenhang von einer „verkehrten Welt“ des RBG sprach, das man insofern nie umgesetzt habe.²⁸ Nach seiner Ansicht sollte ein Beamter dann und nur dann nicht dazu verpflichtet sein, eine Anordnung auszuführen, wenn er sich damit im Außenverhältnis haftbar machen würde, weil die betreffende Anordnung auf eine strafbare Handlung zielt oder einem höherrangigen Dienstbefehl widerspricht.²⁹ Ganz ähnlich argumentierte auch Laband, der darauf hinwies, dass das System der hierarchischen Verwaltung auf den Kopf gestellt würde, wenn die unteren Behörden und der niedriger gestellte Beamte das Recht und die Pflicht hätten, die Entscheidungen und Verfügungen der oberen Behörde und des vorgesetzten Beamten zu überprüfen.³⁰ Im Vordergrund von Labands Argumentation stand allerdings die These, dass das unbedingte und unbeschränkte Prüfungsrecht die unbedingte und unbeschränkte Verantwortlichkeit des Beamten als Korrelat mit sich bringe. Daher sei es auch zum Schutze der Beamten erforderlich, wenn diese nur die formelle Rechtmäßigkeit einer Anordnung überprüfen dürfen, also die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Anweisenden und des Angewiesenen sowie die Einhaltung eventueller Formvorschriften.³¹ Auch Hatschek stellte die Interessen der Beamten in den Mittelpunkt, wenn er unter Berufung auf einen ungeschriebenen Grundsatz des „öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes“ behauptete, dass die Untergebenen auch nach außen in ihrem Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen geschützt werden müssten. Dieses Vertrauen sei aber nur dann nicht gerechtfertigt, wenn eine Anordnung offensichtlich rechtswidrig ist.³²

Es ist nicht ganz klar, ob und in wie weit sich der Gesetzgeber eine der im einschlägigen Schrifttum vertretenen Auffassungen zu eigen gemacht hat: Dagegen spricht vor allem der Umstand, dass das RBG auch nach dem Ende des Kaiserreiches unverändert in Kraft geblieben ist und erst im Jahre 1937 durch das Deutsche Beamtengesetz (DBG) abgelöst wurde, das die Pflicht zum unbedingten Gehorsam als notwendige Folge des nationalsozialistischen Führerprinzips ausdrücklich festschrieb.³³ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Gesetzgeber den Beamten im Jahre 1900 mit § 839 BGB zwar doch noch ein Haftungsprivileg zugestanden hat – wobei jedoch gerade nicht zwischen dem Handeln auf Anordnung und der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Dienstgeschäfte differenziert wurde. Obwohl diese Umstände durchaus dafür sprechen, dass der Gesetzgeber die in §§ 10, 13 RBG festgelegten Grundsätze unverändert beibehalten wollte, ist zu beachten, dass die Frage, ob die Beamten auch rechtswidrigen Anordnungen Folge leisten müssen, weder in den Beratungen über das BGB noch sonst eine Rolle gespielt hat.³⁴ Dies deutet aber

²⁶ § 3 II 9 PrALR hatte eine unbedingte Treuepflicht festgeschrieben. Diesem, insbesondere von Clemens Theodor Perthes, Der Staatsdienst in Preußen, 1838, S. 126, kritisierten Grundsatz folgten dann auch die meisten nach der gescheiterten Revolution von 1848/49 erlassenen Regelungen, vgl. etwa § 44 der Kurhessischen Verfassungsurkunde vom 30.5.1860.

²⁷ In der Zeit der Weimarer Republik sprach sich lediglich Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 289, für die Unverbindlichkeit rechtswidriger Anordnungen aus – wobei er allerdings nicht näher auf die §§ 10, 13 RBG einging. Im Kaiserreich war die im Staatsrecht völlig herrschende Ansicht vor allem von Strafrechtlern in Frage gestellt worden, vgl. etwa Max E. Mayer, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten; in: Festschrift für Paul Laband, 1908, S. 119 (147).

²⁸ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, 3. Aufl. 1924, S. 188, vgl. auch schon ders., 1. Aufl. 1896, S. 238, und ders., 2. Aufl. 1917, S. 325.

²⁹ O. Mayer (Anm. 28), S. 190. Er nahm damit im Grunde den Gedanken der Remonstration auf, die ja im RBG nicht vorgesehen war.

³⁰ Paul Laband, Staatsrecht des deutschen Reiches, 5. Aufl. 1911, S. 462, vgl. auch schon ders., 2. Aufl. 1888, S. 441.

³¹ Laband (Anm. 30), S. 460 ff./488. Tatsächlich muss die Reichweite des Prüfungsrechtes und die der Prüfungspflicht keineswegs identisch sein. Zudem verkennt Laband, dass § 13 RBG genau darauf abzielte, die Rechtsbindung der Verwaltung durch die Inpflichtnahme der Beamten und damit durch ein umfassendes Prüfungsrecht abzusichern.

³² Hatschek (Anm. 12), S. 329.

³³ RGBl. I S. 39. Nach § 7 DBG durften Beamte einer Anordnung nur dann den Gehorsam verweigern, wenn sie sich durch die Ausführung strafbar machen würden. § 3 DBG verpflichtete die Beamten zum Gehorsam gegenüber den Vorgesetzten und zur Treue bis in den Tod gegenüber dem „Führer“, vgl. dazu die amtliche Begründung, abgedruckt bei Arthur Brand, Das Deutsche Beamtengesetz, Berlin 1937, S. 690, sowie die Anmerkungen zu § 3 DBG ebd., S. 87/90. Daher hatten dienstliche Weisungen die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich, vgl. ebd., Anm. zu § 7 DBG, S. 123/130.

³⁴ Vgl. dazu B. Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Berlin 1899, S. 458 ff.; Horst-Heinrich Jakobs/Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 998 ff.

wiederum darauf hin, dass sich auch der Reichstag mittlerweile die im Schrifttum vorherrschende Ansicht zu eigen gemacht hatte.³⁵

Alles in allem kann und muss man wohl davon ausgehen, dass sich schon im Kaiserreich, aber auch und vor allem in der Zeit der Weimarer Republik die Auffassung durchgesetzt hat, dass Beamte Anordnungen grundsätzlich unabhängig davon zu befolgen haben, ob die angeordneten Maßnahmen rechtmäßig sind. Umstritten blieb lediglich die konkrete Reichweite der Prüfungspflicht bzw. des Prüfungsrechts.

bb. Zur gewohnheitsrechtlichen Verdrängung des RBG

Dies bedeutet jedoch noch nicht zwangsläufig, dass die Pflicht zum unbedingten Gehorsam zu einem „hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums“ geworden ist. Dies wäre vielmehr nur dann der Fall, wenn die eindeutige Vorgabe der §§ 10, 13 RBG überhaupt durch später entstandenes Gewohnheitsrecht verdrängt werden konnte.

Voraussetzung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht ist zum einen eine „allgemeine Übung“ (*consuetudo*) und zum anderen die Überzeugung der Beteiligten von der Rechtmäßigkeit ihres Tuns (*opinio iuris*).³⁶ Im Bereich der öffentlichen Verwaltung bedeutet dies aber nichts anderes, als dass die Verwaltungspraxis auf einer fehlerhaften Auslegung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen beruht. In diesem Fall besteht aber kein Anlass, das Fehlverhalten der Behörden auch noch zu sanktionieren, indem man es in den Rang eines Rechtssatzes erhebt. Vielmehr muss die Verwaltungspraxis verändert werden, um dem Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung und – im Bereich der Eingriffsverwaltung – dem Vorbehalt des (formellen) Gesetzes Geltung zu verschaffen.³⁷ Im Bereich des öffentlichen Rechts kann das Gewohnheitsrecht daher nur herangezogen werden, um die – durchaus zahlreich vorhandenen – Regelungslücken zu schließen.³⁸

Genau dies galt aber auch schon in der Zeit der Weimarer Republik und des Kaiserreiches: Obwohl weder die Rechtsbindung der Verwaltung noch der Vorbehalt des Gesetzes ausdrücklich in der Verfassung festgeschrieben war, bestand kein Zweifel an der verpflichtenden Wirkung von Gesetzen.³⁹ Auch schon vor dem In-Kraft-Treten des Grundgesetzes konnten Parlamentsgesetze daher nicht durch schlichte Nichtbeachtung außer Kraft gesetzt werden.⁴⁰

Da die eindeutigen Bestimmungen der §§ 10, 13 RBG somit nicht durch später entstandenes Gewohnheitsrecht verdrängt werden konnten, lässt sich aus der rechtswidrigen Verwaltungspraxis in der Zeit des Kaiserreichs und der Weimarer Republik kein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG herleiten, nach dem Beamte eine dienstliche Anordnung grundsätzlich auch dann befolgen müssen, wenn die angeordnete Maßnahme rechtswidrig ist.

³⁵ Dieser Eindruck wird dadurch bestätigt, dass sich schon in frühen Kommentierungen zum BGB die These findet, wonach eine Handlung nicht widerrechtlich sein könne, wenn sie aufgrund eines Befehls vorgenommen wurde, dem der Handelnde kraft Gesetzes zu gehorchen verpflichtet war; vgl. in diesem Sinne etwa *Engelmann*, in *Julius von Staudinger* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 3./4. Aufl. 1908, Anm. 6 zu § 823 BGB.

³⁶ *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 4, Rn. 19.

³⁷ Vgl. dazu auch *Maurer* (Anm. 36), § 4, Rn. 22.

³⁸ In der Literatur findet sich allerdings teilweise die These, dass sich Gewohnheitsrecht auch im Bereich des Verwaltungsrechts gegen das geschriebene Recht bilden könne; vgl. etwa *Friedrich Ossenhühl*, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in *Isensee/Kirchhof* (Anm. 16) § 64, Rn. 44; Hans. J. Wolff/Otto Bachof/*Rolf Stober*, Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Aufl. 1999, § 25, Rn. 14; skeptisch hingegen *Maurer* (Anm. 36), § 4, Rn. 22. Anstelle einer Begründung für diese Ansicht findet sich lediglich der Hinweis auf einige Gerichtsentscheidungen, *BVerfGE* 9, 213 (221); *BVerfGE* 8, 317 (321); *BVerfG*, Entsch. v. 31.8.1978, DVBl. 1979, S. 116 (118), in denen die Möglichkeit derogierenden Gewohnheitsrechtes ausdrücklich anerkannt worden sei. Auch hier fehlt aber jede Begründung und es ist kein Fall ersichtlich, in dem ein formelles Gesetz aufgrund später entstandenen Gewohnheitsrechtes tatsächlich nicht angewendet worden ist.

³⁹ Vgl. dazu statt vieler *O. Mayer* (Anm. 28), S. 65 ff.

⁴⁰ Vgl. *Hermann Jährreiß*, Die staatsbürgerliche Gleichheit“; in: *Gerhard Anschütz/Richard Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band 2, 1932, § 103, S. 630 f.; *O. Mayer* (Anm. 28), S. 88 f. Schon *Laband* (Anm. 30), S. 75, hat festgestellt, das Gewohnheitsrecht formelle Gesetze grundsätzlich nicht verdrängen kann.

Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass Beamte in der Zeit der Weimarer Republik jedenfalls unter bestimmten Umständen dazu verpflichtet waren, rechtswidrige Anordnungen auszuführen, bedeutet das nicht notwendigerweise, dass es sich hierbei um einen der „hergebrachten Grundsätze“ handelt, die der Gesetzgeber gemäß Art. 33 Abs. 5 GG bei der konkreten Ausgestaltung des Beamtenverhältnisses berücksichtigen muss.

Vielmehr ist insofern zu beachten, dass die beamtenrechtliche Tradition durch das Grundgesetz unterbrochen worden sein könnte. Dafür spricht insbesondere, dass der Parlamentarische Rat den Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung nicht nur ausdrücklich in der Verfassung festgeschrieben sondern sogar in die Staatsfundamentalnorm des Art. 20 Abs. 3 GG aufgenommen hat. Die grundsätzliche Verbindlichkeit rechtswidriger Anordnungen kann dann aber nicht ausschließlich mit dem Hinweis darauf begründet werden, dass Beamte schon in der Zeit der Weimarer Republik nicht dazu berechtigt waren, die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen umfassend zu prüfen. Vielmehr bedarf eine solche Einschränkung der Rechtsbindung einer eigenständigen Legitimation.

b. Die Verbindlichkeit rechtswidriger Anordnungen und die Funktionsfähigkeit der Verwaltung

Hinter der Ansicht, dass auch rechtswidrige Anordnungen grundsätzlich verbindlich sein sollen, steht vor allem die Befürchtung, dass sich die Verwaltung andernfalls durch eine ständige Binnendiskussion lähmen würde.⁴¹ Besonders deutlich wurde dies in einer Entscheidung der ersten Kammer des zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichtes, in der es heißt, dass angesichts der Fülle offener und nicht abschließend geklärter Rechtsfragen kein effektives Arbeiten der Verwaltung möglich wäre, wenn der einzelne Beamte den Ablauf und Vollzug einer in den Bereich seine Dienstaufgaben fallenden Verwaltungsentscheidung hemmen könne, weil er aufgrund einer abweichenden Rechtsauffassung die von ihm weisungsgemäß auszuführende Amtshandlung für rechtswidrig hält. Nach Ansicht der Kammer soll die Gehorsamspflicht daher selbst bei verfassungswidrigen Anordnungen nur dann entfallen, wenn ein evidenter, besonders schwerwiegender Verstoß vorliegt.⁴²

Obwohl die Verfassungsordnung ohne jeden Zweifel die Funktionsfähigkeit der Exekutive zwingend voraussetzt, reicht die bloße Behauptung, dass diese Funktionsfähigkeit gefährdet sei, keinesfalls aus, um eine Beschränkung des Grundsatzes der Rechtsbindung der Verwaltung zu rechtfertigen. Im Folgenden wird daher zu untersuchen sein, ob die Funktionsfähigkeit der Verwaltung tatsächlich gefährdet ist, wenn Beamte nicht dazu verpflichtet werden, rechtswidrigen Anordnungen grundsätzlich Folge zu leisten. In diesem Zusammenhang kommt es vor allem darauf an, wie hoch der Grad der Wahrscheinlichkeit dafür ist, dass ein Beamter einer Anordnung nicht nachkommt, weil er die angeordnete Maßnahme auch nach dem Abschluss des Remonstrationsverfahrens für rechtswidrig hält. Genauer gesagt stellt sich die Frage, ob das Verfahren über Gebühr verzögert wird, weil ein Beamter *irrigerweise* von der Rechtswidrigkeit einer Anordnung ausgeht und deshalb die Ausführung verweigert.

aa. Zur verfahrensrechtlichen Absicherung der Funktionsfähigkeit der Verwaltung

Insofern ist zunächst zu beachten, dass es die jeweiligen Dienstherrn in der Hand haben, das Irrtumsrisiko zu minimieren, indem sie nur hinreichend qualifizierte Bewerber einstellen und für eine ständige Fort- und Weiterbildung ihrer Beschäftigten sorgen, so dass diese die rechtlichen Grundlagen ihrer dienstlichen Tätigkeit kennen. Dies ist mit Sicherheit das wichtigste und effektivste Instrument, um sowohl die Funktionsfähigkeit der Verwaltung als auch ihre Rechtsbindung zu gewährleisten. Zugleich dient diese Ausbildung auch dem Schutz der Beamten, die schließlich im Einzelfall entscheiden müssen, ob sie berechtigt oder sogar verpflichtet sind, die Ausführung einer Anordnung zu verweigern.

Zu beachten ist weiterhin, dass die generelle Unverbindlichkeit rechtswidriger Anordnungen lediglich zu einer graduellen Veränderung des Irrtumsrisikos führen würde. Schließlich schulden die Beamten ihrem Dienst-

⁴¹ Vgl. etwa *Felix* (Anm. 1), S. 52 ff.; *Kunig* (Anm. 7), Rn. 130; *Köpp* (Anm. 7), Rn. 115; letztendlich lag diese These auch der Argumentation von *O. Mayer* und *Laband* zugrunde.

⁴² *BVerfG* (Anm. 7), S. 193.

herren selbst dann keinen „Kadavergehorsam“, wenn sie grundsätzlich auch an rechtswidrige Weisungen und Verwaltungsvorschriften gebunden sind. Vielmehr besteht stets die Möglichkeit, dass ein Beamter einer Anordnung den Gehorsam verweigert, weil er zu Unrecht davon ausgeht, sich durch die Ausführung strafbar zu machen, eine Ordnungswidrigkeit zu begehen oder die Würde eines Menschen zu verletzen.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber dem Vollzugsinteresse der Exekutive bereits auf vielfache Weise Rechnung getragen. Besonders deutlich wird dies im Bereich der Gefahrenabwehr, aber auch sonst, wenn Behörden aufgrund von Prognosen über künftige Entwicklungen tätig werden. Für die Rechtmäßigkeit solcher Maßnahmen kommt es nämlich keineswegs darauf an, ob sich die Prognose im nachhinein als richtig erweist. Entscheidend ist vielmehr, ob sie aufgrund der zum Zeitpunkt der Entscheidung erkennbaren Umstände plausibel war. Dies ist aber deshalb von entscheidender Bedeutung, weil ein Beamter einer Weisung demnach nicht allein deshalb den Gehorsam verweigern darf, weil er die künftige Entwicklung anders als seine Vorgesetzten beurteilt.

Unabhängig davon kann der Gesetzgeber die Handlungsfähigkeit der Verwaltung absichern, indem er den übergeordneten Behörden bzw. den Vorgesetzten das Recht einräumt, die fragliche Entscheidung gegebenenfalls selbst zu treffen.⁴³ Sollte sich ein Beamter nach einer erfolglosen Remonstration weigern, eine Anordnung auszuführen, so kann die übergeordnete Stelle in diesem Fall selbst eine verbindliche Entscheidung treffen. Ein solches Selbsteintrittsrecht führt weder zu einer nennenswerten Mehrbelastung der übergeordneten Behörden, noch zu einer erheblichen Verzögerung des Verfahrens.⁴⁴

Die Möglichkeit zum Selbsteintritt hilft allerdings nur bedingt weiter, wenn sich ein Beamter weigern sollte, eine *tatsächliche* Handlung vorzunehmen. Denn in diesem Fall kann der Vorgesetzte regelmäßig nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres anstelle seines Untergebenen tätig werden. Eine nähere Betrachtung macht allerdings deutlich, dass der Gesetzgeber dem Vollzugsinteresse der Verwaltung auch hier hinreichend Rechnung getragen hat: Insofern ist zunächst festzuhalten, dass sich vor allem im Zusammenhang mit der zwangsweisen Durchsetzung von Hoheitsakten Probleme ergeben können. Für die Rechtmäßigkeit von Vollstreckungsmaßnahmen kommt es jedoch in der Regel gerade nicht darauf an, ob die zu vollstreckende Grundverfügung ihrerseits materiell rechtmäßig ist. Vielmehr reicht es gemäß § 6 Abs. 1 BVwVG und den vergleichbaren Regelungen des Landesrechtes⁴⁵ grundsätzlich aus, dass diese Grundverfügung wirksam und unanfechtbar oder sofort vollziehbar im Sinne des § 80 Abs. 2 VwGO ist.⁴⁶ Ein Beamter, der angewiesen wurde, einen Verwaltungsakt zwangsweise durchzusetzen, kann und muss daher lediglich prüfen, ob diese Vollstreckungsvoraussetzungen gegeben sind – und ob die angeordnete Vollstreckungsmaßnahme an sich rechtmäßig ist. Auf die Rechtmäßigkeit der zu vollstreckenden Grundverfügung kommt es hingegen nicht an. Auch beim „sofortigen Vollzug“ und bei der „unmittelbaren Ausführung“, also dem Handeln ohne vorherigen Verwaltungsakt,⁴⁷ hat der Gesetzgeber dem Vollzugsinteresse der Verwaltung hinreichend Rechnung getragen. Zwar ist richtigerweise davon auszugehen, dass diese Vollstreckungsmaßnahmen nur dann rechtmäßig sind, wenn eine (fiktive) Grundverfügung materiell rechtmäßig wäre.⁴⁸ Viel wichtiger ist jedoch, dass der sofortige Vollzug und die unmittelbare Ausführung ausschließlich zur Gefahrenabwehr zulässig sind und daher eine Prognose voraussetzen, die von dem angewiesenen Beamten wiederum nicht ohne weiteres in Frage gestellt werden kann.⁴⁹

bb. Das Remonstrationsverfahren und die persönliche Haftung des Beamten

⁴³ Wie *Ulrich Guttenberg*, Weisungsbefugnisse und Selbsteintritt, 1992, S. 37 ff., und passim, überzeugend dargelegt hat, ergibt sich aus der gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung ein grundsätzliches Verbot des Selbsteintritts.

⁴⁴ Zwar müssen die übergeordneten Stellen prüfen, ob der Beamte die Anordnung nach dem Abschluss des Remonstrationsverfahrens ausführt. Dies führt dennoch zu keiner Verzögerung: Denn der Beamte ist seinerseits dazu verpflichtet, seine Vorgesetzten darüber zu informieren, wenn er auch nach seiner erfolglosen Remonstration nicht bereit ist, die Anordnung auszuführen.

⁴⁵ Vgl. etwa § 2 BW-LVwVG.

⁴⁶ Vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei *Manfred J. Neumann*, Die strafrechtlichen Auswirkungen fehlerhafter öffentlich-rechtlicher Handlungen, Entscheidungen und Normen, Diss. Berlin (FU), 1997 S. 61 ff.

⁴⁷ Vgl. § 6 Abs. 2 BVwVG.

⁴⁸ Dazu statt vieler *Christoph Gusy*, Polizeirecht, 4. Aufl. 2000, Rn. 351.

⁴⁹ Vgl. dazu *Neumann* (Anm. 46), S. 64 ff.

Für die Praxis kommt allerdings der zweiten Funktion des Remonstrationsverfahrens entscheidende Bedeutung zu: Dieses Verfahren dient nämlich nicht nur der verwaltungsinternen Rechtmäßigkeitskontrolle und der demokratischen Rückkoppelung, sondern auch und vor allem dazu, den angewiesenen Beamten von der persönlichen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit seines Tuns zu befreien. Dies ist aber deshalb von größter Bedeutung, weil die Unverbindlichkeit einer Anordnung entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht⁵⁰ keineswegs notwendigerweise dazu führt, dass der Beamte die betreffende Weisung oder Verwaltungsvorschrift nicht befolgen *darf*, sondern vielmehr nur dazu, dass er sie nicht befolgen *muss*.

Hat ein Beamter auch noch nach dem Abschluss des Remonstrationsverfahrens Bedenken in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der angeordneten Maßnahmen, so muss er sich daher gegebenenfalls entscheiden, ob er der Anordnung dennoch Folge leisten oder den Gehorsam verweigern will:

Da die Anordnung bestätigt wurde, *kann* der Beamte trotz seiner fortbestehenden Zweifel grundsätzlich davon ausgehen, dass die Maßnahme, zu der er angewiesen wurde, rechtmäßig ist. Führt er die Anordnung daher trotz seiner fortbestehenden Zweifel aus, so muss er grundsätzlich nicht befürchten, im Außenverhältnis oder disziplinarisch zur Verantwortung gezogen zu werden. Dieses Haftungsprivileg wird ihm vielmehr nur in den Fällen der „qualifizierten Rechtswidrigkeit“ verweigert; also dann, wenn er durch die Ausführung der Anordnung eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begehen oder die Würde eines Menschen verletzen würde. In diesem Fall – und nur dann – *darf* er der Anordnung *nicht* nachkommen.

Befolgt der Beamte eine Weisung oder Verwaltungsvorschrift hingegen nicht, weil er auch nach dem Abschluss des Remonstrationsverfahrens von ihrer Rechtswidrigkeit überzeugt ist, so handelt er auf eigenes Risiko. Sollte sich im nachhinein – etwa aufgrund der Klage eines Betroffenen oder im Rahmen eines Disziplinarverfahrens – herausstellen, dass die angeordnete Maßnahme doch rechtmäßig gewesen wäre, dann trifft den Beamten die volle Verantwortung dafür, dass er der Anordnung nicht nachgekommen ist. In diesem Fall muss er nicht nur mit Disziplinarmaßnahmen rechnen, sondern gegebenenfalls auch mit Schadensersatz- und Regressforderungen seines Dienstherrn.⁵¹

Angesichts dieses Haftungsrisikos wird ein Beamter einer dienstlichen Anordnung aber kaum leichtfertig den Gehorsam verweigern. Vielmehr wird er dies nur dann tun, wenn er nach einer sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage von der Rechtswidrigkeit der angeordneten Maßnahme überzeugt ist. Trifft seine Überzeugung zu, dann dürfen dem Beamten aus dem Umstand, dass er sich geweigert hat, die Anordnung auszuführen, keine Nachteile erwachsen. Denn schließlich hat er durch sein Verhalten lediglich sicher gestellt, dass die Maßnahmen der Verwaltung im Einklang mit den gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben stehen.

Damit lässt sich festhalten, dass die Funktionsfähigkeit der Verwaltung auch dann ohne weiteres gewährleistet werden kann, wenn Beamte nicht dazu verpflichtet werden, Anordnungen grundsätzlich unabhängig davon zu befolgen, ob die angeordneten Maßnahmen rechtmäßig sind. Es besteht daher keine Notwendigkeit, den Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung zu beschränken

4. Ergebnis

Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, lassen sich die Bestimmungen des BRRG und der Beamten-gesetze des Bundes und der Länder jedenfalls insofern nicht mit dem in Art. 20 Abs. 3 GG festgeschriebenen Grundsatz der Rechtsbindung der Verwaltung vereinbaren, als sie Beamte dazu verpflichten, einer dienstlichen Anordnung auch dann nachzukommen, wenn die angeordnete Maßnahme ihrerseits rechtswidrig ist. Die starre Trennung zwischen solchen Weisungen, die unter allen Umständen befolgt werden *müssen*, und solchen, die unter keinen Umständen befolgt werden *dürfen*, muss durch eine dritte Variante ergänzt werden: Nämlich durch Weisungen, die zwar nicht befolgt werden müssen, aber befolgt werden dürfen. Verweigert ein Beamter einer solchen Anordnung den Gehorsam, so muss er jedenfalls dann nicht befürchten, diszipli-

⁵⁰ So etwa *Felix* (Anm. 1), S. 142; vgl. auch *Deppenbeuer* (Anm. 7), S. 411 f.

⁵¹ Vgl. § 46 Abs. 1 BRRG und die entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen. In diesen Fällen wird zumindest die grobe Fahrlässigkeit kaum bezweifelt werden können.

narrechtlich zur Verantwortung gezogen oder in Regress genommen zu werden, wenn er seine Remonstrationspflicht erfüllt hat *und* die angeordnete Maßnahme tatsächlich rechtswidrig war.⁵²

Dieses Ergebnis trägt letztendlich den Interessen aller Beteiligten Rechnung: Die Bürger können darauf vertrauen, dass die Beamten die Rechtmäßigkeit ihrer Amtshandlungen skrupulös prüfen und rechtswidrige Maßnahmen nach Möglichkeit unterlassen werden. Die Beamten werden auch beim Handeln auf Anordnung nicht zu bloßen Amtsausübungsautomaten reduziert. Und der Staat hat die Rechtsbindung der Verwaltung abgesichert ohne dabei ihre Funktionsfähigkeit ernsthaft zu gefährden.⁵³

Johannes Rux, Stand 13.9.2002

⁵² In Bezug auf die Angestellten des Öffentlichen Dienstes herrscht seit jeher die Auffassung vor, dass diese nicht dazu verpflichtet sind, einer Anordnung nachzukommen, wenn sie damit rechtswidrig handeln würden; vgl. dazu *BAG*, AP Nr. 17, 18, 24 und 26 zu § 611 BGB – Direktionsrecht, sowie *Georg Bruse*/Axel Görg/Wolfgang Hamer et.al., Rn. 60 zu § 8 BAT.

⁵³ Auf das von *Depenheuer* (Anm. 7), S. 404, behandelte Sonderproblem der Weisungsbindung im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung, kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher eingegangen werden. Insofern muss der Hinweis darauf genügen, dass nicht etwa die Gehorsamspflicht der Beamten ausgedehnt werden muss, sondern vielmehr die Rechtsprechung des *BVerfGE* zum Umfang des Weisungsrechts nach Art. 85 Abs. 3 GG dringend einer Korrektur bedarf. Dabei ist zu beachten, dass der Verfassungsgeber durchaus die Möglichkeit gehabt hätte, dem Bund eine eigene Verwaltungskompetenz oder zumindest ein Selbsteintrittsrecht zuzugestehen. Wenn er dies nicht getan hat, besteht aber kein Anlass, die rechtsschutzsichernde Wirkung der Kompetenzverteilung im Bundesstaat aufzugeben; vgl. dazu einerseits *BVerfGE* 81, 310 (332); *BVerfGE* 84, 25 (31); zustimmend *Armin Dittmann* in: *Michael Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 85 GG, Rn. 25 f., der allerdings nur die Rechtsprechung referiert; und schon früher *Peter Lerche* in *Theodor Maunz/Günter Dürig*, Art. 95 GG, Rn. 53; *Willy Blümel*, Verwaltungszuständigkeit“; in: *Isensee/Kirchhof* (Anm. 16), Band IV, 1990, § 101, Rn. 66; und andererseits *Klaus Lange*, Das Weisungsrecht des Bundes in der atomrechtlichen Auftragsverwaltung, 1999, S. 91 ff.; *Walter Pauly*, Anfechtbarkeit und Verbindlichkeit von Weisungen in der Bundesauftragsverwaltung, 1989, S. 233 ff.