

Gegendarstellung und Replik*

Von Wolfgang Däubler, Bremen,
Bernd Rütters und Rüdiger Söhnen, Konstanz

A. Gegendarstellung¹

In ihrer Rezensionsabhandlung „Demokratisierung durch Beamtenstreik“ befassen sich *Rütters - Söhnen* u. a. mit meiner Arbeit über den Streik im öffentlichen Dienst². Dabei werden meine Ausführungen in zahlreichen Punkten unrichtig wiedergegeben:

1. Auf S. 550/551 schreiben *Rütters - Söhnen*: „Daß Däubler behauptet, mit ‚konventionellen‘ juristischen Mitteln (S. 193) zu seinem Ergebnis gekommen zu sein, das von nahezu allen anderen — ebenfalls konventionell arbeitenden — Juristen verworfen wird, steigert das Interesse an diesen konventionellen Erkenntnismitteln; denn die Divergenz läßt sich nur so erklären: Entweder benutzt eine Partei die Methode falsch, oder die Methode taugt nichts. Däubler selbst scheint die zweite Alternative für richtig zu halten. Er meint, ‚anders als die Generation der Väter und Großväter empfindet der heutige Jurist Unbehagen, wenn er sich anschickt, eine Frage von großer gesellschaftspolitischer Relevanz ausschließlich mit Mitteln einer konventionellen Exegese des geltenden Rechts zu lösen‘ (S. 193). Wie sieht die konventionelle Exegese Däublers aus?“

Damit wird mir ein widersprüchliches Vorgehen unterstellt, nämlich eine Methode zu benutzen, von der ich selbst glaube, „sie taue nichts“. Richtig ist, daß ich zu Beginn meiner Ausführungen über die Arbeitskampftheorien eindeutig zwischen rechtsdogmatischer „konventioneller“ Exegese und rechts- bzw. gesellschaftspolitischen Forderungen unter-

* Anmerkung der Redaktion: Zu der in dieser Zs. Bd. 11 (1972), S. 550 ff. erschienenen Rezensionsabhandlung von *B. Rütters* und *R. Söhnen*, *Demokratisierung durch Beamtenstreik?*, hat Herr Prof. Dr. *W. Däubler* der Redaktion eine Gegendarstellung zugesandt. Die Redaktion hat daraufhin den Autoren die Gelegenheit zu einer Replik gegeben. Gegendarstellung und Replik, die nach Form und Inhalt in der alleinigen Verantwortung der jeweiligen Autoren stehen, sind unverändert abgedruckt.

¹ Die folgenden Ausführungen verstehen sich als Gegendarstellung im Sinne des Presserechts; sie verzichten bewußt auf eine sachliche Auseinandersetzung mit den Wertungen von *Rütters-Söhnen*, da die (hier deutlich werdende) wissenschaftliche Arbeitsweise dieser beiden Autoren den Austausch von Argumenten wenig sinnvoll erscheinen läßt.

² *Däubler*, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl. 1971.

schieden habe. Die zitierte Stelle lautet: „Anders als die Generation der Väter und Großväter empfindet der heutige Jurist bisweilen Unbehagen, wenn er sich anschickt, eine Frage von großer gesellschaftspolitischer Relevanz ausschließlich mit Hilfe einer konventionellen Exegese des geltenden Rechts zu lösen. Die Gefahr, in einen scheinbar wertneutralen, in Wahrheit aber affirmativen Positivismus zu verfallen, liegt allzusehr auf der Hand. Um eine Relativierung dieser Art zu vermeiden, soll das oben erarbeitete Ergebnis mit den verschiedenen philosophisch begründeten Lehren zur Rechtfertigung des Arbeitskampfes konfrontiert werden. Fordern auch sie die Ausdehnung des Streikrechts auf die Beamten, so kann der Vorwurf einseitig legalistischer Betrachtungsweise nicht mehr erhoben werden.“ Von einem widersprüchlichen Vorgehen kann daher nicht die Rede sein.

2. Auf S. 552 referieren Rütters - Söhnen zunächst meine Darstellung der Entstehungsgeschichte des Bundesbeamtengesetzes, unterschlagen dabei freilich deren Ausdeutung durch *Theodor Eschenburg*, auf die ich mich bezogen hatte. Im Anschluß daran führen sie aus: „Im übrigen berührt es merkwürdig, daß Däubler sich, wenn auch fälschlich, für das Schweigen des BBG zum Streik nur auf die Entstehungsgeschichte beruft, obwohl er sonst die Genese einer Norm als Auslegungshilfsmittel weit von sich weist“. Der damit erhobene Vorwurf der Inkonsequenz geht von unzutreffenden Voraussetzungen aus: Die zitierten Ausführungen auf S. 20 meiner Arbeit schildern lediglich die historische Entwicklung, wollen jedoch keine Aussagen zum Rechtszustand de lege lata machen. Dies folgt aus der Überschrift des § 3 „Die Gesetzgebung nach 1945“, sowie den vorhergehenden und nachfolgenden Sätzen und ist zudem noch in Fn. 41 ausdrücklich klargestellt. Die maßgebliche Exegese des Bundesbeamtengesetzes findet sich — wie schon das Inhaltsverzeichnis deutlich macht — auf S. 112/113, wo die (modifizierte) objektive Methode angewandt wird.

3. S. 553 enthält folgende Behauptungen: „Däubler sieht zwar auch ein, daß Streikrecht ohne Tarifautonomie ein Ünding ist (S. 150), folgert aber daraus, daß alle beamtenrechtlichen Vorschriften, welche einen Tarifvertrag ausschließen, nichtig sind (S. 157).“

Dies ist unrichtig. Die in Bezug genommenen Ausführungen lauten: „Ein Ersatzmittel (d. h. für das durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Tarifvertragssystem) könnte schließlich in der Gewährung des Streikrechts liegen — vorausgesetzt, daß man den Beamtenstreik nicht aus anderen Gründen für rechtswidrig hält. Dies würde der Lösung in Frankreich, Italien und Großbritannien entsprechen, wo man zwar Beamtenstreik, nicht aber Beamtentarifverträge kennt. Eine wirksame Interessenwahrung auf kollektiver Ebene ist dadurch zwar gewährleistet, doch hat diese Regelung zur Folge, daß zugleich mit dem Tarifvertragssystem auch die Friedenspflicht entfällt. Selbst wenn ein Streik sein Ziel ganz oder teilweise erreicht hat, kann niemand den Beamten verbieten, schon nach 2 Monaten wiederum in den Ausstand zu treten. In Frankreich haben die dadurch auftretenden Unzulänglichkeiten zum Erlaß des Gesetzes vom

31. 7. 1963 geführt, das u. a. völlig überraschende Arbeitsniederlegungen verbietet. Das Bestehen einer Streikbefugnis ohne Tarifsystem ist daher die eindeutig schlechtere Lösung. Dies gilt bereits de lege lata: Die Entscheidung gegen den Tarifvertrag läßt die Friedenssicherungsfunktion der Rechtsordnung außer Acht. Von zwei Lösungen würde diejenige gewählt, die weniger zur sozialen Befriedung beiträgt. Beispielhaft kann deshalb nur die Lösung in Schweden und Norwegen sein, wo Beamtentarifverträge gesetzlich vorgesehen sind.“

Daß ich ein isoliertes Streikrecht nicht generell ablehne, zeigen die von Rütters - Söhnen nicht erwähnten Eventualerwägungen auf S. 163 ff.: „Lehnt man nun aus irgendwelchen Gründen (etwa wegen Art. 33 Abs. 4 u. 5 GG) das Bestehen von Tarifautonomie im Beamtenrecht ab, so wäre die in Art. 9 Abs. 3 gewährte Freiheit vollends entwertet, wollte man dem Beamten nicht wenigstens das Streikrecht zur Verbesserung seiner Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen belassen.“ Ihre Berücksichtigung hätte freilich der entscheidend auf die Unzulässigkeit von Beamtentarifverträgen abstellenden Kritik die Grundlage entzogen.

4. Auf S. 553 heißt es weiter: „Denkt man diese These (von der Verfassungswidrigkeit des Verbots von Beamtentarifverträgen) zu Ende, wäre selbst ein ausdrückliches Streikverbot im BBG verfassungswidrig. So konsequent will Däubler aber gar nicht sein; auch für ihn wäre das geplante Verbot des Beamtenstreiks nach § 57 des Regierungsentwurfs zum BBG von Art. 33 Abs. 5 GG gedeckt. Das ergibt sich aus dem Text S. 103 unten. Er widerspricht sich selbst, wenn er das Verbot von Tarifverträgen im Beamtenrecht für verfassungswidrig hält.“

Die zitierte Stelle auf S. 103 unten lautet: „Art. 33 GG enthält damit einen speziellen Eingriffsvorbehalt, der Grundrechtseinschränkungen prinzipiell bis zur Grenze des während der Weimarer Zeit Geübten zuläßt.“ Die mit dem Wort „prinzipiell“ angedeutete Einschränkung findet sich im nächsten Satz auf S. 104 oben: „Dieses Ergebnis kommt keineswegs einem Vorrang der hergebrachten Grundsätze vor den Grundrechten gleich. Das verhindert der selbstverständliche Grundsatz der Verfassungsverinterpretation, Einzelvorschriften nicht isoliert für sich, sondern als Teil des gesamten Normengefüges zu betrachten. Für uns bedeutet dies einmal, daß übergreifende Verfassungsprinzipien wie die in Art. 1 und 20 GG festgelegten nicht eingeschränkt oder relativiert werden dürfen. Die hergebrachten Grundsätze können daher nur insoweit Berücksichtigung finden, als beispielsweise Sozialstaatsgrundsatz und Menschenwürde gewahrt bleiben.“ Wie Rütters - Söhnen selbst auf S. 555 referieren, verstößt ein Streikverbot nach meiner Auffassung gegen die Menschenwürde, auf S. 104 meiner Schrift ist weiter das Übermaßverbot als juristisches Hindernis einer Illegalisierung des Beamtenstreiks genannt. Die behauptete Widersprüchlichkeit ist daher in Wahrheit nur in den Ausführungen von Rütters - Söhnen vorhanden.

5. Auf S. 554 wird ausgeführt: „Wer behauptet: Die rechtspositivistische Methode leitet aus realinadäquaten (und selbstverständlich nicht hinterfragten) theoretischen Prämissen Rechtsfolgen ab, wer den Willen

des Parlaments auch dann für unbeachtlich hält, wenn er deutlich erkennbar ist, der sagt im Klartext: „Ich pfeife auf die Mehrheitsentscheidungen, wenn sie mir nicht ins emanzipatorische Konzept passen.“

Richtig ist, daß in dem kritisierten Werk nirgends eine derartige Konzeption vertreten wird; Rütters - Söhnen setzen Positivismuskritik und Antiparlamentarismus gleich.

6. Auf S. 554 heißt es weiter: „Däubler benutzt die sog. objektive Methode der Gesetzesauslegung. Er sieht sich nur gebunden an Wortlaut und Systematik des Gesetzes, läßt unberücksichtigt die Auffassung des historischen Gesetzgebers, hier die des Bundestages mit CDU-Mehrheit, und orientiert sich stattdessen am ‚heutigen Wertverständnis‘ ... Dieses Vorgehen bezeichnet Däubler als die heute allein übliche Methode. Er begründet das nicht, sondern beruft sich auf eine einzige Bundesverfassungsgerichtsentscheidung (E 1, 295, 312). Dabei läßt er außer Acht, daß in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Erfordernisse, was das Parlament mit der Verabschiedung eines Gesetzes gewollt hat, ungleich viel wichtiger ist und häufiger geübt wird als die sogenannte objektive Auslegung. Die Entscheidung Däublers für die objektive Auslegung rückt den Beamtenstreik überhaupt erst in Sichtweite, denn daß der Gesetzgeber des Bundesbeamtengesetzes davon ausging, der Streik sei den Beamten verboten, läßt sich klarer gar nicht feststellen.“

In meiner Arbeit habe ich die objektive Methode der Gesetzesauslegung nirgends als die heute „allein“ übliche bezeichnet. Außerdem unterstellen mir Rütters - Söhnen, die Auffassung des historischen Gesetzgebers sei für mich völlig irrelevant, obgleich ich ihr ausdrücklich „indizielle Bedeutung“ zumesse (S. 113).

7. Auf S. 555 finden sich die folgenden Ausführungen: „Der ‚ideologische Ansatz‘ führt Däubler nämlich zu der Behauptung, das Streikverbot für Beamte verletze die Menschenwürde, liefere die Beamten der Willkür der führenden Repräsentanten des Staatsapparates aus, mache sie zu reinen Befehlsempfängern, sei Einfallstor für antidemokratisches Rechtsdenken, erschüttere die innere Homogenität unserer Verfassungsordnung und leiste der Machtergreifung einer neuen Faschistengeneration Vorschub (S. 120 - 124).“

Bei diesen Sätzen, die sich in weniger pointierter Formulierung auf den Seiten 120 - 122 finden, handelt es sich nicht um ideologiekritische Betrachtungen, sondern um eine Weiterführung bereits vorliegender rechtsdogmatischer Thesen. Von der „Machtergreifung einer neuen Faschistengeneration“ ist dabei nicht die Rede. Die hauptsächlich kritisierte Formulierung lautet vielmehr: „Die Konservierung vordemokratischer Rechtsnormen würde die innere Homogenität auch unserer Verfassungsordnung erschüttern und könnte ähnlichen Entwicklungen wie in Weimar Vorschub leisten. Deshalb verbietet Art. 20 GG, die hergebrachten Grundsätze in einer Weise zu perpetuieren, daß sie zum Einfallstor für antidemokratisches Rechtsdenken werden.“

8. Weiter wird auf S. 555 behauptet: „Auf S. 181 ff. führt Däubler aus: Der EWG-Vertrag gebietet gemeinschaftsfreundliches Verhalten und fordert Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen. Unterschiedliche Streikregelungen verzerren den Wettbewerb. Frankreich und Italien haben das Streikrecht für Beamte anerkannt. Die Bundesrepublik, Belgien und Holland dagegen nicht. *Daraus* folgt, daß die bundesrepublikanischen Gerichte den deutschen Beamten das Streikrecht zugestehen müssen. Dem ist nichts hinzuzufügen.“

Dies stellt eine sinnentstellende Verkürzung meiner Ausführungen zum EWG-Vertrag dar, die sich auf Seite 186 ff. (nicht auf S. 181, wo die Europäische Sozialcharta abgehandelt wird) finden. Dort wird die aus dem EWG-Vertrag folgende Pflicht zum gemeinschaftsfreundlichen Verhalten auf die rechtsformbildende Tätigkeit nationaler Gerichte angewandt. Sie soll sich an einer „gemeineuropäischen“ Lösung orientieren, die *in allen Mitgliedstaaten vorhandenen Entwicklungstendenzen in sich aufnimmt*. In diesem Zusammenhang stehen die folgenden Ausführungen: „Wie bereits konstatiert, besteht in der Mehrzahl der mit der Bundesrepublik vergleichbaren Länder eine allgemeine Tendenz zur Ausweitung des Streikrechts im öffentlichen Dienst. Dies gilt auch für die Mitgliedstaaten der EWG: Frankreich und Italien gewähren in ihren 1946 bzw. 1947 beschlossenen Verfassungen zum ersten Mal das Streikrecht für jedermann und damit auch für die Beamten. In Luxemburg wurden die Libertés Syndicales 1948 in der Verfassung verankert, in Belgien entwickelte sich in den letzten 15 Jahren in der Wissenschaft eine starke Mindermeinung, die den Beamtenstreik bejaht. Nur Holland und — bislang — die Bundesrepublik entzogen sich dieser Entwicklung. Eine ‚gemeineuropäische‘ Streiknorm für den öffentlichen Dienst muß sich daher an der französischen und italienischen Regelung orientieren.“ Dieses Ergebnis wird weiter auf Art. 117 des EWG-Vertrags gestützt, der eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen und eine Angleichung „auf dem Wege des Fortschritts“ verlangt, sowie auf die Thesen von Lagrange und Pescatore, die eine Angleichung auf die „fortschrittlichste“ Lösung hin befürworten.

9. Auf derselben Seite findet sich folgende Behauptung: „Um seine Feststellung zu begründen, die Schweiz verbiete das Streikrecht für Beamte, schreibt Däubler Seite 32: ‚Im Streitfall dürfte das Streikrecht von den Gerichten wohl abgelehnt werden.‘“

Auch hier geben Rütters - Söhnen meine Ausführungen unrichtig wieder. Auf S. 31 habe ich ausdrücklich die Vorschriften des schweizerischen Beamtengesetzes von 1927 zitiert, die jede Arbeitsniederlegung von Beamten ausdrücklich verbieten. Auf S. 32 findet sich der zitierte Satz, der jedoch im Zusammenhang mit dem Streikrecht der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes steht.

10. Die auf S. 556 oben enthaltene Behauptung: „Wie die Gerichte der Bundesrepublik auf einen Beamtenstreik reagieren würden, das hält Däubler für keiner Prognose wert“, ist ebenfalls unzutreffend. Wie

Streiks im öffentlichen Dienst der Schweiz bezieht sich in erster Linie auf Arbeitnehmer; allerdings gilt sie — wie er selbst auf S. 32 oben schreibt — auch für die Beamten der Kantone und Gemeinden. Nur für die eidgenössischen Beamten gilt das gesetzliche Streikverbot (Art. 23 S. 1 des Gesetzes vom 30. 6. 1927), das er auf S. 31 zitiert („Gegendarstellung“ Punkt 9). Unsere Argumentation in der Sache berührt das nicht.

3. Däubler verwendet die Entstehungsgeschichte des BBG zwar als Hauptargument (S. 20 f., 112 f.) für die Stützung seiner Auffassung, aber nicht, wie wir schrieben, als einziges. Er nennt daneben (in 17 Zeilen auf S. 113) auch Wortlaut und Systematik des Gesetzes, die dazu allerdings nichts hergeben. Wir tragen das gern nach („Gegendarstellung“ Punkt 2).

II. Gegenüber allen übrigen Einwänden in der „Gegendarstellung“ Däublers halten wir an unserer Rezension fest. Vielleicht steht in Däublers Buch manches, was er aus heutiger Sicht nicht so oder ganz anders gemeint hat? Die „Gegendarstellung“ lenkt mehrfach von dem ab, was der Autor selbst früher geschrieben hat. Zu seinen Gegenvorstellungen ist — in Anlehnung an seine Reihenfolge — folgendes zu bemerken:

Zu 1. Däubler verteidigt sich gegen einen vermeintlichen Vorwurf widersprüchlichen Vorgehens, den wir nicht erhoben haben. Er unterstellt uns etwas, was wir nicht gesagt haben.

Wir haben dreierlei festgestellt: a) Däubler bezeichnet seine Arbeitsweise als „konventionelle Exegese“. (Das erscheint uns fragwürdig.) b) Die herrschende Meinung, die ein Beamtenstreikverbot bejaht, begründet dieses Ergebnis ebenfalls mit „konventionellen Mitteln“. c) Wenn zwei Parteien nach derselben Methode arbeiten, aber entgegengesetzte Ergebnisse erzielen, benutzt entweder eine Partei diese Methode falsch oder die Methode taugt nichts.

Däublers Vorbehalte gegen die Gesetzesbindung bei der konventionellen Interpretation werden in dem von ihm erneut zitierten Passus augenfällig: Warum fürchtet er sich nach (vermeintlich) konventioneller Exegese vor dem „Vorwurf einseitig legalistischer Betrachtungsweise“ (S. 193)? Der Gehorsam gegenüber dem vom Parlament beschlossenen Gesetz erscheint offenbar dubios und „emanzipationseindlich“?

Zu 2. Vgl. oben I.3. Daß Däubler seine Deutung der Entstehungsgeschichte des BBG von Eschenburg übernommen hat, haben wir nicht „unterschlagen“. Wir hielten im Rahmen einer knappen Rezension andere Gesichtspunkte für bedeutsamer.

Zu 3. Die „Gegendarstellung“ zitiert nur S. 150 von Däublers Buch. Die Stelle votiert rechtspolitisch für Beamtentarifverträge, die nach dem BBG verboten sind (§§ 83, 183 BBG). Nicht zitiert wird in der „Gegendarstellung“ S. 157: „Aus dem Vorrang des Verfassungsrechts folgt weiter, daß bestehende gesetzliche Normen, die den Abschluß von Tarifverträgen verbieten, nichtig sind. Dies gilt insbesondere von Bestimmungen, die den beamtenrechtlichen Vorschriften abschließende Wir-

sich schon aus dem Inhaltsverzeichnis ergibt, enthält S. 229 meiner Arbeit „Prognosen für die künftige Behandlung des Streikproblems“ in Theorie und Praxis.

11. Auf S. 556 behaupten Rühlers - Söhne: „Däubler hat inzwischen offenbar seine Ansicht über die Zulässigkeit des Beamtenstreiks nach geltendem Recht revidiert“ und berufen sich hierfür auf meinen Aufsatz in den Gewerkschaftlichen Monatsheften³.

Auch diese Behauptung ist unzutreffend. In dem zitierten Aufsatz wird u. a. der gesellschaftspolitische Stellenwert juristischer Auseinandersetzungen untersucht, gerade für das Streikproblem wird jedoch an der Möglichkeit klassischer rechtsdogmatischer Interpretation festgehalten. Rühlers - Söhne haben überdies ihre Behauptung selbst widerlegt, da sie einige Sätze später selbst die (unzutreffende) These aufstellen, ich hätte „bewußte Regelverletzungen“ generell für legal erklärt⁴.

12. Auf S. 556 wird schließlich ausgeführt: „Die erwünschte Rechtsänderung soll also mittels offenen Rechtsbruchs erzwungen werden.“

Diese Behauptung stellt eine beleidigende Unterstellung dar. Es wirft ein bezeichnendes Licht auf das Wissenschaftsverständnis der Verfasser, daß sie einen Autor als Rechtsbrecher denunzieren, der in einer sozialwissenschaftlichen Abhandlung zu dem Ergebnis kommt, das Beamtenstreikrecht könne — genau wie in der Vergangenheit das allgemeine Streikrecht — nur durch sozialen Druck erreicht werden. Auch der Hinweis auf das Vorbild etwa der norwegischen oder der französischen Gewerkschaften soll nach Rühlers den Verdacht rechts- und verfassungsfeindlicher Haltung begründen⁵.

Wolfgang Däubler, Bremen/Tübingen

B. Replik

I. Däublers „Gegendarstellung“ gibt uns Gelegenheit, drei Flüchtigkeitsfehler zu korrigieren:

1. Die Darstellung des Einflusses, den der EWG-Vertrag nach Däubler auf den Streik im öffentlichen Dienst haben soll, befindet sich bei Däubler auf S. 186 ff., nicht — wie wir geschrieben haben — auf S. 181 ff. („Gegendarstellung“ Punkt 8).

2. S. 555 unten sollte bei uns heißen: Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes, nicht „Beamte“. Däublers Prognose über die Beurteilung eines

³ 1972, 310 ff.

⁴ Die einschlägige Passage meines Aufsatzes lautet (GMH 1972, 323): „Außer an unzumutbare Arbeitsbedingungen anzuknüpfende Appelle an die Öffentlichkeit (Demonstrationen etc.) wäre die sich innerhalb der Gesetze haltende bewußte Regelverletzung zu nennen (z. B. eingehende, den ‚normalen‘ Dienstablauf störende Beratung der Steuerpflichtigen durch die Finanzbeamten).“

⁵ JZ 1972, 637.

kung bemessen und damit implizite jede andere einzel- oder kollektivvertragliche Regelung für unzulässig erklären". Dieses eindeutige *Votum* Däublers haben wir wiedergegeben. Seine Eventualerwägungen beseitigen nicht die scharfe Aussage auf S. 157. Sie berühren nicht einmal am Rande die Grundlage unserer Kritik. Denn ohne tariflich regelbares Kampffeld darf nach dem geltenden Arbeitskampfrecht niemand streiken. Solange also Beamtentarifverträge verboten sind (§§ 83, 183 BBG), muß jemand, der behauptet, das geltende Recht in einer „konventionellen Exegese“ anzuwenden, den „arbeitsrechtlichen“ Beamtenstreik (zur tariflichen Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen) de lege lata für rechtswidrig erklären (vgl. zur Methode oben II.1).

Zu 4. Däublers Buch ist an der fraglichen Stelle unklar und mißverständlich, und zwar nicht nur, soweit er das Ausnahmen ausschließende „prinzipiell“ (S. 103) fälschlich i. S. von „in der Regel“ verwendet. Wir glauben ihn so verstehen zu sollen, daß er ein vom Parlament verabschiedetes gesetzliches Verbot des Beamtenstreiks als wirksam anerkennt und wollte. Das ergibt sich wohl auch aus seinen Seiten 104 ff., wo er eingehend prüft, „ob der parlamentarische Gesetzgeber von der damit möglicherweise gegebenen Ermächtigung zur Aktualisierung des Streikverbots Gebrauch gemacht hat oder ob es sich gewohnheitsrechtlich entwickelt hat“ (S. 104 f.). Diese Prüfung erschien uns — nach konventioneller Methode — nur sinnvoll, wenn das Ergebnis für die Frage des Beamtenstreikrechts von Belang sein konnte. Hielt der Autor jedes gesetzliche Streikverbot ohnehin für verfassungswidrig, wozu dann diese ausführliche Prüfung?

Schließlich hätte man erwartet, daß der Autor eines Buches über den Beamtenstreik eine so extreme These nicht dem Spürsinn des durch Unklarheiten verwirrten Lesers überlassen, sondern klar ausgedrückt hätte. Gleichwohl darf man für die durch die Rezension erzielte nachträgliche Klärung der Position dankbar sein.

Zu 5. In der Bundesrepublik werden die Gesetze durch ein demokratisch gewähltes Parlament beschlossen. Nach der Verfassung ist die Rechtsanwendung an diese Gesetze gebunden. Das gilt nicht nur für Richter, sondern auch für Professoren. Wenn der Gesetzgeber ein Parlament ist, dann ist Positivismuskritik antiparlamentarisch. Wir halten Däublers Methode in der Tat für einen Angriff auf die verfassungsmäßige Bindung der Rechtsanwendung an die Gesetze. Andere Äußerungen des Autors zum selben Thema bestätigen das. (Vgl. dazu unten zu 12.).

Zu 6. Däubler selbst bekennt sich, soweit er sich zu methodischen Problemen überhaupt äußert, zur objektiven Methode, und die dazu angeführten Zitate (S. 19 Fn. 41; S. 71 Fn. 24; S. 113) zwingen — nach objektiver wie subjektiver Interpretation der Stellen — zu dem Schluß, daß Däubler unter „heutiger Auslegung“ die uneingeschränkte Herrschaft der objektiven Methode versteht. Für Däubler hat der Wille des historischen Gesetzgebers keine normative Bindungswirkung, sondern „allen-

falls indizielle Bedeutung“ (S. 71). Die erklärte, fast einhellige, für das BBG kausale Auffassung des Bundestages, ein Streikverbot für Beamte sei so selbstverständlich, daß es keiner ausdrücklichen Regelung bedürfte, nennt er eine „irrtümliche Annahme“ (S. 112). Jedenfalls habe „nach inzwischen durchgedrungener Auffassung die Entstehungsgeschichte einer Norm nur noch indizielle Bedeutung“ (S. 113). Die Entstehungsgeschichte und damit der normative Wille des Gesetzgebers wird nach dieser Methode nur dann beachtet, wenn die *subjektive* Bewertung des Interpreten ihn „objektiv“ für indiziell bedeutsam hält. Zu Däublers Methode ließe sich noch manches sagen. Wir wollen uns hier, wie in der Rezension, im wesentlichen auf das materielle rechtliche Thema beschränken.

Zu 7. Welche der zitierten Behauptungen Däublers (S. 120 bis 122) „rechtsdogmatische Thesen“ sein sollen, ist uns auch nach erneuter Prüfung nicht klar geworden. Vielleicht ließe sich am ehesten seine Meinung, ein Streikverbot für Beamte verletze deren Menschenwürde, in diesem Sinne deuten. Alle anderen Behauptungen sind, wenn überhaupt, nur als eine Konsequenz der ideologischen Ausgangsposition Däublers zu verstehen, die „im geltenden Arbeitsrecht (noch) vorhandenen *emanzipatorischen* Ansätze konsequent zu Ende zu denken“ (S. 2). Dazu gehört es dann folgerichtig, das Beamtenstreikverbot als Erbe einer faschistischen Ideologie der Herrschenden und als antidemokratisch zu entlarven.

Unsere Formulierung, das Beamtenstreikverbot leiste nach Däubler der Machtergreifung einer neuen Faschistengeneration Vorschub, gibt Däublers These zutreffend wieder. Er schreibt selbst (S. 122), die Konserrierung des Streikverbots könnte „ähnlichen Entwicklungen wie in Weimar Vorschub leisten“. Wen anders als die Machtergreifung neuer Faschisten kann Däubler gemeint haben? Wollte er etwa vor einem neuen Brüning oder vor Wels warnen?

Zu 8. (Vgl. auch oben I.1.). Wir mußten Däublers Gedankengang, der im Buch sechs Seiten umfaßt, auf 6 Zeilen verkürzt wiedergeben. Der Sinn ist nicht entstellend. Däubler hat eine mögliche interpretative Rechtsangleichung in die andere Richtung nicht einmal erwähnt, obwohl er selbst in 3 von damals 6 Mitgliedstaaten der EWG ein Beamtenstreikverbot, in Italien und Frankreich Tendenzen zur Streikbeschränkung konstatiert. In dieser Lage eine Rechtspflicht der deutschen Gerichte zur Zulassung des Beamtenstreiks in der Bundesrepublik zu postulieren, das spricht in jeder methodischen wie rechtlichen Hinsicht für sich selbst.

Zu 9. Vgl. oben I.

Zu 10. Däublers Entgegnung führt in die Irre. Auf der von ihm genannten Seite 229 sagt er nichts über eine heute zu fallende Entscheidung der zuständigen Obersten Bundesgerichte über den Beamtenstreik. Er beschreibt dort seine Vision der gesamtgesellschaftlichen Entwicklung und deren Einfluß auf das Beamtenrecht. Wir halten fest: Däubler hält eine aktuelle konkrete Prognose der Rechtsprechung zum Beamtenstreik

— im Widerspruch zu seinem Vorgehen bei anderen Staaten — in der Bundesrepublik nicht für ratsam. Daß er weiß, was er tut, zeigt die insofern irreführende „Gegendarstellung“.

Zu 11. Däubler schreibt in dem fraglichen Aufsatz (GMH 1972, 310, 323), den man schon wegen der Diffamierungstechnik des Autors gegenüber abweichenden Ansichten im Volltext gelesen haben sollte, zur Durchsetzung des Streikrechts für Beamte u. a.:

„Eine außerordentlich wichtige Rolle dürfte außer der (Verhandlungsposition begründenden) Bereitschaft zum Streik auch die tatsächliche Durchführung von Arbeitsniederlegungen spielen, da sie in sehr hohem Maße weitere Lernprozesse in Gang setzen können. Eine derart mobilisierte Basis gibt den Gewerkschaftsspitzen dann das notwendige Druckmittel in die Hand, um andere als systemstabilisierende Reformen zu erzwingen. ... Auf Grund dieses Kampfmittels käme es zu vertraglichen Absprachen mit dem „Dienstherrn“, einer Vorform des Tarifvertrages, die nach längerer oder kürzerer Zeit offizielle Anerkennung durch den Gesetzgeber finden könnte. Die ursprünglichen Ziele wären erreicht — freilich mehr aus eigener Kraft als mit Bitten an den Gesetzgeber“.

Das Parlament also soll durch Streikaktionen zur Anerkennung des Beamtenstreikrechts genötigt werden! Wenn der Gesetzgeber den Beamtenstreik auch nach Däublers Ansicht noch legalisieren soll, kann er zur Zeit nicht bereits legal sein.

Zu 12. Das geltende Beamtenrecht soll nicht „durch Bitten an den Gesetzgeber“, sondern durch Streiks der „mobilisierten Basis“ geändert werden (Däubler, GMH 1972, a.a.O.). Das Parlament soll zum Automaten der streikenden Minderheiten werden. Vielleicht zeigt diese Position Däublers, daß seine sog. „Positivismuskritik“ (vgl. oben Nr. 5) von einem handfesten Antiparlamentarismus nicht zu unterscheiden ist. Nach Art. 20 GG ist die parlamentarische Demokratie in der Bundesrepublik verfassungsgesetzlich verankert.

§ 105 StGB stellt die Parlamentsnötigung unter Strafe. Beide Bestimmungen gelten für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, für Richter und für Professoren (auch sozialwissenschaftliche) gleichermaßen. Gesetzesänderungen dürfen in der Bundesrepublik nicht erstreikt werden. Wer die Gewerkschaften entgegen dem gesetzlichen Verbot von Beamtenarbeitsverträgen zum Streik für Beamtenarbeitsverträge animiert, propagiert den Rechts- und Verfassungsbruch.

Die „Gegendarstellung“ Däublers hat uns erlaubt, manches vielleicht klarer zu sagen, als das in der knappen Rezension möglich war. Wir sind dafür dankbar.

Bernd Rütters und Rüdiger Söhnen, Konstanz

BUCHBESPRECHUNGEN

Heller, Hermann, Gesammelte Schriften. 3 Bde., hrsg. von Martin Draht, Otto Stammer, Gerhart Niemeyer und Fritz Borinski. Redakt. Christoph Müller. Leiden 1971, Sijthoff. 733, 653, 502 S. DM 130,—.

Hermann Heller gilt vielen als der Vater der deutschen Politischen Wissenschaft. So unterschiedliche Autoren wie Fraenkel und Bracher einerseits, Abendroth andererseits berufen sich auf ihn, wobei häufig in einer charakteristischen Verkürzung seiner Intentionen die von ihm aufgeworfene Frage nach der Machtorganisation, der Machtverteilung und dem Machterwerb als der eigentlich politikwissenschaftliche Ansatz herausgestellt wird. Dem Juristen Heller ist ein derartiger Nachruhm dagegen bislang nicht beschieden gewesen. Zwar hat der Schatten von Weimar auch die Staatsrechtslehre in der Bundesrepublik überlagert, doch waren es hier mehr Carl Schmitt und Rudolf Smend, die weiterwirkten. Mit beiden verbindet H. die Ablehnung des in Weimar herrschenden Positivismus, des „Labandanismus“, vor allem in seiner extremsten Ausgestaltung, der Staatslehre Hans Kelsens. Doch anders als seine vielen konservativen und dem Faschismus ihre Bewunderung zollenden Kollegen stand Heller „links“ vom liberalen Positivismus Kelsen. Er war engagierter Sozialdemokrat, freilich nicht Marxist. So sehr er die gesellschaftliche und politische Bedingtheit des Staates betonte und für eine Einbeziehung soziologischer Fragestellungen und Erkenntnisse — auch als juristisch relevanter — in die Staatslehre eintrat, so sehr blieb für ihn zwischen Staat und Gesellschaft, Ökonomie und Politik eine Differenz. Gegen die marxistische Staatsverneinung, so wie er sie verstand, hat er sich immer gewandt. Der Einfluß des Neuhegelianismus, auch Lassalles, wird hier bei ihm spürbar. Heller war Revisionist. Ihm ging es um die Versöhnung von „Sozialismus und Nation“, eines seiner Leitthemen, um das „Hineinkämpfen“ der Arbeiterschaft in den Staat, nicht um dessen Überwindung zu einem Zustand klassenloser Herrschaftslosigkeit. Diese Utopie teilte er nicht.

Von hier aus wird auch Hellers Einstellung zur Weimarer Verfassung verständlich. Er bejahte sie, forderte aber gleichzeitig ihre Weiterentwicklung in Richtung des „sozialen Rechtsstaats“ (den Begriff hat er geprägt). Sein wissenschaftliches Verdienst besteht in dem Versuch, die positivistische Staatsrechtslehre zu republikanisieren mit Hilfe einer an der Soziologie Hans Freyers angelehnten „wirklichkeitswissenschaftlichen“ Methode, aber eben nicht im Hinblick auf eine konservative Revolution oder auf den Faschismus als politisches Ziel, sondern auf die Idee der sozialen Demokratie. In dieser Hinsicht ist Heller modern. Hinter dem so esoterisch anmutenden Methodenstreit der Weimarer Staatslehre stand mehr als eine nur rein wissenschaftliche Auseinandersetzung, nämlich ein verschiedenes Verständnis von der Gestaltung und den Aufgaben des Staates in unserer Zeit. Verlagerungen politischer Stellungnahmen in methodologische Fragen sind ja häufig anzutreffen. Das zeigt sich auch heute wieder im Streit um den richtigen Weg der Verfassungsinterpretation und um den Sozialstaatsbegriff. Die um einen adäquaten Zugang zum Sozialstaatsphänomen bemühte Staatsrechtslehre wäre gut beraten, sich in dieser Situation wieder in vermehrtem Maße dem Werk Hermann Hellers zuzuwenden. Inso-