

EDUARD PICKER

System des kollektiven Arbeitsrechts

Herausgegeben von
THOMAS LOBINGER
und FELIX HARTMANN

in Gemeinschaft mit
REINHARD RICHARDI

Mohr Siebeck

Eduard Picker

System des kollektiven Arbeitsrechts



Eduard Picker

System des kollektiven Arbeitsrechts

Herausgegeben von
Thomas Lobinger und Felix Hartmann

in Gemeinschaft mit
Reinhard Richardi

Mohr Siebeck

Eduard Picker, geboren 1940, 1962–67 Studium der Rechtswissenschaft in Berlin und Bonn; 1971 Promotion; 1978 Habilitation; 1979–86 Ordinarius für Bürgerliches Recht und Römisches Recht an der Universität Regensburg; 1986–2008 Ordinarius für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Römisches Recht und Privatrechtsgeschichte der Neuzeit an der Universität Tübingen; Ordentliches Mitglied der Heidelberger Akademie der Wissenschaften.

Thomas Lobinger, geboren 1966, Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht an der Universität Heidelberg (Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht).

Felix Hartmann, geboren 1976, Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Freien Universität Berlin (Institut für Arbeitsrecht).

Reinhard Richardi, geboren 1937, em. o. Professor für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Bürgerliches Recht und Handelsrecht an der Universität Regensburg.

ISBN 978-3-16-160019-7 / eISBN 978-3-16-160020-3

DOI 10.1628/978-3-16-160020-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Eduard Pickers arbeitsrechtliches Werk weist einen klaren Schwerpunkt im Kollektivarbeitsrecht auf. Wie kaum ein anderer hat er auf diesem Gebiet systembildend gewirkt und aufgezeigt, wie sich insbesondere das Tarifvertrags- und das Arbeitskampfrecht in eine auf der Privatautonomie des Einzelnen gründende Zivilrechtsordnung integrieren lassen. Methodisch tief verwurzelt in der vielfach sogenannten neuen historischen Schule hat er sich das kollektive Arbeitsrecht über dessen Entwicklungsgeschichte erschlossen und dabei entgegen gängigen Versteinerungsvorwürfen stets besonders darauf geachtet, „das, was noch Leben hat, von demjenigen (abzusehern), was schon abgestorben ist, und nur noch der Geschichte angehört“ (*v. Savigny*). Auf diese Weise ist ein Gesamtentwurf entstanden, der nicht nur den inneren Zusammenhang der einzelnen Bereiche des kollektiven Arbeitsrechts in seltener Klarheit zum Ausdruck bringt, sondern vor allem auch den inneren Zusammenhang des gesamten Rechtsgebiets mit der allgemeinen Privatrechtsordnung. Dass ein solcher Entwurf aus heutiger Sicht geradezu als Gegenmodell zu einer immer stärker öffentlichrechtlich geprägten Perspektive auf das kollektive Arbeitsrecht erscheinen muss, liegt auf der Hand. Umso bedauerlicher ist es, dass das von *Eduard Picker* in zahlreichen Einzelabhandlungen entwickelte Modell nicht auch in Form einer größeren Gesamtdarstellung, namentlich etwa einem Lehrbuch im ursprünglichen Sinne, vorliegt. Denn die heute dominierende öffentlichrechtlich orientierte Sicht auf das kollektive Arbeitsrecht weist bekanntlich nicht nur erhebliche innere Sollbruchstellen auf, wenn sie zugleich stets die Zugehörigkeit des Arbeitsrechts zum Privatrecht betont. Sie ist auch in ihrer Leistungsfähigkeit erheblich beschränkt, weil an die Stelle stringenter Ableitungsmöglichkeiten zumeist sehr früh relativ offene Abwägungserfordernisse treten und so mit der Rechtssicherheit immer auch die Freiheitssphären der Einzelnen leiden.

Mit dem hier vorgelegten Band soll dem Mangel einer Gesamtdarstellung der *Pickers*'schen Lehre vom kollektiven Arbeitsrecht wenigstens ein Stück weit abgeholfen werden. Anlässlich seines 80. Geburtstags versammeln wir an einem Ort Publikationen, die man aus unserer Sicht als Schlüsseltexte zur Erkundung von *Eduard Pickers* System des kollektiven Arbeitsrechts begreifen kann. Diese Texte finden sich nach dem äußeren System eines Lehrbuchs sortiert, um gerade auch dem an bestimmten einzelnen Sachmaterien interessierten Leser den Zugang zum inneren System des kollektiven Arbeitsrechts im Sinne *Eduard Pickers* zu erleichtern. Dass die Auswahl der Texte eines solchen Bandes immer auch anfechtbar sein wird, steht den Herausgebern klar vor Augen. Über die

Nachweise und das beigelegte Schriftenverzeichnis werden aber auch die weiteren einschlägigen Publikationen leicht auffindbar. Die ausgewählten Texte wurden so weit wie möglich ungekürzt übernommen. Wo das angezeigt und vertretbar erschien, finden sich aber auch nur Auszüge aus größeren Veröffentlichungen. Das Ansinnen, die ursprüngliche Integrität der Texte so weit wie möglich zu wahren, bringt es mit sich, dass anders als in einer grundständigen Gesamtdarstellung verbleibende Redundanzen nicht zu vermeiden sind. Insbesondere die im Grundlagenteil behandelten Fragen werden in den späteren Teilen zu den einzelnen Sachmaterien bisweilen noch einmal mit fast gleicher Eindringungstiefe aufgenommen. Uns erscheint das allerdings kaum als ein Mangel der hier vorgenommenen Zusammenstellung. Denn gerade in der beispielgebenden intensiven Behandlung der Grundlagenfragen liegen die Stärke und die Überzeugungskraft von *Eduard Pickers* System des kollektiven Arbeitsrechts.

Ein Projekt wie das hier zum Abschluss gebrachte lässt sich nur mit Unterstützung Dritter und der Mitarbeit zahlreicher Köpfe realisieren. Unser Dank gilt zunächst der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e. V., dem Verband der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg e. V. sowie dem Unternehmensverband Südwest e. V., die jeweils einen Beitrag zu den Druckkosten übernommen haben. Er gilt ferner dem Verlag, der den Band in so schöner Form realisiert hat. Vor allem aber gilt er den Heidelberger und Berliner Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die sich um die Digitalisierung der Texte, die Einfügung der Originalpaginierungen, die Anpassung der Querverweise, die Korrekturarbeiten und noch vieles mehr in überaus engagierter und umsichtiger Weise gekümmert haben. Zu nennen ist allen voran *Paula Zschoche* als Koordinatorin. Nicht weniger danken wir aber auch *Judith Hantel* sowie *Birthe Blüthgen*, *Victoria Goll*, *Friederike Jahns*, *Tim Robers*, *Miriam Schmidt*, *Anabel Bussmann*, *Samantha Hiltmann*, *Jennifer Purper*, *Natalie Stoffers* und *Teresa Tomas*.

Thomas Lobinger
Felix Hartmann
Reinhard Richardi

Hinweise zur Benutzung dieses Buches

Die Herausgeber haben für diesen Band Originaltexte *Eduard Pickers* in teils gekürzter Form unter systematischen Gesichtspunkten zu einem neuen Ganzen gefügt. Jeweils zu Beginn des übernommenen Textes wird mit einer Sternchenfußnote die Fundstelle der verwendeten Veröffentlichung nachgewiesen. Die Paginierungen der ursprünglichen Publikationen sind in eckigen Klammern angegeben. Gleiches gilt für Gliederungspunkte, soweit diese von den hiesigen abweichen. Abgesehen von wenigen behutsamen formalen Anpassungen entsprechen die Texte im Übrigen den Vorlagen. Insbesondere sind die originalen Fußnotennummerierungen beibehalten. Ergänzt wurden interne Verweise auf Texte, die in diesem Band enthalten sind. Verweise auf nicht abgedruckte Textteile wurden durch die Angabe externer Fundstellen ersetzt.

Als Zitierweise wird empfohlen: *Picker*, System des kollektiven Arbeitsrechts, 2021, S. [...] = [Originalquelle].

Verzeichnis der abgedruckten Originalbeiträge in der Reihenfolge ihrer Verwendung

Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, AcP 201 (2001), 763, 834–840 . . .	3
Die Tarifautonomie am Scheideweg von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Arbeitsleben – Zur Legitimation der Regelungsmacht der Koalitionen, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S.795, 803–809	9
Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung – Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts, Teil I, in: ZfA 2010, S.499, 527–535	15
Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens, Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto v. Gierkes, in: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 879, 880–894	23
Arbeitsrecht als Privatrecht – Zur Leitidee der frühen Arbeitsrechtsdogmatik bei Philipp Lotmar und Erwin Jacobi, in: Festschrift für Reinhard Richardi, München 2007, S. 141 ff.	38
Vom individualautonomen Kollektivvertrag zum kollektivautonomen Tarifvertrag – Privatautonomie und Korporatismus im frühen deutschen Kollektivarbeitsrecht – Zugleich ein Beitrag zu Hugo Sinzheimers arbeitsrechtlichen Lehren, in: Norm und Wirkung – Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern, München 2005, S.1065, 1066–1074, 1103–1144	74
Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie – Zum Legitimationsgrund der arbeitsrechtlichen Regelungsmächte, in: NZA 2002, S. 761 ff. (mit Auslassungen)	115
Die Tarifautonomie am Scheideweg von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Arbeitsleben – Zur Legitimation der Regelungsmacht der Koalitionen, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S.795, 795–803, 809–827	137

X *Verzeichnis der abgedruckten Originalbeiträge in der Reihenfolge ihrer Verwendung*

Privatautonomie und Kollektivautonomie – Arbeitsrecht als Freiheitsproblem, in: Recht und Freiheit – Symposium zu Ehren von Reinhard Richardi, München 2003, S. 25, 56–64	164
Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik – Höchstleistungszeitregeln als Prüfstein für das Verständnis von Koalitionsfunktion und Tarifautonomie, in: ZfA 1998, S. 573 ff.	173
Das Arbeitsrecht zwischen Marktgesetz und Marktansprüchen, in: ZfA 2005, S. 353, 379–383	313
Der Arbeitskampf in der Rechts- und Wirtschaftsordnung – Zu einer Dogmatik des Arbeitskampfrechts, in: ZfA 2011, S. 443 ff. (Teil III A, B); ZfA 2011, S. 557 ff. (Teil III C)	321
Auswirkungen des Arbeitskampfes auf Drittunternehmen, in: Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 1990, S. 477 ff.	543
Tarifautonomie – Betriebsautonomie – Privatautonomie – Zum Legitimationsgrund der arbeitsrechtlichen Regelungsmächte, in: NZA 2002, S. 761, 769–770	563
Das Arbeitsrecht zwischen Marktgesetz und Marktansprüchen, in: ZfA 2005, S. 353, 383–385	567
Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung, in: RdA 2001, S. 257 ff. . . .	571

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Hinweise zur Benutzung dieses Buches	VII
Verzeichnis der abgedruckten Originalbeiträge in der Reihenfolge ihrer Verwendung	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
1. Teil: Grundlagen	1
1. Abschnitt: Die Methode der Rechtserkenntnis im kollektiven Arbeitsrecht	3
2. Abschnitt: Kollektives Arbeitsrecht als Privatrecht	23
<i>1. Unterabschnitt: [A.] Der individualistisch-freiheitliche Ursprung der Tarifvertragsidee</i>	<i>23</i>
<i>2. Unterabschnitt: Arbeitsrecht als Privatrecht</i>	<i>38</i>
<i>3. Unterabschnitt: Korporatistische Gegenmodelle</i>	<i>74</i>
3. Abschnitt: Tarifautonomie, Betriebsautonomie und Privatautonomie	115
2. Teil: Der Tarifvertrag	135
1. Abschnitt: Zur Legitimation der Regelungsmacht der Koalitionen	137
2. Abschnitt: Die Reichweite der Tarifmacht (am Beispiel tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik)	173
3. Abschnitt: Das Verhältnis von Tarifautonomie und Privatautonomie (am Beispiel des Günstigkeitsprinzips)	313

3. Teil: Der Arbeitskampf	319
1. Abschnitt: Grundlagen und materielle Vorgaben	321
2. Abschnitt: Prozedurale Vorgaben und Rechtmäßigkeitsformel	443
3. Abschnitt: Das Arbeitskampfisiko als Figur des kollektiven Arbeitsrechts	543
4. Teil: Die Betriebsverfassung	561
1. Abschnitt: Betriebsautonomie als Fremdbestimmung kraft staatlicher Delegation	563
2. Abschnitt: Zur Reichweite legitimer betriebsautonomer Gestaltung	567
3. Abschnitt: Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung	571
Verzeichnis der arbeitsrechtlichen Schriften <i>Eduard Pickers</i>	657
Stichwortverzeichnis	661

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Hinweise zur Benutzung dieses Buches	VII
Verzeichnis der abgedruckten Originalbeiträge in der Reihenfolge ihrer Verwendung	IX
Inhaltsübersicht	XI
1. Teil: Grundlagen	1
1. Abschnitt: Die Methode der Rechtserkenntnis im kollektiven Arbeitsrecht	3
I. [II.] Die Sinnhaftigkeit einer Erfassung der Gegenwart aus der Vergangenheit	3
1. Die Verbreiterung von Aufklärungsstand und Entscheidungsbasis	3
a) Die Entwicklungsgeschichte als kognitives Pendant der Wirkungsgeschichte	3
b) Der Gewinn eines empirisch gesicherten Induktionsfundaments	3
c) Die Bedeutung der philosophischen Hermeneutik für die Jurisprudenz	5
2. Exemplarische konkrete Demonstration	6
3. Die reale Durchführbarkeit der Verbindung von Rechtsdogmatik und Rechtshistorik	8
II. [III.] Zur Bedeutung der Rechtsgeschichte im Kollektivarbeitsrecht	9
1. Neuere Kritik an einer geschichtlich orientierten Gegenwartsdogmatik	9
2. Die These von der geschichtsüberwindenden Bedeutung der normativen Tarifvertragswirkung	10
3. Die Unverzichtbarkeit der Rechtsgeschichte	15
III. Die Unzulänglichkeit einer geschichtslosen verfassungsunmittelbaren Rechtsfindung	15
1. Die Monopolisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum alleinigen Prüfungsmaßstab als Eröffnung einer freien Kampfmittel- und -formenwahl	15

2. [3.] Die Rechtfertigungen der neuen Arbeitskampfformen als Bestätigung des Verzichts auf eine funktionsbezogene Prüfung	17
2. Abschnitt: Kollektives Arbeitsrecht als Privatrecht	23
1. Unterabschnitt: [A.] <i>Der individualistisch-freiheitliche Ursprung der Tarifvertragsidee</i>	23
I. Der Umbruch von der ständischen Bindung zum freien Arbeitsvertrag als Beginn der modernen Arbeitsverfassung	23
II. Der aufkommende Tarifvertrag als Garant des freien Arbeitsvertrags	26
1. Der Widerspruch zwischen Idee und Wirklichkeit des freien Vertrags	26
2. Die Alternative zwischen machtmäßig-klassenkämpferischer und marktmäßig-rechtsgeschäftlicher Lösung des epochalen Konflikts	27
3. Der Durchbruch des Tarifvertragswesens als Resultat eines auf Selbstbestimmung gerichteten Freiheitsstrebens	32
2. Unterabschnitt: <i>Arbeitsrecht als Privatrecht</i>	38
A. Das Arbeitsrecht als Rechtssparte zwischen öffentlichem Recht, „Gemeinschaftsrecht“ und Privatrecht	38
I. Die konzeptionelle Folgerichtigkeit und die tatsächliche Unfertigkeit der Einordnung des Arbeitsrechts in das Privatrecht	38
II. Wesentliche Gründe der Unfertigkeit der Integration des Arbeitsrechts in das Privatrecht	41
1. Das rechtsethische Problem der Imparität des Arbeitnehmers	41
2. Das rechtsdogmatische Problem der unmittelbaren und zwingenden Wirkung der Tarifvertragsregeln	43
III. Die Unfertigkeit der Integration des Arbeitsrechts in das Privatrecht als disziplinspezifischer Atavismus	44
B. Die frühe privatrechtliche Erfassung des Arbeitsrechts durch Lotmar	46
I. Der Vertrag als Bezugspunkt der Arbeitsrechtskonzeption Lotmars	46
II. Das materiale Vertragsverständnis der Lehre	47
III. Die Autonomie der Parteien als Schutzziel	48
C. Die Fortführung der privatrechtlichen Arbeitsrechtskonzeption durch Erwin Jacobi	50
I. Die privatrechtskonforme Erfassung des Sozialkonflikts als Grundpostulat Jacobis	50
II. Die prinzipiell privatrechtliche Einordnung des Arbeitsrechts und seiner Figuren als theoretisches Fundament der material-vertraglichen Lösung	52

1.	Die prinzipielle Lozierung des Arbeitsrechts im Privatrecht als Abwehr aller publizistischen Deutungen der neuen Rechtsmaterie	52
2.	Die Verhinderung einer quasi-hoheitlichen Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Verbände als Ziel der scharfen Abgrenzung des Arbeitsrechts vom öffentlichen Recht bei Jacobi	54
3.	Die Sicherung der privatautonomen Interessenverfolgung durch die Sozialparteien als Endzweck der Kategorisierungsbemühungen Jacobis	58
a)	Das Verständnis der Arbeitsbedingungen als genuine Privatrechtsmaterie	58
b)	Die Korrespondenz der Respektierung staatlicher Zuständigkeiten und der Sicherung arbeitsrechtlicher Privatautonomie in der Lehre Jacobis	61
c)	Die sozial- und ordnungspolitische Grundüberzeugung von der privatautonomiebegründeten Regelungszuständigkeit der Sozialparteien als vorjuristische Basis der Lehre Jacobis.	62
III.	Die Sicherung von Anerkennung und Funktionsfähigkeit der marktmäßig-vertraglichen Rechtsgestaltung als praktisches Grundanliegen Jacobis	64
1.	Die Angelegtheit der Gesamtkonzeption auf die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Vertrags als Mittels auch der arbeitsrechtlichen Rechtsgestaltung	64
2.	Die praktische Durchführung der materialen Vertragskonzeption bei der Deutung der Verbände und ihrer rechtsgestaltenden Akte	67
3.	Die historische und gegenwartsrelevante Bedeutung der Lehre Jacobis als Perfektionierung des material vertraglichen Lösungskonzepts	70
D.	Zusammenfassende Würdigung	73
3.	<i>Unterabschnitt: Korporatistische Gegenmodelle</i>	74
I.	Die Tarifautonomie der Verbände als Lehrstück für das Freiheitsproblem des Privatrechts	74
1.	Die Verwirklichung der Privatautonomie als Zweck des Privatrechts	74
2.	Die Bedrohung der Privatautonomie durch Staat und Verbände	75
3.	Die spezifische Bedrohung der Privatautonomie durch die Deutung der Tarifautonomie als „Kollektivautonomie“ der Verbände	79

II. Die Reaktion einer „pragmatischen“ Verdrängung der Individualautonomie zugunsten der „Kollektivautonomie“ als Legitimationsgrund des Tarifvertrags	80
III. Die theoretische Fundierung und Ideologisierung der Abkehr von der Individualautonomie zugunsten der Autonomie der Verbände	83
1. Die Kollektivautonomie als postulatives Artefakt ihrer frühen Verfechter	83
2. Gierke als Repräsentant der beginnenden Umorientierung zum Kollektivismus	86
3. Sinzheimer als Vollender der Umorientierung zum Kollektivismus	89
a) Die Proklamation des Vorrangs des „Gruppenwillens“	89
b) Die Ersetzung der Selbstbestimmung durch das „Demokratieprinzip“	91
c) Die Perfektionierung der Entindividuation im menschlichen Status des „Gesamtwesens“	93
aa) Die zukunftsweisende Trennung von willensbezogenem Zivil- und „zustands“-bezogenem Arbeitsrecht	93
bb) Die historische und gegenwartsrelevante Unrichtigkeit der Prämissen der Rechtsspartentrennung	94
(1) Sinzheimers Einfluß auf das heutige Arbeitsrecht	94
(2) Die angebliche Verschiedenheit der „Anschauung des Menschen“ im Zivil- und Arbeitsrecht	95
(3) Die angebliche Verschiedenheit der „Wirklichkeit des Menschen“ im Zivil- und Arbeitsrecht	96
cc) Die Vorstellung von der Gesetzmäßigkeit der Entindividuation als entscheidender Schlüssel zu Sinzheimers Lehre	99
IV. Folgen und Folgerungen	101
1. Die zeitgenössische Rezeption des korporatistisch-kollektivistischen Denkens	101
2. Das gegenwärtige Fortwirken des „Gedankens des autonomen Kollektivismus“ und die beginnende Rückbesinnung	103
a) Ereignisgeschichte und Wirkungsgeschichte	103
b) Die Gegenwartswirkung der Erbschaft des „autonomen Kollektivismus“	104
c) Die beginnende Neu- und Rückbesinnung	107
3. Die Lehren aus dem geschichtlichen Lehrstück	109
a) Die Entwicklung als Widerlegung der korporatistischen Lösungsmodelle	109

b)	Die Beseitigung der Existenzbedrohung von Gewerkschaften und Arbeitnehmern als Zwang zur Rückgewähr der Individualfreiheit	110
c)	Die konsequente Entfaltung der freiheitlichen Grundidee der geltenden Arbeitsverfassung als Zukunftsgebot	112
3.	Abschnitt: Tarifautonomie, Betriebsautonomie und Privatautonomie	115
I.	Das Problem des Nebeneinanders dreier Autonomien	115
1.	Ein deutsches Übermaß an arbeitsrechtlichen Regelungsmächten?	115
2.	Die Fragwürdigkeit einer Trias von originären Autonomien	115
a)	Präzisierung der problembegründenden Autonomien	115
b)	Die Systemwidrigkeit „intermediärer“ Autonomien zwischen Individuum und Staat	117
c)	Die Systemgemäßheit einer originären Regelungsmacht allein von Individuum und Staat	119
3.	Die Verfassungs- und Systemgemäßheit einer Dualität von originären Autonomien	119
II.	Das Fortwirken des Gedankens einer originären Autonomie der Verbände	120
1.	Die Rezeption des Gedankens in das gegenwärtige Arbeitsrecht	120
2.	Die Neubelebung des Gedankens der Kollektivautonomie in der modernen Lehre vom eigenen Grundrecht der Koalitionen	122
3.	Exemplarische Verkürzungen der Regelungsmacht von Staat und Individuum als Folgen des kollektivautonomistischen Denkens	125
a)	Das kollektivautonomistische Denken als Motor für juristische Taten	125
b)	Der Streit um gesetzliche „Lohnabstandsklauseln“ als Beispiel für die Infragestellung der Regelungskompetenzen des Staates	125
c)	Der Streit um das „Günstigkeitsprinzip“ als Beispiel für die Bedrohung der Selbstbestimmung des Individuums	129
III.	Legitimation und Ordnungsfunktion von Tarif- und Betriebsautonomie in einer auf Individualfreiheit gegründeten Ordnung	129
1.	Die Privatautonomie als alleinige originäre Autonomie neben der Regelungsmacht des Staates	129
2.	Die Tarifautonomie als Selbstbestimmung kraft privatautonomen Mandats	130
a)	Grundsatz	130
b)	Folgerungen für die sachliche Reichweite der Tarifautonomie	131

c) Folgerungen für die personelle Reichweite der Tarifautonomie	132
3. Die Betriebsautonomie als Fremdbestimmung kraft staatlicher Delegation	132
IV. Schluss	133
 2. Teil: Der Tarifvertrag	 135
1. Abschnitt: Zur Legitimation der Regelungsmacht der Koalitionen	 137
A. Grunddaten und Grundsätze einer systemkonformen Deutung der Tarifautonomie	 137
I. Die gegenwärtige Entwicklung der Koalitionen zu intermediären Gewalten zwischen Individuum und Staat	 137
1. Die Diskrepanz zwischen Praxis und Theorie der Tarifautonomie	 137
2. Die herrschende Vorstellung von der Konkurrenzstellung der Koalitionen zu Individuum und Staat	 138
3. Die rechtliche Relevanz der herrschenden Sicht	141
II. Geschichte und rechtliche Regelung der Tarifautonomie als Basis ihrer legitimationstheoretischen Deutung	 143
B. Die sach- und wertlogische Bezogenheit der Tarifautonomie auf die Privatautonomie	 146
I. Die Unhaltbarkeit einer originären Kollektivautonomie zwischen Staat und Individuum	 146
II. Die Unhaltbarkeit einer vom Staat an die Koalitionen delegierten Autonomie	 149
1. Die Thesen von der „öffentlichen Aufgabe“ der Koalitionen	149
2. Die geschichtliche Widerlegung einer staatlichen Autonomiedelegation an die Koalitionen	 151
3. Die rechtliche Widerlegung einer staatlichen Autonomiedelegation an die Koalitionen	 152
a) Die „Staatsfreiheit“ der Koalitionsbetätigung als Widerlegung einer staatlich delegierten Autonomie	 152
b) Die Verfehltheit der Annahme eigener Grundrechtspositionen und besonderer Gemeinwohlbindung der Koalitionen als vermeintliche Belege ihres „öffentlichen“ Status	 154
c) Zusammenfassung	157
III. Die Bestätigung der mandatarischen Natur der Tarifautonomie als Bündelung der Privatautonomien	 158

C. Die legitimatorische Identität der Regelungskompetenzen von Tarifparteien und Individuum als Schlüssel zur systemhomogenen Erfassung der Tarifautonomie	160
I. Die Tarifmacht als durch die Mitglieder autorisierte Handlungsmacht für Dritte	160
II. Die Bindung des Mitgliedes an die durch Beitritt erteilte Ermächtigung	162
III. [a)] Die Begründbarkeit der Bindungswirkung aus der Figur einer zeitlich und sachlich begrenzten unwiderruflichen verdrängenden Ermächtigung	164
1. [aa)] Die Willens- und Interessegemäßheit einer verdrängenden Autorisation der Verbände	164
2. [bb)] Die Verpflichtungsermächtigung als dogmatisch angemessenstes Autorisationsinstitut	169
 2. Abschnitt: Die Reichweite der Tarifmacht (am Beispiel tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik)	 173
A. Die Tendenz zu tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik	173
I. Die wachsende Popularität des Postulats einer tarifvertraglichen Arbeitsmarktpolitik	173
1. Die Arbeitslosigkeit als Innovationsstimulans	173
2. Das Postulat tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik als exemplarischer Ausdruck des Innovationsdrangs	174
3. Ziele und Motivationen der Forderung nach tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik	175
a) Die konkrete sachliche und rechtliche Problematik	175
b) Die vorherrschende Bereitschaft zur Anerkennung tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik	178
aa) Die Selbstverständlichkeit der Anerkennung als Charakteristikum der vorherrschenden Tendenzen	178
bb) Die Substitution gesundheitspolitischer Zwecke als kautelaristischer Legitimierungsversuch	179
cc) Die Anheimgabe des Arbeitswesens an die Verbände als vorherrschende Haltung	182
c) Die treibenden Motivationen als Verbindung von sozial- und verbandspolitischen Zwecken	183
aa) Die Suggestivkraft des Postulats koalitiver Arbeitsmarktpolitik	183
bb) Die bestimmenden sozialpolitischen Motive und ihre Korrespondenz mit der Vorstellung von der „öffentlichen“ Funktion der Verbände	184

(1) Die Attraktivität der Aufgabenverlagerung auf eine unterstaatliche Stelle	184
(2) Die Vorstellung von der staatsvertretenden Funktion der Verbände	184
(3) Die sozialpolitische Motivation als Ausdruck des Fortlebens eines korporatistisch-kollektivistischen Arbeitsrechtsdenkens	188
cc) Die mitbestimmenden verbandspolitischen Zwecke	189
II. Darstellung und Kritik exemplarischer Rechtfertigungen einer tarifvertraglichen Arbeitsmarktpolitik	191
1. Die These von der koalitiven Befugnis zur Wahrnehmung neuer Sachmaterien	191
a) Die These als Fundament der Kompetenzforderungen	191
b) Die grundsätzliche Fragwürdigkeit der Lehre	195
aa) Die entwicklungsgeschichtliche Unhaltbarkeit	195
bb) Die grundsätzlichen Widersprüche zum geltenden Recht	198
(1) Die verfassungsrechtliche Begrenzung der Tarifmacht auf die Organisierten	198
(2) Die korrespondierende Grundentscheidung des TVG	199
(3) Die Unschlüssigkeit der Gegenargumente	206
cc) Der gegenwartsrechtliche Ausschluß einer Zwangskorporierung als Ergebnis	208
c) Die Lehre als Beleg des Veränderungswillens	210
2. Die Berufung auf die „Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ als genuine koalitive Gestaltungsbereiche	211
a) Die Weite des Begriffs als Vehikel freier Rechtskonstruktion	211
b) Die Anerkennung kompetenzieller Selbstbestimmungsrechte der Koalitionen	211
c) Die Problemlösung aus einer neo-korporatistisch gestimmten Systemsicht	213
3. Die Lehre von der Selbstbindung der Verbandsmitglieder	214
a) Die Zurückstellung der Individual- gegenüber den Kollektivinteressen aus dem Gesichtspunkt der „Selbstbindung“ der Organisierten	214
b) Die Unvereinbarkeit verbandsautokratischer Zielbestimmung mit dem Assoziationscharakter der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände	216
aa) Die Präformiertheit der Problemsicht	216

bb)	Die Systemwidrigkeit und Inkonsistenz der Grundgedanken der Lehre	217
(1)	Die Realitätswidrigkeit der Grundannahmen	217
(2)	Der Widerspruch zum geltenden Recht	218
(3)	Die Inkonsistenz einer auf Selbstbindung gegründeten Unterwerfung unter heteronome Interessendefinitionen	220
cc)	Die Unüberwindbarkeit des Interessenantagonismus zwischen Mitglied und Verband als Ergebnis	223
c)	Das Axiom der grundsätzlichen Allzuständigkeit der Koalitionen als Rechtfertigung der Inpflichtnahme auch der Verbandsmitglieder	224
III.	Das Postulat tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik als Ausdruck einer norm- und systemüberschreitenden Umbruchsbereitschaft	225
1.	Der ambivalente Effekt von Umbruchzeiten	225
2.	Das Programm koalitiver Arbeitsmarktpolitik als Beleg der drohenden Gefahren	226
3.	Die Erfolgshoffnung als Bedenkenverdrängung	228
B.	Die Gegenbewegung zur Forderung tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik	229
I.	Frühe Ablehnungen eines individualvereinbarungsfeindlichen Tarifzwangs	229
1.	Exemplarische Kritiken aus den Anfangszeiten von Arbeiterbewegung und Tarifvertragswesen	229
2.	Sinzheimers Kompromiß zwischen Schutzzwang und Wahlfreiheit des Arbeitnehmers	232
3.	Nipperdeys Versuch einer Sicherung individualrechtlicher Wahlfreiheiten des Arbeitnehmers	234
II.	Der gegenwärtige Stand der Ablehnung tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik	238
1.	Die gegenwärtigen Stimmen gegen eine tarifvertragliche Höchstfestsetzung der Arbeitszeit	238
a)	Die Anfänge einer Umorientierung	238
b)	Der Vorstoß Zöllners	240
c)	Übereinstimmende weitere heutige Lehren	241
2.	Die zunehmende Verlagerung der Gegenargumentation auf publizistisch-verfassungsrechtliche Argumente	242
a)	Die Abkehr vom privatrechtlichen Verständnis der Problematik	242

b)	Die Angelegenheit der verfassungsrechtlichen Deutung der Problematik auch bei der Gegenbewegung	243
aa)	Die übereinstimmende publizistische Prädisposition	243
bb)	Die verfassungsrechtliche Ausrichtung auch der Bestimmung der Grenzen der Tarifmacht als Konsequenz der Grundanschauung	245
c)	Die Tendenz zur publizistischen Sicht der Probleme als Erbschaft aus der Entwicklungsgeschichte	246
3.	Die Gemeinsamkeit des Koalitionsverständnisses als die Befürworter und Gegner verbindende gemeinsame Plattform der Argumente	247
III.	Die mangelnde Tragfähigkeit der verfassungsrechtlich ausgerichteten Ablehnung tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik	248
1.	Die Bedenken gegen den Ausgangspunkt	248
2.	Die mangelnde Tragfähigkeit des Einwands einer Verschiebung der Gewaltenteilung	249
3.	Die Unzulänglichkeit des Einwands mangelnder demokratischer Legitimation	251
4.	Die Inkonsistenz des Einwands einer Verletzung des Berufsfreiheitsgrundrechts	252
C.	Die Sach- und Systemwidrigkeit arbeitsmarktpolitischer Regelungskompetenzen der Tarifvertragspartner	256
I.	Die Kritik des heutigen Meinungsstands als Ausgangspunkt einer systemkonformen Beurteilung koalitiver Arbeitsmarktpolitik	256
II.	Die praktische Dysfunktionalität koalitiver Beschäftigungspolitik als Indiz ihrer Systemwidrigkeit	258
1.	Die sachlichen Hindernisse koalitiver Arbeitsmarktpolitik als Indikatoren	258
2.	Die strukturelle und funktionelle Ungeeignetheit der Koalitionen zu „politischer“ Arbeitsmarktregulierung . . .	258
a)	Die zweck- und mittelbedingten Gestaltungsgrenzen	258
b)	Die eigeninteressenbedingten Gestaltungsgrenzen . . .	259
c)	Die mangelnde Eignung der koalitionsspezifischen Regelungsmittel für arbeitsmarktpolitische Regelungen	259
aa)	Die Ungeeignetheit von Verhandlung und Vertrag als Mittel der Marktpolitik	259
bb)	Die Ungeeignetheit des Arbeitskampfes als Mittel der Arbeitsmarktpolitik	260
cc)	Die anlagebedingte Ungeeignetheit der koalitiven Regelungsmittel	261
3.	Die begrenzte Aufgabenstellung als institutioneller Grund der Dysfunktionalität koalitiver Beschäftigungspolitik . . .	262

III. Die Rechts- und Systemwidrigkeit tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik	263
1. Die Notwendigkeit der Ausrichtung der Lösungssuche am Schutzgut der Tarifautonomie	263
a) Die sachlichen Ungereimtheiten als Symptome rechtlicher Widersprüche	263
b) Die begriffliche und teleologische Unschärfe des Gesetzes als Hindernis rein grammatischer Auslegung	264
aa) Die mangelnde Klärung des Normsetzungsrahmens durch Art. 9 Abs. 3 GG und § 1 Abs. 1 TVG	264
bb) Die Konsequenzen für die Auslegungsmethoden	266
cc) Die Vertauschung der zu regelnden Interessen als Beleg der Notwendigkeit einer schutzgutsbezogenen Gesetzesauslegung	267
c) Das Schutzgut der Tarifautonomie als verbindlicher Leitgesichtspunkt der Lösungssuche	268
2. Die Privatautonomie als das durch koalitive Arbeitsmarktpolitik bedrohte Schutzgut der Tarifautonomie	269
a) Die Sicherung der Privatautonomie als Grund und Grenze tarifautonomer Regelungsmacht	269
aa) Die Entwicklungsgeschichte des Tarifvertrags als vorrangiges Auslegungsmittel für Grund und Grenzen der Tarifmacht	269
bb) Die Unnötigkeit einer „Modernisierung“ des geltenden Rechts	270
cc) Die geschichtliche und gegenwartsrechtliche Ausrichtung der Tarifautonomie auf die Privatautonomie	271
(1) Die individualfreiheitsbezogene Ursprungsidee des Tarifvertragswesens	271
(2) Die individualfreiheitsbezogene Schutzfunktion des Tarifvertrags	273
(3) Die Folge der Begrenzung der Tarifmacht durch die privatautonome Ermächtigung seitens der Organisierten	276
b) Die Überschreitung des privatautonom erteilten Mandats zur Interessenvertretung bei Maßnahmen tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik	277
aa) Die sachlichen Unstimmigkeiten als Ausdruck privatrechtlicher Kompetenzüberschreitung	277
bb) Die tarifvertragliche Beschäftigungspolitik als Handeln gegen das Mitgliederinteresse	279

cc)	Die Verkehrung der Privatautonomie in eine „objektive Vernunft“ als Abkehr vom tarifvertraglichen Schutzzweck	280
c)	Die Verfehltheit der Rechtfertigung tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik aus dem Gesichtspunkt ihrer „demokratischen“ Deckung	282
aa)	Die moderne Tendenz zur Auswechslung der privatautonomen durch eine „demokratische“ Autorisation verbandlichen Handelns	282
bb)	Die mangelnde Legitimierbarkeit marktpolitischer Regelungen durch verbindliche Mehrheitsbeschlüsse	283
(1)	Die sachliche und rechtliche Unzulänglichkeit „demokratischer“ Legitimierungsversuche . . .	283
(2)	Die Konsequenz unlegitimierter freier sozialer Normsetzung	285
(3)	Die Majorisierung der Mehrheit durch die Minderheit	285
cc)	Das Scheitern „demokratischer“ Legitimierungsversuche als Ergebnis	286
3.	Die fehlende legitimatorische Deckung als entscheidender Einwand gegen tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik	286
a)	Die Vereinbarung arbeitsmarktbezogener Normen als Handeln ohne Rechtsmacht	286
b)	Die Unmöglichkeit verbandsdemokratischer Ermächtigung zu wirksamer Arbeitsmarktpolitik . . .	288
c)	Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit arbeitsmarktbezogener Tarifvertragsnormen	290
aa)	Die Unwirksamkeit als privatrechtliche Konsequenz der fehlenden Autorisation	290
bb)	Der Ausschluß der Gefahr einer Tarifzensur	292
cc)	Die Unvereinbarkeit von Höchstarbeitszeitgrenzen in anderen kollektivrechtlichen Regelungsformen .	294
(1)	Der Ausschluß von Betriebsvereinbarungen . .	294
(2)	Der Ausschluß von Regelungen im obligatorischen Teil des Tarifvertrags	296
(3)	Der Ausschluß einseitiger Höchstnormenbeschlüsse von Koalitionen . . .	298
D.	Zusammenfassende Betrachtung	299
I.	Die Verfehltheit der primär verfassungsrechtlichen Deutung der Problematik durch Befürworter und Gegner tarifvertraglicher Arbeitsmarktpolitik	299

II. Tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik als Handeln ohne Ermächtigung durch die Betroffenen	300
1. Die privatrechtliche Natur der Problematik	300
2. Die fehlende Autorisation der Koalitionen zu marktpolitischem Handeln	301
a) Die Frage der Handlungsmacht für die Betroffenen als der problemscheidende Gesichtspunkt	301
b) Das Fehlen einer Handlungsermächtigung für die Verbandsmitglieder und Außenseiter	302
aa) Die fehlende Handlungsermächtigung gegenüber den Nichtorganisierten	302
bb) Die fehlende Handlungsermächtigung gegenüber den Organisierten	303
cc) Die legitimatorische Übereinstimmung von Tarif- und Privatautonomie als gemeinsamer Grund der mangelnden Handlungsmacht gegenüber Organisierten und Nichtorganisierten	303
c) Die derzeitige hilfs- und ansatzweise Erfassung des legitimatorischen Mangels durch verfassungs- und kollektivarbeitsrechtliche Institute	304
aa) Die Verfehlung des zentralen Einwands gegen koalitive Marktpolitik	304
bb) Die Unzulänglichkeit der derzeitigen Hauptargumente	305
(1) Die Zweifelhaftigkeit der Berufung auf Gewaltenteilung und Berufs- wie Berufsausübungsfreiheit	305
(2) Die Unzulänglichkeit der Berufung auf die negative Koalitionsfreiheit	305
(3) Die Unzulänglichkeit der Berufung auf das Günstigkeitsprinzip	306
cc) Die unvollkommene Rekonstruktion des privatrechtlichen Freiheitsschutzes	306
3. Die Folge der Unwirksamkeit arbeitsmarktpolitischer Tarifvertragsnormen	307
a) Die Ungültigkeit marktpolitisch begründeter tarifvertraglicher Höchstarbeitszeitnormen	307
b) Der Ausschluß von tarifnormersetzenden Betriebsvereinbarungen und Verpflichtungen der Tarifvertragspartner	308
c) Die Wahrung von Einflußnahme und „Kreativität“ der Koalitionen	308

III. Die praktische Undurchführbarkeit koalitiver Arbeitsmarktpolitik	309
1. Die Korrespondenz von rechtlicher Unzuständigkeit und praktischem Unvermögen	309
2. Das mittel- und zweckbedingte Unvermögen der Koalitionen zu sinnvoller Marktpolitik	310
3. Die Anlagebedingtheit des Unvermögens	311
3. Abschnitt: Das Verhältnis von Tarifautonomie und Privatautonomie (am Beispiel des Günstigkeitsprinzips)	313
A. [a]) Der Streit über Inhalt und Funktion des Günstigkeitsprinzips	313
B. [b]) Der „Burda“-Fall als Beispiel für die Verdrängung der Individualautonomie durch die Koalitionen	314
C. [c]) Die Sicherung marktgerechter Gestaltungen durch das Günstigkeitsprinzip	315
3. Teil: Der Arbeitskampf	319
1. Abschnitt: Grundlagen und materielle Vorgaben	321
A. Ursprungsidee und Entwicklung der modernen Arbeitsverfassung als Ausgangspunkt für die Klärung der Kampfbefugnis	321
I. Die Rezeptionsgeschichte des Arbeitskampfes als Basis seiner gegenwartsrechtlichen Deutung	321
II. Die rivalisierenden Arbeitskampfkonzeptionen	322
III. Die gegenwartsbestimmende Entscheidung gegen die machtmäßig-klassenkämpferische und für die marktmäßig- rechtsgeschäftliche Lösung des Interessenkonflikts	325
B. Grundsätzliche Folgerungen für die Einordnung des Arbeitskampfes in die geltende Rechts- und Wirtschaftsordnung	328
I. Die Sicherung der marktmäßig-rechtsgeschäftlichen Lösung des Sozialkonflikts als rechtliche Begründung der Kampfbefugnis	328
II. Die Sicherung der marktmäßig-rechtsgeschäftlichen Lösung des Sozialkonflikts als rechtliche Begrenzung der Kampfbefugnis	330
1. Die funktionsbedingte Notwendigkeit der Begrenzung	330
2. Die privatrechtskonforme Methode der Begrenzung	331
a) Die privatrechtlichen Eingriffsrechte als Notrechte	331
b) Die generelle Übereinstimmung des Arbeitskampfes mit den sonstigen privatrechtlichen Eingriffsrechten	333

c)	Die spezielle Übereinstimmung des Arbeitskamps mit den privatrechtlichen Gestaltungsrechten	335
3.	Die mangelnde marktmäßig-rechtsgeschäftliche Erfassung der Kampfbefugnis als Ursache des heutigen Diskussionsstands	338
a)	Die mangelnde Einordnung der Kampfbefugnis in das Privatrecht	338
b)	Korporatistisches Denken als rechtspolitischer Grund der Ablehnungshaltung	340
c)	Die mangelnde Präzisierung der Gemeinsamkeiten der Eingriffsrechte als rechtsdogmatischer Grund der Ablehnungshaltung	343
III.	Grundregeln für den Arbeitskampf in der geltenden Ordnung	346
1.	Die Beschränkung der Kampfmittel auf die Zurückbehaltung der geschuldeten Leistung	346
a)	Die Beschränkung der Kampfmittel als Konsequenz der marktmäßig-rechtsgeschäftlichen Funktion des Arbeitskamps	346
b)	Die Unzulässigkeit anderer als leistungsbezogener Kampfmaßnahmen als funktionsbedingte Folge	348
c)	Die Unabhängigkeit der Kampfmittelbeschränkung von der Funktionsfähigkeit der Mittel	350
aa)	Die Unabhängigkeit der Kampfmittelbeschränkung von der Kampfparität	350
bb)	Die Unabhängigkeit der Kampfmittelbeschränkung von der „Verhältnismäßigkeit“ der Mittel	351
cc)	Die Unmöglichkeit der Kampfmittelbeschränkung durch die Gegendoktrinen	354
2.	Die Beschränkung der Kampfbefugnis auf die Verfolgung eigener Regelungsziele	356
3.	Die Beschränkung der Kampfbefugnis auf den Autonomiebereich der Arbeitsvertragsparteien	357
IV.	Der Ausschluss politischer Arbeitskämpfe als klassisches Demonstrationsobjekt für die Korrespondenz von Mittel- und Zielbegrenzung	360
V.	Die Unzulässigkeit von Arbeitskämpfen zur Standorterhaltung und zur Erzwingung von sozialplanspezifischen Leistungen als moderne Demonstrationsobjekte für die Korrespondenz von Mittel- und Zielbegrenzung	364
1.	Die Problematik als Frage der Regelungsmacht der Vertragsparteien	364

a)	Das arbeitskampftaktische Zusammenspiel und die kompetenzrechtliche Gemeinsamkeit von Standort- und „Sozialplanstreiks“	364
b)	Die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers und die Zuständigkeit zur Sozialgestaltung als gemeinsame Kompetenzproblematik	366
c)	Die Streikphänomene als Zwang zur Präzisierung der arbeitsvertraglichen Kompetenzbereiche und der Abgrenzung von Rechts- und Regelungsstreitigkeiten	367
aa)	Die Regelungsmacht der Arbeitsvertragsparteien als Begrenzung der erkämpfbaren Regelungsziele . . .	367
bb)	Die marktliche Zuständigkeit und die Regelungsmacht auf Seiten beider Parteien als Voraussetzung der Kampfbefugnis	368
(1)	Das Erfordernis der marktlichen Zuständigkeit der Parteien	368
(2)	Das Erfordernis der Regelungsmacht auf Seiten beider Parteien	369
(3)	Die Kampfrechtsbeschränkungen als Konsequenzen aus den allgemeinen Erfordernissen der Regelungskompetenz und der Unterscheidung zwischen Rechts- und Regelungsstreitigkeit . . .	370
cc)	Das Zurückbehaltungsrecht als Beleg für die Abhängigkeit der Kampfbefugnis von der Regelungsmacht der Arbeitsvertragsparteien	372
(1)	Die alleinige Verfügbarkeit des Zurückbehaltungsrechts zur Erzwingung „konnexer“ Leistungen	372
(2)	Die Nichtverfügbarkeit des Zurückbehaltungsrechts zur Verhinderung fremder Rechtsausübung	374
(3)	Grund und Grenzen des Zurückbehaltungsrechts als Bestätigung der Abhängigkeit der Kampfbefugnis von der Regelungsmacht der Arbeitsvertragsparteien	375
2.	Der Standortstreik als unzulässiger Arbeitskampf im Rahmen einer Rechtsstreitigkeit	379
a)	Der Meinungsstreit zu Standortstreiks	379
b)	Die Rechtswidrigkeit von Standortstreiks	382
aa)	Der Streit über Standortstreiks als Streit über die unternehmerische Freiheit	382

bb)	Die Standortentscheidung als Kern der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit	386
cc)	Die Anerkennung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit als Zuweisung eines Gestaltungsrechts	389
(1)	Die mangelnde Erfassung der Problematik des Standortstreiks als eines Rechtskonflikts	389
(2)	Das unternehmerische Entscheidungsrecht als der Kündigung komplementäres Gestaltungsrecht	390
(3)	Der Standortstreik als Zwangsausübung in einer Rechtsstreitigkeit	393
c)	Die Sachwidrigkeit von Standortstreiks	394
aa)	Die Veränderung der Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	394
bb)	Die Erzwingung der Unternehmensfortführung	396
cc)	Die Bestätigung der Maßgeblichkeit der Regelungsmacht der Vertragsparteien	398
d)	Exkurs: Der mangelnde Arbeitskampfcharakter der Ankündigung von Standortverlagerungen	400
aa)	Die Diskussion als Ausdruck des dogmatischen Stands des Arbeitskampfrechts	400
bb)	Die Notwendigkeit der Gleichbehandlung von Ankündigung und Durchführung der Standortentscheidung	402
(1)	Die arbeitskampfrechtliche Irrelevanz auch der Ankündigung der Standortverlagerung	402
(2)	Die Denaturierung von Kampfakt und Unternehmerentscheidung	404
(3)	Die Vertauschung von Rechts- und Regelungsstreitigkeit	406
cc)	Der Erst-recht-Schluss auf die Massenänderungs- und -beendigungskündigung	408
3.	Der „Sozialplanstreik“ als unzulässiger Arbeitskampf im Rahmen einer sozialen Verteilungsstreitigkeit	412
a)	Die Problematik und ihr Diskussionsstand	412
b)	Die Unzulänglichkeit der Argumentation mit der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit	416
aa)	Das doppelte Ziel der Sozialplanstreiks	416
bb)	Die Erwägbarkeit einer Problemlösung nach den Scheingeschäftsregeln	417
cc)	Die Maßgeblichkeit des erklärten Ziels einer sozialplanähnlichen Gestaltung	418

c)	Die Maßgeblichkeit der Verdrängung der Regelungskompetenz der Arbeitsvertragsparteien durch die der Betriebsparteien	419
aa)	Die mangelnde Ableitbarkeit der Alleinzuständigkeit des Betriebsrats aus den §§ 111 ff. BetrVG	419
bb)	Die verbreitete Anerkennung der Vorzugswürdigkeit einer Alleinzuständigkeit der Betriebsparteien	421
(1)	Das Zugeständnis einer unbefriedigenden Rechtslage	421
(2)	Die Untauglichkeit der Abhilfeversuche	422
(3)	Die Flucht in Appelle	425
c)	Die Begründbarkeit der Alleinzuständigkeit des Betriebsrats aus dem Gesamtrechtssystem	426
(1)	Das Zusammenspiel von Tarifautonomie und Betriebsautonomie als Schlüssel zur Lösung	426
(2)	Die unterschiedlichen personellen und sachlichen Regelungsbereiche von Tarif- und Betriebsautonomie	428
(3)	Formelle und materielle Sozialplanregelungen als nicht erkämpfbare betriebsautonome Sozialgestaltung	432
2. Abschnitt: Prozedurale Vorgaben und Rechtmäßigkeitsformel		443
A.	[C.] Grundsätzliche Folgerungen für die Durchführung des Arbeitskampfs in der geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung	443
I.	Die sachliche Notwendigkeit und die rechtliche Begründbarkeit prozeduraler Steuerungen des Arbeitskampfs	443
1.	Die verbreitete Anerkennung der sachlichen Notwendigkeit prozeduraler Steuerungen	443
2.	Das verbreitete Unvermögen zur rechtlichen Begründung prozeduraler Steuerungen	444
3.	Die Rechtfertigung prozeduraler Steuerungen aus der Deutung des Kampf- als Gestaltungsrechts	445
a)	Die generelle Ausübungsbeschränkung von Gestaltungsrechten als Ausgangspunkt	445
b)	Die Notwendigkeit analoger prozeduraler Steuerungen des Arbeitskampfs	445
c)	Die Nutzbarkeit der hergebrachten Mittel von Urabstimmung, Schlichtung und gewerkschaftlicher Arbeitskampfführung	446

II. Die Sicherung prozeduraler Steuerung durch die hergebrachten arbeitskampfrechtlichen Steuerungsmittel	448
1. Die sachliche Notwendigkeit und die rechtliche Begründbarkeit einer Pflicht zur Urabstimmung	448
a) Die Beachtlichkeit der Besonderheiten des Arbeitskampfs als Regelungsstreit und kollektivgebundene Rechtsausübung	448
b) Die Berücksichtigung der Besonderheiten des Kampfrechts durch die Urabstimmung	450
c) Die Urabstimmung als konkrete Umsetzung des allgemeinen Privatrechtsprinzips der größtmöglichen Beschränkung einseitiger Eingriffsrechte	452
2. Die sachliche Notwendigkeit und die rechtliche Begründbarkeit des Versuchs einer Schlichtung	456
3. Die sachliche Notwendigkeit und rechtliche Begründbarkeit der organisierten Führung des Streiks	460
a) Die Versachlichung der Diskussion über den nichtgewerkschaftlichen „wilden“ Streik	460
aa) Die grundsätzliche Bedeutung der Frage	460
bb) Der Meinungsstand	461
cc) Die Rückführung der Problematik auf die spezifischen Beschränkungserfordernisse der Gestaltungsrechte	463
b) Die Notwendigkeit einer inneren Organisation und übergeordneten Führung des Streiks	465
c) Die Erfüllung des Organisations- und Führungserfordernisses durch die Sicherung von Ziel und Grenzen der Kampfbefugnis	468
aa) Die Rechts- und Sachgemäßheit einer vermittelnden Lösung	468
bb) Der Ausschluss unorganisierter Streiks	469
cc) Die Entbehrlichkeit einer gewerkschaftlichen Führung des Streiks	470
(1) Die alleinige Maßgeblichkeit der für Gestaltungsrechte gültigen Ausübungsrestriktionen	470
(2) Die Notwendigkeit einer Interessenhomogenität der Vereinigung	472
(3) Die Unvereinbarkeit stabilitäts- und machtgarantierender Anforderungen mit dem Kampfrecht als Individualrecht	472

dd) Die Notwendigkeit einer (Re-)Individualisierung des Streikrechts als Ergebnis	481
III. Die privat- und gestaltungsrechtliche Erfassung des Kampfrechts als Garant seiner marktmäßig-rechtsgeschäftlichen Hilfsfunktion	485
1. Die Gewährleistung der Rang- und Reihenfolge von Verhandlung und Kampf	485
a) Die Umsetzung des privatrechtlichen Begrenzungsprinzips durch die arbeitskampfrechtliche ultima-ratio-Regel	485
aa) Die herrschende Anerkennung der Regel	485
bb) Die verfehlte Schutzzielbestimmung der Schadensvermeidung	486
cc) Die Sicherung des freien Verhandeln als Schutzzweck der ultima-ratio-Regel	491
b) Die Fixierung der Abfolge von Verhandlung und Kampf	495
aa) Die rechtstheoretische Rechtfertigung der Hintereinanderschaltung von Verhandlung und Kampf	495
bb) Die rechtspraktische Sicherung größtmöglicher Objektivität	496
cc) Die rechtsdogmatische Präzisierung der Funktion des Arbeitskampfs bei der Regelung der Vertragskonditionen	496
c) Der Ausschluss von „privilegierten“ Arbeitskämpfen .	499
aa) Die Vereinbarkeit der Hintereinanderschaltung von Verhandlung und Kampf mit der Privat- und Tarifautonomie	499
bb) Die Unvereinbarkeit der Privilegierung von „verhandlungsbegleitenden“ Arbeitskämpfen mit der generellen Begrenzung von Eingriffsbefugnissen im Privatrecht	500
(1) Die ausnahmslose Geltung der Beschränkung des Kampfrechts für jede Zurückbehaltung der eigenen Leistung	500
(2) Der Ausschluss der Privilegierung von „Warn“- Arbeitskämpfen	501
(3) Die Verkennung des Privilegierungsverbots durch die zweite und seine Anerkennung durch die vierte Warnstreikentscheidung des BAG	502
cc) Die Konsequenzen der prozeduralen Gleichbehandlung aller Arbeitskämpfe	505

(1) Die Notwendigkeit einer Urabstimmung und Schlichtung auch bei „Warn“-Arbeitskämpfen	505
(2) Die mangelnde Rechtsgemäßheit von heutigen „Warnstreik“-Theorien und -aktionen	507
(3) Der Ausschluss risikoloser Kampfaktionen	508
2. Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit von Arbeitskampffakten	509
a) Die herrschende Ausrichtung auf den öffentlichrechtlich konzipierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als zentralen Beurteilungsmaßstab	509
b) Die sachliche und rechtliche Verfehltheit des publizistischen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privat- und Arbeitskampfrecht	514
aa) Der Mangel eines schlüssigen Bezugspunkts	514
(1) Die mangelnde Subsumtionsgeeignetheit	514
(2) Die faktische Untauglichkeit des Prinzips	515
(3) Die rechtliche Verfehltheit des Prinzips	518
bb) Der gängige Rückzug auf den Extremfall als vergebliche Ausflucht	521
cc) Das Scheitern des Übermaßverbots am Beispiel der Quotenregelung zur Begrenzung der Abwehraussperrung	523
c) Die Wahrung der Verhältnismäßigkeit von Arbeitskampffakten durch die Erfassung der Kampfbefugnis als Gestaltungsrecht	527
aa) Die Zielverfehlung durch die herrschende Meinung	527
bb) Die Zielerreichung durch die gestaltungsrechtliche Deutung	529
cc) Die Gewährleistung von Rechtlichkeit und Rechtssicherheit im Arbeitskampfrecht	532
3. Die bruchlose Systemintegration des Arbeitskampfs als Ergebnis	533
a) Die Sicherung der grundsätzlichen Gleichstellung der Lohnarbeit mit sonstigen am Markt gehandelten Waren	533
b) Die Sicherung der Systemkonformität der Gestaltung des Kampfs	534
aa) Die Sicherung der Systemkonformität der Mittel des Kampfs	534
bb) Die Sicherung der Systemhomogenität der Ausübungsmodalitäten des Kampfs	535
cc) Die Sicherung der Systemhomogenität der Ziele des Kampfs	535

c)	Die Sicherung der rechtlichen und ordnungspolitischen Grundhomogenität im nationalen und europäischen Rechtsraum	538
B.	[D.] Formel für den der geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung entsprechenden Arbeitskampf	541
3.	Abschnitt: Das Arbeitskampfrisiko als Figur des kollektiven Arbeitsrechts	543
A.	Entwicklung und Stand der die Rechtspraxis bestimmenden höchstrichterlichen Judikatur zu Betriebs- und Arbeitskampfrisiko	543
I.	Ausgangsfall und Musterkonstellationen der Betriebs- und Arbeitskampfrisikolehre	543
II.	Die Abkehr des Reichsgerichts von den zivilrechtlichen Lösungsversuchen aufgrund von § 323 BGB oder § 615 BGB . .	544
III.	Die heutige richterrechtliche Lösung der Arbeitskampfproblematik	544
B.	Die Unstimmigkeiten der heute praktizierten Arbeitskampfrisikolehre und ihre Korrektur	546
I.	Die Kontroversen in der Literatur	546
II.	Versuche einer Modifizierung des zivilrechtlichen Leistungsstörungenrechts	549
III.	Die „Unzuständigkeit“ des zivilrechtlichen Leistungsstörungenrechts zur Lösung mittelbar arbeitskampfbedingter betrieblicher Störungen	551
C.	Die grundsätzlichen Konsequenzen einer kollektivrechtlich konzipierten Arbeitskampfrisikolehre	557
I.	Ausgangspunkt: Das Lohnverweigerungsrecht als Reaktion auf eine paritätsgefährdende Kampfbetreffenheit kampfunteteiligter Unternehmen	557
II.	Die Bedeutungslosigkeit des Geltungsbereichs des umkämpften Tarifvertrags	558
III.	Die kollektivrechtlich konzipierte Arbeitskampfrisikolehre und die Regelung von § 116 AFG	559
4.	Teil: Die Betriebsverfassung	561
1.	Abschnitt: Betriebsautonomie als Fremdbestimmung kraft staatlicher Delegation	563
A.	[a]) Die Begründung der Betriebsautonomie aus der staatlichen Regelungsmacht	563

B. [b)] Die Notwendigkeit einer enumerativen gesetzlichen Ermächtigung	564
C. [c)] Folgerungen für Inhalt und Reichweite der Betriebsautonomie	564
2. Abschnitt: Zur Reichweite legitimer betriebsautonomer Gestaltung	567
A. [a)] Der Streit um die Aufhebung des § 77 Abs. 3 BetrVG	567
B. [b)] Die Verdrängung der Privatautonomie durch eine zwangskorporatistische Ordnung	567
C. [c)] Systemgerechte Formen betriebsnaher Lohnpolitik	569
3. Abschnitt: Betriebsverfassung und Arbeitsverfassung	571
A. Grundregelungen und Grundfragen der BetrVG-Novelle 2001	571
I. Leit motive und -ziele des Gesetzesvorhabens	571
1. Die Änderung der Wirklichkeit als Anlass der Rechtsänderung	571
2. Der rechtstatsächliche Ausgangspunkt der Novelle	571
3. Die Zukunftsfähigkeit des Betriebsrats als Nahziel und die „Stärkung der Wirtschaft“ als Fernziel der Novelle	572
II. Exemplarische Neuregelungen	573
III. Die maßgeblichen Prüfungskriterien	576
1. Die axiomatische Rechtfertigung der Novelle und deren mangelnde Beachtung in der Kritik	576
a) Die Diskrepanz zwischen Problembedeutung und Prüfungsintensität	576
b) Die Notwendigkeit einer vertieften Prüfung	579
c) Die ungeprüften Prämissen der Novelle als Maßgabe ihrer Prüfung	580
2. Die empirischen Prüfungsvorgaben des Marktes	582
3. Die drei entscheidenden Fragestellungen	584
B. Exemplarische Prüfung der geplanten Novelle anhand der zentralen rechtlichen und ordnungspolitischen Fragen	584
I. Die Frage der Deregulierung oder gesteigerter Regulierung des Arbeitsgeschehens	584
1. Die quantitative Steigerung der Regulierung	584
2. Die qualitative Steigerung der Regulierung	585
a) Die verstärkte Verrechtlichung der Entscheidungsvorgänge	585
b) Die Mediatisierung der Entscheidungsvorgänge durch den Betriebsrat	585

aa)	Die Aufhebung der direkten Interaktion zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	585
bb)	Exemplarische Verdrängungen der Arbeitsvertragsparteien durch den Betriebsrat	586
cc)	Zusammenfassende Wertung	589
c)	Die Ersetzung des privatautonomen durch einen „demokratischen“ Entscheidungsprozess	589
3.	Die Nichterfüllung des ersten Prüfungskriteriums	591
II.	Die Frage der Erweiterung oder Verkürzung der Gestaltungsfreiheit der Arbeitsmarkt- als Vertragsparteien	592
1.	Die Verfehlung der selbstgesetzten und marktdiktieren grundsätzlichen Liberalisierungsvorgaben	592
a)	Das Ziel der Dezentralisierung der Entscheidungsprozesse	592
b)	Das Ziel der Enthierarchisierung	594
c)	Das Ziel der Steigerung von Kreativität und Eigeninitiative	595
aa)	Die Verfestigung der Rechtsmacht des Betriebsrats als Gegenprogramm	595
bb)	Die Fehlleitung von „Kreativität“ und „Eigeninitiative“	597
cc)	Die Verfehlung des eigenen gesellschaftspolitischen Ziels	599
2.	Die Zuweisung gesellschaftspolitischer Aufgaben an den Betriebsrat	600
a)	Die Kompetenzerweiterung als rechtlich zweifelhafte Verkürzung der Handlungsfreiheit der Arbeitsvertrags- als Marktparteien	600
b)	Die Freiheitsverkürzung durch beschäftigungspolitische Kompetenzen des Betriebsrats	601
c)	Die Freiheitsverkürzung durch allgemeinpolitische Kompetenzen des Betriebsrats	603
aa)	Die Steigerung der Bedenken durch die Steigerung „politischer“ Zuständigkeiten	603
bb)	Die Verfehltheit von Zuständigkeiten für den Schutz der Umwelt	603
cc)	Die Verfehltheit von Zuständigkeiten für die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit	
(1)	Die Angelegtheit der neuen Zuständigkeit auf ein politisches Mandat des Betriebsrats	605
(2)	Die Ergänzung der betriebsbezogenen disziplinarischen Kompetenzen um politisch-pädagogische Zuständigkeiten	607

(3) Die Unhaltbarkeit eines politischen Mandats des Betriebsrats	609
3. Die Nichterfüllung des zweiten Prüfungskriteriums	610
III. Die Frage der individualeren oder korporativeren Gestaltung des Arbeitsmarkts	612
1. Die grundsätzliche Verfehlung des dritten Prüfungskriteriums	612
a) Die Verkürzung der individualen zugunsten der korporativen Gestaltungsbefugnis als Folgerung aus den bisherigen Resultaten	612
b) Die Hauptindikatoren der Tendenz zu einem verstärkten Korporatismus	613
c) Die Umkehrung der Ziele der modernen Arbeitsverfassung	616
2. Die Steigerung des Korporatismus durch neue Zuständigkeiten der Tarifvertragsparteien	617
a) Begründung und grundsätzliche Bedeutung der geplanten Regelungskompetenzen der Tarifvertragsparteien	617
aa) Die Hauptregelungen von § 3 RegE	617
bb) Begründung und Begründungsdefizite der Neuregelung	618
cc) Die ordnungspolitischen und rechtlichen Haupteinwände	621
b) Die Ausschaltung des Staates als Vereitelung der ordnungspolitischen Ziele von Gesetz und Novelle	623
aa) Die Vereitelung der vom Gesetz verfolgten Wahrung der „Grundgedanken des Betriebsverfassungsgesetzes“	623
(1) Die grundsätzliche Änderung der Entscheidungszuständigkeit	623
(2) Die Nichtbeachtung der unterschiedlichen Ordnungsfunktionen der Tarif- und Betriebsparteien	624
(3) Die Gefährdung von Prinzipien und „Geist“ der Betriebsverfassung	626
bb) Die Verfehlung der von der Novelle vorgegebenen Ziele sachnaher Gestaltung	627
(1) Die Ungeeignetheit der Tarifvertragsparteien als Regelungsbefugter „vor Ort“	627
(2) Die Sachgerechtigkeit einer Gestaltungsbefugnis der Betriebsparteien	628
(3) Die Verfehltheit der Rechtfertigung der Novelle	629
cc) Die Verstärkung der korporativen Regelungsmacht	629

c)	Die Ausschaltung des Staates als Beseitigung der Legitimation der Tarifvertragsparteien	631
aa)	Das Legitimationsproblem als ausschlaggebender Einwand	631
bb)	Die mangelnde Legitimation der Tarifvertragsparteien	633
(1)	Der Mangel einer eigenen Legitimation durch Tarifmacht	633
(2)	Der Mangel einer erneuten Ermächtigung durch den Staat	634
(3)	Die mangelnde Heilung des Legitimationsdefizits durch § 3 Abs. 2 TVG	635
cc)	Die Neuregelung als Positivierung einer Regelungsmacht ohne Rechtsmacht	646
3.	Die Perfektionierung des Korporatismus durch zusätzliche unternehmensübergreifende Institutionen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 RegE)	647
C.	Gesamtwürdigung	650
I.	Die Verfehlung der von Markt und Eigenkonzept vorgegebenen Ziele	650
II.	Die Rekorporierung des Arbeitslebens	652
III.	Die Errichtung neuer sozioökonomischer Fronten	653
	Verzeichnis der arbeitsrechtlichen Schriften <i>Eduard Pickers</i>	657
	Stichwortverzeichnis	661

1. Teil

Grundlagen

1. Abschnitt

Die Methode der Rechtserkenntnis im kollektiven Arbeitsrecht

I. [II.] Die Sinnhaftigkeit einer Erfassung der Gegenwart aus der Vergangenheit*

[...]

[834]

1. Die Verbreiterung von Aufklärungsstand und Entscheidungsbasis

a) Die Entwicklungsgeschichte als kognitives Pendant der Wirkungsgeschichte

Die bisherige Untersuchung betraf mit der Bedeutung der Gegenwart für das Verständnis der Geschichte die eine der beiden Fragen, die das Verhältnis von Dogmatik und Historik als Wechselbeziehung aufwirft. Ihr Ergebnis läßt freilich auch die andere Frage nicht länger offen. Denn mit dem Nachweis der Sinnhaftigkeit einer vom Gegenwartswissen belehrten Vergangenheitsdeutung ist im Prinzip auch die komplementäre Problematik entschieden, ob es, wenn nicht schon seinsmäßig zwingend, so zumindest doch heuristisch zweckmäßig ist, auch die Gegenwart aus den Belehrungen der Vergangenheit zu begreifen: Auch eine „geschichtliche Rechtswissenschaft“ | in dem konkreten Sinne einer Dogmatik, die die Historik als ein unverzichtbares Instrument fundierter Lösungssuche betrachtet und die damit ihren doppelten Stoff erkenntnistheoretisch als eine Einheit begreift, legitimiert sich analog zu dem hiavor Ausgeführten als eine in ihrer Sinnhaftigkeit schlechthin selbstevidente Methode. Sie beachtet, daß so, wie für den Historiker erst die Wirkungsgeschichte, für den Dogmatiker erst die Entstehungsgeschichte den Weg zur vollen Entschlüsselung seines Forschungsgegenstands freigibt. Sie erfaßt folglich beide Geschichtsdimensionen als kognitives Pendant. [835]

b) Der Gewinn eines empirisch gesicherten Induktionsfundaments

aa) Was im Vorangegangenen vielfach schon anklang, bestätigt sich damit in klaren Befunden: Die schon zitierte, von *Windelband* formulierte Frage, ob die Historik eine idiographische oder eine nomothetische Wissenschaft sei²²⁵, und das korrelative Problem, ob sie auch „applikativ“ bedeutsame Einsichten zuläßt,

* Erstveröffentlichung: Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, in: AcP 201, 2001, S. 763 ff.

²²⁵ S. bei und in Fn. 65 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 783].

wie sie der Dogmatiker sucht, sind in Überwindung ihrer weithin unterstellten Unvereinbarkeit dahin zu lösen, daß das eine das andere keineswegs ausschließt. Nomothese und Applikation sind folglich als „Funktionen“ der Rechtsgeschichte nicht zu verneinen. Im Gegenteil gilt: Erst die Geschichte, wortwörtlich verstanden als die Gesamtheit der „Schichten“, aus denen die in ihrer Ratio zu ermittelnde heutige Figur oder Regel erwachsen und durch die sie geformt ist, erschließt über den Wortlaut hinaus ihren Sinn. Erst ihre Entstehung und Weiterentwicklung eröffnet also im Zweifels- und Streitfall den Zugang zu ihrem „Wesen“.

[836] bb) Der praktische Gewinn dieses Klärungseffekts liegt zutage: Nur die Verfolgung der Genese der zu erklärenden Rechtsfigur oder -regel befreit von dem Buchstabenterror eines Ursprungs- und zielblinden Positivismus²²⁶. Und nur sie bewahrt vor dem lebensverfehlenden Unternehmen, „Recht aus reiner Vernunft zu erkennen“²²⁷, es also als realitätsfernes scholastisches Konstrukt zu entwerfen. Nicht zuletzt verhindert damit nur diese Methode just den Subjektivismus, den ihre Gegner als zentralen Einwand beschwören²²⁸: Eine | geschichtlich orientierte Rechtswissenschaft gibt sich gerade nicht mit der intellektuellen Potenz und den intuitiven Fähigkeiten allein des jeweiligen Interpreten zufrieden. Vielmehr beharrt sie in weiser Demut, zugleich in kluger Ökonomie auf der Beachtung auch der Klärungserfolge und Erkenntnisgewinne vorangegangener Generationen. Sie überschätzt mit einem Wort nicht den eigenen Kopf.

cc) Insgesamt trägt danach eine Jurisprudenz, die die rechtliche Gegenwart aus der Vergangenheit heraus zu erfassen versucht, nur einer unumgänglichen Grundgegebenheit Rechnung: Sie respektiert die Historizität allen Rechts. Und sie berücksichtigt deshalb seine Entwicklungsgeschichte als eine Bedingung seiner Erkenntnis. Sie verobjektiviert damit ihre hermeneutische Arbeit durch ein Forschungsprogramm, das Dogmatik und Historik als komplementäre Mittel der Erkenntnis verbindet. Und sie nutzt mit diesem „zweifachen wissenschaftlichen Sinn“²²⁹ das in der Zeit angesammelte Erkennen und Wissen als Steigerung ihres Aufklärungsstands und damit als Verbreiterung ihrer Ent-

²²⁶ In ähnlicher Richtung offensichtlich auch *Geddert*, in: *Frey/Zelger* (Hrsg.), *Der Mensch und die Wissenschaften vom Menschen*, Bd. 2, 1983, S. 760, in seiner – philosophischen – Verteidigung der Möglichkeit einer historischen Rechtsschule in der Gegenwart. Die auch bei ihm breit erörterte Problematik des Sprungs vom Sein zum Sollen (s. S. 756 ff., 760 f.) stellt sich nicht bei der hier verfolgten „pragmatischen“ Lösung und wird auch von ihm selbst, im Anschluß an Savigny, kaum anders gelöst (s. S. 760 f.); s. auch Fn. 64 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 783], Fn. 76 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 787], Fn. 93 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 790], Fn. 96 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 791], Fn. 102 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 794], Fn. 117 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 797].

²²⁷ So treffend *Geddert*, *Mensch* (o. Fn. 226), S. 760.

²²⁸ S. dazu bei und in Fn. 96 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 791], Fn. 97 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 792], Fn. 158 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 808] und Fn. 257 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 849].

²²⁹ S. dazu unter A 1 3 b cc [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 777] sowie auch noch sogleich hier nach unter c bb.

scheidungsbasis. Ihr „nachfühlendes Verstehen“²³⁰ gewährleistet also, daß „die dabei verwendeten singulären Ausnahmen und gesetzesartigen Hypothesen empirisch hinreichend gut bestätigt sind, um akzeptierbar zu sein“²³¹. Es schafft mit einem Wort und aller zitierten gegenteiligen Unterstellung entgegen das denkbar beste Induktionsfundament.

c) *Die Bedeutung der philosophischen Hermeneutik für die Jurisprudenz*

aa) Die moderne philosophische Hermeneutik, deren „holistische“ Erkenntnistheorie Gegenwart und Vergangenheit gleichsam zu einem einheitlichen Erkenntnisgegenstand fusioniert, entspricht, wie oben verfolgt, in ihren Mitteln und Zielen diesem Forschungsprogramm. Denn sie versucht, die idiographisch-kontemplative und die nomothetisch-applikative Betrachtung organisch in einem einheitlichen Verstehensprozeß zu verbinden. Damit liefert sie, wie hier als Resultat festzuhalten, der Jurisprudenz eine unmittelbar plausible Methode.

bb) Ihr Konzept des Verstehens mag im ontologischen Sinn kein unentrinnbares Schicksal des Dogmatikers sein. Ihre Nutzung in dem genannten pragmatischen Sinn empfiehlt sich ihm jedoch als Gebot der Vernunft wie der korrekten wissenschaftlichen Arbeit. Denn die Empirie, die sie mit ihrem Verfahren erschließt, und das Induktionspotential, das sie dadurch bereitstellt, | lassen sich nicht übergehen, will man nicht durch bewußte Verweigerung von Erkenntnis wissenschaftswidrige Willkür üben. Das Gebot, diese Doktrin wenn nicht als „Philosophie“, so doch als Methode zu rezipieren, besteht dabei umso mehr, und es sollte deshalb vollends die animosen Abwehrhaltungen dämpfen, wenn man ihre eigene Geschichte beachtet. Denn reduziert auf Heuristik löst diese Lehre nicht völlig neue und unkalkulierbare erkenntnistheoretische Grundstürze aus. Vielmehr vertieft und verfeinert sie nur ein Deutungsverfahren, das lange schon eingespielt und vertraut ist: Generell erkenntnistheoretisch steht sie mit ihrem sachlichen Arbeitsprogramm erklärtermaßen auf dem Boden älterer hermeneutischer Lehren²³². Und speziell für die Jurisprudenz setzt sie, wie sich im Vorangegangenen zeigte, die Tradition eines alten Rechtsdenkens fort: Hier wiederbelebt sie, bewußt oder nicht, die schon in der Historischen Schule geübte Synthese von geschichtlicher und systematischer Forschung. Wie für *Savigny* namentlich die Methodik *Schleiermachers*, so sind deshalb etwa für *Gadamer* moderne Juristen die Kronzeugen seiner hermeneutischen Thesen²³³. [837]

²³⁰ S. *Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. I, 2. Aufl., 1969, S. 360 und dazu B III 2 b [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 818 ff.].

²³¹ So, wie unter B III 2 b [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 818 ff.] erörtert, die als Gegenthese gemeinte Forderung von *Stegmüller*, Probleme (o. Fn. 230), S. 365.

²³² S. dazu bei und in Fn. 61 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 782].

²³³ S. dazu Fn. 80 [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 788].

c) Diese Thesen treiben zwar, wie beschrieben, die frühen Ansätze fort zu einer Lehre mit ontologischem Anspruch. Dennoch braucht der Jurist um die Eigenständigkeit seiner Disziplin nicht zu bangen. Denn immer unter dem Vorbehalt ihrer nur heuristischen Nutzung verhindert die Einbettung dieser Lehre in die genannte Denktradition, daß mit der Rezeption ihres Hermeneutikkonzepts disziplinfremde und aufgabeninadäquate Regeln und Wertungen die Jurisprudenz infiltrieren, daß man also deren spezifische Entscheidungsprobleme „philosophisch kunstvoll... verwischt“²³⁴. Entsprechend sind auch nicht jene Methodenhegemonie und generell jener erkenntnistheoretische Imperialismus zu fürchten, deren Besorgnis wohl allem voran die eingangs skizzierten verbreiteten Aversionen begründet. In allem ist bei pragmatischer Haltung das Gegenteil zu erwarten.

2. Exemplarische konkrete Demonstration

Den praktischen Beweis dieser Kompatibilität von moderner philosophischer Hermeneutik und Jurisprudenz, vor allem aber auch der greifbaren Sinnhaftigkeit ihrer Arbeitsmethode gerade für den Juristen, erbringt schon die simpelste Gesetzesanwendung: Wer die Anwendbarkeit einer geltenden Norm für einen [838] Fall seiner Zeit beurteilen will, muß zuallererst ihren ursprünglichen | Sinngehalt kennen und also zuerst rechtshistorisch ermitteln²³⁵. An anderen Stellen wurde dieser Beweis für etliche konkrete Rechtsinstitute versucht²³⁶. Hier mag deshalb ein weiteres Mal der Hinweis auf die negatorische Haftung als besonders plastisches Beispiel genügen²³⁷. Er mag zugleich deutlich machen, daß die dargelegte methodologische Überzeugung nicht vorgefaßte Prämisse, sondern

²³⁴ So in klarer Formulierung breiter, zumeist aber unkongretisierter Bedenken *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 68.

²³⁵ S. dazu noch einmal *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 4. Aufl., 1975, S. 309.

²³⁶ Aus Gründen der Ökonomie wie der wissenschaftlichen Verantwortlichkeit seien hier nur eigene Abhandlungen genannt; s. außer *Picker*, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 953; *dens.*, RJ 5, 1986, S. 367 ff.; *dens.*, FS Kissel, 1994, S. 817; *dens.*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; *dens.*, in: Bungert (Hrsg.), Das antike Rom in Europa, 1985, S. 289 ff.; *dens.*, Der vindikatorische Herausgabeanspruch, FG BGH, 2000, Bd. 1, S. 693 ff.; *dens.*, FS Flume, Bd. I, 1978, S. 649 ff.; *dens.*, Die Drittwiderspruchsklage in ihrer geschichtlichen Entwicklung als Beispiel für das Zusammenwirken von materiellem Recht und Prozeßrecht, 1981 und *dens.*, FS Gernhuber, 1993, S. 335 ff. etwa *dens.*, Anm. zu BAG AP Nr. 107 zu § 611 BGB Gratifikation (zur Unklarheitsregel); *dens.*, AcP 183, 1983, S. 369, bes. S. 452; *dens.*, JZ 1987, S. 1041 ff. (zu pos. Vertragsverletzung und culpa in contrahendo); *dens.*, JZ 1985, S. 641 ff., 693 ff. (zu Leistungsstörungen im Dienstvertrag); *dens.*, AcP 188, 1988, S. 511 ff. (zu mittelbarem Besitz und Eigentumspräsumption); *dens.*, JuS 1988, S. 375 ff. (zur Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession); *dens.*, FS Bydlinski, 2001, S. 267 ff. (zu den privatrechtlichen Schutzsystemen).

²³⁷ Der Streit zwischen der hier vertretenen und der herrschenden Lehre zu dieser Figur wird auch sonst gerne als methodologisches Beispiel verwendet, s. namentlich *Pawłowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, S. 335 ff.; *Canaris*, JZ 1993, S. 384 ff., 387 f.; s. noch *Picker*, FS BGH (o. Fn. 236); *dens.*, Beseitigungsanspruch (o. Fn. 236).

empirisches Fazit konkreter dogmatischer Untersuchungen ist, daß also in allem Methodenrasonnement die Ermahnung, „bilde Künstler, rede nicht“, als Arbeitsmaxime gewahrt blieb:

Das oben skizzierte Vorverständnis des negatorischen Schutzes als eines eigenständigen Haftungssystems, das sich nach Grund und Ziel, Voraussetzungen und Inhalt von der Schadens- und der Bereicherungshaftung²³⁸ prinzipiell unterscheidet, wird bis heute weithin verkannt²³⁹. Deshalb sieht eine verbreitete Meinung insbesondere die Abgrenzung des Beseitigungsanspruchs gegenüber jeder auf Wiedergutmachung gerichteten Haftung eingeständenermaßen als noch ungelöst an, nicht selten sogar als unlösbar²⁴⁰: Weil man den Tatbestand der „Beeinträchtigung“ nicht aus der ursprünglichen Ordnungsfunktion des negatorischen Schutzes bestimmt, weil man ihn vom Schaden also nicht normativ unterscheidet, verfängt man sich in rein deskriptiven Differenzierungsversuchen. Diese aber können in der Tat nicht gelingen, weil beide Begriffe in der gewöhnlichen Sprache als Synonyme fungieren. Die theoretische Folge ist das absurde Gesetzesverständnis, daß man die negatorische Beseitigungspflicht als eine zweite, um das Verschulden „verkürzte“ deliktische Haftung begreift²⁴¹. Die praktische Konsequenz ist die | vielbeklagte Rechtsunsicherheit, die einschlägige Prozesse dem Spiel des Zufalls anheimgibt²⁴². [839]

Bestimmt man demgegenüber den negatorischen Rechtsschutz in Fort- und Zuendedenken seines skizzierten genuinen Prinzips, erfaßt man ihn also in seiner schon skizzierten Funktion als den bedingungslosen Elementarschutz der zugewiesenen Rechte²⁴³, so entfallen alle diese Probleme²⁴⁴. Für das heutige Recht ergibt sich dann anstelle einer wahl-, weil kriterienlosen Kumulation zweier Anspruchsnormen die scharfe funktionelle Trennung zweier fundamentaler Haftungssysteme: Diese sind dann mit der verschuldensunabhängigen Pflicht zur Beseitigung faktischer Rechtsusurpationen hier, mit der verschuldensabhängigen Pflicht zur Wiedergutmachung angerichteter Schäden dort, nach Grund und Ziel präzis unterschieden. Sie stehen infolgedessen auch nach Voraussetzungen und Inhalt ohne begriffliche oder sachliche Überschneidungen nebeneinander. Und beide gewährleisten dann gerade durch das Zusammenspiel ihrer je eigenständigen Ordnungsfunktionen in der Verbindung mit der Bereicherungshaftung den umfassenden Schutz, den das Privatrecht nach

²³⁸ S. dazu *Picker*, AcP 183, 1983, S. 511 ff.

²³⁹ S. dazu nur etwa die eingehende Darstellung bei *Staudinger/Gursky*, § 1004 Rn. 3 ff., 17 ff., 93 ff.

²⁴⁰ S. dazu etwa *Medicus*, Schuldrecht II, 10. Aufl., 2000, Rn. 946; *Canaris*, JZ 1993, S. 387.

²⁴¹ S. dazu etwa *Picker*, Beseitigungsanspruch (o. Fn. 236), S. 18 ff., 25 ff.; *Staudinger/Gursky*, § 1004 Rn. 2, 68 ff.

²⁴² S. dazu nur etwa die Zusammenstellungen der Judikatur bei *Picker*, Beseitigungsanspruch (o. Fn. 236), S. 19; *dems.*, Rom (o. Fn. 236), S. 299; *Staudinger/Gursky*, § 1004 Rn. 20 ff.

²⁴³ S. unter C I 3 b [*Picker*, AcP 201, 2001, S. 833 f.].

²⁴⁴ S. näher *Picker*, FS BGH (o. Fn. 236) sowie *dens.*, Beseitigungsanspruch (o. Fn. 236).

seiner Logik als Rechtszuweisungsordnung gewährleisten muß, um dem Einzelnen die ihm rechtlich zugewiesene Position auch real zu erhalten.

3. Die reale Durchführbarkeit der Verbindung von Rechtsdogmatik und Rechtshistorik

Das Postulat, Gegenwart und Vergangenheit auch hermeneutisch als eine organische Einheit zu sehen und deshalb Dogmatik und Geschichte „applikativ“ zu verbinden, stellt auch keine lebensferne, weil überzogene Forderung auf. Ihm ist nicht mit dem Hinweis auf die begrenzte menschliche Leistungskraft zu begegnen. Ihm ist konkret also auch nicht entgegenzuhalten, die weitere kognitive und funktionale Verbindung der einst verbundenen Disziplinen sei auf dem heutigen Stand nicht mehr möglich, sie würde den Universalgelehrten verlangen und sie stelle deshalb eine professionelle Überforderung dar:

[840] Gewiß haben zwar solche Bedenken Substanz. Wie schon dargelegt²⁴⁵, waren die ungeahnte Entfaltung und Spezialisierung der beiden Sparten, die sich | namentlich seit dem Umbruchereignis der Kodifizierung vollzogen, einer der entscheidenden Gründe der Trennung: Sie boten ihr gleichsam eine wissenschaftliche Exkulpation. Und sie trieben sie so bis zur wechselseitigen Abkapselung und Entfremdung. Unbestreitbar rechtfertigt sich deshalb auch für den einzelnen Forscher die immer weiter verfeinerte Arbeitsteilung. Und diese legitimiert folgerichtig individuell und personenbezogen die immer stärkere Selbstbeschränkung durch Spezialisierung und Konzentration.

Dennoch liefern diese praktischen Schwierigkeiten keinen zureichenden theoretischen Grund für die moderne hermetische Trennung von rechtsdogmatischem und rechtsgeschichtlichem Denken: Die Bescheidung, die für den einzelnen Wissenschaftler zwangsläufig ist, *kann nicht auch die Wissenschaft selbst und als solche für sich reklamieren*. Die Gründe, die den einzelnen Forscher entlasten, dispensieren deshalb nicht etwa auch seine Profession insgesamt von einer umfassenden Forschung²⁴⁶. Im Gegenteil gilt: Was für das Individuum weise Selbstbeschränkung bedeutet, wäre für seine Disziplin als solche ein professionelles Versagen. Denn generell schon wird durch Spezialisierung und Konzentration die Angewiesenheit auf externe Erkenntnisquellen nicht gemindert, sondern gesteigert. Vorliegend aber sind die erhöhten Vermittlungs- und Austauschprobleme darüber hinaus die direkte Folge einer erstrebten Wissensvermehrung über ein im Kern gemeinsames Erkenntnisobjekt. Vollends hier entbinden sie also nicht, sondern zwingen sie jeden einzelnen Wissenschafts-

²⁴⁵ S. A I 2, 3 [Picker, AcP 201, 2001, S. 774 ff.].

²⁴⁶ S. A I 2 [Picker, AcP 201, 2001, S. 774 f.]; A II 1 a [Picker, AcP 201, 2001, S. 780 ff.]; allzu tollkühn für eine „Vereinfachung, Simplifizierung und Übersimplifizierung der Vergangenheitsdarstellung durch die Rechtsüberlieferungsforschung“ plädierend Bucher, ZEuP 2000, S. 532 ff. (Zitat S. 533).

zweig zur Aneignung und Verwertung des Wissens der benachbarten Sparte. Das Ereignis der Kodifikation des Zivilrechts und das Phänomen der Spezialisierung der Disziplinen hindern damit nicht, sondern verstärken nur noch den Zwang zum Blick über die eigenen Grenzen. Sie sprechen folglich nicht für, sie sprechen im Gegenteil bis zum Verdikt mangelnder Professionalität und Wissenschaftlichkeit gegen jeglichen disziplinären Separatismus. [...]

II. [III.] Zur Bedeutung der Rechtsgeschichte im Kollektivarbeitsrecht*

[...]

[803]

1. Neuere Kritik an einer geschichtlich orientierten Gegenwartsdogmatik

a) Die hier verfolgte Methode, das geltende Kollektivarbeitsrecht und speziell das Recht des Tarifvertrags aus ihrer Entstehungsgeschichte zu deuten, ist freilich | unlängst auf schroffe Kritik gestoßen: Man hält ihr entgegen, sie wolle, weil blind für Veränderungen und Fortschritt, „zurück zu den Wurzeln“. ²⁸ Und man bewertet sie, zutiefst überzeugt, dass die Rechtsgeschichte „zur Lösung (scil. der heutigen Rechtsprobleme) wenig beitragen“ könne, ²⁹ umstandslos als „im wahrsten Sinne des Wortes anachronistisch“. ³⁰

[804]

b) Zwar treffen die Unterstellungen dieser Gegenlehre nicht zu. Denn keineswegs zielt eine geschichtliche Rechtswissenschaft auf striktes Bewahren oder gar auf Restauration. ³¹ Im Gegenteil ist sie darauf gerichtet, die Entwicklungs- und Wirkungsgeschichte als Hilfen zum Verständnis und zur Bewertung des Neuen zu nutzen: Sie soll erzwingen, dass man sich dieses Neuen bewusst wird, deshalb seine Qualitäten gegenüber dem Hergebrachten abwägt und so seine Einführung als die bessere Lösung objektiv-sachlich begründet. ³² Ganz abgesehen also von dem noch zu verfolgenden Einwand, dass diese Doktrin in ihrem

* Erstveröffentlichung: Die Tarifautonomie am Scheideweg von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Arbeitsleben – Zur Legitimation der Regelungsmacht der Koalitionen, in: Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 2004, S. 795 ff.

²⁸ So Reuter, Festschrift für Hattenhauer, 2003, S. 409, 413; s. auch noch S. 424: Erhaltung „um seiner selbst willen“.

²⁹ So Reuter, Festschrift für Hattenhauer, 2003, S. 409, 414; zu Einschränkungen s. daselbst sowie noch hiernach im Text.

³⁰ So Reuter, Festschrift für Hattenhauer, 2003, S. 409, 413.

³¹ S. aber außer den schon zit. Stellen Reuter, Festschrift für Hattenhauer, S. 409, 411.

³² S. dazu näher und mit zahlr. weiteren Nachweisen Picker in Bungert, Das antike Rom in Europa, Schriften der Universität Regensburg, Band 12, 1985, S. 289 ff.; dens., Colloquia für D. Schwab, 2000, S. 137 ff.; dens. AcP 201 (2001), 763 ff., bes. 802 ff., 826 ff. mit dem Nachweis der Möglichkeit und Notwendigkeit einer historisch belehrten Gegenwartsdogmatik und einer gegenwartsdogmatisch instruierten Historik (s. S. 859). – Reuter will stattdessen für die Bedeutung der Geschichte zwischen „Rechtserkenntnis“ und „Rechtsproblemerkennntnis“ unterscheiden (s. Festschrift für Hattenhauer, 2003, S. 409, 413, 414). Wenn aber die Geschich-

Ziel der Geschichtsüberwindung eine erstaunliche „erkenntnistheoretische“ Genügsamkeit zeigt,³³ ist ihr von vornherein entgegenzuhalten: Schon dann, wenn man die Prämissen wieder zurechtrückt, erweist sich ihre Kritik methodologisch wie sachlich als weithin substanz- weil gegenstandslos. Und umso mehr zielen ihre Attacken ins Leere, als auch die bekämpften konkreten Thesen des Kritisierten durchgängig Eigenkreationen des Kritikers sind.³⁴ |

c) Dennoch droht auch von solchen Lehren die bekannte Gefahr, dass eine wachsende Entfremdung zwischen dem früheren und dem geltenden Recht dessen Verständnis als ein gewachsenes, deshalb unvermeidlich mit seiner Geschichte verbundenes Wert- und Regelsystem erschwert oder gar völlig verhindert. An einem einzigen, freilich zentralen und für die hier erörterte Problematik unmittelbar bedeutsamen Ansatzpunkt der Kritik sei deshalb die hier vertretene Konzeption verteidigt und weiter vertieft.

2. Die These von der geschichtsüberwindenden Bedeutung der normativen Tarifvertragswirkung

a) Einen klaren Beleg für die Notwendigkeit, im Kollektivarbeitsrecht nicht die überkommenen Figuren und Wertungen zu bewahren, sondern eine grundsätzlich neue Ordnung zu schaffen, sieht die Kritik in der heutigen Regelung des Tarifvertragsrechts:

Dieses Recht, so lehrt man, habe eine prinzipielle „Veränderung der Prämissen“ und mit ihr einen „wesentlichen Fortschritt“ dadurch erfahren, dass sich die „Einordnung“ dieses Vertrags „nicht mehr an der Rechtsform ... , sondern an seiner Wirkung orientiert“: Es sei, sehe man von „Nachzüglern“ wie der hier

te zur Erkenntnis des Rechtsproblems beitragen kann, wird sich schwerlich bestreiten lassen, dass sie auch seiner Lösung dienlich sein kann.

³³ S. bes. zu diesem Defekt jeder „ungeschichtlichen“ Jurisprudenz *Picker* AcP 201 (2001), 763, 835 f. [in diesem Band S. 3 ff.].

³⁴ Zur Probe drei Hauptargumente: Unbeachtet bleibe die Kartellwirkung des Tarifvertrags (S. 411 f.) – eben wegen dieser Wirkung habe *ich* die Tarifautonomie als ein Rechtsinstitut „auf Abruf“ beschrieben (s. *Picker*, Die Tarifautonomie in der deutschen Arbeitsverfassung, 2000, S. 39 ff. (Erstveröffentlichung in Walter-Raymond-Stiftung, Tarifautonomie – Informationsgesellschaft – globale Wirtschaft, 1997, S. 113 f.); FAZ v. 11.7.1998, S. 16). Ferner: Tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik verbiete sich („erst“?) wegen der fehlenden Legitimation der Tarifparteien (S. 412) – eben dieses legitimatorische Manko aus Entstehungsgeschichte und Gegenwartsrecht zu begründen, ist das Thema meiner von *Reuter* offenbar geteilten, aber nicht zur Kenntnis genommenen detaillierten Begründung (s. *ZfA* 1998, 573 ff.). Schließlich: „Blind für die Eigenart des Tarifvertrags“ sei die „Forderung nach Druckfreiheit von Vertragsverhandlungen“ (S. 412) – lebensnaher Weise wurde auch diese Forderung von *mir* niemals erhoben. Gefordert wurde vielmehr nur eine arbeitskampffreie Verhandlung, solange beide Parteien ihre friedliche Einigungssuche noch nicht für gescheitert erklären, weil ja doch – ein feiner, aber hoch freierherheblicher Unterschied! – etwa auch das Verhandeln unter militärischem Druck qualitativ etwas anderes ist als die Verfolgung derselben Ziele nach Eröffnung des Kriegs (s. *Picker*, Der Warnstreik und die Funktion des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung, 1983, bes. S. 147 ff.). Insgesamt ist dem Kritiker also die genauere Lektüre seiner Opfer anzuzufempfehlen.

Stichwortverzeichnis

Hauptfundstellen sind durch Fettdruck gekennzeichnet.

- Abschlussfreiheit 39
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
 - Siehe* Diskriminierungsverbote
- Allzuständigkeit der Koalitionen 183, 224 ff.
- Arbeiterfrage 24 ff., 45 ff., 138, 151, 229 f., 272, 299, 324
- Arbeitnehmerschutz 67, 191, 540
- Arbeitskampf 319 ff.
 - Entwicklungsgeschichte 321 ff.
 - Funktion **328 ff.**, 493, 497 ff.
 - Gestaltungsrecht 330 ff., 335 ff., 356, 377 ff., 445 ff., 528 ff.
 - Marktprinzip **325 ff.**, 346, 368 ff., 519, 534
- Arbeitskampffreiheit 356, 359, 370, 470, 531
- Arbeitskampfrisiko 544 ff.
- Arbeitsmarktpolitik, tarifvertragliche 126, **173 ff.**, 290
- Arbeitsverfassung **38**
- Außenseiter 13, 42, 105, 131 f., 163, 177, 192 ff., 249, 256, 266, 271, 277 f., 294, 302 ff., 369, 385, 395, 421, 480, 556, 633 ff.
- Aussperrung *Siehe* Arbeitskampf
 - Quotenregelung 524 ff.
- Autonomieträger 72, 106, 119, 123, 130, 139, 141, 154, 482

- Berufsfreiheit 252 ff., 384
- berufsständiges Gemeinschaftsrecht 87
- Beschäftigungsförderung 601 ff.
- Beschäftigungsgarantie 78
- Beseitigungsanspruch 7
- Betriebsautonomie 105, 115, 132, 428 ff., **564 ff.**
 - Reichweite 565, 568 ff.
- Betriebsblockade 354
- Betriebsfrieden 607 ff.
- Betriebsnormen 203 ff., 208, 636 ff.
- Betriebsrat
 - Einrichtungssinitiative 589 ff.
 - gesellschaftspolitisches Mandat 601 ff.
 - tarifliche Organisationskompetenz 618 ff.
 - Zuständigkeit 431, 565 ff., 601 ff.
- Betriebsrisiko 545 f.
- Betriebsvereinbarung 568 ff.
- Betriebsverfassung 572 ff.
 - Funktion 427, **584**, 625
- Betriebsverfassungsrecht 104, **564 ff.**
- Bielefelder Abkommen 58
- Brentano* 49, 106, 232
- Buchdrucker 33
- Bündnis für Arbeit 174, 183, 226
- Burda-Entscheidung 78, 105, 140, 155, **314**

- chief-napping 354

- Delegation 130 ff.
 - staatliche 149 ff., 564
- Demokratieprinzip 91 ff., 132, 251 ff., 282 ff., 453
- Deregulierung 18, 40, 78, 107 f., 129, 140, 174, 275, 313, 316, 569, 583 ff., 613, 651, 656
- Deutscher Juristentag 81
- Diskriminierungsverbote 39, 76
- Doppelgrundrecht 122, 124, 154 f.
- Drittwirkung der Grundrechte 245, 388, 514
- dualistische Legitimationskonzeption 119 ff.

- Eigeninitiative 65, 596 ff., 612
 Einschätzungsprärogative 126, 534
 Entfesselung der Arbeitskraft 25, 109,
 195 ff., 273, 323, 497, 598, 600, 618, 632
 Ermächtigung 162 ff.
- Flashmob 16, 325, 348 ff., 352 ff., 366,
 370, 483, 506, 510 ff., 529
 Frauenförderung 601 ff.
 Friedenspflicht 403
 from status to contract 24
- Gemeinwohl 128, 132, 150, 155 ff., 212,
 219, 245, 250, 254, 288
 Gemeinwohlbindung 154 ff., 436, 453,
 496
 Gesamtwesen 99, 103
 geschichtliche Rechtswissenschaft 3, 9,
 109
 Gewaltenteilungsprinzip 249 ff., 285, 305
 Gewerbebetrieb *Siehe* Recht am
 eingerichteten und ausgeübten
 Gewerbebetrieb
 Gewerbeordnung 23
 – Reichsgewerbeordnung *Siehe* dort
Gierke 11, 40, 73, 81, 86 ff., 104, 106, 148,
 154, 189, 246, 281
 Gruppenwille 84 f., 89 ff., 103
 Günstigkeitsprinzip 78, 129 ff., 145, 233,
 237, 240, 270, 306, 313 ff., 328
- Hermeneutik 5 ff., 266 f., 607
 Historische Schule 5
 Höchstarbeitszeitgrenzen, betriebliche
 294 ff.
 Höchstarbeitszeitgrenzen, tarifvertrag-
 liche 179, 238 ff.
 Höchstgrenzen, tarifvertragliche 175 ff.,
 241, 261, 274, 290 ff.
Hueck 102, 205, 235 ff., 239
- Ideengeschichte 195 ff.
 Imparität *Siehe* Machtungleichgewicht
 Individualarbeitsrecht 39, 95, 115
 Individualgrundrecht 105
 Interessenverband 37, 60 ff., 85, 111 ff.
 Interessenvertreter 126, 131, 169, 196,
 277, 477, 575, 626, 629
- intermediäre Gewalt 104, 118, 125, 133,
 137 ff.
- Jacobi* 24, 50 ff.
Jhering, v. 91
- Kampfmittel 331 ff., 346 ff., 535
 Kampfmittelfreiheit 19 f., 350, 352, 511
 Kampfparität 350 ff., 517, 552 ff.
 – Arbeitskampfrisiko 544 ff.
 – Quotenregelung 524 ff.
 Kampfziele 347, 356 ff., 367 ff., 536
 Kapp-Putsch 58
 Kernbereichslehre 128
 Klassenkampf 28 ff., 72, 86, 324 f., 329,
 341, 346, 483, 530, 534
 Klassenwesen 94, 97, 99
 Koalitionsfreiheit 35, 124, 126, 128, 140,
 143, 152, 155, 160, 188, 207, 211 ff.,
 264 ff., 327, 480
 – Betätigungsfreiheit 16 ff., 154, 247, 251,
 358, 383, 519
 – negative K. 13, 42, 105, 144, 199, 202 ff.,
 206 f., 295, 305, 327, 637 ff.
 koalitionspezifische Verhaltensweisen
 16
 Kollektivautonomie 35 ff., 68, 76 f., 79 ff.,
 103, 106, 113, 121 ff., 129 f., 146 ff.
 Kollektivgrundrecht 105, 122 ff.
 Kollektivmensch 102 f.
 Kollektivpersönlichkeit 106
 Kompensationsmethode 89, 92
 Kompetenz-Kompetenz 131, 192
 Korporatismus 11, 39, 73, 74 ff., 101 ff.,
 121, 148, 186 ff., 272 f., 313 ff., 326,
 568 f., 578, 580, 584, 614 ff., 631, 642,
 648 ff.
- Kündigung
 – Massenkündigung 408 ff.
 – Modifizierte Kündigung 377 ff.
- le Chapelier* 55, 118
 – *Loi le Chapelier* 118
 Leber-Rüthers-Kompromiss 237
 Liberalismus 26, 29, 34, 49, 62, 100, 106,
 155, 186, 276
 Lohnabstandsklausel 125
Lotmar 46 ff., 73

- Machtungleichgewicht 26 ff., 41, 75, 96, 107, 112, 324
- Mandat
- gesellschaftspolitisches M. 12, 149, 191, 282, 601 ff.
 - privatautonomes M. 130 ff., 137, 142, 158, 207, 218, 245, 277, 283, 295, 303, 324, 569, 570
- Marktbürger 32 ff., 45, 84, 127, 129, 315, 494
- Marktgeschäftsfähigkeit *Siehe* Marktbürger
- Marktprinzip 62, 583
- Marx* 30 f., 49, 98, 204, 323
- Menschenbild 63, 65, 98, 133
- Mill* 230 ff., 299
- Mitgliederschwund 111, 578
- Mittelalter 55
- Mohl*, v. 326
- negatorische Haftung 6 ff., 349
- Nipperdey* 205, 234 ff., 239
- Normsetzungsbefugnis 44, 77, 85, 88, 117, 150, 163, 244, 326
- staatliche N. 132
- öffentliches Recht 52 ff., 70, 81
- Ökonomie 15, 127
- Ordnungsaufgabe der Tarifparteien 150, 185, 257
- Pandektismus 47
- Partikularismus 51, 126
- Paternalismus 40, 42, 106
- politischer Arbeitskampf 360 ff., 518
- Positivismus 4, 46
- Potthoff* 73, 101, 327
- Privatautonomie 13, 35, 37, 54, 61 ff., 103, 107, 110 ff., 123, 128 ff.
- Radbruch* 101
- Rassismusbekämpfung 606 ff.
- Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb 349, 529, 536
- Rechtsquelle 44, 56, 88
- Rechtsusurpation 7
- Rechtsvergleichung 89, 539
- Rechtszuweisungsordnung 8
- Regelungsabrede 570
- Reichsgewerbeordnung 322
- Repräsentationsfunktion 131
- Richterrecht 16, 453, 459, 526
- Savigny*, v. 5, 47
- Schlichtungsgebot 456 ff., 507
- Schmoller* 71
- Schuldrechtsmodernisierung 75, 76
- Sinzheimer* 11, 13, 35 ff., 55 ff., 73, 86 ff., 133, 189, 204 f., 232, 235, 245, 281, 626
- Sittenwidrigkeit 363, 411, 419, 513
- Sozialadäquanz 513
- Sozialbellizismus *Siehe* Klassenkampf
- Soziale Frage *Siehe* Arbeiterfrage
- soziale Mächtigkeit 479 ff.
- soziale Vormundschaft 82
- soziale Zwangsordnung 88, 90
- sozialer Wille *Siehe* Gruppenwille
- Sozialplanstreik 364, 412 ff., 529
- Sozialpolitik 63, 212, 281, 339, 341, 435, 483, 518, 548, 645, 649
- Sozialrecht 67
- Sozialstaatsprinzip 127, 425
- Sozialversicherung 112
- Sozialwissenschaft 15
- staatlicher Gestaltungsanspruch 124 f.
- Staatsentlastung 11 f.
- Standortstreik 364 ff., 379 ff.
- Statusrecht 105
- Stellvertretung 36, 169
- Stinnes-Legien-Abkommen 197
- Streik *Siehe* Arbeitskampf
- Subsidiaritätsprinzip 184
- Sympathiestreik *Siehe* Unterstützungsarbeitskampf
- Tarifautonomie 115, 130 ff., 428 ff.
- personelle Reichweite 132
 - sachliche Reichweite 131
- Tariffucht 127
- Tarifsozialplan 433 ff.
- Tarifvertrag
- normative Wirkung 11, 36, 43 ff., 69 ff., 163 ff.
 - schuldrechtlicher Teil 296 ff.
- Tarifvorbehalt 295, 568 ff.
- Tarifzensur 156, 292 ff.
- TVVO 198, 203 ff., 219

- Überbetrieblichkeit 476 ff.
 ultima-ratio-Regel 486 ff.
 Umweltschutz, betrieblicher 601, 604
 Unternehmerautonomie 389 ff., 416 ff.,
 593, 601
 Unterstützungsarbeitskampf 16, 348,
 350, **356 ff.**, 506, 511, 518
 Urabstimmung 448 ff., 506
 Verbandsautonomie *Siehe* Kollektiv-
 autonomie

 Verbandsflucht 189 ff.
 Verbandsmacht 58 f.
 Verbraucherschutz 76
 Verein für Socialpolitik 45, 70
 Vereinigungsfreiheit 18 ff., 35, 144, 475
 Verfassungsbeschwerde 126
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz **15 ff.**,
 128, 351 ff., **510 ff.**
 Verlegenheitslösung 11, 84, 157
 Vernichtungskampf 21, 405, **523 f.**
 Vernunftrecht 4

 Verpflichtungsermächtigung 169 ff.
 Verteilungsgerechtigkeit 112
 Vertragsprinzip 73
 Vertragsversagen 27, 29, 41, 66, 96, 323 ff.
 Vertretungsrecht 11
 Volitivismus 156, 444, 533, 549
 Vorverständnis 95, 100

 Waffenstillstand 31, 287, 505
 Wagenburgmentalität 110
 Warnstreik 339 ff., 491 ff., **502 ff.**
 Wesensgehalt *Siehe* Kernbereichslehre
 wilder Streik 460 ff.
 Wirkungsgeschichte 3, 9, 103
 Wirtschaftsrecht 96, 99, 101, 133, 209, 652
 Wirtschaftsverfassung 29, 34, 76, 324,
 326, 340, 546, 577

 Zurückbehaltungsrecht 330, 335, 346 ff.,
 372 ff., 445 ff.
 Zwangskorporierung 14, 92, 131 f., 196,
 198, 206, 208, 224, 256, 272, 302, 304 f.