

Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung

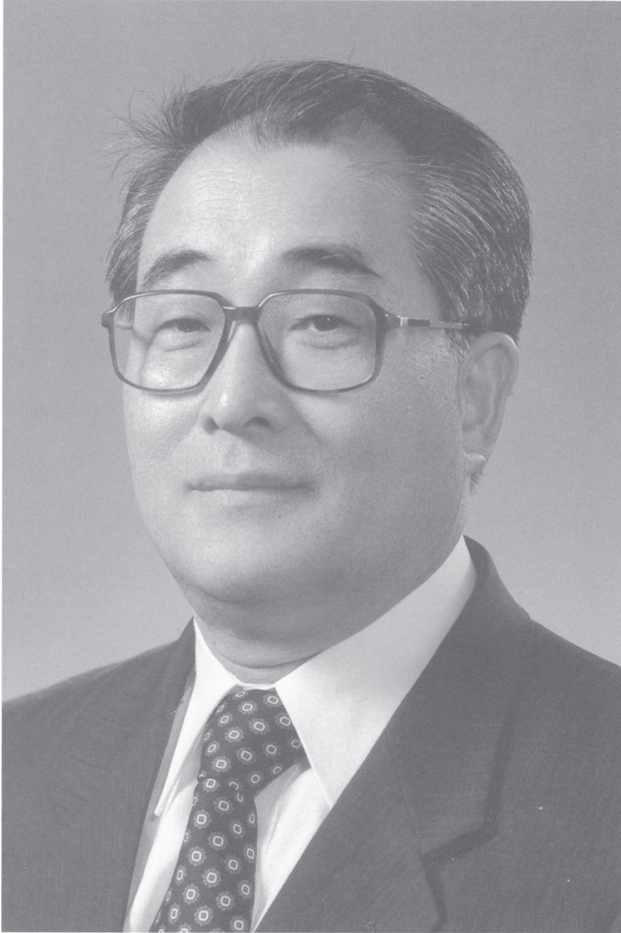
Festschrift für Hyung-Bae Kim



Duncker & Humblot · Berlin

Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung

Festschrift für Hyung-Bae Kim



Hyung-Bae Kim

Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung

Festschrift für Hyung-Bae Kim

Herausgegeben

gemeinsam mit einem koreanischen Kollegium

von

Hans G. Leser



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung : Festschrift für
Hyung-Bae Kim / hrsg. gemeinsam mit einem koreanischen
Kollegium von Hans G. Leser. – Berlin : Duncker und
Humblot, 1995

ISBN 3-428-08361-X

NE: Leser, Hans G. [Hrsg.]; Kim, Hyung-Bae: Festschrift

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1995 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISBN 3-428-08361-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Vorwort

I.

Das koreanische Herausgeberkollegium

Prof. Dr. *Kwang-Min Suh* (Faculty of Law, Sogang University, Seoul),

Prof. Dr. *Ki-Wung Chung* (Faculty of Law, National Police College, Yongin),

Prof. Dr. *Kyung Hyo Ha* (Faculty of Law, Korea University, Seoul),

Frau Dr. *Soh-Young Kim* (Senior Research Institute, Korea Labour Institute, Seoul),

Prof. Dr. *Sang-Ho Choi* (Faculty of Law, Keimyung University, Taegu),

Univ. Doz. Dr. *Yu-Cheol Shin* (z. Zt. Bonn),

Prof. Dr. *Bup-Young Ahn* (Faculty of Law, Korea University, Seoul)

trat 1994 an mich heran, den „deutschen“ Band einer Festschrift für Professor Dr. Hyung-Bae Kim, Seoul herauszugeben, der neben den beiden „koreanischen“ Bänden, die inzwischen vorliegen, selbständig und in Deutschland erscheinen sollte. Dieser Bitte bin ich gerne nachgekommen. Wenige Jahre zuvor hatte ich als Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Philipps-Universität einen Austauschvertrag mit der juristischen Fakultät der Korea-Universität in Seoul abgeschlossen, bei dem Hyung-Bae Kim als Doktor unseres Fachbereichs für die koreanische Seite federführend war. Aus diesem erfreulichen Kontakt ist eine fruchtbare Verbindung entstanden, die nicht nur den Austausch von Studenten und Doktoranden, sondern auch von Professoren umfaßt und darüber hinaus zu dauerhaften persönlichen Beziehungen führte.

Der Realisierung des Vorhabens, für das das koreanische Herausgeberkollegium die Auswahl und Information der Autoren vorgenommen und bereits einen Teil der Manuskripte versammelt hatte, stellten sich in zeitlicher Beziehung einige Hindernisse in den Weg. So kann die Festgabe nur noch „aus Anlaß“ des 60. Geburtstags des Jubilars erscheinen.

Sie dürfte dennoch ihre Aufgabe erfüllen, ein Zeichen der Verbundenheit mit dem Jubilar zu setzen, zu dem die deutschen Vertreter des Arbeits-, Handels- und Zivilrechts, denen sich auch zwei japanische Kollegen angeschlossen haben, langdauernde und fruchtbare Beziehungen unterhalten. Hyung-Bae Kim ist in der Tat im Kreise der deutschen Rechtswissenschaft kein Fremder und seine großen Ver-

dienste um die Kontakte zwischen Korea und Deutschland auf diesem Gebiet verdienen höchste Anerkennung. In diesem Sinne ist ihm die Festgabe gewidmet.

II.

Hyung-Bae Kim wurde am 16. April 1934 in Myungyun-dong in Seoul, Korea, geboren. Sein Jurastudium an der Korea-Universität in Seoul, der er bis heute treu geblieben ist, schloß er mit dem für die Hochschullehrerlaufbahn üblichen Magister- und Doktorkurs 1962 ab. Im gleichen Jahr verheiratete er sich mit Frau Chung-Hae Kim; aus dieser Ehe sind eine Tochter und ein Sohn hervorgegangen.

Es folgte ein Studium in Marburg bei Ernst Wolf, das 1969 mit der Promotion abgeschlossen wurde. Die Dissertation aus diesem Jahr „Das Streikpostenstehen als rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber“ führte ihn tief in das Arbeitsrecht, dem er sich auf Dauer widmen sollte. Im selben Jahr wurde er zum Associate Professor an der Korea-Universität ernannt, 1971 folgte die Ernennung zum ordentlichen Professor. Neben einer ausgedehnten wissenschaftlichen Forschungstätigkeit im Arbeits- und Zivilrecht, auf die weiter unten noch kurz einzugehen ist und der Übernahme zahlreicher wichtiger Aufgaben innerhalb und außerhalb der Korea-Universität (darunter Dekanat 1986-1989, Berater für verschiedene Ministerien) hielt er den Kontakt mit der deutschen Rechtswissenschaft durch zahlreiche Besuche und Forschungsaufenthalte aufrecht (unter anderem Gastprofessur Marburg 1992), ja er vertiefte ihn. Der Kreis der Autoren dieser Festgabe verdeutlicht das anschaulich. Für die Rechtsvergleichung und für die Pflege des Kontakts mit dem deutschen Recht und seiner Fortentwicklung in Korea hat Hyung-Bae Kim herausragende Verdienste erworben.

Es ist hier nicht der Platz, die Veröffentlichungen von Hyung-Bae Kim aufzuzählen. Immerhin seien aber aus der langen Liste der Veröffentlichungen in koreanischer Sprache wenigstens erwähnt sein Lehrbuch zum Arbeitsrecht (7. Auflage 1992), sein Lehrbuch zum Schuldrecht und auch der Kommentar zum Schuldrecht im koreanischen bürgerlichen Gesetzbuch neben einer Fülle von arbeitsrechtlichen und zivilrechtlichen Einzelschriften.

Aber auch in deutscher Sprache liegen nach der Dissertation wesentliche Veröffentlichungen vor, die teils zum Arbeitsrecht (Der Kündigungsschutz im koreanischen Arbeitsrecht, Seoul 1985; Tendenzen der Arbeiterbewegung und die Herausforderung des Arbeitsrechts in Korea, Seoul 1994), teils zum Zivilrecht (Zur Verletzung von Forderungsrechten durch Dritte in FS Ernst Wolf 1985; Produkthaftung in Korea RIW 1989; Fehlerbegriff und Haftungsgrund in der Produkthaftung in FS Kitagawa 1992), teils zur Rechtsvergleichung (Die Bedeutung und der Einfluß des deutschen Rechts bei der Entstehung und Entwicklung des koreanischen BGB, Seoul 1992) zählen. Sie zeigen die Spannweite seines Denkens und vor al-

lem seine Pionierleistung auch bei der Transformierung und Verschmelzung deutschen Gedankengutes mit dem koreanischen Recht.

III.

Für die Anordnung der Beiträge habe ich auf die Arbeitsgebiete von Hyung-Bae Kim zurückgegriffen. Überschneidungen und Grenzüberschreitungen waren dabei nicht ganz vermeidbar. Im Interesse der Übersichtlichkeit wurden sie in Kauf genommen. Innerhalb der drei Gruppen zum Arbeits- und Sozialrecht, zum Gesellschaftsrecht und zum Zivil- und Verfahrensrecht blieb es bei der alphabetischen Reihenfolge der Autoren.

Für das Zustandekommen des Ganzen habe ich – zusammen mit dem koreanischen Herausgeberkollegium – Herrn Prof. Dr. jur. h.c. Simon vom Verlag Duncker & Humblot zu danken. Eine Spende der Firma Merck, Darmstadt, hat die Last der Druckkosten erleichtern helfen, auch dafür sage ich Dank.

Die Festgabe geht – wenn auch der 60. Geburtstag verfehlt wurde – mit herzlichsten guten Wünschen an den Jubilar, der in voller Schaffenskraft noch manche fruchtbare Leistung verspricht. Im Namen aller Autoren und der Herausgeber rufe ich ihm nach alter Sitte den Wunsch zu

ad multos annos!

Marburg, im Frühjahr 1994

Prof. Dr. Dres. h.c. H. G. Leser

Verzeichnis der Beiträge

I. Zum Arbeits- und Sozialrecht

Professor Dr. <i>Dietrich Bickel</i> , Marburg	
Zum Arbeitskampfrecht in Deutschland	13
Professor Dr. <i>Rolf Birk</i> , Trier	
Aktuelle Probleme arbeitsrechtlicher Leitungsmacht	25
Professor Dr. <i>Franz Gamillscheg</i> , Göttingen	
Überlegungen zur Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags	35
Professor Dr. <i>Wolfgang Gitter</i> , Bayreuth	
Die abstrakte Schadensberechnung in der gesetzlichen Unfallversicherung	55
Professor Dr. <i>Horst Konzen</i> , Mainz	
Das Weiterbeschäftigungsverhältnis mit dem gekündigten Arbeitnehmer	63
Professor Dr. <i>Wolfgang Freiherr von Marschall</i> , Bonn	
Die neuere Entwicklung der Regreßrechte der Sozialversicherer im französischen Recht	85
Professor Dr. <i>Manfred Rehbinder</i> , Zürich	
Der Handelsreisendenvertrag als Sonderfall des Arbeitsvertrages	93
Professor Dr. <i>Bernd Rütters</i> , Konstanz	
Arbeitsrecht und Ideologie	103

II. Zum Gesellschaftsrecht

Professor Dr. <i>Volker Beuthien</i> , Marburg	
Gemischte Gesamtvertretung und unechte Gesamtprokura im deutschen Gesellschaftsrecht	127
Professor Dr. <i>Herbert Leßmann</i> , Marburg	
Deutsche Wirtschaftsverbände in der Demokratie	143

Professor Dr. <i>Winfried Mummenhoff</i> , Marburg	
Zur Alleinhaftung juristischer Personen	155
Professor Dr. <i>Thomas Raiser</i> , Berlin	
25 Jahre Unternehmensrecht in Deutschland	167

III. Zum Zivil- und Verfahrensrecht

Professor Dr. <i>Erwin Deutsch</i> , Göttingen	
Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht	183
Professor Dr. <i>Günter Hager</i> , Jena	
Wende in der Umwelthaftung? Bemerkungen zu einer neueren Entscheidung des englischen House of Lords	195
Professor Dr. <i>Peter Hanau und Ulrich Wackerbarth</i> , Köln	
Positives und negatives Interesse	205
Professor Dr. <i>Zentaro Kitagawa</i> , Kyoto	
Gedanken über DNA und Recht. Prolog zum Recht des „Lebenselements“	229
Professor Dr. <i>Hein Kötz</i> , Hamburg	
Aktuelle Probleme der Reform des deutschen Haftungsrechts	239
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dr. <i>H. J. Kullmann</i> , Karlsruhe	
Das „baby-bottle-syndrom“ in der Haftpflichtrechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland	253
Professor Dr. <i>Hans G. Leser</i> , Marburg	
Instrumente des Konsumentenschutzes: Einwendungsdurchgriff und Rückforde- rungsdurchgriff im Verbraucherkreditgesetz	263
Professor Dr. <i>Tatsuaki Maeda</i> , Kyoto	
Einführende Überlegungen zur Rechtsgeschäftslehre	273
Professor Dr. <i>Peter Schlechtriem</i> , Freiburg	
Der sogenannte Weiterfresserschaden – ein Alptraum der deutschen Rechtsdog- matik?	281
Professor Dr. <i>Dieter Stempel</i> , Bonn/Marburg	
Die Bedeutung der empirischen Rechtsforschung für die Rechtspolitik und Rechts- dogmatik am Beispiel der Forschungen im Rahmen der Strukturanalyse der Rechts- pflege in der Bundesrepublik Deutschland	291
Professor Dr. <i>Olaf Werner</i> , Jena	
Beginn und Ende der Stellung als Prozeßpartei am Beispiel des § 299 ZPO	311

I. Zum Arbeits- und Sozialrecht

Zum Arbeitskampfrecht in Deutschland

Von Dietrich Bickel, Marburg

Das Arbeitskampfrecht in Deutschland ist das Arbeitskampfrecht der sog. „alten“ Bundesrepublik Deutschland; denn seit der Wiedervereinigung Deutschlands durch den Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik („DDR“) zur Bundesrepublik nach Art. 23 des Grundgesetzes mit dem Einigungsvertrag vom 31. 8. 1990 erstreckt sich das Arbeitskampfrecht der „alten“ Bundesrepublik auf das gesamte wiedervereinigte Deutschland.

I.

Als der Jubilar sich vor mehr als 25 Jahren mit dem (damaligen) deutschen Arbeitskampfrecht befaßte¹, war die Rechtslage vergleichsweise einfach: Die Hauptproblematik des Arbeitskampfrechts, nämlich die deliktische Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen², wurde im Anschluß an Nipperdey³ und Alfred Hueck⁴ von der Rechtsprechung und der vorherrschenden Ansicht im Schrifttum nach § 823 Abs. 1 BGB⁵ beurteilt. Nach der allgemein anerkannten

¹ *Hyung-Bae Kim*, Das Streikpostenstehen als rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber, Marburg 1969.

² Streng voneinander zu unterscheiden ist,

1. ob ein an einem Arbeitskampf Beteiligter *gegenüber einem in einem seiner absoluten Rechte beeinträchtigten Arbeitgeber oder Arbeitnehmer* rechtswidrig (deliktisch rechtswidrig) handelt,
2. ob er *gegenüber seinem Arbeitsvertragspartner* rechtswidrig (arbeitsvertragswidrig) handelt,
3. ob er *gegenüber seinem eigenen Verband* (Gewerkschaft oder Arbeitgeberverband) rechtswidrig (satzungswidrig) handelt und
4. ob er *gegenüber dem gegnerischen Verband* rechtswidrig (tarifwidrig) handelt.

³ *Nipperdey*, Die Ersatzansprüche für Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. bis 29. Mai 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten, 1953, Heft 9 der Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Köln 1953, S. 34 ff.

⁴ *Forsthoff/Hueck*, Die politischen Streikaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes anlässlich der Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung. Zwei Rechtsgutachten, 1952, S. 36; vgl. Kim (Fn. 1), S. 32.

⁵ § 823 Abs. 1 BGB lautet: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“

Dogmatik war eine Handlung gemäß § 823 Abs. 1 BGB dann rechtswidrig, wenn sie tatbestandsmäßig war und für sie kein Rechtfertigungsgrund existierte. Es galt der Satz, daß die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert.

Die Tatbestandsmäßigkeit eines Streiks wurde in einer durch den Streik bewirkten Beeinträchtigung des Rechts des bestreikten Arbeitgebers an seinem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als eines absoluten Rechts nach § 823 Abs. 1 BGB („sonstiges Recht“) gesehen, die Tatbestandsmäßigkeit einer Aussperrung in einer Beeinträchtigung des Rechts jedes ausgesperrten Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz als ebenfalls eines absoluten Rechts nach § 823 Abs. 1 BGB.⁶

Rechtfertigungsgrund für eine danach tatbestandsmäßige Arbeitskämpfmaßnahme war die „Sozialadäquanz“ dieser Maßnahme: Eine nach § 823 Abs. 1 BGB tatbestandsmäßige Arbeitskämpfmaßnahme war gerechtfertigt und damit rechtmäßig, wenn sie „sozialadäquat“ war; war sie nicht „sozialadäquat“, so war sie nicht gerechtfertigt und also rechtswidrig. Die Lehre von der „Sozialadäquanz“⁷ – von Hans Welzel für das Strafrecht aufgestellt – hatte Nipperdey, der erste Chefpräsident des 1954 errichteten Bundesarbeitsgerichts und zugleich Präsident des für das Arbeitskämpfrecht zuständigen 1. Senats dieses Gerichts, in das bürgerliche Recht und das Arbeitskämpfrecht übernommen⁸ und nach ihr zunächst 8, dann 6 „Prinzipien“ aufgestellt, von denen zuletzt noch 4 „Prinzipien“ übrig blieben. Nach diesen 4 „Prinzipien“ war ein Arbeitskämpf deliktisch nur dann rechtmäßig („sozialadäquat“), wenn er

1. von tariffähigen Parteien gegeneinander um den Abschluß eines Tarifvertrags,
2. als letztes Mittel („ultima-ratio-Prinzip“) und
3. fair geführt wurde;
4. Abwehrkämpfe gegen eine „sozialinadäquate“ (rechtswidrige) Arbeitskämpfmaßnahme waren als Notwehr zulässig.⁹

Das war – jedenfalls bis zum Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 4. 1971¹⁰ – die Ansicht der Rechtsprechung und des ihr folgenden, überwiegenden Schrifttums zur deliktischen Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen.

⁶ Vgl. *Brox/Rüthers*, Arbeitskämpfrecht, Stuttgart 1965, S. 118 f.

⁷ Danach sind „sozialadäquat“ alle Handlungen, „die sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden“; vgl. *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl., 2. Bd., S. 639 Anm. 34; *dies.*, 7. Aufl., 2. Bd., S. 1001 Anm. 34c; BAG (Gr. Sen) AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf = BAGE 1, 291.

⁸ Vgl. *Box/Rüthers* (Fn. 6), S. 122ff.; *Kim* (Fn. 1), S. 52 f.

⁹ Vgl. *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Bd. 2 Hbd. 2, § 49 B I 4, S. 1004f.; vgl. auch *Brox/Rüthers* (Fn. 6), S. 125.

¹⁰ AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf = BAGE 23, 292.

II.

Seit dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. 4. 1971¹¹ werden alle Arbeitskampfmaßnahmen unter das „Gebot der Verhältnismäßigkeit“ gestellt; die „Sozialadäquanz“ wird nicht mehr als Rechtfertigungsgrund für eine nach § 823 Abs. 1 BGB tatbestandsmäßige Arbeitskampfhandlung angesehen, selbst das Wort „Sozialadäquanz“ wird nicht mehr verwendet. Nach der für das Arbeitskampfrecht in Deutschland heute maßgebenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist – kurz gefaßt – ein Arbeitskampf dann deliktisch rechtmäßig, wenn er

1. von tariffähigen Parteien gegeneinander,
2. um den Abschluß eines Tarifvertrages („tariflich regelbares Ziel“),
3. als letztes Mittel („ultima ratio“) und
4. fair, insbesondere verhältnismäßig geführt wird¹².

Dabei gilt das Vorliegen der zu 1 bis 4 genannten Merkmale nicht mehr als Rechtfertigungsgrund für eine nach § 823 Abs. 1 BGB tatbestandsmäßige Arbeitskampfhandlung; denn etwa zeitgleich mit der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist im deutschen Schuldrecht die Ansicht herrschend geworden, das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ sei – wie das sog. „Allgemeine Persönlichkeitsrecht“ – zwar ein „sonstiges Recht“ nach § 823 Abs. 1 BGB, aber nicht in dem Sinne, daß seine Beeinträchtigung (Tatbestandsmäßigkeit) die Rechtswidrigkeit indiziere, also ohne weiteres rechtswidrig und nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes rechtmäßig sei. Das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ sei vielmehr – wie das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ – ein „generalklauselartiger Auffangtatbestand“, ein „Rahmenrecht“ oder „Quellrecht“, bei dem sich die systematische Trennung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit nicht durchführen lasse; zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einer Handlung könne hier nicht unterschieden werden, vielmehr entscheide für die Tatbestandsmäßigkeit und gleichzeitig für die Rechtswidrigkeit im Einzelfall eine „Güter- und Interessenabwägung“ zwischen dem Betroffenen, der Allgemeinheit und dem Eingreifenden.¹³

Das bedeutet für das Arbeitskampfrecht, daß eine Arbeitskampfmaßnahme rechtmäßig und damit gleichzeitig nicht tatbestandsmäßig ist, wenn sie (1) von einer tariffähigen Partei gegen eine andere tariffähige Partei (2) um den Abschluß eines Tarifvertrages (3) als letztes Mittel und (4) fair, insbesondere verhältnismäßig durchgeführt wird. Umgekehrt ist eine Arbeitskampfmaßnahme danach dann tatbestandsmäßig und gleichzeitig rechtswidrig nach § 823 Abs. 1 BGB, wenn sie

¹¹ Siehe Fn. 10.

¹² Ähnlich *Brox/Rüthers*, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., 1982, S. 71.

¹³ Vgl. z. B. *Jauernig/Teichmann*, BGB, 7. Aufl., 1994, § 823 Anm. VIII A 1c und C 1c, mit weiteren Nachweisen.