

Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht

Roger Rudolph

Professor an der Universität Zürich,
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Schulthess § 2021

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXVII
Erster Teil: Einführung	1
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Beweggründe für die Untersuchung	3
I. Schliessung einer Lücke in der wissenschaftlichen Aufarbeitung	4
II. Grosser und zunehmender Einfluss der Gerichte auf die Entwicklung des Arbeitsrechts	6
1. Überblick	6
2. Rein quantitativ grosse Bedeutung des Richterrechts im Arbeitsrecht	7
3. Starke Fragmentierung des schweizerischen Arbeitsrechts	8
4. Zahlreiche Lücken intra legem (Delegationslücken)	12
a) Begriff und Wesen	12
b) Starke Verbreitung im Arbeitsrecht	13
c) Stärkung der Rolle der Gerichte	15
5. Systembedingt niedrigere Taktfrequenz des Gesetzgebers	18
6. Oft zähes Ringen um arbeitsrechtliche Revisionsvorhaben	19
7. Emanzipation der Gerichte vom geschriebenen Arbeitsrecht	22
8. Technologische Entwicklung und Digitalisierung	23
a) Technologischer Hintergrund	23
b) Neue Herausforderungen an das Arbeitsrecht	25
c) Gesetzliches Vakuum und richterliche Pionierrolle	29
III. Qualitätsverlust in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung?	31
§ 3 Gang der Untersuchung	33
I. Fragestellungen	33
II. Aufbau	34
III. Abgrenzungen	36
IV. Klärung von Begrifflichkeiten	37

Zweiter Teil: Grundlagen der richterlichen Rechtsfindung	41
§ 4 Vorbemerkungen und Überblick	41
§ 5 Ausgangspunkt: Art. 1 ZGB	45
I. Art. 1 ZGB als gesetzlicher Grundpfeiler der Rechtsfindung und der juristischen Methodenlehre	45
II. Wortlaut von Art. 1 ZGB	46
III. Grundzüge von Art. 1 ZGB	47
1. Anwendungsbereich und Adressaten	47
2. Pflicht zur Rechtsfindung und Rechtsanwendung	48
3. Gesetzmässigkeitsprinzip und Rechtsquellen	48
a) Überblick	48
b) Gesetzesrecht	51
c) Gewohnheitsrecht	52
d) Richterrecht modo legislatoris	53
4. Berücksichtigung bewährter Lehre und Überlieferung	55
a) Im Allgemeinen	55
b) Arbeitsrechtlicher Blickwinkel	58
i. Bewährte Überlieferung (Judikatur)	58
ii. Bewährte Lehre (Doktrin)	60
iii. Begründungspflicht	62
iv. Praxisänderungen	65
§ 6 Das klassische Drei-Ebenen-Modell der Rechtsfindung	71
I. Verhältnis zu Art. 1 ZGB	71
II. Grundzüge des Drei-Ebenen-Modells	72
1. Überblick	72
2. Gesetzesauslegung	73
a) Begriff	73
b) Ausgangspunkt Wortlaut: das grammatikalische Element	73
c) Das systematische Element	75
d) Das historische Element	75
e) Das teleologische Element	77
f) Weitere Elemente und Methodenpluralismus	79
3. Lückenfüllung	82
a) Begriff und Abgrenzung zur Gesetzesauslegung	82
b) Ursachen für das Entstehen von Gesetzeslücken	85
c) Arten von Lücken	86
i. Lücken intra und praeter legem	86

ii.	Echte und unechte Lücken	87
iii.	Offene Lücken (Regelungslücken) und verdeckte Lücken (Ausnahmelücken)	88
iv.	Weitere Unterscheidungen	89
v.	Abgrenzung vom rechtsfreien Raum und qualifizierten Schweigen	89
d)	Methode der Lückenfüllung	90
i.	Im Allgemeinen	90
ii.	Analogie	91
iii.	Teleologische Reduktion	99
4.	Gesetzeskorrektur	101
III.	Weitere Modelle	105
Dritter Teil: Arbeitsrechtliche Besonderheiten der richterlichen Rechtsfindung		107
§ 7	Rekapitulation und Überblick	107
§ 8	Arbeitsvölkerrecht, Freizügigkeitsabkommen und Recht der Europäischen Union	109
I.	Arbeitsvölkerrecht und Freizügigkeitsabkommen	109
1.	Rechtliche Grundlagen	109
2.	Bedeutung des Arbeitsvölkerrechts für die richterliche Rechtsfindung	111
3.	Das Freizügigkeitsabkommen	114
II.	Das Arbeitsrecht der Europäischen Union	116
1.	Überblick	116
2.	Der autonome Nachvollzug	118
3.	Arbeitsrechtlicher Blickwinkel	119
§ 9	Einfluss des Verfassungsrechts	121
I.	Überblick	121
II.	Direkte Drittwirkung	125
III.	Indirekte Drittwirkung	126
§ 10	Besondere Rechtsquellenarten	130
I.	Überblick	130
II.	Gesamtarbeitsverträge	132

1. Schuldrechtliche Bestimmungen	132
2. Normative Bestimmungen	132
3. Indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen	137
III. Normalarbeitsverträge	138
IV. Betriebsordnungen	138
V. Allgemeine Anordnungen und Weisungen	139
VI. Die Betriebsübung als eigenständige Rechtsquelle des Arbeitsrechts? ...	140
VII. Auswertung des Forschungsmaterials	143
§ 11 Allgemeine Anstellungsbedingungen	144
I. Begriff, Zweck und praktische Bedeutung	144
II. Rechtliche Zulässigkeit und Verortung	146
III. Besonderheiten bei der richterlichen Rechtsfindung	151
1. Überblick	151
2. Konsenskontrolle	154
a) Im Allgemeinen	154
b) Die Ungewöhnlichkeitsregel	154
3. Auslegungskontrolle	162
a) Individuelle Auslegung und Restriktionsprinzip	162
b) Unklarheitsregel	164
4. Inhaltskontrolle	164
IV. Auswertung des Forschungsmaterials	165
§ 12 Unklarheitsregel	169
I. Begriff, Inhalt und rechtliche Anerkennung	169
II. Arbeitsrechtlicher Blickwinkel	171
1. Vorfrage: Wann ist eine unklare Regelung einer Arbeitsvertrags- partei als Verfasserin zuzurechnen?	171
2. Arbeitsrechtliche Anwendungsfelder	174
a) Überblick	174
b) Gratifikation	175
c) Konkurrenzverbot	177
d) Kündigung	179
e) Auswertung des Forschungsmaterials	182
§ 13 Bedeutung des Rechtsmissbrauchsverbots (Art. 2 Abs. 2 ZGB)	183
I. Allgemeines	183
II. Anwendungsfälle und Bewertung	186

§ 14 Internationalisierung der Arbeit und ihre Folgen	191
I. Überragende ökonomische Bedeutung des Aussenhandels für die Schweiz	191
II. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht und die richterliche Rechtsfindung	192
III. Auswertung des Forschungsmaterials	193
§ 15 Gibt es eine arbeitsrechtliche Methode?	197
I. Ausgangslage und Fragestellung	197
II. Spurensuche im deutschen und österreichischen Schrifttum	198
III. Eigener Standpunkt	205
Vierter Teil: Der arbeitsrechtliche Prozess	211
§ 16 Überblick	211
§ 17 Der arbeitsrechtliche Prozess im Gefüge der Zivilprozessordnung ..	212
§ 18 Abgrenzung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichem Rechtsweg ..	213
§ 19 Zuständigkeit	216
I. Örtliche Zuständigkeit	216
II. Sachliche und funktionelle Zuständigkeit	219
§ 20 Gerichtsverfahren	221
I. Schlichtungsverfahren und Mediation	221
II. Ordentliches Verfahren	223
III. Vereinfachtes Verfahren	223
1. Geltungsbereich	223
2. Streitwert	225
3. Verfahrensvereinfachungen	227
4. Untersuchungsmaxime	230
IV. Summarisches Verfahren	233
V. Vorsorgliches Massnahmeverfahren	234
VI. Teilklage	238
1. Allgemeines	238
2. Grenzen der Teilklage	239
3. Abwehr der Teilklage: negative Feststellungsklage	240

VII. Widerklage	241
VIII. Unbezifferte Forderungsklage	243
IX. Verbandsklage	245
X. Eventualmaxime und Novenrecht	248
XI. Freie Beweiswürdigung	249
XII. Vertretung vor Gericht	251
XIII. Gerichtskosten	252
XIV. Parteientschädigung	254
§ 21 Rechtsmittel	256
§ 22 Auswertung des Forschungsmaterials	257
I. Befund	257
II. Analyse und weitere Entscheide	267
§ 23 Arbeitsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit	269
I. Begriff und rechtliche Grundlagen	269
II. Binnenschiedsgerichtsbarkeit	270
1. Weite Auslegung des Erfordernisses der freien Verfügbarkeit	271
2. Im Zweifelsfall integrale Nichtigkeit	272
3. „Out“ für das Opting-out	273
4. Arbeitsrechtliche Regelungsbereiche mit zulässiger Binnenschiedsgerichtsbarkeit	275
III. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit	276
IV. Auswertung des Forschungsmaterials	277
Fünfter Teil: Würdigung der rechtsschöpferischen Leistungen des Bundesgerichts.....	281
§ 24 Vorbemerkungen und Überblick	281
§ 25 Würdigung	283
I. Ausgangspunkt: Trotz Schwächen insgesamt gute Qualität der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung	283
II. Zwei kritische Thesen	290
1. These I: Fehlende oder nur rudimentäre Begründungen	290
a) Überblick	290

b) Belegurteilkategorie 1: Bedingungsfeindlichkeit von Gratifikationen mit Lohncharakter	292
c) Belegurteilkategorie 2: Aufhebungsvertrag und Überlegungsfrist	293
d) Belegurteilkategorie 3: Rechtsmissbrauch und konkludenter Verzicht	294
e) Belegurteilkategorie 4: Berechnung des 60-Stunden-Sockels von Art. 13 Abs. 1 ArG im unterjährigen Arbeitsverhältnis	296
f) Belegurteilkategorie 5: Akzessorietätsrechtsprechung	298
2. These 2: Widersprüchlichkeiten und Inkohärenzen innerhalb der eigenen Rechtsprechung	301
a) Überblick	301
b) Belegurteilkategorie 1: Berechnung der Kündigungssperrfrist ..	302
c) Belegurteilkategorie 2: Alterskündigung	302
d) Belegurteilkategorie 3: Konkludente Lohnreduktion	305
e) Belegurteilkategorie 4: Zulässigkeit des Lohnverzichts für bereits geleistete Arbeit	306
f) Belegurteilkategorie 5: Wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung / Nachschieben von Kündigungsgründen	307
III. Fazit	309
Sechster Teil: Ergebnisse	311
§ 26 Grosser und zunehmender Einfluss der Gerichte auf die Rechtsentwicklung	311
§ 27 Das Arbeitsrecht im Gefüge von Art. 1 ZGB und der Methodenlehre	312
§ 28 Arbeitsrechtliche Besonderheiten der richterlichen Rechtsfindung	314
§ 29 Der arbeitsrechtliche Prozess	316
§ 30 Würdigung der rechtsschöpferischen Leistungen des Bundesgerichts	317
§ 31 Auswahl und Auswertung des Forschungsmaterials	319

Anhänge	321
Anhang 1: Gesetzgeberische Entwicklungen im Arbeitsprivatrecht des Obligationenrechts (Art. 319–362 OR) nach Inkrafttreten des neuen Kündigungsrechts am 1. Januar 1989	321
Anhang 2: Bundesgerichtliche Leitentscheide zum Arbeitsrecht von 1989–2018 (Bände BGE 115 II–120 II und BGE 121 III–144 III)	326
I. Gegenstand der Untersuchung und Auswahl des Forschungsmaterials	326
II. Darstellung	329
III. Ergebnisse	330
IV. Tabellarische Darstellung	335
Anhang 3: Diskussion ausgewählter arbeitsrechtlicher Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts	399
I. Überblick	399
II. Gratifikation: konkludente Anspruchsbegründung durch regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung	400
1. Lokalisierung und Inhalt der Rechtsprechung	400
2. Entwicklung der Rechtsprechung	404
3. Methodische Einordnung und Bewertung	407
4. Aufnahme in der Literatur	411
5. Eigener Standpunkt	414
III. Anspruch auf angemessenes Entgelt bei ausschliesslicher oder vorwiegender Entlohnung durch Provisionen oder Anteil am Geschäftsergebnis	421
1. Lokalisierung und Inhalt der Rechtsprechung	421
2. Entwicklung der Rechtsprechung	423
3. Methodische Einordnung und Bewertung	424
4. Aufnahme in der Literatur	426
5. Eigener Standpunkt	427
IV. Alterskündigung	430
1. Lokalisierung und Inhalt der Rechtsprechung	430
2. Entwicklung der Rechtsprechung	435
3. Methodische Einordnung und Bewertung	438
4. Aufnahme in der Literatur	439
5. Eigener Standpunkt	440