

 jetzt bestellen

Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht

Roger Rudolph



Schulthess 

Roger Rudolph

Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht

Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht

Roger Rudolph

Professor an der Universität Zürich,
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Schulthess § 2021

Habilitationsschrift der Universität Zürich

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2021
ISBN 978-3-7255-8269-3

www.schulthess.com

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. Unbezahlte 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 1: 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

Erster Teil: Einführung

§ 1 Einleitung

Dem Geschäftsbericht des Schweizerischen Bundesgerichts für das Jahr 2018 ist zu entnehmen, dass unser oberstes Gericht in jenem Jahr 108 Fälle aus dem Bereich Arbeitsvertrag erledigt hat.¹ Damit stammte mehr als jeder sechste Entscheid, den das Bundesgericht im zentralen Bereich des Obligationenrechts zu fällen hatte, aus dem Arbeitsrecht. Dieses Rechtsgebiet liegt damit hinter den Streitigkeiten aus Miete und Pacht an zweiter Stelle und übertrifft an Urteilen andere obligationenrechtliche Rechtsbereiche wie z.B. den Kauf, den Werkvertrag, den Auftrag oder das Gesellschafts- und Haftpflichtrecht deutlich, oft um ein Mehrfaches.²

Würde man Streitigkeiten aus dem Bereich des öffentlichen Personalrechts,³ der Arbeitsgesetzgebung⁴ oder des Personalverleihs und der Personalvermittlung⁵ hinzurechnen und weiter berücksichtigen, dass von den insgesamt 1714 Urteilen zum Sozialversicherungsrecht ein erheblicher Anteil zumindest teilweise auch arbeitsrechtliche Fragestellungen zum Gegenstand gehabt haben wird,⁶ wird der zumindest in quantitativer Hinsicht hohe Stellenwert des Arbeitsrechts in der Rechtsprechung und spiegelbildlich die Bedeutung des Richterrechts für dieses Rechtsgebiet noch deutlicher. Dies gilt umso mehr, als nur ein geringer Bruchteil arbeitsrechtlicher Streitigkeiten überhaupt an das Bundesgericht gelangt, sei es, weil die entsprechenden Rechtsmittelvorausset-

1 Als Beschwerden in Zivilsachen, subsidiäre Verfassungsbeschwerden, Revisionsgesuche etc. Insgesamt erledigte das Bundesgericht 2018 im Bereich des Obligationenrechts 604 Geschäfte; vgl. SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT, Geschäftsbericht 2018, 30.

2 SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT, Geschäftsbericht 2018, 30.

3 SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT, Geschäftsbericht 2018, 28: 75 erledigte Geschäfte.

4 SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT, Geschäftsbericht 2018, 29: sieben erledigte Geschäfte.

5 Dieser Bereich wird im Geschäftsbericht des Bundesgerichts nicht gesondert ausgewiesen.

6 So ist die Frage des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses oder des Erzielens eines massgebenden Lohns in vielen Sozialversicherungszweigen die zentrale Schlüssel- oder Vorfrage, welche oft über die Anwendung der entsprechenden Gesetzgebung entscheidet. Ähnliches gilt teilweise auch für das Ausländerrecht, in welchem das Bundesgericht im Jahr 2018 insgesamt 498 Entscheide zu fällen hatte; vgl. SCHWEIZERISCHES BUNDESGERICHT, Geschäftsbericht 2018, 28 f.

zungen nicht erfüllt sind, sei es, weil die Parteien ein erst- oder zweitinstanzliches Urteil der kantonalen Gerichte akzeptieren und nicht weiterziehen. Auch wenn schweizweite statistische Daten fehlen, kann als gesichert gelten, dass die Gerichte hierzulande Jahr für Jahr tausende arbeitsrechtlicher Urteile fällen.⁷

- 3 Die besondere Bedeutung der Rechtsprechung für das Arbeitsrecht lässt sich an weiteren Kennzahlen festmachen. So nehmen arbeitsrechtliche Streitigkeiten auch bei der Geschäftsverteilung von Rechtsschutzversicherungen oder unentgeltlichen Rechtsauskunftsstellen Spitzenwerte ein, um nur zwei Beispiele zu nennen.⁸ Der Umstand, dass viele Kantone besondere Arbeitsgerichte oder Schlichtungsstellen zur Behandlung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten eingerichtet haben, zeugt davon, dass auch der Gesetzgeber diesem Rechtsbereich und den für ihn zuständigen Entscheidungsinstanzen einen spezifischen Stellenwert einräumt.
- 4 Wie sehr die Gerichte das Arbeitsrecht prägen, zeigt sich auch an der wissenschaftlichen Aufarbeitung ihrer Rechtsprechung, die wohl in keinem anderen Rechtsgebiet eine vergleichbare Dichte aufweist. So publizieren zahlreiche juristische Periodika neben fallweisen Einzeldarstellungen mindestens einmal jährlich umfassende Rechtsprechungsübersichten.⁹ Dazu kommen neben mehreren Lehrbüchern¹⁰ gegen 20 Kommentarwerke, welche sich allein den Art. 319–362 OR, also dem Kernbereich des Arbeitsprivatrechts, widmen.¹¹

7 Allein die Arbeitsgerichte im Kanton Zürich erledigten im Jahr 2018 621 arbeitsrechtliche Geschäfte; vgl. RECHENSCHAFTSBERICHT OBERGERICHT ZÜRICH 2018, 24. Das Arbeitsgericht Zürich publiziert jedes Jahr in gedruckter Form eine Auswahl von Entscheidungen im Berichtsjahr. Darüber hinaus sind heute auf den Webseiten der meisten kantonalen Gerichte zahlreiche arbeitsrechtliche Entscheide abrufbar, wobei die Unterschiede in Bezug auf Systematik, Vollständigkeit, Aktualität und Benutzerfreundlichkeit teils erheblich sind.

8 Vgl. für ein zufällig ausgewähltes Beispiel die Jahresstatistik der Rechtsauskunftsstelle Zürcher Oberland (RZO), nach welcher von den im Jahr 2018 erteilten 2975 Auskünften insgesamt 746 oder 25,1 % auf das Arbeitsrecht entfielen.

9 So beispielsweise: AKTUELLE JURISTISCHE PRAXIS (AJP); LA SEMAINE JUDICIAIRE; PLÄDOYER; SCHWEIZERISCHE JURISTENZEITUNG (SJZ); ZEITSCHRIFT DES BERNER JURISTENVEREINS (ZBJV). Daneben besteht mit der ARV, ZEITSCHRIFT FÜR ARBEITSRECHT UND ARBEITSLOSENVERSICHERUNG, eine themenfokussierte Zeitschrift, die quartalsweise erscheint und bei der die Darstellung und teilweise Kommentierung aktueller arbeitsrechtlicher Entscheide einen Schwerpunkt bilden.

10 Namentlich GEISER/MÜLLER/PÄRLI; PORTMANN/STÖCKLI; REHBINDER, Arbeitsrecht; VISCHER/MÜLLER; WITZIG, Droit du travail; WYLER/HEINZER.

11 Eine Auswahl: ANDERMATT ET AL.; AUBERT, Commentaire romand; BRUCHEZ/MANGOLD/SCHWAAB; BRÜHWILER; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ; CARRUZZO;

Wohl sind diese Kommentare zunächst als Erläuterung des jeweiligen Gesetztextes konzipiert. Ein Blick in diese Werke zeigt aber rasch, dass die Darstellung und kritische Beleuchtung der einschlägigen Rechtsprechung einen wesentlichen Teil der Kommentierung ausmachen. Gleiches gilt für verschiedene Online-Zeitschriften, -Newsletter und -Plattformen sowie Push-Services, welche teilweise innert Stunden über neue arbeitsrechtliche Urteile informieren.¹² Dies gilt weit über diese juristischen Gefässe hinaus generell für die Medien, die fast schon in Echtzeit über das Schaffen der Gerichte berichten, wenn diese tatsächlich oder vermeintlich spektakuläre Urteile mit arbeitsrechtlichem Bezug fällen.¹³

Von welcher Seite man es beleuchtet, ob man es begrüsst oder nicht: Das Arbeitsrecht wurde und wird in seiner gelebten Praxis von den Gerichten geprägt und damit auch weiterentwickelt. Oder, um es mit dem Göttinger Arbeitsrechtsprofessor FRANZ GAMILLSCHEG zu sagen: „Der Richter ist der eigentliche Herr über das Arbeitsrecht“,¹⁴ „das Richterrecht bleibt unser Schicksal.“¹⁵ 5

§ 2 Beweggründe für die Untersuchung

In der vorstehenden Einleitung wurde hervorgehoben, dass die Dichte der wissenschaftlichen Durchdringung der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten ihresgleichen sucht. Vor diesem Hinter- 6

DUNAND/MAHON; EMMEL, Kurzkommentar; FAVRE/MUNOZ/TOBLER; PIETRUSZAK; PORTMANN/RUDOLPH; REHBINDER/STÖCKLI; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH; STAHELIN, ADRIAN; STÖCKLI; SUBILIA/DUC; VISCHER/ALBRECHT. Für den Bereich des Arbeitsgesetzes kommen weitere Kommentarwerke hinzu, so BLESI/PIETRUSZAK/WILDHABER; GEISER/VON KAENEL/WYLER; MÜLLER/MADUZ, Kommentar ArG. Weitere Kommentierungen sind zu anderen Regelungsbereichen des Arbeitsrechts erschienen, beispielsweise zum Gleichstellungsrecht, zu Personalverleih und Personalvermittlung oder zur Entsendung.

12 Zu nennen sind beispielsweise: ARV ONLINE und IUSMAIL/IUSNET von SCHULTHESS; DESKTOPNEWS ARBEITSRECHT von STÄMPFLI; DROITDUTRAVAIL.CH der UNIVERSITÄT NEUENBURG; VON KAENEL/RUDOLPH, Update-Service; JUSLETTER und DIGITALER RECHTSPRECHUNGSKOMMENTAR von WEBLAW.

13 So insbesondere wenn es um zeitgeistige Themen wie die Überwachung am Arbeitsplatz oder durch Detektive, Mobbing und sexuelle Belästigung, Online-Plattformen als potentielle Arbeitgebende oder Lohnzahlung in Fremd- oder Kryptowährung geht, um nur einige Beispiele aus der jüngeren Vergangenheit zu nennen.

14 GAMILLSCHEG, Grundrechte, 388; vgl. auch ADOMEIT, 37.

15 GAMILLSCHEG, Grundrechte, 445.

grund stellt sich die Frage, welchen Mehrwert die vorliegende Monographie, welche sich ganz der Rechtsfindung im Arbeitsrecht und damit dem Richterrecht verschreibt, überhaupt zu leisten vermag. Damit sind gleichzeitig die Beweggründe für diese Untersuchung angesprochen. Es sind im Wesentlichen drei, die im Folgenden näher vorgestellt werden:

- die Schliessung einer Lücke in der wissenschaftlichen Aufarbeitung
- der grosse und zunehmende Einfluss der Gerichte auf die Entwicklung des Arbeitsrechts
- der tatsächliche oder auch nur vermeintliche Befund eines Qualitätsverlusts in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung.

I. Schliessung einer Lücke in der wissenschaftlichen Aufarbeitung

- 7 Die erste und wichtigste Überlegung, welche dieser Untersuchung zugrunde liegt, ist der Versuch, damit eine Lücke schliessen zu können. Wohl setzt sich, wie eben erwähnt, die Rechtswissenschaft sehr einlässlich mit der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung auseinander. Sie tut dies aber mit wenigen punktuellen Ausnahmen mit einem Blickwinkel, der stark von einer Einzelfalloptik geprägt ist. Dies ist nicht als Kritik zu verstehen, sondern liegt in der Natur der Sache: Mit Urteilen werden konkrete Fälle und konkrete Rechtsfragen entschieden. Da ist es nur folgerichtig, dass es bei der wissenschaftlichen Aufarbeitung von Entscheiden primär um die Darstellung, Einordnung und kritische Beleuchtung eines bestimmten Urteils, einer bestimmten Rechtsfrage oder der im Urteil niedergelegten Entscheidungsgründe geht. Manchmal werden auch mehrere, thematisch zusammengehörende Entscheide erläutert, um so eine bestimmte Entwicklung in der Rechtsprechung aufzuzeigen.¹⁶ An der Fokussierung auf einen bestimmten arbeitsrechtlichen Problemkreis, z.B. die Rechtmässigkeit einer Kündigung oder die Zulässigkeit einer Überwachungsmassnahme am Arbeitsplatz, ändert sich dadurch aber nichts.
- 8 Demgegenüber fehlt bis heute im schweizerischen Schrifttum, anders als beispielsweise in Deutschland und Österreich, wo entsprechende Arbeiten bis in

16 So z.B., wenn die Entwicklung des sog. Akzessorietätsfordernisses bei Boni anhand mehrerer sich in kurzer Zeit folgender Urteile des Bundesgerichts erläutert wird. Vgl. dazu RUDOLPH, ZBJV 2019 (Jahre 2016 und 2017), 36 ff.

die zwanziger Jahre des letzten Jahrhunderts zurückreichen,¹⁷ eine analytische Untersuchung des richterlichen Schaffens im Arbeitsrecht als solchem.¹⁸ Es geht mit anderen Worten um eine monographische Aufarbeitung dessen, was stark verkürzt in die Formel gekleidet werden kann:

- Wie finden Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichter ihr Recht?
- Welche Regeln haben sie dabei zu befolgen?
- Und halten sie sich auch daran?

Damit ist im Groben auch schon der Kern der Fragestellungen umrissen, welche im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen. Sie setzt demnach einen Schwerpunkt bei der Erforschung methodischer Fragestellungen, die sich im Zusammenhang mit der richterlichen Rechtsfindung im Arbeitsrecht ergeben. Dies schliesst freilich nicht aus, ja bedingt geradezu, dass auch Entwicklungen in der Rechtsprechung zu konkreten Fragenkomplexen in die Betrachtung einbezogen werden. Denn einerseits sind die Urteile das zentrale zur Verfügung stehende Forschungsmaterial, dessen Analyse zu den angestrebten Grundlagenerkenntnissen führen soll. Andererseits, gewissermassen aus dem umgekehrten Blickwinkel betrachtet, werden gewonnene, aber eher theorielastige Forschungsergebnisse erst durch Spiegelung an konkreten arbeitsrechtlichen Fragestellungen greifbar, um sie so für die Praxis fruchtbar machen zu können.

9

-
- 17 Um nur eine Auswahl zu nennen: ADOMEIT; BRASAT; BÜHRIG; DIETERICH; FREY; GALPARIN; GAMILLSCHEG, Differenzierung; DERS., Gedanken; DERS., Grundrechte; HERSHEL; KUDERNA, Auslegung; DERS., Diskussion; MAYER-MALY, Verhältnis; DERS., Rechtsfortbildung; MEYS; MÜLLER, Rechtsfortbildung; NEUMANN, Richterrecht; DERS., Urteilkünste; PACIC; PETER; PICKER; RAMM; REUTER, Methode; DERS., Rechtsfortbildung; SCHLACHTER; STEINDL; STEINKE; TOMANDL; VOGEL/PÖTTERS/CHRISTENSEN; VON HOYNINGEN-HUENE; VON KLITZING; VOSSEN; WANK, Auslegung; DERS., Methode; DERS., Methodenehrlichkeit; DERS., Rechtsfortbildung; DERS., Methodische Bemerkungen. Vgl. für die Schweiz immerhin PORTMANN, Rechtsfortbildung.
- 18 Ähnliches gilt für eine qualitative Gesamtwürdigung der rechtsschöpferischen Leistungen des Bundesgerichts im Bereich des privaten Arbeitsrechts, wie sie im fünften Teil der Arbeit gewagt wird. Auch insofern soll eine Lücke geschlossen werden.