

Besprechungen | Comptes rendus

Rudolph, Roger: Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht. 492 S. (Zürich 2021. Schulthess). Geb. CHF 119.00. Erhältlich unter: www.schulthess.com

Roger Rudolph, der Garant für fachlich hochstehendste Fachliteratur im Arbeitsrecht, hat sich selber die Messlatte für seine Habilitation sehr hoch gelegt; er hat sich durch die gesamte arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts der Jahre 1989 bis 2018 hindurchgearbeitet und diese aus den verschiedensten Blickwinkeln durchleuchtet. Quasi als «Abfallprodukt» hat er dabei eine lückenlose Liste der bundesgerichtlichen Leitentscheide zum Arbeitsrecht von 1989 bis 2018 (Bände BGE 115 II–120 II und BGE 121 III–144 III) generiert, die er den Lesenden seines Monumentalwerkes nicht vorenthält, sondern als tabellarische Darstellung mit einleitender Erläuterung als Anhang 2 kredenzt. Generell erweist sich der zum Glück sehr umfangreiche Anhangteil (125 Seiten) als eigentliche Schatztruhe; nebst der bereits erwähnten Tabelle der Leitentscheide in Anhang 2 sind in Anhang 1 die gesetzgeberischen Entwicklungen im Arbeitsprivatrecht (Art. 319–362 Obligationenrecht [OR]) nach Inkrafttreten des neuen Kündigungsrechts am 1. Januar 1989 bis 31. Dezember 2018 aufgelistet. In Anhang 3 nimmt *Roger Rudolph* sodann drei ausgewählte arbeitsrechtliche Entscheide des Bundesgerichts unter die Lupe, nämlich zur konkludenten Anspruchsbegründung bei Gratifikationen durch regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung, zum Anspruch auf angemessenes Entgelt bei ausschliesslicher oder vorwiegender Entlohnung durch Provisionen oder Anteil am Geschäftsergebnis und zur Alterskündigung. Es sind diese die drei bedeutendsten arbeitsrechtlichen Anspruchsgrundlagen, die durch richterliche Rechtsprechung begründet wurden. *Roger Rudolph* arbeitet dabei Erkenntnisse an den Tag, die namentlich ein zeitgetriebener Rechtsanwalt nie hätte erarbeiten können, und gibt diesem damit das Werkzeug in die Hand, um im Einzelfall diese altingesessenen arbeitsrechtlichen «Weisheiten» aus den Angeln zu heben.

In der Gesamtbetrachtung der vorliegenden Habilitation bilden diese Anhänge jedoch nur das Sahnehäubchen auf der eigentlichen Habilitation zum Thema «*Richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht*», welche ohne Anhänge 320 Seiten umfasst. In einem ersten Kapitel legt *Roger Rudolph* seine Beweggründe für die Untersuchung dar. So will er sich von der gängigen Einzelfalloptik lösen und die

richterliche Rechtsfindung im Arbeitsrecht einer übergreifenden methodischen Fragestellung unterziehen. In Anbetracht des grossen und zunehmenden Einflusses der Gerichte auf die Entwicklung des Arbeitsrechts bietet sich hier reichhaltiges Anschauungsmaterial, das von *Roger Rudolph* in der Folge akribisch und methodisch auf dem juristischen Seziertisch zerlegt wird. Schliesslich nimmt er sich der in den letzten Jahren vermehrt laut gewordenen Kritik an der Qualität in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung an. Nebstdem man natürlich sehr auf das Resultat dieser Untersuchung gespannt ist, fragt man sich sodann auch, in welcher Tonlage diese Kritik an der höchstrichterlichen Rechtsprechung schliesslich erfolgen wird. An dieser Stelle sei schon vorweggenommen, dass *Roger Rudolph* diese Gratwanderung – wie zu erwarten war – mit Bravour meistert und sich generell nie zu subjektiv eingefärbten Tiraden gegen das Bundesgericht hinreissen lässt, sondern sich immer objektiv und fachlich fundiert zu den einzelnen Themen äussert.

Bevor die eigentliche Untersuchung der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung beginnen kann, erläutert er in einem zweiten Teil ausgehend von Art. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) die Grundlagen der richterlichen Rechtsfindung und legt dabei schwergewichtig die Grundzüge des Drei-Ebenen-Modells mit der Trias Auslegung, Lückenfüllung und Gesetzeskorrektur dar.

Aufbauend auf diesen Grundlagen widmet sich sodann *Roger Rudolph* im dritten Teil seiner Habilitation den arbeitsrechtlichen Besonderheiten bei der richterlichen Rechtsfindung. Einleitend prüft er in diesem Zusammenhang den Einfluss des Arbeitsvölkerrechts, des Freizügigkeitsabkommens (FZA), des Rechts der Europäischen Union und des Verfassungsrechts. Anschliessend geht er der Rechtsfindung im Bereich der besonderen Rechtsquellenarten, Gesamt- und Normalarbeitsverträge, Betriebsordnung, allgemeine Anordnungen und Weisungen, nach. Je ein eigenes Kapitel widmet er den allgemeinen Anstellungsbedingungen, der Unklarheitsregel und der Bedeutung des Rechtsmissbrauchsverbots im Arbeitsrecht. Abgerundet wird der dritte Teil durch eine Untersuchung der Auswirkung der Internationalisierung der Arbeit auf das Arbeitsrecht und die richterliche Rechtsfindung. Im Sinne eines Resümees dieses Teils geht *Roger Rudolph* abschliessend der Frage nach, ob es eine arbeitsrechtliche Methode bei der richterlichen Rechtsfindung gibt. Mangels einer entsprechenden

Diskussion in der Schweiz geht er auf Spurensuche im deutschen und österreichischen Schrifttum. Da auch hier keine abschliessende Antwort zu finden ist, erarbeitet er einen eigenen Standpunkt mit der zusammenfassenden Würdigung, dass weder eine sachliche Notwendigkeit noch eine tragfähige rechtliche Grundlage für die Anerkennung einer besonderen arbeitsrechtlichen Methode besteht (Rz. 365).

Im vierten Teil der Habilitation wird der arbeitsrechtliche Prozess einer genauen Untersuchung unterzogen und dabei hält *Roger Rudolph* gleich zu Beginn fest: «*Den Arbeitsprozess gibt es nicht!*» (Rz. 371). Nach einer Abgrenzung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichem Rechtsweg folgen Ausführungen zur Zuständigkeit, zu den einzelnen Gerichtsverfahren und den Rechtsmitteln, gefolgt von einer Auswertung des Forschungsmaterials und einer Gegenüberstellung von Arbeitsrecht und Schiedsgerichtsbarkeit.

Die Würdigung der rechtsschöpferischen Leistungen des Bundesgerichts – ein Kernstück der Habilitation – wird im fünften Teil vorgenommen. Als Fazit stellt *Roger Rudolph* der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Arbeitsrecht ein gutes Zeugnis aus. Gleichwohl kristallisiert er dabei in zweierlei Hinsicht strukturelle Schwächen heraus: «*fehlende oder nur rudimentäre Begründung einerseits und teils offenkundige Widersprüche und Brü-*

che innerhalb der eigenen Rechtsprechung andererseits» (Rz. 531). Wie auch immer man die rechtsschöpferische Leistung des Bundesgerichts würdigt, ohne geht es angesichts der zahllosen Lücken *intra legem* und der fortschreitenden technologischen Entwicklung im Arbeitsrecht nicht (Rz. 532).

Für den eiligen Leser fasst *Roger Rudolph* im sechsten Teil zum Abschluss die Ergebnisse seiner Untersuchungen zusammen.

Roger Rudolph hat hier ein Meisterwerk abgeliefert, das in seiner Detailliertheit, Akribie, Schlüssigkeit und juristischen Makellosigkeit einmalig ist. Mit diesem «Exkalibur» hat er für das Arbeitsrecht den bundesgerichtlichen Elfenbeinturm derart in feine Scheibchen zerlegt, dass nun jedes Partikel davon von den Bundesrichtern als alchemistisches Zaubermittel zur Vergoldung der arbeitsrechtlichen Urteile verwendet werden kann. Natürlich empfiehlt es sich auch für die Anwaltschaft, zukünftig regelmässig auf dieses arbeitsrechtliche Zauberbuch zurückzugreifen, vor allem wenn es darum geht, alteingesessene arbeitsrechtliche «Weisheiten» aus den Angeln zu heben und «alte Zöpfe» abzuschneiden. Mit Recht kann dieses Werk als Gral des Schweizer Arbeitsrechts bezeichnet werden.

*Dr. iur. Roger Hirschler, Fürsprecher,
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich*