

 jetzt bestellen

Festschrift für Wolfgang Portmann

Herausgegeben von
Roland A. Müller
Roger Rudolph
Anton K. Schnyder
Adrian von Kaenel
Bernd Waas



Schulthess 

Festschrift für Wolfgang Portmann

Herausgegeben von
Roland A. Müller
Roger Rudolph
Anton K. Schnyder
Adrian von Kaenel
Bernd Waas

Schulthess § 2020

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 2020

ISBN 978-3-7255-8103-0

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank.....	V
Autorenverzeichnis.....	VII

ADRIAN VON KAENEL

Wolfgang Portmann – Ein Leben für zwei Künste	1
--	----------

JOSÉ JOÃO ABRANTES

Collective Labour Rights and the Autonomy of Labour Law (The Portuguese Example)	5
---	----------

JEREMIAS ADAMS-PRASSL

Workplace Regulation beyond Employment Law: Exploring the role of Data Protection.....	17
---	-----------

EDOARDO ALES

‘Worker’ (and) ‘Mobility’ in the Case Law of the Court of Justice EU on Free Movement: A Critical Appraisal	31
--	-----------

GABRIEL AUBERT

Réflexions sur les bonus (art. 322d CO).....	51
---	-----------

ROLAND BACHMANN

Einblick in den Kundenkreis als Voraussetzung für das nachvertragliche Konkurrenzverbot.....	67
---	-----------

KADRIYE BAKIRCI

The Vicarious Liability of Employers in Turkish Law	83
--	-----------

SAMUEL BAUMGARTNER / SARA LUSTENBERGER

Zur Zulässigkeit der alternativen objektiven Teilklagenhäufung	95
---	-----------

RALUCA DIMITRIU

**Work Discipline in the Workplace, with a Special Focus
on the Duty of Fidelity: The Case of Romanian Law** 113

JEAN-PHILIPPE DUNAND

**La Suisse et la « liste noire » de l'Organisation internationale
du travail (OIT)** 125

WOLFGANG ERNST

**Beschlussfassung durch den Betriebsrat –
Abstimmungsregelungen im BetrVG und ihre Probleme** 147

THOMAS GÄCHTER / PETRA KOLLER

**Arbeitsunfähigkeit und Invalidität im Arbeitsverhältnis –
Pflichten Arbeitgebender im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht** 159

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO /
DIEGO ÁLVAREZ ALONSO

**Digital Technology in the Employment Relationship: An Approach
in the light of the Spanish Legislation on 'Digital Rights' at the
Workplace** 177

THOMAS GEISER

**Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Ein Gespenst im
Arbeitsvertragsrecht** 191

IVANA GRGUREV

Divorce and Remarriage as (Un)Just Causes of Dismissal 203

PASCAL GROLIMUND

Vom Gerichtsstand in Arbeitssachen 221

ULRICH HAAS / CHRISTOPH METTLER

**Schiedsgerichtliche Streitigkeiten an der Schnittstelle zwischen
Arbeits- und Vereinsrecht** 237

HELMUT HEISS / RHEA SPECOGNA

Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Direktklage 255

ANGELA HENSCH

**Neues Verjährungsrecht: Auswirkungen auf die
Arbeitsrechtspraxis** 273

ROGER HISCHIER

**Fristlose Kündigung von Kaderangestellten internationaler
Konzerne** 293

DENIS G. HUMBERT

Sorgenkind vorgetäuschte Krankheit..... 309

PETR HŮRKA

Autonomy of Will vs. Employee Protection 329

PETER R. ISLER / MIRJAM VÖGELI

Die VegüV in Kollision mit ausländischem Arbeitsrecht..... 339

SENAD JAŠAREVIĆ

Serbian Labour Law and its Future 357

TODOR KALAMATIEV / ALEKSANDAR RISTOVSKI

**Temporary Work and Forms of Work Outside of the
Employment Relationship in North Macedonia –
de lege lata vs. de lege ferenda**..... 369

ANDREAS KELLERHALS / WESSELINA UEBE

Europakompatibilität im Schweizer Arbeitsrecht..... 389

GYÖRGY KISS

**Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Berufung
auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers:
die Lösung des ungarischen Arbeitsrechts**..... 403

THOMAS KOLLER

**«Recht auf Arbeit» oder bloss «Recht auf Lohn»? –
Aspekte eines (allfälligen) schuldrechtlichen Anspruchs
des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin auf
Beschäftigung nach schweizerischem Recht** 421

JOACHIM LEGE

**Die arbeits- und beamtenrechtliche Konkurrentenklage in
Deutschland** 439

LEANDER D. LOACKER

**Pacta non semper servanda sunt: Überlegungen zu gesetzlichen
Widerrufsrechten am Beispiel des Versicherungsvertrages**..... 457

MATTHIAS MAHLMANN

Schiller und das Recht der Republik..... 479

ISAAK MEIER

Arbeitsgerichte als Forschungsgegenstand 491

LESZEK MITRUS

The Right to Holiday Leave under the EU Charter of Fundamental Rights..... 515

ROLAND A. MÜLLER / CHRISTIAN MADUZ / OLIVER SCHMID

Beitritts- und Verhandlungsanspruch von Arbeitsverbänden im Gesamtarbeitsvertragsrecht..... 529

PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF

«Unmittelbare Drittwirkung» von Bestimmungen der EU-Grundrechtecharta?..... 543

RAHEL AINA NEDI / ANDREAS HOLENSTEIN

Rechtswahl im Arbeitsrecht 555

HARRY F. NÖTZLI

Deferred Bonus..... 569

COSTAS PAPADIMITRIOU

The Settlement of Collective Labour Disputes in Greece 581

KURT PÄRLI / LUCA VECCHI

Der Tendenzbetrieb: Herkunft, Bedeutung und Zukunft eines Begriffs..... 601

MANFRED REHBINDER

Eugen Ehrlich über die sogenannte stillschweigende Willenserklärung..... 621

HANS MICHAEL RIEMER / GABRIELA RIEMER-KAFKA

Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber mit Information von Drittpersonen oder der Öffentlichkeit..... 627

ROGER RUDOLPH	
Schutz vor Alterskündigung: Bestandsaufnahme und einige kritische Gedanken	637
URS SCHERRER	
Atypizitäten im Berufssport	649
ANTON K. SCHNYDER	
Ausgewählte Exponenten des Internationalen Privatrechts an der Universität Zürich	663
JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB	
Quand les algorithmes embauchent et licencient	677
KRASSIMIRA SREDKOVA	
The European Social Charter and Bulgaria	699
JEAN-FRITZ STÖCKLI	
Funktionierender Wettbewerb bei Spitzenlöhnen	713
GAABRIEL TAVITS	
Collective Labour Relations in the Digital Economy: The Case of Estonia	731
BERND WAAS	
Tarifverträge für Solo-Selbständige?	743
ISABELLE WILDHABER / GABRIEL KASPER	
Quantifizierte Arbeitnehmer: Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz	755
Verzeichnis der Publikationen von Wolfgang Portmann	773

Schutz vor Alterskündigung: Bestandsaufnahme und einige kritische Gedanken

ROGER RUDOLPH*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	637
II. Rechtliche Einordnung des Schutzes vor Alterskündigung	639
III. Entwicklung der neueren Rechtsprechung.....	640
A. Der Auftakt.....	640
B. Die Relativierung	641
C. Weitere Entwicklung.....	642
D. Der vorläufige Schlusspunkt	643
IV. Fazit und einige kritische Anmerkungen.....	644

I. Einleitung

Arbeitsrechtliche Kündigungsstreitigkeiten beschäftigen die Gerichte häufig. Dies betrifft einerseits Fälle fristloser Entlassung, wenn also das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber z.B. wegen vermeintlicher oder tatsächlicher Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers mit sofortiger Wirkung im Sinne von Art. 337 OR aufgelöst wird. Noch häufiger bilden Kündigungen Streitgegenstand, die unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist ausgesprochen werden, die aber vom klagenden Arbeitnehmer im Sinne von Art. 336 OR als missbräuchlich gerügt werden.¹ Das Gesetz sieht im erwähnten Art. 336 OR einen Katalog von insgesamt acht Missbrauchstatbeständen vor, darunter die Kündigung wegen persönlicher

* Der Autor dankt Frau MLaw Helin Cigerli, wissenschaftliche Mitarbeiterin, für ihre wertvollen Hinweise bei der Erarbeitung dieses Beitrags.

¹ Der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung der Art. 336 ff. OR ist in den Tatbestandsvarianten von Absatz 1 paritätisch ausgestaltet, so dass nach dem Gesetz auch eine missbräuchliche Kündigung durch den Arbeitnehmer in Frage käme. Tatsächlich ist nie ein solcher Fall bekannt geworden, so dass in Bezug auf den vom Gesetzgeber ursprünglich ebenfalls angestrebten Arbeitgeberschutz von einem toten Buchstaben des Gesetzes gesprochen werden kann.

Eigenschaften, wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, wegen der Geltendmachung vertraglicher Ansprüche (sog. Rache Kündigung) oder wegen Gewerkschaftsangehörigkeit bzw. -tätigkeit, um nur einige Beispiele zu nennen. Damit sind die Kündigungsmotive angesprochen. Wohl gilt im schweizerischen Arbeitsrecht der Grundsatz der Kündigungsfreiheit, der stark verkürzt aussagt, dass eine Kündigung grundsätzlich jederzeit möglich ist und nicht von einem sachlichen oder gar betrieblich notwendigen Kündigungsgrund getragen sein muss.² Diese Freiheit ist nun aber keine unbeschränkte: So hat die kündigende Partei in zeitlicher Hinsicht gewisse Sperrfristen zu beachten, so etwa bei Arbeitsverhinderungen wegen Krankheit oder Unfall.³ In sachlicher Hinsicht kommt der eben schon angesprochene Schutz vor missbräuchlicher Kündigung der Art. 336-336b OR zum Tragen, der bestimmte Kündigungsmotive für rechtsmissbräuchlich erklärt und Entschädigungszahlungen von bis zu sechs Monatslöhnen zur Folge haben kann.^{4, 5}

Die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR wird nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung als nicht abschliessend angesehen,⁶ auch wenn dieses Verständnis nach dem Gesetzestext nicht als zwingend erscheint.⁷ So hat denn die Rechtsprechung im Laufe der Jahre verschiedene aussergesetzliche bzw. auf das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB abgestützte Tatbestände anerkannt, so z.B. bestimmte Fälle von Änderungskündigungen, Kündigungen in Konfliktsituationen ohne vorherige Konfliktlösungsbemühungen und ganz generell die Ausdehnung des Missbrauchsschutzes über die eigentlichen Kündigungsmotive hinaus, auf die Art und Weise, wie das Kündigungsrecht ausgeübt wird.⁸ Das Bundesgericht verlangt allerdings, dass solche neuen, durch Richter-

² Ganz anders sieht es im öffentlichen Personalrecht aus, wenn also z.B. der Bund, die Kantone oder Gemeinden öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse eingehen. Auch wenn die anwendbaren Personalrechte Unterschiede vorsehen, kann im Sinne einer verfassungsrechtlichen Mindestanforderung generell gesagt werden, dass die Kündigung einer solchen Anstellung einen sachlichen Grund voraussetzt.

³ Vgl. Art. 336c f. OR.

⁴ Die Wirksamkeit der Kündigung bleibt indessen auch bei Vorliegen eines missbräuchlichen Kündigungsmotivs bestehen, d.h. das Arbeitsverhältnis endet unverändert nach Ablauf der massgeblichen Kündigungsfrist. Die Sanktionierung einer missbräuchlichen Entlassung ist mit anderen Worten nur finanzieller Natur. Ein Bestandesschutz besteht im privaten Arbeitsrecht nur für den Sonderfall einer Rache Kündigung nach Art. 10 des Gleichstellungsgesetzes (GlG).

⁵ Besondere, teilweise überlappende Kündigungsschutzbestimmungen gelten im Bereich des Gleichstellungsgesetzes (GlG).

⁶ Statt vieler: BGE 125 III 70 E. 2.a.

⁷ Vgl. den Einleitungssatz von Art. 336 Abs. 1 OR: «Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht: ...». Es fehlt also ein «insbesondere» oder eine ähnliche Formulierung, welche klarstellt, dass der anschliessende Katalog nur als beispielhafte Aufzählung zu verstehen ist. Ähnlich wie hier REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Bern 2014, N 56 zu Art. 336 OR.

⁸ Ausführlich zum Ganzen mit detaillierten Quellenachweisen PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2019, N 21 ff. zu Art. 336 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, N 4 zu Art. 336 OR, sowie der dazugehörige Update-Service VON KAENEL/RUDOLPH, www.schulthess.com/arbeitsvertrag, N 4 zu Art. 336 OR.

recht geschaffenen Tatbestände eine mit den in Art. 336 OR genannten Fallgruppen vergleichbare Schwere aufweisen.⁹ Gleichzeitig betont das Bundesgericht, dass ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsbetrieb unwürdiges Verhalten, wie z.B. die Entlassung eines Arbeitnehmers ohne jedes Gespräch, die Kündigung noch nicht zu einer missbräuchlichen mache.¹⁰ Es unterstreicht damit, dass der Missbrauchsschutz der Art. 336 ff. OR, wie es der Name schon sagt, ein Schutz vor rechtsmissbräuchlichem Handeln bieten soll, womit das verpönte Handeln nicht leichthin angenommen werden kann, sondern eine bestimmte Mindestschwere erreichen muss.¹¹ Dabei kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass eine arbeitsrechtliche Kündigung nach der Konzeption des OR zunächst nichts anderes ist als die Ausübung eines gesetzlichen bzw. vertraglichen Rechts und dass unter dem Blickwinkel des Rechtsmissbrauchs nur der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz findet.¹²

In den so abgesteckten rechtlichen Rahmen ist auch der im Folgenden zu beleuchtende Schutz älterer Arbeitnehmender vor Entlassung eingebettet. Bei dieser verkürzt auch als Alterskündigung bezeichneten Fallgruppe geht es um die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Entlassung älterer Mitarbeitender im Sinne von Art. 336 OR einen Missbrauchstatbestand erfüllt.¹³

II. Rechtliche Einordnung des Schutzes vor Alterskündigung

Nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht wegen einer Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass auch das Alter eine persönliche Eigenschaft im Sinne dieser Bestimmung darstellt.¹⁴ Damit kann als erstes Zwischenfazit festgestellt werden, dass eine Kündigung, die allein wegen des Alters ausgesprochen wird, grundsätzlich den Miss-

⁹ Statt vieler: BGE 136 III 513 E. 2.3.

¹⁰ BGE 131 III 535 E. 4.2; BGER, Urteil 4C.174/2004 vom 5. August 2004 E. 2.4.

¹¹ Besonders deutlich wird dieses qualifizierte Erfordernis bei der vorliegend vor allem interessierenden Fallgruppe «krasses Missverhältnis der Interessen». Dazu sogleich lit. III.1.

¹² Vgl. PORTMANN/RUDOLPH (FN 8), N 23 zu Art. 336 OR.

¹³ Zu den statistischen Grundlagen in Bezug auf das Risiko des Stellenverlusts im Alter vgl. den Bericht «Arbeitslose 50plus» des SECO, abrufbar unter https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/arbeitslosigkeit/aeltere_arbeitnehmende.html. Der Bericht kommt zum Schluss, dass generell von einem geringen Risiko des Stellenverlusts im Alter ausgegangen werden könne und dass ältere Arbeitnehmende nicht stärker von Arbeitslosigkeit betroffen seien als jüngere Alterskategorien. Wenn allerdings eine Person mit über 50 Jahren die Stelle verliere, drohe ihr ein deutlich höheres Risiko von Langzeitarbeitslosigkeit.

¹⁴ Statt vieler: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), N 5 zu Art. 336 OR.

brauchstatbestand erfüllt. Solche Fälle sind allerdings selten und kaum je publiziert worden.¹⁵ Das hat einerseits mit Beweishürden zu tun, die der klagende Arbeitnehmer als beweisbelastete Partei überwinden muss, wenn er wegen Missbräuchlichkeit klagt. Denn kaum ein Arbeitgeber wird als Kündigungsmotiv das Alter des Betroffenen angeben, selbst wenn es sich so verhalten haben sollte. Vor allem aber kann aus den publizierten Fällen geschlossen werden, dass in der Regel nicht das Alter als solches, sondern damit einhergehende Leistungseinbussen, Verhaltensdefizite oder Spannungen für den Kündigungsentcheid ursächlich waren.¹⁶ Damit öffnet sich für den kündigenden Arbeitgeber die Anrufung der beiden Rechtfertigungsgründe von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, wonach die altersbedingte Kündigung dann nicht missbräuchlich ist, wenn die Alterseigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt ist. Dies zusammen mit den eben kurz angesprochenen Beweisschwierigkeiten führte dazu, dass bis vor gut zehn Jahren kaum Urteile bekannt geworden sind, die Missbrauchsklagen wegen Alterskündigung gutgeheissen haben. Darüber hinaus hat das Bundesgericht entschieden, dass eine ordentliche Kündigung mit Blick auf das Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters grundsätzlich nicht missbräuchlich sei.¹⁷ Zusammenfassend bilden also die in Art. 336 OR explizit aufgelisteten Missbrauchstatbestände im Allgemeinen und jener der Entlassung wegen persönlicher Eigenschaften gemäss Abs. 1 lit. a im Besonderen kaum je eine erfolgsversprechende Anspruchsgrundlage bei Klagen wegen Alterskündigung.

III. Entwicklung der neueren Rechtsprechung

A. Der Auftakt

Als Auftakt der neueren Rechtsprechung zur Alterskündigung wird allgemein BGE 132 III 115 angesehen: In diesem viel diskutierten Fall eines Heizungsmonteurs mit 44 klaglosen Dienstjahren nahm das Bundesgericht anders als die Berner Vorinstanz eine missbräuchliche Kündigung an, als die Arbeitgeberin 14 Monate vor der Pensionierung das Arbeitsverhältnis ohne vorgängige Anhörung gekündigt hatte.¹⁸ Das Bundesgericht sprach eine maximale Pönalentschädigung im Sinne von Art. 336a OR im Betrag von sechs Monatslöhnen

¹⁵ Vgl. immerhin *Chambre d'appel des prud'hommes GE, JAR 2006, 469.*

¹⁶ Beispielfhaft BGer, Urteil 4A_60/2009 vom 3. April 2009. Weitere Hinweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), N 12 zu Art. 328 und N 5 zu Art. 336 OR. In einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich, JAR 1995, 158 ff., waren auch die umstrukturierungsbedingte Entlassung eines besser bezahlten älteren Arbeitnehmers und damit Kostenüberlegungen zulässig. Ähnlich das gleiche Gericht in plädoyer 6/1993, 63: keine Missbräuchlichkeit, als bei einer mit einem Stellenabbau verbundenen Restrukturierung primär die älteren, teureren Arbeitnehmer entlassen wurden.

¹⁷ BGer, Urteile 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014 (mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH) und 4C.388/2006 vom 30. Januar 2007. Dezidiert gl.M. WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3. Aufl. 2018, 631: «Le fait de licencier un employé parce qu'il atteint l'âge de la retraite fixé par l' AVS n'est certainement pas un motif abusif.»

¹⁸ Vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), N 4 zu Art. 336 OR.

zu. Der Hintergrund der Kündigung war einerseits, dass es zwischen dem entlassenen Arbeitnehmer und einem Serviceleiter zu Spannungen gekommen war. Andererseits weigerte sich der Arbeitnehmer, bestimmte Massnahmen zur Produktivitätssteigerung mitzutragen. Das Bundesgericht begründete die Missbräuchlichkeit neben einer Verletzung der Fürsorgepflicht und des Gebots der schonenden Rechtsausübung mit einem krassen Missverhältnis der auf dem Spiel stehenden Interessen: *«Hinzu kommt, dass gegenüber einem Arbeitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben (vorliegend 44 Jahre) im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt. (...) Darüber hinaus hat die Beklagte das Gebot schonender Rechtsausübung krass verletzt, indem sie den Kläger, ohne jegliches Vorgespräch und ohne auch nur den Versuch einer sozial verträglicheren Lösung zu unternehmen, unter sofortiger Freistellung entliess. (...) Schliesslich ist auch die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung aufgrund des krassen Missverhältnisses der auf dem Spiele stehenden Interessen offenkundig. (...) Dem eminenten Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages des Klägers, dem es angesichts seines Alters kaum gelingen dürfte, eine andere Anstellung zu finden, und der mit Einbussen bei den Einkommensersatzleistungen zu rechnen haben wird, steht nach dem Gesagten kein schützenswertes Interesse der Beklagten gegenüber»*.¹⁹ Damit bejahte das Bundesgericht im Ergebnis eine Pflicht der Arbeitgeberin, die erwogene Kündigung vorab einer Verhältnismässigkeitskontrolle zu unterziehen.

B. Die Relativierung

Schon kurz nach BGE 132 III 115 nahm das Bundesgericht die Gelegenheit wahr, die Präjudizienwirkung dieses Entscheids zu relativieren.²⁰ Es tat dies, indem es in einem Fall aus dem Jahr 2008 betonte, dass die Umstände in BGE 132 III 115 ausserordentlich bzw. extrem waren (*«exceptionnel, voire extrême»*). Entsprechend berief sich ein 55-jähriger Uhrenmechaniker, der nach 27 Dienstjahren entlassen worden war, erfolglos auf diesen Entscheid.²¹ Das Bundesgericht erwog, dass bei der Missbrauchsprüfung sämtliche Umstände zu berücksichtigen seien, nicht nur das Alter.²² Weiter sehe das Gesetz für den Fall der ordentlichen Kündigung keine Pflicht des Arbeitgebers vor, den Arbeitnehmer vorgängig schriftlich unter Androhung der Entlassung zu verwarnen.²³ Nicht besser erging es einem 57-jährigen Offsetdrucker, dem nach 33 Dienstjahren aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt worden war.²⁴ Auch er berief sich vergeblich auf BGE 132 III 115. Dies zum einen deshalb, weil dem Arbeitnehmer der Beweis nicht gelang, dass die Möglichkeit der Wei-

¹⁹ BGE 132 III 115 E. 5.3–5.5.

²⁰ Vgl. dazu und zum Folgenden STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), N 4 zu Art. 336 OR.

²¹ BGer, Urteil 4A_419/2007 vom 29. Januar 2008.

²² E. 2.5.

²³ E. 2.6.

²⁴ BGer, Urteil 4A_72/2008 vom 2. April 2008.

terbeschäftigung in einer anderen Funktion ernsthaft bestand. Im Übrigen, so das Bundesgericht kurz und bündig, sei jede Analogie zu BGE 132 III 115 ausgeschlossen, wenn bis zur Pensionierung noch acht Jahre fehlten.

C. Weitere Entwicklung

Aus der eben dargestellten Relativierung seiner eigenen Rechtsprechung war eigentlich zu schliessen, dass das Bundesgericht den besonderen Massstab, den es in BGE 132 III 115 an die Rechtmässigkeit einer Arbeitgeberkündigung gestellt hat, nur in ausgesprochenen Ausnahmekonstellationen (jahrzehntelange Anstellung, Pensionierung absehbar) angewendet wissen will.²⁵ Die Rechtsprechung, auch die kantonale, entwickelte sich in der Folge allerdings uneinheitlich.²⁶ So wurde Missbräuchlichkeit vom Bundesgericht verneint, als ein älterer, mit Alkoholproblemen kämpfender Kassier nach rund 25 Dienstjahren entlassen worden war, weil er nicht mehr in der Lage war, die ihm zugewiesenen Aufgaben zufriedenstellend auszuführen.²⁷ Hingegen taxierte das Bundesgericht die Entlassung eines 64-jährigen Agent d'exploitation mit 12 Dienstjahren als missbräuchlich.²⁸ Wiederum rechtmässig war die Entlassung eines 53-jährigen Taxifahrers mit neun Dienstjahren.²⁹ Das Kantonsgericht des Kantons Waadt erklärte die Kündigung eines 63-jährigen Directeur Général mit 42 Dienstjahren als zulässig,³⁰ während das Obergericht des Kantons Bern bei der Entlassung einer 58-jährigen Mitarbeiterin mit rund 36 Dienstjahren in einer konfliktgeladenen Situation, ohne dass der Arbeitgeber eine einvernehmliche Lösung gesucht hatte, Missbräuchlichkeit bejahte.³¹ Gleich wurde in einem Zürcher Fall entschieden, als ein Busfahrer mit zwar nur rund vier Dienstjahren, aber lediglich fünf Monate vor der Pensionierung, entlassen worden war.³² Ebenso sah das Arbeitsgericht Zürich in der Entlassung eines 63-jährigen, 2 Jahre vor der Pensionierung stehenden Geschäftsführers den Missbrauchstatbestand als erfüllt.³³ Bei manchen dieser Fälle ist zu beachten, dass die Kündigung im Umfeld einer Konfliktsituation ausgesprochen wurde, wofür das Bundesgericht von der Altersfrage unabhängige Pflichten entwickelt hat, denen der Arbeitgeber genügen muss, um sich nicht

²⁵ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), N 4 zu Art. 336 OR.

²⁶ Vgl. für eine umfassende Darstellung der Rechtsprechung HUMBERT, Die Alterskündigung, in: AJP 2015, 868 ff.; WYLER, La protection du travailleur âgé au bénéfice d'une grande ancienneté, in: Ordre des avocats de Genève, Commission de formation permanente (éds.), Regards de marathoniens sur le droit suisse, 187 ff.; VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), N 4 zu Art. 336 OR.

²⁷ BGer, Urteil 4A_60/2009 vom 3. April 2009.

²⁸ BGer, Urteil 4A_558/2012 vom 12. Februar 2013.

²⁹ BGer, Urteil 4A_169/2013 vom 18. Juni 2013.

³⁰ JAR 2015, 560.

³¹ JAR 2010, 442.

³² JAR 2011, 620.

³³ JAR 2012, 574.

dem Vorwurf der Missbräuchlichkeit auszusetzen.³⁴ Insofern bleibt offen, ob in diesen Fällen gleich entschieden worden wäre, wenn sich nur die Frage der Alterskündigung gestellt hätte.

D. Der vorläufige Schlusspunkt

Einen wohl nur vorläufigen Schlusspunkt fand diese schwankende Rechtsprechung in einem Entscheid aus dem Jahr 2014, in welchem das Bundesgericht die Entlassung eines 59-jährigen Key-Account-Managers mit rund 11 Dienstjahren (bzw. 35 Dienstjahren mit Unterbrüchen) zu beurteilen hatte.³⁵ Das Bundesgericht bejahte in seinem zu Lasten des Arbeitgebers sehr strengen Urteil die Missbräuchlichkeit, obwohl dieser nach einem Burnout des Arbeitnehmers verschiedene Massnahmen zur Entlastung getroffen hatte, was auch das Bundesgericht anerkannte. Nichtsdestotrotz befand es in E. 4.2.2, dass für die Arbeitnehmerkategorie «fortgeschrittenes Alter und lange Dienstzeit» eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gelte: *«Er [der Arbeitnehmer] hat namentlich Anspruch darauf, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung informiert und angehört zu werden, und der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen. Ein absoluter Kündigungsschutz für diese Kategorie von Arbeitnehmenden besteht indes dennoch nicht, würde ein solcher doch das Prinzip der Kündigungsfreiheit grundsätzlich in Frage stellen. Höchsttrichterlich war denn auch schon eingeräumt worden, dass sich eine Kündigung unter Umständen, selbst kurz vor der Pensionierung, als unumgänglich erweisen könnte. Diesfalls wird aber ein in erhöhtem Masse schonendes Vorgehen verlangt.»*³⁶

Mit der eben zitierten E. 4.2.2 und ihrer Anwendung auf den konkreten Fall in E. 5.2³⁷ hat das Bundesgericht für die Entlassung älterer Arbeitnehmer mindestens vier neue Pflichten entwickelt:

1. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung zu informieren.
2. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer das rechtliche Gehör zu gewähren.
3. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, welche eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen.

³⁴ Insbesondere fordert das Bundesgericht in einer solchen Situation die vorgängige Durchführung von Konfliktlösungsbemühungen. Vgl. dazu ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 8), N 4 zu Art. 336 OR.

³⁵ BGer, Urteil 4A_384/2014 vom 12. November 2014; kritisch besprochen durch STÖCKLI, in: ARV 2015, 17 ff.

³⁶ E. 4.2.2.

³⁷ In dieser Erwägung wurde vom Arbeitgeber über den Inhalt von E. 4.2.2 hinaus ausdrücklich auch das Ansetzen einer letzten Bewährungsfrist gefordert.

4. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer eine letzte Chance zu gewähren, indem er ihm klar zu signalisieren hat, dass die gerügten Mängel ohne Besserung zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen werden. Dabei ist der Arbeitnehmer nachdrücklich auf die Folgen seiner bisherigen Unterlassungen hinzuweisen, und es ist ihm mit Zielvereinbarung und Fristansetzung eine letzte Chance zu gewähren, seinen Aufgaben in genügendem Masse nachzukommen.

Die Strahlkraft dieses Entscheids ist einerseits brisant, weil damit Pflichten geschaffen wurden, die im kodifizierten Arbeitsprivatrecht des OR keine Stütze finden und das private Arbeitsrecht für die erwähnte Arbeitnehmerkategorie dem öffentlichen Dienstrecht annähern. Andererseits darf sie insofern nicht überschätzt werden, als der Entscheid – zumindest in dieser kategorischen Form – soweit ersichtlich ein Isolani geblieben ist. In neueren Urteilen, welche zumindest teilweise Aspekte der Alterskündigung betrafen, fanden sich diese Erwägungen nicht.³⁸

IV. Fazit und einige kritische Anmerkungen

Will man ein Fazit ziehen, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach bei der Entlassung älterer Arbeitnehmender als Ausfluss der Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) bzw. in Anwendung des Rechtsmissbrauchsverbots von Art. 2 ZGB erhöhte Anforderungen zum Tragen kommen, im Grundsatz als gefestigt zu bezeichnen. Im Einzelfall bestehen aber ganz erhebliche Rechtsunsicherheiten, worauf bereits STÖCKLI ebenso zutreffend wie pointiert hingewiesen hat («uferlose Rechtsunsicherheiten»)³⁹. So ist beispielsweise heute noch gänzlich unklar, ab welchem Altersjahr der Schutzschirm dieser Rechtsprechung greifen soll bzw. ob es überhaupt eine fixe Altersgrenze gibt, die erreicht sein muss, bevor die Rechtsprechung zum Zuge kommt. Oder auf den Punkt gebracht: Wann ist man eigentlich alt? Ebenso ungeklärt ist, welche Bedeutung bzw. Gewichtung dem Dienstalter und der Restdauer bis zur Pensionierung zukommen soll. Kann es beispielsweise sein, dass selbst bei nur sehr kurzer Anstellung von zwei oder drei Jahren dem Arbeitgeber Missbräuchlichkeit droht, wenn er sich wenige Monate vor dem Erreichen des Pensionierungsalters vom Arbeitnehmer trennt? Oder kann umgekehrt auch dann Missbräuchlichkeit vorliegen, wenn der von der Entlassung betroffene Mitarbeiter erst 50 Jahre und damit noch etliche Jahre von der Pensionierung entfernt ist, aber schon 20 oder mehr Dienstjahre aufweist, weil er seit der Berufsausbildung beim gleichen Arbeitgeber tätig ist? Gerade diese ungeklärte In-

³⁸ Vgl. z.B. BGer, Urteil 4A_485/2017 vom 25. Juli 2018: missbräuchliche Entlassung einer 57-jährigen Pflegerin nach 22 klaglosen Dienstjahren, wobei in casu vor allem die Konfliktsituation im Zentrum stand; ferner BGer, Urteil 4A_130/2016 vom 25. August 2016.

³⁹ STÖCKLI (FN 34), 20.

terpendenz zwischen den drei Grössen Lebensalter, Dienstalter und Restdauer bis zur Pensionierung macht die Prognose, ob in einem konkreten Einzelfall erhöhte Kündigungsanforderungen zum Tragen kommen, sehr schwierig.⁴⁰

Es treten dogmatische Bedenken hinzu: Wenn das Bundesgericht die Missbräuchlichkeit mit einer erhöhten Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden begründet, klammert es aus, dass zwischen einer Verletzung der Fürsorgepflicht einerseits und der Missbräuchlichkeit der Kündigung andererseits kein Automatismus besteht. Dies schon deshalb nicht, weil nicht jede Verletzung der Fürsorgepflicht die hohe Hürde des Rechtsmissbrauchs erreicht, um die es beim Missbrauchsschutz von Art. 336 OR ganz unbestrittenermassen geht. Mit anderen Worten: Nur weil eine Kündigung als Verletzung der Fürsorgepflicht erscheint, muss sie deswegen noch nicht missbräuchlich sein. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht selber betont, dass ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsbetrieb unwürdiges Verhalten im Umfeld einer Kündigung diese noch nicht zu einer missbräuchlichen macht und dass neue Missbrauchstatbestände voraussetzen, dass sie eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR aufgeführten Fallgruppen vergleichbar sind.⁴¹

Dogmatisch heikles Terrain betritt das Bundesgericht auch, wenn es das Gebot der schonenden Rechtsausübung zur Begründung seiner Rechtsprechung anführt, um daraus ein Gebot zum Verzicht auf Ausübung des Kündigungsrechts zugunsten anderer Massnahmen wie z.B. das Ansetzen einer Bewährungsfrist abzuleiten.⁴² Denn das Prinzip der schonenden Rechtsausübung verletzt, wer von mehreren gleichwertigen Möglichkeiten, die ihm zur Ausübung eines Rechts offenstehen, ohne sachlichen Grund diejenige wählt, welche für die Gegenpartei besondere Nachteile mit sich bringt. Der Grundsatz bedeutet hingegen nicht, dass der Berechtigte, sei es vorübergehend oder endgültig, auf die Ausübung des Rechts zu verzichten und mildere Massnahmen zu ergreifen hat. Anders als das gleich zu beleuchtende krasse Missverhältnis der Interessen hat folglich das Prinzip der schonenden Rechtsausübung nicht zur Konsequenz, dass ein Recht allenfalls gar nicht ausgeübt werden darf.

⁴⁰ Vgl. für einen Vorschlag HUMBERT (FN 26), 883, der die «Eintrittsschwelle» bei einem Lebensalter von 55 Jahren und mehr als 20 Dienstjahren festlegt, um mit zunehmenden Lebensalter das Erfordernis beim Dienstalter zu senken, so dass im Lebensalter von 64 Jahren noch mehr als sechs Dienstjahre erfüllt sein müssen, damit ein Arbeitnehmer vom erhöhten Kündigungsschutz profitieren kann. Tatsächlich könnte mit einem solchen Schema Rechtssicherheit gewonnen werden. Gleichzeitig erheben sich aber beträchtliche Bedenken, so z.B. in dogmatischer Hinsicht, indem sich für die gewählte Anknüpfung an mathematische Vorgaben schlicht keine gesetzliche Fundierung finden lässt. Aber auch im Ergebnis stellt sich die Frage, ob ein 54-Jähriger mit 30 oder mehr Dienstjahren wirklich weniger schutzwürdig ist als ein 64-Jähriger mit bloss 7 Dienstjahren.

⁴¹ BGE 131 III 535 E. 4.2; BGer, Urteil 4C.174/2004 vom 5. August 2004 E. 2.4; BGE 136 III 513 E. 2.3; vgl. dazu schon vorn lit. I.

⁴² Dazu und zum Folgenden PORTMANN/RUDOLPH (FN 8), N 25 zu Art. 336 OR, mit weiteren Hinweisen.

Soweit das Bundesgericht das krasse Missverhältnis der Interessen als eine der anerkannten Formen des Rechtsmissbrauchs in den Vordergrund rückt, ist der Befund ein differenzierter: Tatsächlich sind auch im Umfeld arbeitsrechtlicher Kündigungen Ausnahmekonstellationen denkbar, welche diesen Tatbestand erfüllen können. Exemplarisch kann hier an den Heizungsmonteur in BGE 132 III 115 erinnert werden, der nach 44 klaglosen Dienstjahren 14 Monate vor der Pensionierung und ohne vorgängige Anhörung entlassen worden war. Dass das Bundesgericht in dieser Konstellation auf Missbräuchlichkeit erkannt hat, verdient unter Wertungsgesichtspunkten Zustimmung und ist dogmatisch schlüssig begründbar. Es ist aber im Lichte von Art. 2 ZGB und den dazu entwickelten Lehren⁴³ zu fordern, dass als krasse Missverhältnis der Interessen wirklich nur ganz aussergewöhnliche, eben «krasse» Konstellationen angesehen werden und nicht schon solche, in denen die Entlassung im Sinne der eben zitierten Rechtsprechung nur als unanständig oder stossend erscheint. Genauso, wie dies das Bundesgericht selber in einem Folgeentscheid zu BGE 132 III 115 unmissverständlich klargestellt hat, indem es die Umstände in diesem Leitentscheid als ausserordentlich bzw. extrem bezeichnete.⁴⁴ Im Ergebnis kann daraus nur gefolgert werden, dass ein aus Art. 2 ZGB abgeleiteter erhöhter Kündigungsschutz auf ältere Angestellte zu beschränken ist, die jahrzehntelang für den gleichen Arbeitgeber tätig sind und wenige Jahre vor Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters stehen. Diese Anforderungen teils markant zu senken, wie dies das Bundesgericht und einzelne kantonale Gerichte in späteren Entscheiden getan haben, ist unter Sozialschutzoptik zwar verständlich, möglicherweise sogar wünschenswert, sprengt aber den engen Rahmen, für den Art. 2 ZGB eine tragfähige Grundlage bieten kann, denn diese Bestimmung schafft kein Einfallstor für eine allgemeine Billigkeitsprüfung,⁴⁵ sondern versagt nur dem offenbaren Missbrauch eines Rechts den Rechtsschutz.⁴⁶ Noch mehr gilt dies für das Aufstellen neuer, dem Kündigungsschutzrecht des OR gänzlich unbekannter Verfahrenspflichten, welche vorgängig einer Entlassung einzuhalten sein sollen.⁴⁷ Hier wie dort wäre es Sache des Gesetzgebers, einen entsprechenden Rechtsschutz einzuführen, womit auch dem rechtsstaatlichen Bedenken Rechnung getragen wäre, dass eine so fundamentale Neuordnung wie die Schaffung eines Sonderkündigungsschutzrechts für eine ausgewählte Arbeitnehmergruppe durch Rechtssatz und nicht durch Richterrecht erfolgen soll.

Mit dem Gedanken der Privilegierung einer bestimmten Mitarbeiterkategorie geht ein weiterer Aspekt einher, der in der Diskussion um einen erhöhten Kündigungsschutz für ältere Angestellte noch kaum Beachtung gefunden hat: Die Privilegierung einer isolierten Gruppe

⁴³ Anschaulich die Beispiele aus dem allgemeinen Privatrecht bei HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung und Personenrecht, Einleitung und Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, N 213 ff. zu Art. 2 ZGB.

⁴⁴ BGer, Urteil 4A_419/2007 vom 29. Januar 2008; vgl. auch schon vorn lit. III.2.

⁴⁵ Vgl. REHBINDER/STÖCKLI (FN 7), N 57 zu Art. 336 OR: «Das Gesetz lässt keinen Raum für Billigkeitsentscheidungen, wenn es Rechtsmissbrauch voraussetzt.»

⁴⁶ Vgl. PORTMANN/RUDOLPH (FN 8), N 23 zu Art. 336 OR.

⁴⁷ Vgl. BGer, Urteil 4A_384/2014 vom 12. November 2014 und dessen Besprechung vorn unter lit. III.4.

hat unvermeidbar die Ungleichbehandlung und damit Benachteiligung anderer Arbeitnehmergruppen zur Folge, und zwar auch solcher, die mit ebenso guten Gründen als besonders schutzwürdig angesehen werden können. Zu denken ist beispielsweise an alleinerziehende Personen, an kranke Mitarbeiter oder an solche mit einer Behinderung. Ihnen allen kann nach geltendem Recht spätestens nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfristen (Art. 336c OR) gekündigt werden, ohne dass sie sich auf einen besonderen, durch Richterrecht geschaffenen Kündigungsschutztatbestand berufen könnten. So hat das Bundesgericht beispielsweise für eine krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung unmissverständlich festgehalten, dass eine Kündigung nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfrist zulässig und nicht missbräuchlich ist.⁴⁸ Und dies obwohl Krankheit ebenso wie das Alter als persönliche Eigenschaft im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR anerkannt ist.

Daran schliesst sich eine vielleicht etwas provokative Schlussfrage an: Ist ein älterer Manager mit gutem Lohn, der kurz vor der Pensionierung steht, seine Altersrente praktisch ausfinanziert hat und die verbleibende Restzeit problemlos durch Leistungen der Arbeitslosenversicherung abdecken kann, wirklich schutzbedürftiger als eine 30-jährige alleinerziehende Mutter, die auf ihre Teilzeitarbeit zu bescheidenem Lohn dringend angewiesen ist?⁴⁹ Noch deutlicher wird das Dilemma, wenn man sich den konkreten Fall vorstellt, dass sich ein Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen zu einem Stellenabbau gezwungen sieht. Steht er vor der Wahl, wen er entlassen muss, müsste seine Wahl mindestens unter dem Blickwinkel des Missbrauchsrisikos ganz eindeutig auf die jüngeren Angestellten fallen, da hier das Risiko, zu einer Entschädigungszahlung im Sinne von Art. 336a OR verurteilt zu werden, erheblich geringer ist. Das eben konstruierte Beispiel mag etwas zugespitzt sein. Es macht aber deutlich, dass gerade im Arbeitsrecht die Schaffung singularer Schutzvorschriften für bestimmte Personengruppen, so gut sie auch gemeint ist, immer auch eine andere Seite hat und auf Kosten anderer zu gehen droht. Umso mehr ist es notwendig, dass der Diskurs über eine Verbesserung des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, für den sich durchaus Argumente anführen lassen, nicht auf der Bühne des notwendigerweise fallbezogenen Richterrechts geführt wird, sondern vom Gesetzgeber, um so sachlich nicht begründbare Ungleichbehandlungen möglichst zu vermeiden.⁵⁰ Alternativ und vielleicht sogar als Königsweg haben es die Sozialpartner in der Hand, branchenspezifische Verstärkungen des Kündigungsschutzes in Gesamtarbeitsverträgen vorzusehen, wie dies unlängst im neuen, am 1. Juli 2018 in Kraft getretenen Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-,

⁴⁸ BGE 123 III 246 E. 5.

⁴⁹ Dem könnte nur auf den ersten Blick prinzipiell entgegengehalten werden, dass sich die ungleiche Behandlung dadurch rechtfertige, dass sich der ältere Mitarbeiter einen besonderen Kündigungsschutz durch seine langjährige Diensttreue «verdient» habe. Denn ein solches an der Beschäftigungsdauer orientiertes Schutzdenken steht im Widerspruch zur gesetzlichen Konzeption von Art. 336 OR, dessen Missbrauchstatbestände ganz unabhängig von der Dauer eines Arbeitsverhältnisses Geltung beanspruchen. Dies gilt sogar für die Phase der Probezeit (vgl. BGE 136 III 96 E. 2).

⁵⁰ Zu den Risiken eines erhöhten Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmer, etwa dass sie wegen ihres erhöhten Kündigungsschutzes gar nicht mehr angestellt werden, vgl. den Bericht «Arbeitslose 50plus» des SECO (FN 12), 19 f.

Elektro- und Metallindustrie geschehen ist. Dessen Art. 25 sieht im Kern vor, dass vor der Entlassung von Mitarbeitenden ab dem 55. Altersjahr unter Beizug einer hierarchisch übergeordneten Stelle Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zu suchen sind. Weist der Mitarbeiter zusätzlich mindestens zehn Dienstjahre auf, hat er im Falle, dass dennoch eine Kündigung ausgesprochen werden soll, Anspruch auf Verlängerung der Kündigungsfrist um einen Monat.⁵¹ Eine Lösung, die ausgewogen erscheint und Modellcharakter haben könnte.

⁵¹ Eine solche kollektivrechtliche Regelung vermag zwar das Risiko der isolierten Privilegierung einer Arbeitnehmergruppe auf Kosten anderer Mitarbeiterkategorien nicht zu beseitigen, doch hat sie gestützt auf Art. 357 OR eine deutlich gefestigtere Fundierung und Legitimität als ein allein durch Richterrecht geschaffenes Sonderkündigungsregime.