

Dokument	ARV 2018 S. 1
Autor	Kurt Pärli
Titel	Altersdiskriminierung – von der Anstellung bis zur Kündigung
Seiten	1-12
Publikation	ARV - Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
Herausgeber	Wolfgang Portmann, Gabriel Aubert, Jean-Philippe Dunand, Adrian von Kaenel, Roland A. Müller, Boris Zürcher
Frühere Herausgeber	Serge Gaillard
ISSN	1660-0339
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

ARV 2018 S. 1

Altersdiskriminierung – von der Anstellung bis zur Kündigung

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Juristische Fakultät der Universität Basel

Die Diskriminierung älterer Arbeitnehmender kommt in allen Phasen eines Arbeitsverhältnisses vor, insbesondere auch bei der Bewerbung. Der Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Alters ist durch die Verfassung gewährleistet und auch völkerrechtlich gefordert. Für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis dominiert indes de lege lata das Prinzip der (formalen) Vertragsfreiheit. Einzig ältere Arbeitnehmende kommen dank des Bundesgerichts punktuell in den Genuss einer erhöhten Fürsorgepflicht und dadurch zu einem verbesserten Kündigungsschutz. Im Interesse der Vertragsgerechtigkeit und der Rechtssicherheit ist de lege ferenda ein umfassendes gesetzliches Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters unumgänglich.

La discrimination envers les salariés âgés peut survenir à toutes les étapes du rapport de travail, notamment lors de la candidature. La protection contre la discrimination à raison de l'âge est garantie tant par la constitution que par le droit international. En droit privé règne, de lege lata, le principe (formel) de la liberté contractuelle. Seuls les salariés âgés bénéficient, grâce au Tribunal fédéral, d'une protection accrue de la personnalité et, partant, d'une protection améliorée contre le licenciement. Dans l'intérêt de la justice contractuelle et de la sécurité du droit, il est indispensable de prévoir, de lege ferenda, une protection étendue contre la discrimination à raison de l'âge.



I. Ausgangslage

1. Erscheinungsformen und Verbreitung der Altersdiskriminierung

Zwar befindet sich die Schweiz hinsichtlich der Beschäftigungsquote älterer Menschen gemäss einer OECD-Studie in der Spitzengruppe¹. Dennoch ist davon auszugehen, dass Altersdiskriminierung in der Arbeitswelt auch in der Schweiz existiert². Regelmässig berichten Medien über Schicksale älterer Arbeitnehmer/innen, die aufgrund ihres Alters die Stelle verlieren und trotz intensivster Bemühungen keine Chance mehr auf eine Rückkehr in den Arbeitsmarkt haben³. Verlässliche Untersuchungen über die Verbreitung der Altersdiskriminierung und ihre Erscheinungsformen fehlen. Immerhin zeigt das von der Universität Zürich betriebene Monitoring der Stelleninserate, dass noch immer in zahlreichen Stellenausschreibungen Altersgrenzen vorkommen⁴. Dabei zeigt sich, dass überwiegend 29- bis 45-jährige Personen gesucht werden, tendenziell eher jüngere. Praktisch nie spezifisch gesucht werden Arbeitnehmende, die das 40. Altersjahr bereits hinter sich haben. Belegt ist weiter die weit verbreitete Sorge vieler Menschen vor Diskriminierung aufgrund des Alters im Erwerbsleben. So zeigt eine aktuelle Untersuchung des Beratungsunternehmens Tamandua und der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW), dass drei von vier älteren Arbeitnehmer/innen bei einem Stellenwechsel mit Diskriminierung wegen ihres Alters rechnen⁵. Auch das Eurobarometer der Europäischen Union zeigt, dass fast zwei Drittel der Europäerinnen befürchten, Opfer von Altersdiskriminierung zu werden⁶. Als Ursache für die Benachteiligung älterer Arbeitnehmer/innen wird regelmässig auf den globalisierten Arbeitsmarkt hingewiesen, der es einfach mache, ältere Mitarbeitende durch kostengünstige jüngere, oft ausländische, zu ersetzen⁷.

- 1 Zitiert nach *Bundesamt für Sozialversicherung, Alterung und Beschäftigungspolitik, bessere Arbeit im Alter*, Bern 2014, S. 15 (von der OECD in Französisch unter folgendem Originaltitel veröffentlicht: *Vieillessement et politiques de l'emploi: Suisse* 2014).
- 2 Dies wird auch in einer Untersuchung der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich aus dem Jahre 2012 angedeutet, wobei erwähnt wird, dass weitere Analysen notwendig wären, um die These der Diskriminierung Älterer bei Einstellungen zu überprüfen, siehe: *Angela Wirz/Thomas Bauer/Alicia Portenier, Volkswirtschaftsdirektion Zürich, 50plus Chancen und Risiken auf dem Zürcher Arbeitsmarkt*, S. 30, 35.
- 3 Siehe dazu die eindrücklichen Schilderungen Betroffener im Jahresbericht 2016 des Vereins «avenir50plus», S. 13 ff. (Quelle: http://avenir50plus.ch/avplus50/wpcontent/uploads/2017/03/Jahresbericht-2016-AV50plus_170323.pdf, zuletzt besucht am 7.3.2018). Siehe ferner: *Isabel Baumann, The Plight of Older Workers*, Springer International Publishing, 2016 (Untersuchung zum Schicksal entlassener älterer Industriearbeiter in der Schweiz).
- 4 *Helen Buch/Ann-Sophie Gnehm, Altersgrenzen in Stelleninseraten. Bericht für das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Zürich 2016* (Quelle: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/43789.pdf>, zuletzt besucht am 7.3.2018).
- 5 <https://www.tamandua.ch/single-post/2018/01/24/Studie-Segment-50plus> (zuletzt besucht am 7.3.2018). Auch eine Studie der Fachhochschule St. Gallen aus dem Jahre 2012 zeigt, dass zahlreiche Menschen Angst vor Diskriminierung im Erwerbsleben wegen ihres Alters haben, siehe *Walter Rehberg/ Benjamin Moser, Integration – Altersdiskriminierung in Europa und der Schweiz: Die Sicht der Betroffenen*, in: Bühlmann/Schmid Botkine (Hrsg.), *Sozialbericht 2012: Fokus Generationen*, S.125–176.
- 6 Siehe http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_296_de.pdf, S. 61 ff. (zuletzt besucht am 7.3.2018).
- 7 NZZ, 23. Juni 2013.



2. Die relevanten arbeitsrechtlichen Fragen und Gang der Untersuchung

Das Phänomen der Altersdiskriminierung wirft in arbeitsrechtlicher Hinsicht verschiedene Fragen auf. Vorab klärungsbedürftig ist, ob unter dem Begriff «Altersdiskriminierung» nur die Benachteiligung älterer Arbeitnehmender verstanden werden soll oder ob ganz grundsätzlich jede Anknüpfung an ein bestimmtes Lebensalter gemeint ist. Wie noch zu zeigen sein wird, finden sich in den unterschiedlichen Rechtssystemen beide Konzeptionen. Zentral ist weiter die Unterscheidung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Nur im Anwendungsbereich des öffentlichen Dienstrechts ist die Arbeitgeberin unmittelbar an die Grundrechte einschliesslich des in Art. 8 Abs. 2 Bundesverfassung (BV) verankerten Diskriminierungsverbots aufgrund des Alters gebunden. Für die Rechtslage in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – auf die wird im vorliegenden Beitrag der Fokus gelegt – ist immerhin von einer indirekten Drittwirkung auszugehen. Auch gilt hier – anders als im öffentlichen Dienstrecht – die Vertragsfreiheit in all ihren Ausprägungen (Abschluss, Inhalts- und Beendigungsfreiheit).

Nicht jede Ungleichbehandlung aufgrund des Alters stellt eine Diskriminierung dar. Gerade im Bereich altersspezifischer Ungleichbehandlung kommt den

ARV 2018 S. 1, 3

Rechtfertigungsgründen eine sehr grosse Bedeutung zu. Welche Gründe eine Differenzierung aufgrund des Alters als zulässig erscheinen lassen, bedarf vertiefter Analyse. Dies geschieht im gleich folgenden Teil des Beitrages (II). Ergänzt werden diese grundsätzlichen Überlegungen durch einen Seitenblick auf die Rechtslage in den USA und in der EU (III). Danach folgt eine systematische Bearbeitung der Diskriminierungsthematik aufgrund der geltenden Rechtslage in der Bewerbungsphase, beim Vertragsabschluss, während des Arbeitsverhältnisses und im Zusammenhang mit der Kündigung (IV). Ein Fazit und ein paar Anregungen de lege ferenda runden den Beitrag ab (V).

II. Grundsätzliches zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters

1. Formen der Diskriminierung

In der Rechtswissenschaft, zum Teil auch in der Gesetzgebung und Rechtspraxis, wird zwischen direkter und indirekter Diskriminierung unterschieden. Als Synonyme werden die Begriffe unmittelbare und mittelbare Diskriminierung verwendet⁸. Eine direkte (unmittelbare) Diskriminierung liegt vor, wenn für eine benachteiligende Ungleichbehandlung an das Lebensalter angeknüpft wird, z.B. durch Mindest- oder Höchstalter für bestimmte Berufe oder Tätigkeiten. Indirekt (mittelbar) ist die Diskriminierung dann, wenn die benachteiligende Ungleichbehandlung zwar nicht an das Alter anknüpft, die Auswirkung aber z.B. jüngere (oder auch ältere) Arbeitnehmende überproportional betrifft⁹. Typisches Beispiel dafür ist die Berufserfahrung. Von der Rechtspraxis und auch in der Gesetzgebung noch kaum

⁸ Siehe dazu grundsätzlich *Naguib Tarek/Kurt Pärli*, Diskriminierungsschutz, was wir damit meinen, in: *Naguib et al.*, Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014, S. 6 ff.

⁹ Zur Definition der direkten und indirekten Diskriminierung siehe BGE 126 II 377 E. 6, 134 I 49 E. 3, 132 I 49 E. 8.1, 132 I 167 E. 3.

anerkannt ist das Verbot der Mehrfachdiskriminierung, die sich in verschiedenen Formen manifestieren kann¹⁰. Eine Mehrfachdiskriminierung liegt beispielsweise vor, wenn eine Person benachteiligt wird wegen ihres Alters und wegen ihres Geschlechts; beispielsweise wird eine Arbeitnehmerin wegen ihres Geschlechts und wegen ihres Alters nicht angestellt. Eine jüngere Frau oder ein gleichaltriger oder gar älterer Mann würde ihr vorgezogen. Noch kaum erforscht ist die statistische Diskriminierung als Rechtsproblem¹¹. Im vorliegenden Kontext betrifft dies generalisierende Annahmen über altersspezifische Eigenschaften, die im konkreten Fall nicht zutreffend sein müssen. Ein typisches Beispiel dafür sind starre Altersgrenzen für Piloten, die auf der Annahme basieren, dass für diese Tätigkeit ab einem bestimmten Alter die objektive Eignung fehlt¹².

2. Völker- und verfassungsrechtliche Verankerung des Verbotes der Diskriminierung aufgrund des Alters

Schutz vor Diskriminierung bildet seit Ende des zweiten Weltkrieges festen Bestandteil des internationalen Menschenrechtsschutzes. In zahlreichen völkerrechtlichen Abkommen finden sich Diskriminierungsverbote, die den Ratifikationsstaaten die Pflicht auferlegen, innerstaatlich für wirksamen Schutz vor Ungleichbehandlung wegen persönlichkeitsnaher Merkmale wie Geschlecht, Herkunft, Hautfarbe usw. zu sorgen. Durch die Abkommen werden die Vertragsstaaten in ihrem Wertungsspielraum, aus welchen Gründen sie innerstaatlich Ungleichbehandlungen zulassen wollen, eingeschränkt. Primärer Adressat der völkerrechtlichen Pflichten ist der Staat, zu dessen Pflichten es indes auch gehört, für wirksamen Schutz vor Diskriminierung unter Privaten zu sorgen¹³. Damit haben die arbeitsrechtlich relevanten völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote eine (zumindest) indirekte (mittelbare) Drittwirkung. Das Diskriminierungsmerkmal «Alter» findet sich in keinem Menschenrechtsvertrag ausdrücklich aufgeführt¹⁴. In der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit

ARV 2018 S. 1, 4

Behinderung¹⁵ wird an verschiedenen Stellen auf die Lage älterer Menschen verwiesen¹⁶. Art. 8 Abs. 1 Bst. b der Konvention hält fest, die Staaten wären verpflichtet «to combat stereotypes, prejudices and harmful practices relating to persons with disabilities, including those based on sex and age, in all areas of life». Auch der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR)¹⁷ sieht

10 Für eine Übersicht der verschiedenen Formen von Mehrfachdiskriminierung siehe <http://www.mehrfachdiskriminierung.ch> (zuletzt besucht am 7.3.2018).

11 Siehe dazu umfassend: *Gabriela Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, Tübingen 2008.

12 *Kurt Pärli*, Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Lichte völker-, verfassungs- und europarechtlicher Diskriminierungsverbote, in: Lorandi (Hrsg.), *Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander*, Zürich 2011, S. 107 ff.

13 *Kurt Pärli*, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009, Rz 790 ff.

14 *Felipe Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben – eine rechtsmethodische Analyse, München 2008, S. 55–63 ff.

15 UN, A/61/611. Für einen Überblick zur Behindertenkonvention siehe *Norman Weiss*, Die neue UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen – weitere Präzisierung des Menschenrechtsschutzes, in: *Menschenrechtsmagazin*, 11. Jahrgang 2006, Heft 3, S. 293 ff.

16 Art. 13 (altersgemässe Vorkehrungen zur Verbesserung des Zugangs zur Justiz), Art. 16 Abs. 2 (das Alter berücksichtigende Unterstützungen zur Verhinderung von Ausbeutung und Gewalt), Art. 23 Abs. 1 Bst. b (Anspruch auf altersgemässe Information), Art. 25 Bst. b (besondere Erwähnung von Kindern und älteren Menschen beim Zugang zu Gesundheitsleistungen), Art. 28 Abs. 2 Bst. b (Erwähnung älterer Menschen beim Anspruch auf Zugang zu Programmen für sozialen Schutz und zur Armutsbekämpfung).

17 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.



kein *ausdrückliches* Diskriminierungsverbot aus Gründen des Alters vor. Die Liste der in Art. 26 IPbpR verankerten Diskriminierungsmerkmale ist nicht abschliessend. Verboten ist auch die Diskriminierung wegen eines «anderen Status». Darunter lässt sich auch «Alter» subsumieren¹⁸. Für die Internationale Arbeitsorganisation (International Labor Organisation, ILO) bildet der Kampf gegen Diskriminierung bei Arbeit und Beschäftigung eine zentrale Aufgabe. Im entsprechenden Übereinkommen Nr. 111¹⁹ sind sieben Diskriminierungsmerkmale (Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Glaubensbekenntnis, politische Meinung, nationale Abstammung und soziale Herkunft) aufgeführt. Für den Sachverständigenausschuss der ILO sind Merkmale wie Behinderung, Langzeitarbeitslosigkeit, HIV/Aids, genetische Veranlagung und *das Alter* ebenfalls Merkmale, aufgrund deren Arbeitnehmende nicht benachteiligt werden dürfen²⁰. Gestützt auf ILO-Übereinkommen Nr. 111 müssen die Staaten für einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung – auch aus Gründen des Alters – sorgen. «Alter» ist in den völkerrechtlichen Diskriminierungsmerkmalskatalogen zwar nicht ausdrücklich aufgeführt. Insgesamt verdichten sich jedoch die Anzeichen, dass «Alter» im völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz zu den verbotenen Diskriminierungsmerkmalen gehört.

Diskriminierungsschutz im Erwerbsleben ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht gefordert. Mit der Nachführung der Bundesverfassung wurden 1999 einerseits die bisherige Rechtsprechung zur Rechtsgleichheit und dem Willkürverbot und andererseits die für die Schweiz völkerrechtlich geltenden Diskriminierungsverbote ins Verfassungsrecht aufgenommen²¹. Art. 8 Abs. 2 BV zählt in einer nicht abschliessenden Liste neun die Identität des Menschen bestimmende oder zumindest prägende Diskriminierungsmerkmale auf. Neben Geschlecht, Rasse, Sprache, Religion, Weltanschauung/politische Einstellung, soziale Stellung, Lebensform und Behinderung ist auch das Merkmal «Alter» ausdrücklich aufgeführt. Das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters ist ein Grundrecht und richtet sich von daher primär an den Staat und an Institutionen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen. Nach Art. 35 Abs. 3 BV haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Angesprochen sind hier sowohl der Gesetzgeber als auch die Gerichte, die je in ihrem Kompetenzbereich für die Verwirklichung dieses Verfassungsauftrages zu sorgen haben²².

3. Vertragsfreiheit als Schranke des Diskriminierungsverbotes

Der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit kommt in der Schweiz nach Lehre und Rechtsprechung ein ausserordentlich hoher Stellenwert zu²³. Die Vertragsfreiheit bildet Ausdruck der Privatautonomie und ist auch verfassungsrechtlich im Rahmen der in Art. 27 BV ausdrücklich geschützten Wirtschaftsfreiheit anerkannt²⁴. Will der Gesetzgeber folglich die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit einschränken, bedarf es dafür einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses oder eines überwiegenden Interesses.

¹⁸ Kurt Pärli (Festschrift Schwander, siehe oben, Fn 12), S. 109, mit Verweisen auf die Praxis des zuständigen UN-Ausschusses.

¹⁹ Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf, SR 0.822.721.1.

²⁰ *International Labor Organisation*, Time for equality at work. Global report under the follow-up to ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, Genf 2003, S. 33 ff.

²¹ BGE 126 II 377 E. 6a; Botschaft zur nachgeführten Bundesverfassung, BBl I 1997 208.

²² Zum Ganzen siehe *Bernhard Waldmann*, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 35 N 56 ff.

²³ BGE 129 III 276 E. 3.1.

²⁴ *Felix Uhlmann*, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 27 BV N 10.



ARV 2018 S. 1, 5

ses anderer Privater, weiter muss die Einschränkung verhältnismässig sein und darf den Kerngehalt der Vertragsfreiheit nicht verletzen²⁵. Zu erwähnen ist, dass der vielerorts behauptete Widerspruch zwischen Diskriminierungsschutz einerseits und Vertragsfreiheit andererseits sich bei näherer Betrachtung als durchaus überwindbar herausstellt. Sowohl die Privatautonomie und die darauf gestützte Vertragsfreiheit als auch der Diskriminierungsschutz haben ihre Wurzeln in der verfassungs- und völkerrechtlich geschützten Menschenwürde. Es kann auch argumentiert werden, dass Diskriminierungsschutz einen Bestandteil der Vertragsfreiheit bildet, indem Diskriminierungsschutz bislang in der Lebensrealität vom Genuss der Vertragsfreiheit ausgeschlossenen Gruppen und Personen einen faktischen Zugang zur Vertragsfreiheit ermöglicht²⁶.

4. Überblick zum gesetzlichen Schutz vor Altersdiskriminierung im Arbeitsleben

Der Gesetzgeber hat die arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit (auch) hinsichtlich der Freiheit, Arbeitnehmende aufgrund ihres Alters zu diskriminieren, beschränkt. Für die Phase der Stellenbewerbung und des Vertragsabschlusses setzen Art. 2 ZGB (Pflicht zu einem Verhalten nach Treu und Glauben) und Art. 27/28 ZGB (Persönlichkeitsschutz als Schranke privatrechtlicher Willkür) sowie die bereits vorvertraglich anwendbare arbeitsrechtliche Datenschutznorm in Art. 328b OR gewisse Schranken. Eine Rolle kann das Diskriminierungsverbot nach dem Gleichstellungsgesetz (GlG) spielen, soweit die Benachteiligung aufgrund des Alters eine geschlechtsspezifische Dimension beinhaltet.

Während des Arbeitsverhältnisses bieten Art. 328 OR (Persönlichkeitsschutz) und die korrespondierende öffentlich-rechtliche Schutznorm in Art. 6 Arbeitsgesetz (ArG) sowie der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (soweit es um freiwillige Leistungen der Arbeitgeberin geht) einen Schutz vor altersbedingter Benachteiligung. Eine Kündigung unter Berufung auf das Alter kann überdies eine missbräuchliche Kündigung aufgrund einer persönlichen Eigenschaft im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR darstellen²⁷.

III. Exkurs: Altersdiskriminierungsverbot im US-amerikanischen und EU-Arbeitsrecht

1. Verbot der Altersdiskriminierung in den USA

Der «American Age Discrimination in Employment Act (ADEA)» gilt ausdrücklich erst für Arbeitnehmende ab dem 40. Altersjahr²⁸. Der ADEA verbietet Kündigungen oder Nichtanstellungen wegen des Alters. Verboten sind insbesondere auch

²⁵ Art. 36 BV.

²⁶ Siehe zu diesen Überlegungen ausführlich *Kurt Pärli* (Vertragsfreiheit, siehe oben, Fn 13), Rz 802 ff.

²⁷ *Wolfgang Portmann*, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, OR I, 5. A.*, Basel 2011, Art. 336 N 7; *Manfred Rehbinder/Jean-Fritz Stöckli*, *Berner Kommentar*, Bern 2014, Art. 336 N 11, 17; *Adrian Staehelin*, *Zürcher Kommentar*, 4. A., Basel 2014, Art. 336 N 16; *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph*, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 7. A., Zürich 2012, Art. 336 N 5 und Art. 328 N 12, so auch S. 871; *Denis G. Humbert*, *Die Alterskündigung*, AJP 2015, S. 868 ff.; *Kurt Pärli* (Vertragsfreiheit, Fn 13), Rz 1345 ff. Das Bundesgericht aber behandelt missbräuchliche Kündigungen im Zusammenhang mit älteren Arbeitnehmenden nicht unter Art. 336 Abs. 1 lit. a OR, siehe dazu weiter unten, IV.3.

²⁸ Section 631 (a) Age Discrimination in Employment Act (ADEA) of 1967, Pub. L. No. 90-202Code.

altersabhängige Stellenausschreibungen. Weiter sind Ungleichbehandlungen allein wegen des Alters beim Entgelt und bei der weiteren Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses unzulässig. Altersspezifische Ungleichbehandlungen können durch objektiv erforderliche berufliche Anforderungen gerechtfertigt werden. Als Rechtsfolgen einer nicht gerechtfertigten altersbedingten Benachteiligung sieht der ADEA Entschädigungen, aber auch Wiedereinstellungen und Verhaltensvorschriften an die Adresse der Arbeitgeber vor²⁹.

ARV 2018 S. 1, 6

2. Verbot der Altersdiskriminierung in der EU und ihren Mitgliedstaaten

a) Verankerung des Verbotes im Primärrecht und in der Richtlinie 2000/78/EG

Gestützt auf Art. 19 AEUV hat die EU im Jahre 2000 die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zur Bekämpfung von Diskriminierung aus den Gründen «Alter», «Behinderung», «Religion/Weltanschauung» und «Sexuelle Orientierung» im Bereich Arbeit und Beschäftigung erlassen. Die Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zu einem umfassenden Schutz vor Diskriminierung im ganzen Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses. Eine unmittelbare (direkte) Diskriminierung wegen des Alters liegt nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a RI 2000/78/EG vor, wenn eine Person wegen des Alters in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Verboten ist nach Art. 2 Abs. 2 Bst. b RI 2000/78/EG auch die mittelbare (indirekte) Diskriminierung. Eine solche basiert auf «dem Anschein nach neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren», die Personen wegen ihres Alters in besonderer Weise benachteiligen.

Die Rahmenrichtlinie gewährt Rechtfertigungsmöglichkeiten für Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters³⁰. Die Mitgliedstaaten können zum einen nach Art. 4 RI 2000/78/EG vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung unter unmittelbarer Anknüpfung an das Alter dann keine Diskriminierung darstellt, wenn das Alter eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Voraussetzung ist weiter, dass mit der Ungleichbehandlung ein rechtmässiger Zweck verfolgt wird und dass es sich um eine angemessene Anforderung handelt. In Frage kommen hier Mindest- und Höchstaltersgrenzen für sicherheitsrechtlich und sicherheitstechnisch besonders sensible Berufe wie Piloten oder Berufschaffeuere. Weit heikler sind Altersgrenzen unter Berufung auf Kundenpräferenzen. Darf ein auf jugendliche Kundinnen und Kunden ausgerichtetes Unternehmen ältere Bewerbende ablehnen, weil die Kundschaft lieber von jüngeren Angestellten bedient wird? In der Rechtssache Feryn rechtfertigte die Arbeitgeberin ihre Weigerung, marokkanische Monteure einzustellen, mit Kundenwünschen³¹. Der EuGH ging gar nicht auf diese Rechtfertigung ein und stellte fest, die entsprechenden Äusserungen des Arbeitgebers in der Öffentlichkeit erfüllten den Tatbestand einer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft³². In den Schlussanträgen zur Rechtssache Feryn weist

²⁹ Zum arbeitsrechtlichen US-amerikanischen Altersdiskriminierungsverbot siehe die Übersicht in *Gilian Lester*, *Age Discrimination and Labor Law in the United States*, in: Numhauser-Henning/Römmar (Hrsg.), *Age Discrimination and Labor Law – Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and beyond*, Kluwer Law International, 2015, S. 397–417.

³⁰ Dazu siehe *Christa Tobler*, *EU Age Discrimination Law and Older and Younger Workers: Court of Justice of the European Union Case Law Development*, in: Numhauser-Henning/Römmar (Hrsg.), *Age Discrimination and Labor Law – Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and beyond*, Kluwer Law International, 2015, S. 93 ff. (S. 103–110).

³¹ EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, Feryn.

³² EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, Feryn, Rn 24, 25.



Generalanwalt Maduro darauf hin, dass diskriminierende Märkte gerade die Notwendigkeit eines regulierenden Eingreifens veranschaulichen würden, Märkte wären keine Heilmittel gegen Diskriminierung³³. Zum anderen sieht Art. 6 RI 2000/78/EG eine Reihe von Gründen vor, bei deren Vorliegen die Mitgliedstaaten eine zulässige Ungleichbehandlung aufgrund des Alters vorsehen können. So sind Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters dann keine verbotene Diskriminierung, wenn sie objektiv und angemessen sind und ein legitimes Ziel – namentlich in den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung – verfolgen und überdies die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzten Mittel verhältnismässig sind. In Art. 6 Abs. 1 Bst. a bis c RI 2000/78/EG werden Beispiele solcher zulässigen Einschränkungen aufgeführt. Erwähnt wird z.B. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Personen oder Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern (Bst. a), oder die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund spezifischer Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand (Bst. c). Altersbedingte Ungleichbehandlungen sind weiter zulässig für die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder für den Bezug von Altersrenten in Systemen der betrieblichen Vorsorge (Art. 6 Abs. 2 RI 2000/78/EG).

ARV 2018 S. 1, 7

b) Ausgewählte EuGH-Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung

Seit 2005 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) zahlreiche Urteile zu Fragen der Altersdiskriminierung im Erwerbsleben gefällt. In der Rechtssache Mangold entschied der EuGH, das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters stelle einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts (damals: Gemeinschaftsrecht) dar³⁴. Streitig war eine Bestimmung des deutschen Arbeitsrechts, die für über 52-jährige Arbeitnehmende unbeschränkt befristete Arbeitsverhältnisse vorsah. Der EuGH prüfte diese altersbedingte Ungleichbehandlung am Massstab der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und stellte fest, dass Deutschland die Behauptung, diese Massnahme bewirke eine bessere Integration älterer Arbeitnehmender in den Arbeitsmarkt, nicht genügend belegen konnte³⁵. Darüber hinaus stellte der Gerichtshof fest, dass durch die deutsche Regelung auch der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz als Teil des ungeschriebenen Primärrechts verletzt wurde. Das sekundärrechtlich in der Richtlinie 2000/78/EG verankerte Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters stelle lediglich die Konkretisierung des primärrechtlichen Gleichbehandlungsgebots dar³⁶. Das primärrechtlich verankerte Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters hat zur Folge, dass der deutsche Richter kraft Anwendungsvorrang des Unionsrechts dem fraglichen nationalen Recht die Anwendung versagen konnte, obwohl im konkreten Fall die Umsetzungsfrist für die Richtlinie 2000/78/EG noch nicht abgelaufen war³⁷. Die Entscheidung Mangold wurde in der Rechtswissenschaft und zum Teil auch durch die Generalanwälte des Gerichts heftig kritisiert³⁸. Trotz dieser Kritik bildet das

³³ Schlussanträge GA Maduro v. 12.3.2008 in der Rs. 54/07, Feryn, Rn 18.

³⁴ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold, siehe dazu und zu den nachfolgenden Ausführungen *Kurt Pärli* (Festschrift Schwander, Fn 12), S. 110 ff.

³⁵ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold. Rn 42–45, 65, 78.

³⁶ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold. Rn 75.

³⁷ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Mangold. Rn 77.

³⁸ Siehe dazu *Christa Tobler* (Fn 30), mit weiteren Hinweisen, S. 97 f.



arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters heute festen Bestandteil des unionsrechtlichen Diskriminierungsschutzes³⁹.

Bezüglich Altersgrenzen für Pensionierungen wurde entschieden, dass ein Kollektivvertrag mit zwingendem Rücktrittsalter 60 für Piloten diskriminierend sei⁴⁰. Hingegen ist das Rücktrittsalter 65 für Piloten eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund des Alters⁴¹. Zum Höchstalter für den Eintritt in bestimmte Berufe hielt der EuGH fest, dass das Höchstalter 30 für den Feuerwehrdienst im Bundesland Hessen eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund des Alters darstellt⁴². Gleich entschied er über eine Regelung im spanischen Baskenland, die eine Höchstesintrittsschwelle für den Polizeidienst von 35 Jahren vorsah⁴³. Diskriminierend ist hingegen die Grenze von 30 Jahren für den Polizeidienst in der Region Asturien⁴⁴. Die entsprechende gesetzliche Regelung ist gemäss EuGH nicht verhältnismässig.

Ausser den altersbedingten Eintritts- bzw. Austrittsschranken beschäftigte sich der Gerichtshof auch mit altersspezifischen Besoldungsregelungen. Eine Diskriminierung aufgrund des Alters stellen z.B. nationale Regelungen dar, die Dienstjahre unter 18 bzw. unter 25 für Fragen des Kündigungsschutzes und der Lohnhöhe nicht berücksichtigen⁴⁵. Ebenfalls unzulässig ist die Berücksichtigung des Lebensalters für die Einstufung von Mitarbeitenden in eine bestimmte Lohnkategorie⁴⁶. Für den Mehrverdienst älterer Beschäftigter gäbe es keine legitime Begründung und auch eine automatische Verknüpfung von Lebensalter und Berufserfahrung sei nicht gerechtfertigt. Nach wie vor zulässig ist die lohnmassige Anerkennung der Berufserfahrung der Beschäftigten.

ARV 2018 S. 1, 8

IV. Schutz vor Altersdiskriminierung im Lebenszyklus eines Arbeitsverhältnisses de lege lata

1. Bewerbung/Anstellung

Wie weiter oben gezeigt wurde, ist die Ungleichbehandlung aufgrund des Alters im Rahmen des Bewerbungsverfahrens sehr verbreitet. Während des Bewerbungsverfahrens findet die im Arbeitsvertragsrecht (Art. 328 OR) und im Arbeitsgesetz (Art. 6 ArG) verankerte Pflicht der Arbeitgeberin zum Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden noch keine Anwendung. Es fragt sich aber, ob die Anknüpfung an das Lebensalter für einen Selektionsentscheid im Bewerbungsprozess nicht eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB darstellt. Die Persönlichkeit eines Menschen ist durch die «Reduktion auf das Lebensalter» ausreichend berührt. Ob eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vorliegt, hängt indes davon ab, ob sich die Arbeitgeberin auf ihre überwiegenden Interessen berufen kann. Selbst wenn ein Gericht zum Schluss kommen würde, dass ein Ausschluss aus einem Bewerbungsverfahren allein aufgrund des Alters eine widerrechtliche

³⁹ Evelyne Ellis/Philippa Watson, *EU-Anti-Discrimination Law*, second Edition, Oxford, 2012, S. 41 f.

⁴⁰ EuGH, v. 13.09.2011, Rs. C-447/09, Prigge.

⁴¹ EuGH, v. 5.7.2017, Rs. C-190/16, Fries.

⁴² EuGH, v. 13.01.2010, Rs. C-229/08, Wolf.

⁴³ EuGH, v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, Salaberria Sorondo.

⁴⁴ EuGH, v. 13.11.2014, Rs. C-416/13, Vital Perez.

⁴⁵ EuGH, v. 28.01.2015, Rs. C-417/1, Starjakob (Ausschluss der vor dem 18. Lebensjahr erworbenen Berufserfahrung bei Festlegung des Gehalts); EuGH v. 19.1. 2010, Rs. C-555/07, Küçükdeveci (Berechnung der Kündigungsfrist bei Beschäftigung vor dem 25. Lebensjahr).

⁴⁶ EuGH v. 8.9. 2011, Rs. C-297/10 und 298/10, Hennings/Mai.



Persönlichkeitsverletzung darstellen würde, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen dies nach sich ziehen würde. Kann die Persönlichkeitsverletzung durch Anstellung beseitigt werden? Das würde einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellen und ist kaum zulässig⁴⁷. Probleme bieten sich auch hinsichtlich eines allfälligen Schadensersatzes, der sich regelmässig kaum über die direkten (nutzlosen) Kosten der Bewerbung belaufen würde. Für einen Anspruch auf Genugtuung ist zudem eine schwere Persönlichkeitsverletzung erforderlich und ob eine solche bei Persönlichkeitsverletzung aufgrund der Reduktion einer Person auf ihr Lebensalter vorliegt, ist eher zweifelhaft.

Angesichts des Fehlens eines ausdrücklichen gesetzlichen Diskriminierungsverbotes, das auch im Bewerbungsverfahren Altersdiskriminierung verbieten würde, ist es nicht erstaunlich, dass kaum Gerichtsfälle vorkommen. Bemerkenswert ist deshalb ein Fall, der vom Arbeitsgericht Zürich und später vom Obergericht Zürich zu beurteilen war⁴⁸. Ein 51-jähriger Mann bewarb sich um eine Stelle als Finanzbuchhalter. Die Arbeitgeberin beschied dem Mann, dass man für diese Stelle kein Interesse an Bewerbungen von über 40-jährigen Bewerber/innen habe. Der abgewiesene Bewerber machte vor Gericht die Verletzung eines ganzen Bündels an Normen geltend. Das Arbeitsgericht und das Obergericht entschieden jedoch, dass Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 14 EMRK keine direkte Drittwirkung zukomme, dass das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK angesichts der fehlenden Ratifikation durch die Schweiz nicht relevant und Art. 2 Abs. 2 UN-Pakt I nicht direkt anwendbar seien. Nicht von Bedeutung sei angesichts der fehlenden EU-Mitgliedschaft der Schweiz die EU-Grundrechtecharta. Eine Berufung auf das Gleichstellungsgesetz führe ebenfalls ins Leere, denn dieses schütze nur vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin schliesslich beginne erst mit Vertragsabschluss und wirke nicht bereits im Bewerbungsverfahren. Schliesslich befanden die Gerichte auch, dass eine Ablehnung mit der Begründung «Alter» objektiv keinen Angriff auf die Persönlichkeit darstelle.

Die Gründe für die fehlende Gerichtspraxis liegen auf der Hand. Im Unterschied zum Diskriminierungsmerkmal «Geschlecht» fehlt es beim «Alter» an einem ausdrücklich gesetzlich verankerten Diskriminierungsverbot. Das Gleichstellungsgesetz verbietet die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausdrücklich auch bei der Anstellung und sieht für eine diskriminierende Nichtanstellung eine Sanktion von bis zu drei Monatslöhnen vor. Die Rechtsbehelfe des allgemeinen zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes aber erweisen sich, wie gezeigt wurde, als wenig hilfreich. Auch im öffentlichen Dienst finden sich ungeachtet der Grundrechtsbindung staatlicher Arbeitgeber keine Fälle, in denen eine Nichtanstellung aufgrund des Alters sanktioniert wurde. Gesetzlicher Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Alters ist also sowohl im privaten Arbeitsrecht als auch im öffentlichen Personalrecht erforderlich.

2. Altersspezifische Ungleichbehandlung während des Arbeitsverhältnisses

a) Vertragliche Aspekte

Vertraglich vereinbarte Ungleichbehandlungen, die u.a. auf das Lebensalter der Arbeitnehmenden zu-

ARV 2018 S. 1, 9

rückzuführen sind, sind bei Lohn- und Arbeitsbedingungen üblich. So finden sich sowohl in Gesamtarbeitsverträgen wie auch in Individualabreden oft längere Ferienansprüche für ältere Arbeitnehmende. Mit der Berücksichtigung der

⁴⁷ Siehe dazu *Kurt Pärli* (Vertragsfreiheit, Fn 13), Rz 1437 ff.

⁴⁸ Obergericht Zürich, LA 150046, 23.11.2015 (Urteil Arbeitsgericht Zürich, 9.10.2015).



Arbeitserfahrung wird zudem für eine Ungleichbehandlung mittelbar ebenfalls auf das Alter abgestützt. Nach schweizerischem Arbeitsrecht sind solche vertraglichen Ungleichbehandlungen in den Schranken von Art. 20 OR ohne weiteres zulässig. Eine altersbegründete Differenzierung ist also nach der in der Schweiz geltenden Rechtslage hinzunehmen, solange sie weder sittenwidrig noch persönlichkeitsverletzend ist und nicht gegen die öffentliche Ordnung verstösst. Im Anwendungsbereich der EU-Richtlinie 2000/78/EG stellen jedoch Lohnsysteme, die einzig an das Lebensalter anknüpfen, eine unzulässige Diskriminierung dar⁴⁹.

b) Freiwillige Leistungen und Weisungsrecht

Anders ist die Rechtslage bei Ungleichbehandlung im Rahmen freiwilliger Leistungen der Arbeitgeberin wie etwa bei nicht vertraglich vereinbarten Bonuszahlungen. Der auf der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin basierende arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet der Arbeitgeberin, bei freiwilligen Leistungen und bei der Ausübung des Weisungsrechts einzelne Arbeitnehmende willkürlich, d.h. ohne sachlichen Grund, schlechter zu stellen als die Mehrheit⁵⁰. Auch die Nichtgewährung freiwilliger Leistungen aufgrund des Alters könnte eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes darstellen.

Eine praktische Bedeutung für den Umgang mit älteren Arbeitnehmenden hat weiter die Pflicht zum Persönlichkeitsschutz nach Art. 328 OR und Art. 6 ArG. Von der Arbeitgeberin wird verlangt, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen und auf die Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen. Dies impliziert nicht nur die Selbstverständlichkeit eines respektvollen Umgangs mit jeder Arbeitnehmerin und jedem Arbeitnehmer ungeachtet des Lebensalters. Erforderlich ist zudem eine ggf. notwendige Berücksichtigung spezifischer altersbedingter Bedürfnisse, etwa beim Gesundheitsschutz, aber auch allgemein bei der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, gegenüber älteren Arbeitnehmenden bzw. Arbeitnehmenden mit langer Diensttreue bestehe eine erhöhte Fürsorgepflicht⁵¹, was bislang jedoch nur im Zusammenhang mit der Beurteilung der Rechtmässigkeit von Kündigungen relevant war⁵².

c) Gesetzlich verankerte Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters

Im Arbeitsvertragsrecht finden sich verschiedene Bestimmungen, die direkt oder indirekt an das Lebensalter anknüpfen. Art. 329a OR sieht einen Anspruch von fünf Wochen Ferien für Arbeitnehmende bis zum 20. Altersjahr vor, lediglich vier Wochen für alle anderen. Die Art. 331e OR (Freizügigkeitsleistungen) und 339b OR (Abgangsentschädigungen) nennen das 50. Altersjahr als Referenzalter für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruches. Eine indirekte Anknüpfung an das Alter liegt bei den zahlreichen Bestimmungen vor, die Ansprüche an die Anzahl geleisteter Dienstjahre koppeln. So ist nach Art. 324a OR die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin von der Anzahl Dienstjahre abhängig. Gleiches gilt für die ordentliche Kündigungsfrist (Art. 335c OR) und den zeitlichen Kündigungsschutz (Art. 336c OR).

Die gesetzlich verankerten Ungleichbehandlungen folgen der impliziten Prämisse, dass eine längere Diensttreue mit besserer sozialer Absicherung belohnt werden soll. Den vorteilhafteren Konditionen für Arbeitnehmende mit längerer Diensttreue stehen spiegelbildlich die entsprechenden Zusatzverpflichtungen der Arbeitgeber gegenüber.

⁴⁹ Siehe oben, Fn 46.

⁵⁰ *Thomas Geiser*, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Festschrift Rehbinder, Bern/München 2002, S. 39 ff., BGE 129 III 276 E. 3.1.

⁵¹ BGE 132 III 115 E. 5.3.

⁵² Dazu sogleich unten.

3. Schutz vor Altersdiskriminierung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses

In arbeitsvertraglicher Hinsicht führt das Erreichen des AHV-rechtlichen Pensionsalters nicht automatisch zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Folglich muss ein Arbeitsverhältnis auf den Pensionszeitpunkt gekündigt werden, sofern nicht im Arbeitsvertrag oder allenfalls im Gesamtarbeitsvertrag die

ARV 2018 S. 1, 10

Bestimmung vorgesehen ist, dass das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall mit dem Erreichen des Pensionsalters endet. Missbräuchlich ist eine ordentliche Kündigung im Zeitpunkt des Erreichens des Pensionsalters – vorbehaltlich besonderer Umstände – nach Lehre und Rechtsprechung nicht⁵³. Über das Pensionsalter hinaus zu arbeiten, bedingt also eine vertragliche Einigung mit der Arbeitgeberin. Anders verhält es sich mit der Arbeitstätigkeit im Rahmen des Strafvollzuges. Ein Gefängnisinsasse verlangte von der Gefängnisleitung eine Befreiung von der Arbeitspflicht mit Hinweis auf Erreichung seines 65. Altersjahres. Der Antrag wurde abgelehnt und die Gerichte einschliesslich des Bundesgerichts stützten diesen Entscheid. Das Bundesgericht erwog, das Rechtsinstitut der Altersrente sei nicht in das Vollzugssystem übertragbar, da die Arbeit im Vollzug nicht dazu diene, den Lebensunterhalt zu bestreiten. Angesichts ihres Zwecks (Resozialisierung, Vermeidung von Haftschäden) sei die Arbeitspflicht im Vollzug altersunabhängig⁵⁴. Strafgefangene haben also nicht nur das Recht, sondern auch eine Pflicht, über das ordentliche Pensionsalter hinaus zu arbeiten.

Wie einleitend gezeigt wurde, kommen Entlassungen von Arbeitnehmenden wegen ihres fortgeschrittenen Alters in der Praxis vor. Entsprechende Kündigungen können missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR sein, denn das Alter ist Teil unserer Persönlichkeit⁵⁵. Eine Kündigung kann aber auch wegen Verletzung der Fürsorgepflicht missbräuchlich sein. Das Bundesgericht hat in den letzten Jahren in einer Reihe von aufsehenerregenden Entscheiden die Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden mit vielen Dienstjahren erhöht. Im Jahre 2006 wurde die ohne Vorgespräch vorgenommene Entlassung eines 63-jährigen Mitarbeiters, der zuvor 44 Dienstjahre klaglos im Betrieb tätig war, als missbräuchlich qualifiziert⁵⁶. Gegenüber einem solchen Arbeitnehmer bestehe eine erhöhte Fürsorgepflicht, befand das Bundesgericht. Dazu gehöre die Sorge dafür, «einem wenige Monate vor der ordentlichen Pensionierung stehenden Arbeitnehmer zu ermöglichen, seine Arbeitstätigkeit ohne finanzielle Einbussen zu beenden, sofern nicht gewichtige Gründe nach einer anderen Beendigung des Arbeitsverhältnisses rufen»⁵⁷. Als verletzt erachtete das Bundesgericht in diesem Fall auch das Gebot schonender Rechtsausübung⁵⁸. Weiter lag die Rechtsmissbräuchlichkeit der Kündigung auch aufgrund des offenkundigen, krassen Missverhältnisses der auf dem Spiel stehenden Interessen vor. Dem Kläger dürfte es angesichts seines Alters kaum gelingen, eine andere Anstellung zu finden und er müsse mit Einbussen bei den

53 *Sylvie Pétremand*, La fixation de l'âge de la retraite en droit international, européen et suisse de la sécurité sociale, 2013, S. 297 Rz. 954; Bger 4A_399/2013 vom 17.02.2014 E. 3.4.

54 BGE 139 I 180 E. 1.8. Das Argument der Resozialisierung geht zumindest hinsichtlich der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt fehl, denn nach der Entlassung aus dem Vollzug besteht für eine AHV-rechtlich bereits pensionierte Person ohnehin keine Möglichkeit mehr, im regulären Arbeitsmarkt Fuss zu fassen.

55 Siehe die Nachweise in Fn 27.

56 BGE 132 III 115.

57 BGE 132 III 115 E. 5.3.

58 BGE 132 III 115 E. 5.4.

Einkommensersatzleistungen rechnen. Dieses Interesse würde die Interessen der Arbeitgeberin bei Weitem übersteigen⁵⁹.

Nach diesem in der Lehre teilweise umstrittenen Leitentscheid entschied das Bundesgericht in mehreren Fällen der Entlassung älterer Arbeitnehmenden vorerst wieder zurückhaltend⁶⁰. So wurde die Entlassung eines 57-jährigen Arbeitnehmers aus wirtschaftlichen Gründen nach 33 Dienstjahren als nicht missbräuchlich qualifiziert⁶¹. Für den Entscheid spielte auch eine wichtige Rolle, dass der Arbeitnehmer den Anforderungen seines Berufes nicht mehr gewachsen war und es offensichtlich im Betrieb auch keine sinnvolle alternative Beschäftigungsmöglichkeit gab⁶². Auch nicht missbräuchlich war der gegenüber einem 56-jährigen Arbeitnehmer, der immerhin 27 Dienstjahre vorweisen konnte, ausgesprochene Entscheid⁶³. In zwei Entscheiden in den Jahren 2013 und 2014 lag bei Entlassungen langjähriger Mitarbeiter wiederum Missbräuchlichkeit vor. Bei einem 64-jährigen Arbeitnehmer war die Kündigung missbräuchlich, obwohl dessen Arbeitsmotivation abnahm und er nur zwölf Jahre im fraglichen Betrieb beschäftigt war⁶⁴. Entscheidend war, dass die mangelnde Motivation nicht zu einer Verletzung der Arbeits- oder Treuepflicht führte; nur dann hätte die Arbeitgeberin den Rechtfertigungsgrund «Zusammenhang mit dem Ar-

ARV 2018 S. 1, 11

beitsverhältnis» anrufen können⁶⁵. Im anderen Fall erachtete das Bundesgericht eine Kündigung eines Mitarbeiters, dessen Leistungen ungenügend waren, als missbräuchlich⁶⁶. Die beachtlichen Bemühungen der Arbeitgeberin, den fraglichen Arbeitnehmer zur Verbesserung seiner Leistungen zu unterstützen, änderten an der Missbräuchlichkeit der Kündigung nichts. Der Kündigung hätte eine Verwarnung vorangehen müssen, befand das Bundesgericht⁶⁷.

Ausgehend vom Leitentscheid BGE 132 III 115, hat das Bundesgericht die Kündigungsfreiheit gegenüber älteren Arbeitnehmenden verstärkt – insbesondere wenn diese viele Jahre im Betrieb tätig waren – zu Gunsten der Verwirklichung der Vertragsgerechtigkeit eingeschränkt⁶⁸. Grundlage des verstärkten Kündigungsschutzes bildet die (erhöhte) Fürsorgepflicht, die vom Arbeitgeber die Prüfung einzelfallgerechter Alternativen zur Kündigung erfordert. Ab welchem Alter Arbeitnehmende in den Schutz der erhöhten Fürsorgepflicht kommen, lässt sich anhand der bisherigen Rechtsprechung (noch) nicht klar feststellen. Aus diskriminierungsrechtlicher Sicht ist festzustellen, dass eine Erhöhung der Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden reflexartig zu einer Benachteiligung all jener Arbeitnehmenden führt, die nicht zur Kategorie «ältere Arbeitnehmer» zu zählen sind. Diese altersbedingte Ungleichbehandlung lässt sich jedoch rechtfertigen. Es ist erwiesen, dass ältere Arbeitnehmende nach Stellenverlust erheblich grössere Probleme haben, wieder eine neue Stelle zu finden. Auch wirkt sich der Stellenverlust und damit verbundene Arbeitslosigkeit wenige Jahre vor der Pensionierung äusserst negativ auf die Höhe der späteren Altersrenten aus⁶⁹.

⁵⁹ BGE 132 III 115 E. 5.5.

⁶⁰ Kritisch zu BGE 132 III 115 ist v.a. *Jean-Fritz Stöckli*, Das Kündigungsrecht als Hindernis für Strukturveränderungen, ARV 2007, S. 191–206.

⁶¹ Bger 4A_72/2008 vom 2.4.2008.

⁶² Bger 4A_72/2008 vom 2.4.2008 E. 3.3, siehe zum Entscheid *Denis G. Humbert* (Fn 27), S. 880.

⁶³ Bger 4A_419/2008 vom 29.1.2008.

⁶⁴ Bger 4A_558/2012 vom 18.2.2013.

⁶⁵ *Denis G. Humbert* (Fn 27), S. 878.

⁶⁶ Bger 4A_384/2014 vom 12.11. 2014.

⁶⁷ Bger 4A_384/2014 vom 12.11. 2014 E. 5.2. Siehe die kritische Urteilsbesprechung von *Jean-Fritz Stöckli*, ARV 1/2015, 17 ff.

⁶⁸ *Denis G. Humbert* (Fn 27), S. 881.

⁶⁹ Die gesetzlichen Beiträge an die berufliche Vorsorge steigen ab dem 54. Altersjahr (nochmals)

V. Fazit und Handlungsbedarf

Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters und auch die EU-Diskriminierungsrichtlinien schützen vor Benachteiligung unter Anknüpfung an das Lebensalter an sich. Altersdiskriminierung im Arbeitsleben wird in der Schweiz aber vornehmlich als Diskriminierung älterer Menschen diskutiert. Ältere Arbeitnehmer/innen sind beim Zugang zu Stellen und bei Entlassungen benachteiligt. Ein Stellenverlust im fortgeschrittenen Alter erweist sich dabei als besonders gravierend. Ab dem 50. Altersjahr ist es sehr schwierig, wieder eine Stelle zu finden. Eine besondere Form altersbedingter Benachteiligung stellt die erzwungene Pensionierung dar, die in vielen Arbeitsverträgen bzw. Gesamtarbeitsverträgen vorgesehen ist.

Der heutige Rechtsschutz vor Diskriminierung älterer Arbeitnehmender ist ungenügend. In der juristischen Lehre wird vorgeschlagen, dass Arbeitnehmende ab dem 55. Altersjahr unter Berücksichtigung der Anzahl Dienstjahre besser vor Kündigung zu schützen sind (gesetzliche Verankerung der erhöhten Fürsorgepflicht, längere Kündigungsfristen, Anspruch auf Abgangsentschädigungen)⁷⁰. Auch im Nationalrat wurde ein Vorstoss eingereicht, den Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer zu verbessern⁷¹. Art. 336c OR soll ergänzt werden, wonach der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit nicht künden darf, «wenn der Arbeitnehmer das 55. Altersjahr erreicht hat, mindestens 10 Dienstjahre ausweist und der Arbeitgeber bei der Kündigung nicht glaubwürdig begründen kann, dass die Kündigung nicht zur Substitution des betroffenen Arbeitnehmers durch eine kostengünstigere Arbeitskraft führt. Ausgenommen sind Kündigungen gemäss Artikel 337 OR»⁷².

Eine Verstärkung des Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmende ist angesichts der auch in diesem Beitrag beschriebenen Probleme, die Entlassungen im fortgeschrittenen Alter für die Betroffenen nach sich ziehen, sicher sachgerecht. Sinnvollerweise wird ein verbesserter Kündigungsschutz jedoch durch ein Verbot der altersbedingten Anstellungsdiskriminierung ergänzt. Nur so besteht die Chance, dass sich der erhöhte Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmender im Betrieb nicht im Ergebnis als zusätzlicher Nachteil für ältere Arbeitssuchende erweist. Die Notwendigkeit der Schaffung gesetzlicher Grundlagen

ARV 2018 S. 1, 12

zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Alters wird auch im OECD-Bericht «Alter und Beschäftigungspolitik in der Schweiz» hervorgehoben. Fast alle OECD-Länder (ausser der Schweiz) hätten entsprechende gesetzliche Vorschriften, die sich positiv auf den Verbleib von älteren Arbeitnehmenden im Betrieb und auf ihre Chancen auf Erhalt einer Stelle auswirken würden⁷³. Für die Schaffung eines umfassenden gesetzlichen Diskriminierungsverbotes aufgrund des Alters bietet sich eine Orientierung am Gleichstellungsgesetz (GlG) an. Ein entsprechendes Gesetz allein führt nicht zum Verschwinden der Diskriminierung. Es würde aber ein starkes Symbol ausgestrahlt, dass eine Nichtanstellung wegen des Alters oder eine altersbedingte Kündigung zumindest erhöht rechtfertigungsbedürftig ist.

an, siehe Art. 16 Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge (BVG), SR 831.40.

⁷⁰ Denis G. Humbert (Fn 27), S. 884.

⁷¹ *Parlamentarische Initiative Corrado Pardini*, Sichere Arbeit für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Geschäfts-Nr. 16.489. Am 25.1.2018 entschied die zuständige Kommission des Ständerates mit 18 zu 7 Stimmen, die Initiative sei abzulehnen.

⁷² *Parlamentarische Initiative Pardini* (Fn 71).

⁷³ *Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)*, Vieillessement et politiques de l'emploi: Suisse 2014, zitiert nach der deutschsprachigen Übersetzung des SECO, S. 124 (siehe <http://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/37006.pdf>, zuletzt besucht am 8.3.2018).