

# **Gutachten «Rechtliche Instrumente gegen Altersdiskriminierung im Arbeitsbereich»**

verfasst von

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Nussbaumstrasse 26, 3006 Bern

Professor für Soziales Privatrecht an der Juristischen Fakultät der Universität  
Basel, Peter Merian-Weg 8, Postfach, 4002 Basel

Bern und Basel, 8. November 2019

---

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	III
Rechtsprechungsverzeichnis.....	IX
Verzeichnis der Materialien .....	XII
Abkürzungsverzeichnis .....	XIV
<b>I) Ausgangslage, Fragestellung und methodisches Vorgehen .....</b>	<b>1</b>
<b>II) Status Quo.....</b>	<b>2</b>
1. <i>In privaten Arbeitsverhältnissen</i> .....	2
1.1 <i>Vorbemerkungen zur Vertragsfreiheit und ihren Schranken</i> .....	2
1.2 <i>Bewerbung/Anstellung</i> .....	4
a) Übersicht .....	4
b) (Kein) Schutz durch das Gleichstellungsgesetz.....	4
c) (Kein) Schutz durch Art. 28 ZGB .....	5
d) (Kein) Schutz vor Altersdiskriminierung durch Datenschutzrecht .....	6
1.3. <i>Während des Arbeitsverhältnisses</i> .....	8
a) Altersbedingte Ungleichbehandlungen im Gesetz .....	8
b) Vertragliche Ungleichbehandlung .....	9
c) Persönlichkeitsschutz .....	10
1.4 <i>Auflösung des Arbeitsverhältnisses</i> .....	11
a) (Beschränkter) Schutz vor missbräuchlicher Kündigung .....	11
b) Erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden .....	11
c) Altersdiskriminierung bei Zwangspensionierung? .....	13
d) Fazit und Handlungsbedarf .....	14
2. <i>In öffentlichen Arbeitsverhältnissen</i> .....	15
2.1 <i>Vorbemerkungen</i> .....	15
2.2 <i>Altersdiskriminierung bei der Anstellung</i> .....	16
2.3 <i>Ungleichbehandlung während der Anstellung</i> .....	16
2.4 <i>Altersdiskriminierende Entlassungen</i> .....	17
3. <i>Fazit</i> .....	18
<b>III) Verfassungs- und völkerrechtliche Verpflichtungen.....</b>	<b>18</b>
1. <i>(Kein ausdrückliches) Völkerrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters</i> .....	18
2. <i>Verpflichtungen aus dem Völkerrecht</i> .....	20
3. <i>Verfassungsrechtlicher Gesetzgebungsauftrag</i> .....	21
<b>IV) Lösungsmöglichkeiten.....</b>	<b>22</b>

1. <i>Parlamentarische Vorstösse</i> .....	22
2. <i>Verbesserung des Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmende</i> .....	26
3. <i>Schaffung eines Gesetzes über das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters im Erwerbsleben</i> .....	28
4. <i>Eine Alternative: Reform einzelner Bestimmungen im OR</i> .....	31
5. <i>Weitere Optionen</i> .....	33
6. <i>Übersicht der einzelnen Massnahmen</i> .....	34
<b>Anhang I: EuGH-Entscheide zur Altersdiskriminierung (RI 2000/78/EG)</b> .....	<b>35</b>
1. <i>Das Verbot der Altersdiskriminierung in der RI 2000/78/EG</i> .....	35
2. <i>Entscheide des EuGHs zum Verbot der Altersdiskriminierung</i> .....	36
<b>Anhang II: Ausnahmebestimmungen zum Verbot der Altersdiskriminierung</b> .....	<b>39</b>

## Literaturverzeichnis

### Im Gutachten verwendete Literatur

ABEGG ANDREAS/STEBLER SIMONE, Bundesgericht, 2. Zivilabteilung, Urteil vom 27. Mai 2008 4A\_102/2008 i.S. X. AG c. Z., AJP 2008, S. 1177 ff.

BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT, Datenschutzgesetz (DSG), Stämpflis Handkommentar, 1. Aufl., Bern 2015 (zit. BEARBEITER/IN, DSG-Kommentar, N ... zu Art. ... DSG)

BAUMANN ISABEL, The Plight of Older Workers, Labor Market Experience after Plant Closure in the Swiss Manufacturing Sector, Cham 2016

BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID/WALDMANN BERNHARD (HRSG.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 1. Aufl., Freiburg 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/IN, N ... zu Art. ... BV)

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, BV Kommentar, N ... zu Art. ... BV)

BRÜHWILER JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319 – 344, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BRÜHWILER, N ... zu Art. ... OR)

DAEDELLOW ROMY, Wenn Algorithmen (unfair) über Menschen entscheiden..., in: Jusletter 26. November 2018

DEMIR EYLEM, Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Pärli Kurt/Baumgartner Tobias/Demir Eylem/Junghanss Cornelia/Licci Sara/Uebe Wesselina, Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen 2017, S. 7 ff.

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER/IN, SG-Komm BV, N ... zu Art. ... BV)

GEISER THOMAS, Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker Jürgen/Hilty Reto M./Stöckli Jean-Fritz/Würtenberger, Thomas (Hrsg.): Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes – Festschrift für Manfred Rehbinder, Bern 2002, S. 37 ff.

GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2014, AJP 2015, S. 381 ff.

GRISEL ETIENNE, Egalite, Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, Bern 2000

GRÜTTER THOMAS F., Gutachten vom 27.12.2006, Ergänzung 31.03.2007, VPB 4/2008 vom 03.12.2008, S. 390 ff.

HANGARTNER YVO, Diskriminierung – ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, ZSR 122/2003, S. 97 ff.

HEIZMANN RETO, Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, Bern 2015.

HUMBERT DENIS G., Die Alterskündigung, AJP 2015, S. 868 ff.

HUMBERT DENIS G./LERCH ANDRÉ, Kündigungsschutz, in: Portmann Wolfgang/Von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018 (zit. HUMBERT/LERCH, FHB Arbeitsrecht)

JUNGHANSS CORNELIA, Personenfreizügigkeit, in: Pärli Kurt/Baumgartner Tobias/Demir Eylem/Junghanss Cornelia/Licci Sara/Uebe Wesselina, Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Zürich/St. Gallen 2017, S. 480 ff.

KASPER GABRIEL/WILDHABER ISABELLE, Big Data am Arbeitsplatz, Datenschutz- und arbeitsrechtliche Herausforderungen von People Analytics in Schweizer Unternehmen, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt/Uttinger Ursula (Hrsg.): Datenschutztagung 2018 – Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen, Zürich/St. Gallen 2019, S. 189 ff.

KLEBER ELEONOR, La discrimination multiple – Etude de droit international, suisse et européen, Zürich 2015

LEMPEN KARINE, L'évolution de la protection contre le licenciement abusif, AJP 2019, S. 78 ff.

LICCI SARA, Bewerbungsverfahren: Fragerecht und Auskunftspflicht zu Krankheit, recht 2015, S. 98 ff.

LOBINGER THOMAS, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote – Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, in: Isensee Josef (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2010, S. 99 ff.

MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Zürich/Basel/Genf 2003

MÜLLER JÖRG P./SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008

MÜLLER ROLAND, Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung, in: Müller Roland/Pärli Kurt/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht – Festschrift zum 65. Geburtstag von Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, S. 275 ff.

NAGUIB TAREK, Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, SJZ 2010, S. 233 ff.

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017

PÄRLI KURT, Aids: Datenschutz und Diskriminierung, digma 2003, S. 127 ff.

PÄRLI KURT, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung – Probleme der Bearbeitung von Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer bei der Begründung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses, Diss. St. Gallen, Bern 2003 (zit. PÄRLI, Datenaustausch)

PÄRLI KURT, Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006 (ZH), ARV 2006, S. 23 ff.

PÄRLI KURT, Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04, Werner Mangold gegen Rüdiger Helm, AJP 2006, S. 888 ff.

PÄRLI KURT, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Arbeitsrecht, ARV 2007, S. 133 ff.

PÄRLI KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009 (zit. PÄRLI, Vertragsfreiheit)

PÄRLI KURT, Die arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit zwischen Mythos und Realität, AJP 2010, S. 715 ff.

PÄRLI KURT, Altersgrenzen als Diskriminierungsproblem: Die Zulässigkeit von Altersgrenzen im Lichte von völker-, verfassungs- und europarechtlicher Diskriminierungsverbote, in: Lorandi Franco (Hrsg.): Innovatives Recht: Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 107 ff. (zit. PÄRLI, Altersgrenzen)

PÄRLI KURT, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eyalem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist\_innen, Berater\_innen und Diversity-Expert\_innen, Bern 2014, S. 37 ff. (zit. PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen)

PÄRLI KURT, Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung, in: Scherr Albert/EI-Mafaalani Aladin/Yüksel Emine Gökçen (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, Berlin 2017, S. 101 ff. (zit. PÄRLI, Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung)

PÄRLI KURT, Altersdiskriminierung – von der Anstellung bis zur Kündigung, ARV 2018, S. 1 ff.

PÄRLI KURT, Kündigungsschutz – ein Menschenrecht? Erkenntnisse aus dem Arbeitsvölkerrecht und dem EU-Arbeitsrecht, AJP 2018, S. 1533 ff.

PÄRLI KURT/CAPLAZI ALEXANDRA/SUTER CAROLINE, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Situation in Kanada, Grossbritannien, Frankreich, Deutschland und der Schweiz, Bern 2007

PÄRLI KURT/STUDER MELANIE: Rechtslage nach Themen: Arbeit und Existenzsicherung, in: Naguib Tarek/Pärl Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist\_innen, Berater\_innen und Diversity-Expert\_innen, Bern 2014, S. 121 ff.

PÉTREMAND SYLVIE, La fixation de l'âge de la retraite en droit international, européen et suisse de la sécurité sociale, Zürich 2013

PORTMANN WOLFGANG/DOBREVA VANIA, Aspekte des Arbeitgeberschutzes im Licht der Privatautonomie, in: Emmenegger Susan/Hrubesch-Millauer Stephanie/Krauskopf Frédéric/Wolf Stephan (Hrsg.), Brücken bauen – Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 722 ff.

PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER: Art. 336, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, N ... zu Art. 336 OR)

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ (Hrsg.), JAR 2006 – Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 2006 (zit. PORTMANN/STÖCKLI, JAR 2006)

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen, 2013 (zit. PORTMANN/STÖCKLI, Arbeitsrecht)

PORTMANN WOLFGANG/STREULI-NIKOLIĆ IVANA, Schutz vor Altersdiskriminierung im Arbeitsleben – Ausgewählte Aspekte der Rechtslage in der Schweiz, in: Wachter Gustav, Altersdiskriminierung, Jahrbuch 2012, Wien 2012, S. 159 ff.

REHBERG WALTER/MOSER BENJAMIN, Integration – Altersdiskriminierung in Europa und der Schweiz, Die Sicht der Betroffenen, in: Bühlmann Felix/Schmid Botkine Céline (Hrsg.), Sozialbericht 2012 – Fokus Generationen, Zürich 2012, S. 125 ff.

REPGEN TILMAN, Antidiskriminierung; die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Isensee Josef (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2010, S. 11 ff.

RUDOLF BEATE, Die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote, in: Mahlmann Matthias/Rudolf Beate (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Handbuch, Baden-Baden 2007, S. 58 ff.

RUDOLPH ROGER, Konflikte am Arbeitsplatz und Kündigung, ARV 2011, S. 77 ff.

RÜEGGER HEINZ, Altersdiskriminierung, in: Simon Hofstetter (Hrsg.), Jahrbuch Diakonie Schweiz, Band 2, Bern 2018, S. 127 ff.

SCHEFER MARKUS/RHINOW RENÉ, Zulässigkeit von Altersgrenzen für politische Ämter aus Sicht der Grundrechte, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Seniorenrats, in: Jusletter 7. April 2003

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Gesamtarbeitsvertrag und Normalarbeitsvertrag, Art. 356-360 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Bern 1999 (zit. BK OR-STÖCKLI, N ... zu Art. ... OR)

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers, ARV 2015, S. 17 ff.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N ... zu Art. ... OR)

ULRICH ANTONIA, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Kündigungen, Anwaltsrevue 2018, S. 281 ff.

VISCHER FRANK, MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014

WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003

WEIBEL ANTOINETTE/SCHAFHEITLE SIMON/EBERT ISABEL, Goldgräberstimmung im Personalmanagement? Wie Datafizierungs-Technologien die Personalsteuerung verändern, Zeitschrift für Organisationsentwicklung 3/2019, S. 23 ff.

### **Auswahl weiterer relevante Literatur**

GLAJCAR JAKOB, Altersdiskriminierung durch tarifliche Vergütung, Herbolzheim 2011

GLASER JANINA, Diskriminierungsverbote im deutschen und US-amerikanischen Versicherungsvertragsrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Hamburg 2014

HANGARTNER YVO, Altersgrenzen für öffentliche Ämter, ZBI 2003, S. 339 ff.

KASPRZYK IZABELA, Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, Hamburg 2014

NUMHAUSER-HENNING/RÖMNER MIRA (Hrsg.), Age Discrimination and Labour Law, Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and beyond, Kluwer Law and Business, Alphen aan den Rijn 2015

PÄRLI KURT/VECCHI LUCA/OBERHAUSSER CAMILL, Ungleiche Prämien aufgrund von Nationalität, Alter und Geschlecht in der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung – ein Diskriminierungsproblem?, HAVE 2019, S. 16 ff.

STÖCKLI JEAN-FRITZ, Das Kündigungsrecht als Hindernis für Strukturveränderungen, ARV 2007, S. 191 ff.

TEMMING, FELIPE, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, Eine rechtsmethodische Analyse, München 2008

VISCHER FRANK, Die Betriebstreue des Arbeitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers, recht 2006, S. 112 ff.

## **Rechtsprechungsverzeichnis<sup>1</sup>**

### **Bundesgericht**

BGE 121 III 60

BGE 123 I 1

BGE 123 III 246

BGE 124 I 297

BGE 124 II 409

BGE 125 III 70

BGE 129 I 161

BGE 129 III 276

BGE 129 III 282

BGE 130 III 145

BGE 131 III 535

BGE 132 III 115

BGE 133 I 259

BGE 137 I 305

BGE 138 I 265

BGE 139 I 180

BGer 2A.234/2003

BGer 2A.292/2004

BGer 4A\_385/2007

BGer 4A\_72/2008

BGer 1C\_429/2008

BGer 2C\_103/2008

BGer 4A\_102/2008

BGer 4A\_419/2008

BGer 4A\_28/2009

---

<sup>1</sup> Die EuGH-Rechtsprechung wird in Anhang I aufgeführt, siehe hinten Rz. 92.

BGer 8C\_1074/2009

BGer 4A\_558/2012

BGer 8C\_902/2012

BGer 4A\_399/2013

BGer 8C\_547/2013

BGer 4A\_384/2014

BGer 8C\_895/2015

BGer 8C\_87/2017

### **Bundesverwaltungsgericht**

Urteil (Eidgenössische Personalrekurskommission) vom 07.09.2006

BVGer A-8222/2008

BVGer B-4569/2009

BVGer A-5665/2014

BVGer B-3069/2015

BVGE 2015/48

BVGer B-973/2017

BVGer B-973/2017

BVGer A-4716/2017

BVGer A-1246/2018

### **Kantonale Gerichte**

Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 19. November 2002 (Aufhebung des Urteils des Gewerblichen Schiedsgerichts vom 3. Juni 2002)

Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève, Urteil vom 10. November 2005 (Aufhebung des Urteils des Tribunal des prud'hommes vom 22. März 2005)

Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, Urteil vom 10. Oktober 2005 (T 304.021563)

Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006 (ZH)

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

### **Internationale Gerichte**

EGMR vom 22.10.1981, Nr. 7525/76, Dudgeon vs. United Kingdom

Menschenrechtskommission vom 13.10.1986, Nr. 11077/84, Nelson vs. United Kingdom

Human Rights Committee, Communication No. 855/1999, Schmitz de Jong vs. Netherlands

Human Rights Committee, Communication No. 983/2001, Love et al. vs. Australia

## **Verzeichnis der Materialien**

BEIGANG STEFFEN/FETZ KAROLINA/KALKUM DORINA/OTTO MAGDALENA, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland – Ergebnisse einer Repräsentativ- und einer Betroffenenbefragung, herausgegeben von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Baden-Baden 2017 (zit. Diskriminierungserfahrungen in Deutschland)

BUCH HELEN/GNEHM ANN-SOPHIE, Altersgrenzen in Stelleninseraten. Bericht für das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Zürich 2016 (zit. Altersgrenzen in Stelleninseraten)

Bundesrat, Recht auf Schutz vor Diskriminierung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012, Bern 2016 (zit. Recht auf Schutz vor Diskriminierung)

Bundesrat, Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose, Bern 2019 (zit. Erläuternder Bericht)

Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose, Bern 2019 (zit. Botschaft zum ÜLG)

Bundesamt für Statistik, Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE), Teilzeiterwerbstätigkeit in der Schweiz 2017, Neuenburg 2019 (zit. Schweizerische Arbeitskräfteerhebung 2017)

FLUDER ROBERT ET AL., Berufliche Integration von arbeitslosen Personen, Schlussbericht z.H. des SECO, Berner Fachhochschule für Soziale Arbeit, Bern 2017 (zit. Berufliche Integration von arbeitslosen Personen)

KÄLIN WALTER/LOCHER RETO, Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern 2015 (zit. Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen)

LEMPEN KARINE/VOLODER ANER in Zusammenarbeit mit JAMET LAETITIA, Analyse der kantonalen Rechtsprechung nach dem GIG (2004–2015), Universität Genf, im Auftrag des Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann, Bern 2017 (zit. Analyse GIG 2017)

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Alterung und Beschäftigungspolitik, bessere Arbeit im Alter, Bern 2014 (zit. Alterung und Beschäftigungspolitik)

ORWAT CARSTEN, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, Studie erstellt mit einer Zuwendung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2019 (zit. Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen)

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Menschenrechte im Alter – Ein Überblick über die menschenrechtliche Situation älterer Personen in der Schweiz, verfasst von BELSER EVA MARIA, KAUFMANN CHRISTINE, EGBUNA-JOSS ANDREA, GHIELMINI SABRINA, MEDICI GABRIELA, Bern 2017 (zit. Menschenrechte im Alter)

SHELDON GEORGE/CUENI DOMINIQUE, Die Auswirkungen der Altersgutschriften des BVG auf die Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer, WWZ Forschungsbericht 2011/06, Basel 2011 (zit. Auswirkungen der Altersgutschriften des BVG)

WIRZ ANGELA/BAUER THOMAS/PORTENIER ALICIA, Volkswirtschaftsdirektion Zürich, 50plus Chancen und Risiken auf dem Zürcher Arbeitsmarkt, Zürich 2016 (zit. 50plus Chancen und Risiken auf dem Zürcher Arbeitsmarkt)

## **Abkürzungsverzeichnis**

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, SR 822.11; Arbeitgeber/in
AN	Arbeitnehmer/in
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz) vom 13. Dezember 2002, SR 151.3
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000, SR 172.220.1
BR	Bundesrat
BSK	Basler Kommentar
bsw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, SR 831.40
BVGE	Amtliche Entscheidsammlung des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, SR 0.108
digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Eidg.	Eidgenössisches

EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995, SR 151.1
HAVE	Haftung und Versicherung
HRC	Human Rights Committee
Hrsg.	Herausgeber
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
i.d.R.	in der Regel
inkl.	inklusive
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
Komm	Kommentar
lit.	litera
N	Note; Randnote
o.a.	oder andere
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PK	Pensionskasse
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	so genannt
S.	Seite(n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	und andere; unter anderem
v.; vs.	versus
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Gutachten «Rechtliche Instrumente gegen Altersdiskriminierung im Arbeitsbereich»

zit. zitiert

ZSR Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## I) Ausgangslage, Fragestellung und methodisches Vorgehen

- 1 Die Schweiz ist bekannt für ihre hohe Beschäftigungsquote älterer Menschen.<sup>2</sup> Die Diskriminierung älterer Arbeitnehmender existiert indes auch in der Schweiz. Regelmässig berichten Medien über Schicksale älterer Arbeitnehmer/innen, die aufgrund ihres Alters die Stelle verlieren und trotz intensivster Bemühungen keine oder kaum mehr Chancen auf eine Rückkehr in den Arbeitsmarkt haben.<sup>3</sup> Diese Medienberichte werden durch Studien und amtliche Stellungnahmen bestätigt.<sup>4</sup> Besonders problematisch ist die Situation für ältere Arbeitnehmende, die ihre Stellen verloren haben. Die Stellensuche der über 50-jährigen Arbeitslosen dauert deutlich länger als im gesamtschweizerischen Durchschnitt und das Risiko der Langzeitarbeitslosigkeit und Aussteuerung steigt ab 55 Jahren an.<sup>5</sup>
- 2 Befragungen im In- und Ausland zeigen, dass die *Angst vor Stellenverlust im Alter* zu den relevanten Sorgen der Bevölkerung gehört.<sup>6</sup> Diese Angst ist nicht irrational, denn viele Arbeitnehmende haben bereits erlebt, dass sie aufgrund ihres Alters diskriminiert wurden.<sup>7</sup>
- 3 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 ersetzen.<sup>8</sup> Erwähnt werden insbesondere auch die höheren Beiträge in der beruflichen Vorsorge für ältere Arbeitnehmende, die sich als Anstellungshindernis erweisen.<sup>9</sup> Zudem wird auch auf den hohen Anteil an Teilzeitbeschäftigung im fortgeschrittenen Alter hingewiesen, was zwar zu tieferen Sozialversicherungsabgabe, aber auch zu entsprechend tieferen Altersleistungen führt.<sup>10</sup> Besonders betroffen sind hier Frauen,<sup>11</sup> was die Frage nach der Mehrfachdiskriminierung (Alter und Geschlecht) aufwirft.<sup>12</sup>

---

<sup>2</sup> Alterung und Beschäftigungspolitik, S. 15.

<sup>3</sup> So z.B. im Blick am 7. Mai 2019 («Die Älteren werden diskriminiert», siehe <https://www.blick.ch/news/wirtschaft/stellensuchende-aufgepasst-nun-ist-es-amtlich-die-aelteren-werden-diskriminiert-id15304174.html>, zuletzt besucht am 30.10.2019) und im Beobachter am 26. April 2018 («Letzter Ausweg Ausland?», siehe <https://www.beobachter.ch/arbeit/arbeitslosigkeit/arbeitslos-mit-55-letzter-ausweg-ausland>, zuletzt besucht am 30.10.2019).

<sup>4</sup> Berufliche Integration von arbeitslosen Personen; Altersgrenzen in Stelleninseraten; Erläuternder Bericht.

<sup>5</sup> Erläuternder Bericht, S. 10; 50plus Chancen und Risiken auf dem Zürcher Arbeitsmarkt, S. 30, 35; BAUMANN.

<sup>6</sup> Eine Untersuchung des Beratungsunternehmens Tamandua und der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW) zeigt, dass drei von vier älteren Arbeitnehmer/innen bei einem Stellenwechsel mit Diskriminierung wegen ihres Alters rechnen (siehe <https://www.tamandua.ch/single-post/2018/01/24/Studie-Segment-50plus>, zuletzt besucht am 30.10.2019); mit ähnlichen Ergebnissen: REHBERG/MOSER, S.125–176). Auch das Eurobarometer der Europäischen Union zeigt, dass fast zwei Drittel der Europäerinnen befürchten, Opfer von Altersdiskriminierung zu werden (siehe [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs\\_296\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_296_de.pdf), zuletzt besucht am 30.10.2019).

<sup>7</sup> RÜEGGER, S. 132; umfassend für Deutschland: Diskriminierungserfahrungen in Deutschland.

<sup>8</sup> NZZ, 23. Juni 2013.

<sup>9</sup> Siehe <https://www.knoten-maschen.ch/foerdern-abgestufte-pensionskassenbeitraege-die-altersdiskriminierung/> (zuletzt besucht am 30.10.2019) und <https://www.nzz.ch/wirtschaft/wie-man-sozialkosten-fuer-aeltere-arbeitnehmer-sparen-koennte-id.1388184> (zuletzt besucht am 30.10.2019). Einen solchen Effekt verneinend: Auswirkungen der Altersgutschriften des BVG, S. 113 ff.

<sup>10</sup> Schweizerische Arbeitskräfteerhebung 2017 (siehe <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/medi-enmitteilungen.assetdetail.7106889.html>, zuletzt besucht am 30.10.2019).

<sup>11</sup> Siehe <http://mit-uns-fuer-uns.ch/blog/teilzeitarbeit-als-risiko-fuer-altersarmut-bei-frauen> (zuletzt besucht am 30.10.2019) sowie <https://www.nzz.ch/finanzen/ahv-und-pensionskasse-teilzeitarbeit-als-vorsorgefalle-id.1474264> (zuletzt besucht am 30.10.2019).

<sup>12</sup> Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, S. 179 f., 294.

- 4 Der Verband «Avenir50plus» setzt sich ein für Erwerbslose und Ausgesteuerte. Der Kampf gegen Diskriminierung im Erwerbsleben bildet einer der Schwerpunkte der Aktivitäten des Verbandes. Gefordert wird ein wirksamer rechtlicher Schutz gegen die Altersdiskriminierung.<sup>13</sup> Dabei interessiert insbesondere, wie ein wirksamer Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Alters im Arbeitsleben geschaffen werden könnte. Aus diesem Grund erteilt der Verband «Avenir50plus» dem Gutachter den Auftrag, die folgende Fragestellung zu bearbeiten:

*Mit welchen rechtlichen Instrumenten kann die Diskriminierung aufgrund des Alters im Arbeitsleben bekämpft werden?*

- 5 Zur Beantwortung dieser Frage wird vorerst der Status Quo im schweizerischen Arbeitsrecht beschrieben. Es wird dargestellt, wie heute Arbeitnehmende im Bewerbungsprozess, bei der Anstellung, während des Arbeitsverhältnissen und bei Entlassungen vor diskriminierender Ungleichbehandlung aufgrund des Alters geschützt sind. Der Fokus wird dabei auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis gelegt. Die Situation im Bereich öffentlich-rechtlicher Anstellungen wird lediglich kurz am Beispiel der Regelungen im Bundespersonalgesetz (BPG) gezeigt. Anschliessend wird die heutige gesetzliche Ausgestaltung und deren Konkretisierung durch die Rechtsprechung an den verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben zum Schutz vor Altersdiskriminierung gemessen. Es wird hier zu prüfen sein, ob und wie der Gesetzgeber aktiv werden müsste. Im letzten Teil des Gutachtens werden konkrete Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt.
- 6 Eine Vorbemerkung: Wenn von «Diskriminierung und Diskriminierungsverboten im Erwerbsleben aufgrund des Alters» die Rede ist, muss immer geklärt werden, ob damit «nur» die Diskriminierung älterer Arbeitnehmenden gemeint ist oder generell das Verbot, für Ungleichbehandlungen an das Merkmal «Alter» anzuknüpfen. Im vorliegenden Gutachten steht die Auseinandersetzung mit der Diskriminierung älterer Arbeitnehmenden im Zentrum. Wo immer sinnvoll, etwa wenn auf die Rechtslage in der Europäischen Union verwiesen wird, erfolgt eine umfassendere Sicht und es werden alle altersbedingten Ungleichbehandlungen thematisiert.

## II) Status Quo

### 1. In privaten Arbeitsverhältnissen

#### 1.1 Vorbemerkungen zur Vertragsfreiheit und ihren Schranken

- 7 Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote werden in der juristischen Lehre regelmässig als Gegenpole bezeichnet.<sup>14</sup> Diskriminierungsverbote stellen bei diesem Verständnis Beschränkungen der Vertragsfreiheit dar.<sup>15</sup> Ein solches Verständnis greift allerdings zu kurz, denn Diskriminierungsverbote sind ein Instrument zur *Verwirklichung der Vertragsfreiheit* für alle, statt nur für diejenigen mit entsprechender wirtschaftlicher Macht.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Siehe <https://avenir50plus.ch/avplus50/wp-content/uploads/2019/08/Schutz-vor-Altersdiskriminierung-im-Schweizerischen-Recht.pdf> (zuletzt besucht am 30.10.2019).

<sup>14</sup> Statt vieler: REPGEN, S. 11 ff.; LOBINGER, S. 99 ff.

<sup>15</sup> Statt vieler: HONSELL, S. 14.

<sup>16</sup> PÄRLI, Vertragsfreiheit, S. 5 ff.; PÄRLI, ARV 2018, S. 5.

- 8 Nach Lehre und Rechtsprechung kommt der (arbeitsvertraglichen) Vertragsfreiheit ein ausserordentlich hoher Stellenwert zu.<sup>17</sup> In einem Leitscheid des Bundesgerichts liest sich das folgendermassen:<sup>18</sup> «Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen [...] Mit Bezug auf den vereinbarten Vertragsinhalt sind danach beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden erlaubt. [...] Einschränkungen und Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung von Angestellten des gleichen Arbeitgebers [...]. Solche Einschränkungen lassen sich aber stets nur sehr punktuell rechtfertigen [...]. Es gehört zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als «sachgemäss» anzusehen sind.»
- 9 Die Vertragsfreiheit ist Bestandteil der Privatautonomie und durch Art. 27 BV als Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit geschützt.<sup>19</sup> Ebenso geschützt ist sie als Bedingung für die Wahrnehmung anderer Grundrechte, wie z.B. der Eigentumsgarantie.<sup>20</sup> Der Schutzbereich der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit gewährt Arbeitgebern Schutz vor staatlichen Diskriminierungsverboten und Gleichstellungsaufgaben. Einschränkungen müssen den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen und bedürfen folglich einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses oder überwiegenden Interesses anderer Privater, die Einschränkung muss verhältnismässig sein und darf schliesslich den Kerngehalt der Vertragsfreiheit nicht verletzen.<sup>21</sup>
- 10 Die Bedeutung der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit wird *beschränkt und relativiert* durch die gesetzlichen Persönlichkeitsschutzbestimmungen (insb. Art. 2 und 28 ZGB), den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 328 OR, Art. 6 ArG) sowie zahlreiche gesetzliche Regelungen.<sup>22</sup> Neben den Bestimmungen im Arbeitsvertragsrecht sowie dem öffentlichen Arbeitsrecht sind dies u.a. das Gleichstellungsgesetz, das Datenschutzgesetz (inkl. Art. 328b OR), das Berufsbildungsgesetz, das Entsendegesetz mit den flankierenden Massnahmen sowie das gesamte für die Schweiz massgebende Arbeitsvölkerrecht.
- 11 Gesamthaft betrachtet *relativiert* sich so das Bild einer schrankenlosen Vertragsfreiheit. Überdies gilt anzumerken, dass weder Vertragsfreiheit noch Diskriminierungsschutz «naturegegeben» sind, sondern beide erst durch den Gesetzgeber geschaffen werden. Es wurde bereits erwähnt: Diskriminierungsschutz bildet einen *Bestandteil der Vertragsfreiheit*, indem Diskriminierungsschutz bislang in der Lebensrealität vom Genuss der Vertragsfreiheit ausgeschlossenen Gruppen und Personen einen faktischen Zugang zur Vertragsfreiheit ermöglicht. Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit sind so verstanden Partner und keine Gegenspieler.

---

<sup>17</sup> Statt vieler siehe: BRÜHWILER, N 1 zu Art. 319 OR.

<sup>18</sup> BGE 129 III 276, E. 3.1.

<sup>19</sup> BSK BV-UHLMANN, N 10 zu Art. 27 BV; VALLENDER, SG-Komm BV, N 44 zu Art. 27 BV.

<sup>20</sup> BSK BV-UHLMANN, N 14 zu Art. 27 BV; VALLENDER, SG-Komm BV, N 45 zu Art. 27 BV.

<sup>21</sup> Siehe zu den Schranken des Arbeitnehmerschutzes im Lichte der Wirtschaftsfreiheit im Allgemeinen PORTMANN/DOBREVA, S. 722 ff.

<sup>22</sup> Vgl. zum Ganzen GEISER, S. 37 ff.; VISCHER/MÜLLER, S. 16 f.

## 1.2 Bewerbung/Anstellung

### a) Übersicht

- 12 Das schweizerische Arbeitsrecht kennt kein Recht auf Anstellung.<sup>23</sup> Als Teilgehalt der Vertragsfreiheit gibt die arbeitsvertragliche Partnerwahlfreiheit den Arbeitgebenden die Freiheit, Kriterien und Wertungen für den Anstellungsentscheid selber festzulegen.<sup>24</sup> Eine Rechtspflicht für die Arbeitgeberin, den besten Kandidaten oder die beste Kandidatin auszuwählen, besteht nicht. Ausfluss der Privatautonomie ist, auch willkürliche Entscheide fällen zu dürfen.<sup>25</sup> Der Gesetzgeber hat aber der «Willkürfreiheit» bei der Anstellung in verschiedener Hinsicht Grenzen gesetzt.
- 13 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.<sup>26</sup> Eine Rolle kann das Diskriminierungsverbot nach dem Gleichstellungsgesetz (GIG) spielen, soweit die Benachteiligung aufgrund des Alters eine geschlechtsspezifische Dimension beinhaltet. Nicht anwendbar sind jedoch im Bewerbungsverfahren die Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz in Art. 328 OR und Art. 6 ArG.<sup>27</sup>

### b) (Kein) Schutz durch das Gleichstellungsgesetz

- 14 Art. 3 Abs. 1 des Gleichstellungsgesetzes (GIG) verbietet jede direkte oder indirekte Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Die Arbeitgeberin muss eine *Pönalentschädigung von maximal drei Monatslöhnen* ausrichten, wenn sie die mit dem Geschlecht begründete Nichtanstellung nicht objektiv zu begründen vermag (Art. 5 Abs. 2 GIG). Stellenbewerbende, die annehmen, eine Anstellung aufgrund des Geschlechts nicht erhalten zu haben, können nach Art. 8 Abs. 1 GIG von der Arbeitgeberin eine Begründung der Nichtanstellung verlangen. Die Klage wegen diskriminierender Nichteinstellung muss innert drei Monaten, nachdem die Arbeitgeberin die Nichtanstellung mitgeteilt hat, eingereicht werden (Art. 8 Abs. 2 GIG). Nicht ausdrücklich vom Anwendungsbereich des GIG erfasst ist die Stellenausschreibung.<sup>28</sup> Eine diskriminierende Stellenausschreibung allein stellt demnach (noch) keinen Verstoss gegen das GIG dar.<sup>29</sup> Sie kann jedoch ein Indiz für eine Anstellungsdiskriminierung darstellen.<sup>30</sup>
- 15 Erfolgreiche Klagen wegen Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts sind relativ selten (besonders in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen), was – wie in anderen Bereichen

---

<sup>23</sup> VISCHER/MÜLLER, § 9 Rz. 26.

<sup>24</sup> PÄRLI/STUDER, Rz. 338.

<sup>25</sup> PÄRLI/STUDER, Rz. 338.

<sup>26</sup> PORTMANN/STÖCKLI, Arbeitsrecht, Rz. 52.

<sup>27</sup> Siehe aber BGer 2C\_103/2008 vom 30.06.2008, E. 6.2; hier hat das Bundesgericht eine Vorwirkung von Art. 328 OR angenommen, kritisch dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 14 zu Art. 320 OR.

<sup>28</sup> HEIZMANN, S. 331.

<sup>29</sup> PÄRLI/STUDER, Rz. 341.

<sup>30</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 16 zu Art. 320 OR.

auch – auf die hier *fehlende Beweislastleichterung* zurückzuführen ist (Art. 6 GIG gilt nicht bei diskriminierender Nichtanstellung).<sup>31</sup>

- 16 Das GIG schützt nicht ausdrücklich vor Diskriminierung aufgrund des Alters.<sup>32</sup> Ein Verstoß gegen das GIG könnte aber vorliegen, wenn bsw. die Bewerbung einer älteren zu Gunsten einer jüngeren Frau abgelehnt wird und die Entscheidung bei der Wahl zwischen einem älteren und jüngeren Mann anders ausgefallen wäre. In der bisherigen Praxis zum GIG finden sich nur ganz wenige Hinweise in Schlichtungsverfahren zum Potential des GIG für die Erfassung der mit dem Geschlecht zusammenhängenden Altersdiskriminierung.<sup>33</sup>
- 17 Angesprochen ist hier auch die Problematik der *Mehrfachdiskriminierung*. Das Alter kann eine geschlechtsspezifische Diskriminierung verstärken. Die dogmatische Bearbeitung der Thematik ist indes in der Schweiz noch nicht sehr weit fortgeschritten.<sup>34</sup> Auf gesetzgeberischer Ebene finden sich zumindest im Arbeitsrecht noch keine spezifischen Bestimmungen.<sup>35</sup>
- 18 Die Erfahrungen mit dem GIG zeigen, dass eine wirksame Bekämpfung der Anstellungsdiskriminierung die Schaffung einer Beweislastleichterung erfordert. Eine allfällige gesetzliche Regelung zum Verbot der Altersdiskriminierung müsste demnach die Beweiserleichterung bereits auch für die Anstellungen vorsehen. Im GIG findet sich auch heute bereits Potentiale, die für eine Bekämpfung geschlechtsspezifischer Altersdiskriminierung fruchtbar gemacht werden könnte. Erforderlich ist hier eine entsprechende Sensibilisierung der relevanten Akteure in der Rechtspraxis (Arbeitgeber, Verbände, Beratungsstellen, Anwaltschaft, Gerichte, Gleichstellungsbehörden).

### c) (Kein) Schutz durch Art. 28 ZGB

- 19 Gemäss dem bislang soweit erkennbar einzigen privatrechtlichen Verfahren um eine Altersdiskriminierung bei der Anstellung sahen das Arbeitsgericht Zürich und das Obergericht des Kantons Zürich in der Verweigerung einer Anstellung wegen des Alters keinen objektiven Angriff auf die Persönlichkeit.<sup>36</sup> Dieser Rechtsauffassung ist nicht zu folgen. Der Zivilrichter hat die privatrechtliche Generalklausel zum Persönlichkeitsschutz verfassungs- und völkerrechtskonform auszulegen. Völker- und Verfassungsrecht verbieten die Diskriminierung u.a. aus Gründen des Alters. Die staatlichen Behörden sind je in ihrem Kompetenzbereich verpflichtet, den verfassungs- und völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten Nachahmung zu verschaffen. Art. 28 ZGB ist deshalb völker- und verfassungskonform auszulegen. Das Diskriminierungsmerkmal

---

<sup>31</sup> Siehe dazu ausführlich: Analyse GIG 2017; vgl. auch BBI 2017 5515.

<sup>32</sup> Obergericht Zürich, LA 150046, 23.11.2015 (Urteil Arbeitsgericht Zürich, 09.10.2015).

<sup>33</sup> Siehe <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1116.html> (Diskriminierung einer Lehrerin mit Teilpensum, zuletzt besucht am 31.10.2019) sowie <https://www.gleichstellungsgesetz.ch/d103-1208.html> (Diskriminierende Pensionierung einer Spitalangestellten, zuletzt besucht am 31.10.2019). In beiden Fällen fand allerdings keine bewusste Auseinandersetzung mit einer allfällig vom GIG erfassten Altersdiskriminierung statt.

<sup>34</sup> NAGUIB, SJZ 2010, S. 233 ff. Weiterführend: KLEBER.

<sup>35</sup> Im Behindertengleichstellungsrecht dagegen hat der Gesetzgeber die Problematik der Mehrfachdiskriminierung erkannt, vgl. Art. 5 Abs. 1 BehiG: «Bund und Kantone ergreifen Massnahmen, um Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen; sie tragen dabei den besonderen Bedürfnissen behinderter Frauen Rechnung.»

<sup>36</sup> Zürich, Obergericht, LA150046 vom 23.11.2015, E. 2a.

«Alter» bildet Teil der in Art. 28 ZGB geschützten Persönlichkeit.<sup>37</sup> Die diskriminierende Verweigerung der Anstellung allein wegen des Alters kann je nach den konkreten Umständen nach der hier vertretenen Meinung eine nach Art. 28 ZGB darstellen.

- 20 Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz das Gericht anrufen und die Rechtsbehelfe nach Art. 28a ZGB geltend machen (Verbot, Beseitigung oder Feststellung der Verletzung). Überdies kann Schadenersatz und Genugtuung verlangt werden (Art. 28a Abs. 3 ZGB). Eine Persönlichkeitsverletzung ist nicht widerrechtlich, wenn ein Rechtfertigungsgrund angeführt werden kann. Im Falle diskriminierender Nichtanstellung besteht die Rechtfertigung regelmässig im Rechtfertigungsgrund «überwiegendes privates (Arbeitgeber-)Interesse». Wer eine Stelle aus diskriminierenden Gründen nicht erhält (z.B. wegen der Hautfarbe, des Alters, einer Behinderung o.a.), muss vorerst den Beweis erbringen, dass die Nichtanstellung aus diesem Grund erfolgte. Eine Beweislastleichterung kennt Art. 28 ZGB ebenso wenig wie eine Pflicht der Arbeitgeberin, die Absage zu begründen. Gelingt der Beweis der diskriminierender Nichtanstellung, steht der Arbeitgeberin der Gegenbeweis offen, dass die Anstellungsverweigerung zwar auf einem Persönlichkeitsmerkmal beruht, jedoch sachlich gerechtfertigt ist. Dringt die Arbeitgeberin mit der Rechtfertigung nicht durch, bleibt die Frage, welche Rechtsfolge die Persönlichkeitsverletzung nach sich zieht. Die Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsklagen sind regelmässig wenig zielführend, da insbesondere auch mit einer Beseitigungsklage keine Anstellung erwirkt werden kann.<sup>38</sup> Im Unterschied zum GIG ist bei diskriminierender Nichtanstellung aus anderen Gründen als demjenigen des Geschlechts keine Pönalentschädigung möglich. So verbleiben lediglich die Klagen auf Schadenersatz oder Genugtuung. Regelmässig wird es an einem relevanten Schaden fehlen (geltend gemacht werden könnten einzig die Bewerbungskosten). Die Klage auf Genugtuung setzt voraus, dass es sich um eine schwere Persönlichkeitsverletzung handelt.<sup>39</sup> Je eine Genugtuungsentschädigung von CHF 5000.– wurde in Anstellungsdiskriminierungsprozessen in Lausanne und Zürich zugesprochen. Im vom Arbeitsgericht Lausanne entschiedenen Falle ging es um eine dunkelhäutige Bewerberin, die eine Stelle als Nachtwache mit dem vergeblich von der Arbeitgeberin vorgebrachten Rechtfertigungsgrund «Angst der verwirrten Patienten vor schwarzer Nachtwache» nicht erhielt. Das Arbeitsgericht Zürich beurteilte den Fall, in dem ein Arbeitgeber die ihr durch die Regionale Arbeitsvermittlungsstelle (RAV) vermittelte Kandidatin in herabwürdigender Weise gar nicht erst ins Bewerbungsverfahren einschliessen wollte.<sup>40</sup>

#### d) (Kein) Schutz vor Altersdiskriminierung durch Datenschutzrecht

- 21 Das Datenschutzrecht bietet zwei Anknüpfungspunkte für die vorliegende Thematik der Altersdiskriminierung bei der Anstellung. Der Zweck des Datenschutzrechts ist nicht etwa der Schutz

---

<sup>37</sup> PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1366 ff.

<sup>38</sup> VISCHER/MÜLLER, § 9 Rz. 26.

<sup>39</sup> PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1436; LICCI, recht 2015, S. 104.

<sup>40</sup> Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006 (ZH). Besprochen in PÄRLI, ARV 2006, S. 23 ff.

der Daten, sondern der Schutz der Person vor widerrechtlicher Datenbearbeitung<sup>41</sup> und vor Diskriminierung.<sup>42</sup> Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) qualifiziert bestimmte Personendaten als besonders schützenswert. Dazu zählen gemäss Art. 3 lit. c Ziff. 1-4 etwa Personendaten über religiöse, politische oder gewerkschaftliche Ansichten und Aktivitäten oder die Gesundheit. Für diese Personendaten gelten erhöhte Anforderungen an die Zulässigkeit der Bearbeitung.<sup>43</sup> Hintergrund dieser Regelung ist, dass bei diesen Personendaten eine besondere Gefahr für die Verletzung der Persönlichkeit und einer Diskriminierung einhergeht.<sup>44</sup> Das Lebensalter ist jedoch nicht bei den besonders schützenswerten Personendaten aufgeführt. Insofern kann aus den Regelungen zu den besonders schützenswerten Personendaten für den Schutz vor Altersdiskriminierung nichts gewonnen werden. Das heisst aber nicht, dass das Datenschutzrecht generell für die vorliegende Thematik nicht von Bedeutung wäre. Hinzuweisen ist auf Art. 328b OR; diese Bestimmung beschränkt die zulässige Datenbearbeitung der Arbeitgeberin im Bewerbungsverfahren auf Personendaten, die für eine Eignungsabklärung der Bewerber/innen für die konkret zu besetzende Stelle nach einem objektiven Massstab notwendig sind.

- 22 Das *Potential von Art. 328b OR* besteht nun darin, dass die «Aussortierung» von Bewerbungsdossiers allein aufgrund des Alters eine unzulässige Datenbearbeitung darstellt, sofern und soweit das Lebensalter für die Stelle objektiv nicht wesentlich ist. Einschlägige Gerichtspraxis fehlt. Dennoch wäre es prüfenswert, im Falle einer diskriminierender Nichtanstellung wegen des Alters auch eine Verletzung von Art. 328b OR geltend zu machen. Eine Verletzung von Art. 328b OR hätte Schadenersatz und Genugtuung zur Folge.
- 23 Die «Mobilisierung» datenschutzrechtlicher Rechtsbehelfe wird an Bedeutung gewinnen. Die Digitalisierung und damit verbunden der zunehmende Einsatz von sogenannter «Bewerbungssoftware» führt dazu, dass Kandidaten/innen aufgrund bestimmter Merkmale, u.a. aus Gründen des Alters, bereits automatisch «aussortiert» werden, auch weil sie das falsche Alter haben.<sup>45</sup> Gemäss Art. 22 der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) besteht ein Anspruch, nicht einer ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden.<sup>46</sup> In der aktuellen (Oktober 2019) noch laufenden Revision des schweizerischen Datenschutzgesetzes wird die Einführung einer vergleichbaren Bestimmung diskutiert.<sup>47</sup> Für die Vermeidung der um sich greifenden Gefahr der Ausgrenzung und Diskriminierung durch automatisierte Entscheidungen sind klare rechtliche Regeln erforderlich.

---

<sup>41</sup> FEY, DSG-Kommentar, N 1 zu Art. 1 DSG.

<sup>42</sup> PÄRLI, *digma* 2003, S. 129.

<sup>43</sup> Wer besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet, bedarf dafür eine ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person (Art. 4 Abs. 5 DSG); siehe zum Ganzen RUDIN, DSG-Kommentar, N 24 zu Art. 3 DSG.

<sup>44</sup> PÄRLI, *Datenaustausch*, S. 138.

<sup>45</sup> WEIBEL/SCHAFHEITL/EBERT, *Zeitschrift für Organisationsentwicklung* 3/2019, S. 23-29; KASPER/WILDHABER, S. 189 ff. Vgl. auch Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen ([https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Studie\\_Diskriminierungsrisiken\\_durch\\_Verwendung\\_von\\_Algorithmen.html?nn=6575434](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Studie_Diskriminierungsrisiken_durch_Verwendung_von_Algorithmen.html?nn=6575434), zuletzt besucht am 01.11.2019).

<sup>46</sup> Vgl. DAEDELLOW, *Jusletter* 26. November 2018.

<sup>47</sup> Der Nationalrat hat als Erstrat das DSG in der Herbstsession in diesem Jahr behandelt. Im November berät die Staatspolitische Kommission des Ständerats das Gesetz, damit es der Ständerat in der Wintersession (Dezember) im Rat behandeln kann.

### 1.3. Während des Arbeitsverhältnisses

#### a) Altersbedingte Ungleichbehandlungen im Gesetz<sup>48</sup>

- 24 Das schweizerische Arbeitsrecht sieht in verschiedenen Bereichen *gesetzliche vorgesehene Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters* vor. So hängt bsw. die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a Abs. 2 OR von der Anzahl der Dienstjahre des Arbeitnehmers ab.<sup>49</sup> Vergleichbar ist auch die Regelung in Art. 336c OR hinsichtlich der Sperrfristen. Die Dauer des Schutzes vor Kündigung zur Unzeit steigt mit der Anzahl der Dienstjahre. Art. 329a OR differenziert zudem hinsichtlich des Ferienanspruchs nach Alter. Anspruch auf fünf Wochen Ferien haben Arbeitnehmende bis zum 20. Altersjahr, danach besteht nur noch ein Anspruch auf vier Wochen Ferien.
- 25 Für solche im Gesetz vorgesehenen Ungleichbehandlungen finden sich mehr oder weniger sachliche Begründungen. So kann ein längerer Ferienanspruch für Jüngere mit «Jugendschutz» begründet werden. Die Verbesserung der Lohnfortzahlungspflicht und die längere Sperrfrist wird mit der durch die längere Diensttreue anwachsenden Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin begründet. Es ist indes auch möglich, dass solche Schutzbestimmungen auch negative Auswirkungen haben können. Zu denken ist an Entlassungen mit dem Ziel, zu vermeiden, dass ein Arbeitnehmer in den Genuss eines erweiterten Schutzes kommt.<sup>50</sup>
- 26 Die nachfolgende Tabelle zeigt (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) die im schweizerischen Arbeitsrecht vorgesehenen gesetzlichen Ungleichbehandlungen. Verwiesen wird auch auf die Rechtfertigungsmotive.

**Tabelle 1: Gesetzlich verankerte Ungleichbehandlung aufgrund des Alters im OR und ArG**

Norm	Form der Ungleichbehandlung	Rechtfertigung/Bemerkungen
OR 324a	Lohnfortzahlung nach Dauer des Arbeitsverhältnisses	Fürsorgepflicht ArG / Nachteil für ältere AN? (Entlassungskandidaten?)
OR 329a	5 Wochen Ferien für AN bis 20 Jahre, 4 Wochen für den Rest	Schutz Jugendlicher / Fehlender Schutz für AN 50 plus (aber GAV-L)
OR 329e	Urlaub für Jugendarbeit für AN bis 30	Förderung der Jugendarbeit
OR 331e	Altersgrenzen für Vorbezug PK	PK-System, Schutz der Altersleistungen der AN

<sup>48</sup> Diese Ungleichbehandlungen betreffen nicht nur die Phase der Anstellung, sondern auch Kündigungen.

<sup>49</sup> Alter und Anzahl Dienstjahre haben einen Zusammenhang, i.d.R. haben vor allem ältere Arbeitnehmende eine grössere Anzahl an Dienstjahren vorzuweisen.

<sup>50</sup> Eine solche Kündigung wäre zwar vermutlich missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR, was aber an der Gültigkeit der Kündigung nichts ändern würde.

OR 335c	Kündigungsfristen sind abhängig von der Anzahl Dienstjahre	Sicherheit für AN und ArG soll mit längerer Dienstdauer zunehmen
OR 336c Abs. 1 lit. b	Zeitlicher Kündigungsschutz korreliert mit Dienstjahren	Diensttreue soll mit längerem Schutz belohnt werden
OR 339b	Abgangsentschädigung für AN ab 50 Jahre (bei 20 Dienstjahren)	Fürsorgepflicht / Diensttreue soll sich lohnen
ArG 29/VO 5	Sonderschutz für jugendliche AN	BV 11 (besonderer Schutz für Kinder und Jugendliche)

Quelle: Eigene Darstellung.

- 27 Ausgeprägte altersbedingter Ungleichbehandlungen betreffen die mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden Regelungen über die Altersgutschriften in der beruflichen Vorsorge.<sup>51</sup> Gemäss Art. 16 BVG sind auf dem versicherten Lohn eines Arbeitnehmers die folgenden Altersgutschriften für die berufliche Vorsorge zu leisten:

25-34 (= Altersjahre): 7% (= Prozentsatz des koordinierten Lohnes)

35-44: 10%

45-54: 15%

55-65: 18%

## b) Vertragliche Ungleichbehandlung

- 28 Sowohl in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) als auch in Einzelarbeitsverträgen (EAV) und in Personalreglementen finden sich regelmässig Bestimmungen mit Differenzierungen aufgrund des Alters. So sehen verschiedene GAV's einen längeren Ferienanspruch für Arbeitnehmende ab dem 50. und/oder 60. Altersjahr vor.<sup>52</sup> Auch ist in GAV und EAV ein Lohnanstieg in Abhängigkeit von Dienstjahren vorgesehen.
- 29 Eine direkte oder indirekte (Dienstalter) Anknüpfung für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters ist in vertragsrechtlicher Hinsicht zulässig, soweit der Vertragsinhalt nicht gegen das Recht der Persönlichkeit, die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst.<sup>53</sup> Gerichtsentscheide, in denen altersbedingte Ungleichbehandlungen (z.B. beim Lohn oder bei sonstigen Arbeitsbedingungen) als (teil)nichtig qualifiziert wurden, gibt es soweit ersichtlich keine. Das ist angesichts der grossen Bedeutung (auch) der arbeitsvertraglichen Vertragsfreiheit nicht erstaunlich.

<sup>51</sup> Zu den möglichen Auswirkungen dieser Regelung siehe vorne, Rz. 3.

<sup>52</sup> So z.B. der Landesmantelvertrag im Bauhauptgewerbe (6 Wochen Ferien bis 20 und ab 50 Altersjahren, zwischen 20 und 50 Altersjahren 5 Wochen Ferien; Art. 34 AVE LMV 2019–2022) und der GAV der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie (25 Arbeitstage Ferien ab 20 Altersjahren, 27 Arbeitstage ab 40 Altersjahren und 30 Arbeitstage ab 50 Altersjahren; Art. 13.1 GAV MEM 2018–2023).

<sup>53</sup> Art. 19/20 i.V.m. Art. 328 OR, zum Ganzen siehe ausführlich PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1395-1397.

30 Anders verhält es sich wiederum im Anwendungsbereich des GIG. Eine auf Geschlechtsdiskriminierung zurückzuführende vertragliche Ungleichbehandlung beim Lohn oder bei den übrigen Arbeitsbedingungen ist nach GIG verboten. Die betroffenen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer haben einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Lohnnachzahlung und Beseitigung der Ungleichbehandlung.<sup>54</sup> Im Gegensatz zur Anstellungsdiskriminierung genügt bei Vertragsinhaltsdiskriminierungen die blosser Glaubhaftmachung einer Diskriminierung. Es obliegt danach der Arbeitgeberin zu beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt.<sup>55</sup>

### c) Persönlichkeitsschutz

31 Art. 328 OR (Persönlichkeitsschutz) sowie die korrespondierende öffentlich-rechtliche Schutznorm in Art. 6 Arbeitsgesetz (ArG) und der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verbieten altersbedingte Benachteiligungen im laufenden Arbeitsverhältnis.

32 Nach Art. 328 Abs. 1 OR muss die Arbeitgeberin die Persönlichkeit des Arbeitnehmers «achten und schützen» und Art. 328 Abs. 2 OR verpflichtet die Arbeitgeberin darüber hinaus zum Schutz der Gesundheit und der persönlichen Integrität. Das bedeutet konkret, dass die Arbeitgeberin bsw. gegen «Altersmobbing»<sup>56</sup> und andere Formen der Belästigung gegenüber älteren Arbeitnehmenden vorgehen muss.<sup>57</sup> Auch muss bei der Gestaltung der Arbeit und bei der Anordnung von Überstunden (Art. 321c OR) auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und damit auch auf allfällige altersbedingte Besonderheiten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten Rücksicht genommen werden.<sup>58</sup>

33 Zum Anspruch auf *Schutz der Persönlichkeit* gehört auch, dass ein Arbeitnehmer bzw. eine Arbeitnehmerin *nicht aufgrund stereotyper Vorstellungen und Vorurteile* behandelt werden darf. Im Zusammenhang mit dem Merkmal «Alter» bedeutet dies, dass die Arbeitgeberin im Rahmen des ihr Zumutbaren auch dafür sorgen muss, dass Vorurteile gegenüber älteren Arbeitnehmenden abgebaut werden.<sup>59</sup> Ein gesetzliches Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters könnte dazu einen wichtigen Beitrag leisten.<sup>60</sup> Das zeigen die Erfahrungen der Diskriminierungsverbote aufgrund des Geschlechts und wegen einer Behinderung; diese tragen zu einem Abbau geschlechtsspezifischer Stereotypen und Vorurteilen gegenüber Menschen mit Behinderung bei.<sup>61</sup>

34 Gemäss dem aus Art. 328 OR abgeleiteten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist die Arbeitgeberin verpflichtet, bei der Ausübung des Weisungsrechts (Art. 321d OR) und bei

---

<sup>54</sup> Art. 5 Abs. 1 GIG.

<sup>55</sup> Art. 6 GIG.

<sup>56</sup> Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, S. 182 f. Siehe auch <https://www.derwesten.de/wirtschaft/mehr-beschwerden-ueber-mobbing-gegen-aeltere-am-arbeitsplatz-id6448568.html> (zuletzt besucht am 01.11.2019).

<sup>57</sup> «Mobbing» stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar. Mobbing liegt vor bei systematischen, feindseligen Handlungen gegenüber einem Arbeitnehmer (durch Arbeitskollegen und/oder Vorgesetzte) über einen längeren Zeitraum, siehe u.a. BGer 8C\_902/2012 vom 18.09.2013, E. 4.2.

<sup>58</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 321c OR.

<sup>59</sup> Hier eröffnet sich ein komplexes Spannungsfeld. Die Forderung nach einer erhöhten Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenüber älteren Arbeitnehmenden kann dazu führen, dass Vorurteile, etwa über abnehmende Leistung oder fehlende Bereitschaft zur Weiterbildung, verstärkt werden. Erforderlich ist deshalb eine differenzierte Betrachtung und Berücksichtigung der Individualität.

<sup>60</sup> PÄRLI, ARV 2018, S. 12.

<sup>61</sup> PÄRLI, Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung, S. 112.

freiwilligen (also nicht vertraglich vereinbarten) Leistungen, die Arbeitnehmenden gleich zu behandeln, sofern die Ungleichbehandlung nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden kann.<sup>62</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes allerdings nur dann vor, wenn einzelne Arbeitnehmende im Verhältnis zur Gesamtheit der Arbeitnehmenden willkürlich schlechter behandelt werden.<sup>63</sup>

#### 1.4 Auflösung des Arbeitsverhältnisses

##### a) (Beschränkter) Schutz vor missbräuchlicher Kündigung

35 Im schweizerischen Arbeitsrecht erfordert eine Kündigung für deren Gültigkeit keinen sachlichen Grund.<sup>64</sup> Das bedeutet, dass eine Kündigung durch die Arbeitgeberin allein aufgrund des Lebensalters des Arbeitnehmers zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führt. Bei einer Kündigung im Zusammenhang mit dem Alter kann es sich allerdings um eine missbräuchliche Kündigung handeln. Liegt eine missbräuchliche Kündigung vor, so schuldet die Arbeitgeberin eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen.<sup>65</sup>

36 Eine Kündigung unter Berufung auf das Alter kann eine missbräuchliche Kündigung aufgrund einer persönlichen Eigenschaft im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR darstellen. Das Alter ist gemäss Lehre und Rechtsprechung eine «persönliche Eigenschaft» und fällt somit in den Schutzbereich dieser Bestimmung.<sup>66</sup> Allerdings sieht Art. 336 Abs. 1 lit. a OR auch vor, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich ist, wenn die «persönliche Eigenschaft», also vorliegend das Alter, in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt. Eine altersbedingte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit stellt einen solchen Rechtfertigungsgrund dar.<sup>67</sup> Die Arbeitgeberin muss im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht (die sich auf Art. 328 OR stützt) im Rahmen des betrieblich Zumutbaren versuchen, den betreffenden Arbeitnehmer zu unterstützen, damit dieser seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbringen kann.<sup>68</sup>

##### b) Erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden

37 Nach jüngerer Praxis des Bundesgerichts hat die Arbeitgeberin gegenüber älteren Arbeitnehmenden, die zugleich längere Zeit im Betrieb gearbeitet haben, eine erhöhte Fürsorgepflicht.

---

<sup>62</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 12 zu Art. 328 OR; VISCHER, S. 130; BRÜHWILER, N 14 zu Art. 328 OR.

<sup>63</sup> BGE 129 III 282.

<sup>64</sup> Vgl. PÄRLI, AJP 2010, S. 718.

<sup>65</sup> Art. 336a/b OR. Die Gerichte sind allerdings sehr zurückhaltend hinsichtlich der Zusprechung von Entschädigungen, siehe dazu MÜLLER, S. 287.

<sup>66</sup> HUMBERT/LERCH, FHB Arbeitsrecht, Rz. 11.87; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH, N 7 zu Art. 336 OR; HUMBERT, AJP 2015, S. 871; LEMPEN, AJP 2019, S. 85; Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève, Urteil vom 10. November 2005 (Aufhebung des Urteils des Tribunal des prud'hommes vom 22. März 2005); Urteil (Bundesverwaltungsgericht) A-5255/2018 vom 09.07.2019, E. 5.3; PORTMANN/STÖCKLI, JAR 2006, S. 469.

<sup>67</sup> In BGE 123 III 246, E. 5 (mit Hinweisen) hat das Bundesgericht festgehalten, der sachliche Kündigungsschutz nach Art. 336 Abs. 1 lit. a OR entfalle, wenn eine Krankheit (= persönliche Eigenschaft) die Arbeitsfähigkeit beeinträchtige.

<sup>68</sup> In BGer 4A\_102/2008 vom 27.05.2008 hat das Bundesgericht entschieden, eine gesundheitlich bedingt Kündigung sei missbräuchlich, wenn die Arbeitgeberin gestützt auf ihre Fürsorgepflicht nicht versuche, vor einer Kündigung eine dem Gesundheitszustand angepasste Tätigkeit im Betrieb zu suchen, siehe dazu ABEGG/STEBLER, AJP 2008, S. 1177 ff. Diese Rechtsprechung lässt sich auch auf eine Kündigung wegen des Alters übertragen.

Wegweisend entschied das Bundesgericht in BGE 132 III 115, E. 5.3: «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. Dazu gehört 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.» Als verletzt erachtete das Bundesgericht in diesem Fall auch das Gebot schonender Rechtausübung.<sup>69</sup> 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 Einkommensersatzleistungen rechnen. Dieses Interesse würde die Interessen der Arbeitgeberin bei Weitem übersteigen.<sup>70</sup>

- 38 Die in Art. 336 OR aufgeführte Liste der Missbrauchsgründe ist nicht abschliessend.<sup>71</sup> Das Bundesgericht hat in schöpferischer Rechtsprechung weitere Gründe als missbräuchliche Kündigungsgründe qualifiziert.<sup>72</sup> Einer dieser Gründe besteht in der Verletzung der Fürsorgepflicht.<sup>73</sup>
- 39 Bei Arbeitnehmern in fortgeschrittenem Alter und langer Dienstzeit gilt eine erhöhte arbeitgeberische Fürsorgepflicht.<sup>74</sup> Dazu gehört auch, insbesondere bei älteren Arbeitnehmenden, rechtzeitig über die beabsichtigte Kündigung zu informieren und diese anzuhören.<sup>75</sup> Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, nach Lösungen zu suchen, die eine Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses ermöglichen.<sup>76</sup> Dieser besondere Schutz bedeutet jedoch nicht, dass ein absoluter Kündigungsschutz für Arbeitnehmer im fortgeschrittenen Alter besteht.<sup>77</sup>
- 40 Das Bundesgericht hat in den letzten Jahren mehrere Entscheide zur Bedeutung der erhöhten Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden gefällt:

*BGer 4A\_72/2008 vom 02.04.2008 (Entlassung eines 57-Jährigen nach 33 Dienstjahren aus wirtschaftlichen Gründen nicht missbräuchlich),*

*BGer 4A\_419/2008 vom 29.01.2008 (Entlassung eines 56-Jährigen nach 27 Dienstjahren nicht missbräuchlich),*

---

<sup>69</sup> BGE 132 III 115, E. 5.4.

<sup>70</sup> BGE 132 III 115, E. 5.5.

<sup>71</sup> BGer 4A\_28/2009 vom 26.03.2009, E. 3.2, siehe auch RUDOLPH, ARV 2011, S. 77.

<sup>72</sup> BGer 4A\_385/2007 vom 28.11.2007; BGE 125 III 70, E. 2; 123 III 246, E. 3b; 121 III 60, E. 3b.

<sup>73</sup> Urteile BGer 8C\_87/2017 vom 28. April 2017, E. 6.2 und 8C\_895/2015 vom 8. März 2016, E. 3.2; BVGE 2015/48, E. 5.5 ff.; Urteile BVGer A-1246/2018 vom 29. Oktober 2018, E. 6.1 und A-4716/2017 vom 8. August 2018, E. 7.2. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 132 III 115, E. 2.1; 131 III 535, E. 4.2).

<sup>74</sup> ULRICH, Anwaltsrevue 2018, S. 285. Siehe die Zusammenstellung der wichtigsten Entscheide in Rz. 40.

<sup>75</sup> Fraglich ist allerdings, ob diese Ansprüche nicht gestützt auf das Menschenrecht auf «anständige» Arbeitsbedingungen ohnehin für alle Arbeitnehmende gilt, siehe dazu PÄRLI, AJP 2018, S. 1542 f.

<sup>76</sup> BGer 4A\_384/2014 vom 12.12.2014, E. 4.2 und 5.2: Missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers, Art. 336 OR; erweiterte Fürsorgepflicht, Art. 328 OR; Günstigkeitsprinzip, Art. 357 Abs. 2 OR.

<sup>77</sup> BGE 132 III 115, E. 5.4; Urteil BGer 4A\_384/2014 vom 12. November 2014, E. 4.2.2; Urteil BVGer A-5665/2014 vom 29. September 2015, E. 5.2.

*BGer 4A\_558/2012 vom 18.02.2013 (Entlassung eines 64-Jährigen mit 12 Dienstjahren missbräuchlich trotz abnehmender Arbeitsmotivation),*

*BGer 4A\_399/2013 vom 17.02.2014 E. 3.4. (Entlassung eines 70-Jährigen nicht missbräuchlich, auch wenn vier Monate später Betriebsübergang [Art. 333 OR], da allgemeines Pensionsalter überschritten),*

*BGer 4A\_384/2014 vom 12.11.2014 (Entlassung eines 59-Jährigen mit 11 bzw. 35 Dienstjahren trotz ungenügender Leistung missbräuchlich, vorgängige Verwarnung blieb aus)<sup>78</sup>.*

### c) Altersdiskriminierung bei Zwangspensionierung?

- 41 In jüngerer Zeit wird vermehrt die Frage aufgeworfen, ob die weitem verbreitete Praxis, dass Arbeitsverträge mit dem Erreichen des AHV-Alters enden oder aber die Arbeitsverhältnisse auf diesen Zeitpunkt hin gekündigt werden, allenfalls altersdiskriminierend sind und somit eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR vorliegen würde.<sup>79</sup>
- 42 Die Thematik hat überdies einen geschlechtsspezifischen Aspekt, denn nach schweizerischer AHV-Gesetzgebung werden Frauen mit 64 und Männer mit 65 pensioniert.<sup>80</sup> Vermehrt gehen heute Vorsorgeeinrichtungen dazu über, die Pensionskassenaltersrente für Frauen erst ab dem 65. Altersjahr auszurichten bzw. beim Rücktrittsalter 64 lediglich eine gekürzte Rente zu gewähren. Wenn nun in dieser Konstellation der Arbeitsvertrag vorsieht, dass ein Arbeitsverhältnis mit Erreichen des 64. Altersjahr endet, so stellt sich die Frage, ob hier eine geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung und somit eine Diskriminierung nach GIG vorliegt.<sup>81</sup> Eine gerichtliche Beurteilung dieser Frage steht noch aus. Hinzuweisen ist aber immerhin auf ein älteres Urteil aus Basel. Im fraglichen Fall endete das Arbeitsverhältnis bei Mitarbeiterinnen mit dem 60. Altersjahr. Männer durften jedoch wählen, ob sie mit 63 oder erst mit 65 Jahren in Rente gehen wollten. Die Arbeitgeberin lehnte eine Weiterbeschäftigung einer Frau mit dem Hinweis auf das Personalreglement ab. Das Appellationsgericht Basel-Stadt entschied, die unterschiedliche Rentenalterregelung verstosse gegen den Gleichstellungsgrundsatz in Art. 8 Abs. 3 der Bundesverfassung. Die Arbeitgeberin musste der Klägerin eine Entschädigung ausrichten. Zwar würde die vorzeitige Pensionierung auch Vorteile bringen, diese würden jedoch den finanziellen Verlust (geringere Rentenhöhe) nicht aufwiegen. Im Gegensatz zu einem Mann mit gleichvielen Dienstjahren habe sie nicht die Wahl, ob sie noch länger arbeiten wolle.<sup>82</sup>
- 43 Das Bundesgericht musste sich mit der Beschwerde eines 70-Jährigen Arbeitnehmers auseinandersetzen, der als Fachlehrer arbeitete und dem nach einem Betriebsübergang gekündigt wurde.<sup>83</sup> Der Kläger machte geltend, die Kündigung sei wegen seines Alters erfolgt und sei deshalb gemäss Art. 336 lit. a OR missbräuchlich. Das Bundesgericht verneinte dies u.a. mit der

<sup>78</sup> Kritisch dazu: STÖCKLI, ARV 2015, S. 18.

<sup>79</sup> PÉTREMAND, Rz. 954; PÄRLI, ARV 2018, S. 83; PORTMANN/STREULI-NIKOLIĆ, S. 159 ff.

<sup>80</sup> Art. 21 Abs. 1 lit. b AHVG.

<sup>81</sup> Siehe z.B. <https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/ist-frauenrentenalter-65-zulaessig/story/12082497> (zuletzt besucht am 04.11.2019) und <https://www.vorsorgeforum.ch/bvg-aktuell/2019/10/7/rentenalter-65-arbeitsvertrag-bis-64.html> (zuletzt besucht am 04.11.2019). Soweit ersichtlich ist die Thematik noch nicht rechtswissenschaftlich bearbeitet.

<sup>82</sup> Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Verf. Nr. 952/2002 vom 19.11.2002 (Quelle: <https://www.gleichstellungsge-setz.ch/d103-1208.html#no4>, zuletzt besucht am 01.11.2019).

<sup>83</sup> BGer 4A\_399/2013 vom 17.02.2014.

dem EU-Recht «entliehenen» Begründung<sup>84</sup>, wonach die Regelungen zur Pensionierung keine Diskriminierung darstellen, weil sie einem legitimen sozialpolitischen Ziel entsprechen (Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur im Interesse einer Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen, Förderung der beruflichen Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer).<sup>85</sup>

- 44 Über das Pensionsalter hinaus zu arbeiten ist selbstverständlich zulässig, bedingt aber eine vertragliche Einigung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin. Eine andere Regelung gilt für die Arbeitstätigkeit im Rahmen des Strafvollzuges. Ein Antrag eines Gefängnisinsassen auf Befreiung von der Arbeitspflicht mit Hinweis auf Erreichung des 65. Altersjahres wurde von der Gefängnisleitung abgelehnt. Die Gerichte einschliesslich des Bundesgerichts stützten diesen Entscheid mit der Begründung, dass das Rechtsinstitut der Altersrente nicht in das Vollzugssystem übertragbar sei, da die Arbeit im Vollzug nicht dazu diene, den Lebensunterhalt zu bestreiten.<sup>86</sup> Vielmehr diene die Arbeit im Strafvollzug der Resozialisierung sowie der Vermeidung von Haftschäden; diese Arbeitspflicht sei deshalb altersunabhängig. Strafgefangene haben also nicht nur das Recht, sondern auch eine Pflicht, über das ordentliche Pensionsalter hinaus zu arbeiten.

#### d) Fazit und Handlungsbedarf

- 45 Die dargelegten Fälle zeigen, dass die Gerichte die Problematik altersdiskriminierender Entlassungen durchaus erkannt haben. Allerdings ist die heutige Rechtslage unbefriedigend.<sup>87</sup> Ein sehr beschränkter Schutz erfolgt durch die Sanktionsandrohungen bei missbräuchlicher Kündigung, es bleibt jedoch beim Verlust des Arbeitsplatzes. Auch hat eine Sanktion von ein paar Monatslöhnen kaum eine abschreckende Wirkung. Dazu kommt eine Rechtsunsicherheit, ab welchem Alter und bei welchen Voraussetzungen die Kündigung wegen Verletzung der gegenüber älteren Arbeitnehmenden erhöhten Fürsorgepflicht missbräuchlich ist. In der 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).<sup>88</sup> Auch im Nationalrat wurde ein Vorstoss eingereicht, den Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer zu verbessern. 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».<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> BGer 4A\_399/2013 vom 17.02.2014, E. 3.4; GEISER, AJP 2015, S. 383.

<sup>85</sup> BGer 4A\_399/2013 vom 17.02.2014, E. 3.4, siehe zur EU-Rechtsslage hinten, Rz. 88 ff.

<sup>86</sup> BGE 139 I 180.

<sup>87</sup> Vgl. PÄRLI, ARV 2018, S. 11.

<sup>88</sup> HUMBERT, AJP 2015, S. 884.

<sup>89</sup> Parlamentarische Initiative Corrado Pardini, Sichere Arbeit für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Geschäfts-Nr. 16.489. Am 25.01.2018 entschied die zuständige Kommission des Ständerates mit 18 zu 7 Stimmen, die Initiative sei abzulehnen; ebenso der Nationalrat am 13.03.2018. Eine Zusammenstellung weiterer parlamentarischer Vorstösse i.S. Altersdiskriminierung siehe hinten, Rz. 67.

- 46 Ein verstärkter Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmende ist erforderlich. Dabei darf es aber nicht bleiben, denn ansonsten besteht die Gefahr, dass sich der bessere Kündigungsschutz als ein Bumerang erweist. Es könnte ein Anreiz geschaffen werden, Arbeitnehmende rechtzeitig vor Erreichen einer gesetzlich festgelegten Altersgrenze zu entlassen. Auch hätten ältere Arbeitnehmende allenfalls noch grössere Schwierigkeiten, eine neue Stelle zu finden.<sup>90</sup>

## 2. In öffentlichen Arbeitsverhältnissen

### 2.1 Vorbemerkungen

- 47 Die schweizerische Rechtsordnung kennt zahlreiche Altersgrenzen, die zum Teil in einem Gesetz, zum Teil aber auch nur auf Verordnungsstufe geregelt sind.<sup>91</sup> In BGE 124 I 297 erachtete das Bundesgericht Altersgrenzen für Notare als zulässig, da im Alter die körperlichen und geistigen Fähigkeiten abnehmen würden.<sup>92</sup> In die gleiche Richtung zielt der Entscheid des Bundesgerichts vom 28. Mai 2003 über die Zulässigkeit der zweijährlichen vertrauensärztlichen Kontrolluntersuchung für ältere Fahrzeuglenkerinnen und Fahrzeuglenker.<sup>93</sup> Nach den Bestimmungen des Strassenverkehrsgesetzes darf der Führerausweis entzogen werden, wenn die Fahrzeugführer wegen körperlichen oder geistigen Krankheiten oder Gebrechen daran gehindert sind, ein Fahrzeug sicher zu führen.<sup>94</sup> Die Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr sieht vor, dass sich Fahrzeuglenker/innen ab dem 70. Altersjahr zweijährlich einer vertrauensärztlichen Überprüfung ihres Gesundheitszustandes zu unterziehen haben.<sup>95</sup> Gemäss Bundesgericht ist dies keine unzulässige Diskriminierung betagter Personen. Die Massnahme diene sowohl dem Schutz der Allgemeinheit wie dem der betroffenen Personen selber.<sup>96</sup>
- 48 Rechtliche Altersgrenzen beeinflussen auch die beruflichen Perspektiven. Einem 48-Jährigen Wissenschaftler wurde vom Schweizerischen Nationalfonds u.a. mit dem Verweis auf sein fortgeschrittenes Alter beschieden, er komme für ein Stipendium für «angehende Forscher» nicht in Frage. Das einschlägige Reglement sieht zwar keine formelle Altersgrenze vor. Daraus darf aber gemäss dem Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Mai 2010 nicht auf ein absolutes Anknüpfungsverbot an das Kriterium Alter geschlossen werden. Eine Diskriminierung wegen des Alters liege nicht vor, wenn die Vorinstanz die Erfolgsaussichten eines 48-Jährigen Wissenschaftlers auf eine akademische Karriere als gering erachtet und deshalb ein Forschungsstipendium ablehnt.<sup>97</sup>

---

<sup>90</sup> Siehe dazu auch hinten, Rz. 67

<sup>91</sup> PÄRLI, Altersgrenzen, S. 118.

<sup>92</sup> BGE 124 I 297 E. 4 (Altersgrenze von 70 Jahren für freie Notare im Kanton Neuenburg), bestätigt in BGE 133 I 259, E. 4.2. In dieser Entscheidung ging es um die Zulässigkeit der Senkung der Altersgrenze für Notare von 80 auf neu 77 Jahre im Kanton Basel-Stadt.

<sup>93</sup> BGer 2A.234/2003 vom 28.05.2003.

<sup>94</sup> Art. 14 Abs. 2 lit. b Strassenverkehrsgesetz (SVG, SR 741.01) i.V.m. Art. 16 Abs. 1 SVG.

<sup>95</sup> Art. 27 Abs. 1 lit. b Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV, SR 741.51).

<sup>96</sup> BGer 2A.234/2003 vom 28.05.2003, E. 2.2.2. Siehe zur Thematik auch den parlamentarischen Vorstoss von Ständerat Maximilian Reimann, Nr. 10.3448 «Diskriminierung der über 70-jährigen Autolenker?».

<sup>97</sup> BGer 8C\_547/2013 vom 30.09.2013, Bundesverwaltungsgericht B-4569/2009 vom 7. Mai 2010.

49 Etwas anders gelagert ist die Ausgangslage in einem Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Juni 2004.<sup>98</sup> Art. 19 der Verordnung über die Direktzahlungen in der Landwirtschaft bestimmt, dass Landwirte, die vor dem ersten Januar des Beitragsjahres das 65. Altersjahr erreicht haben, keine Direktzahlungen mehr erhalten.<sup>99</sup> Das Bundesgericht hat die Rechtmässigkeit dieser Altersgrenze bejaht. Die Direktzahlungen würden lediglich einen bestimmten Teil des Einkommens eines Landwirtschaftsbetriebes ausmachen, an dessen Stelle würden bei Erreichen des Pensionsalters die Leistungen der AHV treten. Die Altersgrenze für Direktzahlungen sei deshalb sachlich begründet und stelle keine Diskriminierung aufgrund des Alters dar.<sup>100</sup>

## 2.2 Altersdiskriminierung bei der Anstellung

50 Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber sind unmittelbar an die Grundrechte und damit auch an das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters gebunden.<sup>101</sup> Wie im privatrechtlichen Arbeitsrecht besteht auch im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht kein Rechtsanspruch auf Anstellung.<sup>102</sup> Es ist auch deshalb nicht erstaunlich, dass es kaum Gerichtsfälle betreffend altersbedingten diskriminierenden Nichtanstellungen gibt. Das Bundesverwaltungsgericht verlangt für eine altersbedingte Zulassungsbeschränkung zu einem Ausbildungskurs für Leiter/innen «Jugend + Musik» eine gesetzliche Grundlage. Entsprechend wurde die Beschwerde eines Antragsstellers im AHV-Alter gutgeheissen.<sup>103</sup>

## 2.3 Ungleichbehandlung während der Anstellung

51 In öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen wird regelmässig an das Lebensalter bzw. an die Erfahrung (Anzahl Dienstjahre bzw. Anzahl an Berufsjahren) für die Festsetzung des Lohnes, für Lohnerhöhungen, Beförderungen und anderen Arbeitsbedingungen angeknüpft. Auch der Anspruch ist vom Lebensalter abhängig. Die folgende Abbildung zeigt im Sinne eines Überblicks einige Regelungen im Bundespersonalgesetz (BPG), in denen das Alter direkt oder indirekt eine Rolle spielt.

**Tabelle 2: Altersbestimmungen auf Gesetzesstufe im öffentlichen Dienstrecht (im BPG)**

Norm	Bemerkungen
BPG 4 Abs. 2 lit. g	Schutz der Persönlichkeit
BPG 4 Abs. 3 i.V.m. BPV 16	Alter = kein Beurteilungskriterium

<sup>98</sup> BGer 2A.292/2004 vom 07.06.2004.

<sup>99</sup> Die Altersgrenze ist in Art. 19 der Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft vom 7. Dezember 1998 (Direktzahlungsverordnung, DZV, SR 910.13) festgelegt und stützt sich auf Art. 70 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG, SR 910.1).

<sup>100</sup> BGer 2A.292/2004 vom 07.06.2004, E. 2.2.2. Siehe auch Bundesverwaltungsgericht B-3069/2015 vom 27.03.2017, E. 5.2.1 ff.

<sup>101</sup> BK OR-STÖCKLI, N 24 zu Art. 356a OR.

<sup>102</sup> Bundesverwaltungsgericht A-8222/2008 vom 10.06.2009, E. 1.1.

<sup>103</sup> Bundesverwaltungsgericht B-973/2017 vom 11.07.2017, E. 4.

BGP 8 Abs. 3 i.V.m. BPV 24	Alter als Anstellungskriterium
BPG 34 Abs. 3	Kein Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung bei Nichtanstellungen
BPG 10 Abs. 2 i.V.m. BPG 35	Entschädigung bei Kündigung, Berücksichtigung des Alters
BPG 10 Abs. 3 e contrario	Altersbedingte Entlassung = kein sachlicher Grund), siehe auch Art. 34b PBG
BPG 15 Abs. 1	Lohn = Funktion, Erfahrung, Leistung
BPG 19 Abs. 2	Alter = Kriterium für die Höhe der Entschädigung
BPV 52a	Tieferbewertung einer Funktion, Altersgrenze 55ig für Lohngarantie

Quelle: Eigene Darstellung.

- 52 Für das Bundesgericht stellt die Berücksichtigung von Berufungserfahren für die Festsetzung der Lohnhöhe keine Altersdiskriminierung dar, Berufserfahrung sei ein objektives Kriterium, das eine Lohndifferenz zulässig mache.<sup>104</sup> Das Bundesgericht argumentiert dabei auch mit Tatsache, dass die Lohnsysteme in der öffentlichen Verwaltung weitgehend auf der Anerkennung von Erfahrungs- oder Dienstaltersstufen basieren. Bei älteren Bediensteten würden Erfahrungs- oder Dienstaltersanteil oft einen erheblichen Teil der Besoldung ausmachen. Diese führte zwangsläufig dazu, dass verschiedene Bedienstete allein aufgrund ihres Dienstalters sehr unterschiedliche Löhne erhalten, auch wenn sie genau die gleiche Arbeit verrichten. Das sei jedoch nicht verfassungswidrig.<sup>105</sup> In der Lehre wird jedoch kritisiert, dass in Art. 52a der Verordnung zum Bundespersonalgesetz (BPV) Arbeitnehmende ab dem 55. Altersjahr bei Umstrukturierungen Anspruch auf eine Lohngarantie haben. Eine solche schematische Bezugnahme auf eine bestimmte Altersgrenze sei unzulässig bzw. würde eine formell gesetzliche Grundlage erfordern.<sup>106</sup>

## 2.4 Altersdiskriminierende Entlassungen

- 53 Eine Kündigung allein wegen des Alters ist nach Bundespersonalgesetz unzulässig, denn eine Kündigung bedarf im öffentlich-rechtlichen Personalrecht – anders bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – eines sachlichen Grundes.<sup>107</sup> Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Errei-

<sup>104</sup> BGer 1C\_429/2008 vom 17.04.2009, E. 6.3.

<sup>105</sup> BGE 129 I 161, E. 3.5; 130 III 145, E. 5.2; 124 II 409, E. 9c; 123 I 1, E. 6c.

<sup>106</sup> GRÜTTER, VPB 4/2008 vom 03.12.2008, S. 390 ff.

<sup>107</sup> Art. 10 Abs. 3 BPG.

chen des gesetzlichen Pensionsalters ist aber grundsätzlich zulässig und auch nicht missbräuchlich.<sup>108</sup> Erfolgreich war jedoch eine Beschwerde gegen eine kantonale Regelung, wonach bei vorzeitiger Versetzung in den Ruhestand keine Abfindung, sondern bloss eine Übergangsrente geschuldet ist. Diese Regelung sei dann altersdiskriminierend, wenn die Höhe der Übergangsrente tiefer sei als die Abfindung.<sup>109</sup> Es finden sich keine Gerichtsentscheide, in denen eine Kündigung wegen Altersdiskriminierung erfolgreich angefochten werden konnte.

### **3. Fazit**

- 54 Die summarische Analyse der Rechtslage hinsichtlich Altersdiskriminierung in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen zeigt, dass die geltenden Personalerlasse kein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung bei der Anstellung kennen, Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters während der Beschäftigung vorsehen und dass Kündigungen wegen Erreichen des Pensionsalters zulässig sind. Im Unterschied zum privaten Arbeitsrecht bedarf es bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen für eine Kündigung einen sachlichen Grund. Das Alter allein ist mit Ausnahme bei Pensionierungen nie ein sachlicher Grund.
- 55 Auffallend ist, dass das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters in personalrechtlichen Entscheiden nie eine relevante Rolle spielte. Dies ist ein Indiz mehr, dass wirksamer Diskriminierungsschutz eine gesetzliche Basis benötigt.

## **III) Verfassungs- und völkerrechtliche Verpflichtungen**

### **1. (Kein ausdrückliches) Völkerrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters**

- 56 In zahlreichen völkerrechtlichen Menschenrechtsabkommen finden sich Diskriminierungsverbote. Sie auferlegen den Ratifikationsstaaten die Pflicht, innerstaatlich in allen Lebensbereichen und insbesondere auch in der Arbeitswelt für einen wirksamen Schutz vor benachteiligender Ungleichbehandlung wegen persönlichkeitsnaher Merkmale wie Geschlecht, Herkunft, Hautfarbe usw. zu sorgen.<sup>110</sup> Auch innerhalb der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO) kommt dem Diskriminierungsschutz eine grosse Bedeutung zu. Das ILO-Übereinkommen Nr. 111 (Schutz vor Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Rasse und anderer persönlichkeitsrelevanter Merkmale) gehört zu den ILO-Kernarbeitsübereinkommen.<sup>111</sup>
- 57 Das Diskriminierungsmerkmal «Alter» ist in keinem völkerrechtlichen Menschenrechtsvertrag ausdrücklich aufgeführt.<sup>112</sup> In der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinde-

---

<sup>108</sup> BGer 4A\_399/2013 vom 17.02.2014.

<sup>109</sup> BGer 8C\_1074/2009 vom 02.12.2010.

<sup>110</sup> PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, S. 37 ff.

<sup>111</sup> DEMIR, S. 95.

<sup>112</sup> PÄRLI, Altersgrenzen, S. 111.

ung wird an verschiedenen Stellen auf die Lage älterer Menschen oder von Kindern mit Behinderung Bezug» genommen.<sup>113</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. 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».

- 58 Auch der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) sieht 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». Der für Individualbeschwerden wegen Verletzung des IPbpR zuständige Menschenrechtsausschuss hat in zwei Fällen dargelegt, dass «Alter» als Diskriminierungsmerkmal nach Art. 26 IPbpR anzuerkennen sei. Im Fall «Schmitz de Jong gegen die Niederlande» ging es um die Frage der Zulässigkeit einer Regelung, die einen zu verschiedenen Vergünstigungen berechtigenden Seniorenpass den Ehepartnern von mindestens 65-jährigen Personen nur dann gewährte, wenn diese (die Ehepartner) selbst mindestens das 60. Lebensjahr vollendet haben. Frau de Jong, die 44-jährige Ehefrau eines 65-jährigen Mannes, machte eine Diskriminierung geltend, weil ihr der Seniorenpass verweigert wurde.<sup>114</sup> Der Fall «Love et al. gegen Australia»<sup>115</sup> betrifft die Altersgrenze von 60 Jahren für Flugpiloten. Auch hier anerkannte der Menschenrechtsausschuss «Alter» als ein nach Art. 26 IPbpR verbotenes Diskriminierungsmerkmal.<sup>116</sup> In beiden Fällen hat der Menschenrechtsausschuss die Ungleichbehandlung jedoch als nicht diskriminierend erachtet, da die Anknüpfung an das Alter sachlich und vernünftig war (objective and reasonably).
- 59 Im bereits erwähnten ILO- Übereinkommen Nr. 111 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 dürfen.<sup>117</sup> Gestützt auf ILO-Übereinkommen Nr. 111 müssen die Staaten für einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung – auch aus Gründen des Alters – sorgen.<sup>118</sup>
- 60 Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) enthält in Art. 14 ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Das Merkmal «Alter» ist in der nicht abschliessenden Liste der Diskriminierungsmerkmale nicht enthalten. Aus mehreren Entscheiden des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) lässt sich erkennen, dass der EGMR das Alter unter «anderer Status»

---

<sup>113</sup> Art. 7 Abs. 3 (Kinder mit Behinderungen), 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 lit. b (Anspruch auf altersgemässe Information), Art. 25 lit. b (besondere Erwähnung von Kindern und älteren Menschen beim Zugang zu Gesundheitsleistungen), Art. 28 Abs. 2 lit. b (Erwähnung älterer Menschen beim Anspruch auf Zugang zu Programmen für sozialen Schutz und zur Armutsbekämpfung).

<sup>114</sup> Human Rights Committee (HRC), Communication No. 855/1999, Schmitz de Jong vs. Netherlands.

<sup>115</sup> HRC, Communication No. 983/2001, Love et al. vs. Australia.

<sup>116</sup> In einem Sondervotum wandte sich ein Richter gegen die Auffassung, «Alter» könne ein Diskriminierungsmerkmal darstellen. Das Merkmal «Alter» sei von den anderen Diskriminierungsmerkmalen grundsätzlich zu unterscheiden, jeder Mensch besitze irgendein Alter, HRC, Communication No. 983/2001, Individual Opinion Committee Member Mr. Nisuke Ando.

<sup>117</sup> 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.

<sup>118</sup> PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 311.

subsumiert<sup>119</sup> und dass somit die Diskriminierung wegen des Alters im Anwendungsbereich der EMRK verboten ist.<sup>120</sup>

- 61 Obwohl «Alter» noch kein in den völkerrechtlichen Diskriminierungsmerkmalskatalogen ausdrücklich aufgeführtes Merkmal darstellt, verdichten sich insgesamt die Anzeichen, dass «Alter» im völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz zu den verbotenen Diskriminierungsmerkmalen gehört.<sup>121</sup> Benachteiligungen unter Anknüpfung an Altersgrenzen erfordern deshalb von den Staaten besonders dichte Begründungen.<sup>122</sup>

## 2. Verpflichtungen aus dem Völkerrecht

- 62 Die staatlichen Pflichten aus internationalen Menschenrechtsverträgen lassen sich in Respekt-, Schutz- und Gewährleistungspflichten unterteilen (obligations to respect, to protect and to fulfil).<sup>123</sup> Vorab ist jede rechtliche Diskriminierung untersagt (obligations to respect), d.h. ohne besondere Rechtfertigung dürfen weder Gesetze erlassen noch Entscheide gefällt werden, die Ungleichbehandlungen auf der Basis von Diskriminierungsmerkmalen vorsehen.<sup>124</sup> Primärer Adressat der völkerrechtlichen Pflichten ist der Staat, zu dessen Pflichten es indes auch gehört, für wirksamen Diskriminierungsschutz unter Privaten zu sorgen.<sup>125</sup> Die Schutzpflichten (obligations to protect) auferlegen den Vertragsstaaten die Pflicht, wirksame Massnahmen zum Schutz vor Diskriminierung in privaten Verhältnissen zu ergreifen, namentlich bezüglich Machtstrukturen in asymmetrischen Verhältnissen im Bereich Arbeit, Wohnen und Versicherung.<sup>126</sup> Zu diesen Massnahmen gehört insbesondere der Erlass von Diskriminierungsschutzgesetzen. Auf der dritten Pflichtenebene (obligations to fulfil) ist der Staat gefordert, mit geeigneten Mitteln auf eine möglichst diskriminierungsfreie Gesellschaft hinzuwirken.<sup>127</sup> Ausgeprägt ist diese Verpflichtung in der Frauenrechtskonvention. Diese fordert von den Vertragsstaaten u.a. alle zweckdienlichen Massnahmen, «um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken

---

<sup>119</sup> EGMR vom 22.10.1981, Nr. 7525/76, Dudgeon vs. United Kingdom, Rn. 67-70. Siehe auch: Menschenrechtskommission vom 13.10.1986, Nr. 11077/84, Nelson vs. United Kingdom.

<sup>120</sup> Auch die Kommentarliteratur zu Art. 14 EMRK führt «Alter» als Grund auf, der unter «anderer Status» zu subsumieren ist, siehe z.B. FROWEIN JOCHEN A./PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, N 33 zu Art. 14 EMRK.

<sup>121</sup> Im Jahr 2010 hat die UN-Generalversammlung eine Arbeitsgruppe zur Stärkung der Menschenrechte Älterer (Open Ended Working Group on Ageing, OEWG-A) ins Leben gerufen (<https://social.un.org/ageing-working-group/>, zuletzt besucht am 04.11.2019). Die Forderung nach einer UN-Konvention zum Schutz älterer Menschen wird in der Arbeitsgruppe immer wieder vorgebracht und diskutiert, siehe <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/themen/rechte-aelterer/offene-un-arbeitsgruppe-rechte-aelterer-oewg-a/> (zuletzt besucht am 04.11.2019).

<sup>122</sup> PÄRLI, Altersgrenzen, S. 113.

<sup>123</sup> PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 121.

<sup>124</sup> RUDOLF, S. 58 ff.

<sup>125</sup> PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 128-130.

<sup>126</sup> WALDMANN, S. 494.

<sup>127</sup> PÄRLI, Völker- und verfassungsrechtliche Grundlagen, Rz. 124.

zu gelangen»<sup>128</sup>. Das Bundesgericht hat im Entscheid betreffend Abschaffung der Gleichstellungskommission im Kanton Zug die Bedeutung dieser «Gewährleistungspflichten» am Beispiel der Frauenrechtskonvention hervorgehoben, dass «alle Ebenen des Staates, d.h. nicht nur der Bund, sondern auch alle Kantone, verpflichtet sind, die Konvention umzusetzen und hierfür die geeigneten organisatorische Vorkehrungen zu treffen».<sup>129</sup>

- 63 Auch wenn für das Diskriminierungsmerkmal «Alter» keine ausdrückliche völkerrechtliche Verpflichtung besteht, so könnte sich die schweizerischen Behörden (Gesetzgeber, Verwaltung, Gerichte) dennoch am Vorbild der Frauenrechtskonvention orientieren und je in ihrem Kompetenzbereich für einen Abbau von auf Stereotypen beruhenden Diskriminierungen älterer Arbeitnehmenden sorgen.

### **3. Verfassungsrechtlicher Gesetzgebungsauftrag**

- 64 Art. 8 Abs. 2 BV zählt in einer nicht abschliessenden Liste neun die Identität des Menschen bestimmende oder zumindest prägende Diskriminierungsmerkmale auf (Geschlecht, Rasse, Sprache, Religion, Weltanschauung/politische Einstellung, soziale Stellung, Lebensform, Alter, Behinderung). Lehre und Rechtsprechung messen den einzelnen Diskriminierungsmerkmalen eine unterschiedliche grosse Bedeutung zu. Kriterien wie das «Geschlecht», «ethnische Zugehörigkeit» und «Religion» werden dabei höher gewichtet als «Alter». Beim «Alter» handle es sich um einen atypischen Diskriminierungstatbestand. Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters erfordere im Unterschied etwa zu einer solchen aufgrund des Geschlechts keine vergleichbare strenge Überprüfung.<sup>130</sup>
- 65 Als Grundrecht richtet sich das Diskriminierungsverbot primär an den Staat und an Institutionen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 2 BV). Grundrechte müssen jedoch in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV) und 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. Für die Diskriminierungsmerkmale Geschlecht und Behinderung hat der Verfassungsgeber in Art. 8 Abs. 3 bzw. Art. 8 Abs. 4 BV spezifische Gesetzgebungsaufträge verankert. Nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV sind Mann und Frau gleichberechtigt, und Satz 2 hält fest, das Gesetz Sorge für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Der Gesetzgeber hat diesen Auftrag mit dem Gleichstellungsgesetz (GIG) umgesetzt. Weit weniger klar lautet der Auftrag in Art. 8 Abs. 4 BV. Hier steht lediglich,

---

<sup>128</sup> Art. 5 lit. a CEDAW.

<sup>129</sup> BGE 137 I 305.

<sup>130</sup> Siehe zum Ganzen u.a. BGE 138 I 265 E. 4.3; Bundesverwaltungsgericht B-973/2017 vom 11.07.2017, E. 3.3; Urteil (Eidgenössische Personalrekurskommission) vom 07.09.2006 in ARV 2007 S. 240 ff., 242; HANGARTNER, ZSR 122/2003, S. 97 ff., insb. S. 110; WALDMANN, S. 327, 733; GRISEL, S. 78 f.; MÜLLER/SCHEFER, S. 724; MÜLLER/SCHEFER, Jusletter 4. April 2003, N 54 f.; MARTENET, Rz. 898.

das Gesetz habe Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorzusehen. Mit dem Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG) wird der Gesetzgebungsauftrag (teilweise<sup>131</sup>) umgesetzt.

- 66 Bezüglich dem Diskriminierungsmerkmal «Alter» findet sich kein ausdrücklicher Gesetzgebungsauftrag. Das bedeutet nun aber gerade nicht, dass der Gesetzgeber nicht tätig werden darf. Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 BV beinhalten in Verbindung mit Art. 35 Abs. 3 BV auch einen objektivrechtlichen Schutzauftrag.<sup>132</sup> Das bedeutet, dass der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Sicht aktiv werden darf und soweit erforderlich aktiv werden muss, soweit dies zur Verwirklichung des Grundrechts auf diskriminierungsfreie Behandlung aufgrund des Alters in privatrechtlichen Verhältnissen erforderlich ist.<sup>133</sup> Wie (auch) in diesem Gutachten gezeigt wurde,<sup>134</sup> erleben ältere Arbeitnehmende in der Arbeitswelt Nachteile aufgrund ihres Alters. Verfassungs- und auch völkerrechtlich<sup>135</sup> besteht also für den Gesetzgeber eine Pflicht, hier für Abhilfe zu sorgen. Besondere Beachtung muss dabei auch dem Zugang zum Recht geschenkt werden.<sup>136</sup> Bei der Wahl der Massnahmen muss der Gesetzgeber aber auch die Grundrechte der Arbeitgeber, namentlich die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV, berücksichtigen, d.h., es ist ein Abwägungsprozess erforderlich.<sup>137</sup>

## IV) Lösungsmöglichkeiten

### 1. Parlamentarische Vorstösse

- 67 Das Problem der Altersdiskriminierung und der Schutz von älteren Arbeitnehmenden wurde in den letzten Jahren (Auflistung ab Jahr 2014; nach Annahme der «Masseneinwanderungs-Initiative») im Rahmen folgender Vorstösse in das eidgenössische Parlament getragen:
- 21.03.2014 / Bea Heim (SP) / [Postulat «Ältere Arbeitnehmende auf dem Arbeitsmarkt. Chancen und Perspektiven»](#) / angenommen im Nationalrat am 20.06.2014 und abgeschrieben am 07.06.2016 durch den Bericht des Bundesrates «[Fachkräfteinitiative – Stand der Umsetzung und weiteres Vorgehen](#)»
  - 19.06.2014 / Paul Rechsteiner (SP) / [Postulat «Nationale Konferenz zum Thema der älteren Arbeitnehmenden»](#) / angenommen im Ständerat am 23.09.2014 und abgeschrieben am 08.06.2017

---

<sup>131</sup> Der Verfassungsauftrag betrifft auch die Kantone, die in ihrem Kompetenzbereich für die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung zuständig sind. Art. 8 Abs. 4 BV schafft keine (neue) Bundeskompetenzen, siehe statt vieler BIAGGINI, BV Kommentar, N 36 zu Art. 8 BV.

<sup>132</sup> WALDMANN, S. 493 f.

<sup>133</sup> Pärli, Altersgrenzen, S. 123 f. Einen Handlungsbedarf stellt auch Menschenrechte im Alter, S. 42 f. fest.

<sup>134</sup> Siehe vorne u.a. Rz. 1-3, 16 f., 26, 35, 42, 52.

<sup>135</sup> Siehe vorne Rz. 62.

<sup>136</sup> Siehe zum Ganzen: KÄLIN/LOCHER, Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen.

<sup>137</sup> WALDMANN, S. 495.

- 18.06.2014 / Pascale Bruderer Wyss (SP) / [Interpellation «Beschäftigungsoffensive statt Arbeitsmarktdiskriminierung für Menschen im Alter von mehr als 50 Jahren»](#) / beantwortet durch den Bundesrat am 03.09.2014
- 18.03.2015 / Bea Heim (SP) / [Postulat «Nationaler Sozialstern zur Bekämpfung altersbedingter Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt»](#) / abgelehnt im Nationalrat am 07.03.2017
- 18.03.2015 / Bea Heim (SP) / [Postulat «Nationale Strategie zur Verbesserung der Beschäftigungschancen und der Reintegration erwerbsloser älterer Menschen in den Arbeitsmarkt»](#) / abgelehnt im Nationalrat am 07.03.2017
- 03.06.2015 / Sozialdemokratische Fraktion / [Interpellation «Schutz älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern»](#) / beantwortet durch den Bundesrat am 19.08.2015
- 03.06.2015 / Susanne Leutenegger Oberholzer (SP) / [Motion «Flankierende Massnahmen. Mehr Schutz und erhöhte Fürsorgepflicht für ältere Lohnabhängige»](#) / abgelehnt im Nationalrat am 23.09.2015
- 19.06.2015 / Silvia Schenker (SP) / [Postulat «Arbeitslosenfürsorge. Handlungsmöglichkeiten des Bundes»](#) / abgelehnt im Nationalrat am 07.06.2017
- 24.09.2015 / Bea Heim (SP) / [Parlamentarische Initiative «Das Potential älterer Arbeitskräfte klug nutzen und klug stärken»](#) / keine Folge gegeben im Nationalrat am 01.06.2017
- 30.11.2015 / Verein 50plus outIn work Schweiz / [Petition «Schluss mit der Altersdiskriminierung auf dem Arbeitsmarkt»](#) / zur Kenntnis genommen in der Kommission für Wirtschaft und Angaben am 29.01.2018
- 17.03.2016 / Claude Béglé (CVP) / [Postulat «Bekämpfung der Altersdiskriminierung, um die Erwerbstätigkeit von Seniorinnen und Senioren zu fördern»](#) / abgelehnt im Nationalrat am 28.02.2018
- 14.12.2016 / Corrado Pardini (SP) / [Parlamentarische Initiative «Sichere Arbeit für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter»](#) / keine Folge gegeben im Nationalrat am 13.03.2018
- 15.12.2016 / Min Li Marti (SP) / [Interpellation «Nehmen Bund und bundesnahe Betriebe eine Vorbildfunktion im Umgang mit Arbeitnehmenden der Gruppe 50 plus ein?»](#) / beantwortet durch den Bundesrat am 15.02.2017
- 15.12.2016 / Jean Christophe Schwaab (SP) / [Motion «Weniger administrative Hürden, dafür mehr Unterstützung für ältere Erwerbslose»](#) / abgeschlossen am 14.12.2018
- 16.12.2016 / Martina Munz (SP) / [Postulat «Branchenspezifische Massnahmen für ältere Arbeitnehmende»](#) / abgeschlossen am 14.12.2018
- 16.12.2016 / Min Li Marti (SP) / [Parlamentarische Initiative «Ausbau der Leistungen der Arbeitslosenversicherung für ältere Arbeitsuchende»](#) / keine Folge gegeben im Nationalrat am 13.03.2018
- 16.12.2016 / Min Li Marti (SP) / [Parlamentarische Initiative «Verbesserung der Situation von älteren Arbeitsuchenden bei der Arbeitslosenversicherung»](#) / keine Folge gegeben im Nationalrat am 13.03.2018
- 01.06.2017 / Regula Rytz (Grüne) / [Dringliche Anfrage «Recht und Sicherheit für ältere Arbeitnehmende. Wann handelt der Bundesrat endlich?»](#) / beantwortet durch den Bundesrat am 16.06.2017

- 07.12.2017 / Barbara Gysi (SP) / [Motion «Solidaritätsabgabe zugunsten der Bildung älterer Arbeitnehmenden»](#) / im Rat noch nicht behandelt
- 14.12.2017 / Géraldine Marchand-Balet (CVP) / [Postulat «Standortbestimmung und Weiterbildungsplanung für ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer»](#) / im Rat noch nicht behandelt
- 15.03.2018 / Irène Kälin (Grüne) / [Motion «Weiterbildungsoffensive im Bereich der Digitalisierung für ältere Arbeitnehmende»](#) / im Rat noch nicht behandelt
- 04.06.2018 / Géraldine Marchand-Balet (CVP) / [Interpellation «Kurse für ältere Menschen zum Umgang mit neuen Technologien anbieten»](#) / beantwortet durch den Bundesrat am 15.08.2018
- 20.09.2018 / Jean-Paul Gschwind (CVP) / [Motion «Damit ältere Arbeitslose wieder eine feste Arbeit finden»](#) / im Rat noch nicht behandelt
- 28.09.2018 / Samuel Bendahan (SP) / [Motion «Die Arbeitgeber dazu motivieren, dem Arbeitsmarkt qualifizierte Personen zu übergeben»](#) / im Rat noch nicht behandelt
- 07.05.2019 / BDP-Fraktion / [Motion «Keine Aussteuerung von Menschen über 55 Jahre»](#) / im Rat noch nicht behandelt

<sup>68</sup> Der Eindruck, dass sämtliche Vorstösse für die Verbesserung der Situation älterer Arbeitnehmenden erfolglos waren, täuscht. Im Oktober 2019 hat der Bundesrat die «Botschaft zum Bundesgesetz über die Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG)» erlassen. Diese Vorlage nimmt mindestens teilweise Anliegen auf, die in den Postulaten «Nationale Strategie zur Verbesserung der Beschäftigungschancen und der Reintegration erwerbsloser älterer Menschen in den Arbeitsmarkt»<sup>138</sup> und «Arbeitslosenfürsorge. Handlungsmöglichkeiten des Bundes»<sup>139</sup> thematisiert wurden.

<sup>69</sup> Kernpunkt des ÜLG ist die Gewährung einer Überbrückungsleistung (ÜL) in der Höhe von maximal 58 350 Franken für eine Einzelperson und 87 525 Franken für ein Ehepaar für ausgesteuerte<sup>140</sup> Personen ab 60 Jahren. Zu den weiteren Anspruchsvoraussetzungen gehört, dass die in Frage kommenden Personen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben und mindestens 20 Jahre in der AHV versichert waren und dabei ein Mindestwerbseinkommen von 21 330 Franken erzielt haben.<sup>141</sup> Überdies ist erforderlich, dass während zehn Jahren in einem Zeitfenster von 15 Jahren vor der Aussteuerung ein Erwerbseinkommen in der genannten Höhe erzielt worden ist.<sup>142</sup> Diese Überbrückungsrente wird bis zum Erreichen des ordentlichen AHV-Alters ausgerichtet. Die ÜLG-Leistung ist nach dem Vorbild der Ergänzungsleistungen an den Bedarf ausgerichtet, der sich durch eine Gegenüberstellung anerkannter Ausgaben und anrechenbarer Einnahmen ergibt. Wie bei der EL sind Einkommensfreibeträge vorgesehen, so dass

---

<sup>138</sup> Postulat Bea Heim, Nationale Strategie zur Verbesserung der Beschäftigungschancen und der Reintegration erwerbsloser älterer Menschen in den Arbeitsmarkt, Geschäfts-Nr. 15.3193.

<sup>139</sup> Postulat Silvia Schenker, Arbeitslosenfürsorge. Handlungsmöglichkeiten des Bundes, Geschäfts-Nr. 15.3748.

<sup>140</sup> Der Tatbestand der Aussteuerung ist in Art. 2 Abs. 2 ÜLG definiert: Ausgeschöpfter Anspruch auf Taggelder der ALV.

<sup>141</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. b ÜLG.

<sup>142</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. c ÜLG.

ein Nebeneinkommen nicht gänzlich angerechnet wird.<sup>143</sup> Wie die EL sind auch die ÜL steuerfinanziert, d.h., es sind keine zusätzlichen Lohnprozentabzüge vorgesehen.<sup>144</sup>

- 70 Wie sind die im ÜLG vorgesehenen Massnahmen im Zusammenhang mit der vorliegenden Thematik «Altersdiskriminierung im Erwerbsleben» zu bewerten? Positiv zu würdigen ist, dass die Massnahmen problemorientiert sind; trotz guter Erwerbsquote älterer Arbeitnehmenden haben es ältere Arbeitslose sehr schwierig, eine neue Stelle zu finden. Es ist sozialpolitisch richtig, Personen davor zu schützen, nach einem langen Erwerbsleben die letzten Jahre vor dem Anspruchsbeginn auf eine Altersrente noch sozialhilfeabhängig zu werden. Auch ist vertretbar, dass diese Leistungen bezüglich Höhe beschränkt sind. Positiv zu würdigen ist weiter die Steuerfinanzierung, so werden die Lohnnebenkosten nicht zusätzlich erhöht. Richtig ist schliesslich, dass diese Kosten für die freiwillige Weiterversicherung in der beruflichen Vorsorge bei den für die Berechnung der ÜL relevanten anerkannten Ausgaben berücksichtigt werden.<sup>145</sup> Damit können die über 60-jährigen Ausgesteuerten ihr Altersguthaben in der zweiten Säule weiterhin anhäufen.
- 71 Am System «ÜL für ausgesteuerte Ü60» wird aus mehreren Perspektiven Kritik erhoben.<sup>146</sup> Argumentiert wird, die Motivation für die Arbeitssuche werde so geschmälert bzw. es würden Fehlreize geschaffen.<sup>147</sup> Eine andere Kritik geht dahin, dass die ÜL gerade eine Einladung für die Arbeitgebenden bilde, ältere Arbeitnehmende zu entlassen.<sup>148</sup> Einige Stimmen stören sich an der vom Bundesrat selbst betonten Verbindung zwischen den ÜL für Ausgesteuerte und der Angst vor einem Abstimmungs-erfolg der Initiative zur Kündigung des FZA.<sup>149</sup> Ferner wird darauf hingewiesen, dass vor allem ältere Männer von dieser Lösung profitieren würden, nicht aber Frauen, die aus familiären Gründen nicht die erforderliche Dauer an Erwerbsfähigkeit aufweisen.<sup>150</sup>
- 72 Zwischen FZA und dem neu vorgeschlagenen «ÜL-System» besteht ein bemerkenswerter Zusammenhang. Bislang haben sich Bundesrat und Parlament geweigert, den gesetzlichen Schutz gegen Diskriminierung im Arbeitsleben zu verbessern. Sämtliche diesbezüglichen Vorstösse wurden abgelehnt.<sup>151</sup> Das Freizügigkeitsabkommen, das der Bundesrat mit den ÜL verteidigen

---

<sup>143</sup> Art. 8 Abs. 1 lit. a ÜLG.

<sup>144</sup> Art. 21 ÜLG (Finanzierung durch den Bund, die Kantone tragen die Vollzugskosten).

<sup>145</sup> Art. 7 Abs. 1 lit. g ÜLG.

<sup>146</sup> Auch die Auftraggeberin, für dieses Gutachten, der Verband «Avenir50plus» äussert sich kritisch zur (isolierten) ÜL, siehe <https://avenir50plus.ch/avplus50/wp-content/uploads/2019/09/Vernehmlassung-Überbrückungsrente-2019.08-.pdf>

<sup>147</sup> Siehe z.B. [https://www.arbeitgeberbasel.ch/fileadmin/dateien/pdf/stellungnahmen/20190909162027\\_AGV-UEberbrueckungsrente.pdf](https://www.arbeitgeberbasel.ch/fileadmin/dateien/pdf/stellungnahmen/20190909162027_AGV-UEberbrueckungsrente.pdf) (siehe Punkt 3.2 Fehlanreize; zuletzt besucht am 04.11.2019).

<sup>148</sup> <https://www.nzz.ch/schweiz/ueberbrueckungsrente-wenn-arbeitgeber-verantwortung-abschieben-ld.1518737> (zuletzt besucht am 04.11.2019).

<sup>149</sup> <https://www.handelszeitung.ch/politik/george-sheldon-uber-60-jahrige-waren-dann-nur-verwaltet> (zuletzt besucht am 04.11.2019).

<sup>150</sup> Siehe: <https://www.nzz.ch/schweiz/ueberbrueckungsrenten-maenner-werden-die-meisten-erhalten-ld.1519288> (zuletzt besucht am 08.11.2019).

<sup>151</sup> Darunter 22.03.2006 / Josef Zisydis (Grüne) / [Motion «Bundesgesetz gegen Diskriminierung»](#) / abgeschrieben am 20.03.2009; 21.03.2002 / Anita Thanei (SP) / [Parlamentarische Initiative «Änderung des Arbeitsvertragsrechtes zum Schutz der Arbeitnehmer gegen Mobbing»](#) / keine Folge gegeben im Nationalrat am 23.09.2003; 17.04.2002 / Paul Rechsteiner (SP) / [Einfache Anfrage «Dis-](#)

will,<sup>152</sup> beinhaltet jedoch ein in öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit eines FZA-Staates.<sup>153</sup> Das arbeitsrechtliche FZA-Diskriminierungsverbot ist in allen Phasen eines Arbeitsverhältnisses anwendbar (Anstellung, Arbeitsbedingungen, Kündigung). Arbeitnehmende aus einem FZA-Staat können sich also gegenüber jedem Arbeitgeber auf das FZA-Diskriminierungsverbot berufen.<sup>154</sup> Eine Nichtanstellung mit der Begründung «FZA-Ausländer/in» stellt einen Verstoß gegen das FZA dar, sofern die Nichtanstellung nicht sachlich begründet werden kann.<sup>155</sup> Die Verweigerung einer Anstellung aufgrund des Alters steht indessen nach heutiger Rechtslage unter dem Schutz der Arbeitsvertragsfreiheit, konkret hier der Abschlussfreiheit.<sup>156</sup> Aus dieser Erkenntnis ist nicht etwa der Schluss zu ziehen, das Diskriminierungsverbot aufgrund der FZA-Staatsangehörigkeit sei entbehrlich. Es ist indes rechtspolitisch kaum zu rechtfertigen, wenn gleichzeitig ein Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters fehlt.

## 2. Verbesserung des Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmende

73 In der juristischen Lehre wird eine Verbesserung des Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmende vorgeschlagen. So erachtet DENIS HUMBERT<sup>157</sup> Art. 336 Abs. lit. a OR (Alter als persönliche Eigenschaft) als zu wenig griffig; er lasse zu viel Interpretationsspielraum zu. Zudem berufe sich das Bundesgericht bei der Beurteilung von Kündigungen älterer Arbeitnehmer praktisch ausschliesslich auf die Generalklausel von Art. 336 OR und nicht auf Art. 336 Abs. 1 lit. a OR. Humbert weist darauf hin, dass das Bundesgericht sich wie ein Gesetzgeber verhalte, wenn es Arbeitgeberpflichten wie die zur Anhörung und das Suchen nach Alternativen zur Kündigung in die Generalklausel von Art. 336 hineininterpretiere. Auch aus Gründen der Rechtssicherheit fordert Humbert deshalb ein Aktivwerden des Gesetzgebers. Sachgerecht wäre nach Humbert, im OR eine Diskriminierungsschutznorm zu verankern, die für Arbeitnehmer ab dem 55. Altersjahr unter Berücksichtigung der geleisteten Dienstjahre einen sachlichen Kündigungsschutz mit den in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR genannten Rechtfertigungsgründen und den vom Bundesgericht vorstehend erwähnten Arbeitgeberpflichten (verbunden mit einer Strafschädigung als Sanktion, abgestuft nach Lebensalter und Dienstalter) vorsieht. Zudem fordert Humbert für zu entlassende Mitarbeiter ab dem 55. Altersjahr analog den Bestimmungen in den Sozialplänen und im öffentlichen Personalrecht moderate Abgangsentschädigungen (gestaffelt nach Lebensalter und

---

[Kriminierung aufgrund des Alters](#) / beantwortet durch den Bundesrat am 21.08.2002; 19.06.2003 / Cécile Bühlmann (Grüne) / [Interpellation «Rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt»](#) / abgeschrieben am 17.06.2005; 17.12.2004 / Cécile Bühlmann (Grüne) / [Motion «Gesetz gegen die rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt»](#) / abgeschrieben am 20.03.2009; 06.10.2006 / Susanne Leutenegger Oberholzer (SP) / [Postulat «2007. Jahr der Chancengleichheit»](#) / abgelehnt im Nationalrat am 22.06.2007; 23.03.2007 / Paul Rechsteiner (SP) / [Parlamentarische Initiative «Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz»](#) / keine Folge gegeben im Nationalrat am 21.09.2009; 14.06.2012 / Martin Naef (SP) / [Postulat «Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung»](#) / angenommen im Nationalrat am 14.12.2012; 28.09.2017 / Pascale Bruderer Wyss (SP) / [Motion «Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Lücken im Behindertengleichstellungsrecht schliessen»](#) / zurückgezogen am 29.11.2017. Gegen eine Verbesserung des gesetzlichen Diskriminierungsverbotes stellt sich auch der Bundesrat, siehe Recht auf Schutz vor Diskriminierung, S. 25 f.

<sup>152</sup> Siehe Botschaft zum ÜLG, S. 8.

<sup>153</sup> Art. 2 i.V.m. Art. 7 und Art. 9 Anhang I zum FZA; JUNGHANNS, S. 496.

<sup>154</sup> PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 950.

<sup>155</sup> Junghanss, S. 496.

<sup>156</sup> Siehe vorne Rz. 12.

<sup>157</sup> HUMBERT, AJP 2015, S. 868 ff.

Dienstjahren) sowie eine Verlängerung der ordentlichen Kündigungsfristen um drei Monate, um die Folgen einer Kündigung besser abfedern zu können.<sup>158</sup>

- 74 Auch ex-Nationalrat CORRADO PARDINI forderte eine neue Regelung zur Verbesserung des Kündigungsschutzes.<sup>159</sup> Anders als Humbert sieht Pardini die Lösung nicht in einer Erweiterung der Bestimmungen zum sachlichen Kündigungsschutz (missbräuchliche Kündigung), sondern er will den zeitlichen Kündigungsschutz in Art. 336c OR (Kündigung zur Unzeit, Sperrfristen) dahingehend erweitern, dass ein Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis nicht künden könne, wenn der Arbeitnehmer das 55. Altersjahr erreicht habe, mindestens zehn Dienstjahre aufweise und bei der Kündigung nicht glaubwürdig begründet werden könnte, dass die Kündigung nicht zur Substitution des betroffenen Arbeitnehmers durch eine kostengünstigere Arbeitskraft führe. Die parlamentarische Initiative hatte keine Chance. In der Rechtskommission des Nationalrates kritisierte die Kommissionsmehrheit, die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 336c OR sei systemfremd, die Alterskündigung könne nicht mit den anderen Sperrfristgründen wie Krankheit gleichgesetzt werden. Die Kommissionsminderheit erachtete die Lösung als moderat, zumal ähnliche Klauseln in GAV's verankert wären und sich bewährt hätten.<sup>160</sup>
- 75 Die Bewertung der beiden Vorschläge zur Verbesserung des Kündigungsschutzes für Arbeitnehmende ab dem 55. Altersjahr fällt differenziert aus. Beide Vorschläge nehmen Elemente aus der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf und wollen diese gesetzlich verankern. Dies würde zweifellos die Rechtssicherheit erhöhen. Die Arbeitgeberpflichten gegenüber älteren Arbeitnehmenden mit langer Dienstreue müssten im Gesetz konkret benannt werden (Vorschlag Humbert). Gemäss dem Vorschlag Pardini müssten die Arbeitgeber eine Kündigung älterer Arbeitnehmenden begründen können, der Grund «Günstigere Alternative» würde zur Nichtigkeit der Kündigung führen. Die Arbeitgeber würden so gezwungen, vor einer Kündigung die Handlungsalternativen mit den Konsequenzen der – allenfalls unzulässigen – Kündigung abzuwägen (Entschädigung wegen Missbräuchlichkeit bzw. Nichtigkeit der Kündigung).
- 76 Trotz positiven Aspekten in beiden Vorschlägen überzeugt ein gesetzlich verstärkter Kündigungsschutz für Arbeitnehmende ab einem bestimmten Alter (vorgeschlagen ist das 55. Altersjahr) für sich alleine nicht. Vorab wollen beide Verstösse den Schutz nur den Arbeitnehmenden gewähren, die eine längere Dienstzeit beim gleichen Arbeitgeber vorweisen können. Dies ist zwar nachvollziehbar, weil die Entlassung älterer Arbeitnehmenden mit langer Dienstreue aus sozialen und ethischen Gründen besonders verwerflich erscheint. Gleichzeitig führt eine solche Privilegierung dieser Personengruppe zu Nachteilen für andere Arbeitnehmende. Nicht in den Schutz des verbesserten Kündigungsschutzes kämen so ältere Arbeitnehmende, die in fortgeschrittenem Alter noch die Stelle (freiwillig oder unfreiwillig) gewechselt haben. Das Wissen um den nach dem 55. Altersjahr zunehmenden Kündigungsschutz könnte sich zudem auch so aus-

---

<sup>158</sup> HUMBERT, AJP 2015, S. 883.

<sup>159</sup> Parlamentarische Initiative Corrado Pardini, Sichere Arbeit für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Geschäfts-Nr. 16.489.

<sup>160</sup> [https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2016/Kommissionsbericht\\_RK-N\\_16.489\\_2018-01-26.pdf](https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2016/Kommissionsbericht_RK-N_16.489_2018-01-26.pdf) (zuletzt besucht am 07.11.2019).

wirken, dass Arbeitnehmende ab einem bestimmten Alter die Stelle nicht mehr freiwillig wechseln. Weiter könnte sich der altersabhängig verbesserte Kündigungsschutz nachteilig auf die Bewerbungschancen von Arbeitnehmenden auswirken. Diese Nachteile eines verbesserten Kündigungsschutzes liessen sich vermeiden, wenn ein umfassender Anspruch auf Nichtdiskriminierung aufgrund des Alters im Arbeitsleben bestehen würde. Besonders wichtig wäre ein Verbot der altersbedingten Anstellungsdiskriminierung.<sup>161</sup> Die Schweiz ist eines der wenigen europäischen Länder ohne arbeitsrechtliches Diskriminierungsschutzgesetz.<sup>162</sup>

### 3. Schaffung eines Gesetzes über das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters im Erwerbsleben

77 Für die Schaffung eines umfassenden gesetzlichen Diskriminierungsverbotes aufgrund des Alters bietet sich eine Orientierung am Gleichstellungsgesetz (GIG) an. Dabei ist eine Grundentscheidung zu fällen: Soll das Gesetz «nur» die Diskriminierung älterer Arbeitnehmenden verbieten oder generell jede unsachliche Anknüpfung an das Lebensalter für benachteiligende Unterscheidungen untersagen? Ersteres verfolgt der US-amerikanische American Age Discrimination in Employment Act (ADEA)<sup>163</sup>, den zweiten Ansatz verfolgt die EU-Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG.<sup>164</sup> Für ein Diskriminierungsverbot aufgrund des Lebensalters spricht u.a., dass nicht eine bestimmte Altersgrenze festgelegt werden muss. Auch kann so ein «Generationenkonflikt» vermieden werden, der durch die Privilegierung der einen Altersgruppe entstehen könnte. Ziel eines Gesetzes zum Verbot der Altersdiskriminierung im Erwerbsleben muss sein, jede unsachliche Ungleichbehandlung aufgrund des Alters zu verbieten. Auch soll ein entsprechendes Gesetz in den Grundzügen festhalten, welche Gründe eine Ungleichbehandlung zulassen.

78 Ein Altersdiskriminierungsverbotsgesetz (z.B. «Bundesgesetz über die Gleichbehandlung aufgrund des Alters», BGA) könnte die folgenden Bestimmungen enthalten<sup>165</sup>:

1. Abschnitt: Zweck und Geltungsbereich

Art. 1

Dieses Gesetz hat zum Zweck, die Diskriminierung aufgrund des Lebensalters im Arbeitsverhältnis zu beseitigen.

Art. 2

Dieses Gesetz gilt für alle Arbeitsverhältnisse nach Obligationenrecht sowie für alle öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse in Bund, Kantonen und Gemeinden.

---

<sup>161</sup> PÄRLI, ARV 2018, S. 11.

<sup>162</sup> Alterung und Beschäftigungspolitik, S. 150: «Es muss daher festgestellt werden, dass die Unternehmen im Hinblick auf die Rekrutierung älterer Arbeitskräfte Vorbehalte zu haben scheinen, nicht zwangsläufig jedoch im Hinblick auf ihre Weiterbeschäftigung. Es darf davon ausgegangen werden, dass die Altersdiskriminierung bei der Einstellung gängige Praxis ist. In der Schweiz gibt es kein Gesetz gegen Altersdiskriminierung und sie ist der entsprechenden Empfehlung der OECD in dem Bericht von 2003 nicht gefolgt.»

<sup>163</sup> <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title29/html/USCODE-2011-title29-chap14.htm> (zuletzt besucht am 07.11.2019). Der ADEA gilt ausdrücklich erst für Arbeitnehmende ab dem 40. Altersjahr.

<sup>164</sup> Siehe dazu hinten, Rz. 93.

<sup>165</sup> Zur verfassungsrechtlichen Kompetenz für ein solches Gesetz siehe vorne, Rz. 66.

*Die beiden Bestimmungen sind Art. 1 und 2 GIG nachgebildet. Ein Gleichstellungsauftrag wie im GIG macht bei der Thematik «Altersdiskriminierung» nicht Sinn, da jede Person ein Lebensalter hat und sich deshalb die Gleichstellungsfrage nicht stellt.*

## 2. Abschnitt: Diskriminierungs- und Belästigungsverbot

### Art. 3 Diskriminierungsverbot

- <sup>1</sup> Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund des Alters weder direkt noch indirekt diskriminiert werden.
- <sup>2</sup> Das Verbot gilt insbesondere für die Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung.
- <sup>3</sup> Keine Diskriminierung liegt vor, wenn das Alter für die Ausübung oder Bedingungen einer Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt.

*Die ersten beiden Absätze entsprechend den Vorschriften des GIG. Eine weitere Konkretisierung der Begriffe ist hier nicht erforderlich. Absatz 3 nimmt eine Formulierung von Art. 4 Abs. 1 RI 2000/78/EG auf. Weiterführend hält diese Bestimmung fest, dass der Zweck der altersbedingten Ungleichbehandlung rechtmässig und die genannte wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung überdies angemessen sein muss. Es geht hier im Wesentlichen um die Verhältnismässigkeit. Entsprechend der schweizerischen Tradition eher schlanker Gesetze kann m.E. auf diesen Zusatz verzichtet werden; die Regelung ist so klar genug.*

### Art. 4 Ausnahmen

Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters sind ungeachtet Art. 3 Abs. 3 dieses Gesetzes zulässig, wenn damit berufs-, und beschäftigungspolitische legitime Ziele verfolgt werden und die Mittel zur Erreichung dieser Ziele verhältnismässig sind. Solche Ungleichbehandlungen können betreffen: ...

*Die EU-Richtlinie 2000/78/EG sieht vor, dass die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Gleichbehandlungsgesetzen unter eng beschriebenen Voraussetzungen Ausnahmen vom Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund des Alters vorsehen können. Im Anhang zu diesem Gutachten<sup>166</sup> findet sich die entsprechende Formulierung in Art. 6 der EU-Richtlinie sowie die entsprechende Umsetzung im deutschen und österreichischen Recht. Ein schweizerisches Altersdiskriminierungsverbotsgesetz könnte sich an diesen Beispielen orientieren. Zu klären wäre insbesondere auch, inwieweit eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Erreichen des Pensionsalters zulässig sein darf. Eine Änderung der heute in der beruflichen Vorsorge vorgesehenen ungleichen Beiträge aufgrund des Alters würde eine Änderung der einschlägigen Bestimmungen des BVG erfordern.*

## 3. Abschnitt Rechtsschutz

### Art. 5 Rechtsansprüche

- <sup>1</sup> Wer von einer Diskriminierung im Sinne der Artikel 3 und 4 betroffen ist, kann dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde beantragen:
  - a. eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen;
  - b. eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen;
  - c. eine Diskriminierung festzustellen, wenn diese sich weiterhin störend auswirkt;
  - d. die Zahlung des geschuldeten Lohns anzuordnen.

---

<sup>166</sup> Siehe hinten Rz. 93 ff.

<sup>2</sup> Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses, so hat die betroffene Person lediglich Anspruch auf eine Entschädigung. Diese ist unter Würdigung aller Umstände einschliesslich abschreckender Wirkung festzusetzen und wird auf der Grundlage des voraussichtlichen oder tatsächlichen Lohnes errechnet.

<sup>3</sup> Bei diskriminierender Nichtanstellung beträgt die Entschädigung mindestens ... und maximal ... Monatslöhne.

<sup>4</sup> Besteht die Diskriminierung in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Verhältnisses, kann die betroffene Person wahlweise die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses oder eine Entschädigung geltend machen. Die Entschädigung beträgt mindestens ... Monatslöhne und darf ... Monatslöhne nicht übersteigen.

<sup>5</sup> Vorbehalten bleiben Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung sowie weitergehende vertragliche Ansprüche.

*Die Rechtsansprüche orientieren sich an den Vorschriften des GIG. Bedenkenswert wäre, den Sanktionsrahmen zu erhöhen, dies müsste jedoch sinnvollerweise auch im GIG vorgenommen werden. Gleiches gilt für die hier im dritten Absatz vorgeschlagene Wahlmöglichkeit der Geltendmachung der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses. Wie im GIG wären auch im BGA die Rechtsfolgen der diskriminierenden Nichtanstellung und diskriminierenden Kündigung an dieser Stelle nur für obligationenrechtliche Verhältnisse vorzuschreiben, wobei im BGA (ebenfalls gleich im GIG) festgehalten werden könnte, dass bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen Art. 5 Abs. 2 und 3 BGE analog angewendet würde.*

#### Art. 6 Beweislast erleichterung

Eine Diskriminierung wird vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

*Anders als im GIG wird für das BGA vorgeschlagen, dass die Beweislast erleichterung für alle Diskriminierung gilt, also insbesondere auch für die Anstellungsdiskriminierung.*

#### Art. 7 Klagen und Beschwerden von Organisationen

<sup>1</sup> Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichbehandlung aufgrund des Alters fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen, können im eigenen Namen feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt. Sie müssen der betroffenen Arbeitgeberin oder dem betroffenen Arbeitgeber Gelegenheit zur Stellungnahme geben, bevor sie eine Schlichtungsstelle anrufen oder eine Klage einreichen.

<sup>2</sup> Im Übrigen gelten die Bestimmungen für die Klagen und Beschwerden von Einzelpersonen sinngemäss.

*Auch diese Bestimmung orientiert sich grundsätzlich am GIG.*

#### 4. und 5. Abschnitt

*Nach dem Vorbild des GIG sind hier die Besonderheiten des Verfahrens bei Diskriminierungen in obligationenrechtlichen bzw. öffentlich-rechtlichen auszugestalten.*

#### 6. Abschnitt: Förderung der Gleichbehandlung

Art. XXX Förderungsprogramme

Art. XXX Beratungsstellen

Art. XXX Büro für die Gleichbehandlung aufgrund des Alters

*Nach dem Vorbild des GIG sollen auch zum Thema «Alter + Arbeitswelt» Projekte und Institutionen gefördert bzw. geschaffen werden, die dem Abbau von Vorurteilen gegenüber Arbeitnehmenden aufgrund ihres Alters dienen. Solche Aktivitäten sind erforderlich, da allein ein gesetzliches Verbot der Altersdiskriminierung zwar wichtig ist, aber nicht ausreicht. Es braucht, um den verfassungs- und völkerrechtlichen Anforderungen<sup>167</sup> gerecht zu werden, auch Massnahmen, die auf struktureller Ebene ansetzen.*

- 79 Der hier skizzierte Entwurf für ein Altersdiskriminierungsverbotsgesetz bedarf zweifellos weiterer Konkretisierung. Auch wären Überlegungen lohnenswert, nicht «nur» die Altersdiskriminierung, sondern auch die Diskriminierung im Erwerbsleben aufgrund einer Behinderung und einer chronischen Krankheit<sup>168</sup> sowie aufgrund ethnischer und rassistischer Diskriminierung in einem Gesetz zu verbieten. Statt vieler Einzelgesetze könnte nach dem Vorbild des deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auch ein Einheitsgesetz geschaffen werden.<sup>169</sup>

#### **4. Eine Alternative: Reform einzelner Bestimmungen im OR**

- 80 Sollte sich die Schaffung einer Gesetzgebung zum Schutz vor Altersdiskriminierung politisch als schwierig erweisen, könnten die Ziele auch über punktuelle Reformen im Obligationenrecht und in den personalrechtlichen Erlassen des Bundes und der Kantone realisiert werden. Aus naheliegenden Gründen können im Rahmen dieses Gutachtens keine Vorschläge für das öffentliche Personalrecht formuliert werden (das würde den zeitlichen Rahmen bei weitem sprengen).
- 81 Im Obligationenrecht sind die Anpassungen im Bereich des Schutzes vor Anstellungsdiskriminierungen und eine Verbesserung beim Kündigungsschutz erforderlich. Für die Anstellungsprobleme müssten im OR die folgenden Ergänzungen vorgenommen werden:

VI) Schutz der Persönlichkeit

Art. 328 (wie bisher)

Art. 328a (wie bisher)

Art. 328b (wie bisher)

Art. 328c OR (neu)

<sup>1</sup> Die Arbeitgeberin hat im Bewerbungsverfahren die Persönlichkeit der Stellenbewerberin bzw. des Stellenbewerbers zu achten und zu schützen. Namentlich darf sie Bewerbende nicht ohne sachlichen Grund wegen eines Persönlichkeitsmerkmals, namentlich des Alters, ablehnen.

<sup>2</sup> Auf Verlangen der Bewerberin oder des Bewerbers muss die Arbeitgeberin eine Absage begründen.

Art. 328d OR (neu)

Eine Persönlichkeitsverletzung wird vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

---

<sup>167</sup> Siehe vorne Rz. 62 und 65 f.

<sup>168</sup> PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 378 ff.

<sup>169</sup> PÄRLI, ARV 2007, S. 133 ff.

Art. 328e (neu)

<sup>1</sup> Bei Persönlichkeitsverletzungen besteht Anspruch auf eine Entschädigung, die vom Gericht unter Würdigung aller Umstände einschliesslich abschreckender Wirkung festzusetzen ist. Die Entschädigung beträgt mindestens ... und maximal ... Monatslöhne.

<sup>2</sup> Besteht die Persönlichkeitsverletzung in der Ablehnung einer Anstellung, so wird die Entschädigung auf der Grundlage des voraussichtlichen Lohnes berechnet.

*Durch die Einführung der Art. 328c bis e OR könnte im Ergebnis für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse die gleiche Wirkung erzielt werden wie mit dem im vorherigen Unterkapitel vorgestellten Gesetzesentwurf für ein Altersdiskriminierungsverbotsgesetz. Der Vorteile würden darin bestehen, dass sich diese neuen Regelungen ohne Weiteres in die Logik des Arbeitsvertragsrecht einfügen würden. Nachteilig wäre, dass im Bereich des öffentlichen Personalrechts weiterhin Handlungsbedarf bestehen würde. Allerdings könnte in den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Personalerlassen einfach auf die OR-Bestimmungen verwiesen werden, wie das heute schon etwa bei Art. 328 OR vielerorts vorgesehen ist, so auch in Art. 6 BPG.*

*Der Vorschlag geht vom Begriff der Persönlichkeit aus, die besondere Erwähnung des Alters dient lediglich der Verdeutlichung. Es wäre auch möglich, alle weiteren in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Diskriminierungsmerkmale aufzuführen oder auf die Nennung bestimmter Merkmale ganz zu verzichten. Mit der Erwähnung des «Alters» würde ein Zeichen gesetzt, dass der Gesetzgeber das Lebensalter als wichtiger Teil der Persönlichkeit anerkennt und deshalb an die Begründung einer Ungleichbehandlung aufgrund des Alters im privaten Arbeitsverhältnis besonders hohe Anforderungen gestellt werden.*

82 Auch der Kündigungsschutz könnte innerhalb des OR verbessert werden:

Art. 336 OR

<sup>1</sup> (neu) Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn die Arbeitgeberin<sup>170</sup> sie ausspricht:

a) wegen einer Eigenschaft, die der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer<sup>171</sup> kraft der Persönlichkeit zusteht, namentlich das Alter. Nicht missbräuchlich ist die Kündigung dann, wenn die persönliche Eigenschaft die Arbeitsfähigkeit oder Zusammenarbeit im Betrieb trotz zumutbarer Massnahmen des Arbeitgebers erheblich beeinträchtigt.

b) ...

usw.

(ab lit. b wie bisher)

Art. 336a OR

<sup>4</sup> (neu) Liegt eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vor, so hat das Gericht die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände einschliesslich abschreckender Wirkung festzulegen. Die Entschädigung beträgt mindestens ... und maximal ... Monatslöhne.

<sup>5</sup> Schadenersatzansprüche aus anderen Rechtstiteln bleiben vorbehalten.

Art. 336b OR

<sup>1</sup> (neu) Eine Kündigung aus missbräuchlichen Gründen im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR liegt vor, wenn diese von der gekündigten Person glaubhaft gemacht wird.

---

<sup>170</sup> Nach geltendem Recht ist der Schutz vor missbräuchlicher Kündigung paritätisch ausgestaltet, das heisst, auch eine Arbeitnehmerkündigung kann missbräuchlich sein. In der Praxis spielen jedoch nur missbräuchliche Arbeitgeberkündigungen eine Rolle.

<sup>171</sup> Siehe den Hinweis in Fn. 170.

*Der hier vorliegende Ansatz greift implizit die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur erhöhten Fürsorgepflicht auf.<sup>172</sup> Es wird aber klargestellt, dass altersbedingte Kündigungen den Missbrauchstatbestand erfüllen, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund geltend gemacht werden kann. Auch das Tatbestandselement «zumutbarer Massnahmen des Arbeitgebers» nimmt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung Bezug. Insgesamt können mit den hier vorgeschlagenen Bestimmungen die Hürden für eine unfaire Entlassung aus Gründen des Alters (und aus anderen durch das Persönlichkeitsrecht geschützten Merkmalen) deutlich erhöht werden. Die Arbeitgeberinteressen sind gewahrt: Wenn das Alter oder eine sonstige Eigenschaft die Ausübung der Erwerbsfähigkeit oder die Zusammenarbeit (erheblich) erschwert, ist eine Kündigung nicht missbräuchlich.*

*Wie bei den Persönlichkeitsverletzungen bei (aus unsachlichen Motiven) verweigerten Anstellungen wird auch beim Kündigungsschutz eine Beweislastumkehr vorgeschlagen. Auch sollen die Entschädigungssummen erhöht werden.*

*Vertieft zu analysieren wäre, ob es sinnvoll ist, die Verschärfung der Bestimmungen zum Kündigungsschutz nur für die Gründe nach Art. 336 Abs. 1 lit. a vorzunehmen oder generell für alle Gründe in Art. 336 OR.*

## 5. Weitere Optionen

- 83 In der rechtspolitischen Debatte und in der Literatur werden eine Reihe weiterer Massnahmen vorgeschlagen, die insbesondere auf den Abbau von Nachteilen älterer Arbeitnehmenden abzielen. Einige dieser Vorschläge werden nachfolgend in Stichworten ganz kurz vorgestellt und summarisch bewertet. Zu betonen ist, dass wie bei anderen Themen auch «viele Wege nach Rom führen»; in diesem Gutachten wird kein Anspruch erhoben, den richtigen und einzigen Weg zu kennen. Im Sinne einer Orientierungshilfe für die Auftraggeber werden die einzelnen Massnahmen abschliessend<sup>173</sup> aufgelistet und mit Querhinweisen auf die Ausführungen in diesem Gutachten versehen.
- 84 Im OECD-Bericht wird u.a. vorgeschlagen, es seien **Anreize im System der Altersvorsorge zu einer längeren Erwerbszeit** vorzusehen. Dies würde auch eine gesetzliche Anpassung der BVG-Altersgutschriften und Regeln für einen flexibleren Übertritt aus dem Erwerbsleben in den Ruhestand erfordern.
- 85 Der OECD-Bericht schlägt weiter vor:
- Sensibilisierung der Sozialpartner und der Betriebe für die Problematik älterer Arbeitnehmender<sup>174</sup>
  - Förderung der Weiterbildung<sup>175</sup>
  - Förderung der Wiedereingliederung<sup>176</sup>
  - Erhöhung der Erwerbstätigkeit der Frauen<sup>177</sup>

---

<sup>172</sup> Siehe vorne Rz. 37 ff.

<sup>173</sup> Siehe hinten Rz. 87.

<sup>174</sup> Alterung und Beschäftigungspolitik, S. 152.

<sup>175</sup> Alterung und Beschäftigungspolitik, S. 195.

<sup>176</sup> Alterung und Beschäftigungspolitik, S. 195.

<sup>177</sup> Alterung und Beschäftigungspolitik, S. 196.

86 Zu prüfen wären weiter finanzielle Anreize für die Arbeitgeber.<sup>178</sup> Das Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) kennt die Möglichkeit von Eingliederungszuschlägen an die Arbeitgebenden, wenn diese sich bereit erklären, eine invalide Person versuchsweise anzustellen (Art. 18b IVG). Weiter sieht Art. 18c IVG vor, dass die Arbeitgeberin durch die IV entschädigt wird, falls die Einstellung einer invaliden Person innert drei Jahren eine die Erhöhung der BVG-Beiträge und/oder Krankentaggeldversicherungsbeiträge nach sich zieht (wegen Arbeitsunfähigkeit der invaliden Person). Es wäre zu prüfen, ob die Arbeitgebenden durch vergleichbare Anreize für vermehrte Anstellung von älteren Arbeitnehmenden motiviert werden könnten. Bsw. könnte die zumindest teilweise und zeitlich befristete Übernahme der für ältere Arbeitnehmende steigenden BVG-Altersgutschriften durch den Staat vorgesehen werden (z.B. finanziert aus Mitteln der Ersatzerwerbsordnung). Die Regelung könnte in die Richtung gehen, dass Arbeitgebenden für die Anstellung von Personen ab dem 55. Altersjahr während z.B. drei Jahren ein Teil der Altersgutschriften finanziert wird, sofern die Arbeitgeberin dem betreffenden Arbeitnehmer oder der betreffenden Arbeitnehmerin während der mindestens doppelt so langen Zeit nicht kündigt.

## 6. Übersicht der einzelnen Massnahmen

87 Die nachfolgende Übersicht zeigt die in diesem Gutachten diskutierten Lösungsvorschläge für eine Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund des Alters bzw. der Diskriminierung älterer Arbeitnehmenden.

**Tabelle 3: Massnahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund des Alters**

Massnahme	Geschützter Personenkreis	Vertiefung
Verbesserung des Kündigungsschutzes für ältere Arbeitnehmende (Vorschlag Humbert)	Arbeitnehmende nach OR Ü55 + lange Diensttreue	Rz. 73, 75, 76
Verbesserung des Kündigungsschutzes durch ältere Arbeitnehmende (Vorschlag Pardini)		Rz. 74-76
Bundesgesetz über die Gleichbehandlung aufgrund des Alters im Arbeitsverhältnis (BGA)	Alle Arbeitnehmenden (OR + öff. Personalrecht)	Rz. 77-80
Reform der Bestimmungen zum Persönlichkeitsschutz im OR	Alle Arbeitnehmenden nach OR	Rz. 80-82
Weitere Vorschläge gemäss OECD-Bericht	Primär ältere Arbeitnehmende	Rz. 84-85
Finanzielle Anreize für Arbeitgeber	Arbeitnehmende ab 55	Rz. 86
Überbrückungsleistungen für ältere Ausgesteuerte (Vorschlag Bundesrat)	Ehemalige Arbeitnehmende ab 60	Rz. 69-72

*Quelle: Eigene Darstellung*

<sup>178</sup> Eigener Vorschlag, soweit ersichtlich in der Literatur nicht diskutiert.

## Anhang I: EuGH-Entscheide zur Altersdiskriminierung (RI 2000/78/EG)

### 1. Das Verbot der Altersdiskriminierung in der RI 2000/78/EG

- 88 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.<sup>179</sup> Erfasst sind insbesondere auch betriebliche Sozialleistungen<sup>180</sup>, nach Art. 3 Abs. 3 RI 2000/78/EG jedoch nicht Leistungen aus staatlichen Systemen der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes.
- 89 Eine unmittelbare (direkte) Diskriminierung wegen des Alters liegt nach Art. 2 Abs. 2 lit. 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 lit. 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 Alters.
- 90 Die Mitgliedstaaten können 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 Berufsschauffeure. 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 Kundenwünschen.<sup>181</sup> 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 Herkunft.<sup>182</sup> In den Schlussanträgen zur Rechtssache Feryn weist Generalanwalt Maduro darauf hin, dass diskriminierende Märkte gerade die Notwendigkeit eines regulierenden Eingreifens veranschaulichen würden, Märkte wären keine Heilmittel gegen Diskriminierung.<sup>183</sup>
- 91 In Art. 6 RI 2000/78/EG sind eine Reihe von Gründen vorgesehen, aufgrund derer die Mitgliedstaaten eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters vorsehen können. Nach Art. 6 Abs. 1 RI

<sup>179</sup> Zur Problematik der Kundenanliegen und des Authentizitätsschutzes siehe PÄRLI, Vertragsfreiheit, Rz. 1122 f.

<sup>180</sup> EuGH v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, Maruko.

<sup>181</sup> EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, Feryn.

<sup>182</sup> EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, Feryn, Rn. 24, 25.

<sup>183</sup> Schlussanträge GA Maduro v. 12.3.2008 in der Rs. 54/07, Feryn, Rn. 18.

2000/78/EG 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 (lit. 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 (lit. 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).

## **2. Entscheide des EuGHs zum Verbot der Altersdiskriminierung**

92 Die folgenden Urteile des EuGHs betreffen das Verbot der Altersdiskriminierung (Stand Oktober 2019):

- EuGH Urteil vom 08.05.2019 – [Rs. C-24/17](#) (Österreichischer Gewerkschaftsbund) und [Rs. C-396/17](#) (Leitner) / Fortgeschriebene Altersdiskriminierung durch geändertes Entgeltsystem.
- EuGH Urteil vom 05.07.2017 – [Rs. C-190/16](#) (Fries) / Altersgrenze bei Piloten: Altersgrenze 65 für Piloten im gewerblichen Luftverkehr. Gemäss EuGH ist diese Altersgrenze gültig. Zwar stellt sie eine Ungleichbehandlung wegen des Alters dar, sie ist jedoch durch das Ziel der Gewährleistung der Sicherheit der Zivilluffahrt in Europa gerechtfertigt.
- EuGH Urteil vom 15.11.2016 – [Rs. C-258/15](#) (Salaberria Sorondo) / Altersgrenze im Auswahlverfahren für Polizeidienst: Höchstalter 35 für Polizeikräfte der Autonomen Gemeinschaften ist zulässig, da besondere körperliche Fähigkeiten für die Aufgabe erforderlich sind (z.B. Anwendung körperlicher Gewalt). Als Rechtfertigungsgrund gilt zudem die vermehrte Einstellung von jüngerem Personal in Anbetracht der massiven Überalterung der Polizei.
- EuGH Urteil vom 16.06.2016 – [Rs. C-159/15](#) (Lesar) / Rentensystem der Bundesbeamten ist betriebliches System der sozialen Sicherheit: In einem betrieblichen System der sozialen Sicherheit mit Anwartschaft auf Ruhe- und Versorgungsgehalt sind Altersgrenzen zulässig.
- EuGH Urteil vom 02.06.2016 – [Rs. C-122/15](#) (C) / Kein Diskriminierungsschutz im Steuerrecht: Eine Zusatzsteuer auf Renteneinkünfte, die keinerlei Bezug zum Arbeitsvertrag hat, fällt nicht in den Geltungsbereich der RI 2000/78/EG.
- EuGH Urteil vom 09.09.2015 – [Rs. C-20/13](#) (Unland) / Vergütung nach Alter im Besoldungssystem: Bestätigung der EuGH-Rechtsprechung in der Rs. Specht u.a. (siehe hinten).
- EuGH-Urteil vom 28.01.2015 – [Rs. C-417/13](#) (Starjakob) / Ausschluss der vor dem 18. Lebensjahr erworbenen Berufserfahrung bei Festlegung des Gehalts.

- EuGH-Urteil vom 20.06.2014 – [verb. Rechtssachen C-501/12 bis C-506/12, C-540/12 und C-541/12](#) (Specht u.a.) / Vergütung nach Alter im Besoldungssystem: Ein Überleitungssystem, das Beamten, deren Besoldung sich zuerst nach dem Lebensalter richtete, Bestandschutz gewährt und sich nach dem Überleitungsstichtag ausschliesslich nach der Erfahrungszeit richtet, ist zulässig. Die Höherstufung der diskriminierten Beamten in jene Besoldungsstufe, die ein älterer Beamter mit gleicher Berufserfahrung innehat, ist europarechtlich nicht geboten.
- EuGH-Urteil vom 06.11.2012 – [Rs. C-286/12](#) (Kommission/Ungarn) / Zu starke Absenkung des Rentenalters: Eine Rentenaltersenkung für Richter und Staatsanwälte aus dem Jahr 2011 (Geltung ab 01.01.2012) von 70 auf 62 Jahre ist unverhältnismässig, weil keine wirtschaftlichen und finanziellen Vorsorgemassnahmen getroffen werden konnten und das allgemeine Rentenalter ab 2014 wieder erhöht wurde.
- EuGH-Urteil vom 05.07.2012 – [Rs. C-141/11](#) (Hörnfeldt) / Beschäftigungsende bei Erreichen des Rentenalters: Zulässig, da im Ergebnis eine nachvollziehbare Abwägung zwischen Zielen der Staatsfinanzen, Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarktpolitik nachgewiesen wurde.
- EuGH-Urteil vom 07.06.2012 – [Rs. C-132/11](#) (Tyrolean) / Nichtberücksichtigung von externer Berufserfahrung: In einem Tarifvertrag zulässig, da weder ein unmittelbarer noch ein mittelbarer Bezug zum Alter besteht.
- EuGH Urteil vom 13.09.2011 – [Rs. C-447/09](#) (Prigge) / tarifvertragliche Altersgrenze: Die Festlegung einer die berufliche Tätigkeit gänzlich untersagenden Altersgrenze auf 60 Jahre, während die nationale und die internationale Regelung dieses Alter auf 65 Jahre festlegen, ist unzulässig.
- EuGH Urteil vom 08.09.2011 – [verb. Rs. C-297/10 und C-298/10](#) (Hennigs/Mai) / Vergütung nach Alter in Tarifvertrag (BAT): Die Grundvergütung in einem Tarifvertrag nach Alter bei der Einstellung zu bemessen ist unzulässig.
- EuGH Urteil vom 21.07.2011 – [verb. Rs. C-159/10 \(Fuchs\) und C-160/10](#) (Köhler) / Beschäftigungsende bei Erreichen des Ruhestandsalters: Die Zwangsversetzung in den Ruhestand ab dem 65. Lebensjahr ist durch die legitimen Ziele der Beschäftigungspolitik und des Arbeitsmarktes gerechtfertigt.
- EuGH-Urteil vom 12. Oktober 2010 – [Rs. C-499/08](#) (Andersen) / Entlassungsabfindung bei möglichem Bezug einer Altersrente: Das europäische Recht steht einer Regelung entgegen, wonach Beschäftigte, die eine Altersrente beziehen könnten, die von ihrem Arbeitgeber aus einem Rentensystem gezahlt wird, dem sie vor Vollendung ihres 50. Lebensjahrs beigetreten sind, allein aus diesem Grund keine Entlassungsabfindung erhalten.
- EuGH-Urteil vom 12. Oktober 2010 – [Rs. C-45/09](#) (Rosenblatt) / Beschäftigungsende bei Erreichen des Rentenalters: Automatisches Ende des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Rentenalters ist durch das Interesse der Arbeitgeber für eine gewisse Flexibilität in der Personalplanung objektiv angemessen und verhältnismässig.

- EuGH-Urteil vom 19. Januar 2010 - [Rs. C-555/07](#) (Kücükdeveci) / Berechnung der Kündigungsfrist bei Beschäftigung vor dem 25. Lebensjahr: Nichtberücksichtigung der Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr bei der Kündigungsfrist ist unzulässig.
- EuGH Urteil vom 12.01.2010 – [Rs. C-229/08](#) (Wolf) / Höchstalter für die Einstellung in den feuerwehrtechnischen Dienst: Höchstalter 30 für Einstellung von Feuerwehrbeamten ist zulässig, da damit eine längerfristige Beschäftigung (15 bis 20 Jahre) der betroffenen Beamten in einem körperlich anspruchsvollen Beruf angestrebt wird.
- EuGH Urteil vom 12.01.2010 – [Rs. C-341/08](#) (Petersen) / Höchstalter für die Ausübung des Berufs des Vertragszahnarztes: Unzulässig, wenn die Altersgrenze nur für Vertragszahnärzte, nicht aber für Zahnärzte ausserhalb des Vertragszahnarztsystems gilt.
- EuGH-Urteil vom 18. Juni 2009 – [Rs. C-88/08](#) (Hütter) / Ausschluss der vor dem 18. Lebensjahr erworbenen Berufserfahrung bei Festlegung von Gehaltsstufen: Ziele der Nichtbenachteiligung von Personen mit allgemeinem Bildungsabschluss gegenüber Personen mit berufsbildendem Abschluss sowie Förderung der Eingliederung junger Auszubildender an sich zulässig, sie widersprechen sich aber im konkreten Fall und sind nicht angemessen.
- EuGH-Urteil vom 05.03.2009 – [Rs. C-388/07](#) (Age Concern) / Beschäftigungsende bei Erreichen des Rentenalters: Die Auslegung der Ziele eines Gesetzes, dass das Beschäftigungsende bei Erreichung des Rentenalters vorsieht, ist Sache der nationalen Gerichte.
- EuGH Urteil vom 23.09.2008 – [Rs. C-427/06](#) (Bartsch) / Altersabstandsklausel: Eine Altersabstandsklausel in der Regelung der betrieblichen Altersversorgung weist keinen gemeinschaftsrechtlichen Bezug auf und fällt damit nicht in den Geltungsbereich der RI 2000/78/EG.
- EuGH Urteil vom 16.10.2007 – [Rs. C-411/05](#) (Palacios de la Villa) / Beschäftigungsende bei Erreichen des Rentenalters: Die Zwangsversetzung in den Ruhestand ab dem 65. Lebensjahr, um das im Rahmen der nationalen Beschäftigungspolitik angeführte legitime Ziel der Förderungen von Vollbeschäftigung durch Begünstigung des Zugangs zum Arbeitsmarkt zu erreichen, ist gerechtfertigt.
- EuGH Urteil vom 22.11.2005 – [Rs. C-144/04](#) (Mangold) / Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeiner und fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts<sup>184</sup>: Erstmalige Hervorhebung des Verbots der Altersdiskriminierung als allgemeiner und fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts in einem Verfahren, in dem die erleichterte Befristung von Arbeitsverträgen mit älteren Arbeitnehmern ab 52 als unzulässig erklärt wurde.

---

<sup>184</sup> Ausführlich dazu: PÄRLI, AJP 2006, S. 888 ff.

## Anhang II: Ausnahmebestimmungen zum Verbot der Altersdiskriminierung

### 93 Auszug aus der EU-Richtlinie 2000/78/EG<sup>185</sup>

#### Artikel 6

##### Gerechtfertigte Ungleichbehandlung wegen des Alters

(1) Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

Derartige Ungleichbehandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

- a) die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmern und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen;
- b) die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile;
- c) die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung aufgrund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder aufgrund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand.

(2) Ungeachtet des Artikels 2 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen bzw. Kategorien von Beschäftigten und die Verwendung im Rahmen dieser Systeme von Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führt.

### 94 Auszug auf dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz AGG<sup>186</sup>

#### Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

##### § 10 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters

Ungeachtet des § 8 ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen angemessen und erforderlich sein. Derartige unterschiedliche Behandlungen können insbesondere Folgendes einschließen:

1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Beschäftigten und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen,
2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile,
3. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand,

<sup>185</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0078> (zuletzt besucht am 07.11.2019).

<sup>186</sup> <http://www.gesetze-im-internet.de/agg/BJNR189710006.html> (zuletzt besucht am 07.11.2019).

4. die Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien im Rahmen dieser Systeme für versicherungsmathematische Berechnungen,

5. eine Vereinbarung, die die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ohne Kündigung zu einem Zeitpunkt vorsieht, zu dem der oder die Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann; § 41 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch bleibt unberührt,

6. Differenzierungen von Leistungen in Sozialplänen im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes, wenn die Parteien eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung geschaffen haben, in der die wesentlich vom Alter abhängenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigt worden sind, oder Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausgeschlossen haben, die wirtschaftlich abgesichert sind, weil sie, gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld, rentenberechtigt sind.

95 Auszug aus dem Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (Gleichbehandlungsgesetz, GIBG)<sup>187</sup>

§ 20

(3) Eine Diskriminierung auf Grund des Alters liegt nicht vor, wenn die Ungleichbehandlung

1. objektiv und angemessen ist,
2. durch ein legitimes Ziel, insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung, gerechtfertigt ist und
3. die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich sind.

(4) Ungleichbehandlungen nach Abs. 3 können insbesondere einschließen

1. die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zur Beschäftigung und zur beruflichen Bildung sowie besonderer Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bedingungen für Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von Jugendlichen, älteren Arbeitnehmer/innen und Personen mit Fürsorgepflichten zu fördern oder ihren Schutz sicherzustellen,
2. die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder des Dienstalters für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundenen Vorteile,
3. die Festsetzung eines Höchstalters für die Einstellung auf Grund der spezifischen Ausbildungsanforderungen eines bestimmten Arbeitsplatzes oder auf Grund der Notwendigkeit einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand.

(5) Eine Diskriminierung auf Grund des Alters liegt auch nicht vor bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit durch Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen oder Kategorien von Beschäftigten und die Verwendung im Rahmen dieser Systeme von Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen, sofern dies nicht zu Diskriminierungen auf Grund des Geschlechtes führt.

---

<sup>187</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20003395> (zuletzt besucht am 07.11.2019).