

Altersdiskriminierung



Dr. Ueli Sommer, LL.M., Rechtsanwalt
Managing Associate
+41 44 498 95 16; usommer@wvp.ch



Christina M. Eggspühler, LL.M., Rechtsanwältin
Associate
+41 44 498 95 63; ceggspuehler@wvp.ch



Daniel Staffelbach, Rechtsanwalt
Counsel
+41 44 498 96 50; dstaffelbach@wvp.ch

In Deutschland gibt aktuell die Umsetzung der EU-Richtlinie 2000/78/EG mit dem Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 14. August 2006 grossen Anlass zur Diskussion. Das Gesetz auferlegt Arbeitgebern zahlreiche Organisationspflichten, unter anderem solche zur Bekämpfung der Altersdiskriminierung. Es soll daher untersucht werden, ob das Schweizer Recht ebenfalls solche Organisationspflichten kennt.

EU-Recht

Gemäss EU-Richtlinie 2000/78/EG liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Person in einer vergleichbaren Situation aufgrund ihres Alters schlechter behandelt wird als eine andere Person. Von einer mittelbaren Diskriminierung ist die Rede, falls dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen eines bestimmten Alters gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können; ausser ein rechtmässiges Ziel werde verfolgt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles sind angemessen und erforderlich.

Die Mitgliedstaaten können unter gewissen Voraussetzungen Ungleichbehandlungen vorsehen. Als zulässige Ungleichbehandlungen werden etwa die folgenden Beispiele genannt:

- 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;
- Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder für bestimmte mit der Beschäftigung verbundene Vorteile;

- Festlegung 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.

Der Europäische Gerichtshof greift hierbei weit in die autonome Umsetzung in jeweiliges Landesrecht ein. Er hat bspw. ein deutsches Gesetz, das befristete Arbeitsverträge mit älteren Arbeitnehmern uneingeschränkt zulässt, als gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstossend qualifiziert. Das Gericht argumentierte im Wesentlichen, dass mit der Regelung zwar ein legitimes Ziel verfolgt werde, indem die berufliche Eingliederung arbeitsloser älterer Arbeitnehmer angestrebt werde, dass der Massnahme jedoch die Verhältnismässigkeit fehle, da eine grosse Gruppe von Arbeitnehmern während eines erheblichen Teils des Berufslebens die Gefahr laufe, von festen Beschäftigungsverhältnissen ausgeschlossen zu sein.

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (AGG)

Den EU-Staaten steht es frei, über die Anforderungen der EU-Richtlinien hinauszugehen, soweit sich daraus nicht andere Verletzungen des EU-Rechts ergeben. So ist Deutschland in der Umsetzung der EU-Richtlinie 2000/78/EG (sowie anderer Richtlinien) tendenziell über die Anforderungen der EU-Richtlinie hinausgegangen. Unter anderem auferlegt das AGG dem Arbeitgeber zahlreiche Organisationspflichten wie z.B.:

- Pflicht zur Implementierung präventiver Massnahmen;
- Pflicht zur Aus- und Weiterbildung der Arbeitnehmer bezüglich der Unzulässigkeit von Benachteiligungen sowie Hinwirken darauf, dass diese unterbleiben;
- Pflicht zum Ergreifen von Massnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung wie Abmahnung, Versetzung oder Kündigung, falls Beschäftigte gegen das Benachteiligungsverbot verstossen;
- Pflicht zum Ergreifen von Massnahmen zum Schutz der Beschäftigten, falls Beschäftigte bei der Ausübung ihrer Tätigkeit durch Dritte benachteiligt werden;
- Pflicht zur Bekanntmachung der gesetzlichen Regelungen, inklusive der für die Beschwerden zuständigen Stellen im Betrieb.

Bei einem Verstoss gegen das Benachteiligungsverbot haben Arbeitnehmer, jedoch auch Nichtarbeitnehmer wie Stellenbewerber, zusätzlich zu den sonstigen gesetzlichen Ansprüchen einen speziellen Anspruch auf Schadensersatz und eine angemessene Entschädigung (im Falle einer Nichteinstellung bis zu drei Monatslöhnen).

Offensichtlich ist, dass die Organisationspflichten für den Arbeitgeber mit erheblichem finanziellem Aufwand verbunden sind.

Rechtslage in der Schweiz

In den Bilateralen Verträgen zwischen der Schweiz und der EU, insbesondere im Abkommen über die Freizügigkeit des Personenverkehrs, wird auf die entsprechenden EU-Richtlinien nicht Bezug genommen. Die EU-Richtlinien bezüglich Gleichbehandlung finden daher in der Schweiz *keine direkte Anwendung*.

Die Bundesverfassung enthält jedoch in Art. 8 ein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung. Während jedoch in den Bereichen Rassen- und Geschlechtsdiskriminierung gesetzliche Regelungen erlassen wurden, ist dies im Bereich Altersdiskriminierung *nicht* der Fall. In verschiedenen arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts wird hingegen auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot Bezug genommen. Eine generelle Pflicht zur Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer wird in der Schweiz jedoch überwiegend verneint. Das Bundesgericht ist diesbezüglich zurückhaltend und hielt fest, dass auch eine unsachliche und willkürliche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann eine Persönlichkeitsverletzung und somit einen Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot darstellen könne, falls darin eine den Arbeitnehmer verletzende

Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck komme.

Dieser Grundsatz gilt auch bezüglich Kündigungsschutz, da grundsätzlich von der Kündigungsfreiheit ausgegangen wird. Eine Kündigung wegen des Alters kann wohl unter Umständen missbräuchlich sein, das Gesetz sieht jedoch selber zwei Rechtfertigungsgründe vor, welche den Anwendungsbereich der sog. Diskriminierungskündigung erheblich einschränken. Falls nämlich der Grund der Kündigung im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt, ist die Kündigung nicht missbräuchlich. Unbestritten ist etwa, dass eine Kündigung wegen unbefriedigender Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht missbräuchlich ist. Das Obergericht Zürich hat es in einem (in der Literatur) kritisierten Entscheid auch nicht als missbräuchlich angesehen, als bei einer Restrukturierung primär die älteren, teureren Arbeitnehmer entlassen wurden. Zulässig ist denn auch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf das Pensionierungsalter hin, was in anderen Ländern bereits nicht mehr möglich ist.

Im Gegensatz zu Deutschland, besteht in der Schweiz derzeit noch keine Verpflichtung, präventiv organisatorische Massnahmen zur Verhinderung von (Alters-) Diskriminierung zu treffen. Die Übernahme solcher Organisationspflichten ist denn auch entschieden abzulehnen. Aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht muss jedoch der Arbeitgeber bei Altersdiskriminierung innerhalb des Betriebes einschreiten und diese beseitigen, sobald er von der Diskriminierung Kenntnis erhält.

Rechtlich unbestritten ist die Anwendung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes dagegen im Bereich des Weisungsrechts des Arbeitgebers sowie bei freiwilligen Sozialleistungen wie Abgangsent-schädigungen oder Gratifikationen. Insgesamt gibt es jedoch nur wenige gerichtliche Entscheidungen in diesem Bereich.

Gesetzgebungsprojekte

Die Teilnahme der älteren Erwerbstätigen am Arbeitsmarkt wird wegen der demographischen Alterung auch für die Schweiz wichtiger. Der Abbau von Altersdiskriminierung kann einen wichtigen Schritt in Richtung Integration von älteren Arbeitnehmern darstellen. Der Bundesrat beschloss vor gut zwei Jahren ein Massnahmenpaket zu Gunsten der Arbeitsmarkt-beteiligung älterer Arbeitnehmer mit den folgenden drei Zielen:

(i) Anreizneutrale Ausgestaltung der Sozialgesetzgebung,

(ii) altersgerechte Arbeitsbedingungen und Verbesserung der gesundheitlichen Voraussetzungen für den Erhalt der Arbeitsfähigkeit und der Arbeitsmotivation sowie

(iii) die Verbesserung der Arbeitsmarktchancen älterer Arbeitnehmer.

Folge dieses Massnahmenpaketes sind verschiedene beabsichtigte Änderungen in der Sozialgesetzgebung. Eine Strukturreform der beruflichen Vorsorge ist in Prüfung. Auch die 12. AHV-Revision befasst sich mit dem demographischen Effekt, dass das Verhältnis der Rentner zu den Erwerbstätigen in den kommenden Jahren stark anwachsen wird. In Bezug auf die Arbeitslosenversicherung ist geplant, diesen Strukturwandel im Rahmen der nächsten Revision zu berücksichtigen.

Abgesehen von den geplanten Änderungen in der Sozialgesetzgebung sind im Bereich des Arbeitsrechts *keine gesetzlichen Änderungen* vorgesehen, welche sich mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz oder dem Thema Altersdiskriminierung befassen.

Fazit

Das in der EU-Richtlinie 2000/78/EG verankerte Altersdiskriminierungsverbot findet in der Schweiz *keine direkte* Anwendung. Es besteht lediglich ein punktueller Diskriminierungsschutz, hauptsächlich durch den Schutz vor missbräuchlicher Kündigung. Derzeit bestehen in der Schweiz keine Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitgeber präventiv organisatorische Massnahmen treffen muss, um eine mögliche Altersdiskriminierung zu verhindern respektive um sicherzustellen, dass alle Altersgruppen gleich behandelt werden. Wo jedoch eine effektive Altersdiskriminierung auftritt, muss der Arbeitgeber unverzüglich das Notwendige unternehmen, um die Diskriminierung zu beseitigen.

Die Rechtsprechung hat sich bisher sehr selten mit dem Thema Altersdiskriminierung auseinandergesetzt. Nach einer gerade veröffentlichten Studie des Personalvermittlungsunternehmens Kelly Services fühlen sich 24 % der Befragten bei der Stellensuche aufgrund ihres Alters diskriminiert. Beachtlich ist auch, dass sich 10 % der in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer am Arbeitsplatz aufgrund ihres Alters benachteiligt fühlen. Damit steht die Altersdiskriminierung gemäss der Studie vor der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der Herkunft.

Unter dem Einfluss der Gesetzgebung in der EU sowie im Bewusstsein der demographischen Veränderung der Bevölkerung in der Schweiz ist durchaus möglich, dass die Altersdiskriminierung die Gerichte vermehrt beschäftigt wird. Dabei ist denkbar, dass die Gerichte in ihrer Rechtsprechung zu einer gewissen Angleichung des schweizerischen Rechts an die Rechtslage in der Europäischen Union tendieren werden. Es empfiehlt sich daher für jeden Arbeitgeber, bereits heute innerhalb der eigenen Organisation das Thema Altersdiskriminierung auf das Tapet zu bringen und interne Prozessabläufe und Entscheidungsstrukturen auf mögliche Benachteiligungen zu untersuchen und die Belegschaft für die Thematik zu sensibilisieren.

Insbesondere bei folgenden Sachverhalten, welche derzeit in der Praxis noch weit verbreitet sind, wird international über deren Zulässigkeit diskutiert:

- Angabe von Alterslimiten bei Stellenausschreibungen;
- kleine Anzahl von Arbeitnehmern über 50 Jahren;
- Festlegung der automatischen Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen eines gewissen Alters, insbesondere wenn dieses vor das allgemeine Pensionierungsalter fällt;
- Fokussierung auf ältere Arbeitnehmer bei Massenentlassungen und Restrukturierung.

EmploymentNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereiche des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin gemachten Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die gemachten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der EmploymentNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail (EmploymentNews@wwp.ch) mit.

© Walder Wyss & Partner, Zürich, 2006

ww&p

**Walder Wyss & Partner
Rechtsanwälte**

Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
CH-8034 Zürich
Telefon +41 44 498 98 98
Fax +41 44 498 98 99
reception@wwp.ch
www.wwp.ch