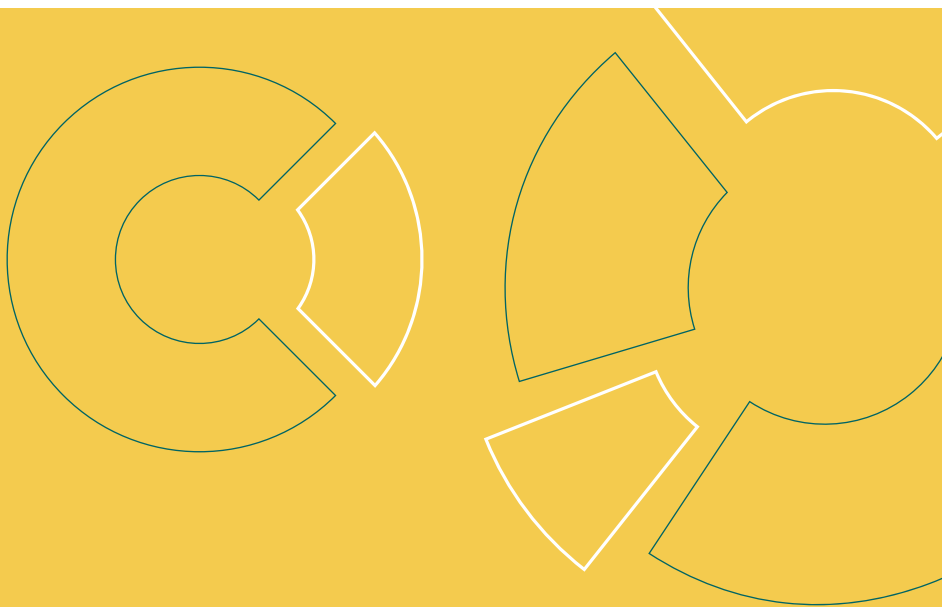


Bekämpfung von Alters- diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Unter Berücksichtigung sozialversicherungsrechtlicher
Aspekte und Bezugnahme zum Recht der EU

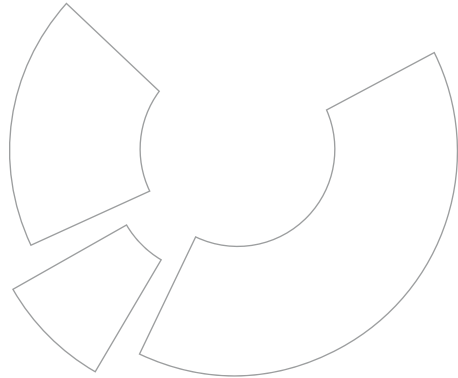
MARK-ANTHONY SCHWESTERMANN



Edité par / Herausgegeben von
Prof. Dr. iur. Anne-Sylvie Dupont
Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

Mark-Anthony Schwestermann

**Bekämpfung von Altersdiskriminierung
im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis**



Herausgegeben von:

Prof. Dr. iur. Anne-Sylvie Dupont

Professeure au département de droit public de l'Université de Genève

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel

Bekämpfung von Alters- diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Unter Berücksichtigung sozialversicherungsrechtlicher
Aspekte und Bezugnahme zum Recht der EU

MARK-ANTHONY SCHWESTERMANN

DIKE 

BASLER DISSERTATION

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

www.dike.ch

Text © Mark-Anthony Schwestermann 2024

ISBN (Hardback): 978-3-03891-679-6 (Dike Verlag AG)

ISBN (PDF): 978-3-03929-055-0

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-055-0>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Für meine Frau, Silvana Romina Antonella Cucu

Danksagung

2019 entschloss ich mich aus idealistischen Motiven, eine gut bezahlte Arbeitsstelle aufzugeben, um mich dem Thema Altersdiskriminierung zu widmen. Es war ein couragierter Schritt, der eine gehörige Umstellung der bisherigen Lebensverhältnisse erforderte – dies nicht zuletzt auch wegen grossen finanziellen Einschnitten. Ohne meine Frau hätte ich dieses Projekt nicht realisieren können. Sie war es, die mir nicht nur Mut zusprach, sondern mich auch in jeder Hinsicht voll und ganz während der gesamten Phase der Dissertation unterstützte. Ihr ist daher diese Arbeit gewidmet.

An den Meriten haben zudem zahlreiche weitere Menschen Anteil. Zu diesen gehört in erster Linie Frau Professor Christa Tobler, in der ich eine wahre Mentorin fand, die nicht nur meine Arbeit stets geduldig betreute, sondern die mir auch die Freiheit liess, mich akademisch zu entfalten. Auch Herrn Professor Kurt Pärli verdanke ich viel Inspiration, welche die Arbeit ganz wesentlich bereicherte. Herrn Tarek Naguib danke ich ausserdem herzlich für sein Mitwirken am Doktoratskolloquium als Teil des Doktoratskomitees.

Dem Schweizerischen Nationalfonds (SNF) gebührt ausserdem grosser Dank für die grosszügige finanzielle Unterstützung des gesamten Projekts.

Nicht vergessen aber will ich Familie und Freunde. Ohne meine Eltern, Janette und Ferdinand Schwesternmann-Lawless, wäre ich nicht da, wo ich heute bin. Aber auch vielen weiteren Menschen bin ich Dank schuldig: so zum Beispiel meinem Bruder Steven mit seiner wundervollen Partnerin Dinah sowie Volker und Rosana, Margit und Winni, Gabi und Sepp mit ihrer unendlichen Herzengüte und meinen treuen und herzlichen Freunden Nicolas und Nina, Omar und Alice und schliesslich auch meinen Schwiegereltern Ionela und Florin (Letzterer traurigerweise sel.) – sie alle trugen dazu bei, dass mir diese Zeit akademischen Schaffens stets in wärmster Erinnerung verbleibt.

Muttenz, November 2023

Mark-Anthony Schwesternmann

Inhaltsübersicht

Danksagung.....	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis.....	LXI
Rechtsquellenverzeichnis.....	LXXI
Entscheidregister und Urteilsmaterialien.....	LXXXV
A. Einleitung	1
B. Forschungsgegenstand	9
§ 1 Forschungsfrage	9
§ 2 Forschungsgebiet und Fokus.....	10
§ 3 Forschungsmethodik	14
§ 4 Aufbau der Arbeit.....	17
C. Ausgangslage.....	19
§ 1 Alterung als individueller Vorgang.....	19
§ 2 Benachteiligungen.....	20
§ 3 Folgen.....	21
§ 4 Recht und Politik	22
§ 5 Zwischenfazit	25
D. Gerechtigkeit, Gleichheit und Diskriminierungsverbote.....	27
§ 1 Allgemein.....	27
§ 2 Gerechtigkeit	28
§ 3 Gleichheit	31
§ 4 Diskriminierungsverbote.....	32
§ 5 Das Verhältnis der Freiheit zu Diskriminierungsverboten	33
§ 6 Zwischenfazit	35
E. Das Raster der Untersuchung: Welche Faktoren es zu berücksichtigen gilt	37
§ 1 Übersicht	37
§ 2 Quellen von Altersdiskriminierung	37

§ 3 Elemente des Antidiskriminierungsrechts	46
§ 4 Zwischenfazit: Das Untersuchungsraaster	52
F. Der Begriff «Diskriminierung» aus rechtlicher Sicht.....	53
§ 1 Übersicht	53
§ 2 Keine einheitliche Legaldefinition	53
§ 3 Zentrale Begriffselemente	54
§ 4 Diskriminierungsformen	60
§ 5 Arten von Diskriminierungsverboten.....	76
§ 6 Zwischenfazit	78
G. Analyse zum Schweizer Recht	79
§ 1 Einleitende Bemerkungen	79
§ 2 Wirkung von Völker- und Verfassungsrecht unter Privaten.....	79
§ 3 Diskriminierungsverbote	95
§ 4 Diskriminierungsprävention.....	184
§ 5 Inklusion.....	208
H. Rechtsvergleich mit dem EU-Recht	257
§ 1 Einleitende Bemerkungen	257
§ 2 Struktur und Wirkungsweise des EU-Rechts	260
§ 3 Sekundärrecht: Richtlinie 2000/78/EG	269
§ 4 Primärrecht: Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters nach Art. 21 Abs. 1 GRC	328
§ 5 Würdigung des EU-rechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung.....	331
§ 6 Rechtsvergleich zwischen Diskriminierungsverboten der Schweiz und der EU	334
I. Rechtliche Massnahmenempfehlungen	349
§ 1 Gang der Empfehlungen.....	349
§ 2 Einführung eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes	349
§ 3 Massnahmen im Bereich der Diskriminierungsprävention.....	386
§ 4 Massnahmen im Bereich der Inklusion	400
J. Schlussbetrachtungen.....	419
§ 1 Rückblick auf Ausgangsfrage und Ausgangslage	419
§ 2 Zusammenfassung der Ergebnisse	422
§ 3 Ausblick	430
K. Schlusswort.....	433

Inhaltsverzeichnis

Danksagung.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
Literaturverzeichnis.....	XXIX
Materialienverzeichnis.....	LXI
Rechtsquellenverzeichnis.....	LXXI
Entscheidregister und Urteilsmaterialien.....	LXXXV
A. Einleitung.....	1
B. Forschungsgegenstand.....	9
§ 1 Forschungsfrage.....	9
§ 2 Forschungsgebiet und Fokus.....	10
I. Forschungsgebiet.....	10
II. Fokus.....	13
1. Diskriminierungsverbot als Schwerpunkt.....	13
2. Fokus auf Bedürfnisse älterer Menschen.....	13
3. Rechtliche Massnahmen.....	14
§ 3 Forschungsmethodik.....	14
I. Allgemein.....	14
II. Rechtsvergleich zum EU-Recht.....	15
§ 4 Aufbau der Arbeit.....	17
C. Ausgangslage.....	19
§ 1 Alterung als individueller Vorgang.....	19
§ 2 Benachteiligungen.....	20
§ 3 Folgen.....	21
§ 4 Recht und Politik.....	22
§ 5 Zwischenfazit.....	25
D. Gerechtigkeit, Gleichheit und Diskriminierungsverbote.....	27
§ 1 Allgemein.....	27
§ 2 Gerechtigkeit.....	28
§ 3 Gleichheit.....	31
§ 4 Diskriminierungsverbote.....	32

§ 5	Das Verhältnis der Freiheit zu Diskriminierungsverboten	33
§ 6	Zwischenfazit	35
E.	Das Raster der Untersuchung: Welche Faktoren es zu berücksichtigen gilt	37
§ 1	Übersicht	37
§ 2	Quellen von Altersdiskriminierung	37
I.	Allgemein	37
II.	Ageism	38
1.	Was ist <i>Ageism</i> ?	38
2.	Erscheinungsformen und Ursachen von <i>Ageism</i>	39
III.	People Analytics als Diskriminierungskatalysator?	42
IV.	Präferenzen, Assoziationen oder Korrelationen	44
§ 3	Elemente des Antidiskriminierungsrechts	46
I.	Allgemeine Gedanken zu den Ober- und Unterkategorien	46
II.	Die Ober- und Unterkategorien des Rasters	47
1.	Die Oberkategorien: Diskriminierungsverbote, Diskriminierungsprävention und Inklusion	47
2.	Unterkategorien	47
2.1.	Unterkategorien im Bereich von Diskriminierungsverboten	47
2.2.	Unterkategorie im Bereich Diskriminierungsprävention	48
2.3.	Unterkategorien im Bereich der Inklusionsmassnahmen	48
§ 4	Zwischenfazit: Das Untersuchungsraaster	52
F.	Der Begriff «Diskriminierung» aus rechtlicher Sicht	53
§ 1	Übersicht	53
§ 2	Keine einheitliche Legaldefinition	53
§ 3	Zentrale Begriffselemente	54
I.	Allgemein	54
II.	Benachteiligung	55
III.	Vergleichstest	56
IV.	Rechtfertigung	57
V.	Kein Vorsatz erforderlich	59
§ 4	Diskriminierungsformen	60
I.	Direkte Diskriminierung	60
II.	Indirekte Diskriminierung	60
III.	Faktische Diskriminierung	61
IV.	Strukturelle Diskriminierung	62

V.	Statistische Diskriminierung	62
1.	Bedeutung	62
2.	Generalisierungsunrecht	63
3.	Typisierung und statistische Diskriminierung	64
4.	Korrelationen und Kausalität	64
5.	Besonderheit: Rechtfertigung	67
6.	Zwischenfazit	68
VI.	Mehrdimensionale Diskriminierung	68
1.	Übersicht und Problemstellung	68
2.	Additive Diskriminierung oder konkurrenzierende Diskriminierung ...	70
3.	Verstärkende Diskriminierung	71
4.	Intersektionelle Diskriminierung	72
5.	Gedanken zu praktischen Problemen mehrdimensionaler Diskriminierung	73
VII.	Diskriminierung durch Belästigung	75
VIII.	Diskriminierung durch Anweisung	76
§ 5	Arten von Diskriminierungsverboten	76
I.	Akzessorische und selbständige Diskriminierungsverbote	76
II.	Offene und geschlossene Diskriminierungsverbote	76
III.	Symmetrische und asymmetrische Diskriminierungsverbote	77
§ 6	Zwischenfazit	78
G.	Analyse zum Schweizer Recht	79
§ 1	Einleitende Bemerkungen	79
§ 2	Wirkung von Völker- und Verfassungsrecht unter Privaten	79
I.	Grundsätzliches und Fokus	79
II.	Direkte Wirkung	81
1.	Terminologie	81
2.	Völkerrecht	82
2.1.	Allgemein	82
2.2.	Geltung	83
2.3.	Unmittelbare Wirkung	83
2.4.	Rang	86
3.	Grundrechte der Bundesverfassung	88
III.	Indirekte Wirkung	90
1.	Völkerrecht im Allgemeinen	90
2.	Grundrechte im Speziellen	92
IV.	Zusammenfassung	94

§ 3 Diskriminierungsverbote.....	95
I. Völkerrecht.....	95
1. IAO-Übereinkommen Nr. 111	95
2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (Zivilpakt, UNO-Pakt II).....	96
3. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (Sozialpakt, UNO-Pakt I).....	96
3.1. Generelle Charakteristika des Diskriminierungsverbots	96
3.2. Geltungsbereich	97
3.3. Schutzgut.....	99
3.4. Erfasste Diskriminierungsformen	99
3.5. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots	100
3.5.1. Benachteiligung und Vorsatz.....	100
3.5.2. Vergleichstest.....	100
3.6. Rechtfertigung.....	101
3.7. Schutzsymmetrie.....	101
4. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)	101
4.1. Generelle Charakteristika des Diskriminierungsverbots	101
4.2. Geltungsbereich	102
4.2.1. Allgemein	102
4.2.2. Anstellungs- und Beendigungsphase	103
4.2.3. Phase während der Anstellung	105
4.2.4. Umfassender Schutz durch evolutive und integrative Auslegung der EMRK	106
4.3. Schutzgut.....	110
4.4. Erfasste Diskriminierungsformen	111
4.5. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots	114
4.5.1. Benachteiligung und Vorsatz.....	114
4.5.2. Vergleichstest.....	114
4.6. Rechtfertigung.....	115
4.7. Schutzsymmetrie.....	116
II. Landesrecht	117
1. Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV.....	117
1.1. Generelle Charakteristika des Diskriminierungsverbots	117
1.2. Geltungsbereich	117
1.3. Schutzgut.....	118
1.4. Erfasste Diskriminierungsformen	120
1.4.1. Direkte und indirekte Diskriminierung	120
1.4.2. Mehrdimensionale Diskriminierung	120
1.4.3. Statistische Diskriminierung	121
1.4.4. Diskriminierung durch Belästigung	123
1.4.5. Diskriminierung durch Anweisung	125

1.5. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots	126
1.5.1. Benachteiligung und Vorsatz	126
1.5.2. Vergleichstest	127
a. Direkte Diskriminierung	127
b. Indirekte Diskriminierung	129
1.6. Rechtfertigung	130
1.6.1. Allgemein	130
1.6.2. Alter als atypisches Diskriminierungsmerkmal	131
1.6.3. Ausgewählte Kasuistik zur Rechtfertigungspraxis	132
a. Fallbeispiel direkte Diskriminierung	132
b. Fallbeispiel indirekte Diskriminierung	134
c. Fallbeispiel Alter als Stellvertreterkriterium	135
1.7. Schutzsymmetrie	137
1.7.1. Allgemein	137
1.7.2. Alterskriterium im Speziellen	139
1.8. Würdigung des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV	139
2. Dem Diskriminierungsverbot zugängliches Bundeszivilrecht	142
2.1. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 ZGB	143
2.1.1. Übersicht	143
2.1.2. Culpa in contrahendo	145
2.1.3. Würdigung	147
2.2. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 ZGB	150
2.2.1. Übersicht	150
2.2.2. Würdigung	151
2.3. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 28 ZGB	152
2.3.1. Übersicht	152
2.3.2. Würdigung	153
2.4. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 328 OR	154
2.4.1. Übersicht	154
2.4.2. Würdigung	156
2.5. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 336 OR	158
2.5.1. Übersicht und der Begriff «Alterskündigung»	158
2.5.2. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR	160
2.5.3. Würdigung	164
2.6. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 337 OR	166
III. Beweis und Rechtsfolgen	166
1. Allgemeines	166
2. Vom Beweis	167
3. Ansprüche aus Vertrag	168
4. Ansprüche aus Vertragsanbahnungsverhältnis	172

5. Ausservertragliche Ansprüche.....	173
6. Genugtuungsansprüche.....	174
7. Kontrahierungspflicht und Kündigungsichtigkeit	175
8. Zusammenfassende Würdigung.....	179
IV. Zwischenfazit zum Thema Diskriminierungsverbot	179
V. Optische Darstellung zum Zwischenfazit	183
§ 4 Diskriminierungsprävention.....	184
I. Allgemein.....	184
II. Diskriminierungsprävention durch Datenschutz.....	184
1. Eingrenzungen.....	184
2. Probleme und Fokus	185
3. Art. 328 <i>b</i> OR	186
4. Datenschutzgesetz <i>de lege ferenda</i>	188
4.1. Zweck.....	188
4.2. Allgemeine Grundsätze.....	190
4.3. Rechtfertigungsgründe.....	191
4.3.1. Einwilligung.....	191
4.3.2. Überwiegendes privates Interesse	193
4.4. Transparenz.....	193
4.4.1. Erkennbarer Zweck	193
4.4.2. Informationspflichten	194
4.4.3. Auskunftspflicht	195
4.5. Ausdrückliche Einwilligung	196
4.5.1. Besonders schützenswerte Personendaten	196
4.5.2. Profiling mit hohem Risiko	197
4.5.3. Folgerung betreffend ausdrückliche Einwilligung	200
4.6. Rechtsansprüche, Beweisfrage und Sanktionen	200
5. Würdigung.....	201
III. Diskriminierungsprävention: weitere Aspekte	203
1. Diskriminierungsprävention nach Art. 6 ArG.....	203
1.1. Übersicht.....	203
1.2. Präventivcharakter	205
1.3. Erforderliche Massnahmen	206
2. Diskriminierungsprävention nach Art. 328 Abs. 1 OR.....	206
3. Würdigung	207
IV. Zwischenfazit zum Thema Diskriminierungsprävention	208
§ 5 Inklusion.....	208
I. Förderung der Arbeitsmarkteteiligung	209
1. Völkerrecht	209
2. Landesrecht.....	211
2.1. Übersicht und Abgrenzung	211

2.2.	Arbeitslosenversicherung.....	211
2.2.1.	Arbeitsmarktliche Massnahmen.....	211
2.2.2.	Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen.....	213
2.2.3.	Besondere Regelungen zugunsten älterer Versicherter	214
a.	Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen	214
b.	Einarbeitungszuschüsse	214
2.3.	Invalidenversicherung.....	215
2.3.1.	Frühintervention.....	215
2.3.2.	Eingliederungsmassnahmen	215
3.	Würdigung.....	216
II.	Bildung.....	217
1.	Völkerrecht.....	217
2.	Landesrecht.....	219
3.	Arbeitszeit im Kontext von Aus- und Weiterbildungen	220
4.	Sozialversicherungsrechtliche Aspekte	221
5.	Würdigung.....	224
III.	Altersgerechte Arbeitsbedingungen	225
1.	Völkerrecht.....	225
2.	Landesrecht.....	226
2.1.	Arbeitsgesetz.....	226
2.2.	Der obligationenrechtliche Gesundheitsschutz.....	228
3.	Würdigung.....	229
IV.	Rentalter, Flexibilisierungen und Beiträge an die berufliche Vorsorge .	229
1.	Völkerrecht.....	230
2.	Landesrecht.....	231
2.1.	Alters- und Hinterlassenenversicherung.....	231
2.1.1.	De lege lata.....	231
a.	Allgemeines	231
b.	Rentalter und Flexibilisierungen.....	232
c.	Freibetrag.....	233
2.1.2.	<i>De lege ferenda</i> : Reformprojekt «AHV 21»	234
2.1.3.	Würdigung.....	235
a.	Rentalter.....	235
b.	Flexibilisierungen	238
c.	Freibetrag.....	239
2.2.	Berufliche Vorsorge.....	240
2.2.1.	De lege lata.....	240
a.	Allgemeines	240
b.	Rentalter und Flexibilisierungen.....	241
c.	Beitragsbemessung	244

2.2.2. <i>De lege ferenda</i> : Reformprojekt «AHV 21» und «BVG 21»	246
2.2.3. Würdigung.....	247
a. Rentenalter.....	247
b. Flexibilisierungen	248
c. Beitragsbemessung	250
V. Massnahmenpaket des Bundesrats	251
1. Impulsprogramm und diverse weitere Massnahmen.....	251
2. Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose.....	252
3. Würdigung	252
VI. Zwischenfazit zum Thema Inklusion	254
H. Rechtsvergleich mit dem EU-Recht	257
§ 1 Einleitende Bemerkungen	257
§ 2 Struktur und Wirkungsweise des EU-Rechts	260
I. Allgemeines.....	260
II. Struktur des EU-Rechts.....	261
III. Wirkungsweise des EU-Rechts	262
1. Geltung und Vorrangprinzip	262
2. Unmittelbare Wirkung	265
2.1. Allgemein.....	265
2.2. Vertikale und horizontale unmittelbare Wirkung.....	266
IV. Zwischenfazit	269
§ 3 Sekundärrecht: Richtlinie 2000/78/EG	269
I. Überblick.....	269
II. Diskriminierungsverbot.....	271
1. Generelle Charakteristika des Diskriminierungsverbots	271
2. Geltungsbereich.....	272
2.1. Allgemeines	272
2.2. Zugang zu unselbständiger Tätigkeit	274
2.3. Zugang zu Aus- und Weiterbildungen	275
2.4. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, Entlassungsbedingungen sowie Arbeitsentgelt.....	275
2.5. Bereichsausnahmen.....	277
3. Schutzgut	279
4. Erfasste Diskriminierungsformen.....	280
4.1. Allgemeines	280
4.2. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung.....	281
4.3. Diskriminierung durch Belästigung.....	282
4.4. Diskriminierung durch Anweisung	283

4.5. Weitere Diskriminierungsformen.....	283
4.5.1. Mehrdimensionale Diskriminierung	283
4.5.2. Statistische Diskriminierung und People Analytics	286
4.5.3. Diskriminierung durch Äusserungen (« <i>speech act</i> »).....	287
5. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots.....	288
5.1. Benachteiligung und Vorsatz	288
5.2. Vergleichstest	291
5.2.1. Allgemeines.....	291
5.2.2. Vergleichstest bezogen auf direkte Diskriminierung.....	292
5.2.3. Erfordernis des Vergleichstests im Rahmen einer mittelbaren Diskriminierung?	298
6. Rechtfertigung	301
6.1. Allgemeines	301
6.2. Der Umgang mit widerstreitenden Interessen.....	303
6.3. Ordre Public	305
6.4. Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung.....	308
6.5. Nationalrechtliche Ziele insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung.....	313
6.6. Positive und spezifische Massnahmen	318
7. Schutzsymmetrie des Diskriminierungsverbots	320
III. Richtlinien-Massnahmen zur Umsetzung des Diskriminierungsverbots ..	321
1. Rechtsschutz	321
2. Beweislast erleichterung zugunsten Diskriminierungsopfer	321
3. Schutz vor Viktimisierung	323
4. Rechtsfolgen einer Diskriminierung.....	324
4.1. Allgemein.....	324
4.2. «Levelling up» und «levelling down»	326
5. Unterrichtung und sozialer Dialog	327
§ 4 Primärrecht: Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters nach Art. 21 Abs. 1 GRC	328
§ 5 Würdigung des EU-rechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung.....	331
§ 6 Rechtsvergleich zwischen Diskriminierungsverboten der Schweiz und der EU	334
I. Allgemeines.....	334
II. Generelle Charakteristika und Schutzgut.....	335
III. Geltungsbereich.....	335
IV. Erfasste Diskriminierungsformen	336
V. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots	337
1. Benachteiligung	337
2. Vorsatz	338

3. Vergleichstest.....	338
3.1. Bezogen auf direkte Diskriminierung.....	338
3.2. Bezogen auf indirekte Diskriminierung.....	339
VI. Rechtfertigung.....	339
VII. Schutzsymmetrie.....	341
VIII. Beweis und Rechtsfolgen.....	342
IX. Wirkung.....	343
X. Juxtaposition.....	344
XI. Fazit zum Rechtsvergleich zwischen dem EU-Recht und dem Schweizer Recht.....	347
I. Rechtliche Massnahmenempfehlungen	349
§ 1 Gang der Empfehlungen.....	349
§ 2 Einführung eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes	349
I. Plädoyer für ein zivilrechtliches Antidiskriminierungsgesetz.....	349
II. Konzeptionelle Überlegungen zum Diskriminierungsverbot.....	355
1. Geltungsbereich	355
2. Verpönte Merkmale	356
3. Diskriminierungsformen.....	357
4. Rechtfertigung.....	358
4.1. Wie sind der Rechtfertigung Grenzen zu setzen?.....	358
4.2. Allgemeine Rechtfertigungsstruktur.....	361
4.3. Spezieller <i>Numerus clausus</i> für unmittelbare Benachteiligungen.....	363
4.3.1. Begründung für einen <i>Numerus clausus</i>	363
4.3.2. Gesetzliche Vorgaben im Speziellen	364
4.3.3. Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Speziellen	365
4.4. Beispiel 1: Der nach dem Alterskriterium filternde Algorithmus...	367
4.5. Beispiel 2: Benachteiligung geknüpft an Berufserfahrung oder Qualifikationen.....	369
5. Verankerung auf Gesetzesstufe.....	370
III. Flankierende Massnahmen zum Diskriminierungsverbot.....	371
1. Materiellrechtlich.....	371
1.1. Günstigkeitsprinzip.....	371
1.2. Verschuldensunabhängige Haftung.....	372
1.3. Begründungspflicht bei Bewerbungsablehnung	373
1.4. Rechtsfolgen	374
1.4.1. Kein Kontrahierungszwang bei Bewerbungsabsage	374
1.4.2. Schutz vor Viktimisierung.....	375

1.4.3. <i>Levelling Up</i> als Grundsatz	377
1.4.4. Schärfere finanzielle Sanktionen	378
2. Weitere denkbare Sanktionen	380
2.1. Beteiligung der Belegschaft an Massnahmenformulierung	380
2.2. Öffentliches Anprangern	381
3. Verfahrensrechtlich	382
3.1. Beweislast	382
3.2. Kostenloses und vereinfachtes Verfahren	384
3.3. Verbandsklage	384
IV. Fazit zum Diskriminierungsverbot und zu den flankierenden Massnahmen	385
§ 3 Massnahmen im Bereich der Diskriminierungsprävention	386
I. KI und Algorithmen: Zertifizierung und spezielle Beweislastregelung	386
II. Anonymisiertes Bewerbungsverfahren	391
1. Positive Erfahrungen	391
2. Umsetzung durch Gesetzesvorschrift?	393
III. Das Arbeitszeugnis als Vollzeugnis sowie die Referenzauskunft gehören verboten	394
IV. Präventivmassnahmen im Bereich der Fürsorgepflichten	399
§ 4 Massnahmen im Bereich der Inklusion	400
I. Förderung Arbeitsmarkteteiligung	400
1. Gesetzliche Verankerung bestimmter Massnahmen aus dem Impulsprogramm	400
2. Kontrollvorschriften im ÜLG	401
II. Aus- und Weiterbildung im bestehenden Arbeitsverhältnis	402
1. Plädoyer für Massnahmen im Bereich Aus- und Weiterbildung	402
2. Bildungslohn	403
3. Sozialversicherungsrechtliche Massnahmen bei längerer Weiterbildungsdauer	406
III. Altersgerechte Arbeitsbedingungen	407
1. Arbeitsgesetzliche Schutzvorschriften für ältere Arbeitnehmer?	407
2. «Altersgerechte» Laufbahngestaltung	409
IV. AHV und berufliche Vorsorge	410
1. Erhöhung des Renten- beziehungsweise Referenzalters und Angleichung der Rentenkorridore	410
2. Keine Abschaffung oder Erschwerung des Rentenvorbezugs	414
3. Beibehalten und Erhöhung des Freibetrags in der AHV	414
4. Beiträge aus beruflicher Vorsorge (Lohnnebenkosten)	415
5. Weiterversicherung in der beruflichen Vorsorge	417
VI. Tabellarische Übersicht über die Massnahmenvorschläge	418

J. Schlussbetrachtungen	419
§ 1 Rückblick auf Ausgangsfrage und Ausgangslage	419
§ 2 Zusammenfassung der Ergebnisse	422
I. Diskriminierungsverbot.....	422
II. Diskriminierungsprävention.....	424
III. Inklusion.....	426
§ 3 Ausblick	430
K. Schlusswort	433

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/1
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946, SR 831.10
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) vom 31. Oktober 1947, SR 831.101
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AMM	Arbeitsmarktliche Massnahmen
App.	Applikation
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 822.11
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000, SR 822.111
ArGV 3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) (Gesundheitsschutz) vom 18. August 1993, SR 822.113
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5) vom 28. September 2007, SR 822.115
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
Aufl.	Auflage
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG) vom 25. Juni 1982, SR 837.0
BBl	Bundesblatt
BE	Berner
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002, SR 151.3

Abkürzungsverzeichnis

BfS	Bundesamt für Statistik (Schweiz)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht (Lausanne)
BS	Basler
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung (Schweiz)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982, SR 831.40
BVV 2	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984, SR 831.441.1
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken (Währung)
COVID-19-Verordnung 2	Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24
Disk.	Diskriminierung
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1
DSÜ	Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981, SR 0.235.1
E.	Erwägung(en)
EA	Einfache Anfrage
EC	European Communities
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof der Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende, bei Mutterschaft und bei Vaterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG) vom 25. September 1952, SR 834.1
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union

EUV	Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/1
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
FDK	UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Frauendiskriminierungskonvention, FDK), SR 0.108
ff.	folgende
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) vom 24. März 1995, SR 151.1
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016 C 202/389
Habil.	Habilitation
HIV	Human immunodeficiency virus
Hrsg.	Herausgeber
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IP	Interpellation
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, SR 831.20
iVm	in Verbindung mit
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) vom 17. Januar 1961, SR 831.201
Kap.	Kapitel
KI	Künstliche Intelligenz
lic. iur.	licentiatus iuris
lit.	litera (= Buchstabe)
LL.M.	Legum Magister
Ltd.	Limited
MedR	Medizinrecht
nAHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) <i>de lege ferenda</i> gemäss geänderten Bestimmungen (u.a. einsehbar in den Erläuterungen des

	Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 38 ff.)
NAV Hauswirtschaft	Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010, SR 221.215.329.4
nBVG	Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge (BVG) <i>de lege ferenda</i> gemäss geänderten Bestimmungen (u.a. einsehbar in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 38 ff.)
nDSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) <i>de lege ferenda</i> gemäss BBl 2020 7639
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
PI	Parlamentarische Initiative
PKK	Arbeiterpartei Kurdistans
Pra	Die Praxis, Zeitschrift, Schweiz (übersetzte Bundesgerichtsentscheide)
PublG	Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG) vom 18. Juni 2004, SR 170.512
rev ESC	Revidierte Europäische Sozialcharta von 1996
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SAMW	Stiftung Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft (Schweiz)
SG	St. Galler
SGI	Vereinigung Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin
SR	Systematische Sammlung
StR	Steuer Revue

SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
u.a.	unter anderem
ÜLG	Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG) vom 19. Juni 2020, SR 837.2
UN	Vereinte Nationen
UN-ESC	Rat der Vereinten Nation für Wirtschaft und Soziales
UNO	United Nations Organisation
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (Sozialpakt), SR 0.103.1
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (Zivilpakt), SR 0.103.2
usw.	und so weiter
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) vom 20. Dezember 1982, SR 832.202
v	versus
v.	vom [nachfolgend Datum; in Zusammenhang mit zitierten EGMR-Entscheiden auch «versus»]
vgl.	vergleiche
VRK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974, SR 313.0
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908. SR 221.229.1
VZV	Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung, VZV) vom 27. Oktober 1976, SR 741.51
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WeBiG	Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG) vom 20. Juni 2014, SR 419.1
WHO	World Health Organization
z.B.	zum Beispiel

Abkürzungsverzeichnis

ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272

Literaturverzeichnis

Das Verzeichnis führt sämtliche im Text zitierten Werke auf. In der Regel wird im Text die Literatur mit Nachnamen und – wo sinnvoll – mit Kurztitel angegeben.

Kommentare, Monographien, Aufsätze

ABULADZE, LIILI/PEREK-BIALAS, JOLANTA

Measures of Ageism in the Labour Market in *International Social Studies*, in: Ayalon/Tesch-Römer (Hrsg.), *Contemporary Perspectives on Ageism*, Open Access (<https://doi.org/10.1007/978-3-319-73820-8>), 2018, S. 461–491

ACHERMANN, ALBERTO/CARONI, MARTINA/KÄLIN, WALTER

Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinverni/Nowak (Hrsg.), *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte – La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l’homme*, 2. Aufl., Basel, 1997, S. 105–232

AGTHE, MARIA/SPÖRRLE, MATTHIAS

Was die Entscheidung verfälscht, in: *Personalmagazin, Management, Recht und Organisation*, Ausgabe 11/2010, S. 16–18

ALTWICKER, TILMANN

Statistikbasierte Argumentation im Verwaltungsrecht, in: *ZBI* 119/2018, S. 619–642

ARISTOTELES

Die Nikomachische Ethik, Fuhrmann (Hrsg.), übersetzt von Olof Gigon, Artemis Verlag, München, 1991

ARNET, RUTH

Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, *Habil.*, Bern, 2008

ATREY, SHREYA

- Intersectional Discrimination, Oxford 2019 (zit. ATREY, Intersectional Discrimination)
- Illuminating the CJEU’S Blind Spot of Intersectional Discrimination in *Parris v Trinity College Dublin*, in: *Industrial Law Journal*, 47(2), Oxford, 2018, S. 278–296 (zit. ATREY, CJEU’s Blind Spot of Intersectional Discrimination)

AVBELJ, MATEJ

Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) Does it Matter?, in: *European Law Journal*, Vol. 17, No. 6, November 2011, Oxford, S. 744–763

AXHAUSEN, SILKE/RÖHRIG, ROLF

Kapitel E., Zur Überwindung betrieblicher Vorbehalte gegenüber der Weiterbildung älterer Arbeitnehmer, in: Axhausen/Christ/Röhrig/Zemlin (Hrsg.), *Ältere Arbeitnehmer – eine Herausforderung für die berufliche Weiterentwicklung, Abschlussbericht und Dokumentation zum Modellversuch «Qualifizierung älterer Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in den neuen Bundesländern aus Metall- und Elektroberufen und aus der industriellen Produktion»*, Schriftenreihe des Bundesinstituts für Berufsbildung, Bonn, 2022, S. 73 – 86

AYALON, LIAT/TESCH-RÖMER, CLEMENS

Introduction to the Section: Ageism – Concept and Origins, in: Ayalon/Tesch-Römer (Hrsg.), *Contemporary Perspectives on Ageism*, Open Access (<https://doi.org/10.1007/978-3-319-73820-8>), 2018, S. 1–10

BACHMANN, ROLAND

Kommentar zu Art. 3a, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), *Kurzkommentar ArG, Arbeitsgesetz*, Basel, 2018 (zit. BACHMANN, *Kurzkommentar ArG*, Art. und Rn.)

BAER, SUSANNE/BITTNER, MELANIE/GÖTSCHKE, ANNA LENA

Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse, Teil-expertise im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_mehrdimensionale_diskriminierung_jur_analyse.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)

BAL, ANNE C./REISS, ABIGAIL E. B./RUDOLPH, CORT W./BALTES, BORIS B.

Examining Positive and Negative Perceptions of Older Workers: A Meta-Analysis, in: *The Journals of Gerontology, Series B: Psychological Sciences and Social Science*, 66(6), 2011, S. 687–698

BARNARD, CATHERINE

EC Employment Law, 3. Aufl., Oxford, 2006

BAUER, JOBST-HUBERTUS/KRIEGER, STEFFEN

Das Orakel von Luxembourg: Altersgrenzen für Arbeitsverhältnisse zulässig – oder doch nicht?, in: *NJW*, 2007, Heft 51, S. 3672–3675

BELL, MARK

- Direct Discrimination, in: Schiek/Waddington/Bell (Hrsg.), *Non-Discrimination Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, 2007, S. 185–322 (zit. BELL, *Direct Discrimination*)
- Kommentar zu Art. 20, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, 2. Aufl., Oxford, 2021 (zit. BELL, *Kommentar GRC*, Art. und Rn.)

BELSER, EVA MARIA

3. Kapitel: Verfassungsrechtlicher Rahmen, in: Belser/Epiney/Waldmann (Hrsg.), *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011 (zit. BELSER, *DSG*)

BELSER, EVA MARIA/MOLINARI, EVA

Kommentar zu Art. 7, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel, 2015 (zit. BELSER/MOLINARI, BS Kommentar BV, Art. und Rn.)

BERGER, BERNHARD

Allgemeines Schuldrecht, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht, 3. Aufl., Bern, 2018

BERGSTROM, CARL T./WEST, JEVIN D.

Calling Bullshit, The Art of Skepticism in a Data-Driven World, New York, 2020

BESSON, SAMANTHA/BREITENMOSER, STEPHAN/SASSÒLI, MARCO/ZIEGLER, ANDREAS R.

Völkerrecht, Droit international public, Aide-mémoire, 2. Aufl., Zürich, 2013

BIAGGINI, GIOVANNI

Kommentar zu Art. 8, 13 und 35, in: BV Kommentar der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich, 2017 (zit. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. und Rn.)

BLACKSTONE, WILLIAM

Commentaries on the Laws of England, 1769, Book IV, Chap. 5, Reprint, London 1966, S. 67, zitiert in: Reto Borsani, Völkerrecht und Föderalismus in der Schweiz, Überlegungen aus kantonaler Sicht, in: Cottier/Markwalder (Hrsg.), Swiss Papers 34/2002, S. 45

BLECHTA, GABOR P.

Kommentar zu Art. 3 DSG, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel, 2014 (zit. BLECHTA, BS Kommentar DSG, Art. und Rn.)

BLUM, BENJAMIN

People Analytics, Eine datenschutzrechtliche Betrachtung moderner Einsatzszenarien für automatisierte, datenbasierte Entscheidungen, Diss., Baden-Baden, 2021

BOLKENSTEYN, ARUN

L'obligation de servir dans les auberges et débits de boissons: précurseur de l'effet horizontal des droits fondamentaux ou archaïsme ?, in: Bahar/Trigo Trindade (Hrsg.), L'égalité de traitement dans l'ordre juridique: fondements et perspectives, Zürich 2013, S. 269–295

BORJAS, GEORGE J.

Labor Economics, 7. Aufl., New York, 2016

BOROWSKY, MARTIN

Kommentar zu Art. 1 GRC, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Nomos Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden, 2019 (zit. BOROWSKY, Nomos Kommentar GRC, Art. und Rn.)

BORSANI, RETO

Völkerrecht und Föderalismus in der Schweiz, Überlegungen aus kantonaler Sicht, in: Cottier/Markwalder (Hrsg.), Swiss Papers, 34, Bern, 2002

BRAUER, KAI

Ageism: Fakt oder Fiktion?, in: Brauer/Clemens (Hrsg.), *Zu alt? «Ageism» und Altersdiskriminierung auf Arbeitsmärkten*, Wiesbaden, 2010, S. 21–60

BRAUN-DUBLER, NILS/FREI, VERA/KADERLI, TABEA/ROTH, FLORIAN

Wer geht wann in Rente? Ausgestaltung und Determinanten des Rententübergangs. Hauptbericht, in: BSV (Hrsg.), *Beiträge zur sozialen Sicherheit*, Forschungsbericht Nr. 5/22.1, Bern, 2022

BRITZ, GABRIELE

Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, *Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung*, Tübingen, 2008

BRUNSCHWEIGER, VERENA

Fuck Sexism, Lookism, Ageism, Slutshaming. Polyamorie, Berlin, 2021

BUCHS, HELEN/GNEHM, ANN-SOPHIE

Altersgrenzen in Stelleninseraten 2006–2015, Bericht für das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Zürich

BUTLER, ROBERT N.

Age-IsM: Another Form of Bigotry, in: *The Gerontologist*, Volume 9, Issue 4, Part 1, Winter 1969, S. 243–246

CARDINAUX, BASILE

Kommentar zu Art. 113 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel, 2015 (zit. CARDINAUX, BS Kommentar BV, Art. und Rn.)

CIACCHI, AURELIA COLOMBI

The Direct Effect of EU Fundamental Rights, ECJ 17 April 2018, Case C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.* and ECJ 11 September 2018, Case C-68/17, *IR v JQ*, in: *European Constitutional Law Review*, Band 15, Cambridge, 2019, S. 294–305

COTTERRELL, ROGER

The Sociology of Law, An Introduction, 2. Aufl., Dublin, 1992

CRAIG, PAUL/DE BÚRCA, GRÁINNE

EU Law, Text, Cases, and Materials, 7. Aufl., Oxford, 2020

CRENSHAW, KIMBERLÉ WILLIAMS

Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, *University of Chicago Legal Forum*, Volume 1989, Issue 1, Article 8, S. 139 – 167

DAEDELLOW, ROMY

Wenn Algorithmen (unfair) über Menschen entscheiden..., *Welchen Schutz bietet die Datenschutz-Grundverordnung?*, in: *Jusletter*, 26. November 2018

DAPHINOFF, MICHAEL/HELLER, JAN

Problemzone «Alterskündigung», in: *Jusletter* 27. Juni 2022

DE BÚRCA, GRÁINNE

Kapitel 16, The Evolution of EU Human Rights Law, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, Oxford, 2011, S. 465–497

DE VISSER, MAARTJE

Case Notes: Dealing with Divergences in Fundamental Rights Standards: Case C-399/11 Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal, in: Maastricht Journal of European and Comparative Law. 20, (4), S. 576–588

DE WITTE, BRUNO

Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order, in: de Búrca/Craig (Hrsg.), The Evolution of EU Law, 3. Aufl., Oxford, 2021, S. 187–227

DENZA, EILEEN

The Relationship between international and national law, in: Malcolm D. Evans (Hrsg.), International Law, 5. Aufl., Oxford, 2018, S. 383–411

DÖRR, BIANKA S.

Kommentar zu Art. 28, in: Böhler/Jakob (Hrsg.), Kurzkomentar ZGB, 2. Aufl., Basel, 2018, (zit. DÖRR, Kurzkomentar ZGB, Art. und Rn.)

DOUGAN, MICHAEL

When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy, in: Common Market Law Review 44, Niederlande, 2007, S. 931–963

DROSDOWSKI, GÜNTHER (HRSG.)

Duden, Das grosse Wörterbuch der deutschen Sprache, in acht Bänden, Band 3: Fashev, 2. Aufl., Mannheim, 1993

DUBOUT, ÉDOUARD

Kommentar zu Art. 7 Richtlinie 2000/78/EG, in: Dubout (Hrsg.), Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Commentaire article par article, Belgien, 2020 (zit. DUBOUT, Commentaire Directive 2000/78, Art. und Rn.)

DUNAND, JEAN-PHILIPPE

Normen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO), in: AJP 2020, S. 1041–1053

EDWARD, DAVID

Direct Effect, The Separation of Powers and the Judicial Enforcement of Obligations, in: A. Giuffrè (Hrsg.), Scritti in Onore di Giuseppe Federico Mancini, volume II, Diritto dell'Unione europea, Milan, 1998, S. 423–443 (abrufbar unter: <https://www.law.du.edu/documents/judge-david-edward-oral-history/1998-direct-effect.pdf>, zuletzt besucht am 16. Mai 2023)

EGLI, PATRICIA

Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss., Zürich, 2002

ELLIS, EVELYN/WATSON, PHILIPPA

EU-Anti-Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford, 2012

EMERSON, RALPH WALDO

Old Age, in: *The Atlantic*, January Issue, 1862, S. 134–140 (abrufbar unter: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1862/01/old-age/518679/>, zuletzt besucht am 16. Mai 2023)

EMMEL, FRANK

Kommentar zu Art. 39 ArG, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), *Kurzkommentar ArG, Arbeitsgesetz*, Basel, 2018 (zit. EMMEL, *Kurzkommentar ArG, Art. und Rn.*)

ENGLARO, LAURA

Autonomer Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz am Beispiel des Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts, in: Astrid Epiney/Nina Gammethaler (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010*, Bern: Stämpfli/Zürich: Schulthess 2010, S. 307–322

EPINEY, ASTRID

Kommentar zu Art. 190, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesverfassung*, Basel, 2015 (zit. EPINEY, *BS Kommentar BV, Art. und Rn.*)

EPINEY, ASTRID/SCHLEISS, YVONNE

Völker- und europarechtlicher Rahmen, in: Belser/Epiney/Waldmann (Hrsg.), *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011

ETTER, BORIS/SOKOLL, JOHANNES

Kommentar zu Art. 328 OR, in: Etter/Facincani/Sutter (Hrsg.), *Arbeitsvertrag, Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319–355 OR sowie Art. 361/362 OR*, Bern, 2021 (zit. ETTER/SOKOLL, *Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsvertrag, Art. und Rn.*)

EYLEM, DEMIR

Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Pärli et al. (Hrsg.), *Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, Zürich, S. 7–173

FARRANT, ANTHONY

The fair innings argument and increasing life spans, in: *Journal of Medical Ethics*, 2009, Heft 35, S. 53–56

FASSBENDER, BARDO

Völkerrecht und Landesrecht, in: *AJP* 2014, S. 437–450

FATEH-MOGHADAM, BIJAN/GUTMANN, THOMAS

Gleichheit vor der Triage, Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, in: Hörnle/Huster/Poscher (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, Tübingen, 2021, S. 291–334

FLÜCKIGER, THOMAS

Kommentar zu Art. 13 BVG, in: Schneider/Geiser/Gächter (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG*, 2. Aufl., Bern, 2019 (zit. FLÜCKIGER, *Kommentar Sozialversicherungsrecht, Art. und Rn.*)

FREDMAN, SANDRA

- Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law, in: European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Publications Office, Brüssel, 2016, abrufbar unter: <https://data.europa.eu/doi/10.2838/241520> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023) (zit. FREDMAN, Intersectional discrimination in EU law)
- Discrimination Law, 2. Aufl., Oxford, 2011 (zit. FREDMAN, Discrimination Law)
- The Age of Equality, in: Fredman/Spencer (Hrsg.), Age as an Equality Issue, Oregon, 2003, S. 21–69 (zit. FREDMAN, Age of Equality)

FREI, BERNHARD

Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers nach OR Art. 328 Abs. 1. Unter besonderer Berücksichtigung des Personaldatenschutzes, Diss., Zürich, 1982

FRIEDAUER, SUSANNE

Kommentar zu Art. 47 BVG, in: Hürzeler/Stauffer (Hrsg.), Berufliche Vorsorge, Basel, 2021 (zit. FRIEDAUER, BS Kommentar BVG, Art. und Rn.)

FRIEDRICH, MICHAEL

Arbeitsrecht, Gleichbehandlung/Urlaubstage/Karfreitag, RL 2000/78/EG, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), 08.19, S. 340–349

FUDGE, JUDY/ZBYSZEWSKA, ANIA

An Intersectional Approach to Age Discrimination in the European Union: Bridging Dignity and Distribution, in: Numhauser-Henning/Rönnmar (Hrsg.), Age Discrimination and Labour Law, Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond, Niederlande, 2015, S. 141–163

FURRER, ANDREAS/MÜLLER-CHEN, MARKUS

Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Basel, 2018

GÄCHTER, THOMAS

Das Rentenalter, Anpassung und Flexibilisierung de lege lata und de lege ferenda, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ), SJZ 110 (2014), Nr. 16/17, S. 421–429 (zit. GÄCHTER, Rentenalter)

GECKLER HUNZIKER, MAYA

Kommentar zu Art. 33a BVG, in: Schneider/Geiser/Gächter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, 2. Aufl., Bern, 2019 (zit. GECKLER HUNZIKER, Kommentar Sozialversicherungsrecht, Art. und Rn.)

GEISER, THOMAS

- Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht?, in: Becker/Hilty et al. (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, Bern, 2002, S. 37–49 (zit. GEISER, Gleichbehandlungsgebot)
- Weiterbildung: Finanzierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: plädoyer 6/13, S. 28–35 (zit. GEISER, Weiterbildung)
- Weiterbildung und Arbeitsrecht, in: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, recht 2011, Zürich, S. 118–129 (zit. GEISER, Weiterbildung und Arbeitsrecht)

GEISER, THOMAS/MÜLLER, ROLAND/PÄRLI, KURT

Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern, 2019

GERARDS, JANNEKE

Discrimination Grounds, in: Schiek/Waddington/Bell (Hrsg.), Non-Discrimination Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Oxford, 2007, S. 33–184

GERARDS, JANNEKE/XENIDIS, RAPHAËLE

Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law, A special report, European Commission, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Brüssel, 2020

GHOSHEH, NAJ

Age discrimination and older workers: Theory and legislation in comparative context, in: Conditions of Work and Employment Programme, Conditions of Work and Employment Series No. 20, International Labour Office, Genf, 2008

GLATTHAAR, MATTHIAS

Robot Recruiting, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), SZW 2020, S. 43–52

GLOOR, WERNER

Licenciement en vue du transfert de l'entreprise ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_102/2019, in: Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2020, S. 1–11 (abrufbar unter: <https://publications-droit.ch/files/analyses/droitdutravail/2-20-juin-gloor.pdf>, zuletzt besucht am 16. Mai 2023)

GÖKSU, TARKAN

Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35, in: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 140/2004, S. 35–57 (zit. GÖKSU, Kontrahierungspflicht)

GOSEPATH, STEFAN

Gleiche Gerechtigkeit, Grundlagen eines liberalen Egalitarismus, suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1665, Frankfurt am Main, 2004

GROB, FRANZISKA

Kommentar zu Art. 47a BVG, in: Hürzeler/Stauffer (Hrsg.), Berufliche Vorsorge, Basel, 2021 (zit. GROB, BS Kommentar BVG, Art. und Rn.)

GROSS, DANIELA

Die Rechtfertigung einer Altersdiskriminierung auf der Grundlage der Richtlinie 2000/78/EG, Diss., in: Birk/Sadowski/Schlachter (Hrsg.), IAAEG, Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft, Studien zum ausländischen, vergleichenden und internationalen Arbeitsrecht, Band 26, 1. Aufl., Freiburg i.Br., 2010

GRUBER, JONATHAN/MILIGAN, KEVIN/WISE, DAVID A.

Social Security Programs and Retirement Around the World: The Relationship to Youth Employment, Introduction and Summary, in: Gruber/Wise (Hrsg.), NBER Working Paper Series, National Bureau of Economic Research, Working Paper 14647, Cambridge Massachusetts, 2009

HAAG, MARCEL/KOTZUR, MARKUS

§ 6 Rechtsquellen, in: Bieber/Epiney et al. (Hrsg.), Die Europäische Union, 15. Aufl., 2023

HAAG, MATTHIAS

Algorithmendiskriminierung unter dem AGG und den Gleichbehandlungsrichtlinien – ausgewählte Problemfelder und Reformvorschläge, in: Hoeren/Pinelli (Hrsg.), Künstliche Intelligenz – Ethik und Recht, München, 2022, S. 119–139

HAAS, ULRICH/MROSE, OLIVER

Kapitel 2, Ziele des Zivilprozesses, in: Haas/Marghitola (Hrsg.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich, 2020

HACKER, PHILIPP

Teaching fairness to Artificial Intelligence: Existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law, in: Common Market Law Review 55, 2018, S. 1143–1186

HARRIS, DAVID/O'BOYLE, MICHAEL/WARBRICK

Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Oxford, 2018

HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA

Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Basel, 2020

HANGARTNER, YVO

- Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2007 I, S. 137–158 (zit. HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit Völkerrecht)
- Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, in: AJP 2013, S. 698–707 (zit. HANGARTNER, Verhältnis BV zu Völkerrecht)

HANTEL, PETER

Europäisches Arbeitsrecht, Mit zahlreichen Beispielsfällen aus der Rechtsprechung des EuGH, Berlin, 2016

HEINIMANN, EVA/MARGREITER, RALF

Smart Selection, Anonyme Bewerbung: Ein Zürcher Pilotprojekt für mehr Chancengleichheit und innovative Lehrlingsselektion, Schlussbericht, in: Kaufmännischer Verband Schweiz (Hrsg.), KV Schweiz, Zürich, 2008

HEPPLE, BOB

Age Discrimination in Employment: Implementing the Framework Directive 2000/78/EC, in: Fredman/Spencer (Hrsg.), Age as an Equality Issue, Oregon, 2003, S. 71–96

HERDEGEN, MATTHIAS

Völkerrecht, 21. Aufl., München, 2022

HESELHAUS, SEBASTIAN/HEMSLEY, RALPH

Human Dignity and the European Convention on Human Rights, in: Becchi/Mathis (Hrsg.), Handbook of Human Dignity in Europe, Cham, 2019, S. 969–992

HEVENSTONE, DEBRA/NEUENSCHWANDER, PETER

BVG: Altersunabhängige Beitragssätze gegen Altersdiskriminierung?, in: Soziale Sicherheit, CHSS, Ausgabe 1/2020, S. 64–69

HIRZEL, MONIKA/MÖSSINGER, RAINER

Kommentierung zu Art. 4 GlG, in: Facincani/Hirzel et al. (Hrsg.), Gleichstellungsgesetz, Bern, 2022 (zit. HIRZEL/MÖSSINGER, Kommentar GlG, Art. und Rn.)

HOEREN, THOMAS/PINELLI, STEFAN

Künstliche Intelligenz – Ethik und Recht, München, 2022

HÖLSCHIEDT, SVEN

Kommentar zu Art. 20 und 21 GRC, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Nomos Kommentar, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden, 2019 (zit. HÖLSCHIEDT, Nomos Kommentar GRC, Art. und Rn.)

HOLZLEITHNER, ELISABETH

Wurzeln des Verbots der Altersdiskriminierung, in: Eilmansberger/Holoubek et al., Alter und Recht, WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Wien, 2012

HÖPFLINGER, FRANÇOIS/STUCKELBERGER, ASTRID

Demographische Alterung und individuelles Altern, 2. Aufl., Zürich, 2000

HOTZ, SANDRA

Auf dem Weg zur Gleichstellung der Geschlechter?, in: Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ), SJZ 116/2020, S. 3–18

HUMBERT, DENIS G.

Die Alterskündigung, in: AJP 2015, S. 868–884 (zit. HUMBERT, Alterskündigung)

HUMBERT, DENIS G./LERCH, ANDRÉ

Kündigungsschutz, in: Portmann/von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich, 2018, S. 411–480

HURNI, BEATRICE/GRAF, DAMIAN K.

Kommentar zu Art. 17d ArG, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkommentar ArG, Arbeitsgesetz, Basel, 2018 (zit. HURNI/GRAF, Kurzkommentar ArG, Art. und Rn.)

HÜRZELER, MARC

- Berufliche Vorsorge, Basel, 2020 (zit. HÜRZELER, Berufliche Vorsorge)
- Kommentar zu Art. 66 BVG, in: Hürzeler/Stauffer (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, Basel, 2021 (zit. HÜRZELER, BS Kommentar BVG, Art. und Rn.)

JARASS, HANS D.

GRCh, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 4. Aufl., München, 2021 (zit. JARASS, Kommentar zu GRC, Art. und Rn.)

JARASS, HANS D./KMENT, MARTIN

EU-Grundrechte, 2. Aufl., München, 2019

JAUN, MANUEL

Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Rechtsentwicklung, in: Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 143/2007, S. 457–494

JOUSTEN, ALAIN/LEFÈBVRE, M./PERELMAN, S./PESTIEAU, P.

The Effects of Early Retirement on Youth Unemployment: The Case of Belgium, in: International Monetary Fund (Hrsg.), IMF Working Paper, WP/08/30, 2008

JUNGHANSS, CORNELIA

Personenfreizügigkeit, in: Pärli et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, St. Gallen, 2017, Rn. 1130–1294

KÄGI-DIENER, REGULA

Völkerrecht und nationales Recht in der Auslegung am Beispiel der UNO-Frauenrechtskonvention CEDAW, recht 2011, S. 193–203 (zit. KÄGI-DIENER, FDK)

KÄLIN, WALTER/LOCHER, RETO

Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen, Synthesebericht, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) (Hrsg.), Bern, 2015

KALWIJ, ADRIAAN/KAPTEYN, ARIE/DE VOS, KLAAS

Retirement of older workers and employment of the young, in: De Economist, 158 (4), 2010, S. 341–359

KASPER, GABRIEL

People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, Vorschläge zur wirksamen Durchsetzung des Datenschutzrechts, Diss., Zürich, 2021

KAUFMANN, CHRISTINE/GOOD, CHRISTOPH

Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen, in: AJP 2016, S. 647–664

KAUFMANN, MATHIAS

Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen – dargestellt anhand der jüngeren bundesgerichtlichen Praxis, in: Jusletter 16. Oktober 2017

KELLER, HELEN

§ 38, Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich, 2021

KELLER, HELEN/BALAZS-HEGEDÜS, NATALIE

Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?, in: AJP 2016, S. 712–724

KESSLER, MARTIN A.

Kommentar zu Art. 41 OR, in: Widmer/Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel, 2020
(zit. KESSLER, BS Kommentar OR, Art. und Rn.)

KIENER, REGINA

- Grundrechte in der Bundesverfassung, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band II, Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Basel, 2020 (zit. KIENER, Grundrechte)
- Allgemeine Grundrechtslehren, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., St. Gallen, 2021 (zit. KIENER, Allgemeine Grundrechtslehren)

KIENER, REGINA/KÄLIN, WALTER/WYTTENBACH, JUDITH

Grundrechte, 3. Aufl., Bern, 2018

KIESER, UELI

Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich, 2017

KILPATRICK, CLAIRE/EKLUND, HANNA

Kommentar zu Art. 21, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary, 2. Aufl., Oxford, 2021 (zit. KILPATRICK/EKLUND, Kommentar GRC (England), Art. und Rn.)

KING, ALLAN G./MRKONICH, MARKO

«Big Data» and the Risk of Employment Discrimination, Oklahoma Law Review, Volume 68, Number 3, 2016, S. 555–584

KIRSTE, STEPHAN

Rechtsphilosophie, Einführung, 2. Aufl., Baden-Baden, 2020

KLUGE, ANNETTE/KRINGS, FRANCISKA

Attitudes Toward Older Workers and Human Resource Practices, in: Swiss Journal of Psychology, 67 (1), 2008, S. 61–64 (zit. KLUGE/KRINGS, Attitudes Toward Older Workers and Human Resource Practices)

KOCHER, EVA

Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden, 2020

KÖCHLE, CORNELIA

Kommentar zu Art. 21, in: Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, GRC Kommentar, 2. Aufl., Wien, 2019
(zit. KÖCHLE, Kommentar GRC (Wien), Art. und Rn.)

KÖCHLE, CORNELIA/PAVLIDIS, LAURA

Kommentar zu Art. 20, in: Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), GRC Kommentar, 2. Aufl., Wien, 2019
(zit. KÖCHLE/PAVLIDIS, Kommentar GRC (Wien), Art. und Rn.)

KOLLER, ALFRED

OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern, 2017

KOTZUR, MARKUS

Art. 288 AEUV, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV, AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 6. Aufl., München, 2017 (zit. KOTZUR, Kommentar, Art. AEUV und Rn.)

KRAMER, ERNST A.

- Kommentar zu Art. 19–22 OR, in: Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Bern, 1991 (zit. KRAMER, BE Kommentar OR, Art. und Rn.)
- Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern, 2019 (zit. KRAMER, Methodenlehre)

KRAUSE, ANNABELLE/RINNE, ULF/ZIMMERMANN, KLAUS F.

Anonymous job applications in Europe, in: IZA Journal of European Labor Studies, 2012, 1:5, S. 1–20 (zit. KRAUSE/RINNE/ZIMMERMANN, Anonymous job applications in Europe)

KRAUSE, ANNABELLE/RINNE, ULF/ZIMMERMANN, KLAUS F./BÖSCHEN, INES/ALT, RAMONA

Pilotprojekt «Anonymisierte Bewerbungsverfahren», Abschlussbericht, Ergebnisse der Evaluierung durch die Kooperationsstelle Wissenschaft und Arbeitswelt an der Europa-Universität Viadrina (KOWA) sowie das Institut zur Zukunft der Arbeit (IZA), in: IZA Research Report No. 44, Berlin, 2012 (zit. KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt)

KREKULA, CLARY/NIKANDER, PIRJO/WILIŃSKA, MONIKA

Multiple Marginalizations Based on Age: Gendered Ageism and Beyond, in: Ayalon/Tesch-Römer (Hrsg.), Contemporary Perspectives on Ageism, Open Access (<https://doi.org/10.1007/978-3-319-73820-8>), 2018, S. 33–50

KRINGS, FRANCISKA/KLUGE, ANNETTE

Altersvorurteile, in: Petersen/Six (Hrsg.), Stereotype, Vorurteile und soziale Diskriminierung, 1. Aufl., Basel, 2008, S. 131–139

KÜHNERT, SABINE/IGNATZI, HELENE

Soziale Gerontologie, Grundlagen und Anwendungsfelder, Stuttgart, 2019

KULAK, MACIEJ

Does the *Feryn-Accept-NH* Doctrine enhance a Common Level of Protection against Discrimination in the EU? A reflection on the Procedural Aspects of the CJEU's Concept of Discriminatory Speech, European Law Review 2021, Band 46, S. 551–563

KULL, VIVIANE

Die Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung, Wirkung von Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot in den Beziehungen unter Privaten, Diss., Zürich, 2017

KUNZE, FLORIAN/BOEHM, STEPHAN/BRUCH, HEIKE

Organizational Performance Consequences of Age Diversity: Inspecting the Role of Diversity-Friendly HR Policies and Top Managers' Negative Age Stereotypes, in: Journal of Management Studies, Ausgabe 50:3, Mai 2013, S. 413–442

KÜNZLI, JÖRG/KÄLIN, WALTER

Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinervi/Nowak (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel, 1997, S. 105–154

LALIVE, RAFAEL/MAGESAN, ARVIND/STAUBLI, STEFAN

Raising the Full Retirement Age: Defaults vs Incentives, in: National Bureau of Economic Research, Working Papers, Nr. 17 – 12, Massachusetts, 2017

LANG, PETER

Schrittweise Pensionierung, Regulierung der Rahmenbedingungen für die 2. Säule durch die Vorlage «AHV 21», in: StR, Band 77, 9/2022, S. 630–642

LARDELLI, FLAVIO/VETTER, MEINRAD

Kommentar zu Art. 8, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel, 2022 (zit. LARDELLI/VETTER, BS Kommentar ZGB, Art. und Rn.)

LATRAVERSE, SOPHIE

Kommentar zu Art. 12 Richtlinie 2000/78/EG, in: Dubout (Hrsg.), Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Commentaire article par article, Belgien, 2020 (zit. LATRAVERSE, Commentaire Directive 2000/78, Art. und Rn.)

LEHMANN, PETER/HONSELL, HEINRICH

Kommentar zu Art. 2, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel, 2022 (zit. LEHMANN/HONSELL, BS Kommentar ZGB, Art. und Rn.)

LEMPEN, KARIN/VOLODER, ANER

Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (2004–2019), Forschungsbericht, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG (Hrsg.), Bern, 2021

LENZEN, MANUELA

Künstliche Intelligenz, Was sie kann & was uns erwartet, München, 2018

LEV, SAGIT/WURM, SUSANNE/AYALON, LIAT

Chapter 4, Origins of Ageism at the Individual Level, in: Ayalon/Tesch-Römer (Hrsg.), Contemporary Perspectives on Ageism, Open Access (<https://doi.org/10.1007/978-3-319-73820-8>), 2018, S. 51–72

LHERNOULD, JEAN-PHILIPPE

Kommentar zu Art. 11 Richtlinie 2000/78/EG, in: Dubout (Hrsg.), Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Commentaire article par article, Belgien, 2020 (zit. LHERNOULD, Commentaire Directive 2000/78, Art. und Rn.)

LIECHTI, DAVID/MORLOK, MICHAEL/SIEGENTHALER, MICHAEL

Situation, Entwicklung und Auswirkungen der Langzeitarbeitslosigkeit, Studie im Auftrag der Aufsichtskommission für den Ausgleichsfonds der Arbeitslosenversicherung, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, 2020

LOBINGER, THOMAS

Fehlende Diskriminierungsopfer, klagende Verbände und fragwürdige Kundenerwartungen, Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10.7.2008 – Rechtssache Feryn, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, 2009, Heft 3, S. 365–384

LOCHER, THOMAS/GÄCHTER, THOMAS

Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern, 2014

LOCK, TOBIAS

Kommentar zu Art. 1 GRC, in: Kellerbauer/Klamert/Tomkin (Hrsg.), The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights, A Commentary, Oxford, 2019 (zit. LOCK, Commentary EU Treaties, Art. GRC und Rn.)

LORENZMEIER, STEFAN

Kommentierung zu Art. 19 AEUV, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, EUV, AEUV, GRCh, EAGV, 2. Aufl., Baden-Baden, 2018 (zit. LORENZMEIER, Kommentar zu Art. 19 AEUV, Rn.)

LÖSSBROEK, JELLE/RADL, JONAS

Teaching older workers new tricks: workplace practices and gender training differences in nine European countries, in: Ageing & Society, 39, Cambridge University Press, S. 2170–2193

MACHE, S./HARTH, V.

Kognitive Leistungsfähigkeit von älteren Beschäftigten erhalten und fördern, in: Zentralblatt für Arbeitsmedizin, Arbeitsschutz und Ergonomie, 5, 2017, S. 286–290

MAHLMANN, MATTHIAS

- Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, in: AJP 2013, S. 1307–1320 (zit. MAHLMANN, Die Garantie der Menschenwürde)
- Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. Aufl., Basel, 2023 (zit. MAHLMANN, Rechtsphilosophie)

MAKKONEN, TIMO

Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the experiences of the most marginalized to the fore, Institute For Human Rights, Åbo Akademi University, 2002

MALORNY, FRIEDERIKE

Datenschutz als Grenze KI-basierter Auswahlentscheidungen im Arbeitsrecht, in: Recht der Arbeit (RdA), Heft 3, 2022, S. 170–178

MARTIN, DENIS

- Kommentar zu Art. 21 GRC, in: Kellerbauer/Klamert/Tomkin (Hrsg.), The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights, A Commentary, Oxford, 2019 (zit. MARTIN, Commentary EU Treaties, Art. GRC und Rn.)

MAURER-LAMBROU, URS/KUNZ, SIMON

Kommentar zu Art. 1 DSGVO, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz – Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel, 2014 (zit. MAURER-LAMBROU/KUNZ, BS Kommentar DSGVO, Art. und Rn.)

MESTRE, BRUNO

The Rulings Collin Wolf and Domnica Petersen – Reflections on the Justifications of Age Discrimination, in: *European Law Reporter (ELR)*, 3/2010, S. 88–93

MEYER-LADEWIG, JENS/LEHNER, ROMAN

Kommentar zu Art. 14, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer (Hrsg.), *EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. MEYER-LADEWIG/LEHNER, *Handkommentar EMRK, Art. und Rn.*)

MEYER-LADEWIG, JENS/NETTESHEIM, MARTIN

Kommentar zu Art. 8, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), *EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017 (zit. MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, *Handkommentar EMRK, Art. und Rn.*)

MIASIK, DAWID/SZWARC, MONIKA

Primacy and direct effect – still together: Popławski II, in: *Common Market Law Review* 58, Issue 2, England, 2021, S. 571–590

MICHAELS, RALF

The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. Aufl., Oxford, 2019, S. 345–389

MIDDENDORF, PATRICK/GROB, BEATRICE

Kommentar zu Art. 2 ZGB, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, Art. 1–456 ZGB*, 3. Aufl., Zürich, 2016 (zit. MIDDENDORF/GROB, *Handkommentar ZGB, Art. und Rn.*)

MILANI, DOMINIK

Kommentar zu Art. 336 OR, in: Kostkiewicz/Wolf et al. (Hrsg.), *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., 2016 (zit. MILANI, *OR Kommentar, Art. und Rn.*)

MINÉ, MICHEL

Kommentar zu Art. 13 Richtlinie 2000/78/EG, in: Dubout (Hrsg.), *Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Commentaire article par article, Belgique*, 2020 (zit. MINÉ, *Commentaire Directive 2000/78, Art. und Rn.*)

MOHR, JOCHEN

Kommentar zu Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, München, 2022 (zit. MOHR, *Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. und Rn.*)

MÜHLENBROCK, INGA

Alters- und altersgerechte Arbeitsgestaltung, Grundlagen und Handlungsfelder für die Praxis, in: Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) (Hrsg.), *baa: Praxis*, 2. Aufl., Dortmund, 2017

MUIR, ELISE

Fine-tuning non-discrimination law: Exceptions and justifications allowing for differential treatment on the ground of age in EU law, in: *International Journal of Discrimination and the Law*, Heft 15 (1–2), Niederlande, 2015, S. 38–61 (zit. MUIR, Fine-tuning non-discrimination law)

MULDER, JULE

- Indirect sex discrimination in employment, Theoretical analysis and reflections on the CJEU case law and national application of the concept of indirect sex discrimination, *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination*, Luxemburg, 2021 (zit. MULDER, Indirect sex discrimination in employment)
- Religious neutrality policies at the workplace: Tangling the concept of direct and indirect religious discrimination. Wabe and Müller, in: *Common Market Law Review* 59, England, 2022, S. 1501–1522 (zit. MULDER, Religious neutrality policies at the workplace)

MÜLLER, ANGELA

Der Artificial Intelligence Act der EU: Ein risikobasierter Ansatz zur Regulierung von Künstlicher Intelligenz, in: *EuZ*, 01/2022, S. A1–A25 (zit. ANGELA MÜLLER, *EuZ*)

MÜLLER, JÖRG PAUL

Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, *Der Freiheit Chancen geben*, in: Müller/Tschannen (Hrsg.), *Kleine Schriften zum Recht*, Bern, 2018 (zit. J.P. MÜLLER, *Verwirklichung Grundrechte*)

MÜLLER, ROLAND A./MADUZ, CHRISTIAN

ArG Kommentar, 8. Aufl., Zürich, 2017 (zit. MÜLLER/MADUZ, *Orell Füssli Kommentar ArG, Art. und Rn.*)

MÜLLER, ROLAND/PÄRLI, KURT/CARONI, ANDREA

Kündigung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse in öffentlichen Unternehmen, in: *AJP* 2020, S. 875–886

MÜLLER, ROLAND/THALMANN, PHILIPP

Streitpunkt Arbeitszeugnis, 2. Aufl., Basel, 2016

NAEGELE, LAURA/DE TRAVENIER, WOUTER/HESS, MORITZ

Chapter 5: Work Environment and the Origin of Ageism, in: Ayalon/Tesch-Römer (Hrsg.), *Contemporary Perspectives on Ageism*, Open Access (<https://doi.org/10.1007/978-3-319-73820-8>), 2018, S. 73–90

NAGUIB, TAREK

- Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, *Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ)*, SJZ 106 (2010), Nr. 10, S. 233–243 (zit. NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung)
- Mehrdimensionalität im schweizerischen Antidiskriminierungsrecht: Eine Leerstelle, in: Apostolovski/Meier et al. (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung: soziale Realitäten und Rechtspraxis*, Baden-Baden, 2014, S. 231–260 (zit. NAGUIB, Mehrdimensionalität)

- Begrifflichkeiten zum Thema Rassismus im nationalen und im internationalen Verständnis, Eine Auslegeordnung unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts, Expertise im Auftrag der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB (Hrsg.), Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Bern 2014 (zit. NAGUIB, Begrifflichkeiten)
- Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Richtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive, in: AJP 2008, S. 1240–1254 (zit. NAGUIB, Einstellungspraxis)
- Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, in: AJP 2009, S. 993–1017 (zit. NAGUIB, Diskriminierende Verweigerung Vertragsabschluss)

NAGUIB, TAREK/PÄRLI, KURT

- Diskriminierungsschutzrecht: Errungenschaften und Kritik, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Basel, 2014, Rn. 1241–1329 (zit. NAGUIB/PÄRLI, Errungenschaften und Kritik)
- Diskriminierungsschutzrecht: Was wir damit meinen, in: Naguib/Pärli/Copur/Studer (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Basel, 2014, Rn. 7–112 (zit. NAGUIB/PÄRLI, Was wir damit meinen)

NG, THOMAS W. H./FELDMAN, DANIEL C.

The Relationship of Age to Ten Dimensions of Job Performance, in: Journal of Applied Psychology, Vol. 93, No. 2, 2008, S. 392–423

NÖTZLI, HARRY F.

- Kommentar zu Art. 6 ArG, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkomentar ArG, Arbeitsgesetz, Basel, 2018 (zit. NÖTZLI, Kurzkomentar ArG, Art. und Rn.)
- Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht, in: Müller/Pärli/Wildhaber (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, St. Gallen, 2017, S. 307–322 (zit. NÖTZLI, Anwendbarkeit OR)

NUMHAUSER-HENNING, ANN

Kommentar zu Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG, in : Dubout (Hrsg.), Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Commentaire article par article, Belgien, 2020 (zit. NUMHAUSER-HENNING, Commentaire Directive 2000/78, Art. und Rn.)

O'CONNOR, COLM

Constitutional and Fundamental Rights Aspects of Age Discrimination, in: Numhauser-Henning/Rönmar (Hrsg.), Age Discrimination and Labour Law, Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond, Niederlande, 2015, S. 51–70

OESCH, DANIEL

Discrimination in the hiring of older jobseekers: Combining a survey experiment with a natural experiment in Switzerland, in: *Research in Social Stratification and Mobility*, Volume 65, February 2020, 100441, Lausanne, 2020 (zit. OESCH, Discrimination in the hiring of older jobseekers)

OESCH, MATTHIAS

Europarecht, Band I, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz–EU, 2. Aufl., Bern, 2019

PÄRLI, KURT

- Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, Rechtslage nach EU-Recht und schweizerischem Arbeitsrecht, in: *Dagron/Dupont/Lempen (Hrsg.), Seniors et droit social*, Zürich, 2023, S. 75–120 (zit. PÄRLI, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben)
- EGMR-Entscheid B. gegen die Schweiz, Fall-Nr. 78630/12 vom 20.10.2020, in: *SZS*, 2021, S. 21–29 (zit. PÄRLI, EGMR Entscheid B. gegen Schweiz)
- Datenschutz, in: *Portmann/von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Zürich, 2018, S. 685–724 (zit. PÄRLI, Datenschutz)
- Kündigungsschutz – ein Menschenrecht?, in: *AJP* 2018, S. 1533–1543 (zit. PÄRLI, Kündigungsschutz)
- Altersdiskriminierung – von der Anstellung bis zur Kündigung, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV* 2018, S. 1–12 (zit. PÄRLI, Altersdiskriminierung)
- Einwirkungen des EU- und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: *PärlI et al. (Hrsg.), Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, St. Gallen, 2017, S. 431–478 (zit. PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts)
- Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung, in: *Scherr et al. (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung*, Wiesbaden, 2017, S. 101–115 (zit. PÄRLI, Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung)
- Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, *Habil.*, in: *Hausheer (Hrsg.), Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, Bern, 2009 (zit. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung)
- Besprechung von Tribunal de Prud’Hommes l’arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN050401/U1 vom 13. Januar 2006, Anstellungsdiskriminierungen, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung, ARV* 2006, S. 23–26 (zit. PÄRLI, Urteilsbesprechung)

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/OBERHAUSSER, CAMILL

Diskriminierungsfreie Messung der Lohngleichheit, Diskriminierungspotenzial einzelner Erklärungsfaktoren zur Messung der Lohngleichheit zwischen Frau und Mann auf gesamtwirtschaftlicher Ebene, in: Jusletter 25. November 2019

PÄRLI, KURT/STUDER, MELANIE

Arbeit und Existenzsicherung, in: Naguib/Pärli et al. (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurst_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern, 2014, S. 121–161

PÄRLI, KURT/VECCHI, LUCA/OBERHAUSSER, CAMILL

Ungleiche Prämien aufgrund von Nationalität, Alter und Geschlecht in der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung – ein Diskriminierungsproblem?, in: Haftung und Versicherung, HAVE 2019, S. 16–30

PECHSTEIN, MATTHIAS

Kommentar zu Art. 2 EUV, in: Streinz/Michl (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 57, EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München, 2018 (zit. PECHSTEIN, Beck'scher Kurz-Kommentar EUV/AEUV, Art. EUV und Rn.)

PETERS, ANNE/ALTWICKER, TILMANN

Europäische Menschenrechtskonvention, Mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Grundgesetz, München, 2012

PETERS, ANNE/PETRIG, ANNA

Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., in: Furrer/Girsberger et al. (Hrsg.), litera B, Basel, 2020

PEUKERT, WOLFGANG

Kommentar zu Art. 14 EMRK, in: Frowein/Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Strassburg, 1996 (zit. PEUKERT, Kommentar EMRK (Strassburg), Art. und Rn.)

PFAFFINGER, MONIKA

Kommentar zu Art. 2, in: Bächler/Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel, 2018 (zit. PFAFFINGER, Kurzkommentar ZGB, Art. und Rn.)

Kommentar zu Art. 30, in: Baeriswyl/Pärli/Blonski (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), 2. Aufl., Bern, 2023 (PFAFFINGER, Stämpflis Handkommentar zum DSG, Art. und Rn.)

PICKER, EDUARD

Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, in: Juristenzeitung, Heft 11, 2003, S. 540–545

PLÖTSCHER, STEFAN

Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Siegfried Magiera/Detlef Merten (Hrsg.), Schriften zum Europäischen Recht, Band 90, Duncker & Humblot, Berlin 2003

PLÜSS, CHRISTOPH/WICKSTRÖM, ANNA-LAURA

Generationen am Arbeitsplatz und in der Pensionskasse, in: EXPERTsuisse, Expert Focus, EF 8/20, S. 483–486

POLLOCZEK, TOBIAS

Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts, Diss., in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), IUS EUROPAEUM, Band 42, 1. Aufl., Baden-Baden, 2008

PORTMANN, WOLFGANG

Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis – Konkretisierung nach Tatbeständen, Zurechnungsgründen und Rechtsgrundlagen, in: Wiegand/Koller/Walter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern, 2009, S. 581–609

PORTMANN, WOLFGANG/RUDOLPH, ROGER

Kommentar zu Art. 328, 328b, 330a, 336 und 359a, in: Widmer/Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel, 2020 (zit. PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. und Rn.)

PORTMANN, WOLFGANG/WILDHABER, ISABELLE

Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich, 2020

POTACS, MICHAEL

Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle, in: Zeitschrift für öffentliches Recht, 2010, Band 65, S. 117–139

PREIS, ULRICH/REUTER, MARC

§ 6 Verbot der Altersdiskriminierung, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Grundlagen, Richtlinien, Folgen für das deutsche Recht, 2. Aufl., Köln, 2019, S. 305–355

PULVER, BERNHARD

Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts, in: AJP 2005, S. 413–423

RAISER, THOMAS

Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Tübingen, 2013

RAMPINI, CORRADO

Kommentar zu Art. 12 DSGVO, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz – Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel, 2014 (zit. RAMPINI, BS Kommentar DSGVO, Art und Rn.)

RAWLS, JOHN

Eine Theorie der Gerechtigkeit, übersetzt von Hermann Vetter, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft 271, 19. Aufl., Frankfurt am Main, 2014

RECH, ANTJE

Merkmalinterne Diskriminierung und Stichtagsregelung, Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 26.1.2021 – C-16/19 – Rechtssache Szpital Kliniczny, in: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 2021, S. 346–356

REHBERG, WALTER/MOSER, BENJAMIN

Altersdiskriminierung in Europa und in der Schweiz: Die Sicht der Betroffenen, in: Bühlmann/Schmid Botkine (Hrsg.), Sozialbericht 2012: Fokus Generationen, Zürich, S. 156–176

REHBINDER, MANFRED/STÖCKLI, JEAN-FRITZ

- Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bern, 2. Aufl., 2014 (zit. REHBINDER/STÖCKLI, BE Kommentar (der Arbeitsvertrag), Art. und Rn.)
- 1. Abschnitt: Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Band VI, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Bern, 2010 (zit. REHBINDER/STÖCKLI, BE Kommentar (die einzelnen Vertragsverhältnisse), Art. und Rn.)

REID, KAREN

A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 6. Aufl., London, 2019

REINDL, CORNELIA/KRÜGL, STEFANIE

People Analytics in der Praxis, Mit Datenanalyse zu besseren Entscheidungen im Personalmanagement, München, 2017

REUSSER, RUTH E./LÜSCHER, KURT

Kommentar zu Art. 11 BV, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 81–197, 3. Aufl., St. Gallen, 2014 (zit. REUSSER/LÜSCHER, SG Kommentar BV, Art. und Rn.)

REYNOLDS, LINDSEY/EL MORABET, IMANE ET AL.

Compendium Article 14 Cases from the European Court of Human Rights, 1st March 2017 to 28th Feb 2019 (2 Years/37 Cases), Equinet, European Network of Equality Bodies (Hrsg.), Equality Law Working Group August 2020, Belgien, 2020

RHINOW, RENÉ/SCHEFER, MARKUS/UEBERSAX, PETER

Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel, 2016

RIESENHUBER, KARL

Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Berlin, 2021

RIPSTEIN, ARTHUR

Liberty and Equality, in: Ripstein (Hrsg.), Ronald Dworkin, Contemporary Philosophy in Focus, Cambridge, 2007, S. 82–108

ROBIN-OLIVIER, SOPHIE

Kommentar zu Art. 2 und 4 Richtlinie 2000/78/EG, in: Dubout (Hrsg.), Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, Commentaire article par article, Belgien, 2020 (zit. ROBIN-OLIVIER, Commentaire Directive 2000/78, Art. und Rn.)

ROHRER, CORINNE

Unbezahlter Urlaub bei privaten und öffentlichen Unternehmen, in: Müller/Geiser/Pärli (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Band 37, Zürich, 2021

RUDOLPH, ROGER

Schutz vor Alterskündigung: Bestandesaufnahme und einige kritische Gedanken, in: Müller/Rudolph et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zürich, 2020, S. 637–648

RUSCH, ARNOLD F.

Methoden und Ziele der Rechtsvergleichung, in: Jusletter 13. Februar 2006

RÜTHERS, BERND/FISCHER, CHRISTIAN/BIRK, AXEL

Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Aufl., München, 2022

RÜTSCHKE, BERNHARD

Die Rechtsgleichheit in Bewegung: Dogmatische Fortbildung von Art. 8 Abs. 1 BV, in: AJP 2013, S. 1321–1331 (zit. RÜTSCHKE, Rechtsgleichheit)

SAGAN, ADAM

Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf / Altersdiskriminierung, in: Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), 11 + 12/09, S. 498–508

SAMUEL, GEOFFREY

An Introduction to Comparative Law Theory and Method, Oxford, 2014

SAUER, HEIKO

Kommentar zu Art. 14, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. Aufl., München, 2022 (zit. SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. und Rn.)

SAUL, BEN/KINLEY, DAVID/MOWBRAY, JACQUELINE

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014

SCHABAS, WILLIAM A.

The European Convention on Human Rights, A Commentary, Oxford, 2015

SCHALTEGGER, CHRISTOPH A./LEISIBACH, PATRICK/SCHMID, LUKAS A.

Arbeitsanreize in der sozialen Sicherheit, in: SECO (Hrsg.), Arbeitsmarktpolitik No. 50 (3.2018), Luzern, 2018

SCHERR, ALBERT

Diskriminierung, Wie Unterschiede und Benachteiligungen gesellschaftlich hergestellt werden, 2. Aufl., Wiesbaden, 2016

SCHIEK, DAGMAR

– Age Discrimination Before the ECJ – Conceptual and Theoretical Issues, in: Common Market Law Review, Volume 48, Issue 3, 2011, 2011, S. 777–799 (zit. SCHIEK, Age Discrimination Before the ECJ)

- Proportionality in Age Discrimination Cases: Towards a Model Suitable for Socially Embedded Rights, in: Numhauser-Henning/Rönningmar (Hrsg.), *Age Discrimination and Labour Law, Comparative Perspectives in the EU and Beyond*, Niederlande, 2015, S. 71–92 (zit. SCHIEK, Proportionality)
- Chapter Three, Indirect Discrimination, in: Schiek/Waddington/Bell (Hrsg.), *Non-Discrimination Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, 2007, S. 323–475 (zit. SCHIEK, Indirect Discrimination)

SCHIEK, DAGMAR/MULDER, JULE

Intersektionelle Diskriminierung und EU-Recht – Eine kritische Reflexion, in: Philipp/Meier et al. (Hrsg.), *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, Soziale Realitäten und Rechtspraxis*, Europäisches Trainings- und Forschungszentrum für Menschenrechte und Demokratie, Baden-Baden, 2014, S. 43–72

SCHIEK, DAGMAR/WADDINGTON, LISA/BELL, MARK

Introductory Chapter: A Comparative Perspective on Non-Discrimination Law, in: Schiek/Waddington/Bell (Hrsg.), *Non-Discrimination Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, 2007, S. 1–32

SCHILLING, THEODOR

Internationaler Menschenrechtsschutz, Das Recht der EMRK und des IPbPR, 4. Aufl., Tübingen, 2022

SCHMID, EVELYNE

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, 4. Mai 2010, X. c. Z., Rekurs; BGE 136 I 290–295, in: AJP 2011, S. 983–984

SCHÖBENER, BURKHARD

Völkerrecht und nationales Recht (allg. und Bundesrepublik Deutschland), in: Schöbener (Hrsg.), *Völkerrecht, Lexikon zentraler Begriffe und Themen*, München, 2014, S. 515–522

SCHOLZ, MATHIAS W.

Das Verbot der Altersdiskriminierung bei der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen, Diss., Stuttgart, 2006

SCHRATTBAUER, BIRGIT

Sozialpolitik: Altersdiskriminierung/Abfindungszahlung, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR)*, 5./6.16, S. 222–230

SCHUBERT, CLAUDIA/AHRENDTS, MIRKO

Arbeitsrecht: Berufliche Anforderungen/Altersdiskriminierung, in: *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR)*, 09.17, S. 385–392

SCHÜTZE, ROBERT

European Union Law, 3. Aufl., Oxford, 2021

SCHWAAB, CHRISTOPHE

Quand les algorithmes embauchent et licencient, in: *Festschrift für Wolfgang Portmann*, 2020, S. 677–698

SCHWAIBOLD, MATTHIAS

Kommentar zu Art. 336 OR, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel, 2014 (zit. SCHWAIBOLD, Kurzkomentar OR, Art. und Rn.)

SCHWANDER, IVO

Kommentar zu Art. 2, in: Kostkiewicz/Wolf et al. (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich, 2021 (zit. SCHWANDER, ZGB Kommentar, Art. und Rn.)

SCHWEIZER, RAINER J.

Kommentar zu Art. 8 und Art. 35, in: Ehrenzeller/Schindler et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., St. Gallen, 2014 (zit. SCHWEIZER, SG Kommentar BV, Art. und Rn.)

SCHWENZER, INGEBORG/FOUNTOULAKIS, CHRISTIANA

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern, 2020

SCHWESTERMANN, MARK-ANTHONY/TOBLER, CHRISTA

Altersdiskriminierung bei medizinischer Ressourcenknappheit?, in: Jusletter 14. April 2020

SEELMANN, KURT/DEMKO, DANIELA

Rechtsphilosophie, 7. Aufl., München, 2019

SEMI, MELDA/STAUFFACHER, VIVIANE

Entscheidbesprechung zum Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Januar 2021 (VB.2020.00470), in: AJP 2021, S. 819–823

SHAW, JULIA J.A./SHAW, HILLARY J.

Recent Advancements in European Employment Law: Towards a Transformative Legal Formula for Preventing Workplace Ageism, in: The International Journal of Comparative Law and Industrial Relations 26, Nr. 3, Niederlande, S. 273–294 (zit. JULIA J. A. SHAW/HILLARY J. SHAW, Recent Advancements in EU Employment Law)

SHELDON, GEORGE/CUENI, DOMINIQUE

Die Auswirkungen der Altersgutschriften des BVG auf die Beschäftigungschancen älterer Arbeitnehmer, WWZ Forschungsbericht 2011/06 (B-103), Juni 2011

SIEMS, MATHIAS

Comparative Law, Cambridge, 2014

SOMMERMANN, KARL-PETER

§ 3 Die gemeinsamen Werte der Union und der Mitgliedstaaten, in: Niedobitek (Hrsg.), Europarecht, Grundlagen und Politiken der Union, 2. Aufl., Berlin, 2020

SPRENGER, MARKUS

Das arbeitsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG, Diss., in: Konstanzer Schriften zur Rechtswissenschaft, Band 229, Konstanz, 2006

SENYONJO, MANISULI

Economic, Social and Cultural Rights in International Law, 2. Aufl., Oxford, 2016

STAUFFER, HANS-ULRICH

- Kommentar zu Art. 13 und 16, in: Hürzeler/Stauffer (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, Basel, 2021 (zit. STAUFFER, BS Kommentar BVG, Art. und Rn.)
- Berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Zürich, 2019 (zit. STAUFFER, Berufliche Vorsorge)

STEHLE, BERNHARD/REICHLER, SEBASTIAN

Kommentierung zu Art. 49, in: Gauch/Stöckli (Hrsg.), Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2020), 10. Aufl., Basel, 2021 (zit. STEHLE/REICHLER, Präjudizienbuch OR, Art. und Rn.)

STEIGER-SACKMANN, SABINE

- Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention, Diss., Zürich, 2013 (zit. STEIGER-SACKMANN, Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz)
- Kommentar zu Art. 6, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Aufl., Basel, 2022 (zit. STEIGER-SACKMANN, Kommentar GIG, Art. und Rn.)

STEINER, CARMEN

Kommentar zu Art. 33a, in Hürzeler/Stauffer (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, Basel, 2021 (zit. STEINER, BS Kommentar BVG, Art. und Rn.)

STIEGER, PETER

Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Diss., Bern, 2009

STREIFF, ULLIN/VON KAENEL, ADRIAN/RUDOLPH, ROGER

Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich, 2012 (zit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. und Rn.)

STREINZ, RUDOLF

Kommentar zu Art. 18 AEUV, in: Streinz/Michl (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 57, EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München, 2018 (zit. STREINZ, Beck'scher Kurz-Kommentar EUV/AEUV, Art. AEUV und Rn.)

STREINZ, RUDOLF/MICHL, WALTHER

Kommentar zu Art. 6 EUV, in: Streinz/Michl (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 57, EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München, 2018 (zit. STREINZ/MICHL, Beck'scher Kurz-Kommentar EUV/AEUV, Art. EUV und Rn.)

STYPINSKA, JUSTYNA

AI ageism: a critical roadmap for studying age discrimination and exclusion in digitalized societies, in: AI & Society, Open Access (<https://doi.org/10.1007/s00146-022-01553-5>), Springer, 2022

SUTER-SIEBER, IRÈNE/STUTZ, CHRISTOPH/WIRZ, CHIARA

Datenschutzweckwidrige Auskunftsbeglehen im Arbeitsverhältnis, in: AJP 2021, S. 593–605

TAUPITZ, JOCHEN

Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, in: MedR (2020) 38, Springer Nature, S. 440–450

TEMMING, FELIPE

Der Fall Palacios: Kehrtwende im Recht der Altersdiskriminierung?, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZAR), 2007, Heft 21, S. 1193–1200

TOBLER, CHRISTA

- Indirect discrimination under Directives 2000/43 and 2000/78, in: European Commission (Hrsg.), European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Brüssel, 2022 (zit. TOBLER, Indirect Discrimination under Directives 2000/43 and 2000/78)
- Kommentar zu Art. 10 Richtlinie 2000/78/EG, in: Dubout (Hrsg.), Directive 2000/78 portant création d’un cadre général en faveur de l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail, Commentaire article par article, Belgien, 2020 (zit. TOBLER, Commentaire Directive 2000/78, Art. und Rn.)
- Indirect Discrimination, a Case Study into the Development of the legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, Oxford, 2005 (zit. TOBLER, Indirect Discrimination)
- EU Age Discrimination Law and Older and Younger Workers: Court of Justice of European Union Case Law Development, in: Numhauser-Henning/Rönningmar (Hrsg.), Age Discrimination and Labour Law, Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond, Niederlande, 2015, S. 93–113 (zit. TOBLER, Case Law Development)
- The Prohibition of Discrimination in the Union’s Layered System of Equality Law: From Early Staff Cases to the *Mangold* Approach, in: The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, The Hague, 2013, S. 443–469 (zit. TOBLER, Layered System)

TRACHSLER, HERBERT

Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot – Funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 28 ZGB, Diss., Zürich, 1991

TRAGESER, JUDITH/HAMMER, STEFAN/FLIEDNER, JULIANE

Altersrücktritt im Kontext der demografischen Entwicklung, Schlussbericht vom 21. September 2012, INFRAS, in: Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Beiträge zur sozialen Sicherheit, Forschungsbericht Nr. 11/12, 2012

TSCHANNEN, PIERRE

Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern, 2021

TSCHENTSCHER, AXEL/LIENHARD, ANDREAS/SPRECHER, FRANZISKA

Öffentliches Recht, 2. Aufl., St. Gallen, 2019

TSCHUMI, TOBIAS/SCHINDLER, BENJAMIN

Kommentar zu Art. 5, in: Ehrenzeller/Schindler et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1–80, 3. Aufl., St. Gallen, 2014 (zit. TSCHUMI/SCHINDLER, SG Kommentar BV, Art. und Rn.)

UEBERSCHLAG, JAKOB

Kommentar zu Art. 8 und 10, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Aufl., Basel, 2022 (zit. UEBERSCHLAG, Kommentar GlG, Art. und Rn.)

UFFER, MATTHIAS

Die Grundrechtskollision, Ein Beitrag zu einer folgenethischen Grundrechtsdogmatik, Diss., in: Auer et al. (Hrsg.), Fundamenta Juridica, Band 74, Baden-Baden, 2021

UHLMANN, FELIX

Kommentar zu Art. 27 und 94, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel, 2015 (zit. UHLMANN, BS Kommentar BV, Art. und Rn.)

VALLENDER, KLAUS A.

Kommentar zu Art. 27, in: Ehrenzeller/Schindler et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1–80, 3. Aufl., St. Gallen, 2014 (zit. VALLENDER, SG Kommentar BV, Art. und Rn.)

VILLIGER, MARK E.

Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. Aufl., Basel, 2020

VÖGELI GALLI, NICOLE

Kommentar zu Art. 7, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Aufl., Basel, 2022 (zit. VÖGELI GALLI, Kommentar GlG, Art. und Rn.)

VOSS, PEGGY/BODNER, EHUD/ROTHERMUND, KLAUS

Ageism: The Relationship between Age Stereotypes and Age Discrimination, in: Ayalon/Tesch-Römer (Hrsg.), Contemporary Perspectives on Ageism, Open Access (<https://doi.org/10.1007/978-3-319-73820-8>), 2018, S. 11–32

WAAS, BERND

Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, in: HSI-Schriftenreihe, Band 46, Frankfurt am Main, 2023

WALDMANN, BERNHARD

- Kommentar zu Art. 8 und 35, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel, 2015 (zit. WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. und Rn.)
- Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote einerseits und der Rechtslage in den USA, in Deutschland, Frankreich sowie im europäischen Gemeinschaftsrecht andererseits, Bern, 2003 (zit. WALDMANN, Gleichheitssatz)

WALKER, TOM

Why Economists Dislike Lump of Labor, in: Review of Social Economy, Vol. LXV, No. 3, September 2007, Routledge, S. 279–291

WASMUTH-AVYÜZEN, DERYA

Die Mitarbeiterbeurteilung aus rechtlicher Sicht (Dissertation), in: Müller/Geiser/Pärli (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, RiU, Band 52, Zürich, 2022

WEBER, ROLF H.

Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Grundrechte, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW 2020, S. 18–26

WETZSTEIN, SIMONE/WOLFENBERGER, SIMONE

Kommentar zu Art. 10, in: Facincani/Hirzel et al. (Hrsg.), Gleichstellungsgesetz, Bern, 2022 (zit. WETZSTEIN/WOLFENBERGER, Stämpfli Handkommentar GlG, Art. und Rn.)

WIDMER LÜCHINGER, CORINNE/WIEGAND, WOLFGANG

Kommentar zu Art. 101, in: Widmer/Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel, 2020 (zit. WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, BS Kommentar OR, Art. und Rn.)

WIEGAND, WOLFGANG

Kommentar zu Art. 97 OR sowie Einl. zu Art. 97–109, in: Widmer/Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel, 2020 (zit. WIEGAND, BS Kommentar OR, Art. und Rn. bzw. Einl. zu Art. 97–109 und Rn.)

WILDHABER, ISABELLE/KASPER, GABRIEL

Quantifizierte Arbeitnehmer: Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz, in: Müller/Rudolph et al. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Basel, 2020, S. 755–771 (zit. WILDHABER/KASPER, Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz)

WILDHABER, ISABELLE/LOHMANN, MELINDA F./KASPER, GABRIEL

Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Band I 38 (2019) I, Heft 5, S. 459–489

WILD-WALL, N./GAJEWSKI, P./FALKENSTEIN, M.

Kognitive Leistungsfähigkeit älterer Arbeitnehmer, in: Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie, 4, 2009, S. 299–304

WINTER, JAN A.

Direct Applicability and Direct Effect Two Distinct and Different Concepts in Community Law, in: Common Market Law Review, Volume 9, Issue 4, 1972, S. 425–438

WIRZ, ANIELA/BAUER, THOMAS/PORTENIER, ALICIA

50plus Chancen und Risiken auf dem Zürcher Arbeitsmarkt, Volkswirtschaftsdirektion Kanton Zürich, Zürich, 2016

WOOD, GEOFFREY E.

Fifty Economic Fallacies Exposed, Institute of Economic Affairs (Hrsg.), London, 2002

WÜGER, DANIEL

Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Diss., in: Hausheer (Hrsg.), *Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, Heft 697, Bern, 2005

WYLER, RÉMY/HEINZER, BORIS

Droit du travail, 4. Aufl., 2019, Bern

XENIDIS, RAPHAËLE

- Transforming EU Equality Law? On Disruptive Narratives and False Dichotomies, *Yearbook of European Law*, Volume 38, 2019, S. 2–57 (zit. XENIDIS, Transforming EU Equality Law?, S. e)
- Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law, Towards Redressing Complex Inequality?, in: Belavusau/Henrard (Hrsg.), *EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*, Oxford, 2019 (zit. XENIDIS, Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law)

ZINSMEISTER, JULIA

Additive oder intersektionale Diskriminierung? Behinderung, «Rasse» und Geschlecht im Antidiskriminierungsrecht, in: Wasing/Westphal (Hrsg.), *Behinderung und Migration*, Wiesbaden, 2014, S. 265–283

ZUMBÜHL, PASCAL/CARNAZZI WEBER, SARA

Personalentwicklung in Zeiten des Fachkräftemangels, *Credit Suisse AG, Investment Solutions & Products* (Hrsg.), *Schweizer KMU-Wirtschaft 2022*, abrufbar unter: <https://www.credit-suisse.com/ch/de/firmenkunden/unternehmer/produkte/escher/der-fachkraftemangel-ist-realität.html> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)

ZÜND, ANDREAS

Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *AJP* 2013, S. 1349–1357

ZWEIGERT, KONRAD/KÖTZ, HEIN

Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen, 1996

Zeitungsbeiträge und Beiträge anderer Institutionen

SENDUNG RUNDSCHAU SRF

27. Mai 2020

Diskriminierte SeniorInnen, Sport-Hilfspakete, Gift im Trinkwasser, abrufbar unter: <https://www.srf.ch/play/tv/rundschau/video/diskriminierte-seniorinnen-sport-hilfspaket-gift-im-trinkwasser?id=314a0d2f-ec5f-412a-a6ef-885aa22a2157&startTime=751> (zuletzt besucht am 23. Januar 2023)
(zit. Rundschau vom 27. Mai 2020)

ZÜRICHSEE-ZEITUNG

6. Mai 2020 Auszugsweise wiedergegebener Brief von MICHEL HOUELLEBECQ
(zit. Zürichsee-Zeitung vom 6. Mai 2020)

TAGES ANZEIGER

7. April 2020 Wacht auf, liebe Senioren!
(zit. Tages Anzeiger vom 7. April 2020 (ex Internet))

VEREIN SCHWEIZERISCHER SENIOREN RAT

20. April 2020 Offener Brief des SSR an Bundesrat Alain Berset vom 20. April 2020, abrufbar unter: <https://ssr-csa.ch/offener-brief-des-ssr-an-bundesrat-alain-berset-vom-20-april-2020/> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)
(zit. Verein Schweizerischer Seniorenrat, 20. April 2020)

29. April 2020 Blogbeitrag: Die Alten sind kein Risiko, sondern gefährdet!, abrufbar unter: <https://ssr-csa.ch/die-alten-sind-kein-risiko-sondern-gefahrdet/> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)
(zit. Verein Schweizerischer Seniorenrat, 29. April 2020)

WELT

21. Juli 2017 ALEXANDRA VOLLMER, Warum ein Arbeitszeugnis nicht viel wert ist, 21. Juli 2017, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/webwelt/article166867159/Warum-ein-Arbeitszeugnis-nicht-viel-wert-ist.html> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)
(zit. Welt vom 21. Juli 2017)

LUZERNER ZEITUNG

21. März 2020 Regierung lenkt ein: Uri hebt Ausgangssperre für Senioren auf
(zit. Luzerner Zeitung vom 21. März 2020 (ex Internet))

NZZ AM SONNTAG MAGAZIN

CHRISTOPH ZÜRCHER, Der letzte Sommer, Ausgabe 18/2020, S. 4
(zit. NZZ am Sonntag Magazin, Ausgabe 18/2020, «Der letzte Sommer»)

NZZ AM SONNTAG

31. Oktober 2021 ALBERT STECK, Personalchefs fordern: Schafft das Arbeitszeugnis ab, 30. Oktober 2021
(zit. NZZ am Sonntag vom 31. Oktober 2021, «Firmen sind Arbeitszeugnisse egal»)

NEUE ZÜRCHER ZEITUNG (NZZ)

6. Oktober 2022 BIRGIT SCHMID, «Gleichberechtigt heisst nicht gleich»
(zit. NZZ vom 6. Oktober 2022)
29. Juli 2020 FLORIAN SELIGER, Wer schnürt das grösste Rettungspaket?
(zit. NZZ vom 29. Juli 2020)
8. Mai 2020 NICOLE RÜTI, Pro Tag gehen 1000 Jobs verloren
(zit. NZZ vom 8. Mai 2020)
17. März 2020 ANDREA SPALINGER, In Süditalien droht ein Super-GAU
(zit. NZZ vom 17. März 2020)

Materialienverzeichnis

Schweizerische Materialien

BUNDESRAT

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 25. September 2022

Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 25. September 2022 (Volksinitiative «Keine Massentierhaltung in der Schweiz [Massentierhaltungsinitiative]»); Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer; Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG] [AHV 21]; Änderung des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer [Verrechnungssteuergesetz, VStG] [Stärkung des Fremdkapitalmarkts])

Bericht des Bundesrats, Förderung der Erwerbstätigkeit nach Erreichen des Regelrentenalters

Förderung der Erwerbstätigkeit nach Erreichen des Regelrentenalters, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 19.3172 Hegglin Peter, Bern 16. Dezember 2022

Botschaft zur Renteninitiative

Botschaft zur Volksinitiative «Für eine sichere und nachhaltige Altersvorsorge (Renteninitiative)» vom 22. Juni 2022, BBl 2022 1711, S. 1 ff.

Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022

Erläuterungen des Bundesrates, Volksabstimmung vom 25. September 2022, Erste Vorlage Massentierhaltungsinitiative, Zweite Vorlage Zusatzfinanzierung der AHV durch Erhöhung der Mehrwertsteuer, Dritte Vorlage Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV 21), Vierte Vorlage Änderung des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer, Bundeskanzlei (Hrsg.), Bern, 10. Juni 2022

Botschaft zur «Reform BVG 21»

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Reform BVG 21) vom 25. November 2020, BBl 2020 9809 ff.

Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. November 2020

Medienmitteilung vom 25. November 2020: «Bundesrat verlängert Massnahmen zur Arbeitsmarktintegration bis Ende 2024», abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81318.html> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)

Medienmitteilung des Bundesrats vom 16. März 2020	Medienmitteilung vom 16. März 2020: «Coronavirus: Bundesrat erklärt die «ausserordentliche Lage» und verschärft die Massnahmen», abrufbar unter: https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78454.html#:~:text=M%C3%A4rz%202020%2C%20in%20einer%20ausserordentlichen,April%202020%20geschlossen (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)
Botschaft zum ÜLG	Botschaft zum Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose vom 30. Oktober 2019, BBl 2019 8251 ff.
Botschaft zur Stabilisierung der AHV	Botschaft zur Stabilisierung der AHV (AHV 21) vom 28. August 2019 BBl 2019 6305 ff.
Schlussbericht des Bundesrats zur Fachkräfteinitiative	Schlussbericht zur Fachkräfteinitiative, Bericht des Bundesrats, Bern 2018
Botschaft nDSG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff.
Bericht des Bundesrats zu Postulat Naef (12.3543), 2016	Recht auf Schutz vor Diskriminierung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Naef 12.3543 vom 14. Juni 2012 vom 25. Mai 2016
Botschaft Reform Altersvorsorge 2020	Botschaft zur Reform der Altersvorsorge 2020 vom 19. November 2014, BBl 2015 I ff.
Botschaft Änderung AVIG	Botschaft zur Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 3. September 2008, BBl 7733 ff.
Botschaft Neue Bundesverfassung	Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff.
Botschaft Änderungen Arbeitsgesetz	Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 2. Februar 1994, BBl 1994 II 157 ff.
Botschaft zum GlG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei vom 24. Februar 1993, BBl 1993 1248 ff.
Botschaft Datenschutzgesetz	Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff.
Botschaft berufliche Vorsorge	Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 19. Dezember 1975, BBl 1976 I 149 ff.

Botschaft Entwurf Arbeitsgesetz	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl 1960 II 909 ff.
Botschaft 2. Entwurf AHVG	Botschaft vom 24. Mai 1946 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, BBl 1946 II 365 ff.
Botschaft 1. Entwurf AHVG	Botschaft vom 29. August 1929 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, BBl 1929 II 165 ff.
Leitlinien des Bundesrats «Künstliche Intelligenz»	Leitlinien «Künstliche Intelligenz» für den Bund, Orientierungsrahmen für den Umgang mit künstlicher Intelligenz in der Bundesverwaltung
BUNDESVERSAMMLUNG	
Beschluss der Bundesversammlung vom 17. März 2023	Beschluss der Bundesversammlung vom 17. März 2023 über die Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG), BBl 2023 785, S. 1–12
PARLAMENTARISCHE VORSTÖSSE	
EA Rechsteiner (02.1050), Altersdiskriminierung, 2002	Einfache Anfrage Paul Rechsteiner 02.1050, «Diskriminierung aufgrund des Alters» vom 17. April 2002
Motion Zisyadis (06.3082), Antidiskriminierungsgesetz, 2006	Motion Josef Zisyadis 06.3082, «Bundesgesetz gegen Diskriminierung» vom 22. März 2006
PI Rechsteiner (07.422), Gleichbehandlungsgesetz, 2007	Parlamentarische Initiative Paul Rechsteiner 07.422, «Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz» vom 23. März 2007
IP Heim (09.3242), Diskriminierungsschutz, 2009	Interpellation Bea Heim 09.3242, «Diskriminierungsschutz» vom 20. März 2009
Postulat Naef (12.3543), Bericht Diskriminierungsschutz, 2012	Postulat Martin Naef 12.3543, «Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung» vom 14. Juni 2012
Postulat Rechsteiner (14.3569), Nationale Konferenz zum Thema der älteren Arbeitnehmenden, 2014	Postulat Paul Rechsteiner 14.3569, «Nationale Konferenz zum Thema der älteren Arbeitnehmenden» vom 19. Juni 2014
Postulat Béglé (16.3153), Bekämpfung Altersdiskriminierung, 2016	Postulat Claude Béglé 16.3153, «Bekämpfung der Altersdiskriminierung, um die Erwerbstätigkeit von Seniorinnen und Senioren zu fördern» vom 17. März 2016

Materialienverzeichnis

PI Pardini (16.489), Kündigungsschutz, 2016	Parlamentarische Initiative Pardini Corrado 16.489, «Sichere Arbeit für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter» vom 14. Dezember 2016
IP Suter (21.3869), Anonymisierte Bewerbung, 2021	Interpellation Gabriela Suter 21.3869, «Anonymisierte Bewerbungsverfahren als Massnahme gegen Diskriminierung im Arbeitsmarkt» vom 17. Juni 2021
Postulat Dobler (23.3201), Rechtslage künstliche Intelligenz	Postulat Marcel Dobler 23.3201, «Rechtslage der künstlichen Intelligenz. Unsicherheiten klären, Innovation fördern!» vom 16. März 2023
EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT FÜR WIRTSCHAFT, BILDUNG UND FORSCHUNG WBF	
WBF, AMM	Einsatz von arbeitsmarktlichen Massnahmen der Arbeitslosenversicherung bei strukturell bedingten beruflichen Umorientierungen, Möglichkeiten und Grenzen
WBF, Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe «Künstliche Intelligenz» an den Bundesrat	Herausforderungen der künstlichen Intelligenz, Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe «Künstliche Intelligenz» an den Bundesrat
BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNGEN (BSV)	
Wegleitung BSV Renten AHV und IV	Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Wegleitung über die Renten (RWL) in der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Stand: 1. Januar 2023
Rententabellen BSV Monatliche Vollrenten, Skala 44	Bundesamt für Sozialversicherungen BSV, Rententabellen 2023, AHV/IV, Monatliche Vollrenten, Skala 44, gültig ab 1. Januar 2023
BSV Flexibilität in der Altersversicherung 2021	Bundesamt für Sozialversicherung (AV) – Vorbezug und Aufschub, im Rahmen von: Statistiken zur sozialen Sicherheit, Mai 2021, abrufbar unter: https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ahv/statistik.html (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)
STAATSSSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT (SECO)	
SECO Arbeitsmarktindikatoren für ältere Arbeitnehmer 2021	Indikatoren zur Situation älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf dem Schweizer Arbeitsmarkt, Grundlagen für die nationale Konferenz vom 15. November 2021, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO
SECO Schlussbericht Nationale Konferenz	Schlussbericht, Bilanz über die Nationalen Konferenzen zum Thema ältere Arbeitnehmende (2015–2021), Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern, 2021

SECO Faktenblatt ältere Stellensuchende	Ältere Stellensuchende in der Arbeitslosenversicherung, Faktenblatt für die nationale Konferenz vom 3. Mai 2019, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/56823.pdf (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)
SECO Arbeitsmarktindikatoren für ältere Arbeitnehmer, 2019	Indikatoren zur Situation älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf dem Schweizer Arbeitsmarkt, Grundlagen für die nationale Konferenz vom 3. Mai 2019, abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/aeltere_Arbeitnehmende/Grundlagen_nationale_Konferenz_2019.html (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)
SECO AVIG-Praxis ALE	Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, AVIG-Praxis ALE, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), Stand: 1. Januar 2023
SECO AVIG-Praxis AMM	Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, AVIG-Praxis AMM, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), Stand: 1. Januar 2023
SECO Faktenblatt Fördermassnahmen	Faktenblatt: Massnahmen zur Förderung des inländischen Arbeitskräftepotenzials (undatiert), abrufbar unter: https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/news/2019/2019-05-150/faktenblatt-inlandsfoerderung-d.pdf (zuletzt besucht am 7. Juni 2023)
BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS)	
BfS Tabelle Lebenserwartung, 2000–2021	Tabelle Lebenserwartung, 2000–2021, veröffentlicht am 26. September 2022, abrufbar unter: https://www.bfs.admin.ch/asset/de/23328831 (zuletzt besucht am 7. Juni 2023)
BfS Kennzahlen Weiterbildung Schweiz 2016	Weiterbildung in der Schweiz 2016, Kennzahlen aus dem Mikrozensus Aus- und Weiterbildung, in: Statistik der Schweiz, 2017, abrufbar unter: https://www.bfs.admin.ch/asset/de/3722515 (zuletzt besucht am 7. Juni 2023)
BfS Medienmitteilung zur beruflichen Mobilität 2018–2019	Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 22. Oktober 2020 «Berufliche Mobilität: Nahezu 20% der Erwerbstätigen haben zwischen 2018 und 2019 ihren Arbeitsplatz verlassen», abrufbar unter: https://www.bfs.admin.ch/asset/de/14667033 (zuletzt besucht am 7. Juni 2023)

Kommentar Nr. 6 zu UNO-Pakt I	Office of the High Commissioner for Human Rights, CESCR General Comment No. 6: The Economic, Social and Cultural Rights of Older Persons, 8 December 1995 (E/1996/22)
Kommentar Nr. 18 zu UNO-Pakt I	United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 18 on the Right to Work, Geneva, 6 February 2006 (E/C.12/GC/18)
Kommentar Nr. 19 zu UNO-Pakt I	United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 19, The right to social security (art. 9), 4 February 2008 (E/C.12/GC/19)
Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I	United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20 on Non-discrimination in economic, social and cultural rights, Geneva, 2 July 2009 (E/C.12/GC/20)
Kommentar Nr. 23 zu UNO-Pakt I	United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)
Kommentar Nr. 3 zu UNO-Pakt I	Office of the High Commissioner for Human Rights, CESCR General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), Adopted at the Fifth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 14 December 1990 (Contained in Document E/1991/23)
UNO Aktionsplan Madrid	Political Declaration and Madrid International Plan of Action on Ageing, United Nations, Second World Assembly on Ageing, Madrid, Spain, 8–12 April 2002
UNO Wegleitung zum Aktionsplan Madrid	Guide to the National Implementation of the Madrid International Plan of Action on Ageing, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, New York, 2008
UN-ESC, Concluding Observations Switzerland 2019	UN-ESC, Concluding Observations Switzerland, 18.11.2019, E/C.12/CHE/CO/4
UN-ESC, Concluding Observations Switzerland 2010	UN-ESC, Concluding Observations Switzerland, 26.11.2010, E/C/CHE/CO/2-3
Wiener Erklärung der UNO	World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23, 12 July 1993
INTERNATIONALE ARBEITSORGANISATION (IAO)	
IAO-Empfehlung Nr. 111	Empfehlung Nr. 111 betreffend die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958

Materialienverzeichnis

- IAO-Konferenz, 2010 International Labour Conference, 99th Session, 2010, Report III (Part 1B), General Survey concerning employment instruments in light of the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalization
- IAO-Empfehlung Nr. 162 Internationale Arbeitsorganisation, Empfehlung Nr. 162 betreffend ältere Arbeitnehmer vom 23. Juni 1980
- IAO-Konferenz, 1996 Equality in Employment and Occupation, International Labour Conference, 83rd Session, 1996, Report III (Part 4B), Special Survey on Employment and Occupation in respect of Convention No. 111

ORGANISATION FÜR WIRTSCHAFTLICHE ZUSAMMENARBEIT UND ENTWICKLUNG (OECD)

- OECD Retaining Talent at All Ages OECD Ageing and Employment Policies, Retaining Talent at All Ages, OECD Publishing, Paris, 2023
- OECD Labour Force Statistics 2021 OECD Labour Force Statistics 2021, OECD Publishing, Paris, 2022
- OECD Empfehlung zu künstlicher Intelligenz Empfehlung des Rats zu künstlicher Intelligenz, OECD Rechtsinstrumente (undatiert)
- OECD Bericht zur Schweiz, 2014 Vieillissement et politiques de l'emploi: Suisse 2014, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Paris – Übersetzung in Vereinbarung mit der OECD: Alterung und Beschäftigungspolitik: Schweiz – Bessere Arbeit im Alter, BSV, 2014 abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/aeltere_Arbeitnehmende/alterung-und-beschaeftigungspolitik-schweiz-2014.html (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)

EUROPARAT

- Kommentar des EGMR zu Art. 14 European Court of Human Rights, Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention, 31. August 2022

EUROPÄISCHE UNION

- eurostat, Demographic change in Europe eurostat, Demographic change in Europe, Country Factsheets, per 2019 abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/10186/10972461/Factsheets+EN.pdf> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023)

<p>Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021)</p>	<p>Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft («Rassismusbekämpfungsrichtlinie») und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf («Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie»), COM (2021) 139 final</p>
<p>Spezial Eurobarometer 493</p>	<p>Zusammenfassung, Diskriminierung in der Europäischen Union, Umfrage von der Europäischen Kommission, Oktober 2019</p>
<p>Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2008)</p>	<p>Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, KOM (2008)225 endgültig/2</p>
<p>Eurobarometer Spezial 296</p>	<p>Diskriminierung in der Europäischen Union: Wahrnehmungen, Erfahrungen und Haltungen, Bericht, Europäische Kommission, Eurobarometer Spezial 296, Juli 2008</p>
<p>Gutachten 2/13 des Gerichtshofs (Plenum) vom 18. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2454</p>	<p>Gutachten 2/13 des Gerichtshofs (Plenum) vom 18. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2454</p>
<p>Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2014)</p>	<p>Bericht an das Europäische Parlament und den Rat, Gemeinsamer Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft («Richtlinie zur Rassengleichheit») und der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf («Gleichbehandlungsrichtlinie für den Bereich Beschäftigung»), COM(2014)2 final</p>

Rechtsquellenverzeichnis

Nationale Rechtsquellen der Schweiz

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101

Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, SR 830.1

Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946, SR 831.10

Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) *de lege ferenda* gemäss geänderten Bestimmungen, auffindbar in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 38 ff.

Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) vom 31. Oktober 1947, SR 831.101

Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 822.11

Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000, SR 822.111

Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) (Gesundheitsschutz) vom 18. August 1993, SR 822.113

Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311

Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzschiädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG) vom 25. Juni 1982, SR 837.0

Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002, SR 151.3

Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982, SR 831.40

Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984, SR 831.441.1

Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24

Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1

Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) *de lege ferenda* gemäss BBI 2020 7639

Bundesgesetz über den Erwerbersatz für Dienstleistende bei Mutterschaft und bei Vaterschaft (Erwerbersatzgesetz, EOG) vom 25. September 1952, SR 834.1

Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) vom 24. März 1995, SR 151.1

- Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, SR 831.20
- Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) vom 17. Januar 1961, SR 831.201
- Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5) vom 28. September 2007, SR 822.115
- Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010, SR 221.215.329.4
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
- Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG) vom 19. Juni 2020, SR 837.2
- Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20
- Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) vom 20. Dezember 1982, SR 832.202
- Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908, SR 221.229.1
- Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung, VZV) vom 27. Oktober 1976, SR 741.51
- Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG) vom 20. Juni 2014, SR 419.1
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
- Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272
- Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG) vom 18. Juni 2004, SR 170.512

Internationale Rechtsquellen

Instrumente der Internationalen Arbeitsorganisation (*International Labour Organization, IAO*)

- Übereinkommen Nr. 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988, SR 0.822.726.8
- Übereinkommen Nr. 128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene vom 29. Juni 1967, SR 0.831.105
- Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958, SR 0.822.721.1
- Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit vom 28. Juni 1952, SR 0.831.102

Übereinkommen Nr. 88 über die Organisation der Arbeitsmarktverwaltung vom 9. Juli 1948, SR 0.823.111

Übereinkommen Nr. 140 über den bezahlten Bildungsurlaub vom 24. Juni 1974

Instrumente der Vereinten Nationen (UNO)

Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (Sozialpakt), SR 0.103.1

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (Zivilpakt), SR 0.103.2

UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (Frauendiskriminierungskonvention, FDK), SR 0.108

Instrumente des Europarats

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101

Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 2000, Sammlung Europäischer Verträge – Nr. 177

Revidierte Europäische Sozialcharta von 1996

Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981, SR 0.235.1

Weitere Übereinkommen

Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111

Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681

Rechtsquellen der Europäischen Union

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/1

Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016 C 202/389

Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/1

Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2007 C 306/01

Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006 L 204/23

Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37

Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16

Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22

Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 39/40 (nicht mehr in Kraft)

Richtlinie des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (79/7/EWG), ABl. L 6/24

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union vom 21. April 2021, COM(2021) 206 final

Entscheidregister und Urteilsmaterialien

Bundesgericht

BGE 99 Ib 39
BGE 106 Ib 182
BGE 111 V 271
BGE 114 II 159
BGE 118 IV 41
BGE 120 V 306
BGE 122 III 449
BGE 124 II 436
BGE 125 II 417
BGE 125 III 277
BGE 126 I 240
BGE 126 II 377
BGE 127 III 86
BGE 129 I 217
BGE 129 III 35
BGE 132 I 167
BGE 132 II 161
BGE 132 III 115
BGE 134 III 390
BGE 135 I 161
BGE 136 I 1
BGE 137 I 305
BGE 138 I 217
BGE 138 I 265
BGE 138 II 229
BGE 138 V 227
BGE 139 I 16
BGE 139 I 169

BGE 139 I 242

BGE 139 I 292

BGE 140 I 2

BGE 140 I 201

BGE 140 II 185

BGE 141 II 411

BGE 142 II 35

BGE 142 III 579

BGE 142 V 178

BGE 143 III 666

BGE 144 II 345

BGE 145 II 206

BGE 145 III 26

BGE 146 III 217

BGE 146 V 378

BGE 147 I 73

BGE 147 I 89

BGE 147 I 308

BGE 148 III 11

BGer 2C_610/2021, Urteil vom 11. März 2022

BGer 1C_43/2020, Urteil vom 1. April 2021

BGer 4A_38/2020, Urteil vom 22. Juli 2020

BGer 1C_295/2019, Urteil vom 16. Juli 2020

BGer 9C_737/2019, Urteil vom 22. Juni 2020

BGer 4A_327/2019, Urteil vom 1. Mai 2020

BGer 4A_102/2019, Urteil vom 20. Dezember 2019

BGer 1D_6/2018, Urteil vom 3. Mai 2019

BGer 4A_230/2018, Urteil vom 15. Januar 2019

BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018

BGer 4A_651/2017, Urteil vom 4. April 2018

BGer 8C_251/2017, Urteil vom 22. Juni 2017
BGer 2C_1065/2014, Urteil vom 26. Mai 2016
BGer 4A_384/2014, Urteil vom 12. November 2014
BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014
BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014
BGer 4A_178/2010, Urteil vom 14. Mai 2010
BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010
BGer 8C_445/2009, Urteil vom 22. Juli 2010
BGer 9C_808/2009, 9C_828/2009, 9C_836/2009, Urteil vom 4. Februar 2009
BGer 2C_103/2008, Urteil vom 30. Juni 2008
BGer 4A_300/2007/len, Urteil vom 6. Mai 2008
BGer C_242/05, Urteil vom 6. Oktober 2006

Kantonale Entscheide

Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Entscheid vom 20. Januar 2021 (VB.2020.00470)
Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 23. November 2015 (LA150046-O/U)
Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Urteil vom 9. Oktober 2015 (AH150086-L)
Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Urteil vom 13. Januar 2006 (AN050401/U1)
Tribunal de Prud'Hommes de l'Arrondissement de Lausanne, Urteil vom 10. Oktober 2005 (T304.021563)

Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) sowie ausgewählte Schlussanträge der Generalanwälte

(In den Fussnoten und Zitaten werden die Namen der Gegenparteien nach der zweiten Erwähnung weggelassen und es werden – wo sinnvoll – auch spezielle Benennungen verwendet wie z.B. *Defrenne II* oder *van Gend en Loos*)

EuGH v. 12.1.2023 Rs. C-356/21, *J.K. et v TP S.A. und PTPA*, ECLI:EU:C:2023:9
EuGH v. 15.7.2021 verbundene Rs. C-804/18 und C-341/19, *IX v WABE e.V. und MH Müller Handels GmbH v MJ*, ECLI:EU:C:2021:594
EuGH v. 26.1.2021 Rs. C-16/19, *VL v Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, ECLI:EU:C:2021:64
EuGH v. 8.10.2020 Rs. C-644/19, *FT v Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu, GS u.a., HS, Ministerul Educației Naționale*, ECLI:EU:C:2020:810

- EuGH v. 24.9.2020 Rs. C-223/19, *YS v NK AG*, ECLI:EU:C:2020:753
- EuGH v. 23.4.2020 Rs. C-507/18, *NH v Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*, ECLI:EU:C:2020:289
- EuGH v. 2.4.2020 Rs. C-670/18, *CO v Comune di Gesturi*, ECLI:EU:C:2020:272
- EuGH v. 3.10.2019 Rs. C-274/18, *Minoo Schuch-Ghannadan v Medizinische Universität Wien*, ECLI:EU:C:2019:828
- EuGH v. 24.6.2019 Rs. C-573/17, *Daniel Adam Poplawski v Openbaar Ministerie*, ECLI:EU:C:2019:530
- EuGH v. 20.6.2019 Rs. C-404/18, *Jamina Hakelbracht et al. v WTG Retail BVBA*, ECLI:EU:C:2019:523
- EuGH v. 8.5.2019 Rs. C-161/18, *Violeta Villar Láiz v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, ECLI:EU:C:2019:382
- EuGH v. 7.2.2019 Rs. C-49/18, *Carlos Escribano Vindel v Ministerio de Justicia*, ECLI:EU:C:2019:106
- EuGH v. 22.1.2019 Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, ECLI:EU:C:2019:43
- EuGH v. 6.11.2018 verbundene Rs. C-569/16 und C-570/16, *Stadt Wuppertal v Maria Elisabeth Bauer (C-569/16) und Volker Willmeroth v Martina Brosonn (C-570/16)*, ECLI:EU:C:2018:871
- EuGH v. 7.8.2018 Rs. C-122/17, *David Smith v Patrick Meade et al.*, ECLI:EU:C:2018:631
- EuGH v. 17.4.2018 Rs. C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, ECLI:EU:C:2018:257
- EuGH v. 19.7.2017 Rs. C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl v Antonino Bordonaro*, ECLI:EU:C:2017:566
- EuGH v. 14.3.2017 Rs. C-157/15, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203
- EuGH v. 14.3.2017 Rs. C-188/15, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA*, ECLI:EU:C:2017:204
- EuGH v. 9.3.2017 Rs. C-406/15, *Petya Milkova v Izpalnitelen direktor na Agentсията за privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, ECLI:EU:C:2017:198
- EuGH v. 24.11.2016 Rs. C-443/15, *David L. Parris v Trinity Collge Dublin et al.*, ECLI:EU:C:2016:897
- EuGH v. 15.11.2016 Rs. C-258/15, *Gorka Salaberria Sorondo v Academia Vasca de Policía y Emergencias*, ECLI:EU:C:2016:873
- EuGH v. 28.7.2016 Rs. C-423/15, *Nils-Johannes Kratzer v R+V Allgemeine Versicherung AG*, ECLI:EU:C:2016:604
- EuGH v. 2.6.2016 Rs. C-122/15, *C*, ECLI:EU:C:2016:391

EuGH v. 1.10.2015	Rs. C-432/14, <i>O v Bio Philippe August SARL</i> , ECLI:EU:C:2015:643
EuGH v. 9.9.2015	Rs. C-20/13, <i>Daniel Unland v Land Berlin</i> , ECLI:EU:C:2015:561
EuGH v. 18.12.2014	Rs. C-354/13, <i>Fag og Arbejde (FOA) v Kommunernes Landsforening (KL)</i> , ECLI:EU:C:2014:2463
EuGH v. 13.11.2014	Rs. C-416/13, <i>Mario Vital Pérez v Ayuntamiento de Oviedo</i> , ECLI:EU:C:2014:2371
EuGH v. 27.2.2014	Rs. C-351/12, <i>OSA—Ochranný svaz autorůský práv a dílů hudebním o.s. v Léčebné lázně Mariánské lázně a.s.</i> , ECLI:EU:C:2014:110 (spezielle Benennung: OSA)
EuGH v. 15.1.2014	Rs. C-176/12, <i>Association de médiation sociale v Union locale des syndicats CGT et al.</i> , ECLI:EU:C:2014:2
EuGH v. 12.12.2013	Rs. C-267/12, <i>Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres</i> , ECLI:EU:C:2013:823
EuGH v. 26.9.2013	Rs. C-476/11, <i>HK Danmark handelnd für Glennie Kristensen v Experian A/S</i> , ECLI:EU:C:2013:590 (spezielle Benennung: HK Danmark)
EuGH v. 25.4.2013	Rs. C-81/12, <i>Asociația Accept v Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării</i> , ECLI:EU:C:2013:275
EuGH v. 26.2.2013	Rs. C-399/11, <i>Stefano Melloni v Ministerio Fiscal</i> , ECLI:EU:C:2013:107
EuGH v. 6.12.2012	verbundene Rs. C-124/11, C-125/11 und C-143, <i>Bundesrepublik Deutschland v Karen Dittrich (C-124/11), Robert Klinke (C-125/11), Jörg-Detlef Müller v Bundesrepublik Deutschland (C-143/11)</i> , ECLI:EU:C:2012:771
EuGH v. 5.7.2012	Rs. C-141/11, <i>Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB</i> , ECLI:EU:C:2012:421
EuGH v. 3.5.2012	Rs. C-337/10, <i>Georg Neidel v Stadt Frankfurt am Main</i> , ECLI:EU:C:2012:263
EuGH v. 19.4.2012	Rs. C-415/10, <i>Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH</i> , ECLI:EU:C:2012:217
EuGH v. 13.9.2011	Rs. C-447/09, <i>Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach v Deutsche Lufthansa AG</i> , ECLI:EU:C:2011:573
EuGH v. 21.7.2011	verbundene Rs. C-159/10 und Rs. C-160/10, <i>Gerhard Fuchs (C-159/10), Peter Köhler (C-160/10) v Land Hessen</i> , ECLI:EU:C:2011:508
EuGH v. 10.5.2011	Rs. C-147/08, <i>Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg</i> , ECLI:EU:C:2011:286
EuGH v. 10.3.2011	Rs. C-379/09, <i>Maurits Casteels v British Airways plc</i> , ECLI:EU:C:2011:131
EuGH v. 1.3.2011	Rs. C-236/09, <i>Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v Conseil des ministres</i> , ECLI:EU:C:2011:100

- EuGH v. 12.10.2010 Rs. C-45/09, *Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungs-
ges. mbH*, ECLI:EU:C:2010:601
- EuGH v. 19.1.2010 Rs. C-555/07, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*,
ECLI:EU:C:2010:21
- EuGH v. 12.1.2010 Rs. C-341/08, *Domnica Petersen v Berufungsausschuss für Zahn-
ärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, ECLI:EU:C:2010:4
- EuGH v. 12.1.2010 Rs. C-229/08, *Colin Wolf v Stadt Frankfurt am Main*, ECLI:
EU:C:2010:3
- EuGH v. 5.3.2009 Rs. C-388/07, *The Queen*, auf Antrag von *The Incorporated Trustees
of the National Council on Ageing (Age Concern England) v Secretary
of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, ECLI:
EU:C:2009:128 (spezielle Benennung: *Age Concern England*)
- EuGH v. 10.2.2009 Rs. C-110/05, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften v
Italienische Republik*, ECLI:EU:C:2009:66 (spezielle Benennung:
Kommission EG)
- EuGH v. 17.7.2008 Rs. C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law, Steve Law*, ECLI:EU:
C:2008:415
- EuGH v. 10.7.2008 Rs. C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor ra-
cismebestrijding v Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397
(spezielle Benennung: *Feryn*)
- EuGH v. 1.4.2008 Rs. C-267/06, *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen
Bühnen*, ECLI:EU:C:2008:179
- EuGH v. 16.10.2007 Rs. C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA*,
ECLI:EU:C:2007:604
- EuGH v. 22.11.2005 Rs. C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, ECLI:EU:C:
2005:709
- EuGH v. 9.12.2004 Rs. C-19/02, *Viktor Hlozek v Roche Austria Gesellschaft mbH*,
ECLI:EU:C:2004:779
- EuGH v. 7.9.2004 Rs. C-456/02, *Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de
Bruxelles (CPAS)*, ECLI:EU:C:2004:488
- EuGH v. 23.3.2004 Rs. C-138/02, *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work
and Pensions*, ECLI:EU:C:2004:172
- EuGH v. 11.9.2003 Rs. C-77/02, *Erika Steinicke v Bundesanstalt für Arbeit*, ECLI:
EU:C: 2003:458
- EuGH v. 6.7.2000 Rs. C-407/98, *Katarina Abrahamsson und Leif Anderson v Elisabet
Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367
- EuGH v. 6.6.2000 Rs. C-281/98, *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano
SpA*, ECLI:EU:C:2000:296
- EuGH v. 28.3.2000 Rs. C-158/97, *Georg Badeck u.a., Beteiligte: der Hessische Mi-
nisterpräsident und der Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des
Landes Hessen*, ECLI:EU:C:2000:163

EuGH v. 10.2.2000	Rs. C-50/96, <i>Deutsche Telekom AG, zuvor Deutsche Bundespost Telekom, v Lilli Schröder</i> , ECLI:EU:C:2000:72
EuGH v. 26.1.1999	Rs. C-18/95, <i>F.C. Terhoeve v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland</i> , ECLI:EU:C:1999:22
EuGH v. 17.6.1998	Rs. C-243/95, <i>Kathleen Hill und Ann Stapleton v The Revenue Commissioners, Department of Finance</i> , ECLI:EU:C:1998:298 (spezielle Benennung: <i>Hill und Stapleton</i>)
EuGH v. 11.11.1997	Rs. C-409/95, <i>Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen</i> , ECLI:EU:C:1997:533
EuGH v. 2.8.1993	Rs. C-271/91, <i>M.H. Marshall v Southampton and South West Hampshire Area Health Authority</i> , ECLI:EU:C:1993:335
EuGH v. 3.7.1986	Rs. 66/85, <i>Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg</i> , ECLI:EU:C:1986:284
EuGH v. 21.5.1985	Rs. 248/83, <i>Kommission der Europäischen Gemeinschaften v Bundesrepublik Deutschland</i> , ECLI:EU:C:1985:214
EuGH v. 9.3.1978	Rs. 106/77, <i>Staatliche Finanzverwaltung v S.p.A. Simmenthal</i> , ECLI:EU:C:1978:49 (spezielle Benennung: <i>Simmenthal</i>)
EuGH v. 8.4.1976	Rs. 43/75, <i>Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena</i> , ECLI:EU:C:1976:56 (spezielle Benennung: <i>Defrenne II</i>)
EuGH v. 17.12.1970	Rs. 11/70, <i>Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel</i> , ECLI:EU:C:1970:114
EuGH v. 15.7.1964	Rs. 6/64, <i>Flaminio Costa v E.N.E.L. (Ente nazionale Energia elettrica impresa già della Edisonvolta)</i> , ECLI:EU:C:1964:66
EuGH v. 5.2.1963	Rs. 26/62, <i>N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Nederlandse administratie der belastingen (Netherlands Inland Revenue Administration)</i> , ECLI:EU:C:1963:1

Schlussanträge der Generalanwälte

Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK v. 25.7.2018	Rs. C-193/17, <i>Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi</i> , ECLI:EU:C:2018:614
Schlussanträge der Generalanwältin KOKOTT v. 6.5.2010	Rs. C-499/08, <i>Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark</i> , ECLI:EU:C:2010:248

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)

Moraru und Marin v. Rumänien	EGMR, 20. März 2023, App. Nr. 53282/18 und 3142/20
Oganezova v. Armenien	EGMR, 17. Mai 2022, App. Nr. 71367/12 und 72961/12
Beeler v. Schweiz	EGMR, 20. Oktober 2020, App. Nr. 78630/12

- Deaconu v. Rumänien EGMR, 29. Januar 2019, App. Nr. 66299/12
- Ēcis v. Lettland EGMR, 10. Januar 2019, App. Nr. 12879/09
- Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal EGMR, 25. Oktober 2017, App. Nr. 17484/15
- Khamtokhu und Aksenchik v. Russland EGMR, 24. Januar 2017, App. Nr. 60367/08 und 961/11
- Biao v. Dänemark EGMR, 24. Mai 2016, App. Nr. 38590/10
- di Trizio v. Schweiz EGMR, 2. Februar 2016, App. Nr. 7186/09
- Vilnes et al. v. Norwegen EGMR, 5. Dezember 2013, App. Nr. 52806/09 und 22703/10
- I.B. v. Griechenland EGMR, 3. Oktober 2013, App. Nr. 552/10
- Hode und Abdi v. Vereinigtes Königreich EGMR, 6. November 2012, App. Nr. 22341/09
- B.S. v. Spanien EGMR, 24. Juli 2012, App. Nr. 47159/08
- Konstantin Markin v. Russland EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06
- Clift v. Vereinigtes Königreich EGMR, 13. Juli 2010, App. Nr. 7205/07
- Schwizgebel v. Schweiz EGMR, 10. Juni 2010, App. Nr. 25762/07
- Demir und Baykara v. Türkei EGMR, 12. November 2008, App. Nr. 34503/97
- Bączowski et al. v. Polen EGMR, 3. Mai 2007, App. Nr. 1543/06
- Nachova v. Bulgarien EGMR, 6. Juli 2005, App. Nr. 43577/98 und 43579/98
- Sidabras und Džiautas v. Litauen EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00
- Pretty v. The United Kingdom EGMR, 29. April 2002, App. Nr. 2346/02
- Thlimmenos v. Griechenland EGMR, 6. April 2000, App. Nr. 34369/97
- Petrovic v. Österreich EGMR, 27. März 1998, App. Nr. 156/1996/775/976

Vereinigte Staaten von Amerika

413 F Supp 142 (1976) Emma DeGraffenreid et al. v. General Motors Assembly Division, St. Louis, a corporation, et al., No. 75-487 C (3), United States District Court, Eastern District of Missouri

A. Einleitung

*«Nature is full of freaks, and now puts an old head on young shoulders,
and then a young heart beating under fourscore winters.»¹*

Dieser poetische Satz stammt aus dem Essay *«Old Age»* von RALPH WALDO EMERSON, der in der Januar-Ausgabe des *«The Atlantic»* von 1862 veröffentlicht wurde.² Er drückt aus, wie sehr das Alter die Wahrnehmung über die tatsächlichen Eigenschaften eines Menschen beeinflusst: ein alter Kopf auf jungen Schultern oder ein junges Herz in alter Brust. Beides bezeichnet er als Launen der Natur (*«[n]ature is full of freaks [...]»*), als etwas Irreguläres also. Irregulär, weil man z.B. einer alten Person keinen *«jungen Kopf»* zutraut oder kein reifes Wesen in einem Jugendlichen vermutet. Der angeblich *«irreguläre»* Einzelfall löst Überraschung, Verwunderung, ja sogar betretene Verlegenheit aus, denn man wird sich eingestehen müssen, dass ein Vorurteil Lügen gestraft wurde. Das chronologische Alter ist eine trügerische und unzuverlässige Basis, wenn es darum geht, Eigenschaften losgelöst vom Individuum selbst zu prognostizieren.

In einer idealen Welt verhalten sich Menschen dem Alter gegenüber indifferent. Nicht auf das Alter kommt es an, sondern auf die tatsächlichen Leistungen und Fähigkeiten des Einzelnen. Das Lebensalter ist schliesslich nichts anderes als eine Ziffer, die jedem kraft seiner menschlichen Existenz eigen ist. Niemand kann sich dem Lebensalter entziehen. Und obwohl jeder über ein Alter verfügt, einen individuellen Alterungsprozess durchlebt und es daher besser wissen müsste, begegnet die Gesellschaft dem Alter mit Vorurteilen und Stereotypen.³

Je nach Altersgruppe und sozialem Kontext bestehen ganz unterschiedliche Altersbilder, die mit zunehmendem Alter jedoch oft negativ konnotiert sind.⁴ Überspitzt ausgedrückt werden die *«Alten»* als eine Masse netter Menschen empfunden, der

¹ EMERSON, S. 134, frei übersetzt: *«Die Launen der Natur sind vielfältig; mal setzt sie einen alten Kopf auf junge Schultern und dann lässt sie ein junges Herz in einem 80-Jährigen schlagen.»*

² EMERSON, S. 134.

³ JULIA J. A. SHAW/HILLARY J. SHAW, *Recent Advancements in EU Employment Law*, S. 274.

⁴ Vgl. JULIA J. A. SHAW/HILLARY J. SHAW, *Recent Advancements in EU Employment Law*, S. 274. Zu den verschiedenen Altersbildern siehe auch den Abschnitt betreffend *«Ageism»* im Abschnitt E. § 2. II.

Jugendhaftigkeit abgeht⁵ und stattdessen Morbidität anhaftet⁶. Eine Masse, die vermeintlich mit dem technologischen Fortschritt nicht mithalten kann und in die zu investieren, es sich nicht mehr lohnt.⁷ Das Individuum, das gegen solche Vorurteile ankämpft, kann sein eigenes Potential nicht mehr entfalten und entwickeln, weil es entweder entlassen wird, keine Neuanstellung findet oder nicht mehr mit Weiterbildungen gefördert wird. Die Auswirkungen sind verheerend: Die «Alten» werden aufgegeben, verlieren den Anschluss an den Arbeitsmarkt und werden schliesslich von der sozialen Teilhabe ausgeschlossen, z.B. infolge finanzieller Verarmung und nicht zuletzt auch wegen seelischer Verkümmernung.

Auf das Alter bezogene Stereotypen und Vorurteile und die damit einhergehenden Benachteiligungen sind toxisch für jede Gesellschaft⁸ und entwürdigend für die Betroffenen – dies selbst dann, wenn die Benachteiligungen im Einzelfall noch so harmlos erscheinen mögen, wie z.B. in Stellenausschreibungen, die etwa so lauten können: *«Wir, ein junges, engagiertes Team, suchen dich. Fühlst du dich angesprochen, dann bewirb dich.»*⁹

Ein weiterer Aspekt ist, dass sich das Alterskriterium von anderen klassischen Merkmalen unterscheidet wie z.B. dem Geschlecht, der Hautfarbe oder der Religion. Dies liegt daran, dass jeder über ein Alter verfügt und – gewöhnlich – die Phasen von jung zu alt durchläuft. Benachteiligungen gestützt auf das Alter sind nicht zuletzt auch daher im Vergleich zu anderen Unterscheidungsmerkmalen mit einer ungleich grösseren Akzeptanz belegt. Nicht selten nehmen selbst die Betroffenen von den ihnen entgegengetragenen, altersbasierten Stereotypen keine Notiz oder halten sie für «normal».

⁵ KRINGS/KLUGE, S. 131 f.

⁶ Vgl. AYALON/TESCH-RÖMER, S. 4: Die *«Terror Management Theory»* ist eine Erklärung dafür, warum zunehmendes Alter mit negativen Eigenschaften in Verbindung gebracht wird. Nach dieser Theorie führt die Angst vor dem Tod dazu, dass Menschen ihr Selbstbewusstsein dadurch zu steigern versuchen, indem sie unbewusst jenen mit Unsterblichkeit verknüpften Weltbildern nacheifern.

⁷ Vgl. LÖSSBROEK/RADL, S. 2175.

⁸ Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass die Dauer arbeitssuchender, älterer Personen bis zu ihrer Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt im Vergleich zu jener der Jüngeren deutlich länger ist. Der Schweiz entgeht dadurch ein grosses Arbeitskräftepotential und der gesamtgesellschaftliche Schaden ist enorm. Dazu unten im Abschnitt C. § 2.

⁹ Solche oder ähnliche Passagen finden sich regelmässig in Stellenausschreibungen. Der Autor verzichtet bewusst darauf, konkrete Beispiele anzugeben und damit einzelne Unternehmen anzuprangern. Zu Altersobergrenzen in Stelleninseraten siehe BUCHS/GNEHM, S. 1 ff.

Die Vorgänge rund um die erste Phase der Corona-Pandemie bieten dazu eindrückliches Anschauungsmaterial. Sie zeigen auch, dass Benachteiligungen basierend auf dem Alter ein solches Ausmass annehmen können, so dass nichts Geringeres als das elementarste aller Rechte, nämlich das Leben, davon nicht verschont bleibt. Es lohnt sich daher, diese Ereignisse hier in Erinnerung zu rufen:

Im norditalienischen Bergamo und damit in unmittelbarer Grenznähe zur Schweiz spielte sich Anfang 2020 eine Tragödie unfassbaren Ausmasses ab. Ausgelöst durch das Virus SARS-CoV-2 (COVID-19), das insbesondere die Atemwege befiel, kam es zu einem Massensterben, während zeitgleich die intensivmedizinischen Kapazitäten kollabierten.¹⁰ Dies ging so weit, dass selbst die Bestatter von dieser tsunamiantigen Todeswelle hoffnungslos überfordert waren. Die Leichen stapelten sich, und es war zu befürchten, der Bevölkerung in der Schweiz drohe ein ähnliches Schicksal.

Gleichzeitig geriet Europa infolge dieser Ereignisse in eine Schockstarre, durch die das Wirtschaftsleben mehrheitlich zum Erliegen kam und die unzählige Arbeitsstellen zu vernichten drohte.¹¹ Die in Bedrängnis geratenen Regierungen Europas beschlossen kurzerhand milliardenschwere Rettungspakete¹² und nahmen dabei schwere Lasten in Kauf, die sie künftigen Generationen aufbürdeten. Dermassen verzweifelt und dramatisch präsentierte sich die damalige Situation.

Nachdem erste Ansteckungen in der Schweiz verzeichnet wurden, dekretierte der Bundesrat per Notrecht mit Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vom 13. März 2020 (COVID-19) die weitgehende Schliessung der Grenzen und schränkte das Versammlungsrecht ein.¹³ Ziel dieser Massnahmen war nebst der Eindämmung der Verbreitung des Virus unter anderem die Aufrechterhaltung der intensivmedizinischen Versorgung sowie insbesondere der Schutz besonders gefährdeter Personen.¹⁴ Nach ersten Erkenntnissen starben überwiegend ältere Menschen an dem Virus, weshalb die Verordnung Personen mit einem Alter ab 65 Jahren als besonders gefährdet einstufte.¹⁵ Vor diesem Hintergrund forderte der Bundesrat in seinen Medienkampagnen Senioren eindringlich dazu auf, zuhause zu bleiben.¹⁶ Dies kulminierte später in einer vom Kanton Uri angeordneten Ausgangssperre für über 65-Jährige, die schliesslich dank einer Intervention des Bundesamts für Justiz wieder aufgehoben wur-

¹⁰ NZZ vom 17. März 2020.

¹¹ NZZ vom 8. Mai 2020.

¹² NZZ vom 29. Juli 2020.

¹³ Art. 3 f. und 6 f. Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24.

¹⁴ Art. 1 Abs. 2 lit. a, d und c COVID-19-Verordnung 2.

¹⁵ Art. 10b Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2.

¹⁶ Medienmitteilung des Bundesrats vom 16. März 2020.

de.¹⁷ Wenig überraschend wurden die Empfehlungen von der betroffenen Altersgruppe als stigmatisierend empfunden.¹⁸ Die Folgen liessen nicht lange auf sich warten und sie waren omnipräsent:

Die Frustration einer überforderten Gesellschaft, die grossmehrheitlich freiheitliche Einschränkungen bislang nicht kannte und die um ihre finanzielle Existenz bangte, schien sich an den Senioren zu entladen. Dies war wohl auch der Auffassung geschuldet, nach der die rigorosen Massnahmen einzig zum Schutz der als vulnerabel etikettierten Seniorität ergriffen wurden.¹⁹ Oder anders ausgedrückt: Nicht wenige junge Menschen standen unter dem Eindruck, ein Sonderopfer für die Älteren zu erbringen. Ältere Personen, die sich dann entgegen den Empfehlungen des Bundesrats im Freien bewegten, wurden angegangen und teilweise angefeindet.²⁰

Die damalige Stimmungslage gegenüber Älteren allein mit der Krise erklären zu wollen, greift jedoch zu kurz. Sie wurde auch als Ausdruck eines lange schwelenden Generationenkonflikts gedeutet.²¹ Die aus der COVID-19-Verordnung 2 resultierende Stigmatisierung war – bildlich gesprochen – der Funke, der den Generationenkonflikt entfachte.

Die erste Phase legte nicht nur bitteres Zeugnis ab für die Folgen von Stigmatisierungen, sondern brachte zudem eine weitere Facette zum Vorschein, nämlich jene Besonderheit, wonach das Alter einerseits auch in so wichtigen Entscheiden, in denen es um Leben und Tod geht, als Stellvertreterkriterium herangezogen wird und andererseits, dass Benachteiligungen aufgrund des Alters in Teilen der Bevölkerung als akzeptabel und normal empfunden werden:

Angesichts der sich abzeichnenden intensivmedizinischen Ressourcenengpässe überarbeitete die Stiftung Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) zusammen mit der Vereinigung Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI) ihre aus dem Jahr 2013 stammenden Triagerichtlinien. In der Fassung dieser Triagerichtlinien vom 24. März 2020 war unter anderem vorgesehen, Personen ab 85 Jahren völlig ungeachtet ihrer effektiven Überlebenschancen von intensivmedizinischen Behandlungen auszuschliessen, sofern keine Betten für die Intensivpflege vorhanden waren.²² Begründet wurde dies mit der Vermutung, ältere Personen ab 85 Jahren litten an Komorbiditäten, durch die sich die Überlebenschancen verringerten.²³

¹⁷ Luzerner Zeitung vom 21. März 2020 (ex Internet).

¹⁸ Verein Schweizerischer Seniorenrat, 29. April 2020.

¹⁹ Verein Schweizerischer Seniorenrat, 20. April 2020.

²⁰ Verein Schweizerischer Seniorenrat, 20. April 2020; Rundschau vom 27. Mai 2020.

²¹ Tages Anzeiger vom 7. April 2020 (ex Internet).

²² Ziff. 4.3. SAMW-SGI Triagerichtlinien, Version 24. März 2020.

²³ Ziff. 3. SAMW-SGI Triagerichtlinien, Version 24. März 2020.

Das Alter war somit nichts anderes als ein Stellvertreterkriterium für vermutete Überlebenschancen. Die tatsächlichen Überlebenschancen der benachteiligten älteren Patienten im Vergleich zu den vorgezogenen Patienten spielten nach dem klaren Wortlaut der Triagerichtlinien hingegen nicht die geringste Rolle.

In der Rechtswissenschaft wurden diese Triagerichtlinien von Beginn weg kritisiert.²⁴ Ausserhalb der Rechtswissenschaft fanden sich allerdings nur einzelne Stimmen der Empörung.²⁵ Und bei der SAMW perlte die Kritik vollständig ab.²⁶ Auch die Medien nahmen sich zunächst nur sehr zögerlich der Thematik an, und es wurde knapp am Rande des Wahrnehmbaren über die bloss verwandte Thematik diskutiert, welches Leben (z.B. in Triagefällen) vorzuziehen ist.²⁷ Welche Rolle das Alter als Auswahlkriterium spielen darf, dies wurde als Diskussionspunkt zumindest in der initialen Phase verpasst. Dies zeigt, dass Unterscheidungen nach dem Alter in der Gesellschaft eben nicht dieselbe Brisanz aufweisen wie z.B. solche nach der Hautfarbe oder anderen sensiblen Merkmalen. Die gesellschaftliche Akzeptanz bezüglich des Alterskriteriums als Unterscheidungsmerkmal war schlicht zu gross, als dass die Thematik sich eignete, zu Beginn der Krise allzu hohe mediale Wellen zu schlagen. Dies scheint auch durch die Tatsache bestätigt zu werden, dass selbst bei älteren Personen die Ansicht anzutreffen war, wonach eine jüngere Person zur Not den Vorzug verdient, und zwar unabhängig von einer etwaigen geringeren Überlebenschance einer jüngeren Person. Sie vertraten

²⁴ SCHWESTERMANN/TOBLER, Rn. 1 ff.; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, S. 308 f.

²⁵ So etwa der (umstrittene) französische Autor MICHEL HOUELLEBECQ, der sich in einem von ihm verfassten Brief gegenüber Radio France folgendermassen vernehmen liess: *«Bis wann sollten sie reanimiert und behandelt werden? 70, 75, 80 Jahre?»*. Noch nie sei – so HOUELLEBECQ – mit einer solchen Schamlosigkeit zum Ausdruck gebracht worden, dass das Leben aller Menschen nicht denselben Wert habe, siehe MICHEL HOUELLEBECQs auszugsweise wiedergegebenen Brief in Zürichsee-Zeitung vom 6. Mai 2020.

²⁶ Die SAMW stellte sich etwas süffisant auf den Standpunkt, von Altersdiskriminierung könne keine Rede sein, und ohnehin seien die Triagerichtlinien nicht für medizinische Laien gedacht, siehe dazu SAMW Newsletter vom 16. April 2020.

²⁷ Siehe den etwas humoristischen Beitrag im NZZ am Sonntag Magazin, Ausgabe 18/2020, *«Der letzte Sommer»*, S. 4.

dann meist, sie selbst – also die ältere Person – habe ja schon genügend Lebensjahre verbracht, und den Jüngeren stehe noch das ganze Leben bevor.²⁸

Die Anfangsphase der Pandemie liess eine breite gesellschaftliche Akzeptanz von altersbasierten Stigmatisierungen und Benachteiligungen erkennen, die dazu führte, dass selbst das elementarste Grundrecht, nämlich das Leben, zur Disposition stand. Es bedarf keiner grossen Vorstellungskraft, um erahnen zu können, dass die Toleranz gegenüber altersbedingten Benachteiligungen in Bereichen, in denen das Leben nicht unmittelbar betroffen ist, umso grösser ist. Dies zeigt sich im Erwerbsleben.²⁹

So simpel der Begriff «Altersdiskriminierung» daherkommt, so komplex sind die Vorgänge, die sich dahinter verbergen. Auch die unterschiedlichen juristischen Deutungen darüber, was als «Altersdiskriminierung» zu gelten hat und was nicht, steigern die Komplexität zusätzlich.³⁰

Die gesellschaftliche Vielschichtigkeit, die sich mit dieser Thematik verbindet, macht es auf rechtlicher Ebene umso schwieriger, Diskriminierungen mit geeigneten Massnahmen entgegenzutreten oder deren Aufkeimen nur schon zu verhindern.³¹ Die ausserordentliche Komplexität dispensiert den Gesetzgeber jedoch nicht davon, sich diesem Themengebiet zu stellen.

²⁸ Diese Sichtweise entspricht der *Fair-Innings*-Theorie, wonach es als gerecht angesehen wird, jene vorzuziehen, die noch die meisten Lebensjahre vor sich liegen haben (vgl. dazu FARRANT, S. 53 f.). Andere konkurrierende, ethische Selektionsmodelle sind beispielsweise das Prinzip der absoluten Gleichbehandlung, wonach bei Ressourcenknappheit niemand vorgezogen, sondern schlicht der Erstersuchende bedient wird (vgl. FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, S. 291 ff.), oder die utilitaristische Sichtweise, nach der für den Entscheid über den Einsatz knapper Ressourcen die Maximierung der Anzahl geretteter Leben ausschlaggebend ist (vgl. TAUPITZ, S. 440 ff.).

²⁹ Dazu unten Abschnitte C. § 2 und G. § 3. II ff.

³⁰ Nicht jede Benachteiligung des Alters wegen, die gemeinhin als diskriminierend angesehen wird, ist rechtlich gesehen eine Diskriminierung. Zum Diskriminierungsbegriff aus rechtlicher Sicht siehe unten Abschnitt F.

³¹ Das abstrakte Naturell normativen Rechts vermag die gesellschaftlichen Konfliktfälle, die sich gerade in Diskriminierungsbereichen durch ihre Individualität auszeichnen, kaum erschöpfend zu verhindern (zur Abstraktheit des Rechts vgl. z.B. SEELMANN/DEMKO, § 1 Rn. 26 ff.).

Im Gegensatz zur Schweiz verfügt die EU mit der Richtlinie 2000/78/EG³² über ein Instrument, das unter anderem speziell auf die Bekämpfung von Altersdiskriminierung im Erwerbsleben gerichtet ist. Die Evaluationsberichte der Europäischen Kommission zu dieser Richtlinie zeigen, dass es ein langer und steiniger Weg ist, bis der Antidiskriminierungsschutz tatsächlich die gewünschten Wirkungen entfaltet.³³ Und doch wirkt der Antidiskriminierungsschutz, und je früher geeignete Massnahmen ergriffen werden, umso eher kann die Gesellschaft davon profitieren. Antidiskriminierung dient allen. Die Schweiz hat die Gelegenheit, von jahrelangen Erfahrungen der Mitgliedstaaten der EU in der Bekämpfung von Diskriminierung zu profitieren und daraus für sich effektive Massnahmen abzuleiten. Sie kann heute den Hebel unmittelbar dort ansetzen, wo die EU angesichts aktuellen und nun besseren Wissens wohl früher ansetzen würde, könnte sie die Zeit zurückdrehen. Diese Chance aus der Rechtsvergleichung mit dem EU-Recht sollte die Schweiz nicht vergeben.

Die hier vorgelegte Arbeit will einen Beitrag zur Beseitigung von Altersdiskriminierung im Erwerbsleben leisten. Der Fokus wird dabei auf ältere Menschen gelegt: Zwar können alle Altersgruppen von Altersdiskriminierung betroffen sein. Doch es zeigt sich, dass im Erwerbsleben insbesondere ältere Menschen davon betroffen sind.³⁴

Es wurden Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich bis 16. Mai 2023 berücksichtigt.

³² Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

³³ Siehe dazu später den Abschnitt H. § 5 mitsamt Hinweisen auf die Evaluationsberichte.

³⁴ Näheres dazu weiter unten in den Abschnitten B. § 2. II. 2 und C. § 2.

B. Forschungsgegenstand

§1 Forschungsfrage

Die Hauptforschungsfrage lautet: Welche rechtlichen Massnahmen sollte die Schweiz auf den Gebieten des privaten Arbeitsrechts und des Sozialversicherungsrechts ergreifen, um Altersdiskriminierung gegenüber älteren Personen im Erwerbsleben zu bekämpfen?

Dabei ist zunächst vorwegzunehmen, dass zwischen den Begriffen «*Benachteiligung*» und «*Diskriminierung*» unterschieden werden muss. Der Begriff «*Diskriminierung*» ist ein rechtlich reservierter Terminus, der je nach Verfassung, Einzelgesetz oder völkerrechtlichem Übereinkommen unterschiedlich definiert wird. Nicht jede Benachteiligung ist eine Diskriminierung im Rechtssinn.³⁵ Soweit im Folgenden nicht der rechtliche Diskriminierungsbegriff gemeint ist, werden Umschreibungen verwendet wie z.B. «*Benachteiligung aufgrund des Alters*».

Die Forschungsfrage ist darauf ausgerichtet, zu untersuchen, was in den Bereichen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts getan werden kann, damit ältere Menschen besser in die Arbeitswelt integriert werden beziehungsweise nicht allein aufgrund ihres Alters ausgegrenzt werden.

Daraus folgt, dass es weniger darum geht, zu untersuchen, ob das Anknüpfen an das Alter in einzelnen Bestimmungen wie beispielsweise in Art. 329a Abs. 1 OR diskriminierend ist.³⁶ Ebenso wenig wird untersucht, ob es nun diskriminierend ist, dass das noch geltende Recht für Frauen und Männer ein unterschiedliches Rentenalter in der AHV vorsieht.³⁷

³⁵ Zur Diskriminierung aus rechtlicher Sicht vgl. unten Abschnitt F.

³⁶ Art. 329a Abs. 1 OR gewährt Arbeitnehmern bis zum vollendeten 20. Altersjahr fünf Wochen Ferien und den nachfolgenden Altersgruppen bloss vier Wochen.

³⁷ Art. 21 Abs. 1 lit. a und b AHVG. *De lege ferenda* wird das Rentenalter der Frauen infolge der Abstimmung vom 25. September 2022 (AHV 21) ohnehin an das Rentenalter der Männer von 65 Jahren angeglichen.

§ 2 Forschungsgebiet und Fokus

I. Forschungsgebiet

Aus der Forschungsfrage ergeben sich die Rechtsgebiete, die es zu untersuchen gilt. Dies sind das Arbeitsrecht und das Sozialversicherungsrecht. Dazu bildet die Gesamtheit der arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Normen des für die Schweiz verbindlichen Völkerrechts sowie des Landesrechts, soweit sie entweder Diskriminierungsverbote enthalten oder der Diskriminierungsprävention oder der Inklusion der Älteren dienen,³⁸ einen Corpus. Dieser so definierte Corpus wird im Kontext der vorliegenden Arbeit auch als «*Antidiskriminierungsrecht*» bezeichnet und entspricht dem Forschungsgebiet. Innerhalb des Forschungsgebiets sind folgende Abgrenzungen zu berücksichtigen:

Das *Sozialversicherungsrecht* umfasst nach KIESER jene öffentlich-rechtlichen Normen, die bestimmte Risiken abdecken, wie z.B. Alter, Unfall, Krankheit, Arbeitslosigkeit oder Mutterschaft, und deren Versicherungsträger nicht gewinnorientiert tätig werden.³⁹ Nicht zur Sozialversicherung zählt die Sozialhilfe,⁴⁰ weshalb auf diesen Bereich nicht weiter eingegangen wird.

Aus der Forschungsfrage ergibt sich zudem, dass der Untersuchungsgegenstand in Bezug auf das Arbeitsrecht auf den *privatrechtlichen Teil des Arbeitsrechts* beschränkt ist. Dies macht sowohl eine normative als auch eine materielle Abgrenzung erforderlich.

In normativer Hinsicht werden unter «*Arbeitsrecht*» hier das Völkerrecht und Bundesgesetze im Sinne von Art. 190 BV⁴¹ sowie die jeweiligen Ausführungs- erlasse auf Verordnungsstufe des Bundes verstanden. Keine Berücksichtigung finden folglich das kantonale Recht, privatautonome Regulierungen, allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge sowie Normalarbeitsverträge.

³⁸ Was hier unter Prävention und Inklusion zu verstehen ist, dazu unten im Abschnitt E. § 3.

³⁹ KIESER, Kap. 1 Rn. 13.

⁴⁰ KIESER, Kap. 1 Rn. 12.

⁴¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge sind zwar nach Massgabe von Art. 357 OR in Verbindung mit Art. 1 ff. AVEG⁴² unabhängig von einer Verbandsmitgliedschaft auf die ihrem Geltungsbereich unterstellten Arbeitsverhältnisse unmittelbar anwendbar. Die Verletzung normativer Bestimmungen⁴³ aus allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen wird vom Bundesgericht denn auch als eine Verletzung von Bundesrecht qualifiziert.⁴⁴ Dies ändert jedoch nichts daran, dass solche Bestimmungen keine Gesetzesqualität im Sinne von Art. 190 BV haben, da sie nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden.⁴⁵ Dies mag als spitzfindige Unterscheidung erscheinen. Sie ist allerdings gerechtfertigt, denn es bestehen aktuell Dutzende allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge.⁴⁶ Deren zusätzliche Analyse würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es lässt sich aber immerhin allgemein festhalten, dass die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrags die Wahrung der Rechtsgleichheit und des zwingenden Bundesrechts voraussetzt.⁴⁷

Ebenso wenig werden im Zuge dieser Arbeit Normalarbeitsverträge gemäss Art. 359 ff. OR untersucht. Zwar liegt ihnen im Unterschied zu Gesamtarbeitsverträgen eine Verordnung des Bundes oder des jeweiligen Kantons zugrunde.⁴⁸ Soweit jedoch ein Normalarbeitsvertrag in kantonalem Recht geregelt ist, befindet er sich ohnehin ausserhalb des hier festgelegten Untersuchungsbereichs. Der einzige durch Bundesrecht geregelte Normalarbeitsvertrag, nämlich jener für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, enthält im Übrigen keinerlei Bestimmungen, die einen relevanten Bezug zur hier interessierenden Thematik aufweisen.⁴⁹

⁴² Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956, SR 221.215.311.

⁴³ Siehe die Ausführungen zum Unterschied zwischen normativen, schuldrechtlichen und indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen in GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rn. 803 ff.

⁴⁴ BGer 4A_300/2007/len, Urteil vom 6. Mai 2008, E. 1.

⁴⁵ Statt vieler EPINEY, BS Kommentar BV, Art. 190 Rn. 28.

⁴⁶ Siehe Auflistung allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsverträge in der Schweiz abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Personen/freizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/Gesamtarbeitsvertraege_Normalarbeitsvertraege/Gesamtarbeitsvertraege_Bund/Allgemeinverbindlich_erklaerte_Gesamtarbeitsvertraege.html (zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

⁴⁷ Art. 2 Ziff. 4 AVEG.

⁴⁸ PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 359a Rn. 1.

⁴⁹ Verordnung über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010, SR 221.215.329.4.

Ausgehend von diesen normativen Einschränkungen ist festzulegen, welche Aspekte in materiell-rechtlicher Hinsicht Teil der Untersuchung bilden. Das Arbeitsrecht reguliert die abhängige Arbeit, bei der eine Person im Rahmen eines Subordinationsverhältnisses eine Arbeitsleistung gegen Entgelt erbringt.⁵⁰ Der Begriff «Arbeitsrecht» ist dabei weit zu fassen. Dazu zählen nicht bloss die Bestimmungen aus dem zehnten Titel des Obligationenrechts über den Arbeitsvertrag.⁵¹ Ebenso dazu gehören das Arbeitsgesetz (ArG) mitsamt seinen Bundesverordnungen⁵² sowie z.B. das Weiterbildungsgesetz,⁵³ das Arbeitgeber dazu verpflichtet, Aus- und Weiterbildungen zu begünstigen.⁵⁴

Die vorliegende Arbeit ist schliesslich auf «*privates*» Arbeitsrecht limitiert. Damit entfallen sämtliche öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse, in denen der Staat⁵⁵ unmittelbar als Arbeitgeber auftritt. Im Kontext der vorliegenden Arbeit werden ebenso wenig jene Arbeitsverhältnisse dem privaten Arbeitsrecht zugerechnet, in denen entweder privatrechtlich organisierte öffentliche Unternehmen⁵⁶ oder Einheiten der dezentralen Verwaltung⁵⁷ als Arbeitgeber in Erscheinung treten, soweit sie aufgrund einer staatlichen Aufgabentätigkeit an die Grundrechte gebunden sind.⁵⁸ Dies bedeutet konkret, dass sämtliche bundesrechtlichen, kantonalen und kommunalen personalrechtlichen Bestimmungen ausserhalb des Untersuchungsbereichs dieser Arbeit liegen. Dies gilt selbst dann, wenn diese auf das Obligationenrecht verweisen.

⁵⁰ Statt vieler z.B. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rn. 36.

⁵¹ Art. 319–361 OR.

⁵² Z.B. Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) vom 10. Mai 2000, SR 822.111.

⁵³ Bundesgesetz über die Weiterbildung (WeBiG) vom 20. Juni 2014, SR 419.1.

⁵⁴ Art. 5 Abs. 2 WeBiG.

⁵⁵ Wobei dem Staat die Gemeinwesen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden zugerechnet werden; dazu SCHWEIZER, SG Kommentar BV, Art. 35 Rn. 39.

⁵⁶ Dazu NÖTZLI, Anwendbarkeit OR, S. 308, oder MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 876, die ihre Definition des öffentlichen Unternehmens aus einer im EU-Recht vorhandenen Definition ableiten.

⁵⁷ Vgl. NÖTZLI, Anwendbarkeit OR, S. 311 mit Beispielen.

⁵⁸ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rn. 171.

II. Fokus

1. Diskriminierungsverbot als Schwerpunkt

Der Hauptfokus der vorliegenden Arbeit ist auf Diskriminierungsverbote gerichtet. Diese Gewichtung kommt insbesondere dadurch zum Ausdruck, dass ihr bereits vom Umfang her der grössere Anteil der Arbeit zufällt und im rechtsvergleichenden Teil mit Blick auf das EU-Recht ausschliesslich das Verbot der Altersdiskriminierung in Bezug auf Beschäftigung und Beruf betrachtet wird. Nebst Diskriminierungsverboten werden bezogen auf das Schweizer Recht ausserdem Präventiv- und Inklusionsmassnahmen diskutiert. Diese bilden jedoch nicht den Schwerpunkt der Arbeit.

2. Fokus auf Bedürfnisse älterer Menschen

Altersdiskriminierung ist kein Phänomen, das sich auf eine bestimmte Altersgruppe eingrenzen lässt. Auch junge Menschen können von Altersdiskriminierung betroffen sein. Es gibt aber Unterschiede. Beispielsweise wirkt sich ein Stellenverlust mit fortschreitendem Alter ungleich schwerer aus als in jungen Jahren, da ältere Menschen deutlich mehr Zeit benötigen, um eine Neuansstellung zu finden.⁵⁹ Gleichwohl ist gerade mit Blick auf Diskriminierungsverbote klarzustellen, dass hier kein Diskriminierungsschutz befürwortet wird, der erst ab einem bestimmten Alter greift. Im Gegenteil, alle im Erwerbsleben relevanten Altersgruppen sollen ungeachtet ihres Lebensalters von der im Massnahmenteil geforderten Einführung eines spezialgesetzlichen Diskriminierungsverbots profitieren können.⁶⁰

Die vorliegende Arbeit geht aber vor allem der Frage nach, wie verhindert werden kann, dass ältere Arbeitnehmer Benachteiligungen im Erwerbsleben erfahren. Dies bedeutet auch, dass sich für diese Kategorie andere Untersuchungsfelder auf-tun als für jüngere Menschen. So stellt sich beispielsweise mit Blick auf jüngere Menschen nicht die Frage, ob ihnen eine Erhöhung des Rentenalters oder die Straffung des flexiblen Renteneintritts ein antidiskriminierungsrechtlicher Vorteil verschafft. Solche Sonderfragen betreffen viel eher Menschen, die sich dem Rentenalter nähern.

⁵⁹ Ausführlicher dazu unten C. § 2.

⁶⁰ Zur empfohlenen Einführung eines Antidiskriminierungsgesetzes in Bezug auf das Alterskriterium siehe später I. § 2.

3. Rechtliche Massnahmen

Ziel dieser Arbeit ist es, rechtliche Massnahmen zu entwickeln. Daraus folgt, dass nicht auf den Wert von Sensibilisierungskampagnen eingegangen wird. Nicht Teil der Arbeit sind ausserdem die Folgen von Altersdiskriminierung, die sich ausserhalb des Erwerbslebens realisieren, wie z.B. die Verstetigung altersbedingter Benachteiligungen in Form von tieferen Altersrenten.

§ 3 Forschungsmethodik

I. Allgemein

Das Vorgehen entspricht der üblichen juristischen Methodik: Es werden die Gesetzestexte gestützt auf die Rechtsprechung, die Materialien und die Rechtslehre betrachtet und nach anerkannten juristischen Methoden ausgelegt.⁶¹

Altersdiskriminierung ist ein komplexes, gesellschaftliches Phänomen. Das Recht muss dieser Komplexität mit geeigneten Massnahmen Rechnung tragen. Zentralen Funktionen des Rechts, namentlich der sozialen Integration und Verhaltenssteuerung,⁶² kommt besondere Bedeutung zu. Benachteiligungen aufgrund des Alters sind einer sozialen Integration abträglich. Das Recht kann in solches Fehlverhalten der Gesellschaft eingreifen, indem es versucht, durch geeignete Massnahmen Verhaltensmuster zu durchbrechen und letztlich so zu einem gesellschaftlichen Umdenken beizutragen.⁶³

Die Ergänzung des Rechts um spezifische Massnahmen macht eine Auslegeordnung und Analyse des bestehenden, relevanten Rechts erforderlich. Erst durch den Abgleich der bestehenden Rechtsordnung mit einer idealen, zur sozialen Integration beitragenden und der Verhaltenssteuerung dienenden Sollensordnung werden die Defizite erkennbar, aus denen sich schliesslich die Massnahmen herleiten lassen.

⁶¹ Vgl. Art. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210, sowie weiterführend zur Methodenlehre im Allgemeinen z.B. KRAMER, Methodenlehre, S. 39 ff.

⁶² Vgl. RAISER, S. 187 f.

⁶³ Vgl. COTTERRELL, S. 44 ff.

Kernelement der vorliegenden Betrachtungen bildet ein Untersuchungsraaster. Es orientiert sich am Ideal einer vollkommenen Rechtsordnung, welche die Gesellschaft von Altersdiskriminierung im Erwerbsleben befreien will, und gibt dazu vor, auf welche Aspekte zu achten ist. Dazu berücksichtigt das Untersuchungsraaster Erkenntnisse darüber, wie und allenfalls warum es zu Benachteiligungen aufgrund des Alters kommt.⁶⁴

II. Rechtsvergleich zum EU-Recht

Gemäss der in der Lehre zur Rechtsvergleichung etablierten funktionalen Methode dient die Rechtsvergleichung der Erkenntnisgewinnung darüber, wie unterschiedliche Rechtsordnungen ein konkretes Problem angehen.⁶⁵ Fremdes Recht kann dabei dem inländischen Recht als Inspirationsquelle dienen, insbesondere wenn es darum geht, Lösungen zur Bewältigung gesellschaftlicher Probleme zu entwickeln.

Der Vergleichsmaassstab ist folglich die Funktion, die Vorschriften aus einer bestimmten Rechtsordnung als Remedur für ein bestimmtes Problem bereitstellen.⁶⁶ Es ist daher nicht danach zu suchen, was man aus seiner eigenen Rechtsordnung bereits kennt, sondern es ist die zu vergleichende Rechtsordnung hinsichtlich der jeweiligen Problemstellung als Ganzes zu betrachten. Der Rechtsvergleich in dieser Forschungsarbeit orientiert sich an dieser Methode.

Dem Rechtsvergleich werden im Rahmen dieser Forschungsarbeit jedoch zwei wesentliche Schranken gesetzt: Er beschränkt sich auf Diskriminierungsverbote einerseits und auf das Verfassungsrecht der Schweiz andererseits.

Erste Einschränkung betreffend Diskriminierungsverbote: Es wird gezeigt, dass Diskriminierungen aufgrund des Alters auf unterschiedliche Weise und auf mehreren Ebenen bekämpft werden können. Diskriminierungsverbote sind nur ein Teil einer ernstzunehmenden Antidiskriminierungsstrategie. Wollte man nun den Rechtsvergleich innerhalb der beiden Rechtsordnungen der EU und der Schweiz auf alle Felder ausdehnen, die für sich einen aktiven Teil im Räderwerk einer

⁶⁴ Zum Raster und zu dessen Entwicklung dazu unten Abschnitt E.

⁶⁵ Vgl. MICHAELS, S. 346; SAMUEL, S. 175 f.; SIEMS, S. 25; RUSCH, Rn. 2; ebenso ZWEIGERT/KÖTZ, S. 33 f.; zu den verschiedenen Methoden Funktionalismus, Strukturalismus und Hermeneutik SAMUEL, S. 65–120; für eine detaillierte Darstellung der verschiedenen Unterarten des Funktionalismus MICHAELS, S. 348–367.

⁶⁶ MICHAELS, S. 386 f.

funktionierenden Antidiskriminierungsstrategie beanspruchen, drohte die vorliegende Arbeit an einer selbstaufgelegten Uferlosigkeit zu scheitern. Es drängt sich daher auch im Bereich des Rechtsvergleichs auf, die Betrachtungen auf Diskriminierungsverbote einzuschränken. Diese Limitierung bricht nicht mit der oben beschriebenen Funktionsmethode, denn auch ein so genannter «Mikro-Ansatz», bei dem ein ganz spezifisches Rechtsgebiet einem Rechtsvergleich unterzogen wird, gilt als mit der Funktionsmethode vereinbar.⁶⁷

Die Limitierung des Vergleichs auf Diskriminierungsverbote rechtfertigt sich auch daher, weil Diskriminierungsverbote einen zentralen Pfeiler in der Bekämpfung von Altersdiskriminierung bilden und damit wichtiger Teil des Lösungsansatzes sind. Dabei sind Diskriminierungsverbote ganz unterschiedlich konzipiert, ja selbst der Diskriminierungsbegriff variiert.⁶⁸ Angesichts dieser verschiedenartigen Konzeptionen nur schon innerhalb von Diskriminierungsverboten werden die Diskriminierungsverbote nach einheitlichen, abstrakten Gesichtspunkten analysiert. Dadurch sollen Unterschiede sichtbar und eine Vergleichbarkeit ermöglicht werden.

Zweite Einschränkung betreffend das Schweizer Verfassungsrecht: Im Rahmen eines Rechtsvergleichs wird eine nationale Rechtsordnung üblicherweise nicht mit supranationalem Recht verglichen. Vielmehr werden verschiedene nationale Rechtsordnungen betrachtet.⁶⁹ Das EU-Recht ist supranationales Recht, das sich so gesehen einem Rechtsvergleich entziehen würde. Aufgrund seines Vorrangs vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten nimmt das EU-Recht jedoch eine Sonderstellung ein, so dass das Recht der EU dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten vergleichbar ist.⁷⁰ Folglich drängt sich ein Vergleich des EU-Rechts mit dem Verfassungsrecht der Schweiz auf. Die Begrenzung des Rechtsvergleichs auf das Verfassungsrecht nimmt zwar in Kauf, dass gerade die Umsetzung des Verfassungsrechts auf Gesetzesstufe und damit die konkreten Antworten der nationalen Rechtsordnung auf die Problematik der Altersdiskriminierung ausgeblendet werden. Jedoch sprengte es den Rahmen dieser Arbeit, die Umsetzung in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU zu untersuchen. Im Verlauf dieser Arbeit wird hingegen gezeigt, dass die Umsetzung des Schweizer Verfassungsrechts in puncto Diskriminierung ungenügend, mindestens

⁶⁷ Vgl. SAMUEL, S. 50 mit diversen Vorbehalten.

⁶⁸ Grundsätzliches dazu im Abschnitt F. § 4. f.

⁶⁹ SIEMS, S. 15.

⁷⁰ Zum Vorrang des EU-Rechts siehe den späteren Abschnitt unter H. § 2. III. 1.

aber lückenhaft ist,⁷¹ und es fragt sich daher umso mehr, ob vergleichbares «EU-Verfassungsrecht» bessere Lösungen bereithält, von der sich die Schweiz inspirieren lassen könnte. Dieser Vergleich mit dem Recht der Europäischen Union drängt sich erst recht auf, weil die Länder Mitteleuropas sowohl historisch als auch kulturell verwandt sind und mit ähnlichen demographischen Herausforderungen konfrontiert sind.⁷²

Durch einen solchen Rechtsvergleich und mit den daraus gewonnenen Erkenntnissen werden Grundlagen geschaffen für eine Verbesserung des bestehenden Rechts oder – alternativ – für eine Empfehlung zum autonomen Nachvollzug des Rechts der Europäischen Union.⁷³ Das Schweizer Gleichstellungsgesetz⁷⁴ ist im Übrigen ein Beispiel solchen autonomen Nachvollzugs.⁷⁵

§ 4 Aufbau der Arbeit

Zunächst wird die Ausgangslage in Bezug auf ältere Personen sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher und politischer Hinsicht dargelegt.⁷⁶ Es folgen darauf einige allgemeine Ausführungen zum Thema Gerechtigkeit und zu seinem Zusammenspiel mit Gleichheit und Diskriminierungsverboten, aus denen ein Gerechtigkeitsverständnis hervorgeht, das sich auf das im Massnahmenteil entwickelte Modell eines spezialgesetzlichen Diskriminierungsverbots auswirkt.⁷⁷

Anschliessend wird ein Untersuchungsraaster entwickelt, an dem die Betrachtungen zum Schweizer Recht sowie die Entwicklung der Massnahmen ausgerichtet werden. Die Erarbeitung rechtlicher Massnahmen setzt ein grundlegendes Ver-

⁷¹ Vgl. dazu das Zwischenfazit zum Thema Diskriminierungsverbot im Schweizer Recht im Abschnitt unter G. § 3. IV.

⁷² Eurostat, Demographic change in Europe, Country Factsheets.

⁷³ RUSCH, Rn. 7.

⁷⁴ Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG) vom 24. März 1995, SR 151.1.

⁷⁵ ENGLARO, S. 313 ff.; PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1105 mit weiteren Hinweisen.

⁷⁶ Siehe dazu die Ausführungen zur Ausgangslage im Abschnitt C.

⁷⁷ Zu den Ausführungen betreffend Gerechtigkeit, Gleichheit und Diskriminierungsverboten siehe Abschnitt unter D. Mit Blick auf die Einführung eines spezialgesetzlichen Diskriminierungsverbots siehe Abschnitt unter I. § 2.

ständnis darüber voraus, wie und warum Benachteiligungen aufgrund des Alters entstehen.⁷⁸ Daher wird auch auf das Phänomen *Ageism* eingegangen.⁷⁹ Basierend darauf werden jene Aspekte festgelegt, die dem Untersuchungsrastrer zugrunde zu legen sind.⁸⁰

Weiter werden der Diskriminierungsbegriff im allgemeinen Rechtssinn und die unterschiedlichen Erscheinungsformen von Diskriminierungen erörtert. Ebenso werden verschiedene Konzepte von Diskriminierungsverboten dargelegt.⁸¹ Im Anschluss daran werden das Schweizer Antidiskriminierungsrecht sowie die einschlägigen Diskriminierungsverbote im EU-Recht gewürdigt.⁸² Gestützt auf die Erkenntnisse aus dieser Vorarbeit werden abschliessend die empfohlenen, rechtlichen Massnahmen entwickelt.⁸³

⁷⁸ Vgl. VOSS/BODNER/ROTHERMUND, S. 12.

⁷⁹ Siehe dazu die Ausführungen zu *Ageism* im Abschnitt E. § 2. II.

⁸⁰ Dazu im Abschnitt E. § 3.

⁸¹ Zum Diskriminierungsbegriff, zu den unterschiedlichen Diskriminierungsformen sowie den verschiedenen Konzeptionen für Diskriminierungsverbote siehe unten Abschnitt F.

⁸² Zum Schweizer Recht siehe Abschnitt G; betreffend das EU-Recht siehe den Abschnitt unter H.

⁸³ Siehe dazu den Massnahmenteil im Abschnitt I.

C. Ausgangslage

§ 1 Alterung als individueller Vorgang

Das allgemeine Vorurteil, wonach die Leistungsfähigkeit älterer Personen gegenüber der jüngerer Personen geringer ist,⁸⁴ erweist sich als Trugschluss. Das kalendarische Alter, also jene seit der Geburt verbrachte Lebenszeit, bietet keinen zuverlässigen Indikator für die tatsächliche Leistungsfähigkeit des Individuums.⁸⁵ Die Alterung ist ein individueller Vorgang und dementsprechend ist auch die Leistungsfähigkeit im Alter jeweils ganz unterschiedlich.⁸⁶

Dies gilt gerade auch für die kognitive Leistungsfähigkeit, die grundsätzlich bis ins hohe Alter mit jener junger Personen vergleichbar ist.⁸⁷ Verschiedene Faktoren, wie z.B. Ausbildung, Ernährung, körperliche Aktivität oder die Art der Arbeitstätigkeit, beeinflussen die Entwicklung der beruflichen Leistungsfähigkeit.⁸⁸ Sie kann durch Stress und Monotonie oder einen ungesunden Lebensstil bereits in jungen Jahren beeinträchtigt werden.⁸⁹ Vieles hängt somit davon ab, welchen Lebensstil das Individuum pflegt, aber auch davon, wie die Arbeitsbedingungen gestaltet sind.

Insgesamt lässt sich jedenfalls nicht sagen, ältere Arbeitnehmer seien *ipso facto* wegen ihres Alters in ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit im Vergleich zu ihren jüngeren Berufskollegen eingeschränkt.⁹⁰

⁸⁴ Dieses Vorurteil ist gut belegt, siehe dazu insbesondere KRINGS/KLUGE, S. 135 f. mit weiteren Hinweisen; AXHAUSEN/RÖHRIG, S. 73; HÖPFLINGER/STUCKELBERGER, S. 64 f.; LEV/WURM/AYALON, S. 53 f. ebenfalls mit zahlreichen weiteren Hinweisen, oder NAEGELE/DE TRAVENIER/HESS, S. 73 f. wiederum mit vielen Hinweisen.

⁸⁵ Vgl. MÜHLENBROCK, S. 8.

⁸⁶ Siehe dazu insbesondere MÜHLENBROCK, S. 6 ff. mit zahlreichen weiteren Hinweisen aus der Wissenschaft.

⁸⁷ Vgl. KÜHNERT/IGNATZI, S. 77 ff. und insbesondere S. 87; MACHE/HARTH, S. 287.

⁸⁸ KÜHNERT/IGNATZI, S. 87; MACHE/HARTH, S. 288, oder AXHAUSEN/RÖHRIG, S. 74; MÜHLENBROCK, S. 8 f.

⁸⁹ Zum Aspekt der kognitiven Leistungsfähigkeit MACHE/HARTH, S. 288; allgemein MÜHLENBROCK, S. 8 ff. sowie S. 21.

⁹⁰ NG/FELDMAN, S. 395; betreffend kognitive Leistungsfähigkeit MACHE/HARTH, S. 288.

§ 2 Benachteiligungen

Datenerhebungen des SECO und der OECD indizieren, dass ältere Menschen im Arbeitsmarkt benachteiligt werden. Zwar weist die Schweiz im OECD-Ländervergleich für das Jahr 2021 mit 72,3 % eine der höchsten Beschäftigungsquoten für Menschen im Alter zwischen 55 und 64 Jahren aus.⁹¹ Dennoch gestaltet sich die Stellensuche älterer Personen ungleich schwieriger als die jüngerer.⁹² Dies zeigt sich deutlich an der Taggeldbezugsdauer bei der Arbeitslosenversicherung. Diese beträgt bei den 63- bis 64-Jährigen im Schnitt zwölf Monate, während 25- bis 34-Jährige diese im Schnitt während 6,1 Monaten in Anspruch nehmen.⁹³ Den Befund schlechterer Anstellungschancen älterer Stellensuchender im Vergleich zu jüngeren bestätigt ausserdem auch unmittelbar auf den Schweizer Arbeitsmarkt bezogene Forschungsliteratur.⁹⁴

Auffällig ist zudem die deutlich höhere Beschäftigungsquote jener aus der Altersgruppe der 25- bis 54-Jährigen, die sich im Zeitraum von 2011 bis 2020 im Bereich von 90 % und darüber bewegte, während jene der 56- bis 64-Jährigen lediglich 76,5 % betrug.⁹⁵ Die Ursachen dieser Diskrepanz sind mannigfaltig. Laut SECO werden als Hauptgründe für das Ausscheiden der Angehörigen aus der

⁹¹ OECD-Statistik zur Beschäftigungsquote der Schweiz nach Altersgruppe für die Altersgruppe der 55–64-Jährigen unter: <https://data.oecd.org/emp/employment-rate-by-age-group.htm#indicator-chart> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023). Allerdings ist festzustellen, dass der über lange Jahre anhaltende Trend einer zunehmenden Beschäftigungsquote in dieser Altersgruppe nunmehr einen Rückschlag erlitten hat: Wuchs die Beschäftigungsquote ab 2011 von 69,9 % bis 2020 auf 76,5 % an, ist sie nun binnen eines Jahres um mehr als 4 % geschrumpft (OECD Labour Force Statistics 2021, S. 147). Auch die Altersgruppe der 25–54-Jährigen hat binnen eines Jahres mit einer Beschäftigungsquote im Jahr 2021 von 86 % rund 4 % der bisherigen Quote eingebüsst (vgl. für die Jahre 2011–2020 OECD Labour Force Statistics 2021, S. 147, und für das Jahr 2021 die OECD-Statistik zur Beschäftigungsquote der Schweiz nach Altersgruppe für die Altersgruppe der 25–54-Jährigen unter: <https://data.oecd.org/emp/employment-rate-by-age-group.htm#indicator-chart>, zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

⁹² Bereits ab 45 Jahren besteht ein erhöhtes Risiko einer Langzeitarbeitslosigkeit, siehe dazu LIECHTI/MORLOK/SIEGENTHALER, S. 15. Zur Arbeitslosigkeit und zur Gefahr der Aussteuerung im Alter von 50 plus siehe WIRZ/BAUER/PORTENIER, S. 35.

⁹³ SECO Arbeitsmarktindikatoren für ältere Arbeitnehmer 2021, S. 19.

⁹⁴ OESCH, Discrimination in the hiring of older jobseekers, S. 8 f.; siehe auch zu Altersobergrenzen in Stelleninseraten BUCHS/GNEHM, S. 1 ff.

⁹⁵ OECD Labour Force Statistics 2021, S. 147.

Altersgruppe der 55- bis 64-Jährigen der vorzeitige Ruhestand (27 %), persönliche Gründe beziehungsweise Verpflichtungen (22 %) und Dauerinvalidität (20 %) angegeben.⁹⁶ Es lässt sich nun darüber spekulieren, ob ältere Arbeitnehmer eher noch als jüngere Berufskollegen beispielsweise Restrukturierungen zum Opfer fallen und dabei in den vorzeitigen Ruhestand gedrängt werden.

Ein weiteres Problem ist darin zu sehen, dass arbeitgeberseitig unterstützte Weiterbildungen bereits ab 35 Jahren rückläufig sind, so dass schliesslich ab 55 Jahren nur noch 55 % der Erwerbstätigen durch Arbeitgeber gefördert werden.⁹⁷ Bei diesen Zahlen bleibt freilich unklar, woran es tatsächlich liegt, dass mit zunehmendem Alter die von Arbeitgebern geförderten Weiterbildungen abebben. Es ist denkbar, dass der Arbeitgeber keine Unterstützung bieten will oder umgekehrt dass der ältere Arbeitnehmer gar keine Weiterbildung antreten möchte, weil er von sich selbst meint, er sei zu alt dafür. Es gibt aber auch Anzeichen dafür, dass Diskriminierungen ältere Arbeitnehmer von der Teilnahme an Weiterbildungen abhalten.⁹⁸

§ 3 Folgen

Die Benachteiligung älterer Arbeitnehmer sowie das gemessen an der durchschnittlichen Lebenserwartung tiefe Rentenalter tragen zum Erodieren der bestehenden Altersvorsorge in der ersten Säule bei. Dies, weil die ab dem ordentlichen Rentenalter verbleibende durchschnittliche Restlebenserwartung stetig zunimmt und sich aufgrund des Geburtenrückgangs das Verhältnis zwischen Erwerbstätigen und Pensionierten (Altersquotient) so verändert, dass immer weniger Erwerbstätige die Renten der Pensionierten finanzieren.⁹⁹

Eine weitere Folge sind die erheblichen Kosten der Arbeitsämter für die Wiedereingliederung älterer Personen in den Arbeitsmarkt. 2017 schlugen die Kosten

⁹⁶ SECO Arbeitsmarktindikatoren für ältere Arbeitnehmer 2021, S. 10.

⁹⁷ Vgl. BFS Kennzahlen Weiterbildung Schweiz 2016, S. 14; ebenso allgemein dazu LÖSSBROEK/RADL, S. 2171 f., sowie zur niedrigen Teilnahmequote von Personen ab 55 Jahren an beruflichen Weiterbildungen siehe OECD Retaining Talent at All Ages, S. 77 ff.

⁹⁸ OECD Retaining Talent at All Ages, S. 87 mit weiteren Hinweisen; siehe auch REHBERG/MOSER, S. 75.

⁹⁹ GÄCHTER, Rentenalter, S. 424; vgl. Botschaft Reform Altersvorsorge 2020, BBl 2015 1 ff. Ziff. 1.6.1.

für arbeitsmarktliche Massnahmen für ab 45-Jährige mit 239 Millionen CHF zu Buche. Sie machten mehr als $\frac{1}{3}$ aller Kosten für arbeitsmarktliche Massnahmen aus und sind bei einer Pro-Kopf-Betrachtung bei den 55- bis 59-Jährigen am höchsten.¹⁰⁰

Schliesslich resultiert das Ausscheiden älterer Personen aus dem Arbeitsmarkt in einem Verlust von Humankapital. Dieser Verlust verschärft sich dabei einerseits durch den Renteneintritt grosser Geburtenjahrgänge (Baby-Boomer) und andererseits durch den Geburtenrückgang, aufgrund dessen das austretende Personal längerfristig nicht mehr ausreichend durch nachrückende Jahrgänge ersetzt werden kann. Hochrechnungen gehen davon aus, dass zwischen 2022 und 2029 etwa 690'000 Erwerbstätige infolge Pensionierung aus dem Erwerbsleben ausscheiden werden, während für die gleiche Zeitspanne mit deutlich weniger jungem Nachfolgepersonal gerechnet wird.¹⁰¹

§ 4 Recht und Politik

In der Schweiz besteht auf Verfassungsstufe mit Art. 8 Abs. 2 BV ein Diskriminierungsverbot, in dem sich auch das Alterskriterium als verpöntes Unterscheidungsmerkmal findet. Das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot entfaltet jedoch keine unmittelbare Wirkung unter Privaten und es existiert bezogen auf das Alterskriterium derzeit kein allgemeines zivilrechtliches Antidiskriminierungsgesetz, durch welches das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot konkretisiert würde.¹⁰² Das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot wird daher in Bezug auf das Alterskriterium nur so weit realisiert, als einschlägiges Zivilrecht verfassungskonform ausgelegt wird.¹⁰³

¹⁰⁰ SECO Faktenblatt ältere Stellensuchende, S. 7 f.

¹⁰¹ ZUMBÜHL/CARNAZZI WEBER, S. 16–17.

¹⁰² Zur Wirkung siehe die Ausführungen unter G. § 2.

¹⁰³ Zur indirekten Wirkung ausführlicher unter G. § 2. III.

All dies gab auf politischer Ebene schon mehrfach Anlass zu verschiedenen parlamentarischen Vorstössen.¹⁰⁴ Noch zu Beginn der Jahrtausendwende vertrat der Bundesrat sinngemäss, das bestehende Zivilrecht biete einen hinreichenden Schutz vor Diskriminierung im Bereich des Erwerbslebens.¹⁰⁵ Angesichts der Ergebnisse einer gestützt auf das Postulat von Martin Naef¹⁰⁶ in Auftrag gegebenen Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR)¹⁰⁷ räumte der Bundesrat später immerhin ein, dass im Bereich des Privatrechts Lücken bestehen, worauf insbesondere die geringe Zahl der Gerichtsfälle zu Diskriminierungsproblemen hindeutete.¹⁰⁸ Dennoch verwarf er die in der Studie abgegebene Empfehlung zur Einführung eines privatrechtlichen Diskriminierungsverbotes im Zivilgesetzbuch.¹⁰⁹ Seine ablehnende Haltung begründete der Bundesrat damit, dass mit der Einführung eines zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots Erwartungen geschürt worden wären, die nicht vollständig hätten erfüllt werden können. Ausserdem – so der Bundesrat weiter – käme ein solches Verbot einem Diskriminierungsgesetz nahe, das bisher immer vom Parlament abgelehnt worden sei.¹¹⁰

¹⁰⁴ Z.B. Einfache Anfrage Paul Rechsteiner 02.1050, «Diskriminierung aufgrund des Alters» vom 17. April 2002; Motion Josef Zisyadis 06.3082, «Bundesgesetz gegen Diskriminierung» vom 22. März 2006; Parlamentarische Initiative Paul Rechsteiner 07.422, «Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz» vom 23. März 2007; Interpellation Bea Heim 09.3242, «Diskriminierungsschutz» vom 20. März 2009; Postulat Martin Naef 12.3543, «Bericht zum Recht auf Schutz vor Diskriminierung» vom 14. Juni 2012; Postulat Paul Rechsteiner 14.3569, «Nationale Konferenz zum Thema der älteren Arbeitnehmenden» vom 19. Juni 2014; Postulat Claude Béglé 16.3153, «Bekämpfung der Altersdiskriminierung, um die Erwerbstätigkeit von Seniorinnen und Senioren zu fördern» vom 17. März 2016.

¹⁰⁵ Antwort des Bundesrats zu EA Rechsteiner (02.1050), Altersdiskriminierung, 2002; Stellungnahme des Bundesrats zur IP Heim (09.3242), Diskriminierungsschutz, 2009.

¹⁰⁶ Postulat Naef (12.3543), Bericht Diskriminierungsschutz, 2012.

¹⁰⁷ Vgl. KÄLIN/LOCHER, S. 1 ff.

¹⁰⁸ Bericht des Bundesrats zu Postulat Naef (12.3543), 2016, S. 2.

¹⁰⁹ Bericht des Bundesrats zu Postulat Naef (12.3543), 2016, S. 17; zur Empfehlung in der genannten Studie siehe KÄLIN/LOCHER, S. 102. KÄLIN/LOCHER rieten hingegen von der Einführung eines allgemeinen zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes, das an Stelle bestehender Spezialgesetzgebung treten sollte, explizit ab (vgl. KÄLIN/LOCHER, S. 104).

¹¹⁰ Bericht des Bundesrats zu Postulat Naef (12.3543), 2016, S. 17.

Zurückgehend auf ein Postulat von Paul Rechsteiner¹¹¹ wurde 2015 die «Nationale Konferenz zum Thema ältere Arbeitnehmende»¹¹² lanciert und anschliessend in die schon seit 2011 bestehende Fachkräfteinitiative integriert.¹¹³ Unter anderem angesichts des sich abzeichnenden demographischen Wandels sollten durch die Nationale Konferenz Impulse gesetzt werden, um dem drohenden Fachkräftemangel entgegenzuwirken.¹¹⁴ Die Nationale Konferenz definierte mit den Themenfeldern Bildung, Wiedereingliederung, Altersvorsorge und Sensibilisierung vier Massnahmenbereiche, in denen Schwerpunkte gesetzt wurden, um mittels Fördermassnahmen die Partizipation älterer Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt massgeblich zu verbessern.¹¹⁵ Im Rahmen des bundesrätlichen Impulsprogramms wurden in der Folge diverse Massnahmen zur Aktivierung des inländischen Arbeitskräftepotentials definiert.¹¹⁶ Von diesen Massnahmen profitieren auch ältere Personen.¹¹⁷ Die Massnahmen aus dem Impulsprogramm sind allerdings nicht von Dauer und werden einstweilen nur noch bis Ende 2024 weitergeführt.¹¹⁸

Die Nationale Konferenz wurde zwischenzeitlich nach ihrer sechsten Durchführung im Jahr 2021 abgeschlossen. In ihrem Schlussbericht zog sie insgesamt eine positive Bilanz. Es sei ihr gelungen – so der Schlussbericht –, Massnahmen in die Wege zu leiten, die den Grundstein für die «[...] Sicherstellung von Rahmenbedingungen für eine optimale Erwerbsintegration älterer Arbeitnehmender [...]» legten, und sie habe überdies die Öffentlichkeit und Politik für die Thematik zu sensibilisieren vermocht.¹¹⁹ Tatsächlich hat sich die Arbeitsmarktbeteiligung der 55- bis 64-Jährigen seit 2015 verbessert.¹²⁰

Der Beitrag der Nationalen Konferenz und der daran beteiligten Akteure ist ein unverzichtbar wertvoller. Sie sind Urheber zahlreicher wegweisender Impulse.

¹¹¹ Postulat Rechsteiner (14.3569), Nationale Konferenz zum Thema der älteren Arbeitnehmenden, 2014.

¹¹² Fortan «Nationale Konferenz».

¹¹³ Schlussbericht des Bundesrats zur Fachkräfteinitiative, S. 13.

¹¹⁴ Schlussbericht des Bundesrats zur Fachkräfteinitiative, S. 4.

¹¹⁵ Schlussbericht des Bundesrats zur Fachkräfteinitiative, S. 13, sowie SECO Schlussbericht Nationale Konferenz, S. 3.

¹¹⁶ SECO Faktenblatt Fördermassnahmen; Näheres zum Impulsprogramm im Abschnitt G. § 5. V. 1.

¹¹⁷ SECO Faktenblatt Fördermassnahmen, z.B. Massnahmen 3–6.

¹¹⁸ Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. November 2020.

¹¹⁹ SECO Schlussbericht Nationale Konferenz, S. 8.

¹²⁰ SECO Schlussbericht Nationale Konferenz, S. 7 f.

Hervorzuheben sind etwa die kostenlose Standortbestimmung für Erwachsene ab dem 40. Altersjahr,¹²¹ die Anrechnung von Bildungsleistungen in der beruflichen Grundbildung,¹²² die Förderung kantonaler Projekte zur verbesserten Wiedereingliederung von älteren Stellensuchenden¹²³ sowie das Pilotprojekt im Bereich arbeitsmarktlicher Massnahmen «*Supported Employment*»¹²⁴.

Am Massnahmenkatalog im Schlussbericht zur Nationalen Konferenz fällt allerdings auf, dass Algorithmen, von denen insbesondere in der Rekrutierungsphase ein beachtliches Diskriminierungspotential ausgeht,¹²⁵ offenbar kein spezielles Augenmerk gewidmet wurde.¹²⁶ Stattdessen wurden erhebliche Anstrengungen zur Analyse von Stelleninseraten hinsichtlich expliziter und impliziter Altersgrenzen unternommen.¹²⁷ Dies ist nach hier vertretener Auffassung ein Defizit der Nationalen Konferenz.

§ 5 Zwischenfazit

Das kalendarische Alter gibt keinen Aufschluss über die berufliche Leistungsfähigkeit des Einzelnen. Gleichwohl sehen sich ältere Menschen im Erwerbsleben mit Vorurteilen konfrontiert und fallen dadurch diskriminierenden Praktiken zum Opfer. Die ungleich längere Dauer, den der ältere Teil der Erwerbsbevölkerung bei der Suche nach einer Neuanstellung aufwenden muss, scheint dies jedenfalls zu belegen. Der daraus entstehende gesamtgesellschaftliche Schaden ist beträchtlich.

Die Problematik wurde in der Politik erkannt und es wurden verschiedene Initiativen ergriffen, um die Arbeitsmarktchancen älterer Menschen zu verbessern. Die ergriffenen Massnahmen sind allerdings nicht von Dauer. Ein spezialgesetzliches Regelwerk, das Altersdiskriminierung verbietet, wurde bislang abgelehnt.

¹²¹ SECO Schlussbericht Nationale Konferenz, S. 5.

¹²² SECO Schlussbericht Nationale Konferenz, S. 5.

¹²³ SECO Schlussbericht Nationale Konferenz, S. 7.

¹²⁴ SECO Schlussbericht Nationale Konferenz, S. 7.

¹²⁵ Dazu ausführlicher im Abschnitt unter E. § 2. III.

¹²⁶ Anhang zum SECO Schlussbericht Nationale Konferenz.

¹²⁷ SECO Schlussbericht Nationale Konferenz, S. 5.

D. Gerechtigkeit, Gleichheit und Diskriminierungsverbote

§1 Allgemein

In diesem Abschnitt folgen einige grundsätzliche Gedanken zu den Themen Gerechtigkeit, Gleichheit und Diskriminierungsverbot. Zum Einstieg wird verwiesen auf einen Beitrag der NZZ vom 6. Oktober 2022 mit der Überschrift «*Gleichberechtigt heisst nicht gleich*». ¹²⁸ Der Beitrag handelte von der zur Zeit vieldiskutierten Inklusion. Darin wurde einleitend rhetorisch danach gefragt, ob Männern der Zutritt in eine exklusiv für Frauen bestimmte Badeanstalt («Frauenbadi») gewährt werden sollte. Die Frage ist deshalb so pikant, weil der ausschliesslich den Frauen vorbehaltene Eintritt auf dem (wohl berechtigten) Bedürfnis gründet, sich Männerblicken zu entziehen. Der Provokateur wird nun rufen: «*Aber sind Männer und Frauen nicht gleich und verdienen sie es etwa nicht, stets gleich behandelt zu werden?*»

Man nehme nun dasselbe Beispiel und ersetze das Geschlechterkriterium durch das Alterskriterium. Wäre es richtig, den Zutritt zu einer grundsätzlich allen offenstehenden Badeanstalt bestimmten Menschen vorzuenthalten und dabei zur Begründung achselzuckend auf das Eintrittsschild hinzuweisen, auf dem es heisst: «*Kein Eintritt ab 85 Jahren*»? Auch hier kann kräftig gerufen werden: «*Auch alte Menschen sind Menschen und verdienen es, immer gleich behandelt zu werden.*» Oder ein anderes Beispiel: Wäre es richtig, Menschen ab einer festgelegten Altersgrenze von bestimmten medizinischen Behandlungen auszuschliessen? ¹²⁹ Ist es gerecht, ältere Bewerber bei der Stellensuche zu benachteiligen? Nicht immer ist die Ungerechtigkeit offensichtlich, denn reflexartig wird der eine oder andere mit einem entschlossenen «*Nein, aber*» zu einer Rechtfertigung der Andersbehandlung ausholen. Die Rechtfertigung steht gerade in Fällen von Diskriminierung am Ende einer langen Kette wichtiger Überlegungen, die bedauerlicherweise oft übersehen werden.

Die Überschrift des eingangs erwähnten NZZ-Beitrags stösst diese Überlegungen im Kern an. Gleichheit und Diskriminierungsverbote sind ein Geschwisterpaar, über die die Gerechtigkeit ihre elterliche Aufsicht übt. Alle drei stehen in einer

¹²⁸ NZZ vom 6. Oktober 2022.

¹²⁹ Betreffend Altersgrenzen in Triagerichtlinien SCHWESTERMANN/TOBLER, Rn. 1 ff.

wechselseitigen Beziehung zueinander: Das Gerechtigkeitsverständnis füllt den Gleichheitsbegriff aus und konkretisiert den Inhalt von Diskriminierungsverboten. Umgekehrt kann es keine Gerechtigkeit ohne den Grundsatz der Gleichheit geben.

Die nachstehenden Ausführungen befassen sich mit dieser wechselseitigen Beziehung zwischen Gerechtigkeit (§ 2), Gleichheit (§ 3) und Diskriminierungsverboten (§ 4) sowie dem Verhältnis zwischen Freiheit und Diskriminierungsverboten (§ 5). Abschliessend werden die wesentlichen Erkenntnisse aus diesem Abschnitt in einem Zwischenfazit zusammengefasst (§ 6).

§ 2 Gerechtigkeit

Zwischen Gerechtigkeit und Gleichheit besteht ein enger Zusammenhang.¹³⁰ Dieser Gedanke geht unter anderem auf die Nikomachische Ethik von Aristoteles zurück, worin er sich mit der Gerechtigkeit und Gleichheit befasste. In seinen Ausführungen darüber, was das Gerechte ausmacht, stellte er unter anderem fest:

«Daher kommen die Streitigkeiten und Prozesse, dass entweder Gleiche Ungleiches oder Ungleiches Gleiches haben und zugeteilt erhalten.»¹³¹

Aus Aristoteles' Überlegungen zur Gerechtigkeit geht insgesamt hervor, dass Ungerechtigkeit dort entsteht, wo Gleichheit und Ungleichheit nicht gewürdigt werden.¹³² Daraus wird der bekannte Aphorismus abgeleitet, wonach gerecht ist, wenn Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt wird.¹³³ Dieser Gleichheitssatz

¹³⁰ RAWLS, S. 547, der Gleichheit als den Grund nennt, weshalb Menschen nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit zu behandeln sind; siehe auch GOSEPATH, S. 108; KIRSTE, S. 169; MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 34 Rn. 1 ff.; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 8 Rn. 5.

¹³¹ ARISTOTELES, Fünftes Buch, 1131 a 20–24.

¹³² Vgl. ARISTOTELES, Fünftes Buch, 1131 a 10–24.

¹³³ Der Gleichheitssatz wird oft als inhaltsleer kritisiert, denn er gibt keine Antwort darauf, was nun gleich ist und was nicht (BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 8 Rn. 10; WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 24; siehe auch den Überblick über die Kritik am Gleichheitssatz in TOBLER, Indirect Discrimination, S. 21 f.). Dabei wird nach hier vertretener Ansicht übersehen, dass der Gleichheitssatz Gleichheit nicht definieren will. Er formuliert vielmehr eine Prämisse der Gerechtigkeit. Eine Formel ist im Übrigen nicht dann schon inhaltsleer, wenn die Variablen noch nicht eingesetzt sind, denn der Kerngehalt der Formel bleibt dennoch gültig.

bildet sowohl in der Schweizer Rechtsordnung als auch in jener der EU den Ausgangspunkt einer Gerechtigkeitsvorstellung basierend auf Gleichheit.¹³⁴

Der Aphorismus sagt inhaltlich jedoch nichts darüber aus, welcher Zustand als gerecht anzusehen ist. In der modernen Philosophie wird grundsätzlich eine *soziale* Gerechtigkeit angestrebt.¹³⁵ Dabei wird davon ausgegangen, dass bestimmte gesellschaftliche Güter gerecht zu verteilen und ungerechte Verteilungen zu korrigieren sind.¹³⁶ Dadurch wird letztlich eine Ergebnisgleichheit in dem Sinne befürwortet, wonach durch eine effiziente Verteilung alle gleichermassen in einen maximierten Genuss an den Verteilgütern gelangen.¹³⁷ Zu den Verteilgütern zählen nach RAWLS auch Chancen.¹³⁸ Die Chancengleichheit gilt als zentrales Element der Gerechtigkeit.¹³⁹ Mit Blick auf Altersdiskriminierung im Erwerbsleben ist die Tatsache, dass ältere Menschen grössere Schwierigkeiten haben, eine Neuanstellung zu finden, ein Indiz dafür, dass in der Schweiz die Verteilgerechtigkeit in dieser Hinsicht nicht ausreichend gewährleistet ist.¹⁴⁰

Ein weiteres Gerechtigkeitselement ist die Würde des Individuums.¹⁴¹ Sie ist sowohl im Schweizer Recht als auch im Recht der EU ein zentraler Aspekt in Gerechtigkeitsdiskussionen.¹⁴² FREDMAN spricht sich für eine Kombination von

¹³⁴ Für die Schweiz statt vieler z.B. BGE 147 I 73, E. 6.2, oder aus der Lehre z.B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 752; für die EU TOBLER, Indirect Discrimination, S. 22 f.

¹³⁵ Z.B. RAWLS, der die soziale Gerechtigkeit durch eine gerechte Verteilung bestimmter Güter fordert und dabei ungleiche Verteilungen insofern als akzeptabel ansieht, als jedermann dadurch einen Vorteil hat (RAWLS, S. 83).

¹³⁶ RAWLS, S. 83; die Verteilgerechtigkeit (*justitia distributiva*) als Facette der Gerechtigkeit war im Übrigen bereits in der Antike als solche anerkannt, dazu ARISTOTELES, Fünftes Buch, 1130 b 30–1130 a 1.

¹³⁷ Vgl. RAWLS, S. 83 und S. 95 ff.

¹³⁸ RAWLS, S. 83. Nach RAWLS gelten ungleiche Verteilungen allerdings insofern als akzeptabel, als dadurch jedermann einen Vorteil hat. Dies wird teilweise als utilitaristisch kritisiert (vgl. RIPSTEIN, S. 83, sowie FREDMAN, Discrimination Law, S. 18).

¹³⁹ RAWLS, S. 105, der von einer *fairen* Chancengleichheit spricht; auch MAHLMANN, § 34 Rn. 27.

¹⁴⁰ Dazu oben der Abschnitt zur Benachteiligung älterer Personen im Arbeitsmarkt unter C. § 2.

¹⁴¹ FREDMAN, Discrimination Law, S. 19 f.

¹⁴² Die Würde des Menschen gilt unter anderem sowohl im Schweizer Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV (siehe Abschnitt G. § 3. II. 1.3) als auch nach dem Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG der EU (siehe Abschnitt H. § 3. II. 3) als zentrales Schutzgut.

Würde und Ergebnisgleichheit aus und bezeichnet das daraus resultierende Gerechtigkeitsmodell als materielle Gleichheit («*substantive equality*»).¹⁴³ Dabei betont sie, dass mit einer materiellen Gleichheit eben jene Hürden beseitigt werden sollten, die einer gesellschaftlichen Teilhabe im Wege stünden.¹⁴⁴ Die Inklusion benachteiligter Gruppen spielt daher eine wichtige Rolle.

Der Aspekt der Würde und der Ergebnisgleichheit ist auch dann von Bedeutung, wenn danach gefragt wird, wie eine entwürdigende Ungleichheit im Einzelfall ausgeglichen werden soll. FREDMAN schreibt dazu:

*«[D]ignity creates a substantive underpinning to the equality principle. This makes it impossible to argue that the principle of equality is satisfied by <equally bad> treatment or by removing a benefit from the advantaged group and thereby <levelling down>»*¹⁴⁵ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Sinngemäß übersetzt bedeutet dies, dass unter Berücksichtigung der Würde eine bereits widerfahrene Benachteiligung nicht bereits dadurch beseitigt werden kann, indem der bevorzugten Partei die ihr zugestandenene Vorteile abgesprochen werden (so genanntes «*levelling down*»).¹⁴⁶ Dem wird hier grundsätzlich beige pflichtet: Man stelle sich beispielsweise vor, ein Arbeitgeber begeht eine Lohndiskriminierung. Könnte die Diskriminierung und damit die Verletzung der Würde durch eine Lohnkürzung zulasten des Begünstigten neutralisiert werden, bliebe das diskriminierende Verhalten nicht nur ungesühnt, sondern der Arbeitgeber würde daraus auch noch Vorteile ziehen, weil er von einer geringeren Lohnzahlungspflicht profitierte.¹⁴⁷

¹⁴³ FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 25 f.

¹⁴⁴ FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 25.

¹⁴⁵ FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 21.

¹⁴⁶ FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 21; zum EU-Recht und zum Aspekt der Würde die Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK v. 25.7.2018, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, ECLI:EU:C:2018:614; EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 167: Er vertritt sinngemäß, dass die Menschenwürde einem «*levelling down*» entgegenstehe, soweit sie dadurch tangiert werde.

¹⁴⁷ Zum «*levelling up*» und «*levelling down*» in Zusammenhang mit der Richtlinie 2000/78/EG der EU siehe unten Abschnitt H. § 3. III. 4.2.

§ 3 Gleichheit

Wie bereits oben dargelegt wurde, muss der Begriff Gleichheit als Variable des Gleichheitssatzes inhaltlich ausgefüllt werden. Was bedeutet Gleichheit? Paradoxerweise bedingt Gleichheit Verschiedenheit, denn Gleichheit ist nicht gleichbedeutend mit Identität.¹⁴⁸ Wir sind zwar alle Menschen und als Menschen sind wir gleich. Dennoch sind wir nicht identisch und unterscheiden uns von unserem Gegenüber. Die Ungleichheiten können sich aus verschiedenen Bezugspunkten (*tertium comparationis*) ergeben, wie zum Beispiel dem Geschlecht, der Herkunft, dem Alter, dem Vermögen, der Bildung und so weiter.¹⁴⁹

Welcher Bezugspunkt in welcher Situation als relevant anzusehen ist, beruht auf einer Wertung. Gleichheit ist daher ein wertgeladener, regelmässig auch politisch instrumentalisierter Begriff und als solcher ein komplexes, schwer fassbares und dynamisches Gut, weil ihre inhaltliche Deutung den vorherrschenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen unterworfen ist.¹⁵⁰ DWORKIN meint dazu: «*People who praise it or disparage it disagree about what they are praising or disparaging.*»¹⁵¹

Angesichts dessen ist das grosse Willkürpotential nicht zu übersehen, das dem Gleichheitsbegriff innewohnt. Schlimmer noch: Die Wertung, was als gleich beziehungsweise ungleich gilt, kann unwillentlich zur weiteren Zementierung einer benachteiligenden Praxis beitragen.¹⁵² Gerade mit Blick auf das Alter können alterhergebrachte Anschauungen überholt sein. Bestehende Gleichheitsideale, die auf Vorstellungen über das Alter gründen, sollten nicht blindlings und ohne kritisches Überdenken hingenommen werden.¹⁵³

¹⁴⁸ GOSEPATH, S. 114.

¹⁴⁹ GOSEPATH, S. 116.

¹⁵⁰ Siehe dazu auch die Ausführungen von FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 4 ff., zur Entwicklung des Gleichheitsprinzips.

¹⁵¹ Zitat in GOSEPATH, S. 114, frei übersetzt: «Jene, die Gleichheit loben oder verunglimpfen, sind sich nicht einig darüber, was sie loben oder verunglimpfen.»

¹⁵² Siehe dazu auch die Ausführungen von SCHIEK/WADDINGTON/BELL, S. 27.

¹⁵³ Dies gilt beispielsweise für die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die aus dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV ein ungleich geringeres Schutzniveau für das Alterskriterium ableitet, als sie dies bei anderen verpönten Merkmalen tut, dazu unten G. § 3. II. 1.6.2.

Es ist hier zwar nicht der Ort, den Versuch zu unternehmen, einen allgemeingültigen Massstab zur Festlegung von Gleichheit zu offerieren. Es kann aber nachfolgend dargetan werden, woran sich Gleichheit grundsätzlich nicht zu messen hat.

§ 4 Diskriminierungsverbote

Der Ausdruck Diskriminierung lehnt sich an das lateinische Verb *discriminare* an, das sich mit «trennen», «absondern» oder «auslesen» übersetzen lässt.¹⁵⁴ In seiner ursprünglichen Bedeutung wurde dem Verb *discriminare* weder eine positive noch eine negative Bedeutung beigemessen. Es ging lediglich um die wertneutrale Feststellung, dass eine Unterscheidung getroffen beziehungsweise eine Trennung vorgenommen wurde.¹⁵⁵

Im heutigen, deutschen Sprachgebrauch ist das Wort «Diskriminierung» mit einer negativen Konnotation behaftet. Dieser Umstand ist im Wesentlichen der Rechtswissenschaft geschuldet, die den Begriff Diskriminierung für sich in Anspruch genommen hat und ihn in Konstellationen verwendet, in denen gestützt auf verpönte Merkmale ungerechtfertigte Differenzierungen getroffen werden.¹⁵⁶

Diskriminierungsverbote sind Ausdruck einer gesellschaftlichen Verständigung darüber, welchen Merkmalen besonderes Stigmatisierungspotential anhaftet beziehungsweise aufgrund welcher Merkmale eine Unterscheidung verwerflich ist.¹⁵⁷ Der Konsens betreffend die verpönten Merkmale steht regelmässig im Kontext historischer Erfahrungen von Exklusion und Herabwürdigung.¹⁵⁸

Die wesentliche Aufgabe von Diskriminierungsverboten besteht folglich darin, festzulegen, auf Basis welcher Merkmale jedenfalls keine Unterscheidung zwischen Menschen getroffen werden sollte. Im Umkehrschluss bedeutet dies auch, dass Diskriminierungsverbote den Gleichheitsbegriff dahingehend ausfüllen, dass aus ihnen hervorgeht, aufgrund welcher Merkmale Menschen nicht als unterschiedlich anzusehen sind beziehungsweise als gleich zu gelten haben. Erstreckt

¹⁵⁴ PONS Wörterbuch für Schule und Studium, Latein–Deutsch, 3. Aufl., Stuttgart, 2003.

¹⁵⁵ PLÖTSCHER, S. 26 mit weiteren Hinweisen.

¹⁵⁶ ELLIS/WATSON, S. 2; zum rechtlichen Diskriminierungsbegriff dazu allgemein im Abschnitt F.

¹⁵⁷ Ähnlich dazu ELLIS/WATSON, S. 2 f.

¹⁵⁸ Für die Schweiz z.B. WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 65.

sich ein Diskriminierungsverbot beispielsweise auf die Merkmale Hautfarbe, Alter und Geschlecht, dann gilt grundsätzlich, dass ein alter Mann einer jungen Frau gleich ist, und eine dunkelhäutige Frau ist einem weisshäutigen Mann ebenfalls gleich.

Weder in der Schweiz noch in der EU gelten Diskriminierungsverbote absolut. Unterscheidungen gestützt auf sensible Merkmale sind trotzdem zulässig. Sie bedürfen allerdings einer besonderen Rechtfertigung, in der sich zeigen muss, warum sich zwei Menschen aufgrund eines verpönten Merkmals nun doch unterscheiden sollen. Darin muss auch dem anzustrebenden Gerechtigkeitsideal Rechnung getragen werden. Die Rechtfertigungslast ist in der Rechtsprechung unterschiedlich ausgestaltet. Mit Blick auf die Schweiz und die EU lässt sich bezüglich des Alterskriteriums ganz allgemein sagen, dass die Bandbreite an zulässigen Rechtfertigungsargumenten breiter ist verglichen mit anderen verpönten Merkmalen.¹⁵⁹

§ 5 Das Verhältnis der Freiheit zu Diskriminierungsverboten

Bei alledem ist schliesslich zu berücksichtigen, in welchem Verhältnis die Freiheit des Einzelnen zum Konzept der Gleichheit beziehungsweise der Gerechtigkeit steht. Die Schweizer Bundesverfassung kennt grundsätzlich keine Hierarchie zwischen den Grundrechten.¹⁶⁰ Die Vertragsfreiheit gilt jedoch nach Ansicht des Bundesgerichts als einer «[...] der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten [...]».¹⁶¹ Das Bundesgericht lässt daher in vertraglicher Hinsicht «[...] beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden [...]» zu und überlässt es dabei dem Arbeitgeber, von welchen Motiven er sich leiten lässt.¹⁶² Es gehöre – so die höchstrichterliche Rechtsprechung weiter – zum Wesen der privatautonen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als «sachgemäss» anzusehen seien.¹⁶³

¹⁵⁹ Zum Ganzen siehe mit Blick auf die Schweiz unten Abschnitt G. § 3. II. 1.6 und die EU im Abschnitt H. § 3. II. 6.

¹⁶⁰ BGE 140 I 201, E. 6.7; kritisch dazu UFFER, S. 164 ff.

¹⁶¹ BGE 129 III 276, E. 3.1.

¹⁶² BGE 129 III 276, E. 3.1.

¹⁶³ BGE 129 III 276, E. 3.1.

Das Bundesgericht anerkennt zwar, dass der Vertragsfreiheit durch ein «individuelles Diskriminierungsverbot» eine Schranke gesetzt ist.¹⁶⁴ Es nimmt aber eine Verletzung dieses Verbots nur unter äusserst engen Voraussetzungen an,¹⁶⁵ und – wie im Verlaufe dieser Arbeit ausserdem noch gezeigt wird – das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot gelangt in zivilrechtlichen Verhältnissen nur unzureichend zum Durchbruch.¹⁶⁶ Im Ergebnis wird dadurch die Vertragsfreiheit in tatsächlicher Hinsicht hierarchisch dem Diskriminierungsverbot übergeordnet. Dies ist aber aus folgenden Gründen zu kritisieren:

Kernelement der Vertragsfreiheit ist die Privatautonomie beziehungsweise das Recht der Vertragskontrahenten, selbst Normen zu schaffen. Ausgehend von der Vorstellung einer sich «naturwüchsig einstellenden Harmonie»¹⁶⁷ galt die Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert nahezu schrankenlos.¹⁶⁸ Diese libertäre Einstellung basierte im Wesentlichen auf der Annahme, das Eingehen respektive Nichteingehen von Verträgen sei das Verhandlungsergebnis von Akteuren mit «gleicher Verhandlungsstärke»,¹⁶⁹ das folglich privatautonom gesetzte Gerechtigkeit abbilde.¹⁷⁰ Von dieser schrankenlosen Vertragsfreiheit ist man abgekehrt, so dass nun die Machtbalance zwischen den Individuen in den Fokus gerückt wird.¹⁷¹

Diskriminierung ist stets die Folge eines Machtungleichgewichts, das sich zum Nachteil einer Person auswirkt. Dementsprechend sollte beispielsweise im Rahmen von Vertragsverhandlungen die Vertragsfreiheit der involvierten Kontrahenten austariert sein, damit daraus überhaupt autonom gesetztes Recht für beide Parteien freiheitlich entstehen kann. Dem entspricht, dass nach UHLMANN die Wirtschaftsfreiheit (und folglich auch die Vertragsfreiheit) dann betroffen ist, sobald in das vertragliche Gleichgewicht eingegriffen wird.¹⁷² Im Umkehrschluss ereignet sich folgerichtig kein Eingriff in die Vertragsfreiheit, wenn korrigierend ein Gleichgewicht hergestellt wird.

¹⁶⁴ BGE 129 III 276, E. 3.1.

¹⁶⁵ BGE 129 III 276, E. 3.1, sowie die weiterführenden kritischen Ausführungen dazu im Abschnitt unter G. § 3. II. 2.4.

¹⁶⁶ Dazu im späteren Abschnitt über das Zwischenfazit zum Schweizer Diskriminierungsverbot unter G. § 3. IV.

¹⁶⁷ KRAMER, BE Kommentar OR, Art. 19–20 Rn. 23.

¹⁶⁸ Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 25.04 f.

¹⁶⁹ VALLENDER, SG Kommentar BV, Art. 27 Rn. 44.

¹⁷⁰ Vgl. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 25.04 f.

¹⁷¹ KRAMER, BE Kommentar OR, Art. 19–20 Rn. 25.

¹⁷² UHLMANN, BS Kommentar BV, Art. 27 Rn. 13.

Antidiskriminierungsrecht greift so gesehen nicht in die Vertragsfreiheit ein, sondern dient ihr, indem sie als Korrektiv das Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien ebnet und so die Realisierung einer vertraglichen und harmonischen Privatautonomie ermöglicht.¹⁷³ Freiheit und Gleichheit stehen folglich nicht in einem antagonistischen Verhältnis zueinander.¹⁷⁴ Gleichheit verstanden als eine maximierte Verteilergerechtigkeit schafft Freiheit.¹⁷⁵ Freiheit geniesst so gesehen keinen Vorrang gegenüber Gleichheit und damit *a fortiori* auch nicht gegenüber Diskriminierungsverboten. Im Gegenteil, es lässt sich sogar vertreten, dass Diskriminierungsverbote der Vertragsfreiheit vorzuziehen sind: Soweit Antidiskriminierungsrecht vertragliches Gleichgewicht erst ermöglicht, dann ist ein Diskriminierungsverbot die Voraussetzung für den Genuss der Vertragsfreiheit und damit auch höher zu gewichten.¹⁷⁶

All dies hat nach hier vertretener Ansicht zur Konsequenz, dass die blossе Berufung auf die Vertragsfreiheit keine ausreichende Rechtfertigungsbasis für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters sein kann.

§ 6 Zwischenfazit

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen hätte die Überschrift des eingangs erwähnten NZZ-Beitrags ebenso gut «*Gleich heisst nicht gleichberechtigt*» lauten können.¹⁷⁷ Denn obwohl Junge und Alte als Menschen gleich sind, ist es doch denkbar, dass sie in bestimmten Situationen durch ihr Alter ausnahmsweise als ungleich anzusehen sind und es sich dann rechtfertigen kann, diese – trotz grundsätzlicher Gleichheit – unterschiedlich zu behandeln. Gleich ist daher nicht immer gleichberechtigt. Die Rechtfertigung einer auf Alter beruhenden Ungleichbehandlung muss jedoch besonders kritisch hinterfragt werden, eben weil Diskriminierungsverbote regelmässig das Alter als verpönte Merkmal aufführen und dadurch bekräftigen, dass Menschen allen Alters gleich sind und folglich nicht ungleich behandelt werden sollen.

¹⁷³ Ähnlich auch PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 17.

¹⁷⁴ GOSEPATH, S. 294; PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 19.

¹⁷⁵ GOSEPATH, S. 294.

¹⁷⁶ Zum Thema des besonderen Werts von Grundrechten, die den Genuss anderer Grundrechte erst ermöglichen, mit zahlreichen weiterführenden Hinweisen UFFER, S. 167 ff.

¹⁷⁷ Statt «*Gleichberechtigt heisst nicht gleich*», vgl. NZZ vom 6. Oktober 2022.

Weiter lassen sich entwürdigende Ungleichbehandlungen im Einzelfall nicht bereits durch ein so genanntes «*levelling down*» beseitigen. Es wurde ferner vertreten, dass Diskriminierungsverbote der Vertragsfreiheit dienen. Es ist nicht angezeigt, diskriminierende Ungleichbehandlungen allein mit Verweis auf die Vertragsfreiheit zu akzeptieren.

E. Das Raster der Untersuchung: Welche Faktoren es zu berücksichtigen gilt

§ 1 Übersicht

Nachstehend wird das eingangs erwähnte Untersuchungsraaster entwickelt. Die Untersuchung soll nicht in alle Richtungen erfolgen, sondern muss auf bestimmte Aspekte eingegrenzt werden, von denen angenommen werden kann, dass sie mit Bezug auf Altersdiskriminierung relevant sind.

Die Ermittlung der zu betrachtenden Themenfelder kann nicht ohne ein Verständnis darüber erfolgen, wie Benachteiligungen aufgrund des Alters entstehen. Es folgen deshalb zunächst einige grundsätzliche Gedanken darüber, wie es überhaupt zu altersbasierten Benachteiligungen kommt (§ 2). Anhand dieser Ausführungen werden die relevanten Faktoren des Rasters identifiziert und dabei in Ober- und Unterkategorien aufgeteilt (§ 3). Zuletzt wird das Untersuchungsraaster visualisiert (§ 4).

§ 2 Quellen von Altersdiskriminierung

I. Allgemein

Altersdiskriminierung ist ein vielschichtiges Phänomen, das sich nicht auf eine einzige Ursache zurückführen lässt. Eine wesentliche Ursache sind die verschiedenen Altersbilder (*Ageism*), die sich in der Gesellschaft festgesetzt haben (II.). Ebenso zu berücksichtigen ist das Diskriminierungspotential in Zusammenhang mit *People Analytics*, bei dem es um die datenbasierte Vermessung des Menschen geht (III.). Es wird ausserdem gezeigt, dass jede Benachteiligung letztlich auf eine Präferenz, Assoziation oder Korrelation zurückzuführen ist (IV.). Letztere Feststellung hat zwar keinen unmittelbaren Einfluss auf die Entwicklung des Untersuchungsraasters, das dieser Arbeit zugrunde gelegt wird. Ihr ist aber eine zentrale Bedeutung beschieden, wenn es darum geht, eine altersbasierte Benachteiligung im rechtlichen Kontext einzuordnen und zu bewerten.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Näheres dazu im Abschnitt betreffend die statistische Diskriminierung unter F. § 4. V.

II. Ageism

1. Was ist Ageism?

Der Begriff *Ageism* geht zurück auf ROBERT N. BUTLER. In seinem 1969 publizierten Aufsatz *«Age-Ism: Another Form of Bigotry»* bezeichnete er *Ageism* als Altersdiskriminierung, wobei er unter Letzterem einen Vorgang verstand, in dem eine Altersgruppe anderen Altersgruppen mit Vorurteilen begegnet.¹⁷⁹ *Ageism* zeichnete sich dabei durch die negative Natur der mit ihm verbundenen Vorurteile aus, denn diese seien – so BUTLER – Ausdruck einer *«[...] deep seated uneasiness on the part of the young and middle-aged – personal revulsion to and distaste for growing old, disease, disability; and fear of powerlessness, «uselessness», and death»*.¹⁸⁰ *Ageism* war nach seiner Ansicht vergleichbar mit *Racism* (Rassismus).¹⁸¹

Zwischenzeitlich wurde das ursprünglich von BUTLER geprägte Begriffsverständnis relativiert. Nach aktuellem Verständnis bezieht sich *Ageism* auf alle Altersbilder, seien diese nun positiv oder negativ.¹⁸² *Ageism* ist dabei nicht mit Altersdiskriminierung zu verwechseln.¹⁸³ *Ageism* beschreibt vielmehr einen Vorgang, in dem die individuellen Charakteristiken eines Menschen ausgeblendet werden und stattdessen basierend auf Stereotypen und Vorurteilen differenziert wird.¹⁸⁴ Altersbilder entsprechen dabei kognitiven Schemen, die im kollektiven Gedächtnis einer Gesellschaft oder in der individuellen Gedankenwelt verankert sind.¹⁸⁵ Sie stehen für Vorstellungen über das Alter als Zustand, vom Altern oder über eine Altersgruppe.¹⁸⁶ Diese Vorstellungen sind als gesellschaftliche Konstruktion zu begreifen, die wandelbar ist: Die Gesellschaft bestimmt, wer alt und wer jung

¹⁷⁹ BUTLER, S. 243.

¹⁸⁰ BUTLER, S. 243; frei übersetzt: *«[...] ein tief sitzendes Unbehagen seitens der Jungen und jenen mittleren Alters – eine persönliche Abscheu vor und Abneigung gegen das Altwerden, gegen Krankheit und Behinderung; und Angst vor Ohnmacht, «Nutzlosigkeit» und Tod.»*

¹⁸¹ BUTLER, S. 246.

¹⁸² AYALON/TESCH-RÖMER, S. 2 f.; ausführlich zur Begriffsentwicklung und zum aktuellen Begriffsverständnis BRAUER, S. 24 ff.; ausführlich zum Thema *Ageism* siehe auch *«Global Report on Ageism»*, WHO, 2021, S. 1 ff.

¹⁸³ BRAUER, S. 27.

¹⁸⁴ Vgl. AYALON/TESCH-RÖMER, S. 1; *«Global Report on Ageism»*, WHO, 2021, S. 2 f.

¹⁸⁵ KÜHNERT/IGNATZI, S. 71.

¹⁸⁶ KÜHNERT/IGNATZI, S. 64.

ist und welcher Kategorie die jeweiligen Stereotypen anhaften.¹⁸⁷ Die Kategorie «jung» beziehungsweise «alt» wird mit der Zuweisung vorurteilsbehafteter oder stereotyper Eigenschaften (Attraktivität, Ausdauer, Erfahrung etc.) etikettiert.¹⁸⁸ Das Alter ist somit Stellvertreterkriterium für Eigenschaften, die gemeinhin mit dem Alter in Verbindung gebracht werden.¹⁸⁹

Ageism ist weitverbreitet, dennoch lässt es sich im Einzelfall kaum nachweisen. Exemplarisch führt BRAUER dazu die Selektion in der Rekrutierung an. Es wird nach dem «passenden» Kandidaten gesucht. Das Kriterium «passend» lässt nach BRAUER immer eine Benachteiligung vermuten. Es lässt sich aber nicht nachweisen, ob nun das Alter als Ausschlusskriterium im Begriff «passend» enthalten ist.¹⁹⁰

Ageism ist zudem kein branchenspezifisches Problem. Es gibt auch Betriebe aus Branchen mit starker physischer Belastung, die dem Alter gegenüber indifferent eingestellt sind, während es umgekehrt vorkommt, dass Personalverantwortliche aus nicht physisch belastenden Branchen offenbar systematisch über 50-Jährige «[...] aus irgendeinem Grund aus dem Unternehmen ausscheiden [...]» lassen.¹⁹¹

2. Erscheinungsformen und Ursachen von *Ageism*

Ageism hat viele Gesichter. Wo es dem alten Menschen zunächst schmeichelhafte Eigenschaften zuschreibt wie Weisheit oder jene des sich liebevoll um die Enkelkinder kümmernden Menschen, da zeigt es im Handumdrehen eine ganz andere Seite, indem es demselben Menschen Vergesslichkeit, Trägheit, Unbeholfenheit oder Schlimmeres unterstellt.¹⁹² Wie es dazu kommt, hängt vom sozialen Umfeld und in der Arbeitswelt auch vom betrieblichen Kontext ab. Dazu einige Beispiele:

Traditionalistisches beziehungsweise Altersrollen-Ageism: Altersrollen-*Ageism* knüpft an so genannte betriebliche Statuspositionen an (Praktikant, Arbeitnehmer ohne Führungsrolle, Arbeitnehmer mit Führungsrolle). Die Positionen werden mit dem Alter in Verbindung gebracht. Dies kann zur Folge haben, dass z.B. Weiterbildungen oder Umorientierungen älteren Arbeitnehmern verwehrt bleiben, weil sie aus *ageistischer*

¹⁸⁷ KÜHNERT/IGNATZI, S. 70 f.; Rehberg/Moser, S. 156 f.

¹⁸⁸ Vgl. «*Global Report on Ageism*», WHO, 2021, S. 4.

¹⁸⁹ HOLZLEITHNER, S. 36; HÖPFLINGER/STUCKELBERGER, S. 64 ff.; vgl. «*Global Report on Ageism*», WHO, 2021, S. 4.

¹⁹⁰ BRAUER, S. 42.

¹⁹¹ Dazu weiterführend BRAUER, S. 40.

¹⁹² Vgl. «*Global Report on Ageism*», WHO, 2021, S. 4.

Sicht aufgrund ihres Alters nicht mehr in die durch die Weiterbildung angestrebte Rolle passen.¹⁹³

Ökonomistisches beziehungsweise Kosten-Ageism: In dieser Erscheinungsform des *Ageism* verknüpft die Personalpolitik Kostenfragen mit dem Alter. Es wird eine Verteuerung des Personals mit zunehmender Alterung vermutet. Dazu muss Personal laufend ausgewechselt werden, um den Altersdurchschnitt tief zu halten. Während die Verjüngung des Personalbestands dann als erstrebenswertes Ziel angesehen wird, drohen dabei die negativen Folgen, wie z.B. der Verlust von Erfahrungswissen, vernachlässigt zu werden.¹⁹⁴

Naturalistisches beziehungsweise Anforderungs-Ageism: Das Anforderungs-*Ageism* unterstellt dem jeweiligen Alter Leistungsgrenzen. Es bestehen Defizitbilder in Bezug auf das Alter. Wird hingegen eine vermutete Leistungsgrenze übertroffen und passt dies nicht in das jeweilige Defizitbild, wird angenommen, dieses Überschreiten der Leistungsgrenze sei eine Ausnahmeerscheinung.¹⁹⁵

Mode- und Jugendtrend-Ageism: Die Jugendlichkeit wird positiv gewertet und der jeweilige Betrieb möchte als jugendlich nach aussen in Erscheinung treten. Dies führt dazu, dass Botschafter dieses Betriebs nur Personen sein können, die Jugendlichkeit versprühen. Dabei kann auch das Aussehen eine Rolle spielen (so genanntes «*Lookism*»¹⁹⁶ BRAUER nennt als Beispiele dazu die Selektion von Pressesprechern, Flugbegleitern oder Empfangsangestellten.¹⁹⁷

Altersstrukturbasierte Ausgrenzung: Teilweise sind altersbasierte Ausgrenzungen auch darauf zurückzuführen, dass Betriebe einer bestimmten Altersstruktur Rechnung tragen wollen. Die Berücksichtigung einer spezifischen Altersgruppe aus Rücksichtnahme auf die betriebliche Altersstruktur entspricht dann nicht zwingend *Ageism*, soweit der Ausschluss der benachteiligten Altersgruppe nicht auf Stereotypen oder Vorurteilen beruht.¹⁹⁸

Die exemplarisch aufgeführten Erscheinungsformen liefern jedoch keine Antwort darauf, wie Altersbilder entstehen. Die Forschung zeigt, dass Altersvorurteile nicht ausschliesslich das Ergebnis bewusster kognitiver Vorgänge sind, sondern auch einem reflexartigen Automatismus entspringen, nach dem «*alt*» mit «*nega-*

¹⁹³ BRAUER, S. 43 f.; KRINGS/KLUGE, S. 134.

¹⁹⁴ BRAUER, S. 44.

¹⁹⁵ BRAUER, S. 44.

¹⁹⁶ KREKULA/NIKANDER/WILIŃSKA, S. 35; empfehlenswert zu diesem Thema auch die besonders lebhaften und pointierten Ausführungen von BRUNSCHWEIGER, S. 29 ff.

¹⁹⁷ BRAUER, S. 44 f.

¹⁹⁸ BRAUER, S. 45.

tiv» und «*jung*» mit «*positiv*» verknüpft wird. Dies geschieht unbewusst und entzieht sich daher der Kontrolle des Einzelnen.¹⁹⁹

Nach einem Teil der Literatur kann *ageistischen* Reflexen durch den Kontakt junger mit älteren Menschen entgegengewirkt werden, weil dadurch die Entwicklung positiver Altersbilder gefördert wird (so genannte *Kontakthypothese*).²⁰⁰ Bezogen auf Arbeitgeber bedingt dies ein bestimmtes Mass an unternehmensinterner Altersdiversität. KUNZE/BOEHM/BRUCH weisen allerdings darauf hin, dass eine hohe Altersdiversität die firmeninterne Formierung von Alters-Subgruppen fördert mit der nachteiligen Konsequenz, dass zwischen diesen Gruppen *ageistisches* Verhalten wiederum verstärkt wird.²⁰¹ Die Kontakthypothese als probates Mittel gegen *ageistische* Reflexe wird dadurch aber nicht widerlegt. Die von KUNZE/BOEHM/BRUCH beschriebene Problematik betrifft bei Lichte betrachtet weniger die *Altersdiversität* an sich, sondern vielmehr die *Altersdurchmischung*. Die Kontakthypothese setzt eben Letzteres voraus: Nur in einer durchmischten Belegschaft kann der Kontakt und damit letztlich auch der Austausch zwischen den Verschiedenaltrigen zustande kommen. Es ist eine Führungsaufgabe, eine Unternehmenskultur zu gewährleisten, in der die Altersdurchmischung und damit auch der tatsächliche soziale Austausch zwischen den Verschiedenaltrigen gefördert wird. Die Inklusion älterer Menschen ist daher ein wichtiges Element zur Bekämpfung von Diskriminierung.

In der Gesellschaft angelegte Barrieren,²⁰² welche die Interaktion zwischen Jung und Alt stören und verhindern, dass Vorurteile gegenüber älteren Personen abgebaut werden, sollten daher reduziert oder nach Möglichkeit vollständig beseitigt werden. Ein gesetzlich festgelegtes Rentenalter beispielsweise ist eine solche Barriere, denn es führt zum Ausschluss eines Teils der erwerbsfähigen Bevölkerung und katalysiert Defizitbilder über jene, die sich dem Rentenalter nähern oder es bereits überschritten haben.²⁰³

¹⁹⁹ KRINGS/KLUGE, S. 138 mit weiteren Hinweisen; «*Global Report on Ageism*», WHO, 2021, S. 70 f. mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

²⁰⁰ KÜHNERT/IGNATZI, S. 67.

²⁰¹ KUNZE/BOEHM/BRUCH, S. 414 ff.

²⁰² Auch «*structural ageism*» genannt, ABULADZE/PEREK-BIALAS, S. 462.

²⁰³ Vgl. ABULADZE/PEREK-BIALAS, S. 462; als ebenso problematisch können nach hier vertretener Ansicht auch Gesetzgebungsakte gelten wie die COVID-19-Verordnung 2, die Personen ab 65 Jahren als Risikogruppe taxiert.

III. People Analytics als Diskriminierungskatalysator?

Unter dem Begriff *People Analytics* werden Methoden verstanden, durch die das Humankapital eines Unternehmens basierend auf Daten systematisch durch Informationstechnologie ausgewertet wird.²⁰⁴ Mit *People Analytics* erhoffen sich Unternehmen objektivierte Erkenntnisgewinn mit prädiktiver Aussagekraft, durch den die Intuition beziehungsweise das bloße Bauchgefühl in Entscheidungssituationen kompensiert werden soll.²⁰⁵ Dazu werden technologische Analyseinstrumente eingesetzt, die nicht nur eine Analyse des *Status quo* (deskriptive Analytik), sondern auch möglichst treffsichere Voraussagen über bestimmte Eigenschaften des Menschen versprechen (prädiktive Analytik).²⁰⁶ Teilweise wird auch die Erarbeitung von Handlungsempfehlungen an die technologischen Einsatzmittel delegiert (präskriptive Analytik).²⁰⁷

People Analytics kann auf *Big Data* zurückgreifen. *Big Data* ist als grosser, schnell wachsender und vielfältiger Datensatz zu verstehen, der sich nicht mehr mit simplen Methoden analysieren lässt.²⁰⁸ Die Daten können aus unternehmensinternen Quellen stammen, aber auch aus externen wie z.B. den sozialen Medien. Jeder hinterlässt bewusst oder unbewusst digitale Spuren, und das nicht nur im Internet: Log-in-Daten durch das Betreten eines Gebäudes mit einem Badge, *Cumulus*-Punkte beim Einkauf, die geleisteten und digital erfassten Arbeitsstunden, auf Plattformen wie z.B. *Zwift*, *Garmin*, *Strava* oder *Datasport* gespeicherte Daten aus sportlichen Aktivitäten und so weiter. Alle diese Daten sind Teil von *Big Data*.

Diese digitalen Spuren können dazu genutzt werden, um individuelle Eigenschaften zu vermessen und zu bewerten.²⁰⁹ Es entsteht dadurch gewissermassen ein digitales Konterfei, dessen Konturen umso deutlicher hervortreten, je mehr solcher

²⁰⁴ KASPER, S. 1; BLUM, S. 57.

²⁰⁵ REINDL/KRÜGL, S. 20; WILDHABER/KASPER, Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz, S. 756.

²⁰⁶ WILDHABER/KASPER, Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz, S. 759.

²⁰⁷ WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 463.

²⁰⁸ REINDL/KRÜGL, S. 230, und vertieft dazu KASPER, S. 36 ff. mit weiteren Hinweisen; siehe auch die Umschreibung in WILDHABER/KASPER, Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz, S. 756: «Daten, welche die drei Vs erfüllen: Volume, Velocity, Variety. Big Data bezieht sich somit auf i) grosse Mengen von Daten, ii) die mit immer höherer Geschwindigkeit entstehen, iii) aus einer wegen der Digitalisierung der Gesellschaft zunehmenden Vielfalt von Quellen.»

²⁰⁹ WILDHABER/KASPER, Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz, S. 756 f.

Datenspuren verarbeitet werden.²¹⁰ Diese Daten müssen nicht notwendigerweise die Daten der bewerteten Person selbst sein. Im Gegenteil, vielmehr werden eher fremde Daten zueinander in Bezug gesetzt, um daraus Muster beziehungsweise Korrelationen zwischen einer Vielzahl von Kriterien und Eigenschaften oder Verhaltensweisen zu gewinnen (so genanntes «*Datamining*»²¹¹). Anhand solcher Korrelationen werden Aussagen getroffen über jene, die in das Muster beziehungsweise zur Korrelation passen. Eine Korrelation kann z.B. hergestellt werden zwischen Alter und Leistungsfähigkeit.

Die Eigenschaften des Individuums müssen jedoch nicht zwingend den datenbasierten Prognosen entsprechen. Man spricht in diesem Zusammenhang von Generalisierungsunrecht oder auch von statistischer Diskriminierung.²¹²

Im Wesentlichen ist Generalisierungsunrecht darauf zurückzuführen, dass datenbasierte Evaluationsmodelle anfällig sind, Vorurteilen und Stereotypen anheimzufallen. Diese Problematik wird auch unter dem Stichwort *Bias* (übersetzt: «Voreingenommenheit») diskutiert.²¹³ Besteht ein *Bias*, tragen die Technologien zur Verstärkung von Vorurteilen und Stereotypen bei und können im schlimmsten Fall infolge ihrer verbreiteten Anwendung und der Skalierbarkeit der Datenverarbeitung sogar als Diskriminierungskatalysator wirken.²¹⁴ Gerade mit Blick auf das Alterskriterium wird in Teilen der Literatur mittlerweile sogar von «*AI-Ageism*» gesprochen.²¹⁵

Wie es dazu kommt, liegt an der Architektur dieser Technologien. Dazu muss man insbesondere die Begriffe Algorithmus und künstliche Intelligenz (KI) verstehen. Algorithmen sind ein System von Befehlen zur Bewertung von Daten. Sie lassen sich mit einem Kochrezept vergleichen, in dem nicht allein die Zutaten von Bedeutung sind, sondern auch deren Gewichtung.²¹⁶ Obwohl es keine abschliessende

²¹⁰ KASPER, S. 145 f.

²¹¹ Dazu ausführlich KASPER, S. 32 ff.; zum Begriff «*Datamining*» vgl. WAAS, S. 209.

²¹² DAEDELOW, Rn. 11.

²¹³ WEBER, S. 19.

²¹⁴ WBF, Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe «Künstliche Intelligenz» an den Bundesrat, S. 38 f.; ähnlich auch GLATTHAAR, S. 44 f., und HACKER, 1144.

²¹⁵ Ausführlich dazu STYPINSKA, Überschrift Nr. 1 ff.

²¹⁶ LENZEN, S. 42, sowie REINDL/KRÜGL, S. 229. Übrigens: Der Begriff «*Algorithmus*» geht auf den arabischen Mathematiker, Muhammad al Khwarizimi, zurück. Dieser verfasste ein Lehrbuch über das indische dezimale Zahlensystem, dazu LENZEN, S. 43.

Definition für KI gibt,²¹⁷ kann sie verstanden werden als ein neuronales Netzwerk von Algorithmen, das im Rahmen eines iterativen Prozesses anhand zahlreicher Beispiele trainiert wird (so genanntes *Machine Learning*) und das sich gestützt auf die daraus gewonnenen Erkenntnisse stetig weiterentwickelt.²¹⁸

Die dem Algorithmus unterliegende Befehlsstruktur passt sich im Rahmen von künstlicher Intelligenz somit dem Lernprozess an. Algorithmen einer künstlichen Intelligenz werden dazu mit Trainingsdaten geschult und das Entwicklungsergebnis wird anschliessend mit Testdaten überprüft. Die Einfallsbremse für den *Bias* sind somit auf zwei Ebenen zu verorten: Erstens kann bereits die Selektion der verwendeten Trainings- und Testdaten für das *Machine Learning* mit Vorurteilen und Stereotypen kontaminiert sein.²¹⁹ Zweitens kann sich auch die im Algorithmus vorgegebene Bewertung der Daten als falsch beziehungsweise vorurteilsbehaftet erweisen.²²⁰ In der Literatur ist denn auch allgemein anerkannt, dass diese technologiebasierte Fehleranfälligkeit grosses Diskriminierungspotential in sich birgt.²²¹

IV. Präferenzen, Assoziationen oder Korrelationen

Es wurde gezeigt, dass *Ageism* meist das Resultat eines unbewussten Vorgangs ist.²²² Die Folge daraus ist eine Präferenz, die sich dadurch auszeichnet, dass ein bestimmter Menschentyp reflexartig beziehungsweise ohne vorangehende bewusste Denkarbeit bevorzugt wird. Die Begründung lautet dann schlicht etwa so: «*Jung ist mir lieber als alt*» (wobei auch das Umgekehrte denkbar ist).

Im Gegensatz zur Präferenz sind Korrelationen und Assoziationen das Ergebnis entweder eines bewussten menschlichen Denkvorgangs oder eines Datenverarbeitungsprozesses, in dem ein Merkmal (hier das Altersmerkmal) mit einer bestimmten Eigenschaft in Verbindung gebracht wird. Der Unterschied zwischen Korrelationen und Assoziationen besteht in ihrer unterschiedlichen Datenbasis. Assoziationen beruhen nach dem hier vertretenen Verständnis nicht auf einer aus-

²¹⁷ HOEREN/PINELLI, S. 2.

²¹⁸ HOEREN/PINELLI, S. 2; REINDL/KRÜGL, S. 229 f.; sowie KASPER, S. 30 f.

²¹⁹ HACKER, S. 1146 ff.

²²⁰ DAEDELLOW, Rn. 8 ff.

²²¹ DAEDELLOW, Rn. 11 f.; SCHWAAB, S. 684 f.; WEBER, S. 19 f.; BLUM, S. 79 f.; WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 464; HACKER, S. 1146 ff.; KING/MRKONICH, S. 563 ff.; GERARDS/XENIDIS, S. 27 ff.

²²² Dazu oben im Abschnitt E. § 2. II. 2.

reichenden wissenschaftlichen Datenerhebung oder dergleichen, sondern haben viel eher mit einem «Bauchgefühl» respektive mit diffusen persönlichen oder tradierten Erfahrungen zu tun. Eine Korrelation hingegen beruht auf Datenmaterial. Eine auf einer Korrelation beruhende Selektion ist letztlich der Versuch, das mit Assoziationen verbundene «Bauchgefühl» durch mathematische, wissenschaftliche Objektivität zu ersetzen.²²³

Daraus ist zu folgern, dass jede Benachteiligung aufgrund des Alters auf eine Präferenz, Korrelation oder Assoziation zurückzuführen ist. Dies trifft selbst dann zu, wenn die Benachteiligung gestützt auf eine Gesetzesvorschrift erfolgt: Differenzierungen aufgrund des Alters werden regelmässig gesetzlich vorgeschrieben.²²⁴ Es handelt sich dabei um so genannte Typisierungen.²²⁵ Auch hier lässt sich die Frage über das Zustandekommen der Differenzierung stellen: Liegt ihr bloss eine Präferenz oder eine Assoziation zugrunde, oder beruht die Differenzierung auf ausreichendem statistischem Material? Ein geradezu lehrbuchmässiges Anschauungsbeispiel dafür, dass auch die Gesetzgebung nicht davor gefeit ist, Präferenzen oder blossen Assoziationen zu verfallen, findet sich in der Botschaft zum zweiten Entwurf der Alters- und Hinterlassenenversicherung. Darin wird begründet, weshalb das Rentenalter der Frau tiefer angesetzt werden soll als jenes der Männer. Man sah es – so die Botschaft – als «zweifello» zutreffend an, «[...] dass es physiologisch richtiger wäre, wenn für Frauen der Beginn der Anspruchsberechtigung vorverlegt werden könnte».²²⁶ Man darf daran zweifeln, ob diese apodiktische Annahme über die physiologischen Eigenschaften der Frau tatsächlich wissenschaftlich fundiert war. Ihr lag wohl eher eine Assoziation als eine wissenschaftlich begründete Korrelation zugrunde.

Auch die Benachteiligung eines Mitarbeiters oder Bewerbers aufgrund von Kundendwünschen ist letztlich eine Benachteiligung aufgrund einer Präferenz, nämlich jener der Kunden. Um eine Kundenvorliebe ging es etwa in der Rechtssache

²²³ REINDL/KRÜGL, S. 20.

²²⁴ Z.B. richtet sich der Ferienanspruch gemäss Art. 329a Abs. 1 OR nach dem Alter: Bis zum vollendeten 20. Altersjahr sind mindestens fünf Wochen Ferien zu gewähren. Danach sind es vier Wochen. Ein weiteres Beispiel findet sich auch in Art. 10b Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2, gemäss der Personen ab 65 Jahren als vom Virus besonders gefährdete Gruppe taxiert werden.

²²⁵ Typisierungen bezwecken eine erleichterte Gesetzesanwendung, indem sie den Durchschnittsfall im Gesetz vorgeben, um damit nicht jeden Fall einzeln untersuchen zu müssen. Ausführlicher dazu später im Abschnitt F. § 4. V. 3.

²²⁶ Botschaft 2. Entwurf AHVG, BBl 1946 II 407.

Bouagnaoui.²²⁷ Hier gelangte der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zum Schluss, dass die Entlassung einer Mitarbeiterin nicht gerechtfertigt gewesen sei, bloss weil sich der Kunde am islamischen Kopftuch der Beschwerdeführerin gestört hatte.²²⁸

Die Unterscheidung zwischen Präferenzen, Korrelationen und Assoziationen sind für die rechtliche Bewertung einer altersbasierten Differenzierung wichtig. Sie verhelfen zu einer abstrakten Betrachtung darüber, was überhaupt der Zweck der Benachteiligung war. Wurde damit ein konkretes Ziel verfolgt wie z.B. eine Selektion nach Leistungsfähigkeit? Stützt sich die Unterscheidung auf ausreichendem, wissenschaftlichem Datenmaterial oder beruht die Selektion schlicht auf einem Bauchgefühl oder einer blossen Präferenz? All dies hat zwar nicht direkt mit dem hier zu entwickelnden Untersuchungs raster zu tun. Gleichwohl sind es wichtige Überlegungen, die zu berücksichtigen sind, wenn es darum geht, eine Benachteiligung aufgrund des Alters zu rechtfertigen.²²⁹

§ 3 Elemente des Antidiskriminierungsrechts

I. Allgemeine Gedanken zu den Ober- und Unterkategorien

Nachdem oben einige grobkursorische Darlegungen zur Entstehung von Benachteiligungen aufgrund des Alters erfolgten, stellt sich nun die Frage, was sich daraus für das zu entwickelnde Untersuchungs raster gewinnen lässt. Das Raster erfordert zunächst Oberkategorien. Diese bestehen – wie gezeigt wird – aus Diskriminierungsverboten sowie diskriminierungsrechtlichen Präventiv- und Inklusionsmassnahmen. Den Oberkategorien sind schliesslich die zu untersuchenden Unterkategorien zuzuweisen.

Es lässt sich nicht vermeiden, dass der Abgrenzung zwischen den einzelnen Ober- und Unterkategorien etwas Arbiträres anhaftet. Dies hat einerseits damit zu tun, dass letztlich Diskriminierungsverbote sowie Präventiv- und Inklusionsmassnah-

²²⁷ EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Asma Bouagnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA*, ECLI:EU:C:2017:204.

²²⁸ EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bouagnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 14 ff. und Rn. 41.

²²⁹ Dazu später in Zusammenhang mit statistischer Diskriminierung im Abschnitt F. § 4. V. 5.

men gleichermaßen dem alles übergeordneten Ziel der Inklusion älterer Menschen dienen, und andererseits, dass die den Oberkategorien zuzuordnenden Faktoren je nach Betrachtungsweise sowohl der einen als auch der anderen Oberkategorie zugewiesen werden könnten. Gleichwohl rechtfertigt sich eine Aufteilung in die drei genannten Oberkategorien (Diskriminierungsverbote, Präventions- und Inklusionsmassnahmen), denn sie verhilft zu einer strukturierten Betrachtung.

II. Die Ober- und Unterkategorien des Rasters

1. Die Oberkategorien: Diskriminierungsverbote, Diskriminierungsprävention und Inklusion

Diskriminierung lässt sich so weit verdrängen, als Inklusion realisiert wird. Diese Prämisse wird durch die oben ausgeführte Kontakthypothese bestätigt.²³⁰ Ganz offensichtlich sind zudem Diskriminierungsverbote ein weiteres zentrales Instrument in der Bekämpfung von Diskriminierung. Es rechtfertigt sich daher, Diskriminierungsverbote und Inklusionsmassnahmen als Oberkategorien festzulegen.

Ergänzt werden diese beiden Oberkategorien durch eine dritte, nämlich die Diskriminierungsprävention. Diskriminierungsverbote vermögen für sich genommen die Ursachen von *Ageism*, insbesondere unbewusste, *ageistische* Reflexe, nicht zu beseitigen.²³¹ Folglich gilt es, zusätzlich Präventivmassnahmen zu ergreifen, die verhindern sollen, dass *ageistische* Reflexe überhaupt erst aktiviert werden.

2. Unterkategorien

2.1. Unterkategorien im Bereich von Diskriminierungsverboten

Im Rahmen der Oberkategorie «Diskriminierungsverbot» wird untersucht, wie das einschlägige Völkerrecht und die Bundesverfassung Diskriminierung definieren und welche Anforderungen an die Rechtfertigung einer Benachteiligung aufgrund des Alters gestellt werden. In einem weiteren Schritt wird dargelegt, inwiefern diese Diskriminierungsverbote im Zivilrecht umgesetzt werden. Folglich bilden das Völkerrecht, die Verfassung sowie das einschlägige Zivilrecht eigene Unterkategorien.

²³⁰ Siehe Abschnitt zu *Ageism* unter E. § 2. II.

²³¹ Zum *ageistischen* Reflex siehe Abschnitt zu *Ageism* unter E. § 2. II.

Insbesondere in Bezug auf Diskriminierungsverbote stellt sich die Frage nach deren Wirkung unter Privaten. Damit zusammenhängend gilt es auch zu untersuchen, welche Rechtsfolgen eine Diskriminierung im Zivilrecht auslöst und wie eine Diskriminierung zu beweisen ist. Ausgehend davon werden im Bereich der Diskriminierungsverbote die beiden Themen Beweis und Rechtsfolgen als eine eigenständige Unterkategorie behandelt.

2.2. Unterkategorie im Bereich Diskriminierungsprävention

Datenschutz ist ein wichtiger Faktor zur Bekämpfung von Diskriminierung.²³² Der Datenschutz erlangt besondere Bedeutung beim Einsatz Algorithmen-basierter Technologien und den durch sie produzierten Korrelationen. Letztere sind nicht zuletzt aufgrund eines immanenten *Bias* dazu imstande, nachteilige *ageistische* Reflexe auszulösen oder zu verstärken.²³³ Auch die Datenbeschaffung im Zuge einer Bewerbung spielt eine Rolle. Beispielsweise liesse sich das Alter anhand einer algorithmischen Analyse der eingereichten Bewerbungsunterlagen oder mit Hilfe von in *Big Data* auffindbaren Datenketten ermitteln oder zumindest mehr oder weniger genau schätzen.²³⁴ Die Verschleierung des Alters in den Bewerbungsunterlagen durch den Bewerber selbst wäre dann nutzlos. Die Dossiers älterer Stellensuchenden können so ohne grossen Aufwand von jenen der jüngeren Bewerber abgesondert werden. Umso mehr stellt sich die Frage, inwiefern es erlaubt ist, das Alter zu ermitteln, und wie der Datenschutz dieser Problematik begegnet.

Ebenso dem Bereich der Diskriminierungsprävention zuzuordnen sind arbeitgeberseitige Fürsorgepflichten, die den Arbeitgeber dazu verpflichten, seine Arbeitnehmer vor Diskriminierungen zu schützen. Hier geht es weniger um das Abwehrrecht des Arbeitnehmers gegen diskriminierendes Verhalten (also um Diskriminierungsverbote), sondern vielmehr um die Pflicht des Arbeitgebers, Massnahmen zu ergreifen, durch die sich solche Verhaltensweisen verhindern lassen.

2.3. Unterkategorien im Bereich der Inklusionsmassnahmen

Unter Inklusionsmassnahmen werden hier jene rechtlichen Vorkehren verstanden, die den Verbleib älterer Menschen im Arbeitsmarkt fördern. Dazu sind insbeson-

²³² PÄRLI, Datenschutz, Rn. 17.10, sowie WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 477 mit weiteren Hinweisen.

²³³ Zur Problematik siehe den Abschnitt zu *People Analytics* unter E. § 2. III.

²³⁴ Z.B. die Analyse der Daten aus den einzelnen Diplomen, Befähigungsausweisen oder Zeugnissen lassen in der Regel eine rechnerische Approximation des Alters zu.

dere die *Förderung der Arbeitsmarktteiligung, die Bildung, altersgerechte Arbeitsbedingungen, das Rentenalter* sowie die *Beiträge an die berufliche Vorsorge* als Aspekte der Inklusion einer Betrachtung zu unterziehen:

Förderung der Arbeitsmarktteiligung: Die Förderung der Arbeitsmarktteiligung älterer Menschen ist ein wichtiges, inklusorisches Element. Zu denken ist dabei etwa an Unterstützungsleistungen bei der Stellensuche oder an Wiedereingliederungsmassnahmen nach einem Stellenverlust.²³⁵

Bildung: Die Verweigerung einer Aus- oder Weiterbildung gilt im Schweizer Erwerbsleben als eine der häufigsten Erscheinungen von Altersdiskriminierung.²³⁶ Beispielhaft dafür ist ein Fall, den das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zu beurteilen hatte:²³⁷ In der Sache ging es um eine Bestimmung der Personalverordnung der Zürcher Fachhochschule, die eine Altersgrenze von 58 Jahren für Weiterbildungs- oder Forschungssemester vorsah. Das Verwaltungsgericht erkannte darin einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV.

In einer wissenschaftlichen Studie betreffend die Schweiz wurde ausserdem aufgezeigt, dass 53,3 % der Befragten die Ansicht vertraten, es sei schwieriger, ältere Arbeitnehmer auszubilden.²³⁸ Auch dies deutet darauf hin, dass ältere Menschen in ihrer Aus- und Weiterbildung Benachteiligungen erfahren. Dies ist durchaus problematisch, denn Menschen aller Altersgruppen haben die Fähigkeit, Neues zu erlernen und sich sowohl persönlich als auch beruflich weiterzuentwickeln.²³⁹ Viele Arbeitnehmer scheiden jedoch vorzeitig aus dem Berufsleben aus, weil sie sich den Anforderungen nicht mehr gewachsen fühlen oder weil ihre beruflichen Fähigkeiten nicht mehr gefragt sind.²⁴⁰ Lebenslanges Lernen ist daher ein essentielles und probates Mittel, um ältere Personen

²³⁵ Z.B. OECD Bericht zur Schweiz, 2014, S. 29 f.

²³⁶ REHBERG/MOSER, S. 75; siehe allgemein dazu auch OECD Retaining Talent at All Ages, S. 87 mit weiteren Hinweisen.

²³⁷ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Januar 2021 (VB.2020.00470; Entscheidsprechung in SEMI/STAUFFACHER, S. 819 ff.).

²³⁸ KLUGE/KRINGS, Attitudes Toward Older Workers and Human Resource Practices, S. 63.

²³⁹ Siehe dazu insbesondere die Ausführungen zur Leistungsfähigkeit älterer Menschen im Abschnitt unter C. § 1. sowie den im UNO Wegleitung zum Aktionsplan Madrid auf S. 31 vertretenen Standpunkt: «*People of all ages have the capacity to learn new skills and undergo personal development [...]*» (frei übersetzt: «*Menschen jeden Alters haben die Fähigkeit, Neues zu lernen und sich persönlich zu entwickeln [...]*»).

²⁴⁰ TRAGESER/HAMMER/FLIEDNER, S. 27, Figur 11.

möglichst lange im Arbeitsmarkt zu halten, weil dadurch ihre Produktivität und Konkurrenzfähigkeit gesteigert werden kann.²⁴¹

Altersgerechte Arbeitsbedingungen: Als Grund für das frühzeitige Ausscheiden aus dem Erwerbsleben wird häufig der Gesundheitszustand genannt.²⁴² Der Gesundheitsschutz ist folglich ein zentrales Element der Inklusion. Es sind daher Massnahmen in Erwägung zu ziehen, die dem Alterungsprozess Rechnung tragen und darauf ausgerichtet sind, die Arbeitsfähigkeit möglichst lange zu erhalten.²⁴³ Auch der Erhalt der kognitiven Leistungsfähigkeit fällt darunter.²⁴⁴

Rentenalter und Flexibilisierungen: Die Höhe des Rentenalters hat massgeblichen Einfluss darauf, mit welchem Alter eine Person aus dem Arbeitsmarkt ausscheidet. Dies selbst dann, wenn – wie in der Schweiz – das Erreichen des Rentenalters nicht notwendigerweise zur Aufgabe einer Erwerbstätigkeit zwingt.²⁴⁵ In der Schweiz gehen gerade mal 26 % jener, die das Rentenalter erreicht haben, weiterhin einer Erwerbstätigkeit nach.²⁴⁶ Die Aufgabe der Erwerbstätigkeit mit Erreichen des ordentlichen Rentenalters ist folglich in der Schweiz die Norm (so genannter *Default-Effekt*).²⁴⁷

Dem Rentenalter haftet zudem das hartnäckige Stigma verminderter Produktivität an.²⁴⁸ Gerade das in der Schweiz festgelegte Rentenalter scheint das Ergebnis vorurteilsba-

²⁴¹ OECD Retaining Talent at All Ages, S. 77 ff.; UNO Aktionsplan Madrid, Ziff. 28 lit. c und Ziff. 40 lit. c Teil zwei; UNO Wegleitung zum Aktionsplan Madrid, S. 31; IAO-Empfehlung Nr. 162, Ziff. 5 lit. b Ziff. ii und iii; OECD Bericht zur Schweiz, 2014, S. 14 und 26 f.

²⁴² TRAGESER/HAMMER/FLIEDNER, S. 19.

²⁴³ UNO Aktionsplan Madrid, Teil zwei, Ziff. 28 lit. c und lit. k; IAO-Empfehlung Nr. 162, Ziff. 5 lit. f und Ziff. 13; OECD Bericht zur Schweiz, 2014, S. 188 ff.

²⁴⁴ Dazu im Abschnitt über die Leistungsfähigkeit im Alter unter C. § 1. – wobei darauf hinzuweisen ist, dass dieser Aspekt ebenso gut der Unterkategorie Weiterbildung zugeordnet werden könnte, indem argumentiert wird, der Erhalt der kognitiven Leistungsfähigkeit werde insbesondere durch die Förderung von Aus- und Weiterbildungen erreicht.

²⁴⁵ Vgl. die Konzipierung der beiden Versicherungssysteme der Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie der beruflichen Vorsorge später im Abschnitt G. § 5. IV.

²⁴⁶ Bericht des Bundesrats, Förderung der Erwerbstätigkeit nach Erreichen des Regelrentenalters, 2022, S. 14.

²⁴⁷ BRAUN-DUBLER/FREI/KADERLI/ROTH, S. 48.

²⁴⁸ BRAUN-DUBLER/FREI/KADERLI/ROTH, S. 8 mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

siertes Annahmen zu sein.²⁴⁹ Es ist daher die Rentenaltersregelung in der Schweiz zu untersuchen und zu diskutieren, ob eine Rentenalterserhöhung sinnvoll ist.²⁵⁰

Eine wichtige Rolle für den Verbleib im Arbeitsmarkt kommt neben dem Rentenalter auch Flexibilisierungen zu. Die Rede ist dabei von Abweichungen vom Rentenalter durch Rentenvorbezug oder -aufschub. Auch finanzielle Faktoren, wie z.B. die Möglichkeit, Rentenlücken zu schliessen oder die Rente zu erhöhen (Kürzungs- und Zuschlagssätze), können den Entscheid über eine weitere Erwerbstätigkeit über das Rentenalter hinaus beeinflussen.²⁵¹

Beiträge an die berufliche Vorsorge: Die mit fortschreitendem Alter regelmässig zunehmende Beitragshöhe in der beruflichen Vorsorge wird als benachteiligend empfunden, führt dies doch dazu, dass die Lohnnebenkosten älterer Arbeitnehmer verglichen mit jenen jüngerer Arbeitnehmer höher ausfallen.²⁵²

²⁴⁹ Siehe dazu die späteren Ausführungen zur Festlegung des Rentenalters im Abschnitt unter G. § 5. IV. 2.1.3. a.

²⁵⁰ Siehe dazu später den Abschnitt I. § 4. IV.1.

²⁵¹ BRAUN-DUBLER/FREI/KADERLI/ROTH, S. 7 ff.

²⁵² TRAGESER/HAMMER/FLIEDNER, S. 28, Figur 12, und S. 29, Figur 13; vgl. HUMBERT, Alterskündigung, S. 869.

§ 4 Zwischenfazit: Das Untersuchungsraaster

ANTIDISKRIMINIERUNGSRICHT	Oberkategorien	Unterkategorien
Diskriminierungsverbote		Völkerrecht
		Verfassungsrecht
		Zivilrecht
		Beweis und Rechtsfolgen
		Datenschutz
Diskriminierungsprävention		Fürsorgepflichten
		Förderung Arbeitsmarktbeteiligung
Inklusion		Bildung
		Altersgerechte Arbeitsbedingungen
		Rentenalter und Flexibilisierungen
		Beiträge an berufliche Vorsorge

F. Der Begriff «Diskriminierung» aus rechtlicher Sicht

§ 1 Übersicht

Nachstehend wird der Begriff «Diskriminierung» in seiner rechtlichen Dimension dargelegt (§ 2–§ 3). Dazu werden auch die verschiedenen Erscheinungsformen von Diskriminierungen (§ 4) und Konzeptionen von Diskriminierungsverboten beschrieben (§ 5). Die folgenden Ausführungen sind allgemeiner Natur, weshalb nur punktuell – meist zum Zwecke der Veranschaulichung – auf die Schweizer Rechtsordnung oder auf das Recht der Europäischen Union Bezug genommen wird.

§ 2 Keine einheitliche Legaldefinition

Eine allgemeingültige Legaldefinition für den Begriff «*Diskriminierung*» gibt es nicht.²⁵³ Die Konkretisierung des Diskriminierungsbegriffs ist Gegenstand verschiedener Konventionen, Verfassungen, Gesetze oder weiterer nachrangiger Normen, die sich explizit oder auch bloss implizit mit Diskriminierung befassen. In der Schweiz beispielsweise ist mit Art. 8 Abs. 2 BV ein Diskriminierungsverbot in der Bundesverfassung verankert. Auf Gesetzesstufe finden sich Normen mit Diskriminierungsverboten, so z.B. explizit in Art. 3 Abs. 1 GlG. Aber auch Generalklauseln des Zivilrechts beinhalten teilweise implizite Diskriminierungsverbote.²⁵⁴ Ähnlich verhält es sich im Recht der EU, das sowohl im Primär- als auch im Sekundärrecht Normen enthält, die Diskriminierung verbieten.²⁵⁵ Auf europäisch-regionaler Ebene schützen die Instrumente des Europarats, namentlich

²⁵³ TOBLER, Indirect Discrimination, S. 41 mit weiteren Hinweisen.

²⁵⁴ Z.B. Art. 28 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907, SR 210, Art. 328 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30. März 1911, SR 220, oder Art. 336 Abs. 1 lit. a OR; dazu ausführlicher im Abschnitt unter G. § 3. II. 2.

²⁵⁵ Im Primärrecht z.B. Art. 21 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2016 C 202/389; und im Sekundärrecht vgl. die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

die EMRK²⁵⁶ sowie die revidierte Europäische Sozialcharta²⁵⁷, vor Diskriminierung. Mit Blick auf die Vereinten Nationen sind für die vorliegende Thematik insbesondere die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR),²⁵⁸ die beiden UNO-Pakte I und II²⁵⁹ sowie das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (FDK)²⁶⁰ von diskriminierungsrechtlicher Bedeutung.²⁶¹

Ob nach der jeweils einschlägigen Norm von einer Diskriminierung auszugehen ist, hängt davon ab, welche Tatbestandselemente vorgeschrieben sind und wie sie durch die Rechtsprechung und Lehre ausgelegt werden. Je nach einschlägigem Diskriminierungsverbot und der dazugehörigen Rechtsprechung kann die Beurteilung über das Vorliegen einer Diskriminierung ganz unterschiedlich ausfallen. Mit anderen Worten: Nicht jede umgangssprachlich als «*Diskriminierung*» bezeichnete Benachteiligung entspricht einer Diskriminierung im rechtlichen Sinn.

§ 3 Zentrale Begriffselemente

I. Allgemein

Eine Diskriminierung im rechtlichen Sinn besteht in der Regel dann, wenn eine Person oder Gruppe aufgrund eines bestimmten, als besonders sensitiv geltenden Merkmals im Vergleich zu einer anderen Person oder Gruppe eine Benachteiligung erfährt. Weiter wird vorausgesetzt, dass sich die widerfahrene Benachteiligung nach den Massstäben des jeweiligen Rechts nicht rechtfertigen lässt. Die

²⁵⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

²⁵⁷ Revidierte Europäische Sozialcharta von 1996 (rev ESC).

²⁵⁸ Art. 2 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1948.

²⁵⁹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I, Sozialpakt), SR 0.103.1, und Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II, Zivilpakt), SR 0.103.2.

²⁶⁰ UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (FDK), SR 0.108.

²⁶¹ Ebenso erwähnenswert ist das Übereinkommen über die Rechte des Kindes, SR 0.107, zumal dieses auch Rechte an ein Alter knüpft. Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit wird nicht näher auf dieses Übereinkommen eingegangen, weil der Fokus der Arbeit auf ältere Personen und nicht auf Kinder gerichtet ist.

sensitiven beziehungsweise verpönten Merkmale werden oft in den Diskriminierungsverboten selbst explizit genannt.²⁶² Das Alterskriterium gilt in fast allen hier aufgeführten Diskriminierungsverboten als verpöntes Merkmal.²⁶³

Die Kausalität zwischen dem betroffenen Merkmal und der widerfahrenen Benachteiligung als Tatbestandsvoraussetzung einer Diskriminierung wird stets vorausgesetzt, so dass nachstehend (und auch später) darauf nicht speziell eingegangen wird. Stattdessen werden im Folgenden einige weitere als wichtig erscheinende Aspekte zur Benachteiligung (II.), zum Vergleichstest (III.) und zur Rechtfertigung (IV.) hervorgehoben. Es wird auch auf die Bedeutung des Vorsatzes im Kontext von Diskriminierungen eingegangen (V.).

II. Benachteiligung

Die hier interessierenden Diskriminierungsverbote²⁶⁴ erwähnen das Requisit einer Benachteiligung zwar nicht ausdrücklich, gleichwohl bildet es ein zentrales Tatbestandselement. Die Benachteiligung muss nicht materieller Art sein.²⁶⁵ Es kann unter Umständen auch genügen, wenn eine andere Person bevorzugt wird.²⁶⁶ Entscheidend ist vielmehr die Qualität der erfahrenen Benachteiligung. Die Benachteiligung muss sich auf das durch das Diskriminierungsverbot geschützte Gut beziehen. Im Bereich sozialer Diskriminierungsverbote ist dies die Würde des Menschen.²⁶⁷ Diese ist – aus der Sicht des Schweizer Verfassungsrechts im Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV – dann angetastet, wenn das Individuum erniedrigend oder

²⁶² Z.B. Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 EMRK oder Art. 21 GRC.

²⁶³ Einzig Art. 1 Ziff. 1 lit. a IAO-Übereinkommen Nr. 111 erfasst das Alterskriterium nicht, dazu unten G. § 3. I. 1.

²⁶⁴ Gemeint sind Art. 1 Ziff. 1 lit. a IAO-Übereinkommen Nr. 111, Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I sowie Art. 26 UNO-Pakt II und Art. 14 EMRK, Art. 8 Abs. 2 BV sowie das Diskriminierungsverbot gemäss der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 21 GRC.

²⁶⁵ Dazu z.B. die diesbezüglichen Ausführungen und Hinweise in Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 2 BV im Abschnitt G. § 3. II. 1.5.1.

²⁶⁶ Dazu, z.B. zum Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG, die Ausführungen im Abschnitt H. § 3. II. 5.1; WALDMANN erachtet im Übrigen das Element der Benachteiligung in Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 2 BV als «entbehrlich», da auch eine Bevorzugung sich als diskriminierend erweisen kann, WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 249. Im Kontext der vorliegenden Arbeit wird aber auch die Bevorzugung eines Dritten unter den Begriff «Benachteiligung» subsumiert.

²⁶⁷ In Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 2 BV siehe den Abschnitt unter G. § 3. II. 1.3 oder bezüglich Art. 14 EMRK die Ausführungen in G. § 3. I. 4.3.

mit Geringschätzung behandelt wird.²⁶⁸ Eine Benachteiligung, die keinen solchen Effekt hat, ist in der Regel keine Diskriminierung im Rechtssinn.

Die meisten Diskriminierungsverbote sehen eine Auswahl bestimmter Merkmale vor, an die eine Massnahme nicht anknüpfen darf.²⁶⁹ Tut sie es dennoch, ist davon die Würde betroffen, weshalb eine damit einhergehende Benachteiligung den diskriminierungsrechtlichen Benachteiligungsbegriff zumindest vermutungsweise erfüllt.

III. Vergleichstest

Das Vorhandensein einer Benachteiligung ergibt sich in Fällen direkter Diskriminierung²⁷⁰ aus einem Vergleich der Situationen zweier Individuen. Dazu wird eine grundsätzliche Vergleichbarkeit vorausgesetzt.²⁷¹ Die Vergleichbarkeit stellt die Gerichte vor Schwierigkeiten, denn Sachverhalte lassen sich immer unter verschiedenen Blickwinkeln vergleichen. Es ist letztlich eine diffizile Wertungsfrage, welcher Blickwinkel eingenommen wird und welche Vergleichskriterien als ausschlaggebend angesehen werden.²⁷² Immer aber, wenn Wertungen getroffen werden, besteht eine latente Gefahr, in Willkür zu verfallen oder dadurch bereits bestehende Stereotypen oder Vorurteile zu bekräftigen.²⁷³

Die besondere Schwierigkeit mit Blick auf das Alter als Unterscheidungskriterium liegt ausserdem darin, dass jeder Mensch über ein Alter verfügt und das Alter ein fließendes Konzept ist, weil jeder Mensch unaufhaltsam altert. Was bedeutet dies bezogen auf die Vergleichbarkeit zweier Personen unterschiedlichen Alters? Ist eine 45-jährige Person mit einer 60-jährigen noch vergleichbar? Es lässt sich hier keine objektiv begründbare Grenze ziehen. FREDMAN und HEPPLER schlagen daher vor, dass in Bezug auf das Alter auf die Vergleichbarkeit verzichtet werden sollte und stattdessen bereits dann von einer Diskriminierung auszugehen, wenn

²⁶⁸ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 248 f. mit weiteren Hinweisen.

²⁶⁹ Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 14 EMRK oder Art. 21 GRC.

²⁷⁰ Eine direkte Diskriminierung ist die Folge aus einer unmittelbaren Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal. Zur Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Diskriminierung dazu sogleich im Abschnitt unter F. § 4.

²⁷¹ Diese Aussage trifft nicht unbedingt auf mittelbare Diskriminierungen zu. Dazu hier sogleich.

²⁷² PETERS/ALTWICKER, § 33 Rn. 6; FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 168 f.; vgl. auch die grundsätzlichen Ausführungen zum Thema Gerechtigkeit und Gleichheit unter D.

²⁷³ Ähnlich dazu BELL, *Direct Discrimination*, S. 205 f.

sich eine Benachteiligung aufgrund des Alters ergibt.²⁷⁴ Dieses bedeutet letztlich, dass ein Altersunterschied der Vergleichbarkeit grundsätzlich keinen Abbruch tut. Das Alter sollte folglich nicht als Referenzkriterium für den gesuchten Vergleichsmassstab dienen.

Scheitert die Diskriminierungsprüfung bereits am Vergleichstest, dann bedeutet dies auch, dass die nachgelagerten Prüfschritte betreffend die Rechtfertigung der Massnahme und seine Verhältnismässigkeit entfallen. Der Vergleichstest ist somit eine zentrale Weichenstellung, die den Ausgang eines diskriminierungsrechtlichen Verfahrens entscheidet.

Anders verhält es sich in Bezug auf Fälle mittelbarer Diskriminierung. Hier wird – im Unterschied zu unmittelbaren Diskriminierungen – an ein augenscheinlich neutrales Kriterium angeknüpft, woraus eine überproportionale Benachteiligung einer bestimmten Gruppe resultiert.²⁷⁵ Anstelle eines Individualvergleichs erfolgt hier ein Gruppenvergleich.²⁷⁶ Mit diesem Vergleich verbunden sind dieselben Problematiken, wie sie oben bereits beschrieben wurden. Es ist allerdings umstritten, ob mittelbare Diskriminierungen überhaupt vom Vorliegen vergleichbarer Situationen abhängig gemacht werden sollen. Es entspreche – so MULDER – dem Wesen einer mittelbaren Diskriminierung, dass die verschiedenen Gruppen sich in unterschiedlichen Situationen befänden.²⁷⁷ Es ist in diesem Zusammenhang auch die Ansicht anzutreffen, wonach für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung bereits eine überproportionale Betroffenheit genügen soll.²⁷⁸

IV. Rechtfertigung

Diskriminierungsverbote sind in der Regel so konzipiert, dass eine erlittene Benachteiligung erst dann eine Diskriminierung konstituiert, wenn sie sich nicht rechtfertigen lässt.²⁷⁹ Die Rechtfertigung folgt dabei grundsätzlich einer be-

²⁷⁴ FREDMAN, *Age of Equality*, S. 55 ff.; HEPPLER, S. 82.

²⁷⁵ Zur mittelbaren Diskriminierung ausführlicher im Abschnitt unter F. § 4. II.

²⁷⁶ FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 183 ff.

²⁷⁷ MULDER, *Indirect sex discrimination in employment*, S. 50.

²⁷⁸ Die Rechtsprechung des EuGH ist in diesem Punkt jedenfalls ambivalent, dazu unten H. § 3. II. 4.2.

²⁷⁹ Dies gilt z.B. für Art. 8 Abs. 2 BV, siehe dazu den Abschnitt weiter unten G. § 3. II. 1.6; sowie mit Blick auf das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK den Abschnitt G. § 3. I. 4.6.

stimmten Struktur, in der sich zeigen muss, dass die benachteiligende Massnahme einem objektiven und sachlichen Zweck dient und zugleich einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhält. Letzteres beurteilt sich üblicherweise anhand von drei Kriterien, nämlich der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit der Massnahme in Relation zum jeweiligen Massnahmenzweck. Dabei muss aufgezeigt werden, inwiefern sich die Massnahme für den ihr bestimmten Zweck eignet. Sodann gilt es zu prüfen, ob die Massnahme erforderlich war, oder anders ausgedrückt: ob derselbe Zweck nicht auch durch eine mildere Massnahme erreicht werden könnte. Und schliesslich muss die Ungleichbehandlung insgesamt für die Betroffenen zumutbar sein.²⁸⁰

Die Rechtfertigungslast variiert je nach einschlägigem Diskriminierungsverbot. Allgemein lässt sich sagen, je sensibler das betroffene Merkmal ist, umso grösser dürfte die Intensität der erfahrenen Benachteiligung sein. Die Rechtfertigungslast kann dieser Intensität Rechnung tragen, indem sie umso schwerer wiegt, je sensibler das infrage stehende Merkmal ist. Gerade mit Bezug auf das Alterskriterium ist festzustellen, dass dieses in der Rechtsprechung verglichen mit anderen Merkmalen wie z.B. Geschlecht oder Hautfarbe oft als weniger sensibles Merkmal qualifiziert wird. Die Folge daraus ist, dass die Rechtfertigungshürden für altersbasierte Benachteiligungen vergleichsweise tiefer angesetzt sind.²⁸¹

Weiter oben wurde dargetan, dass jede Benachteiligung aufgrund des Alters auf einer Präferenz, Assoziation oder Korrelation gründet.²⁸² Gerade im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung tut es not, zu vergegenwärtigen, worauf die Benachteiligung tatsächlich basiert. Beruht die Benachteiligung auf einer Präferenz, dann dient die Benachteiligung keinem objektiven Ziel, sondern bloss der Präferenz als Selbstzweck. Liegt der Benachteiligung eine Assoziation zugrunde, dann bedeutet dies, dass der kausale Zusammenhang zwischen dem Differenzierungsziel und dem auserkorenen Merkmal einer notwendigen, wissenschaftlichen Basis entbehrt. Handelt es sich um eine Korrelation zwischen Alter und einer vermuteten Eigenschaft, stellt diese Korrelation möglicherweise auf ausreichendes Datenmaterial ab. Es muss sich dann aber noch weisen, ob die mit dem Alter vermutete

²⁸⁰ Zur Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung aufgrund eines verpönten Merkmals nach Art. 8 Abs. 2 BV z.B. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 8 Rn. 26; mit Bezug auf Art. 14 EMRK z.B. *Khamtokhu und Aksenchik v. Russland*, EGMR, 24. Januar 2017, App. Nr. 60367/08 und 961/11, Rn. 69.

²⁸¹ Vgl. dazu beispielsweise in Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 2 BV die Ausführungen im späteren Abschnitt G. § 3. II. 1.6.

²⁸² Dazu oben im Abschnitt E. § 2. IV.

Eigenschaft geeignet war, um das gesetzte objektive Ziel zu erreichen, und ob das Alter als Unterscheidungskriterium zur Zielerreichung erforderlich und zumutbar war.²⁸³

V. Kein Vorsatz erforderlich

Den hier interessierenden Diskriminierungsverboten ist gemeinsam, dass sie an keinen Vorsatz anknüpfen. Es ist somit unerheblich, ob mit einer Benachteiligung absichtlich auf eine Diskriminierung hingewirkt wurde. Das gilt sowohl für das in der Schweiz in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Diskriminierungsverbot als auch für jene hier relevanten völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote, die für die Schweiz verbindlich sind.²⁸⁴ Ebenso wenig setzen die sozialrechtlichen Diskriminierungsverbote der Europäischen Union das Vorhandensein subjektiver Tatbestandsmerkmale voraus.²⁸⁵

Dies bedeutet jedoch nicht, dass subjektive Motive völlig unbedeutend sind und daher nicht zu berücksichtigen sind. Die Motive einer Benachteiligung können entscheidende Hinweise auf den mit der Massnahme verfolgten Zweck liefern. Der Zweck ist schliesslich ein wesentliches Element der Rechtfertigungsprüfung. Lässt sich eine Benachteiligung nämlich nicht rechtfertigen, dann hat sich möglicherweise eine Diskriminierung im Rechtssinne realisiert.

Zeigt sich beispielsweise, dass ein Arbeitgeber jüngere Personen den älteren vorzieht, weil er ältere Personen schlicht nicht mag, dann ist diese Präferenz im Rahmen der Rechtfertigung zu würdigen: Das Erfüllen einer Präferenz ist kein legitimes Ziel, weshalb die Rechtfertigung scheitern muss.

²⁸³ Zu Präferenzen, Assoziationen und Korrelationen im Allgemeinen siehe die Ausführungen unter E. § 2. IV. und zur rechtlichen Einordnung derselben siehe die späteren Ausführungen in Zusammenhang mit statistischer Diskriminierung unter F. § 4. V. 4.

²⁸⁴ Für die EMRK z.B. SCHILLING, Rn. 792.

²⁸⁵ Zum Recht der EU: siehe die Ausführungen zum Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG im Abschnitt H. § 3. II. 5.1 sowie zum Diskriminierungsverbot in Art. 21 GRCh im Abschnitt H. § 4.

§ 4 Diskriminierungsformen

Diskriminierungen treten ganz unterschiedlich in Erscheinung. In diesem Zusammenhang werden nachstehend die wichtigsten Erscheinungsformen dargelegt, nämlich die direkte und die indirekte Diskriminierung (I. und II.), die faktische, die strukturelle und die statistische Diskriminierung (III., IV. und V.) sowie schliesslich die mehrdimensionale Diskriminierung (VI.). Letztere Diskriminierungsform teilt sich wiederum in verschiedene Unterformen auf.

I. Direkte Diskriminierung

Eine direkte Diskriminierung²⁸⁶ zeichnet sich dadurch aus, dass sie grundsätzlich unmittelbar an ein verpöntes Kriterium anknüpft.²⁸⁷ Beispiele direkter Diskriminierung wären etwa Stellenausschreibungen, die offenkundig bestimmte Altersgruppen ausschliessen, oder die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wegen des Alters – dies jeweils, soweit sich dazu keine ausreichende Rechtfertigung ins Feld führen lässt.

II. Indirekte Diskriminierung

Unter indirekter Diskriminierung²⁸⁸ werden Massnahmen basierend auf vermeintlich neutralen Kriterien verstanden, die sich im Ergebnis jedoch disproportional auf eine bestimmte Personengruppe auswirken.²⁸⁹ In der Literatur werden indirekte Diskriminierungen teilweise auch als Vorgang beschrieben, der jenem Aspekt des aristotelischen Gleichheitssatzes entgegensteht, wonach Ungleiches ungleich zu behandeln ist: Die indirekte Diskriminierung erweist sich dabei als die Folge einer Gleichbehandlung, die keine Rücksicht auf Unterschiede nimmt.²⁹⁰ Weder

²⁸⁶ Alternative Ausdrücke sind «*unmittelbare*» oder «*offene*» Diskriminierung – es wird damit stets dasselbe bezeichnet.

²⁸⁷ Zu Art. 8 Abs. 2 BV WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 62; EYLEM, Rn. 201; TOBLER, Indirect Discrimination, S. 56 f.

²⁸⁸ Alternative Begriffe dafür sind «*mittelbare*» oder «*versteckte*» Diskriminierung – auch sie bezeichnen jeweils dasselbe.

²⁸⁹ Für die Schweiz vgl. dazu beispielsweise BGE 141 II 411, E. 6.2, oder WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 63.

²⁹⁰ Vgl. FREDMAN, Discrimination Law, S. 177 f.

die Schweizer Rechtsprechung noch jene der EU haben sich in Bezug auf indirekte Diskriminierung auf eine bestimmte Schwelle festgelegt, ab der die erforderliche Disproportionalität als erreicht gilt.²⁹¹

Für den Nachweis indirekter Diskriminierung kommt Statistiken eine bedeutende Rolle zu.²⁹² Statistiken eignen sich, überproportionale Benachteiligungen abzubilden beziehungsweise sichtbar zu machen. Relevantes statistisches Datenmaterial ist jedoch oft Mangelware.²⁹³

III. Faktische Diskriminierung

In der Lehre wird auch das Konzept der faktischen Diskriminierung diskutiert.²⁹⁴ Es ist denkbar, dass zwar eine Benachteiligung offensichtlich auf der Hand liegt, diese aber keine Diskriminierung im rechtlichen Sinn darstellt. Gleichwohl kann sich die Benachteiligung nach der Lehre der faktischen Diskriminierung als diskriminierend erweisen:

In den Konstellationen faktischer Diskriminierung passt die infrage stehende Benachteiligung nicht in den Rahmen, den die rechtlichen Konzepte der Diskriminierung vorgeben. Dies kann z.B. daran liegen, dass der Anwendungsbereich des jeweiligen Diskriminierungsrechts die betreffende Benachteiligung sachlich nicht erfasst. Eine allzu enge Betrachtungsweise des Rechts ist allerdings problematisch, weil damit möglicherweise vergessen geht, dass die sozialen Ziele des Rechts – so TOBLER sinngemäss und mit Hinweisen – unter Umständen auch dahingehend ausgelegt werden können, dass sie die im Einzelfall sich tatsächlich zutragene Diskriminierung verbieten wollen.²⁹⁵

²⁹¹ Für die Schweiz BGE 141 II 411, E. 6.2. f.; für die EU z.B. EuGH v. 8.5.2019, Rs. C-161/18, *Violeta Villar Láz v Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, ECLI:EU:C:2019:382, Rn. 39–40.

²⁹² FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 183; PÄRLI, *Rechtswissenschaftliche Diskriminierungsforschung*, S. 110.

²⁹³ Mit Blick auf die EU vgl. Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 10 f.

²⁹⁴ Zum Ganzen TOBLER, *Indirect Discrimination*, S. 64 ff. mit weiteren Hinweisen.

²⁹⁵ TOBLER, *Indirect Discrimination*, S. 64 ff.

IV. Strukturelle Diskriminierung

Unter struktureller Diskriminierung werden Benachteiligungen verstanden, die auf gesellschaftlich akzeptierten Verhaltensweisen beruhen und oft von den Benachteiligten selbst gebilligt werden.²⁹⁶ Beispiel struktureller Diskriminierung sind Benachteiligungen aus der althergebrachten Rollenverteilung zwischen Mann und Frau, bei der der Mann einer beruflichen Beschäftigung nachgeht, während die Frau sich um die Familie kümmert.²⁹⁷ Auch rechtliche Strukturen können sich diskriminierend auswirken.²⁹⁸

V. Statistische Diskriminierung

1. Bedeutung

Der Begriff «*statistische Diskriminierung*» beschreibt einen Vorgang, in dem eine Person eine Benachteiligung erfährt, weil sie ein Merkmal aufweist, das mit einer bestimmten Eigenschaft in Verbindung gebracht wird. Das jeweilige Unterscheidungsmerkmal dient dabei als Stellvertreterkriterium für eine Eigenschaft, von der vermutet wird, sie stehe mit dem Stellvertreterkriterium in Verbindung. Wesentlich ist, dass sowohl das Stellvertreterkriterium als auch die vermutete Eigenschaft jeweils personenbezogen sind.²⁹⁹

Der Unterschied zur «gewöhnlichen» Diskriminierung besteht im Wesentlichen darin, dass die Benachteiligung nicht auf einer merkmalsbezogenen Präferenz beruht, sondern auf einer statistischen Korrelation zwischen Merkmal und mutmasslicher Eigenschaft.³⁰⁰

Statistiken bilden Korrelationen ab, die auf Beobachtungen aus gesammelten Daten abgestützt werden. Statistiken ermöglichen dadurch eine Generalisierung sowie eine Ökonomisierung der Entscheidungsfindung, indem der Aufwand einer einzelfallweisen Abklärung durch die (erhoffte) Effizienz einer Generalisierung

²⁹⁶ TOBLER, Indirect Discrimination, S. 61 ff.

²⁹⁷ Anmerkung des Autors: Es lässt sich beobachten, dass diese Rollenverteilung allmählich gesellschaftlich überwunden wird, so dass sie nur bedingt als Beispiel für gesellschaftlich akzeptierte strukturelle Diskriminierung taugt.

²⁹⁸ SCHERR, S. 25 ff.

²⁹⁹ Zum Ganzen BRITZ, S. 9.

³⁰⁰ BRITZ, S. 17; zum Begriff Korrelation siehe Abschnitt E. § 2. IV.

reduziert wird.³⁰¹ Korrelationen beziehungsweise Statistiken dienen demnach als Prognose- und Entscheidungsfindungsinstrument.

Gerade im Personalbereich stützen Arbeitgeber ihre Entscheidungen regelmässig auf Korrelationen ab, sei es, um eine Stelle mit einem geeigneten Kandidaten zu besetzen, oder sei es, um die künftige Abwanderung des bestehenden Personals mit statistischer Wahrscheinlichkeit vorherzusagen (prädiktive Analytik).³⁰² Aus Arbeitgebersicht ist es wertvoll zu wissen, mit welchen Kriterien sich solche Vorhersagen treffen lassen.

People Analytics und statistische Diskriminierung sind dabei konzeptionell verwandt. In beiden Fällen werden Korrelationen sichtbar gemacht, um Aussagen über die Eintretenswahrscheinlichkeit von Zukunftsszenarien treffen zu können.³⁰³ Von herkömmlichen Statistiken unterscheidet sich *People Analytics* bloss dadurch, dass Letzteres mit moderner Technologie auf den Datenkosmos von *Big Data* zurückgreift.³⁰⁴ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher auch auf *People Analytics*.

2. Generalisierungsunrecht

Eine zentrale Problematik besteht darin, dass Statistiken dem Einzelfall nicht Rechnung tragen. Es ist daher denkbar, dass das Individuum die Statistik Lügen straft. In solchen Fällen widerfährt der betroffenen Person Generalisierungsunrecht.³⁰⁵ Die pauschale Annahme geringerer Leistungsfähigkeit im fortgeschrittenen Alter ist ein Beispiel solchen Generalisierungsunrechts.³⁰⁶ Die mögliche Folge davon ist die Benachteiligung älterer und die Bevorzugung jüngerer Personen.

³⁰¹ BRITZ, S. 17.

³⁰² Prädiktive Analytik hat mit statistischer Diskriminierung zu tun, vgl. WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 461 f.

³⁰³ Zum Begriff «prädiktive Analytik» vgl. WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 461.

³⁰⁴ Zur Verwendung von *Big Data* zur Berechnung von Versicherungsprämien siehe PÄRLI/VECCHI/OBERHAUSSER, S. 18.

³⁰⁵ Dazu BRITZ, S. 2 ff.

³⁰⁶ Dazu im Abschnitt unter C. § 1.

Auch die Auswahl der Daten und Variablen ist wertungsabhängig und damit anfällig, Vorurteilen und Stereotypen anheimzufallen.³⁰⁷ Statistiken tragen dadurch zur Verstärkung bestehender Vorurteile und Stereotypen bei.³⁰⁸

3. Typisierung und statistische Diskriminierung

Eng mit statistischer Diskriminierung verwandt ist die Typisierung. Auch hier wird ein Merkmal als Stellvertreterkriterium für eine bestimmte Eigenschaft genutzt. Typisierungen dienen dabei weniger einer Prognose über die Zukunft, sondern mehr einer Einschätzung über das Hier und Jetzt. Gleichwohl sind auch Typisierungen das Abbild von Erfahrungswerten. Sie werden insbesondere innerhalb rechtlicher Normen operationalisiert, indem sich diese auf den Durchschnittsfall beziehen und dabei den irregulären Sonderfall ausser Acht lassen mit dem Zweck, die Sachverhaltsabklärung und letztlich auch die Rechtsfindung zu erleichtern.³⁰⁹

Art. 27 Abs. 1 VZV³¹⁰ enthält eine solche Typisierung und bietet daher ein gutes Anschauungsbeispiel. Er regelt die zeitlichen Untersuchungsintervalle, in denen sich die Inhaber bestimmter Fahrzeugausweiskategorien einer verkehrsmedizinischen Kontrolluntersuchung zu unterziehen haben. Die Intervalle knüpfen dabei an das Alter an. Das Alter als Stellvertreterkriterium kommt dabei nicht von ungefähr, sondern beruht im Wesentlichen auf der Annahme, dass mit zunehmendem Alter die Sehschärfe abnimmt und damit auch das Gefährdungspotential im Strassenverkehr zunimmt.³¹¹

4. Korrelationen und Kausalität

Statistiken können dazu dienen, die Eintretenswahrscheinlichkeit eines Szenarios anhand von Variablen abzubilden. Die statistisch berechnete Wahrscheinlichkeit ist das Resultat von Korrelationen zwischen verschiedenen Faktoren. Dabei weisen sie nicht notwendigerweise einen kausalen Zusammenhang zwischen Vari-

³⁰⁷ GLATTHAAR, S. 44 ff., sowie ähnlich dazu BRITZ, S. 21; betreffend die *Bias*-Gefahr im Rahmen von Algorithmen dazu detailliert HACKER, S. 1146 ff., sowie die Ausführungen und Hinweise oben im Abschnitt E. § 2. III.

³⁰⁸ PÄRLI/OBERHAUSSER, Rn. 90.

³⁰⁹ Zum Ganzen BRITZ, S. 36 ff.

³¹⁰ Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung, VZV) vom 27. Oktober 1976, SR 741.51.

³¹¹ Vgl. dazu BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014, E. 2.2.

ablen nach, sondern liefern ein Indiz für einen mit bestimmter Wahrscheinlichkeit anzunehmenden kausalen Zusammenhang. Statistische Korrelationen sind folglich nicht gleichbedeutend mit Kausalität und taugen daher nicht als Nachweis einer Kausalität zwischen zwei oder mehreren Bezugsgrößen.³¹² Oder einfacher ausgedrückt: Die Änderung der Variablen A bewirkt nicht notwendigerweise kausal eine Änderung der Variablen B. Die Aussage einer Statistik ist lediglich die: Ändert sich A, dann ist eine Änderung von B wahrscheinlich.

Zur Veranschaulichung: Es lässt sich beispielsweise eine Korrelation zwischen Alter und Körpergrösse feststellen. Jedoch bewirkt eine Veränderung der Körpergrösse offensichtlich keine Veränderung des Alters. Der Unterschied zwischen Kausalität und Korrelation ist darin zu sehen, dass Erstere das Verständnis zwischen Ursache und Wirkung herstellt, während Letztere eine blossе Beobachtung im Verhalten von Variablen darstellt.³¹³

Es lassen sich unendlich viele Korrelationen irgendwelcher Art erdenken. Beispielsweise der scheinbare Zusammenhang zwischen der Vorliebe für Mangas und Programmiertalent,³¹⁴ zwischen Alter und Loyalität, zwischen Nationalität und Versicherungsrisiko,³¹⁵ zwischen Aussehen und Kriminalität. Dabei muss immer kritisch hinterfragt werden, ob die der Korrelation zugrundeliegenden Faktoren tatsächlich einen Hinweis auf einen kausalen Zusammenhang liefern können. Ein im Rekrutierungsprozess eingesetztes Assessment-Instrument beispielsweise, das sich zur Ermittlung der künftigen Arbeitsleistung auf den Namen «Jared» und dem während der Schulzeit ausgeübten Hobby als Faktoren zukünftigen Erfolgs bezieht, beruht nicht auf einer Korrelation, die auf einen kausalen Zusammenhang hinweist. Dies, weil zwischen den gewählten Erfolgsfaktoren – «Jared» und Hobby – ganz offensichtlich kein kausaler Zusammenhang mit der Leistungsfähigkeit am Arbeitsplatz besteht.³¹⁶

Korrelationen sind schliesslich von Assoziationen abzugrenzen. Jede Korrelation beinhaltet eine Assoziation. Nicht jede Assoziation ist jedoch gleichbedeutend einer Korrelation.³¹⁷ Korrelationen stellen numerische Variablen zueinander in

³¹² BERGSTROM/WEST, S. 56 f.; ähnlich auch KASPER, S. 32 f.

³¹³ KING/MRKONICH, S. 563.

³¹⁴ Vgl. dazu das Beispiel in WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 462, sowie zahlreiche weitere Beispiele auf S. 459 f.

³¹⁵ Dazu PÄRLI/VECCHI/OBERHAUSSER, S. 16 ff.

³¹⁶ Dazu das Beispiel in GLATTHAAR, S. 44 f.

³¹⁷ BERGSTROM/WEST, S. 52 f., sowie KASPER, S. 32 ff.

Bezug, während eine Assoziation nicht zwingend einen Zahlenbezug herstellt.³¹⁸ Assoziationen sind mit Glaubenssätzen zu vergleichen: Man glaubt, ohne dies statistisch nachweisen zu können, zwischen A und B bestehe ein Zusammenhang. Assoziationen liefern daher keinen Hinweis auf eine statistisch wahrscheinliche kausale Verbindung.

In der Literatur wird intensiv darüber diskutiert, inwiefern algorithmische Korrelationen das Konzept Kausalität ablösen.³¹⁹ Mit dieser Diskussion verwandt ist auch die Frage, inwiefern eine Unterscheidung aufgrund einer Korrelation gerechtfertigt ist.³²⁰ Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Korrelation immerhin als Nachweis gesehen werden kann für eine statistisch wahrscheinliche kausale Verbindung zwischen mindestens zwei Variablen.³²¹ Dies ist insbesondere dann bedeutsam, wenn sich eine Kausalität kaum nachweisen lässt. Damit die Korrelation überhaupt als Nachweis einer statistisch wahrscheinlich erscheinenden kausalen Verbindung taugt, muss sie auf anerkannten wissenschaftlichen Methoden beruhen und deren Datenbasis muss transparent und aussagekräftig sein.³²²

Die Eignung einer Korrelation als Rechtfertigungsbasis hängt somit einerseits von ihrer Datenqualität ab. Andererseits ist auch die Richtung zu bestimmen, in welche die durch eine Korrelation indizierte Kausalität deutet. Kräht der Hahn, weil die Sonne aufgeht, oder geht die Sonne auf, weil der Hahn kräht? Das Indiz des kausalen Zusammenhangs muss dabei immer in die Richtung weisen, in die auch das Ziel einer Ungleichbehandlung weist (z.B. Alter und Leistungsfähigkeit).

Gerade im Anwendungsbereich KI-gestützter Technologien besteht ein latentes Risiko, so genannten Scheinkausalitäten zu verfallen, denn es wird sich im Ozean von *Big Data* immer irgendein Muster mit irgendwelchen Variablen finden las-

³¹⁸ BERGSTROM/WEST, S. 52 f.

³¹⁹ Für eine Übersicht darüber KASPER, S. 32 ff.; allgemein dazu auch KING/MRKONICH, S. 560 ff.; HAAG, S. 132 ff., diskutiert den Unterschied zwischen Korrelation und Kausalität in Bezug auf die Frage, inwiefern der Einsatz von Algorithmen Diskriminierungen kausal verursacht. Im Ergebnis stellt er fest, dass auch eine Korrelation kausal für das Entstehen einer Diskriminierung sein kann. Dies ist meines Erachtens ohne weiteres zutreffend. Es ist jedoch nach hier vertretener Auffassung danach zu fragen, inwiefern eine bloss korrelations- oder assoziationsbasierte Entscheidung im Rahmen der Massnahmeneignung zu würdigen ist.

³²⁰ Dazu sogleich im Abschnitt F. § 4. V. 5.

³²¹ Dadurch unterscheidet sich die Korrelation auch von der Assoziation; vgl. in diesem Zusammenhang die allgemeineren Ausführungen zur Abgrenzung zwischen Assoziation und Korrelation im Abschnitt E. § 2. IV.

³²² BRITZ, S. 175 f.

sen.³²³ Umso wichtiger ist es, unter anderem die durch Algorithmen produzierten prognostischen Aussagen kritisch zu hinterfragen.

5. Besonderheit: Rechtfertigung

Im Rahmen der Rechtfertigung korrelationsbasierter Benachteiligungen bedarf es einer doppelten Legitimitätsprüfung. Sowohl das Differenzierungsziel als auch die Differenzierung selbst anhand des Stellvertreterkriteriums müssen einem legitimen Zweck dienen. Zielt die Differenzierung darauf ab, die leistungsstärksten Bewerber zum Zweck der Betriebsoptimierung zu selektieren, dann ist die betriebliche Optimierung freilich ein legitimes Ziel. Besteht ein Informationsdefizit, weil z.B. eine einzelfallweise Überprüfung der Leistungen nicht möglich ist, kann das Abstellen auf ein Stellvertreterkriterium ebenfalls legitim sein.³²⁴ Eine andere Frage ist es, ob es ebenso gerechtfertigt ist, dazu auf das Alterskriterium abzustellen.

Sodann folgt eine doppelte Verhältnismässigkeitsprüfung: Erstens muss die Unterscheidung nach dem Hauptkriterium³²⁵ geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um das verfolgte (Differenzierungs-)Ziel zu erreichen. Und zweitens ist danach zu fragen, ob das Stellvertreterkriterium geeignet, erforderlich und zumutbar ist, um auf das Hauptkriterium zu schliessen. Die Eignung des Stellvertreterkriteriums ist in Abrede zu stellen, soweit sie nicht auf statistisch relevantem Datenmaterial beruht.³²⁶ Blosses Erfahrungswissen oder die Behauptung eines statistischen Zusammenhangs genügt nicht.³²⁷

Ebenso gilt es zu prüfen, in welche Richtung die Korrelation einen kausalen Zusammenhang indiziert. Ferner ist auch die der Korrelation zugrundeliegende Datenqualität zu berücksichtigen. Basiert die Korrelation auf einer unzureichenden Datenqualität, dann ist damit auch kein hinreichend wahrscheinlicher kausaler Zusammenhang zwischen Stellvertreterkriterium und Differenzierungsziel nach-

³²³ WBF, Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe «Künstliche Intelligenz» an den Bundesrat, S. 38 f.

³²⁴ BRITZ, S. 158.

³²⁵ Das ist jenes Kriterium, für welches das Stellvertreterkriterium steht. Ist z.B. die Leistungsfähigkeit das Hauptkriterium, dann kann z.B. das Alter das korrelierende Stellvertreterkriterium sein. Das Ziel der Differenzierung anhand der Leistungsfähigkeit kann z.B. in der Optimierung der betrieblichen Leistungsfähigkeit gesehen werden.

³²⁶ Siehe dazu die vorangehenden Ausführungen im Abschnitt zum Verhältnis von Korrelation zu Kausalität F. § 4. V. 4.

³²⁷ BRITZ, S. 161.

gewiesen. Weist die Korrelation demnach in die falsche Richtung oder ist die Datenqualität zu beanstanden, dann muss im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung konsequenterweise der Schluss gezogen werden, dass sich das Abstellen auf das Stellvertreterkriterium für die gewünschten Zwecke nicht eignet. Eine Benachteiligung gestützt auf das infrage stehende Stellvertreterkriterium wäre folglich nicht gerechtfertigt.³²⁸

6. Zwischenfazit

Mit dem wachsenden Einsatz algorithmischer Analyseinstrumente nimmt auch die Bedeutung von Korrelationen und damit auch statistischer Diskriminierung zu. Es ist folglich essentiell, diesem Aspekt im Rahmen von Diskriminierungsfällen besondere Rechnung zu tragen. Dabei zeigt sich, dass eine zweistufige Prüfung vorzunehmen ist, in der zuerst nach der Legitimität des Hauptziels der Differenzierung zu fragen ist und in einem zweiten Schritt nach jener des ausserkorenen Stellvertreterkriteriums. Ferner muss einerseits die Datenqualität der jeweiligen Korrelation, auf welche die Statistik beruht, kritisch geprüft werden. Andererseits gilt es zu beurteilen, ob die Korrelation überhaupt einen kausalen Zusammenhang zwischen den gewählten Faktoren vermuten lässt und in welche Richtung dieser vermutete Zusammenhang allenfalls weist. Zeigt sich, dass die Datenqualität ungenügend ist oder dass kein kausaler Konnex bestehen kann, dann muss die Korrelation im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung als ungeeignet gelten hinsichtlich des mit ihr verfolgten Ziels. Die Konsequenz daraus ist, dass die Ungleichbehandlung gestützt auf die Korrelation als ungerechtfertigt zu qualifizieren ist.

VI. Mehrdimensionale Diskriminierung

1. Übersicht und Problemstellung

In der Praxis kommt es häufig vor, dass nicht bloss ein einziges Merkmal einer Benachteiligung zugrunde liegt, sondern gleich mehrere.³²⁹ Dabei bleibt oft unklar, welches Merkmal in welchem Ausmass ursächlich ist für die widerfahrene Benachteiligung.

Zunächst einmal muss begriffliche Klarheit geschaffen werden: Führt eine Kombination von Merkmalen zu einer Diskriminierung, wird dazu in der Lehre regelmäs-

³²⁸ Ähnlich auch DAEDELLOW, Rn. 21.

³²⁹ Ausführlich zum Thema NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 233 ff.

sig der Oberbegriff «Mehrfachdiskriminierung» verwendet.³³⁰ Dieser Oberbegriff ist nicht optimal. Er suggeriert die Verwirklichung multipler Diskriminierungstatbestände, was aber – wie noch zu zeigen sein wird – nicht zwingend der Fall sein muss.³³¹ Unter den Begriff «Mehrfachdiskriminierung» fallen auch Sachverhalte, in denen sich bloss ein einzelner Diskriminierungstatbestand realisiert, das Diskriminierungsmerkmal sich aber aus mehreren Merkmalen zusammensetzt.³³² Gerade in solchen Fällen liegt keine mehrfache Diskriminierung respektive «Mehrfachdiskriminierung» vor.

Vorliegend wird daher der in der Lehre ebenfalls anzutreffende Begriff «mehrdimensionale Diskriminierung»³³³ bevorzugt: Er deutet die Vielschichtigkeit erfahrener Benachteiligung an, ohne dabei gleichzeitig die Verwirklichung mehrerer Diskriminierungstatbestände vorauszusetzen. Mehrdimensionale Diskriminierung lässt sich grob unterteilen in additive, verstärkende und intersektionelle Diskriminierung.³³⁴

Die Problematik mehrdimensionaler Diskriminierung liegt hauptsächlich darin, dass ihr die Rechtsprechung mit ihrer überwiegend monokategorialen Diskriminierungsprüfung nicht zu Visibilität verhilft. CRENSHAW kritisierte bereits 1989 die dominierende eindimensionale Betrachtung (*single-axis framework*)³³⁵ und veranschaulichte die Problematik anhand des *DeGraffenreid-Falls*:³³⁶

³³⁰ Vgl. BAER/BITTNER/GÖTSCHKE, S. 23; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 233 ff.; EYLEM, Rn. 205.

³³¹ Gerade bei der intersektionellen Diskriminierung treffen mehrere Merkmale aufeinander, wobei eben gerade nicht jedes je einzeln einen Diskriminierungstatbestand erfüllt, sondern erst die Kombination aller Merkmale zusammen führen zur Diskriminierung; dazu sogleich im Abschnitt F. § 4. VI. 4.

³³² Vgl. auch MAKKONEN, S. 10: «[...] the term *multiple* (or *double*, *triple* and so on) should not be used in connection with situations in which different grounds operate simultaneously and not separately», frei übersetzt: «[...] der Begriff *«mehrfach»* (oder *doppelt*, *dreifach* usw.) sollte nicht in Verbindung mit Sachverhalten verwendet werden, in denen verschiedene Gründe gleichzeitig und nicht getrennt wirken.»

³³³ Vgl. ZINSMEISTER, S. 271; NAGUIB, Mehrdimensionalität, S. 231 ff.; oder ELLIS/WATSON, S. 156.

³³⁴ Zu den einzelnen Begriffen MAKKONEN, S. 9 ff.

³³⁵ CRENSHAW, S. 139 ff.

³³⁶ 413 F Supp 142 (1976), *Emma DeGraffenreid et al. v. General Motors Assembly Division, St. Louis*, a corporation, et al., No. 75-487 C (3), United States District Court, Eastern District of Missouri.

Der United States District Court of Missouri lehnte es ab, von einer Diskriminierung auszugehen, als eine schwarze Frau gegen die von General Motors praktizierte Usanz «*last hired, first fired*» (frei übersetzt: «wer zuletzt angestellt wird, dem wird zuerst gekündigt») vorging. Von dieser Praxis waren insbesondere schwarze Frauen betroffen, da schwarze Frauen erst ab 1964 bei General Motors angestellt wurden; weiße Frauen hingegen wurden schon davor angeheuert. Das Gericht stellte keine Geschlechterdiskriminierung fest, weil die Beklagte General Motors in der Vergangenheit auch Frauen angestellt hatte, und lehnte es in der Folge ab, das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund einer Kombination mehrerer Diskriminierungsmerkmale anzunehmen.

Vor diesem Hintergrund ist es umso wichtiger, die Besonderheiten mehrdimensionaler Diskriminierung als solche zu erkennen und diese richtig einzuordnen. Nachstehend wird auf die einzelnen Erscheinungsformen mehrdimensionaler Diskriminierung eingegangen.

2. Additive Diskriminierung oder konkurrenzierende Diskriminierung

Die additive Diskriminierung beruht auf mindestens zwei Anknüpfungsmerkmalen, wobei jedes für sich genommen zu einer Benachteiligung führt.³³⁷ Sie zeichnet sich dadurch aus, dass die Benachteiligung unabhängig davon erfolgt, ob das eine oder das andere Merkmal entfällt. Vielmehr ist von einzelnen Diskriminierungstatbeständen auszugehen, die basierend auf verschiedenen Anknüpfungsmerkmalen je nebeneinander und unabhängig voneinander bestehen können.

Das Adjektiv «additiv» ist irreführend. Es ist dem Gebiet der Mathematik entlehnt und insinuiert, die Intensität erlebter Diskriminierung werde durch das Zusammenzählen einzelner Diskriminierungstatbestände summiert beziehungsweise verringere sich durch die Subtraktion eines einzelnen Diskriminierungstatbestands. Dies ist jedoch falsch. Die Intensität widerfahrener Benachteiligung kann unabhängig vom Wegfall eines einzelnen Diskriminierungstatbestands fortbestehen, ohne dass sich dadurch die Tragweite oder die Bedeutung der Benachteiligung für die Betroffenen schmälert.

Dazu ein Beispiel: Will ein Arbeitgeber keine dunkelhäutigen Personen und gleichzeitig keine Frauen in seinem Betrieb anstellen, dann werden dunkelhäutige Frauen additiv diskriminiert, weil sie sowohl schwarz als auch weiblich sind. Die Diskriminierung fällt aber nicht dahin, wenn das eine oder das andere Merk-

³³⁷ NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 235 f.; ELLIS/WATSON, S. 156; ZINSMEISTER, S. 277 f.

mal nicht vorliegt, solange immerhin eines von beiden Merkmalen vorhanden ist. Auch eine weisse Frau oder ein schwarzer Mann würden diskriminiert.

Charakteristisch für die additive Diskriminierung ist somit die alternative Kausalität der einzelnen Merkmale in Bezug auf die widerfahrene Benachteiligung: Vereinigt eine Person zwei Merkmale auf sich, und wird sie je einzeln aufgrund dieser Merkmale benachteiligt, dann wird diese Person aus mehreren separaten Gründen diskriminiert. Die Diskriminierung bleibt indes unverändert bestehen, selbst wenn eines der Merkmale hinweggedacht werden kann. Die Kausalitäten zwischen Merkmal und Benachteiligung stehen somit in alternativer Konkurrenz zueinander.

Treffender wäre es daher nach hier vertretener Ansicht, anstelle von «additiver» Diskriminierung von «*konkurrierender*» Diskriminierung zu sprechen.³³⁸

3. Verstärkende Diskriminierung

MAKKONEN bezeichnet verstärkende Diskriminierung (*compound discrimination*) als Sachverhalte, in denen der Benachteiligungseffekt durch das Aufeinandertreffen mehrerer Diskriminierungsmerkmale verstärkt wird (*added burden*).³³⁹

NAGUIB veranschaulicht dies mit folgendem Beispiel: Eine Frau mit Behinderung wird angestellt. Später stellt sie fest, dass ihre gleich qualifizierten und nicht behinderten Arbeitskolleginnen mehr verdienen als sie. Die Arbeitskolleginnen wiederum verdienen weniger als ihre gleichqualifizierten Arbeitskollegen. Die Behinderung vergrössert den Benachteiligungseffekt, die der Frau ohnehin aufgrund der Geschlechterdiskriminierung bereits widerfährt.³⁴⁰

Der wesentliche Unterschied zur konkurrierenden (beziehungsweise «additiven») Diskriminierung besteht darin, dass mehrere Diskriminierungen zu einer Kumulation des erlittenen Nachteils führen. Zwischen den Diskriminierungsmerkmalen und der verstärkten Benachteiligung besteht eine Kausalitätskette, die sich durch einen Vergleich der tatsächlichen Benachteiligung mit jener, die ohne das amplifizierende Merkmal bestehen würde, feststellen lässt.

³³⁸ Siehe auch GERARDS, S. 171, die in Zusammenhang mit additiver Diskriminierung von einer «*concurrency of grounds*» spricht (frei übersetzt: «*konkurrierende Gründe*»).

³³⁹ MAKKONEN, S. 11.

³⁴⁰ NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 236.

4. Intersektionelle Diskriminierung

Intersektionelle Diskriminierung zeichnet sich dadurch aus, dass sich mehrere Merkmale zu einem einzigen und neuen Diskriminierungsmerkmal formieren, aufgrund dessen die Benachteiligung erfolgt (z.B. Alter in Kombination mit Geschlecht).³⁴¹ Entscheidend ist, dass keines der Merkmale für sich alleine genommen *conditio sine qua non* für die widerfahrene Benachteiligung ist. Eine intersektionelle Diskriminierung besteht somit dann, wenn keines der Merkmale hinweggedacht werden kann, ohne dass dabei auch die Benachteiligung entfiel.³⁴²

Von einer intersektionellen Diskriminierung ist nur dann auszugehen, wenn aufgrund des Vorliegens mehrerer verpönter Merkmale diskriminiert wird. Das betrifft Merkmale wie das Geschlecht, die Hautfarbe sowie das Alter.³⁴³ Selbstgewählte Merkmale wie z.B. Kleiderstil oder dergleichen konstituieren demnach keine relevanten sensiblen Merkmale.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere dann, wenn intersektionelle Diskriminierung in Form indirekter Diskriminierung in Erscheinung tritt. Die Schwierigkeit besteht dann darin, dass möglicherweise kaum relevantes Datenmaterial verfügbar ist, mit der die überproportionale Betroffenheit einer intersektionell betroffenen Gruppe nachgewiesen werden kann.³⁴⁴

Intersektionelle Diskriminierung ist als Konzept leicht zu verstehen. Ungleich schwieriger ist es jedoch, Fälle intersektioneller Diskriminierung zu erkennen. Dazu zwei Beispiele:

Erstes Beispiel: Zeigt sich, dass ein Arbeitgeber *keine* alten Frauen anstellen will, dann ist der kausale Zusammenhang zwischen der Merkmalspaarung «alt und weiblich» und der daraus resultierenden Benachteiligung evident. Hier bestünde eine intersektionelle Benachteiligung.

Zweites Beispiel: Umgekehrt läge keine intersektionelle Diskriminierung vor, wenn ein Arbeitgeber ausschliesslich junge Frauen anstellen wollte, denn es wären nicht ausschliesslich alte Frauen benachteiligt, sondern sowohl junge als auch alte

³⁴¹ GERARDS, S. 171, die intersektionelle Diskriminierung treffend mit einer «*unique combination of grounds*» verbindet (frei übersetzt: «*einzigartige Merkmalskombination*»).

³⁴² Dazu auch MAKKONEN, S. 11; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 236; vertieft dazu ATREY, Intersectional Discrimination, S. 32 ff.; zum EU-Recht vergleiche auch die Ausführungen von FREDMAN, Intersectional Discrimination in EU law, S. 27 ff.

³⁴³ ATREY, Intersectional Discrimination, S. 41 f.

³⁴⁴ GERARDS, S. 174.

Männer. Aus Sicht der benachteiligten Person z.B. des alten Mannes wäre danach zu fragen, ob die Benachteiligung dahinfiele, wenn eines der Merkmale «alt» oder «männlich» hinweggedacht werden könnte. Dies ist zu verneinen, die Benachteiligung bliebe unabhängig vom einen oder anderen Merkmal bestehen und es läge daher allenfalls eine konkurrenzierende Diskriminierung vor.

5. Gedanken zu praktischen Problemen mehrdimensionaler Diskriminierung

Will ein Anwalt für seinen Klienten eine mehrdimensionale Diskriminierung geltend machen, muss er zunächst bestimmen, welche Unterart mehrdimensionaler Diskriminierung sich realisiert hat. Wurde die Diskriminierungsart erst einmal festgestellt, stellt sich anschliessend die Frage nach der Beweisführung.

Unabhängig von der jeweiligen Beweislastregelung, die ganz unterschiedlich sein kann,³⁴⁵ ist zunächst danach zu fragen, was überhaupt bewiesen werden kann. Es zeigt sich dann, wie sehr sich die einzelnen Erscheinungsformen mehrdimensionaler Diskriminierung voneinander unterscheiden und warum es so wichtig ist, diese strikte auseinanderzuhalten.

Im Rahmen einer konkurrierenden Diskriminierung setzt jedes Merkmal je für sich genommen eine Ursache für die erlittene Benachteiligung. Die Merkmale stehen grundsätzlich in alternativer Konkurrenz zueinander. Der Anwalt muss dann anhand der individuellen Beweislage entscheiden, welches der Merkmale die grössten Aussichten auf Erfolg verspricht und daher in den Vordergrund gerückt werden sollte. Er wird dann sinngemäss in etwa so argumentieren: *«Merkmal X war Grund für die Benachteiligung; sollte das Gericht wider Erwarten zum Schluss gelangen, Merkmal X sei nicht der Grund für die Benachteiligung gewesen, dann war eventualiter Merkmal Y Ursache der Benachteiligung.»*

Anders verhält es sich im Rahmen einer intersektionellen Diskriminierung. Die besondere Natur der Intersektionalität erfordert nämlich den Beweis, dass sich eine Benachteiligung aufgrund einer spezifischen Merkmalskombination zu-

³⁴⁵ Z.B. Art. 10 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG – dieser schreibt den EU-Mitgliedstaaten vor, eine geteilte Beweislast vorzusehen, nach der die von einer Benachteiligung betroffene Person das Vorliegen einer Diskriminierung glaubhaft machen muss, während die Gegenpartei anschliessend beweisen muss, dass sich die Benachteiligung entweder nicht oder zumindest nicht aus den geltend gemachten Gründen zugetragen habe. Anders jedoch Art. 8 ZGB laut dem grundsätzlich derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet.

getragen hat. Diesen Beweis zu erbringen, ist – selbst bei einer Beweislastumkehr – per se schon schwierig. Gelingt die Beweisführung nicht, sieht sich der praktizierende Anwalt mit einem weiteren Problem konfrontiert: Welcher Eventualstandpunkt soll dann vertreten werden? Der Anwalt müsste z.B. argumentieren, dass – eventualiter – die betroffenen Merkmale alternativ ursächlich für die erlittene Benachteiligung waren. Damit aber würde der Anwalt im Eventualstandpunkt seinem eigenen Hauptstandpunkt widersprechen, denn eine intersektionelle Diskriminierung kann eben gerade dann nicht vorliegen, wenn jedes Merkmal für sich genommen eine Ursache gesetzt hat. Es ist zwar durchaus zulässig, dass der Eventualstandpunkt im Widerspruch zum Hauptstandpunkt steht. Ein solches Manöver drohte jedoch die Überzeugungskraft der Argumente zu kompromittieren. Es ist daher nachvollziehbar, wenn ein Anwalt in einer solchen Konstellation den Eventualstandpunkt direkt zum Hauptstandpunkt erhebt und die im Sachverhalt in Erscheinung getretene Intersektionalität komplett aussen vor lässt.

In Zusammenhang mit einer verstärkten Diskriminierung sind zusätzliche Aspekte zu berücksichtigen. Hier wird sich der Anwalt in einem ersten Schritt fragen, welchen Vorteil sich sein Klient davon verspricht, eine Amplifizierung eines Nachteils durch ein bestimmtes Merkmal geltend zu machen. Die Antwort hängt davon ab, ob das Zivilrecht für diese Diskriminierungsform spezielle Sanktionen zulasten des Benachteiligenden vorsieht, z.B. in Form von höheren Genugtuungssummen. Ferner besteht auch hier ein Beweisproblem: Wie lässt sich der Beweis der Verstärkung der Diskriminierung erbringen? Muss sie quantifiziert werden und, wenn ja, wie soll das gelingen? Der Praktiker wird sich auch hier schlicht auf einen besser nachweisbaren Diskriminierungstatbestand berufen, indem er geltend macht, das Merkmal X habe zu einer Benachteiligung geführt.

In der Literatur wird die Privilegierung bestimmter Diskriminierungsmerkmale als einer der Gründe genannt, weshalb mehrdimensionale Diskriminierungen in der Rechtspraxis kaum Berücksichtigung finden.³⁴⁶ Damit gemeint ist, dass die jeweilige Rechtsordnung mit Blick auf spezifische Diskriminierungsmerkmale ganz unterschiedliche Regeln aufstellen kann, indem diese beispielsweise je nach betroffenem Merkmal höhere oder tiefere Anforderungen an die Rechtfertigung der jeweiligen Benachteiligung stellen.³⁴⁷ Die Folge daraus ist, dass der Praktiker na-

³⁴⁶ SCHIEK/MULDER, S. 64 ff.

³⁴⁷ Zu dieser Thematik im Bereich des EU-Rechts SCHIEK, *Age Discrimination Before the ECJ*, S. 793 ff., sowie FUDGE/ZBYSZEWSKA, S. 149 ff.

hezu naturgesetzlich jenes Diskriminierungsmerkmal ins Feld führt, das die besten Erfolgsaussichten vor Gericht verspricht.³⁴⁸

Angesichts dieser Problematiken dürften sich sowohl die intersektionelle als auch die verstärkende Diskriminierung in der Rechtspraxis nur schwer etablieren. Es überrascht daher kaum, dass die Rechtsfigur der mehrdimensionalen Diskriminierung und ihre verschiedenen Facetten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bisher keine Beachtung gefunden haben.³⁴⁹

Dennoch ist nicht auszuschliessen, dass in bestimmten Konstellationen eine mehrdimensionale Diskriminierung auch aus prozesstaktischer Optik argumentiert werden muss. Dies z.B. dann, wenn offensichtlich ist, dass keine alternative Konkurrenz zwischen den betroffenen Merkmalen besteht. Die Konfrontation mit realen Beweisschwierigkeiten sollte den Gesetzgeber jedenfalls nicht davon abhalten, den Versuch zu unternehmen, dieser speziellen Diskriminierungsform mit wirksamen Massnahmen entgegenzutreten. Es wird daher im Zuge der Massnahmenempfehlung in dieser Arbeit die mehrdimensionale Diskriminierung grundsätzlich berücksichtigt, wobei der Fokus auf die *intersektionelle* Diskriminierung gelegt wird.

VII. Diskriminierung durch Belästigung

Unter Diskriminierung durch Belästigung werden Verhaltensweisen verstanden wie z.B. Anfeindungen, Erniedrigungen oder Einschüchterungen, die aufgrund eines spezifischen Merkmals erfolgen und darauf gerichtet sind, den Menschen in seiner Würde zu verletzen.³⁵⁰ In der Schweiz hat diese Diskriminierungsform in Zusammenhang mit sexueller Belästigung grosse Bedeutung und wird dazu eigens in Art. 4 GIG aufgeführt.

³⁴⁸ Z.B. ist es angesichts der in Art. 6 GIG vorgesehenen Beweislastleichterung erfolgversprechender, sich auf das Geschlecht als Diskriminierungsmerkmal zu berufen statt z.B. auf das Alter.

³⁴⁹ In BGer 1D_6/2018, Urteil vom 3. Mai 2019, E. 7.1 erwähnte das Bundesgericht zwar den Ausdruck «intersektionelle Diskriminierung»; in der Sache selbst aber musste es weder den Begriff inhaltlich deuten noch hinterher prüfen, ob sich eine «intersektionelle Diskriminierung» tatsächlich zugetragen hat. Mit Blick auf Art. 8 Abs. 2 BV und mehrdimensionale Diskriminierung vgl. insbesondere den späteren Abschnitt G. § 3. II. 1.4.2.

³⁵⁰ Z.B. Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2000/78/EG oder Art. 4 GIG.

VIII. Diskriminierung durch Anweisung

Ebenfalls als eigene Diskriminierungsform gilt die Anweisung zur Diskriminierung. Sie beruht auf einem Dreipersonenverhältnis, in dem eine Person A eine Person B dazu anhält, eine dritte Person C zu diskriminieren. Sie wird im EU-Recht in Art. 2 Abs. 4 Richtlinie 2000/78/EG explizit aufgeführt. Im Schrifttum wird der Sinn dieser Bestimmung darin gesehen, potentiellen Diskriminierungsopfern einen «Vorfeldschutz» zu bieten, indem sich Betroffene auf den Diskriminierungsschutz berufen können, ohne dabei das Eintreten einer tatsächlichen Benachteiligung erst abwarten zu müssen.³⁵¹

§ 5 Arten von Diskriminierungsverboten

I. Akzessorische und selbständige Diskriminierungsverbote

Es muss zwischen akzessorischen und selbständigen Diskriminierungsverboten unterschieden werden. Akzessorische Diskriminierungsverbote sind solche, die dazu bestimmt sind, den diskriminierungsfreien Genuss spezifischer, garantierter Rechte zu gewährleisten. Dies bedeutet, das Diskriminierungsverbot schützt einzig vor Benachteiligungen, die in bestimmte, geschützte Rechte eingreifen.³⁵² Beispiele akzessorischer Diskriminierungsverbote finden sich in Art. 14 EMRK oder Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I.

Umgekehrt ist der Schutz selbständiger Diskriminierungsverbote nicht auf den Genuss bestimmter Rechte beschränkt. Er gilt vielmehr ganz grundsätzlich.³⁵³ Das in Art. 8 Abs. 2 BV statuierte Diskriminierungsverbot ist ein Beispiel eines selbständigen Diskriminierungsverbots.

II. Offene und geschlossene Diskriminierungsverbote

Weiter gilt es, zwischen offenen und geschlossenen Diskriminierungsverboten zu differenzieren. Geschlossene Diskriminierungsverbote sind solche, die einen

³⁵¹ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 66.

³⁵² EYLEM, Rn. 206 mit weiteren Hinweisen.

³⁵³ EYLEM, Rn. 207 mit weiteren Hinweisen.

abschliessenden Katalog an sensiblen Unterscheidungsmerkmalen vorsehen. Art. 1 Richtlinie 2000/78/EG beispielsweise sieht einen geschlossenen Katalog vor, indem er Alter, Weltanschauung und die sexuelle Ausrichtung als verpönte Merkmale definiert. Demgegenüber zeichnen sich offene Diskriminierungsverbote dadurch aus, dass sich ihre Anwendbarkeit nicht auf bestimmte Merkmale beschränkt. In der Regel beinhalten sie eine beispielhafte Auflistung an verpönten Merkmalen, wie z.B. in Art. 8 Abs. 2 BV oder Art. 14 EMRK. Es ist dann Sache der Rechtsprechung, die im Rahmen eines offenen Diskriminierungsverbots zu schützenden Merkmale festzulegen beziehungsweise den allenfalls bestehenden exemplifikativen Merkmalskatalog um weitere Merkmale zu ergänzen.

III. Symmetrische und asymmetrische Diskriminierungsverbote

Diskriminierungsverbote können so ausgestaltet sein, dass der durch sie gewährleistete Schutz einzig Angehörigen bestimmter, als besonders schutzwürdig angesehener Gruppen zugutekommt.³⁵⁴ Ein Diskriminierungsverbot gilt beispielsweise dann als asymmetrisch, wenn es zwar vor Diskriminierung aufgrund der Rasse schützt, dieser Schutz aber einzig historisch benachteiligten Rassen zugestanden wird.³⁵⁵

Ein weiterer Aspekt der Symmetrie ist nach hier vertretener Sicht in Zusammenhang mit der Rechtfertigungshürde zu sehen. Die Symmetrie beziehungsweise Asymmetrie ergibt sich dabei aus den unterschiedlichen merkmalsbezogenen Hürden, die es im Rahmen einer Rechtfertigung im Zuge einer Diskriminierungsprüfung zu überwinden gilt. Die Rechtfertigungshürden können je nach betroffenem Merkmal ganz unterschiedlich sein. Gerade in Bezug auf das Altersmerkmal

³⁵⁴ Zum Begriff TOBLER, *Indirect Discrimination*, S. 52 f.; WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 50.

³⁵⁵ Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Schweizer Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV lässt auf einen asymmetrischen Schutz schliessen, denn – so das Bundesgericht – das Diskriminierungsverbot ziele darauf ab, bestimmten Gruppen, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen worden seien, zu schützen (vgl. z.B. BGE 147 I 89, E. 2.1). Vgl. in diesem Zusammenhang auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rn. 1905.

werden Benachteiligungen häufig nach anderen Massstäben beurteilt, als sie beispielsweise für Merkmale wie das Geschlecht oder die Rasse gelten.³⁵⁶

§ 6 Zwischenfazit

In den vorangegangenen Ausführungen wurden die zentralen Elemente des Diskriminierungsbegriffs dargelegt und die vielfältigen Erscheinungsformen von Diskriminierungen sowie die verschiedenartige Architektur von Diskriminierungsverboten aufgezeigt.

Als besonders komplex und gleichzeitig auch vor dem Hintergrund moderner Datenanalysetechnologie als enorm wichtig erweist sich das Konzept der statistischen Diskriminierung. Die rechtliche Bewertung von Korrelationen oder blossen Assoziationen im Rahmen von Diskriminierungsverboten ist – wie noch gezeigt wird – juristisches Neuland, weshalb dem spezielle Aufmerksamkeit zu widmen ist.

³⁵⁶ In Bezug auf Art. 8 Abs. 2 BV z.B. BGer 1C_295/2019, Urteil vom 16. Juli 2020, E. 5.2.

G. Analyse zum Schweizer Recht

§ 1 Einleitende Bemerkungen

Im Schweizer Recht existiert kein spezialgesetzliches Regelwerk zum Schutz vor Altersdiskriminierung im Erwerbsleben. Der antidiskriminierungsrechtliche Schutz muss aus dem bestehenden Rechtsrahmen abgeleitet werden, und es stellt sich daher die Frage, ob dieser rechtliche Rahmen mitsamt seiner dazugehörigen Rechtsprechung einen ausreichenden Schutz vor Altersdiskriminierung im Erwerbsleben bietet.

Zur Beantwortung dieser Frage werden im vorliegenden Kapitel die völkerrechtlichen und landesrechtlichen antidiskriminierungsrechtlichen Grundlagen erörtert und gewürdigt (Diskriminierungsverbote in § 3, Diskriminierungsprävention in § 4 sowie Aspekte der Inklusion in § 5). Der Gang der Untersuchung richtet sich nach dem oben entwickelten Raster.³⁵⁷ Da der antidiskriminierungsrechtliche Rechtsrahmen auch Normen des Völker- und Bundesverfassungsrechts miteinschliesst, wird im ersten Abschnitt zunächst auf deren Wirkung unter Privaten im Speziellen eingegangen (§ 2).

§ 2 Wirkung von Völker- und Verfassungsrecht unter Privaten

I. Grundsätzliches und Fokus

Will sich ein Einzelner auf eine Norm berufen, drängt sich zwangsläufig die Frage nach deren Wirkung auf. Die Wirkung ist je nach Rechtsquelle unterschiedlich zu beurteilen. Normen des Bundeszivilrechts sind stets unter Privaten wirksam. Dies gilt dank Art. 342 Abs. 2 OR selbst für das Arbeitsgesetz, das kein Bundeszivilrecht, sondern öffentliches Recht des Bundes ist. Im Unterschied dazu trifft dies auf Bestimmungen des Völkerrechts und der Bundesverfassung nur beschränkt zu.³⁵⁸ Das Völkerrecht und das Bundesverfassungsrecht beinhalten je eigene Dis-

³⁵⁷ Siehe das Untersuchungsrastrer im Abschnitt E. § 4.

³⁵⁸ Einzige Ausnahme aus der Bundesverfassung ist Art. 8 Abs. 3 BV, der die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau statuiert. Diese Bestimmung ist auch in zivilrechtlichen Verhältnissen unter Privaten direkt wirksam (statt vieler BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 8 Rn. 27 mit zahlreichen Hinweisen).

kriminierungsverbote, weshalb sich gerade in Bezug auf diese die Frage nach deren Wirkung stellt.

Hervorzuheben ist, dass die Wirkungsfrage verschiedene Facetten aufweist: Eine Norm kann vertikal oder horizontal sowie direkt oder bloss indirekt Wirkung entfalten. Ersteres bezeichnet die Wirkung einer Norm im Verhältnis zwischen Staat und Privaten (vertikal) beziehungsweise zwischen Privaten untereinander (horizontal), und Letzteres beantwortet die Frage, ob der Einzelne sich direkt auf die betreffende Norm berufen kann.

Die vertikale Wirkung, also jene im Verhältnis zwischen Staat und Privatperson, ist hier nicht von Belang, da sich die vorliegende Arbeit mit Altersdiskriminierung in privatrechtlichen Verhältnissen befasst. Relevant ist vielmehr, inwiefern die hier massgebenden völkerrechtlichen Normen und das Bundesverfassungsrecht horizontale Wirkung entfalten.³⁵⁹ Im Vordergrund stehen dabei nebst der Bundesverfassung verschiedene Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO),³⁶⁰ die beiden UNO-Pakte I³⁶¹ und II³⁶² der Vereinten Nationen sowie aus den Instrumenten des Europarats die EMRK.

Schliesslich ist die Wirkung einer Norm von seiner Durchsetzbarkeit zu unterscheiden. Die Durchsetzbarkeit hat unter anderem zu tun mit den Sanktionen, die das Recht in Bezug auf die Verletzung einer Norm bereithält, sowie mit Beweisregelungen, von denen abhängt, wie eine Verletzung einer Norm nachgewiesen

³⁵⁹ Die sozialversicherungsrechtlichen Gesetze wie das AHVG, IVG oder BVG bedürfen angesichts des so definierten Fokus keiner Betrachtung unter dem Aspekt der Wirkung, weil hier kein antidiskriminierungsrechtliches Abwehrrecht gegenüber dem Arbeitgeber im Vordergrund steht.

³⁶⁰ Die Schweiz ist seit 1920 Mitglied der Internationalen Arbeitsorganisation (vgl. Liste der Mitgliedstaaten in der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1919 (in der Fassung der Urkunde über die Abänderung der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Oktober 1946), SR 0.820.1). Seither wurden insgesamt 62 Übereinkommen ratifiziert, von denen aktuell noch 48 in Kraft sind (Webseite der Internationalen Arbeitsorganisation: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102861, zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

³⁶¹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (Sozialpakt), SR 0.103.1.

³⁶² Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (Zivilpakt), SR 0.103.2.

werden kann. Sanktionen und Beweisfragen als Teilaspekte der Durchsetzbarkeit werden separat thematisiert.³⁶³

II. Direkte Wirkung

1. Terminologie

Betreffend die Wirkung ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es an einer einheitlichen Terminologie fehlt. Es finden sich einerseits verschiedene Begriffe, mit denen teilweise dasselbe gemeint wird. Andererseits wird ein und demselben Begriff andernorts eine je unterschiedliche Bedeutung beschieden.³⁶⁴ Das Bundesgericht verwendet für völkerrechtliche Normen, die inhaltlich genügend bestimmt und klar sind, um als Grundlage für einen Entscheid im Einzelfall zu dienen, die Begriffe «*direkt anwendbar*», «*unmittelbar anwendbar*» oder «*self-executing*».³⁶⁵ Hingegen ist es laut Bundesgericht eine Frage der «*Drittwirkung*», ob ein aus einer Norm abgeleiteter Anspruch auch gegenüber Privaten gilt.³⁶⁶

Dabei bleibt unklar, ob das Bundesgericht – gleichsam dem in der völkerrechtlichen Literatur anzutreffenden Begriffsverständnis – mit «*direkter Anwendbarkeit*» lediglich die Justitiabilität einer Norm meint, und zwar unabhängig davon, ob die Norm nun ein Individualrecht zum Inhalt hat, auf das sich der Einzelne vor Gericht berufen kann.³⁶⁷ Indem das Bundesgericht «*direkte Anwendbarkeit*» als Gegenstück zum Begriff «*Drittwirkung*» präsentiert, liesse sich der Terminus «*direkte Anwendbarkeit*» im Kontext der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dahingehend deuten, dass damit auf Normen Bezug genommen wird, die Ansprüche zwischen Privaten und dem Staat vermitteln. Der Unterschied zur «*Drittwirkung*» wäre dann darin zu sehen, dass die Drittwirkung das horizontale Verhältnis abdeckt, während sich die «*direkte Anwendbarkeit*» auf das vertikale Verhältnis bezieht. Beiden Begrifflichkeiten (also «*Drittwirkung*» und «*direkte Anwendbarkeit*») wäre jedoch immerhin gemeinsam, dass sie sich stets auf ein Individualrecht beziehen, auf das sich der Einzelne vor einem Gericht berufen kann.

³⁶³ Dazu später im Abschnitt G. § 3. III.

³⁶⁴ Für eine Übersicht über die unterschiedliche Terminologie vgl. WÜGER, S. 44 f.

³⁶⁵ BGer 4A_230/2018, Urteil vom 15. Januar 2019, E. 2.4.

³⁶⁶ BGer 4A_230/2018, Urteil vom 15. Januar 2019, E. 2.4.

³⁶⁷ Dazu sogleich.

Ein solches Begriffsverständnis kollidiert mit jenem, das in Teilen der völkerrechtlichen Literatur besteht. Dort wird unter dem Begriff *«direkte Anwendbarkeit»* bloss die Justitiabilität einer völkerrechtlichen Norm verstanden, und zwar unabhängig davon, ob nun die Norm ein Individualrecht vorsieht, auf das sich der Einzelne vor nationalen Gerichten berufen kann.³⁶⁸ Ist eine Norm dagegen justitiabel und hat sie überdies ein Individualrecht zum Inhalt, ist auch der Terminus *«unmittelbare Wirksamkeit»* anzutreffen.³⁶⁹

Begriffe, die nicht auf einem synchronen Verständnis beruhen, sind für die Zwecke einer juristischen Analyse untauglich.³⁷⁰ Angesichts einer fehlenden *unité de terminologie* tut für die Zwecke dieser Arbeit eine Festlegung der Begrifflichkeiten not: Wenn vorliegend von einem justitiablen völkerrechtlichen oder verfassungsmässigen Individualrecht gesprochen wird, auf das sich der Einzelne in vertikalen oder horizontalen Verhältnissen vor Behörden oder Gericht berufen kann, werden hier alternativ die Begriffe *«unmittelbare Wirkung»* oder *«direkte Wirkung»* verwendet. Erzeugt die betreffende Norm zudem unter Privaten unmittelbare Wirkung, werden wahlweise die Ausdrücke *«unmittelbare Drittwirkung»*, *«direkte Drittwirkung»*, *«unmittelbare horizontale Wirkung»* oder *«direkte horizontale Wirkung»* verwendet. Dadurch wird eine terminologische Parallelität zu den späteren Ausführungen in Zusammenhang mit dem EU-Recht geschaffen.³⁷¹

2. Völkerrecht

2.1. Allgemein

Die Frage nach der Wirkung einer völkerrechtlichen Norm ist Teil einer Kaskade, in der sowohl die Geltung als auch der Rang einer völkerrechtlichen Bestimmung innerhalb des Landesrechts zu bestimmen sind.³⁷² Es gilt daher nicht alleine zu beurteilen, unter welchen Voraussetzungen eine völkerrechtliche Norm inhaltlich direkt wirksam ist. Entscheidend ist auch, inwiefern das Völkerrecht im Landes-

³⁶⁸ Vgl. SCHÖBENER, S. 521; ähnlich BESSON/BREITENMOSER/SASSÒLI/ZIEGLER, S. 80; HERDEGEN, § 22 Rn. 5, der zwischen unmittelbarer Anwendbarkeit im Sinne der Justitiabilität und der *«unmittelbaren Anwendbarkeit im engen Sinne»* mit Blick auf Individualrechte unterscheidet.

³⁶⁹ Z.B. SCHÖBENER, S. 521, sowie DENZA, S. 398.

³⁷⁰ EDWARD, S. 424.

³⁷¹ Dazu später im Abschnitt H. § 2. III. 2.

³⁷² KELLER/BALAZS-HEGEDÜS, S. 715.

recht überhaupt gilt, und auch, ob das Völkerrecht entgegenstehendem Landesrecht vorzuziehen ist.

Der Bundesverfassung ist dazu nichts Konkretes zu entnehmen. Art. 5 Abs. 4 BV schreibt lediglich vor, dass Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten haben. Gemäss Art. 190 BV gilt ausserdem, dass Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Allein gestützt auf diese beiden Verfassungsnormen lassen sich noch keine Aussagen über die Geltung des Völkerrechts im Landesrecht oder zur Normhierarchie zwischen Völker- und Landesrecht ableiten.³⁷³

2.2. Geltung

In monistisch konzipierten Rechtsordnungen ist das Völkerrecht Teil des Landesrechts: «[...] *the law of the nation is part of the law of the land.*»³⁷⁴ Im Unterschied zu dualistischen Rechtssystemen bedürfen monistisch konzipierte Rechtssysteme keines speziellen Transformationsakts, durch welchen das Völkerrecht zuerst in nationales Recht umgewandelt wird, ehe es als Teil des Landesrechts gilt.³⁷⁵

In Bezug auf die Schweiz hat sich in der Lehre und Rechtsprechung die monistische Konzeption durchgesetzt.³⁷⁶ Das Völkerrecht ist demnach integraler Bestandteil des Schweizer Rechts, sobald es ratifiziert³⁷⁷ und publiziert³⁷⁸ wurde.³⁷⁹

2.3. Unmittelbare Wirkung

Die unmittelbare Wirkung wird anhand verschiedener Kriterien bestimmt. Eine völkerrechtliche Norm gilt dann als unmittelbar wirksam, wenn sie inhaltlich hin-

³⁷³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 1913a; TSCHUMI/SCHINDLER, SG Kommentar BV, Art. 5 Rn. 65; HANGARTNER, Verhältnis BV zu Völkerrecht, S. 701 f.

³⁷⁴ BLACKSTONE, S. 45, frei übersetzt: «[...] *das Recht der Nation ist Teil des Landesrechts.*»

³⁷⁵ BORSANI, S. 44.

³⁷⁶ BGE 147 I 308, E. 4.3; PETERS/PETRIG, Kap. 7 Rn. 3; KELLER/BALAZS-HEGEDÜS, S. 715 f.

³⁷⁷ Art. 184 Abs. 2 BV.

³⁷⁸ Art. 8 Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG) vom 18. Juni 2004, SR 170.512.

³⁷⁹ Diesen Vorgang bezeichnet HANGARTNER sinnigerweise als «*Adoption*» (HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit Völkerrecht, S. 141).

reichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können, und zudem Rechte und Pflichten des Einzelnen umschreibt.³⁸⁰

Keine unmittelbare Wirkung kommt jenen Normen des Völkerrechts zu, die rein programmatischen Charakter aufweisen, dem Vertragsstaat einen erheblichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder lediglich Leitgedanken formulieren und sich somit nicht an die rechtsanwendenden Behörden, sondern an die Legislative des jeweiligen Staats richten.³⁸¹ Bezogen auf die Wirkung der hier interessierenden völkerrechtlichen Normen präsentiert sich die Situation nach dem aktuellen Stand folgendermassen:

Für keinen und keines der hier einschlägigen völkerrechtlichen Verträge und Abkommen wird eine unmittelbare Drittwirkung durch das Bundesgericht anerkannt. Die Normen der IAO-Übereinkommen gelten in der Regel als programmatisch und somit weitgehend als nicht direkt wirksam.³⁸² Dasselbe gilt auch für die im UNO-Pakt I enthaltenen Rechte.³⁸³ Anders verhält es sich mit Blick auf die EMRK. Diese gilt zwar im Verhältnis zwischen Staat und Privaten als direkt wirksam.³⁸⁴ Sie entfaltet jedoch keine unmittelbare Drittwirkung unter Privaten.³⁸⁵ Konkret bedeutet dies also, der Stellensuchende oder Arbeitnehmer wird sich in einem Rechtsstreit mit einem privaten Arbeitgeber grundsätzlich nicht mit Erfolg darauf berufen können, Letzterer habe das hier einschlägige Völkerrecht verletzt.³⁸⁶

Mit Blick auf völkerrechtliche Diskriminierungsverbote bedarf es gleichwohl einer differenzierteren Betrachtung:

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass völkerrechtliche Diskriminierungsverbote unmittelbar wirksam seien, weil sie hinreichend klar und bestimmt

³⁸⁰ BGE 140 II 185, E. 4.2 (hier verwendet das Bundesgericht wiederum den Terminus «*self-executing*», das hier mit «*direkte Wirkung*» übersetzt wird).

³⁸¹ BGE 126 I 240, E. 2.b; auch TSCHANNEN, Rn. 409.

³⁸² DUNAND, S. 1050 mit weiteren Hinweisen und Kritik zur Rechtsprechung des Bundesgerichts; ebenso kritisch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung KAUFMANN/GOOD, S. 647 ff.

³⁸³ BGE 135 I 161, E. 2.2.

³⁸⁴ Dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 235.

³⁸⁵ Dies zeigt sich insbesondere darin, dass sich die in der EMRK vorgesehene Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK gegen den Staat richtet.

³⁸⁶ Zur mittelbaren Drittwirkung sogleich unten.

sein.³⁸⁷ Das Bundesgericht folgte dieser Lehre bislang nicht.³⁸⁸ Dies zeigt sich am Beispiel des Diskriminierungsverbots in Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I. Das Bundesgericht spricht ihm eine direkte Wirkung ab wegen seiner akzessorischen Natur und des programmatischen Charakters der jeweiligen Stütznormen des Pakts.³⁸⁹ Dies wird in der Literatur mit Verweis insbesondere auf die Ausführungen des zuständigen UNO-Komitees kritisiert:³⁹⁰ Das Komitee ist seit jeher der Ansicht, dass das Diskriminierungsverbot unmittelbar wirksam sei in Bezug auf die garantierten Konventionsrechte.³⁹¹ Dem wird hier beigeppflichtet: Besteht für ein durch das Diskriminierungsverbot zu schützendes Konventionsrecht eine äquivalente und unmittelbar wirksame Entsprechung im Landesrecht, dann sollte auch dem völkerrechtlichen Diskriminierungsverbot unmittelbare Wirkung zukommen. Der akzessorisch zu gewährende Schutz durch das völkerrechtliche Diskriminierungsverbot beschränkt sich nicht alleine auf den Konventionstext im engen Sinn, sondern bezieht sich vielmehr auf die im Konventionstext verbürgten Rechte.³⁹² Beispielsweise finden Teilgehälter aus Art. 7 UNO-Pakt I ihre Entsprechung im Arbeitsgesetz sowie in Art. 328 und 329 ff. OR,³⁹³ die ihrerseits unmittelbare Drittwirkung entfalten. In solchen Konstellationen ist nicht einzusehen, weshalb der Schutz aus dem Diskriminierungsverbot versagt bleiben soll, wenn zwar das Konventionsrecht bloss programmatischen Charakter aufweist, das Landesrecht dieses jedoch faktisch vollzieht und dabei ein wirksames, allenfalls sogar drittwirksames Individualrecht vorsieht. Blicke dann dem völkerrechtlichen Diskriminierungsverbot die Anwendung versagt, würde dies ausserdem der in Art. 26 des Wiener Überein-

³⁸⁷ PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1067 mit weiteren Hinweisen.

³⁸⁸ BGE 135 I 161, E. 2.2 zu Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I.

³⁸⁹ BGE 135 I 161, E. 2.1.

³⁹⁰ KÜNZLI/KÄLIN, S. 115 f.; SCHMID, S. 983 f.

³⁹¹ Kommentar Nr. 3 zu UNO-Pakt I, Ziff. 1, der in diesem Zusammenhang von Pflichten mit «*immediate effect*» spricht und damit wohl «*unmittelbar wirksame*» Rechte meint; ähnlich. auch Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 7.

³⁹² Siehe z.B. Wortlaut in Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I: «*Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, [...] die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen*» (Hervorhebungen hinzugefügt). Ebenso in Art. 14 EMRK: «*Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung [...] zu gewährleisten*».

³⁹³ KÜNZLI/KÄLIN, S. 121 mit Hinweisen.

kommens über das Recht der Verträge (VRK)³⁹⁴ verankerten Pflicht zur Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen zuwiderlaufen.³⁹⁵

In bestehenden Arbeitsverhältnissen spricht für eine unmittelbare Drittwirkung der beiden Diskriminierungsverbote in Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I und Art. 14 EMRK ausserdem die Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR. Dies, weil nach dieser Bestimmung den Parteien eines Arbeitsvertrags je gegenseitig ein zivilrechtlicher Erfüllungsanspruch zusteht, soweit der einen oder anderen Partei durch Vorschriften des Bundes über die Arbeit und Berufsbildung Pflichten auferlegt werden, die Inhalt eines Einzelarbeitsvertrags sein könnten. Die Rezeptionsklausel übernimmt die Funktion, öffentliches Recht in der Rechtsbeziehung zwischen privaten Arbeitnehmern und Arbeitgebern unmittelbar horizontal zur Anwendung zu bringen. Dazu zählen nach einem Teil des Schrifttums auch die unmittelbar anwendbaren völkerrechtlichen Bestimmungen.³⁹⁶

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die hier relevanten völkerrechtlichen Bestimmungen nach dem *Status quo* der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine unmittelbare Drittwirkung entfalten. Mit Blick auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis liesse sich aber mit Verweis auf die Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR und einen Teil des Schrifttums immerhin argumentieren, die Diskriminierungsverbote in Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I und Art. 14 EMRK würden unmittelbar horizontale Wirkung entfalten.³⁹⁷

2.4. Rang

Die Normenhierarchie zwischen dem Völker- und dem Landesrecht kommt erst dann zum Tragen, wenn eine unmittelbar wirksame Norm des Völkerrechts mit dem Landesrecht kollidiert. Ein solcher Normenkonflikt ergibt sich dann, wenn sich das infrage stehende Völkerrecht nicht auf dem Auslegungsweg mit dem Landesrecht harmonisieren lässt.³⁹⁸ Auch die Bestimmungen der Bundesverfassung

³⁹⁴ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

³⁹⁵ Zu dieser Thematik auch KÜNZLI/KÄLIN, S. 115.

³⁹⁶ PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1068; REHBINDER/STÖCKLI, BE Kommentar (der Arbeitsvertrag), Art. 342 Rn. 11.

³⁹⁷ Das Diskriminierungsverbot in Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt II hat – wie noch später zu zeigen sein wird (vgl. Abschnitt G. § 3. I. 2.) – keine eigenständige Bedeutung. Dasselbe gilt auch für das Diskriminierungsverbot in Art. 1 Ziff. 1 lit. a IAO-Übereinkommen Nr. 111 (vgl. Abschnitt G. § 3. I. 1.).

³⁹⁸ BGE 125 II 417, E. 4.c.

sind nach Möglichkeit völkerrechtskonform auszulegen.³⁹⁹ Ist eine völkerrechtliche Norm hingegen nicht unmittelbar wirksam, weil sie z.B. einen programmatischen Inhalt hat, braucht die Rangfrage laut dem Schrifttum nicht weiter vertieft zu werden.⁴⁰⁰

Insofern könnte die Rangfrage hier ausser Acht gelassen werden, zumal die im vorliegenden Kontext relevanten völkerrechtlichen Bestimmungen als nicht unmittelbar wirksam gelten.⁴⁰¹ Das Requisit der unmittelbaren Wirkung ist nach hier vertretener Meinung jedoch kritisch zu sehen, denn auch programmatische Normen des Völkerrechts sind verbindlich und schaffen Pflichten.⁴⁰² Sie sollten daher nicht durch entgegenstehendes Bundesrecht ausgehebelt werden können. Die Rangfrage müsste sich somit nach hier vertretener Ansicht auch in jenen Konstellationen stellen, in denen programmatisches Völkerrecht auf mit ihm unvereinbares Bundesrecht trifft.

Unabhängig davon, ob eine Normenkollision eine direkte Wirkung der völkerrechtlichen Norm voraussetzt, entfällt die Rangfrage aber jedenfalls deshalb, weil die hier einschlägigen bundesrechtlichen Bestimmungen nicht derart apodiktischer Natur sind, dass sie sich grundsätzlich einer völkerrechtskonformen Auslegung entziehen.⁴⁰³ Ein echter Normenkonflikt zwischen dem hier relevanten Völkerrecht und dem Bundesrecht besteht so gesehen nicht. Die in der Rechtsprechung durch das Bundesgericht formulierten Vorrangsregeln sind folglich hier von untergeordneter Bedeutung. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass nach der Praxis des Bundesgerichts dem Völkerrecht generell Vorrang gegenüber dem Landesrecht gewährt wird:

Zunächst gilt ganz allgemein, dass insbesondere Menschenrechte, wie sie in der EMRK verbrieft sind, entgegenstehenden Bundesgesetzen und Bundesverordnungen vorzuziehen sind mit der Konsequenz, dass das sich einer völkerrechtskonformen Auslegung verschliessende Bundesgesetz unangewendet zu bleiben hat.⁴⁰⁴ Dies soll nach BGE 139 I 16 grundsätzlich selbst für völkerrechtliche Abkommen gelten, «[...] die nicht Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben

³⁹⁹ Dies ergibt sich auch aus BGE 139 I 16, E. 5.1. ff.

⁴⁰⁰ KELLER/BALAZS-HEGEDÜS, S. 716 mit weiterem Hinweis.

⁴⁰¹ Siehe dazu die vorangegangenen Ausführungen im Abschnitt G. § 2. II. 2.3.

⁴⁰² Siehe die Ausführungen zur indirekten Wirkung des Völkerrechts im Abschnitt G. § 2. III. 1.

⁴⁰³ Dazu jeweils im Einzelnen später.

⁴⁰⁴ So genannte PKK-Praxis in BGE 125 II 417, E. 4.c.–d.

[...J]». ⁴⁰⁵ Dieser allgemeine Vorrang findet zudem auch eine Stütze in dem für die Schweiz verbindlichen Wiener Übereinkommen (VRK). Art. 26 und 27 dieses Übereinkommens statuieren nämlich das Prinzip *pacta sunt servanda*. Konkret ist es den Vertragsparteien untersagt, sich auf Landesrecht zu berufen, um damit die Nichterfüllung völkerrechtlicher Pflichten zu rechtfertigen.

Nach einer weiteren als «*Schubert-Praxis*» bekannten Kollisionsregel sollen Bundesgesetze älterem Völkerrecht vorgehen, soweit der Gesetzgeber den Widerspruch mit dem Völkerrecht bewusst in Kauf genommen hat und damit höher-rangige Interessen verfolgt. ⁴⁰⁶ Angesichts der Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 139 I 16, wonach eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung «*regelmässig*» unangewendet zu bleiben hat, ⁴⁰⁷ vertritt HANGARTNER jedoch, dass diese *Schubert-Praxis* aufgegeben worden sei. ⁴⁰⁸ Dies ist allerdings nicht unumstritten. ⁴⁰⁹ Für HANGARTNERS Standpunkt spricht jedoch, dass das Bundesgericht selbst in seiner jüngeren Rechtsprechung die *Schubert-Praxis* ausdrücklich als weitgehend nicht mehr anwendbar taxiert. ⁴¹⁰ Ohnehin bleiben Menschenrechte von der *Schubert-Praxis* ausgenommen. ⁴¹¹

Ausgehend davon ist in der Tendenz von einem allgemeinen Vorrang des Völkerrechts gegenüber Bundesgesetzen auszugehen, und zwar unbesehen davon, ob das Völkerrecht nun Menschenrechte zum Inhalt hat oder nicht.

3. Grundrechte der Bundesverfassung

Die Verwirklichung von Grundrechten richtet sich nach Art. 35 BV. Sein Anwendungsbereich ist nicht alleine auf die in der Bundesverfassung verbrieften Grundrechte limitiert, sondern erstreckt sich auch auf internationale Menschenrechte; dies allerdings nur so weit, als diese auch in der Bundesverfassung enthalten sind ⁴¹² – was insbesondere auf die Diskriminierungsverbote zutrifft. Auch

⁴⁰⁵ BGE 139 I 16, E. 5.1.

⁴⁰⁶ So genannte Schubert-Praxis in BGE 99 Ib 39, E. 3.

⁴⁰⁷ BGE 139 I 16, E. 5.1.

⁴⁰⁸ HANGARTNER, Verhältnis BV zu Völkerrecht, S. 702.

⁴⁰⁹ Vgl. FASSBENDER, S. 445.

⁴¹⁰ BGER 2C_610/2021, Urteil vom 11. März 2022, E. 5.2.

⁴¹¹ Dies folgt aus der PKK-Praxis in BGE 125 II 417, E. 4.d (bestätigt in BGE 142 II 35, E. 3.2). Die Kollisionsregel nach der Schubert-Praxis gilt ausserdem auch nicht in Zusammenhang mit dem FZA, siehe dazu BGE 142 II 35, E. 3.2.

⁴¹² WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 35 Rn. 12.

hier wiederum müssen zwei Ebenen unterschieden werden: in vertikaler Hinsicht die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Privatpersonen sowie horizontal die Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen.

Gemäss Art. 35 Abs. 2 BV gilt, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.⁴¹³ Dies hat zur Folge, dass Privatpersonen, die beispielsweise als Arbeitgeber staatliche Funktionen wahrnehmen, durchaus an das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot gebunden sein können. Üben Privatpersonen staatliche Funktionen bloss freiwillig aus, soll jedoch keine Grundrechtsbindung bestehen.⁴¹⁴ Umgekehrt kann eine Grundrechtsbindung auch dort bestehen, wo der Staat⁴¹⁵ als Arbeitgeber auftritt und ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis eingeht.⁴¹⁶ Demgegenüber soll laut Bundesgericht in jenen Bereichen keine Grundrechtsbindung bestehen, in denen der Staat keine Staatsaufgabe wahrnimmt und gleichzeitig marktwirtschaftlich mit Privaten konkurriert.⁴¹⁷ Dies stösst im Schrifttum jedoch überwiegend auf Kritik. Dort wird vielmehr vertreten, der Staat sei in allen Organisations- und Handlungsformen zur Achtung der Grundrechte verpflichtet.⁴¹⁸

Keinen ernsthaften Zuspruch findet im Schrifttum schliesslich die Rechtsfigur der «direkten Drittwirkung» beziehungsweise der «unmittelbaren Horizontalwirkung», wonach Privatpersonen untereinander Grundrechte zu beachten haben.⁴¹⁹

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass ein gewöhnlicher privatrechtlicher Arbeitgeber, dem keine staatlichen Aufgaben aufgetragen sind, nicht an die

⁴¹³ Zum Begriff der staatlichen Aufgabe vgl. z.B. SCHWEIZER, SG Kommentar BV, Art. 35 Rn. 34 ff., oder BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 35 Rn. 9 ff.; KIENER, Grundrechte, S. 1208 Rn. 25 f.

⁴¹⁴ SCHWEIZER, SG Kommentar BV, Art. 35 Rn. 46.

⁴¹⁵ Dazu zählen sämtliche Gemeinwesen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, SCHWEIZER, SG Kommentar BV, Art. 35 Rn. 39.

⁴¹⁶ KIENER, Grundrechte, S. 1208 Rn. 25 f.; NÖTZLI, Anwendbarkeit OR, S. 308 und 318.

⁴¹⁷ BGE 129 III 35, E. 5.3.

⁴¹⁸ SCHWEIZER, SG Kommentar BV, Art. 35 Rn. 45 mit weiteren Hinweisen; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rn. 172 f.; MÜLLER/PÄRLI/CARONI, S. 880.

⁴¹⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 281; SCHWEIZER, SG Kommentar BV, Art. 35 Rn. 58 mit weiteren Hinweisen; WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 35 Rn. 58; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 35 Rn. 18 ff., der jedoch einzelne Bestimmungen innerhalb der Bundesverfassung nennt, die direkte Drittwirkung erzeugen könnten – das Diskriminierungsverbot gehört jedoch nicht dazu.

Grundrechte und folglich auch nicht unmittelbar an die Diskriminierungsverbote des Völkerrechts oder des Bundesverfassungsrechts gebunden ist.⁴²⁰

III. Indirekte Wirkung

1. Völkerrecht im Allgemeinen

Die hier einschlägigen völkerrechtlichen Normen entfalten nach aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine unmittelbare Drittwirkung.⁴²¹ Gleichwohl können sie privatrechtliche Rechtsverhältnisse zumindest indirekt beeinflussen, indem der Staat bestimmte Verpflichtungsschichten des Völkerrechts zu beachten hat. Dabei ist nicht entscheidend, ob die völkerrechtliche Norm direkt wirksam ist oder bloss programmatischen Charakter hat.⁴²² Die Justitiabilität der jeweiligen völkerrechtlichen Pflicht bestimmt sich nach den im Völkerrecht und in der Literatur anerkannten Verpflichtungsschichten des Völkerrechts.⁴²³ Diese Verpflichtungsschichten sind dreifaltig: Zurückgehend auf einen Spezialbericht des UN-Sonderberichterstatters EIDE wird zwischen der Achtungs-, der Schutz- und der Erfüllungspflicht unterschieden (*obligation to respect, obligation to protect and obligation to fulfil*).⁴²⁴

Achtungspflicht (obligation to respect): Die Achtungspflicht gebietet dem Staat, sich direkten oder indirekten Eingriffen in die Menschenrechte zu enthalten.⁴²⁵ Sie begrün-

⁴²⁰ Zum Völkerrecht und zur Kritik betreffend die fehlende Drittwirkung insbesondere völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote nach dem *Status quo* der höchstrichterlichen Rechtsprechung in der Schweiz siehe oben Abschnitt G. § 2. II. 2.3.

⁴²¹ In diesem Zusammenhang und zur Kritik betreffend die fehlende Drittwirkung insbesondere völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote siehe die vorangegangenen Ausführungen im Abschnitt G. § 2. II. 2.3.

⁴²² ZÜND, S. 1354 f., sowie Wiener Erklärung der UNO, Ziff. 5 zur Unteilbarkeit von Menschenrechten: «*All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated.*»

⁴²³ KIENER, Allgemeine Grundrechtslehren, § 30 Rn. 63; PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1025 ff.; ZÜND, S. 1354; PETERS/ALTWICKER, § 2 Rn. 31 ff.

⁴²⁴ EIDE, UN-Spezialbericht, Rn. 66 ff., wobei er dem Begriff «Staat» sämtliche Körperschaften und Behörden auf allen Stufen des öffentlichen Rechts unterlegte (vgl. Rn. 65); PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1025 f.

⁴²⁵ EIDE, UN-Spezialbericht, Rn. 67; PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1027 f.

det einen Abwehrensanspruch des Individuums gegenüber dem Staat und setzt staatlichem Handeln Grenzen.⁴²⁶

Schutzpflicht (obligation to protect): Im Gegensatz zur Achtungspflicht verlangt die Schutzpflicht ein Tätigwerden des Staates zum Schutz verbürgter Rechte. Der Staat nimmt dadurch gewissermassen eine Garantenstellung ein. Aufgabe des Staates ist es dann, präventive Massnahmen zu ergreifen, um das Individuum vor Beeinträchtigungen der Menschenrechte durch Dritte zu schützen.⁴²⁷

Handlungspflicht (obligation to fulfil): Nach der dem Staat obliegenden Handlungspflicht hat dieser die notwendigen Leistungen zu erbringen, damit jedem Rechtssubjekt der ihm designierte Genuss der Konventionsrechte zuteilwird, dessen Realisierung ihm jedoch ohne Zutun des Staates verwehrt bliebe.⁴²⁸ Diese Leistungspflicht tritt allerdings bloss subsidiär zu den beiden vorangehenden Verpflichtungsdimensionen hinzu.⁴²⁹

Im Verhältnis zwischen Privaten wirken die Grund- und Menschenrechte auf zwei Arten. Erstens, indem menschenrechtlichen Normen auf dem Wege legislatorischen Vollzugs unter Privaten zum Durchbruch verholfen wird,⁴³⁰ und zweitens durch eine völkerrechtskonforme Auslegung des Völkerrechts.⁴³¹ Im Bereich der Legiferierung zu nennen sind etwa die Schaffung gerechter Arbeitsbedingungen auf dem Gesetzes- und Verordnungsweg z.B. durch Diskriminierungsverbote, Mindestlohnvorgaben, Ruhezeiten oder obligatorische Versicherungssysteme.⁴³²

Bleibt der Staat angesichts dieser Pflichten untätig und ist selbst nach verfassungskonformer Auslegung des Landesrechts eine Gesetzeslücke festzustellen, sind die Gerichte dazu berufen, *modo legislatoris* Recht zu schaffen und so die bestehende Lücke gemäss Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB zu schliessen.⁴³³ Dies wird in einem für die Schweiz wegweisenden Urteil des Bundesgerichts exemplarisch illustriert.⁴³⁴

⁴²⁶ EIDE, UN-Spezialbericht, Rn. 67; PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1027 f.

⁴²⁷ EIDE, UN-Spezialbericht, Rn. 68; PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1030 f.

⁴²⁸ EIDE, UN-Spezialbericht, Rn. 69; PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1033 f.

⁴²⁹ PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1034.

⁴³⁰ Kommentar Nr. 23 zu UNO-Pakt I, Ziff. 59; vgl. PULVER, S. 417 f. mit Beispielen zum Schweizer Arbeitsrecht.

⁴³¹ KÄGI-DIENER, FDK, S. 202.

⁴³² PULVER, S. 418 f. mit Beispielen zum Schweizer Arbeitsrecht.

⁴³³ KÄGI-DIENER, FDK, S. 202.

⁴³⁴ BGE 137 I 305; Kritik zu diesem Entscheid vgl. KAUFMANN, Rn. 12–18.

Im Kanton Zug sollte die Kommission für die Gleichstellung von Frau und Mann nicht mehr weitergeführt werden. Dagegen erhoben verschiedene Interessengruppen Beschwerde. Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass Art. 2 FDK⁴³⁵ die Kantone dazu verpflichte, Massnahmen zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau zu ergreifen.⁴³⁶ Die Bestimmung war programmatischer Natur, gleichwohl führte das Bundesgericht dazu aus, den Kantonen stünde ein Ermessensspielraum nur bei der Frage zu, «*wie*» sie diesen Auftrag erfüllten; das «*Ob*» sei demgegenüber verfassungs- und völkerrechtlich vorgegeben.⁴³⁷ Gestützt darauf gelangte das Bundesgericht zum Schluss, Art. 2 lit. a FDK verpflichte den Kanton Zug, einen Ersatz für die bisherige Kommission vorzusehen.⁴³⁸ Dieses Beispiel zeigt, dass die hier dargelegten Verpflichtungsdimensionen nicht nur im Schweizer Schrifttum Anklang finden,⁴³⁹ sondern nun auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung widerhallen, so dass Private sich selbst auf programmatische Normen berufen können, und dass solche Normen ebenso verbindliche Pflichten schaffen.

Die beschriebenen Verpflichtungsdimensionen sind nicht alleine in Bezug auf die Frage nach der Realisierung von völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten von Bedeutung. Sie bilden unter anderem auch eine Begründungsbasis für die später vorgeschlagenen präventiven Massnahmen zur Verhinderung von Diskriminierungen.

2. Grundrechte im Speziellen

Der Staat sorgt nach Art. 35 Abs. 1 BV für die Realisierung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung. Dies gilt sowohl für den Gesetzgeber (einschliesslich der Gesamtheit der Stimmbürger) als auch für die rechtsprechenden staatlichen Behörden.⁴⁴⁰ Den staatlichen Behörden obliegt es nach Art. 35 Abs. 3 BV, den Grundrechten auch unter Privaten zum Durchbruch zu verhelfen, soweit sie sich dazu eignen.

⁴³⁵ UNO-Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (Frauendiskriminierungskonvention, FDK), SR 0.108.

⁴³⁶ BGE 137 I 305, E. 4.

⁴³⁷ BGE 137 I 305, E. 4.

⁴³⁸ BGE 137 I 305, E. 7.

⁴³⁹ KIENER, Allgemeine Grundrechtslehren, § 30 Rn. 63; PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Rechts, Rn. 1025 f.; ZÜND, S. 1354.

⁴⁴⁰ KIENER, Allgemeine Grundrechtslehren, § 30 Rn. 70 f.

Es hat sich vor diesem Hintergrund das Konzept der «*indirekten Drittwirkung*» etabliert.⁴⁴¹ Nach der indirekten Drittwirkung sind die rechtsanwendenden Behörden dazu berufen, unbestimmte Rechtsbegriffe verfassungs- beziehungsweise grundrechtskonform auszulegen.⁴⁴² Konkret bedeutet dies, dass insbesondere generalklauselartig formuliertes Recht entlang des jeweiligen Grundrechts auszulegen ist.⁴⁴³ Diese indirekte Drittwirkung gilt demgemäss auch hinsichtlich des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV.

Das Konzept der indirekten Drittwirkung richtet sich aber nicht alleine an die rechtsanwendenden Behörden und damit insbesondere an die Gerichte, sondern auch an den Staat insgesamt und damit auch den Gesetzgeber.⁴⁴⁴ Die indirekte Drittwirkung geht über die verfassungskonforme Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe hinaus und nimmt zusätzlich Rückgriff auf die Schutzpflichtentheorie als weiteren Ausgangspunkt.⁴⁴⁵ Nach der Schutzpflichtentheorie erschöpft sich die Verwirklichung der Grundrechte nicht alleine in der Enthaltung des Staats vor Grundrechtseingriffen. Vielmehr muss der Staat die geeigneten Vorkehren treffen, um die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden zu lassen.⁴⁴⁶ Die Wahrung der Schutzpflichten obliegt nach EGLI zwar primär der Legislative, indem sie auf dem Wege legislatorischen Vollzugs den Grundrechten zum Durchbruch verhelfen soll.⁴⁴⁷ Doch ist festzustellen, dass auch das Bundesgericht sich nunmehr des Instruments der Schutzpflichtentheorie in seinen Urteilsbegründungen bedient.⁴⁴⁸

⁴⁴¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 281 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁴⁴² Dazu ausführlich EGLI, S. 22 ff.; vgl. auch J.P. MÜLLER, Verwirklichung Grundrechte, S. 57 ff.; zusammenfassend HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 281 f.

⁴⁴³ Eine solche Generalklausel findet sich z.B. in Art. 328 Abs. 1 OR, in dem die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers statuiert wird.

⁴⁴⁴ Siehe z.B. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 35 Rn. 6 f. sowie Rn. 18.

⁴⁴⁵ BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 35 Rn. 6 f.

⁴⁴⁶ EGLI, S. 32 und S. 155 ff.; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 35 Rn. 6 f.

⁴⁴⁷ EGLI, S. 317; im Gegensatz dazu vertritt J.P. MÜLLER, Schutzansprüche bedürften keiner weiteren legislatorischen Umsetzung, vielmehr seien sie durch die rechtsanwendenden Behörden direkt anwendbar, J.P. MÜLLER, Verwirklichung Grundrechte, S. 68 ff.

⁴⁴⁸ BGE 138 II 229, E. 3.2.2; vgl. auch BGer 1C_43/2020, Urteil vom 1. April 2021, E. 5.3.

All dies gilt auch für die im Völkerrecht verbrieften Menschenrechte, soweit diese inhaltlich den Grundrechten der Bundesverfassung entsprechen.⁴⁴⁹ Von alledem ausgenommen sind hingegen die Sozialziele⁴⁵⁰ – und zwar jene sowohl der Bundesverfassung als auch des Völkerrechts.

IV. Zusammenfassung

Zunächst ist festzustellen, dass das Völkerrecht integralen Bestandteil der Schweizer Rechtsordnung bildet.⁴⁵¹ Das Bundesrecht sowie die Bundesverfassung sind völkerrechtskonform auszulegen.⁴⁵² Gelingt dies nicht, geht das Völkerrecht entgegenstehenden Bundesgesetzen und Bundesverordnungen grundsätzlich vor.⁴⁵³ Es wurde jedoch dargetan (und wird sich zeigen), dass insbesondere in Bezug auf die hier relevanten Diskriminierungsverbote vorliegend kein unauflösbarer Normenkonflikt zwischen dem Völkerrecht und dem Landesrecht besteht.⁴⁵⁴

Das hier interessierende Völkerrecht entfaltet nach dem *Status quo* der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keine unmittelbare Drittwirkung, was in Teilen der Literatur und auch nach hier vertretener Ansicht kritisiert wird.⁴⁵⁵ Auch das Diskriminierungsverbot aus der Bundesverfassung in Art. 8 Abs. 2 BV entfaltet keine unmittelbare Drittwirkung.⁴⁵⁶ Konkret bedeutet dies, dass genuin privat agierende Personen sich weder direkt auf die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote noch auf jenes Diskriminierungsverbot aus der Bundesverfassung berufen können.

Das Völkerrecht sowie die Grundrechte der Bundesverfassung – und damit letztlich auch deren Diskriminierungsverbote – entfalten immerhin indirekte Drittwirkung. Nebst der Pflicht, das Landesrecht völkerrechts- und verfassungskonform auszulegen, bedeutet dies auch, dass der Staat als Ganzes dazu angehalten ist, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, damit die Grundrechte in tatsächlicher Hinsicht verwirklicht werden.⁴⁵⁷

⁴⁴⁹ WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 35 Rn. 12.

⁴⁵⁰ WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 35 Rn. 12.

⁴⁵¹ Dazu oben G. § 2. II. 2.2.

⁴⁵² Dazu oben G. § 2. III.

⁴⁵³ Dazu oben G. § 2. II. 2.4.

⁴⁵⁴ Dazu oben G. § 2. II. 2.4.

⁴⁵⁵ Dazu oben G. § 2. II. 2.3.

⁴⁵⁶ Dazu oben G. § 2. II. 3.

⁴⁵⁷ Dazu oben G. § 2. III.

Soweit sich die landesrechtliche Umsetzung des Völkerrechts als unzureichend erweist, steht die Schweiz in der Pflicht, entsprechende Massnahmen zur Realisierung völkerrechtlicher Pflichten zu ergreifen. Dies ist letztlich auch eine Begründungsbasis für die später in dieser Arbeit formulierten Massnahmen.⁴⁵⁸

§ 3 Diskriminierungsverbote

In diesem Abschnitt werden die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote (I.) sowie das Landesrecht auf seinen diskriminierungsrechtlichen Verbotsinhalt hin (II.) gewürdigt. Das Schweizer Zivilrecht kennt kein eigenständiges Diskriminierungsverbot bezogen auf das Alterskriterium. Im landesrechtlichen Teil werden daher nebst dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV auch jene zivilrechtlichen Generalklauseln gewürdigt, die sich als Vehikel zur Umsetzung des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots eignen. Anschliessend werden sowohl die Beweisthematik als auch die Rechtsfolgen aus diskriminierendem Verhalten angesprochen (III.). Auf das Zwischenfazit (IV.) folgt zusätzlich eine optische Darstellung der Erkenntnisse aus diesem Abschnitt (V.).

I. Völkerrecht

1. IAO-Übereinkommen Nr. 111

Art. 1 Ziff. 1 lit. a IAO-Übereinkommen Nr. 111 sieht ein Diskriminierungsverbot vor. Die darin enthaltene Aufzählung verpönter Merkmale ist abschliessend.⁴⁵⁹ Das Alterskriterium wird darin nicht aufgeführt. Es steht den Mitgliedstaaten zwar frei, nach Anhörung der massgebenden Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände dem abschliessenden Katalog weitere Merkmale hinzuzufügen,⁴⁶⁰ jedoch hat es die Schweiz bislang unterlassen, die Liste schutzwürdiger Merkmale entsprechend zu ergänzen. Dem IAO-Übereinkommen Nr. 111 kommt daher im Kontext von Altersdiskriminierung keine Bedeutung zu.

⁴⁵⁸ Zu den völkerrechtlichen Verpflichtungsschichten oben G. § 2. III. 1. Betreffend die zu ergreifenden Massnahmen siehe die Ausführungen im Abschnitt I.

⁴⁵⁹ Zur abschliessenden Natur des Diskriminierungsverbots in Art. 1 Ziff. 1 lit. a IAO-Übereinkommen Nr. 111 vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 262.

⁴⁶⁰ Art. 1 Ziff. 1 lit. b IAO-Übereinkommen Nr. 111.

2. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (Zivilpakt, UNO-Pakt II)

Art. 26 erster Satz UNO-Pakt II bestimmt, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind. Das Gleichheitsgebot wird sodann im zweiten Satz derselben Bestimmung durch ein Diskriminierungsverbot ergänzt, das vor Diskriminierungen basierend auf verpönten Anknüpfungsmerkmalen schützen will.

Ausgehend vom Wortlaut des Diskriminierungsverbots ist die Aufzählung der aufgeführten, verpönten Merkmale nicht abschliessend, so dass auch das Alter als ein Diskriminierungsmerkmal gelten kann.⁴⁶¹ Das Gleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot nach Art. 26 UNO-Pakt II sind nicht akzessorischer, sondern selbständiger Natur, weshalb sie unabhängig von den im UNO-Pakt II verbrieften Garantien angerufen werden können. Die Norm verfügt somit über ein universelles Gepräge, weil sie sich auf alle Lebensbereiche und nicht ausschliesslich auf die im UNO-Pakt II normierten Bereiche anwenden lässt.

Die Schweiz hat sich allerdings einen Vorbehalt ausbedungen, wonach das Gleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot nur in Verbindung mit anderen im Pakt selbst garantierten Rechten gewährleistet werden.⁴⁶² Damit wird der Bestimmung ihre selbständige Bedeutung für die Schweiz entzogen. Das Diskriminierungsverbot hat somit aus Schweizer Sicht lediglich akzessorischen Charakter. Die neben dem Diskriminierungsverbot im Zivilpakt enthaltenen Rechte sind im vorliegenden Kontext nicht von Relevanz, weshalb das Diskriminierungsverbot nach Art. 26 UNO-Pakt II für die vorliegende Arbeit keine weitere Berücksichtigung findet.

3. Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (Sozialpakt, UNO-Pakt I)

3.1. Generelle Charakteristika des Diskriminierungsverbots

Mit Art. 2 Abs. 2 besteht im UNO-Pakt I ein Diskriminierungsverbot. Es verpflichtet die Vertragsstaaten zu gewährleisten, dass die Konventionsrechte ohne Diskriminierung hinsichtlich diverser Merkmale ausgeübt werden können. Die Bestimmung nennt dazu beispielhaft einige verpönte Merkmale wie z.B. Rasse,

⁴⁶¹ Im Diskriminierungsverbot nach Art. 26 zweiter Satz UNO-Pakt II weist die Wendung «[...] wie insbesondere [...]» daraufhin, dass der Katalog verpönter Merkmale nicht abschliessender Natur ist.

⁴⁶² Vorbehalt der Schweiz zu Art. 26 UNO-Pakt II.

Hautfarbe oder Religion. Das Alter wird nicht explizit erwähnt. Aus der im Diskriminierungsverbot enthaltenen Wendung «*sonstigen Status*» geht hervor, dass es als offenes Diskriminierungsverbot konzipiert ist. Dem Diskriminierungsverbot können somit auch weitere Merkmale unterstellt werden. Anerkannt ist, dass auch das Alterskriterium als verpöhtes Merkmal abgedeckt wird.⁴⁶³

Der UNO-Pakt I beinhaltet essentielle Sozialrechte, zu deren Verwirklichung die Vertragsstaaten unter Aufbietung sämtlicher ihnen zur Verfügung stehender Ressourcen verpflichtet sind.⁴⁶⁴ Die Sozialrechte sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung programmatischer Natur.⁴⁶⁵ Die Folge daraus ist, dass auch das Diskriminierungsverbot nach Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I keine unmittelbare Drittwirkung entfaltet.⁴⁶⁶ Auch das Fehlen eines Individualbeschwerdeverfahrens zeigt, dass der UNO-Pakt I nicht dazu bestimmt ist, Privaten unmittelbar Rechte zu verleihen. Ein Individualbeschwerdeverfahren ist zwar im Fakultativprotokoll zum UNO-Pakt I vorgesehen, dieses Fakultativprotokoll wurde jedoch von der Schweiz bislang nicht ratifiziert.⁴⁶⁷

Gleichwohl hat der UNO-Pakt I – so wie das übrige Völkerrecht – indirekten Einfluss auf die Rechtsposition Privater, indem die Schweiz unter anderem gehalten ist, das Landesrecht völkerrechtskonform auszulegen.⁴⁶⁸ Aus diesem Grund wird nachstehend der Inhalt des Diskriminierungsverbots näher dargelegt.

3.2. Geltungsbereich

Das Diskriminierungsverbot ist akzessorischer Natur und kann daher einzig in Zusammenhang mit den Rechten aus dem UNO-Pakt I angerufen werden, womit auch sein Geltungsbereich limitiert ist.⁴⁶⁹

⁴⁶³ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 29; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 195 f.

⁴⁶⁴ Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I.

⁴⁶⁵ BGE 135 I 161, E. 2.1, sowie die Ausführungen oben im Abschnitt G. § 2. II. 2.3.

⁴⁶⁶ Dies gilt nach aktuellem – in der Literatur kritisiertem – Stand selbst im Bereich jener landesrechtlichen Zivillrechte, die ihre Entsprechung in den Konventionsrechten des UNO-Pakts I finden; BGE 135 I 161, E. 2.1, sowie die Kritik weiter oben im Abschnitt G. § 2. II. 2.3.

⁴⁶⁷ Die Gewährleistung der Rechte aus dem UNO-Pakt I wird vielmehr durch ein Berichtssystem sichergestellt, in dem die Vertragsstaaten dem Generalsekretär der Vereinten Nationen über Massnahmen und Fortschritt im Bereich der zu gewährleistenden Rechte rapportieren (siehe dazu Art. 16 ff. UNO-Pakt I).

⁴⁶⁸ Zur indirekten Wirkung vgl. die Ausführungen im Abschnitt G. § 2. III. 1.

⁴⁶⁹ Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 185 f.

Vorliegend von Bedeutung ist zunächst das Recht auf Arbeit nach Art. 6 UNO-Pakt I. Dieses Recht bezieht sich sowohl auf die Phasen der Stellensuche als auch jene der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. In Kombination mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 2 Abs. 2 des Pakts schützt Art. 6 UNO-Pakt I vor Diskriminierungen in diesen Phasen.⁴⁷⁰

Ebenfalls zum Schutzbereich des Diskriminierungsverbots gehört die in Art. 7 UNO-Pakt I statuierte Verpflichtung der Vertragsstaaten, für gerechte und günstige Arbeitsbedingungen zu sorgen, insbesondere gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, gleiche Aufstiegschancen, Arbeitspausen sowie Begrenzung der Arbeitszeit.

Mit Blick auf Aufstiegschancen dürfen laut Art. 7 lit. c UNO-Pakt I keine anderen Gesichtspunkte ausschlaggebend sein als die Beschäftigungsdauer und die Befähigung.⁴⁷¹ Folglich darf ein Kandidat nicht aufgrund seines Alters an seinem Aufstieg gehindert werden. Allerdings ist der Begriff «*Beschäftigungsdauer*» unglücklich gewählt. Ist damit die innerbetriebliche Beschäftigungsdauer gemeint oder steht dieser Begriff stellvertretend für Berufserfahrung? In der englischen Fassung des UNO-Pakts I wird der Begriff «*seniority*» (übersetzt: «Dienstalter») und nicht etwa «*experience*» (übersetzt: «Erfahrung») verwendet.⁴⁷² Daraus ist zu schliessen, dass tatsächlich die Dauer der Betriebszugehörigkeit bei Beförderungsentscheidungen ausschlaggebend sein darf. Jüngere Arbeitnehmer erfahren dadurch nicht zwingend einen Nachteil, denn es ist durchaus denkbar, dass eine junge Person schon länger einem Betrieb angehört als ein älterer, neu dazugestossener Berufskollege. Problematisch ist die Anknüpfung an die Beschäftigungsdauer eher für weibliche Erwerbstätige, deren Beschäftigungsdauer nicht selten wegen Erwerbsunterbrüchen beispielsweise in Zusammenhang mit der Geburt eines Kindes unterbrochen wird und daher möglicherweise kürzer ausfällt als jene der männlichen Berufskollegen. Der Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I mildert diesen Umstand immerhin dadurch, dass empfohlen wird, auch die individuellen Umstände sowie die verschiedenen Rollen von Frau und Mann zu berücksichtigen, um die Chancengleichheit zu gewährleisten.⁴⁷³

⁴⁷⁰ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 280; vgl. Kommentar Nr. 18 zu UNO-Pakt I, Ziff. 6 ff.; vgl. KÜNZLI/KÄLIN, S. 117 f.; betreffend die Kündigung im Arbeitsverhältnis vgl. PÄRLI/STUDER, Rn. 374.

⁴⁷¹ Art. 7 lit. c UNO-Pakt I.

⁴⁷² Art. 7 lit. c UNO-Pakt I.

⁴⁷³ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 31.

3.3. Schutzgut

Die Würde des Menschen und die Gerechtigkeit sind nach dem Wortlaut der Präambel Leitprinzipien des UNO-Pakts I. Das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot sind sich gegenseitig ergänzende Erfüllungsgehilfen zur Gewährleistung dieser Leitprinzipien. In Art. 7 lit. c des Pakts zeigt sich ausserdem, dass dazu auch die Chancengleichheit gehört, heisst es doch darin sinngemäss, jedermann seien die gleichen beruflichen Aufstiegschancen zu gewährleisten. Daraus lässt sich nach hier vertretener Ansicht schliessen, dass der UNO-Pakt I einem modernen Gerechtigkeitsverständnis entspricht und auch in diesem Kontext ausgelegt werden sollte.⁴⁷⁴

3.4. Erfasste Diskriminierungsformen

Das Diskriminierungsverbot nach Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I schützt sowohl vor direkter als auch vor indirekter Diskriminierung.⁴⁷⁵ Ebenso verboten sind sowohl konkurrierende als auch intersektionelle Diskriminierungen, sofern sie sensible Persönlichkeitsmerkmale betreffen.⁴⁷⁶

Weder in der Literatur noch in den Materialien finden sich eindeutige Hinweise darauf, wonach Diskriminierungen durch Belästigung oder Anweisung vom Diskriminierungsverbot erfasst werden. Unklar ist zudem, wie Benachteiligungen basierend auf Statistiken beziehungsweise Korrelationen im Lichte dieses Diskriminierungsverbots zu beurteilen wären. Ausgehend vom Geist der Konvention lässt sich nach dem hier eingenommenen Standpunkt vertreten, dass das Diskriminierungsverbot als ein umfassendes zu verstehen ist: In Ziff. 6 des Kommentars Nr. 20 zu UNO-Pakt I heisst es ausdrücklich, dass die Staaten vor allen Diskriminierungsformen zu schützen haben.⁴⁷⁷ Konsequenterweise werden dann auch sämtliche Diskriminierungsformen durch das Diskriminierungsverbot erfasst.

⁴⁷⁴ Zum Thema Gerechtigkeit siehe die Ausführungen im Abschnitt D.

⁴⁷⁵ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 10.

⁴⁷⁶ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 15 ff. und Ziff. 27; SSENYONJO, Rn. 2.97.

⁴⁷⁷ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 8: *«In order for States parties to <guarantee> that the Covenant rights will be exercised without **discrimination of any kind**, discrimination must be eliminated both formally and substantively»*, frei übersetzt: *«Damit die Mitgliedstaaten die Ausübung der Konventionsrechte **ohne irgendeine Form von Diskriminierung** (garantieren) können, muss Diskriminierung sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht eliminiert werden»*.

3.5. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots

3.5.1. Benachteiligung und Vorsatz

Dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I lässt sich keine Konkretisierung darüber entnehmen, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen eine Diskriminierung zustande kommt. Von einer direkten Diskriminierung ist laut dem Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I dann auszugehen, wenn eine Person verglichen mit einer anderen Person eine Benachteiligung erfährt.⁴⁷⁸ Daraus ist zu schliessen, dass es nicht zwingend eines finanziellen Nachteils oder eines Schadens bedarf. Es genügt bereits, dass eine andere Person bessergestellt wird. Die im Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I anzutreffende Definition zur indirekten Diskriminierung verlangt einen «*disproportionate impact*», das heisst übersetzt, es bedarf eines «*überproportionalen Effekts*».⁴⁷⁹ Von einem finanziellen Nachteil oder dergleichen ist nicht die Rede. Aus den ebenfalls dort aufgeführten Beispielen geht jedoch hervor, dass der Effekt nachteiliger Natur sein muss.⁴⁸⁰ Das Vorliegen einer Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I knüpft im Übrigen nicht an das Requisit einer Diskriminierungsabsicht an.⁴⁸¹

3.5.2. Vergleichstest

Bezogen auf direkte Diskriminierungen bedarf es gemäss dem Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I vergleichbarer Sachverhalte.⁴⁸² Präzisierungen zur Frage, wann zwei Sachverhalte vergleichbar sind, finden sich keine, und es ist daher den rechtsanwendenden Behörden überlassen, diesem Begriff in ihrer Rechtspraxis Konturen zu verleihen. Der Kommentar stellt immerhin klar, dass eine Diskriminierung sich auch dann ergeben könne, wenn sich kein vergleichbarer Sachverhalt ausmachen lasse. Er nennt dazu das Beispiel der schwangeren Frau.⁴⁸³

Im Unterschied zur direkten Diskriminierung beruht eine mittelbare Diskriminierung nicht auf einem direkten Vergleich zwischen vergleichbaren Situationen. Hier wird vielmehr darauf abgestellt, dass eine *prima facie* neutrale Regelung sich überproportional auf eine bestimmte *Gruppe* auswirkt.⁴⁸⁴

⁴⁷⁸ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 10 lit. a.

⁴⁷⁹ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 10 lit. b.

⁴⁸⁰ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 10 lit. b.

⁴⁸¹ SAUL/KINLEY/MOWBRAY, S. 181.

⁴⁸² Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 10 lit. a.

⁴⁸³ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 10 lit. a.

⁴⁸⁴ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 10 lit. b.

3.6. Rechtfertigung

Benachteiligungen konstituieren für sich genommen noch keine Diskriminierung. Erst wenn einer Benachteiligung eine objektive und vernünftige Rechtfertigung abgeht und einer Verhältnismässigkeitsprüfung nicht standzuhalten vermag, ist von einer nach dem Pakt verbotenen Diskriminierung auszugehen.⁴⁸⁵ Dabei ist zu prüfen, ob ein legitimes Ziel vorhanden ist, das mit dem Zweck des Pakts in Einklang steht und im Sinne des Allgemeinwohls ist.⁴⁸⁶ Ferner muss die Benachteiligung in Relation mit dem durch sie verfolgten Ziel als verhältnismässig erscheinen.⁴⁸⁷

3.7. Schutzsymmetrie

Obleich die Würde jedem Menschen gleichermaßen kraft seines Menschseins zusteht, soll das Diskriminierungsverbot nicht dazu bestimmt sein, einen symmetrischen Schutz zu gewährleisten. Vielmehr soll der Schutz jenen Gruppen zugutekommen, die historisch oder andauernd («*persistent*») aufgrund von Vorurteilen schlechter behandelt werden.⁴⁸⁸ Davon profitieren ältere Personen, weil diese in Bezug auf das Erwerbsleben als schutzwürdig angesehen werden.⁴⁸⁹

4. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

4.1. Generelle Charakteristika des Diskriminierungsverbots

Die EMRK statuiert in Art. 14 ein Diskriminierungsverbot. Dieses basiert auf einem offenen Katalog, in dem exemplarisch jene Kriterien aufgeführt sind, gestützt auf die eine Benachteiligung grundsätzlich verboten ist. Das Alter wird in diesem Katalog nicht explizit genannt. Der Europäische Gerichtshof der Menschenrechte (EGMR) hat jedoch das Alter als ein vom Diskriminierungsverbot erfasstes Unterscheidungsmerkmal anerkannt.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 13; SSENIONJO, Rn. 2.93.

⁴⁸⁶ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 13.

⁴⁸⁷ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 13, sowie SSENIONJO, Rn. 2.93.

⁴⁸⁸ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 8 lit. b.

⁴⁸⁹ Kommentar Nr. 20 zu UNO-Pakt I, Ziff. 29.

⁴⁹⁰ *Schwizgebel v. Schweiz*, EGMR, 10. Juni 2010, App. Nr. 25762/07, Rn. 85; *Khamtokhu und Aksenchik v. Russland*, EGMR, 24. Januar 2017, App. Nr. 60367/08 und 961/11, Rn. 62.

Das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK beinhaltet kein Anknüpfungsverbot. Die Konsequenz daraus ist, dass nicht jede Benachteiligung aufgrund eines verpönten Merkmals automatisch einer Diskriminierung entspricht. Von einer Diskriminierung ist erst dann auszugehen, wenn sich die Benachteiligung nicht rechtfertigen lässt.⁴⁹¹ Das Diskriminierungsverbot ist akzessorischer Natur. Das heisst, es kann stets nur in Verbindung mit anderen Konventionsrechten aus der EMRK angerufen werden.⁴⁹²

Das Diskriminierungsverbot entfaltet keine unmittelbare Drittwirkung.⁴⁹³ Dem entspricht auch, dass die EMRK lediglich – aber immerhin – eine Individualbeschwerde gegen den Staat im Hinblick auf die Verletzung von Konventionsrechten einräumt.⁴⁹⁴ Gleichwohl ist die EMRK mit Blick auf die Rechtsposition des Einzelnen nicht irrelevant, muss doch das Landesrecht im Rahmen der indirekten Wirkung der EMRK völkerrechtskonform ausgelegt werden.⁴⁹⁵

4.2. Geltungsbereich

4.2.1. Allgemein

Das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK ist akzessorisch konzipiert, wobei keine Verletzung eines Konventionsrechts nachgewiesen werden muss. Vielmehr genügt es, wenn der Lebenssachverhalt den Anwendungsbereich («*ambit*») eines durch die EMRK gewährleisteten Rechts berührt.⁴⁹⁶ Insofern besteht eine gelockerte Akzessorietät. Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK sieht zwar ein allgemein geltendes und damit ein von den Konventionsrechten unabhängiges Diskriminierungsverbot vor.⁴⁹⁷ Das Zusatzprotokoll gilt jedoch nicht für die Schweiz, da sie dieses weder unterzeichnet noch ratifiziert hat. Aus Schweizer Sicht ist das

⁴⁹¹ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, S. 772.

⁴⁹² Statt vieler SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. 14 Rn. 14.

⁴⁹³ Siehe dazu die Ausführungen zur unmittelbaren Wirkung im Abschnitt G. § 2. II. 2.3.

⁴⁹⁴ Art. 34 EMRK.

⁴⁹⁵ Siehe zur indirekten Wirkung die vorangehenden Ausführungen im Abschnitt G. § 2. III.

⁴⁹⁶ Z.B. *Beeler v. Schweiz*, EGMR, 20. Oktober 2020, App. Nr. 78630/12, Rn. 48; *Petrovic v. Österreich*, EGMR, 27. März 1998, App. Nr. 156/1996/775/976, Rn. 22; SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. 14 Rn. 16; MEYER-LADEWIG/LEHNER, Handkommentar EMRK, Art. 14 Rn. 6; VILLIGER, Rn. 869; PETERS/ALTWICKER, § 33 Rn. 3; SCHABAS, S. 562.

⁴⁹⁷ Protokoll Nr. 12 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 2000, Sammlung Europäischer Verträge – Nr. 177.

Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK somit ausschliesslich im akzessorischen Geltungsbereich zu befolgen.

Angesichts seiner akzessorischen Konzeption stellt sich die Frage, ob die einzelnen Konventionsrechte derart operationalisiert werden können, so dass sie für die jeweiligen Phasen des Erwerbslebens (Bewerbung, Anstellung und Beendigung) einen Diskriminierungsschutz bieten. Es muss daher stets einzelfallweise geprüft werden, worauf sich die infrage stehende Diskriminierung konkret bezieht und welche EMRK-Rechte davon betroffen sind. Kann ein Kontext zwischen dem betroffenen Sachverhalt und einem geschützten Recht aus der EMRK hergestellt werden, dann greift auch das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK. Es ist jedenfalls wichtig, hervorzuheben, dass der EGMR in seiner bisherigen Rechtsprechung in Bezug auf Arbeitsverhältnisse die Anwendung des Diskriminierungsverbots gestützt auf ganz unterschiedliche Rechte geprüft hat, indem er den diskriminierungsrechtlich relevanten Sachverhalt beispielsweise mit dem Recht auf Familie⁴⁹⁸ oder Privatleben⁴⁹⁹ nach Art. 8 EMRK in Verbindung brachte oder einen Bezug zur Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK⁵⁰⁰ herstellte.

4.2.2. Anstellungs- und Beendigungsphase

In seiner Rechtsprechung zu Diskriminierungen, die mit dem Erwerbsleben zusammenhängen, bezog sich der EGMR bislang im Wesentlichen auf das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK. Die Rechtssache *Džiautas gegen Litauen* bietet dazu beispielhaftes Anschauungsmaterial:⁵⁰¹

Als ehemaligen KGB-Agenten war es den Beschwerdeführern nach litauischem Recht verboten, in bestimmten Bereichen des Privatsektors einer beruflichen Tätigkeit nachzugehen.⁵⁰² Der EGMR erblickte darin eine Verletzung des Diskriminierungsverbots in Verbindung mit dem Recht auf Privatleben nach Art. 8

⁴⁹⁸ *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06.

⁴⁹⁹ *Sidabras und Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00.

⁵⁰⁰ *Thlimmenos v. Griechenland*, EGMR, 6. April 2000, App. Nr. 34369/97 – der EGMR erkannte aber *in casu* keine Diskriminierung.

⁵⁰¹ *Sidabras und Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00.

⁵⁰² *Sidabras und Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00, Rn. 3.

EMRK.⁵⁰³ Er stellte zunächst fest, dass der Begriff «*Privatleben*» ein weiter Begriff sei und keiner abschliessenden Definition zugänglich sei.⁵⁰⁴ Anschliessend resümierte er sinngemäss und unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung, das Privatleben betreffe nicht nur den Innenbereich, in den man sich aus der Öffentlichkeit zurückziehen könne. Das Privatleben gehe über diesen Innenbereich hinaus und beinhalte ausserdem das Recht, zu anderen Menschen Beziehungen herzustellen und diese zu pflegen. Das Privatleben schliesse daher – so der Gerichtshof – einen Aussenbereich nicht aus, indem einer beruflichen Tätigkeit nachgegangen werde. Gerade das Berufsleben sei für viele wichtiger Ort sozialer Interaktion.⁵⁰⁵ Der EGMR meinte anschliessend, das Berufsleben könne einen wesentlichen Teil des Lebens einer Person absorbieren und sei mit dem Privatleben derart eng verwoben, dass es unmöglich sei, das eine vom anderen abzugrenzen.⁵⁰⁶ Vor diesem Hintergrund gelangte der Gerichtshof zum Schluss, dass der Schutzbereich von Art. 8 EMRK eröffnet sei, weshalb das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK zur Anwendung gebracht werden könne.⁵⁰⁷

Analog urteilte der EGMR in der Rechtssache *I.B. gegen Griechenland*:⁵⁰⁸ Anders als im vorangehenden Fall ging es hier aber nicht etwa um die Anstellungs-, sondern um die Beendigungsphase eines Arbeitsverhältnisses. Die Arbeitgeberin hatte einen Arbeitnehmer nach Bekanntwerden seiner HIV-Infektion auf Druck der Belegschaft entlassen, weil diese um ihre eigene Gesundheit fürchtete.⁵⁰⁹ Die Befürchtungen der Belegschaft erwiesen sich allerdings als unbegründet, zumal keine Ansteckungsgefahr bestand.⁵¹⁰ Wesentlich in vorliegendem Zusammenhang ist die Feststellung des Gerichtshofs, dass sowohl Angelegenheiten betreffend Anstellungsverhältnisse als auch Konstellationen mit an HIV infizierten Personen in

⁵⁰³ *Sidabras und Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00, Rn. 61 f.

⁵⁰⁴ *Sidabras and Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00, Rn. 43.

⁵⁰⁵ *Sidabras and Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00, Rn. 44.

⁵⁰⁶ *Sidabras and Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00, Rn. 44.

⁵⁰⁷ *Sidabras and Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00, Rn. 50.

⁵⁰⁸ *I.B. v. Griechenland*, EGMR, 3. Oktober 2013, App. Nr. 552/10.

⁵⁰⁹ *I.B. v. Griechenland*, EGMR, 3. Oktober 2013, App. Nr. 552/10, Rn. 7 ff. und 85.

⁵¹⁰ *I.B. v. Griechenland*, EGMR, 3. Oktober 2013, App. Nr. 552/10, Rn. 18.

den Anwendungsbereich des Privatlebens fielen.⁵¹¹ Dadurch war dem EGMR der Weg geöffnet, das Vorliegen einer Diskriminierung nach Art. 14 EMRK in der Beendigungsphase des Arbeitsverhältnisses zu prüfen. Sodann beanstandete der Gerichtshof sinngemäss, die von der Vorinstanz getroffene Güterabwägung zwischen den Interessen des entlassenen Arbeitnehmers und jenen der Arbeitgeberin sei ungenügend und nicht EMRK-konform. Gestützt darauf bestätigte er schliesslich das Vorliegen einer Diskriminierung auf der Basis der Gesundheit, weshalb Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK verletzt wurde.⁵¹²

Ausgehend davon ist zu schliessen, dass das Diskriminierungsverbot grundsätzlich (insbesondere in Verbindung mit dem Recht auf Privatleben) Schutz sowohl vor Anstellungsdiskriminierung als auch vor diskriminierenden Kündigungen bietet.⁵¹³

4.2.3. Phase während der Anstellung

Der EGMR wendet das Diskriminierungsverbot auch auf bestehende Arbeitsverhältnisse an, wie zum Beispiel im Fall *Konstantin Markin gegen Russland*.⁵¹⁴ Hier hatte der Beschwerdeführer bei seinem Arbeitgeber, dem russischen Militär, den Antrag auf einen dreijährigen Elternurlaub gestellt.⁵¹⁵ Der Arbeitgeber lehnte dieses Ersuchen ab und begründete dies im Wesentlichen damit, dass ein dreijähriger Elternurlaub ausschliesslich dem weiblichen Personal vorbehalten sei.⁵¹⁶ Der EGMR urteilte im Ergebnis, dass das Recht auf Familienleben (Art. 8 EMRK) betroffen war und dass das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK daher anzuwenden ist.⁵¹⁷

⁵¹¹ *I.B. v. Griechenland*, EGMR, 3. Oktober 2013, App. Nr. 552/10, Rn. 70.

⁵¹² *I.B. v. Griechenland*, EGMR, 3. Oktober 2013, App. Nr. 552/10, Rn. 90 und 91.

⁵¹³ Diese Position stützend MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, Handkommentar EMRK, Art. 8 Rn. 49; weiterführend zum Kündigungsschutz im Lichte der EMRK und für eine Übersicht über die Praxis des EGMR vgl. PÄRLI, Kündigungsschutz, S. 1537 f.

⁵¹⁴ *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06.

⁵¹⁵ *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06, Rn. 15.

⁵¹⁶ *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06, Rn. 15.

⁵¹⁷ *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06, Rn. 152. Dieser Fall ist auch ein gutes Beispiel dafür, dass es dem EGMR nicht darum geht, neue Ansprüche zu schaffen. Vielmehr geht es um die Realisierung derivativer Teilhaberechte – oder einfacher ausgedrückt: Was dem einen zugestanden wird, soll dem anderen nicht grundsätzlich versagt bleiben; vgl. dazu ganz allgemein EYLEM, Rn. 262.

4.2.4. Umfassender Schutz durch evolutive und integrative Auslegung der EMRK

In den erwähnten Entscheiden schloss der EGMR bezogen auf das Erwerbsleben zwar auf die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots, weil das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK jeweils berührt war. Allein gestützt auf diese Entscheide lässt sich jedoch keine pauschale Aussage darüber treffen, ob das Diskriminierungsverbot nun in allen denkbaren Konstellationen Schutz vor Diskriminierungen in Bezug auf die einzelnen Phasen des Erwerbslebens bietet. Nicht immer muss das Recht auf Privatleben betroffen sein.

Bezogen auf das Alterskriterium muss im Einzelfall geprüft werden, ob eine Person aufgrund ihres Alters eine Benachteiligung erfährt. Zu denken ist etwa an eine unterschiedliche Entlohnung, unterschiedliche Kündigungsfristen oder die Nichtberücksichtigung bei Weiterbildungen oder Beförderungen. Eine andere Frage ist es dann, ob sich eine solche Benachteiligung inhaltlich einem EMRK-Recht zuordnen lässt. Es muss dann zusätzlich untersucht werden, inwiefern so geartete Benachteiligungen das Familien- und Privatleben nach Art. 8 EMRK oder andere Rechte aus der EMRK berühren.

Die evolutive und integrative Auslegungspraxis des EGMR bietet nach dem hier vertretenen Standpunkt möglicherweise ein Mittel, mit dem zu einem allgemein verstärkten Diskriminierungsschutz in allen Phasen des Erwerbslebens und insbesondere bezogen auf das Alterskriterium beigetragen werden kann:

Bezeichnend ist, dass der EGMR die EMRK in seiner Auslegung als «*lebendiges Instrument*» («*living instrument*») betrachtet, das stets im Lichte der Gegenwart sowie unter Berücksichtigung der nationalen und internationalen Entwicklungen des Rechts auszulegen ist.⁵¹⁸ Dadurch soll die EMRK einen effektiven Schutz gewährleisten.⁵¹⁹ Ausgangspunkt bildet dabei ein konsensuales Verständnis der europäischen Staaten über den Inhalt und die Bedeutung bestimmter Rechte.⁵²⁰ Diese «gemeinsame Basis» («*common ground*») beeinflusst die auslegungsweise Deutung der EMRK-Rechte.⁵²¹ Diese in der Literatur als evolutiv und integrativ

⁵¹⁸ *Demir und Baykara v. Türkei*, EGMR, App. Nr. 34503/97, 12. November 2008, Rn. 68; *Khamtokhu und Aksenchik v. Russland*, EGMR, 24. Januar 2017, App. Nr. 60367/08 und 961/11, Rn. 73 ff.

⁵¹⁹ *Demir und Baykara v. Türkei*, EGMR, App. Nr. 34503/97, 12. November 2008, Rn. 66.

⁵²⁰ *Demir und Baykara v. Türkei*, EGMR, App. Nr. 34503/97, 12. November 2008, Rn. 85.

⁵²¹ *Demir und Baykara v. Türkei*, EGMR, App. Nr. 34503/97, 12. November 2008, Rn. 76–78 sowie Rn. 85; *Khamtokhu und Aksenchik v. Russland*, EGMR, 24. Januar 2017, App. Nr. 60367/08 und 961/11, Rn. 73 ff.

bezeichnete Auslegungsmethode⁵²² recurriert auch auf konventionsfremde Materialien.⁵²³

Die Ergebnisse dieser Auslegungsmethode können eine Verbesserung der individuellen Rechtsposition bewirken, was sich beispielsweise anhand der Rechtsache *Konstantin Markin gegen Russland* demonstrieren lässt.⁵²⁴ Hier hatte der EGMR zu beurteilen, ob der bis anhin ausschliesslich weiblichem Militärpersonal vorbehaltenen dreijährigen Elternurlaub gleichermaßen männlichem Militärpersonal zusteht.⁵²⁵ Aus einer umfassenden rechtsvergleichenden Analyse ging hervor, dass die europäische Gesellschaft Vorstellungen von einer stereotypen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau weitgehend überwunden hat.⁵²⁶ Der EGMR erkannte in der Folge insgesamt einen ausreichend übereinstimmenden Konsens der Mitgliedstaaten, der eine Ungleichbehandlung männlichen Dienstpersonals als ungerechtfertigt erscheinen liess.⁵²⁷

Gestützt auf eine evolutive und integrative Auslegung der EMRK stellte der EGMR bereits in der Rechtssache *Džiautas gegen Litauen* die Verbindung zwischen dem Berufsleben und dem Recht auf Privatleben im Sinne von Art. 8 EMRK fest.⁵²⁸ Es bietet sich daher an, das Recht auf Privatleben als Träger für einen umfassenden Diskriminierungsschutz im Berufsleben durch eine evolutive und integrative Auslegung zu aktivieren. Dies liesse sich beispielsweise durch die Bezugnahme auf die Richtlinie 2000/78/EG⁵²⁹ der Europäischen Union begründen:

Mit dieser Richtlinie verleihen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ihrem Willen Ausdruck, Diskriminierungen aufgrund des Alters in allen Phasen des Berufslebens zu verbieten.⁵³⁰ Die EU-Mitgliedstaaten anerkennen darin explizit, dass Anstellung und Beschäftigung Schlüsselemente zur vollen Teilhabe am sozialen

⁵²² Siehe dazu PÄRLI, EGMR Entscheid B. gegen Schweiz, S. 28 f.

⁵²³ *Demir und Baykara v. Türkei*, EGMR, App. Nr. 34503/97, 12. November 2008, Rn. 78.

⁵²⁴ *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06, Rn. 49–75 und Rn. 140 f.

⁵²⁵ *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06, Rn. 131.

⁵²⁶ *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06, Rn. 140 f.

⁵²⁷ *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06, Rn. 151.

⁵²⁸ *Sidabras and Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00, Rn. 50.

⁵²⁹ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

⁵³⁰ Dazu im Abschnitt H. § 3.

Leben sind.⁵³¹ Damit ist folglich auch jener Teilgehalt von Art. 8 EMRK angesprochen, der den Aussenbereich des Privatlebens ausmacht, nämlich das Herstellen und Pflegen zwischenmenschlicher Beziehungen.⁵³² Es lässt sich daher argumentieren, es bestehe innerhalb der Mitgliedstaaten der EU ein dahingehender Konsens, wonach der in der Richtlinie vorgesehene Schutz vor Altersdiskriminierung die soziale Teilhabe fördern will und damit einen Teilgehalt des Privatlebens nach Art. 8 EMRK anspricht.

Fraglich ist allerdings, ob ein solcher Konsens der EU-Mitgliedstaaten aus Sicht des EGMR eine ausreichende Basis ist, die ihn dazu anhielte, die Richtlinie bei der Auslegung von Art. 8 EMRK zu berücksichtigen. Der Rechtsprechung des EGMR lässt sich kein genaues, den relevanten Konsens konstituierendes Quorum entnehmen.⁵³³ In der Rechtssache *Demir und Baykara gegen die Türkei* sprach sich der EGMR allerdings dahingehend aus, dass eine Mehrheit der Konventionsstaaten genüge – was auch als absolute Mehrheit verstanden werden kann.⁵³⁴

Die Europäische Union umfasst 27 Mitgliedstaaten,⁵³⁵ die allesamt zugleich Signatarstaaten der EMRK sind. Aktuell liegt die Zahl der EMRK-Signatarstaaten bei 46.⁵³⁶ Folglich liesse sich argumentieren, eine Mehrheit der EMRK-Mitgliedstaaten anerkenne, dass Diskriminierungen basierend auf dem Alter in allen Phasen des Erwerbslebens das Sozialleben und damit Art. 8 EMRK berühren.

Unabhängig davon, ob nun ein Quorum bestehend aus 27 EMRK-Mitgliedstaaten ausreichte, erhält diese Lesart des Rechts auf Privatleben jedenfalls auch bedeutenden Sukkurs durch den UNO Aktionsplan Madrid,⁵³⁷ an dem auch die Schweiz beteiligt war.⁵³⁸

⁵³¹ Erwägungsgrund Nr. 9 der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG.

⁵³² *Sidabras and Džiautas v. Litauen*, EGMR, 27. Juli 2004, App. Nr. 55480/00 und 59330/00, Rn. 44.

⁵³³ *Demir und Baykara v. Türkei*, EGMR, 12. November 2008, App. Nr. 34503/97, Rn. 86; *Konstantin Markin v. Russland*, EGMR, 22. März 2012, App. Nr. 30078/06, Rn. 140.

⁵³⁴ *Demir und Baykara v. Türkei*, EGMR, 12. November 2008, App. Nr. 34503/97, Rn. 86.

⁵³⁵ Auflistung der EU-Mitgliedstaaten: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_de (zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

⁵³⁶ Auflistung der EMRK Signatarstaaten: <https://www.coe.int/de/web/portal/46-members-states> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

⁵³⁷ Political Declaration and Madrid International Plan of Action on Ageing, United Nations, Second World Assembly on Ageing, Madrid, Spain, 8–12 April 2002.

⁵³⁸ Zur Beteiligung der Schweiz siehe Annex UNO Aktionsplan Madrid.

Der UNO-Aktionsplan weist auf einen staatenübergreifenden Konsens hin, der sich weit über die geographischen Grenzen Europas hinzieht. Im UNO-Aktionsplan wird anerkannt, dass der Schutz aller fundamentalen Menschenrechte einschliesslich des Rechts auf Entwicklung⁵³⁹ massgebend ist, damit ältere Menschen an der sozialen Teilhabe partizipieren können.⁵⁴⁰ Mit der sozialen Teilhabe ist wiederum jener entscheidende Aspekt des Privatlebens angesprochen, der den Schutzbereich des Art. 8 EMRK in dem vom Privatleben betroffenen Aussenverhältnis eröffnet, nämlich das Herstellen und Pflegen sozialer Kontakte. Dass sich dies aus Sicht der beteiligten Staaten auch auf die Phase eines bestehenden Arbeitsverhältnisses bezieht, zeigt sich auch am Massnahmenkatalog, mit dem jene dort aufgeführten Diskriminierungen in ebendieser Phase unterbunden werden sollen.⁵⁴¹

Hinzu kommt schliesslich, dass – soweit ersichtlich – selbst EMRK-Signatarstaaten ausserhalb der EU über Antidiskriminierungsgesetze verfügen, die einen umfassenden Schutz vor Benachteiligungen aufgrund des Alters im Erwerbsleben bieten.⁵⁴²

Ein Auslegungsergebnis, das einen Diskriminierungsschutz in Verbindung mit dem Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK in allen Phasen des Berufslebens gewährleistet, fände so gesehen eine breite Stütze innerhalb der Mitgliedstaaten der EMRK. Dies wäre sachrichtig, sind doch die Übergänge zwischen den einzelnen Phasen fließend. Ein benachteiligendes Stellenangebot kann einerseits zu einer Exklusion führen, indem die Bewerbung zurückgezogen wird, oder sie kann andererseits zu Benachteiligungen führen, die sich während des Arbeitsverhältnisses

⁵³⁹ Siehe dazu auch MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, Handkommentar EMRK, Art. 8 Rn. 7, die das Recht auf Entwicklung ebenfalls dem Schutzbereich des Privatlebens nach Art. 8 EMRK zuordnen.

⁵⁴⁰ UNO Aktionsplan Madrid Teil zwei, Ziff. 13.

⁵⁴¹ UNO Aktionsplan Madrid, Teil zwei, Ziff. 23 und 28 f.

⁵⁴² So z.B. das Vereinigte Königreich von England (vgl. «Equality Act 2010 Chapter 15»); Albanien (vgl. «*Law No 10 221, dated 4.2.2010 on Protection from Discrimination*»); Bosnien und Herzegowina (vgl. «*Law on Prohibition of Discrimination*»), siehe dazu die inoffizielle und konsolidierte Fassung, welche die Bestimmungen aus dem «*Prohibition of Discrimination (Gazette BiH No 59/09)*» sowie jene aus dem «*Law on Amendments to the Law on Prohibition of Discrimination (Gazette BiH No 66/16)*» enthält, abrufbar unter https://www.osce.org/files/Law%20on%20Prohibition%20of%20Discrimination_0.pdf; Island (vgl. «*Act on Equal Treatment on the Labour Market, No. 86/2018*»); Montenegro (vgl. «*Act of 27 July 2010 on the Prohibition of Discrimination*»).

auswirken, indem der Bewerber benachteiligende Konditionen akzeptiert.⁵⁴³ Es ist nicht einzusehen, weshalb die eine Konstellation aus der Perspektive der sozialen Teilhabe und des Antidiskriminierungsrechts schutzwürdiger ist als die andere.

Eine solche Rechtsfortentwicklung der EMRK durch den EGMR wirkte sich auch auf die Schweiz aus. Dabei wäre unerheblich, dass die Schweiz weder durch die Richtlinie 2000/78/EG noch durch den UNO Aktionsplan Madrid unmittelbar verpflichtet ist.⁵⁴⁴ Es ist allerdings an dieser Stelle zu betonen, dass die hier beliebt gemachte Auslegung zu Art. 8 EMRK in Bezug auf das Erwerbsleben derzeit (noch) keiner gesicherten Spruchpraxis des EGMR entspricht. Tatsache ist jedoch, dass der EGMR die Rechte der EMRK in der Tendenz eher extensiv statt restriktiv auslegt.⁵⁴⁵ Es spricht somit nach hier vertretener Ansicht viel für einen umfassenden antidiskriminierungsrechtlichen Schutz im Berufsleben gestützt auf die EMRK.⁵⁴⁶

4.3. Schutzgut

Die Würde des Menschen wird weder in der Präambel der EMRK noch in den Konventionsrechten selbst ausdrücklich erwähnt. Gleichwohl ist die Würde ein wesentliches Gut, das in der Auslegung der Konventionsrechte berücksichtigt werden muss.⁵⁴⁷ Dies zeigt sich konkret in der Rechtsprechung des EGMR, der sich in seinen Urteilen immer wieder auf die Würde des Menschen bezieht, unter anderem auch in Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot.⁵⁴⁸ In der Rechtssache *Pretty gegen The United Kingdom* beispielsweise hob der EGMR die Bedeutung der Würde explizit hervor: «*The very essence of the Convention [EMRK] is respect for human dignity and human freedom.*»⁵⁴⁹

⁵⁴³ Mit Blick auf die ähnliche Ausgangslage für an HIV infizierte Personen vgl. PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 64 f.

⁵⁴⁴ *Demir und Baykara v. Türkei*, EGMR, 12. November 2008, App. Nr. 34503/97, Rn. 86.

⁵⁴⁵ *Demir und Baykara v. Türkei*, EGMR, 12. November 2008, App. Nr. 34503/97, Rn. 146.

⁵⁴⁶ Dieser Schutz entfaltet jedoch nur – aber immerhin – mittelbare Drittwirkung über die staatliche Schutzpflicht, siehe dazu die Ausführungen weiter oben im Abschnitt G. § 2. III.

⁵⁴⁷ HESELHAUS/HEMSLEY, S. 969 ff.

⁵⁴⁸ Z.B. *Nachova v. Bulgarien*, EGMR, 6. Juli 2005, App. Nr. 43577/98 und 43579/98, Rn. 145.

⁵⁴⁹ *Pretty v. The United Kingdom*, EGMR, 29. April 2002, App. Nr. 2346/02, Rn. 65, frei übersetzt: «*Die wesentliche Essenz der Konvention [EMRK] liegt in der Achtung der Würde des Menschen und seiner Freiheit.*»

4.4. Erfasste Diskriminierungsformen

Mit Blick auf die unterschiedlichen Diskriminierungsformen geht aus der Rechtsprechung des EGMR hervor, dass das Diskriminierungsverbot sowohl direkte⁵⁵⁰ als auch indirekte⁵⁵¹ Diskriminierungen untersagt. Es bietet nach hier vertretener Ansicht auch Schutz vor konkurrierenden Diskriminierungen, da es nicht ausgeschlossen ist, sich unter Art. 14 EMRK auf verschiedene Diskriminierungsstatbestände zu berufen.

Angesichts der nicht abschliessenden Natur der im Diskriminierungsverbot aufgezählten Merkmale liessen sich grundsätzlich auch intersektionelle Diskriminierungen unter das Diskriminierungsverbot subsumieren. Die Rechtsprechung des EGMR dazu ist allerdings mager. Es bestehen – soweit ersichtlich – noch keine Urteile des EGMR, in denen explizit der Schutz vor intersektioneller Diskriminierung bestätigt wurde. Immerhin hat der Gerichtshof in *B.S. gegen Spanien* angedeutet, dass er intersektionelle Diskriminierungen als Anwendungsfall von Art. 14 EMRK nicht ausschliesst.⁵⁵² Auch dem späteren Urteil des EGMR in der Rechtssache *Carvalho Pinto de Sousa Morais gegen Portugal*⁵⁵³ sind diesbezüglich positive, wenn auch nicht ganz eindeutige Signale zu entnehmen:

Hintergrund bildete eine fehlgeschlagene Operation im Genitalbereich der Beschwerdeführerin, die unter anderem zu einer Beeinträchtigung ihres Sexuallebens führte.⁵⁵⁴ Das zweitinstanzliche nationale Gericht begründete eine Reduktion der

⁵⁵⁰ *Écis v. Lettland*, EGMR, 10. Januar 2019, App. Nr. 12879/09, Rn. 77 f.

⁵⁵¹ *Biao v. Dänemark*, EGMR, 24. Mai 2016, App. Nr. 38590/10, Rn. 91.

⁵⁵² *B.S. v. Spanien*, EGMR, 24. Juli 2012, App. Nr. 47159/08: Hier schloss der EGMR die intersektionelle Diskriminierung als Anwendungsfall von Art. 14 EMRK nicht aus. In der Sache hatte sich die Beschwerdeführerin, eine Prostituierte afrikanischer Herkunft, gegen die ihr durch Polizisten zugefügte Behandlung beschwert und eine Diskriminierung aufgrund ihrer Hautfarbe und ihres Geschlechts geltend gemacht (Rn. 7–20 sowie Rn. 29). Der EGMR schloss eine Diskriminierung durch die Polizisten basierend auf einer Kombination von Geschlecht und Herkunft der Beschwerdeführerin nicht aus. Nach Ansicht des EGMR haben die Behörden der speziellen vulnerablen Situation der Beschwerdeführerin als afrikanische Frau im Prostitutionsgewerbe in ihren Abklärungen nicht ausreichend Rechnung getragen. Dadurch hätten sie ihre Pflicht verletzt, die nach Art. 14 notwendigen Abklärungen über ein etwaiges diskriminierendes Verhalten durch die Polizisten zu tätigen (Rn. 62).

⁵⁵³ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, EGMR, 25. Oktober 2017, App. Nr. 17484/15.

⁵⁵⁴ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, EGMR, 25. Oktober 2017, App. Nr. 17484/15, Rn. 6–11.

Genugtungsentschädigung damit, dass ab 50 Jahren und nach dem Gebären von zwei Kindern das Sexualleben nicht mehr dieselbe Bedeutung habe wie in jungen Jahren.⁵⁵⁵ Der EGMR urteilte schliesslich, dass sich eine Diskriminierung zuge- tragen habe.⁵⁵⁶ Zwar legte er sich nicht eindeutig fest, ob das Alter, das Geschlecht oder eine Kombination beider Merkmale ursächlich war. In seiner Urteilsbegrün- dung wies der EGMR jedoch darauf hin, dass sich weniger die Frage nach dem Geschlecht oder dem Alter je für sich genommen gestellt habe. Problematischer – so der EGMR sinngemäss – sei vielmehr die vorinstanzliche Vermutung, wonach Sexualität für eine 50-jährige Mutter von zwei Kindern eine geringere Bedeutung habe als für jemanden in jüngerem Alter.⁵⁵⁷ Der EGMR anerkannte denn auch aus- drücklich, dass sowohl das Geschlecht als auch das Alter ausschlaggebende Fak- toren für das letztinstanzliche nationale Urteil waren.⁵⁵⁸ In der Urteilsbegründung bleibt allerdings offen, ob der EGMR sich auf eine konkurrierende oder eine in- tersektionelle Diskriminierung stützte. Nach hier vertretener Ansicht ist die Merk- malskombination zwischen Alter und Geschlecht der beanstandeten Vermutung jedoch unzertrennlicher Natur, weshalb dieses Urteil des EGMR den Schutz vor intersektioneller Diskriminierung unter Art. 14 EMRK bestätigt.

Intersektionelle Diskriminierung bleibt dennoch in einigen Fällen unerkannt, so z.B. in der Rechtssache *Moraru und Marin gegen Rumänien*.⁵⁵⁹ Die Beschwerde- führerinnen setzten sich gegen eine nationalrechtliche Bestimmung zur Wehr, die für Frauen im öffentlichen Dienst ein deutlich tieferes Rentenalter als für Männer vorsah. Laut dieser Bestimmung durfte das Arbeitsverhältnis nach Erreichen des Rentenalters nur mit Einverständnis der Arbeitgeberin fortgesetzt werden.⁵⁶⁰ Der EGMR gelangte zum Schluss, dass die Beschwerdeführerinnen aufgrund ihres

⁵⁵⁵ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, EGMR, 25. Oktober 2017, App. Nr. 17484/15, Rn. 16.

⁵⁵⁶ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, EGMR, 25. Oktober 2017, App. Nr. 17484/15, Rn. 56.

⁵⁵⁷ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, EGMR, 25. Oktober 2017, App. Nr. 17484/15, Rn. 52.

⁵⁵⁸ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, EGMR, 25. Oktober 2017, App. Nr. 17484/15, Rn. 53.

⁵⁵⁹ *Moraru und Marin v. Rumänien*, EGMR, 20. März 2023, App. Nr. 53282/18 und 3142/20.

⁵⁶⁰ *Moraru und Marin v. Rumänien*, EGMR, 20. März 2023, App. Nr. 53282/18 und 3142/20, Rn. 22.

Geschlechts diskriminiert worden seien.⁵⁶¹ Nicht diskutiert wurde jedoch die Frage nach der Altersdiskriminierung: Ist es gerechtfertigt, dass ein Arbeitsverhältnis ab einem bestimmten Alter automatisch beendet wird? Nach DEWHURST hätte sich überdies eine Auseinandersetzung mit intersektioneller Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und des Alters angeboten, wurden doch die beiden Arbeitsverhältnisse jeweils aufgrund des Geschlechts und des Alters zu einem bestimmten Zeitpunkt terminiert.⁵⁶²

Mit Blick auf statistische Diskriminierung ist festzuhalten, dass der Wortlaut des Diskriminierungsverbots diese Diskriminierungsform nicht ausschließt. Allerdings hat sich dazu soweit ersichtlich keine Spruchpraxis des EGMR entwickelt.⁵⁶³ Es ist daher offen, wie der EGMR Korrelationen und Assoziationen diskriminierungsrechtlich bewerten würde.

Betreffend die weiteren Diskriminierungsformen, nämlich die Diskriminierung durch Belästigung und durch Anweisung, ist festzustellen, dass diese als verbotene Tatbestände des Diskriminierungsverbots gelten.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ *Moraru und Marin v. Rumänien*, EGMR, 20. März 2023, App. Nr. 53282/18 und 3142/20, Rn. 22.

⁵⁶² Siehe dazu die kritische Würdigung von DEWHURST, abrufbar unter <https://strasbourgobservers.com/2023/03/28/sex-discrimination-age-discrimination-or-both-moraru-and-marin-v-romania/> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

⁵⁶³ Es ist anzumerken, dass die Rechtssache *di Trizio v. die Schweiz*, EGMR, 2. Februar 2016, App. Nr. 7186/09, kein Beispiel einer statistischen Diskriminierung ist: Frau di Trizio beanstandete die so genannte gemischte Berechnungsmethode zur Festlegung des Invaliditätsgrads (vgl. Rn. 48–50). Die Berechnungsmethode beruht zwar auch auf statistischen Daten, doch die geltend gemachte Diskriminierung bezog sich einzig auf die Berechnungsmethode. Es verhielt sich demnach nicht so, dass aufgrund statistischer Korrelationen zu einem sensiblen Merkmal eine bestimmte Eigenschaft von Frau di Trizio vermutet wurde und aufgrund derer sie eine Benachteiligung erfuhr. Dies jedoch ist Voraussetzung einer statistischen Diskriminierung.

⁵⁶⁴ Zur Diskriminierung durch Belästigung siehe *Oganezova v. Armenien*, EGMR, 17. Mai 2022, App. Nr. 71367/12 und 72961/12, Rn. 77 ff.; sowie zur Diskriminierung durch Anweisung *Bączowski et al. v. Polen*, EGMR, 3. Mai 2007, App. Nr. 1543/06, Rn. 93 ff., sowie im Allgemeinen Kommentar des EGMR zu Art. 14, Rn. 30.

4.5. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots

4.5.1. Benachteiligung und Vorsatz

Eine Diskriminierung setzt die Benachteiligung einer Person voraus.⁵⁶⁵ Mit Blick darauf genügt bereits, dass eine Person gegenüber einer anderen Person schlechtergestellt wird.⁵⁶⁶ Einer besonderen Intensität der widerfahrenen Benachteiligung bedarf es nicht, und der erlittene Nachteil muss nicht materieller Art sein.⁵⁶⁷

Der Diskriminierungstatbestand knüpft zudem nicht an das Vorliegen einer vorsätzlich herbeigeführten Benachteiligung an.⁵⁶⁸ Es genügt somit die blosser Feststellung, dass sich eine Benachteiligung ergeben hat.

4.5.2. Vergleichstest

Der EGMR verlangt in seiner Praxis zur Vergleichbarkeit analoge oder zumindest in relevanten Punkten ähnliche Sachverhalte.⁵⁶⁹ Eine identische Ausgangslage ist nicht erforderlich.⁵⁷⁰ Es kann auch ein hypothetischer Vergleichssachverhalt herangezogen werden.⁵⁷¹

Weder der Literatur noch der Spruchpraxis des EGMR ist zu entnehmen, dass mit Blick auf den Vergleichstest zwischen direkter und indirekter Diskriminierung unterschieden wird. Angesichts der Tatsache, dass der Gerichtshof in der Tendenz den Aspekt der Vergleichbarkeit zugunsten der Rechtfertigungsprüfung in den Hintergrund rücken lässt,⁵⁷² dürfte die Frage, ob eine mittelbare Diskriminierung gleichermaßen wie unmittelbare Diskriminierungen einen Vergleichstest zu durchlaufen hat, kaum noch Bedeutung haben.

⁵⁶⁵ SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. 14 Rn. 22 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁶⁶ Z.B. *Khamtokhu und Aksenchik v. Russland*, EGMR, 24. Januar 2017, App. Nr. 60367/08 und 961/11, Rn. 64.

⁵⁶⁷ PEUKERT, Kommentar EMRK (Strassburg), Art. 14 Rn. 18.

⁵⁶⁸ PEUKERT, Kommentar EMRK (Strassburg), Art. 14 Rn. 18.

⁵⁶⁹ *Clift v. Vereinigtes Königreich*, EGMR, 13. Juli 2010, App. Nr. 7205/07, Rn. 66.

⁵⁷⁰ SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. 14 Rn. 24 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁷¹ Dieser Schluss ergibt sich daraus, dass der EGMR bislang nicht auf einen realen Vergleichsmassstab bestanden hat, vgl. dazu REYNOLDS/EL MORABET ET AL., S. 12 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁷² HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, S. 770, und SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. 14 Rn. 25.

Hervorzuheben ist, dass in der Rechtsprechung des EGMR allgemein keine allzu hohen Anforderungen an die Vergleichbarkeit von Sachverhalten gestellt werden. Stattdessen erweist sich die Rechtfertigungsebene als Lackmustest zur Beantwortung der Frage, ob sich eine Diskriminierung zugetragen hat.⁵⁷³

4.6. Rechtfertigung

Zeigt sich, dass eine aufgrund eines Merkmals widerfahrene Benachteiligung einer Rechtfertigung entbehrt, wird diese als Diskriminierung qualifiziert.⁵⁷⁴ Allgemein bedarf die Rechtfertigung sachlicher und vernünftiger Gründe. Dies bedeutet, die Benachteiligung muss als Massnahme einem legitimen Ziel dienen und sie muss verhältnismässig sein. Als verhältnismässig gilt sie dann, wenn sie gemessen am beabsichtigten Ziel notwendig, angemessen und zumutbar ist.⁵⁷⁵

Je nach betroffenem Kriterium wird die Rechtfertigung unterschiedlich streng beurteilt. Beruht die Benachteiligung auf einem besonders verpönten Kriterium, gilt generell ein strikter Massstab. In solchen Fällen muss die Benachteiligung durch «besonders gewichtige Gründe» gerechtfertigt sein.⁵⁷⁶ Zu den speziell verpönten Kriterien zählen in erster Linie die in Art. 14 EMRK explizit genannten Merkmale wie z.B. Rasse, Religion, Nationalität oder Geschlecht.⁵⁷⁷

Nicht abschliessend geklärt ist, ob das Alterskriterium ebenfalls als ein der höheren Rechtfertigungslast unterliegendes verpöntes Merkmal gilt. In der Rechtsache *Carvalho Pinto de Sousa Morais gegen Portugal* hielt der EGMR dafür, das Alterskriterium liesse sich nicht mit anderen verpönten Kriterien gleichsetzen.⁵⁷⁸ In einem im Jahr 2019 durch den EGMR beurteilten Fall wurden hingegen explizit besonders überzeugende und gewichtige Gründe für die auf dem Alter basierende Andersbehandlung verlangt.⁵⁷⁹ Es bleibt damit offen, ob das Alter nun als beson-

⁵⁷³ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, S. 770, und SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. 14 Rn. 25.

⁵⁷⁴ Statt vieler SCHABAS, S. 564.

⁵⁷⁵ Zur Rechtfertigung z.B. SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. 14 Rn. 34 ff., oder VILLIGER, Rn. 876 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁷⁶ SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. 14 Rn. 40 ff. mit zahlreichen Hinweisen.

⁵⁷⁷ HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, S. 776 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁷⁸ *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, EGMR, 25. Oktober 2017, App. Nr. 17484/15, Rn. 45.

⁵⁷⁹ *Deaconu v. Rumänien*, EGMR, 29. Januar 2019, App. Nr. 66299/12, Rn. 33: Hier verlangte der Gerichtshof «[...] particularly convincing and weighty reasons [...]», frei übersetzt: «[...] besonders überzeugende und gewichtige Gründe [...]».

ders verpönte Kriterium einzustufen ist und damit eine erhöhte Rechtfertigungslast mit sich bringt. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR kann diesbezüglich jedenfalls noch nicht als gefestigt bezeichnet werden.

Den Vertragsstaaten steht mit Blick auf die Rechtfertigung ausserdem ein gewisser Ermessensspielraum zu (*margin of appreciation*), der je nach Umstand, Materie und Kontext unterschiedlich sein kann.⁵⁸⁰ Kein hinreichender Rechtfertigungsgrund ist es jedoch, wenn ein Vertragsstaat sich auf administrative Schwierigkeiten beruft.⁵⁸¹ Der Ermessensspielraum schmälert sich zudem, wenn sich in der betreffenden Materie eine zunehmende rechtliche Konvergenz (*common ground*) der Mitgliedstaaten feststellen lässt.⁵⁸²

4.7. Schutzsymmetrie

Die Würde des Menschen ist das Schutzgut des EMRK-Diskriminierungsverbots. Es wird in der Literatur daher vertreten, dass eine erlittene Benachteiligung eine umso höhere Rechtfertigungshürde überwinden müsse, je intensiver der Angriff auf die Würde ausfalle.⁵⁸³ In Bezug auf die verschiedenen Merkmale besteht eine Rangfolge, in der vermutet wird, die Intensität des Angriffs auf die Würde falle je nach betroffenem Merkmal grösser aus als bei anderen Merkmalen. Daraus folgt auch, dass es je nach betroffenem Merkmal eine höher oder tiefer angesetzte Rechtfertigungshürde zu überwinden gilt.⁵⁸⁴ Insofern ist der aus dem Diskriminierungsverbot fließende Schutz asymmetrisch. In der Rechtsprechung des EGMR ist noch nicht abschliessend geklärt, wo das Alter innerhalb dieser Rangfolge einzuordnen ist.

⁵⁸⁰ Beispielsweise steht den Vertragsstaaten im Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik ein weiter Ermessensspielraum zu, vgl. dazu MEYER-LADEWIG/LEHNER, Handkommentar EMRK, Art. 14 Rn. 12, und exemplarisch *Hode und Abdi v. Vereinigtes Königreich*, EGMR, 6. November 2012, App. Nr. 22341/09, Rn. 45.

⁵⁸¹ REID, Rn. 46-007.

⁵⁸² *Khamtokhu und Aksenchik v. Russland*, EGMR, 24. Januar 2017, App. Nr. 60367/08 und 961/11, Rn. 85.

⁵⁸³ HESELHAUS/HEMSLEY, S. 989; ähnlich auch SAUER, Kommentar EMRK (Berlin), Art. 14 Rn. 42.

⁵⁸⁴ Siehe *Deaconu v. Rumänien*, EGMR, 29. Januar 2019, App. Nr. 66299/12, Rn. 32 ff. hinsichtlich der Rechtfertigungslast in Bezug auf das Alterskriterium.

II. Landesrecht

1. Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV

1.1. Generelle Charakteristika des Diskriminierungsverbots

Auf Verfassungsstufe besteht in der Schweiz mit Art. 8 Abs. 2 BV ein uneingeschränkt geltendes, allgemeines Diskriminierungsverbot. Es nennt einige verpönte Merkmale, aufgrund derer sich keine Diskriminierung zutragen darf. Die Aufzählung dieser Merkmale ist nicht abschliessender, sondern lediglich exemplifkativer Natur, was so auch aus dem Wortlaut der Bestimmung selbst hervorgeht.⁵⁸⁵ Das Alter wird im Diskriminierungsverbot explizit als sensibles Merkmal aufgeführt.

Das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV beinhaltet kein Anknüpfungsverbot.⁵⁸⁶ Dies bedeutet, eine Benachteiligung aufgrund eines verpönten Merkmals erfüllt für sich alleine genommen den Diskriminierungsstatbestand noch nicht, sondern schafft erst den Anschein einer Diskriminierung.⁵⁸⁷ Der Diskriminierungsstatbestand gilt erst dann als erfüllt, wenn sich die Schlechterstellung aufgrund des verpönten Kriteriums nicht rechtfertigen lässt.⁵⁸⁸ Dazu bedarf es einer «qualifizierten» Rechtfertigung, an die besondere Anforderungen gestellt werden.⁵⁸⁹

1.2. Geltungsbereich

Das Diskriminierungsverbot hat selbständigen Charakter und ist daher nicht davon abhängig, ob ein anderes Recht durch eine erlittene Benachteiligung berührt oder gar verletzt wird (Akzessorietät). Der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots ist daher umfassend.⁵⁹⁰ Damit ist auch gesagt, dass das Diskriminierungsverbot grundsätzlich in allen Phasen des Erwerbslebens und damit von der Re-

⁵⁸⁵ Anders jedoch TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rn. 336, die – ohne weitere Begründung – von einer abschliessenden Aufzählung ausgehen. Diese Sicht wird allerdings nicht in der überwiegenden Mehrheit der Lehre geteilt, so z.B. RHINOW/SCHEFER/UEBRISAX, Rn. 1887; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 774; oder WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 65.

⁵⁸⁶ Statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 774a.

⁵⁸⁷ BGE 129 I 217, E. 2.1.

⁵⁸⁸ BGE 129 I 217, E. 2.1.

⁵⁸⁹ BGE 129 I 217, E. 2.1, sowie HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 774a mit weiteren Hinweisen.

⁵⁹⁰ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 531 f.

krutierung bis zur Entlassung gilt, wobei es in privaten Verhältnissen immerhin indirekte Wirkung entfaltet.⁵⁹¹

1.3. Schutzgut

Das dem Diskriminierungsverbot innewohnende Schutzgut ist die Würde des Menschen nach Art. 7 BV.⁵⁹² Die Menschenwürde bildet die Fundamentalnorm, die jene Leitprinzipien und Werte in sich vereinigt, die den Menschen kraft ihrer Existenz in unentziehbarer Weise zustehen.⁵⁹³ Sie ist das Mass, an dem sich staatliches Handeln und Unterlassen zu messen hat, und sie ist Kompass für die Bestimmung der Kerngehalte der Grundrechte, in deren Konkretisierung sich die Teilgehalte der Menschenwürde manifestieren.⁵⁹⁴

Die Verbindung des Diskriminierungsbegriffs mit der Menschenwürde kam bereits in der durch das Bundesgericht in BGE 106 Ib 182 begründeten «Henggeler-Praxis» zum Ausdruck. Dies, als das Diskriminierungsverbot noch nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung verankert war. Das Bundesgericht führte dazu aus:

*«Ein strengerer Massstab ist jedoch dann anzuwenden, wenn die rechtlich ungleiche Behandlung in einem Bereich erfolgt, der durch die Grundrechte einen besonderen Schutz erfährt. Dies ist der Fall, wenn die ungleiche Behandlung den Menschen in seiner **Wertschätzung als Person** betrifft»⁵⁹⁵ (Hervorhebung hinzugefügt).*

Die Verknüpfung der Menschenwürde mit dem Diskriminierungsverbot manifestiert sich auch in der neueren nach der Einführung des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts, beispielsweise in BGE 139 I 169:

⁵⁹¹ Zur indirekten Wirkung siehe die Ausführungen oben im Abschnitt G. § 2. III.

⁵⁹² In Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe dazu die Diskriminierungsformel in BGE 139 I 292, E. 8.2.1, und mit Blick auf das Schrifttum exemplarisch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 Rn. 7, oder WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 47.

⁵⁹³ Vgl. WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 160 ff.; vertieft dazu auch MAHLMANN, Die Garantie der Menschenwürde, S. 1311; ähnlich auch BELSER/MOLINARI, BS Kommentar BV, Art. 7 Rn. 9 ff.

⁵⁹⁴ Ähnlich dazu WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 160 ff.

⁵⁹⁵ BGE 106 Ib 182, E. 4.

«Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als **Herabwürdigung oder Ausgrenzung** einzustufen ist, [...]; **insofern beschließt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV**»⁵⁹⁶
(Hervorhebungen hinzugefügt).

Aus der zitierten Rechtsprechung zeigt sich, dass die Menschenwürde die Grenze jeglicher Differenzierung beziehungsweise Nichtdifferenzierung markiert. Sie bildet den Prüfstein für das Vorhandensein einer Diskriminierung überhaupt. Eine irgendwie geartete Benachteiligung kann den Diskriminierungsbegriff nicht erfüllen, soweit durch sie die Menschenwürde nicht angetastet wird.⁵⁹⁷

Das Bundesgericht sieht die Würde somit dann als verletzt an, wenn die Benachteiligung eine Herabwürdigung oder Ausgrenzung zur Folge hat.⁵⁹⁸ Die Würde gilt ausserdem auch dann als angetastet, wenn Menschen untereinander nicht als gleichwertig angesehen werden, was zutrifft, wenn sie in ihrem Wert als gering geschätzt werden.⁵⁹⁹ Der so aus der Menschenwürde fliessende Anspruch auf Achtung der Gleichwertigkeit beziehungsweise auf Wertschätzung bildet demnach einen zentralen diskriminierungsrechtlichen Dreh- und Angelpunkt.⁶⁰⁰

Die Gleichwertigkeit wird jedenfalls dann in Frage gestellt, wenn anhand persönlichkeitsbildender Merkmale differenziert wird.⁶⁰¹ Als persönlichkeitsbildende Merkmale gelten solche, die – kumulativ – dem Menschen seine Identität verleihen, unabänderlich oder schwer abzuändern sind und gleichzeitig über Stigmatisierungspotential verfügen.⁶⁰² Das Alter gehört zu diesen «sensiblen» Merkmalen.⁶⁰³ Ergibt sich eine Benachteiligung aufgrund des Alters, kann daraus eine die Würde des Einzelnen herabsetzende Benachteiligung resultieren. Dies, weil dadurch die Gleichwertigkeit zu Andersaltrigen infrage gestellt wird.

⁵⁹⁶ BGE 139 I 169, E. 7.2.1.

⁵⁹⁷ Vgl. WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 176 ff.

⁵⁹⁸ So z.B. BGE 139 I 169, E. 7.2.1, oder BGE 138 I 217, E. 3.3.3.

⁵⁹⁹ BGE 106 Ib 182, E. 4; WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 169; BELSER/MOLINARI, BS Kommentar BV, Art. 7 Rn. 51 ff.

⁶⁰⁰ Vgl. WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 248 ff.

⁶⁰¹ BGE 138 I 217, E. 3.3.3.

⁶⁰² BGE 139 I 169, E. 7.2.1; WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 250 ff.

⁶⁰³ Art. 8 Abs. 2 BV.

1.4. Erfasste Diskriminierungsformen

1.4.1. Direkte und indirekte Diskriminierung

Vom Diskriminierungsverbot erfasst werden sowohl direkte als auch indirekte Formen der Diskriminierung.⁶⁰⁴ Nach der Praxis des Bundesgerichts stellt die direkte Diskriminierung *«[...] eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmacht»*.⁶⁰⁵

Als indirekte Diskriminierung gelten hingegen Massnahmen, *«[...] die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre»*.⁶⁰⁶

1.4.2. Mehrdimensionale Diskriminierung

Mehrdimensionale Diskriminierungen sowohl konkurrierender als auch intersektioneller Art lassen sich nach hier vertretener Ansicht ebenfalls unter das Diskriminierungsverbot subsumieren. Der Wortlaut des Diskriminierungsverbots steht insbesondere auch intersektionellen Diskriminierungen offen, lässt er doch weitere sensible Merkmale zu. Es ist schliesslich ohne weiteres denkbar, dass eine Kombination verschiedener Merkmale sich zu einem schützenswerten sensiblen Merkmal formiert. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung existiert, in der insbesondere intersektionelle Diskriminierungen als geschützte Diskriminierungsform unter Art. 8 Abs. 2 BV anerkannt wurden.⁶⁰⁷

⁶⁰⁴ Statt vieler z.B. WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 61 f.; zu den Begriffen direkte und indirekte Diskriminierung siehe auch oben, F. § 4. I. sowie F. § 4. II.

⁶⁰⁵ BGE 132 I 167, E. 3.

⁶⁰⁶ BGE 138 I 265, E. 4.2.2.

⁶⁰⁷ In BGer 1D_6/2018, Urteil vom 3. Mai 2019, E. 7.1, erwähnt das Bundesgericht zwar erstmals die Diskriminierungsform *«intersektionelle Diskriminierung»*. Es sah sich jedoch aufgrund der konkreten Fallkonstellation nicht dazu veranlasst, das Vorliegen dieser Diskriminierungsform in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen.

1.4.3. Statistische Diskriminierung

Was die Erscheinungsform der statistischen Diskriminierung angeht, so lässt sich auch hier argumentieren, dass der Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 BV diese als Anwendungsfall des Diskriminierungsverbots nicht ausschliesst. Die statistische Diskriminierung im Kontext des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots wurde im Schweizer Schrifttum bisher nicht intensiv diskutiert. Es finden sich aber vereinzelte Stimmen, wie jene von PÄRLI/VECCHI/OBERHAUSSER oder ALTWICKER, die das Konzept der statistischen Diskriminierung dem Schutzbereich des Diskriminierungsverbots zuordnen.⁶⁰⁸

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich bisher nicht explizit zu diesem Thema geäussert. Zwar wurde in BGE 142 V 178 eine statistische Diskriminierung geltend gemacht, doch ging es in der Sache um etwas anderes:

Konkret beanstandete die Beschwerdeführerin die Bemessung des Invalideneinkommens auf der Grundlage der vom Bundesamt für Statistik erhobenen Lohnstrukturerhebung. Sie machte geltend, dass sich diese nicht zur Bemessung der Invalidität eignet, weil ihr dadurch in genereller Weise und unter Ausserachtlassung der Besonderheiten des Einzelfalls «[...] eine statistische Lohnerzielung zugemutet [...]» werde. Dies – so die Beschwerdeführerin – entspreche einer Diskriminierung durch Statistik.⁶⁰⁹ Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und führte zum Argument der statistischen Diskriminierung im Wesentlichen aus, die Ausblendung des Einzelfalls durch Abstrahierung sei charakteristisch für Statistiken.⁶¹⁰ Die erwähnte Rechtssache hatte allerdings weniger mit statistischer Diskriminierung zu tun: Statistische Diskriminierungen zeichnen sich unter anderem dadurch aus, dass direkt oder indirekt anhand sensibler Merkmale Voraussagen über persönliche Eigenschaften getroffen werden.⁶¹¹ Auf den in BGE 142 V 178 zugrunde gelegten Sachverhalt traf dies nicht zu. Vielmehr wird durch die Lohnstrukturerhebung die statistische Lohnstruktur einer definierten Gruppe abgebildet.

Aus einem anderen Urteil des Bundesgerichts hingegen geht eine tendenziell ablehnende Haltung hervor, statistische Diskriminierung als Anwendungsfall des Diskriminierungsverbots zu akzeptieren:

⁶⁰⁸ PÄRLI/VECCHI/OBERHAUSSER, S. 27 f.; ALTWICKER, S. 638 f.

⁶⁰⁹ BGE 142 V 178, E. 2.5.4.

⁶¹⁰ BGE 142 V 178, E. 2.5.7.

⁶¹¹ Zur statistischen Diskriminierung ausführlicher im obigen Abschnitt F. § 4. V.

In BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014, ging es zwar nicht um eine eigentliche statistische Diskriminierung, sondern eher um eine Typisierung. Konzeptionell sind statistische Diskriminierung und Typisierung jedoch eng verwandt, indem sie sich jeweils Stellvertreterkriterien bedienen, um eine bestimmte Eigenschaft zu ermitteln.⁶¹² Die Ausführungen des Bundesgerichts sind folglich auch im Kontext statistischer Diskriminierung bedeutsam. Dies insbesondere mit Blick auf das vorliegende Thema der Altersdiskriminierung, wurde doch im betreffenden Fall konkret das Alter als Stellvertreterkriterium herangezogen.

In der Sache hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 Verkehrszulassungsverordnung⁶¹³ gegen das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot verstösst, weil er vorschreibt, dass sich Ausweisinhaber der Kategorie C1 bis zum 50. Altersjahr alle fünf und danach alle drei Jahre einer verkehrsmmedizinischen Kontrolluntersuchung zu unterziehen haben. Die Kontrolluntersuchung dient dabei der Feststellung der Fahreignung, von der angenommen wurde, dass sie mit zunehmendem Alter abnimmt.⁶¹⁴

Das Bundesgericht sah darin von vornherein keine verbotene Diskriminierung, weil die kürzeren Untersuchungsintervalle ab dem 50. Altersjahr nicht auf dem Alter beruhten, «[...] sondern auf der damit erfahrungsgemäss verbundenen Abnahme der körperlichen Fahreignung».⁶¹⁵ Indem das Bundesgericht nicht auf das Stellvertreterkriterium Alter, sondern eben auf die vermutete Fahreignung als Anknüpfungspunkt einer etwaigen Diskriminierung abstellte und letztlich deswegen die Diskriminierung ablehnte, stellt es das Konzept der statistischen Diskriminierung auf fundamentale Weise infrage. Dies, weil es dem Wesen statistischer Diskriminierung entspricht, dass das Stellvertreterkriterium und nicht etwa die vermutete Eigenschaft den relevanten diskriminierungsrechtlichen Anknüpfungspunkt ausmacht.⁶¹⁶

Im Übrigen ist der vom Bundesgericht vertretene Ansatz streitbar, denn in tatsächlicher Hinsicht knüpfte die Ungleichbehandlung zweifellos direkt an das Alterskriterium, womit zumindest der Verdacht einer Diskriminierung bestand.⁶¹⁷ Dass

⁶¹² Allgemein zur Typisierung siehe oben F. § 4. V. 3.

⁶¹³ Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung, VZV) vom 27. Oktober 1976, SR 741.51.

⁶¹⁴ BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014, E. 2.2.

⁶¹⁵ BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014, E. 2.3.

⁶¹⁶ Zur statistischen Diskriminierung ausführlicher im obigen Abschnitt F. § 4. V.

⁶¹⁷ So auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 Rn. 28.

das Alter dabei als Stellvertreterkriterium für eine vermutete abnehmende Fahr-eignung beigezogen wurde, ändert daran nichts. Das Bundesgericht hätte nach hier vertretener Meinung in seinen anschliessenden Erwägungen prüfen müssen, ob sich das Alter als Unterscheidungskriterium eignet, um die körperliche Fahr-eignung zu beurteilen.⁶¹⁸

Nach alledem ist zu schliessen, dass die Rechtsfigur der statistischen Diskriminierung bislang noch nicht durch das Bundesgericht beurteilt worden ist. Angesichts der bestehenden Rechtsprechung ist es jedoch denkbar, dass das Bundesgericht statistische Diskriminierung als Anwendungsfall des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots ablehnt. Es lassen sich folglich auch keine Aussagen in Bezug auf die wichtige Frage treffen, wie das Bundesgericht mit statistischen Korrelationen und Assoziationen im Umfeld von künstlicher Intelligenz umgehen würde.

1.4.4. Diskriminierung durch Belästigung

Es stellt sich die Frage, ob die Belästigung einen Diskriminierungstatbestand nach Art. 8 Abs. 2 BV bildet. In Teilen der Literatur wird hervorgehoben, dass diese Diskriminierungsform nicht auf dem aristotelischen Gleichheitssatz basiere,⁶¹⁹ als dessen spezielle Ausprägung das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot erscheine.⁶²⁰ Dies bedeutet, dass sie sich von der klassischen Diskriminierung dadurch unterscheidet, dass ihr nicht ein Sachverhalt zugrunde liegt, in dem Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt wird. Vielmehr kommt in der Belästigung eine besondere Herabwürdigung zum Ausdruck, die eine Person aufgrund eines Merkmals erfährt. Es geht also nicht darum, dass eine Person einer anderen vorgezogen wird. Eine Belästigung kann sich beispielsweise zutragen, indem eine Person wegen ihres Alters angepöbelt wird.

Das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV bezweckt einen qualifizierten Schutz der Rechtsgleichheit. Folgt man der oben erwähnten Literatur, passt die Belästigung konzeptionell nicht zum Diskriminierungsverbot. Die Belästigung ist so gesehen eine faktische Diskriminierung.⁶²¹ Zwar vertritt WALDMANN, die faktische Diskriminierung sei ebenfalls ein Schutzaspekt des Diskriminierungsver-

⁶¹⁸ Dies tat es zumindest indirekt, und zwar in Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtmässigkeit des Eingriffs in die persönliche Freiheit, BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014, E. 3.2.

⁶¹⁹ TOBLER, *Indirect Discrimination*, S. 48 f.

⁶²⁰ WALDMANN, *Gleichheitssatz*, S. 185 f.

⁶²¹ Zum Begriff der faktischen Diskriminierung siehe oben den Abschnitt F. § 4. III.

bots.⁶²² Allerdings ergibt sich aus seinen Ausführungen in diesem Zusammenhang ein abweichendes Verständnis dazu:

WALDMANN versteht unter faktischer Diskriminierung jene Sachverhalte, die sich unter Privaten zutragen und die sich in einer Kombination aus einer Verletzung der Rechtsgleichheit sowie der persönlichen Integrität manifestieren.⁶²³ Art. 8 Abs. 2 BV beinhaltet zwar kein absolutes Egalisierungsgebot. WALDMANN leitet aus dem Diskriminierungsverbot immerhin einen an den Staat gerichteten Auftrag her, «[...] für einen effektiven Schutz der Wertschätzung als Person zu sorgen und sie damit insbesondere vor Angriffen durch Privatpersonen zu bewahren».⁶²⁴ Die faktische Diskriminierung ist zwar nicht losgelöst vom aristotelischen Gleichheitsprinzip zu verstehen, es bestehe jedoch – so WALDMANN – ein Anspruch auf «Gleichheit in der Würde» und damit auf einen an die Rechtsgleichheit anknüpfenden Integritätsschutz.⁶²⁵ WALDMANN äussert sich allerdings nicht ausdrücklich dazu, ob nach seinem Verständnis auch die Belästigung eine durch Art. 8 Abs. 2 BV verbotene Diskriminierungsform ist.

Einen Hinweis darauf, dass Art. 8 Abs. 2 BV ein Belästigungsverbot enthält, liefern nach dem hier eingenommenen Standpunkt das Gleichstellungsgesetz sowie der ihm zugrundeliegende Art. 8 Abs. 3 BV. Im Bereich der Gleichstellung von Mann und Frau definiert Art. 4 GlG die Belästigung als einen Tatbestand des Geschlechterdiskriminierungsverbots gemäss Art. 3 GlG.⁶²⁶ In der Botschaft zu Art. 4 GlG heisst es dazu explizit, dass sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz «[...] eine ganz besonders entwürdigende Form der geschlechtsbezogenen **Diskriminierung** [...]» sind (Hervorhebung hinzugefügt).⁶²⁷ Hinzu kommt, dass auch das Belästigungsverbot nach GlG auf einem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot beruht, nämlich auf Art. 8 Abs. 3 erster Satz BV.⁶²⁸ Art. 8 Abs. 3 BV kann nach WALDMANN ausserdem nicht als *argumentum e contrario* dienen, wonach dieser in Relation zu Art. 8 Abs. 2 BV eine *lex specialis* ist. Vielmehr verhält es

⁶²² Vgl. WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 92 mit weiteren Hinweisen.

⁶²³ Vgl. WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 185, sowie WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 92.

⁶²⁴ Vgl. WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 192.

⁶²⁵ Vgl. WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 185 ff.

⁶²⁶ Vgl. HIRZEL/MÖSSINGER, Kommentar GlG, Art. 4 Rn. 1.

⁶²⁷ Botschaft zum GlG, BBl 1993 1304.

⁶²⁸ Zum Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV siehe WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 97, vgl. ebenso HIRZEL/MÖSSINGER, Kommentar GlG, Art. 4 Rn. 1.

sich so, dass Art. 8 Abs. 3 BV eine Konkretisierung von Art. 8 Abs. 2 BV ist.⁶²⁹ Dies leuchtet ein, und es ist daher nicht einzusehen, weshalb ein Belästigungsverbot nur in Art. 8 Abs. 3 BV enthalten sein soll und nicht auch in Art. 8 Abs. 2 BV. Erniedrigende Herabwürdigungen beschränken sich schliesslich nicht exklusiv auf das Geschlecht. Zu demselben Ergebnis führt auch die völkerrechtskonforme Auslegung des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV, verbietet doch das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK ebenfalls Belästigungen als Diskriminierungsform.⁶³⁰

Nach der hier vertretenen Ansicht ist es daher nur konsequent, die Belästigung als eine durch Art. 8 Abs. 2 BV verbotene diskriminierende Praxis anzusehen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der hier eingenommene Standpunkt seiner höchstrichterlichen Bestätigung harrt. Das Konzept der faktischen Diskriminierung als Aspekt des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV hat sich – soweit ersichtlich – zudem in der Lehre noch nicht etabliert. Es bleibt daher die weitere Entwicklung sowohl der Rechtsprechung als auch der Lehre abzuwarten.

1.4.5. Diskriminierung durch Anweisung

Überhaupt keine Thematisierung, und zwar weder in der Rechtsprechung noch – soweit ersichtlich – in der Literatur, erfährt schliesslich die Diskriminierung durch Anweisung. Diese Diskriminierungsform liesse sich allerdings als Unterart einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung behandeln, denn es kann keine Rolle spielen, ob nun der Angewiesene als Hilfsperson desjenigen handelt, der tatsächlich eine Diskriminierung zu bewirken beabsichtigt. Überdies erfordert das Diskriminierungsverbot tatbestandlich keinen Vorsatz.⁶³¹ Konsequenterweise bedeutet dies auch, dass jener (möglicherweise) als willfähiges Instrument des Anweisungsgebers Handelnde gleichwohl dazu beitragen kann, einen Diskriminierungstatbestand zu verwirklichen.⁶³² Eine völkerrechtskonforme Auslegung des Diskriminierungsverbots in Art. 8 Abs. 2 BV unterstützt diese Schlussfolgerung, gilt doch dasselbe auch im Rahmen von Art. 14 EMRK.⁶³³

⁶²⁹ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 386.

⁶³⁰ Zu den von Art. 14 EMRK erfassten Diskriminierungsformen siehe oben den Abschnitt G. § 3. I. 4.4.

⁶³¹ Dazu sogleich im Abschnitt G. § 3. II. 1.5.1.

⁶³² Zur zivilrechtlichen Problematik des Verschuldens siehe die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. III. 5.

⁶³³ Zu den von Art. 14 EMRK erfassten Diskriminierungsformen siehe oben den Abschnitt G. § 3. I. 4.4.

1.5. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots

1.5.1. Benachteiligung und Vorsatz

Der Diskriminierungsbegriff setzt eine Benachteiligung voraus. Die Benachteiligung muss sich jedoch nicht zwingend in einem Schaden materialisieren. Es genügt dazu eine Beeinträchtigung der Wertschätzung.⁶³⁴ Dies ist die logische Folge aus dem Schutzgut des Diskriminierungsverbots, das in der Würde des Menschen zu sehen ist.⁶³⁵

Die Realisierung des Diskriminierungstatbestands knüpft ausserdem nicht an das Vorhandensein einer Absicht an.⁶³⁶ Von diesem Grundsatz ist das Bundesgericht auch in seinem Entscheid aus dem Jahr 2018 nicht abgewichen.⁶³⁷

Inhaltlich sah sich das Bundesgericht im Wesentlichen mit der Frage konfrontiert, ob eine kantonale Publikationsvorschrift ältere Personen diskriminiert, weil sie die Herausgabe des Amtsblatts in elektronischer Form vorschrieb.⁶³⁸ Die Beschwerdeführer argumentierten, der Internetzugang könne für ältere Personen «[...] eine hohe oder sogar unüberwindbare Hürde darstellen [...]».⁶³⁹ Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass keine direkte Diskriminierung vorliege könne, unter anderem weil die Publikationsvorschrift nicht die Benachteiligung älterer Personen bezwecke.⁶⁴⁰ Dies liesse sich so verstehen, dass eine Diskriminierung ausgeschlossen sei, wenn die Massnahme nicht darauf ausgerichtet sei, eine Benachteiligung herbeizuführen.

Dies jedoch greift zu kurz. Die gegenständliche Publikationsvorschrift knüpfte nicht unmittelbar an das Alter an. Das Motiv einer Massnahme kann allerdings als Hinweis für eine direkte Diskriminierung dienen, nämlich dann, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass effektiv gezielt ältere Personen durch die Massnahme benachteiligt werden sollten. Ein solcher Zweck war im vorliegenden Fall jedoch nicht zu erkennen, weshalb auch nicht auf eine direkte Diskriminierung geschlossen werden kann.

⁶³⁴ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 316 f.

⁶³⁵ Zum Schutzgut des Diskriminierungsverbots siehe die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. II. 1.3.

⁶³⁶ Dazu mit jeweils weiteren Hinweisen SCHWEIZER, SG Kommentar BV, Art. 8 Rn. 50, sowie WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 318.

⁶³⁷ BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018.

⁶³⁸ BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, Sachverhalt sowie E. 5.

⁶³⁹ BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, E. 5.1.

⁶⁴⁰ BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, E. 5.4.

te. Das Bundesgericht prüfte anschliessend konsequenterweise das Vorliegen einer etwaigen indirekten Diskriminierung, die es dann im Ergebnis aber verneinte.⁶⁴¹

1.5.2. Vergleichstest

a. Direkte Diskriminierung

Die Benachteiligung im Rahmen einer direkten Diskriminierung ergibt sich aus einem Vergleich der Situation des Benachteiligten mit jener des Nichtbenachteiligten. Dabei wird eine Vergleichbarkeit der Situationen vorausgesetzt.⁶⁴² Es kann folglich dann keine Diskriminierung bestehen, wenn zweien Sachverhalten die erforderliche Vergleichbarkeit abgeht.

Die Frage nach der Vergleichbarkeit stellt die Gerichte regelmässig vor Probleme: Werden zwei Sachverhalte nebeneinandergestellt, lassen sich stets Gemeinsamkeiten und Unterschiede feststellen. Das Bundesgericht verlangt, dass sich die Gleich- beziehungsweise Ungleichbehandlung auf wesentliche Tatsachen bezieht.⁶⁴³ Nur geringfügige Unterschiede verhindern die Vergleichbarkeit nicht. Die Frage, ob sich zwei Sachverhalte in wesentlichen Aspekten unterscheiden, ist eine diffizile Wertungsfrage, die sich nach der Praxis des Bundesgerichts anhand der herrschenden Rechtsauffassung und der herrschenden Wertanschauungen beurteilt.⁶⁴⁴ Auch der Gesetzeszweck oder die mit dem Gesetz verfolgten Drittinteressen können als Massstab zur Beurteilung der Vergleichbarkeit herangezogen werden.⁶⁴⁵

Das Bundesgericht nimmt die Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte nicht leicht hin an. In BGER 9C_737/2019, Urteil vom 22. Juni 2020,⁶⁴⁶ hatte es beispielsweise

⁶⁴¹ BGER 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, E. 5.4.

⁶⁴² Dazu BGE 132 I 167, E. 3: «Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in **vergleichbaren Situationen** dar» (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁶⁴³ BGE 136 I 1, E. 4.1.

⁶⁴⁴ BGE 145 II 206, E. 2.4.1.

⁶⁴⁵ Vgl. RÜTSCHKE, Rechtsgleichheit, S. 1325; als Beispiel der Vergleichsmassstab gemessen am Zweck des Gesundheitsschutzes: In BGE 139 I 242 gelangte das Bundesgericht zum Schluss, das Bedienungsverbot in abgetrennten Raucherräumen verletze gemessen am Gesundheitsschutz den Gleichheitssatz nicht, wenn in der Konsequenz kleine Restaurationsbetriebe im Unterschied zu grossflächigen Restaurationsbetrieben ihren Gästen generell das Rauchen verbieten müssten. Mit anderen Worten: Gemessen am Zweck des Gesundheitsschutzes sind kleine und grosse Restaurationsbetriebe vergleichbar.

⁶⁴⁶ Später unter BGE 146 V 378 publiziert, jedoch unter Auslassung der Erwägung 2.

den Anspruch einer Mutter und selbständigen Rechtsanwältin auf Betriebszulagen analog zu Art. 8 EOG⁶⁴⁷ zu beurteilen. Betriebszulagen stehen nach dem Wortlaut dieser Bestimmung einzig Dienstleistenden zu. Die Beschwerdeführerin beanstandete sinngemäss, das EOG verfolge den einheitlichen Zweck eines angemessenen Lohnersatzes bei Militärdienst und Mutterschaft, weshalb in beiden Fällen ein Anspruch auf eine Grundentschädigung von 80 % des Einkommens bestehe. In der Ausrichtung der Betriebszulage ausschliesslich an Dienstleistende erblickte die Beschwerdeführerin daher eine indirekte Diskriminierung zwischen den Geschlechtern.⁶⁴⁸

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und begründete dies im Wesentlichen mit dem Fehlen vergleichbarer Sachverhalte: Die Erwerbssersatzregelungen nach EOG knüpfen an unterschiedliche Sachverhalte an, nämlich den Dienst (also primär Militärdienst) und die Mutterschaft. Dienst und Mutterschaft beruhen nicht auf einem einheitlichen Zweck. Darüber hinaus erwog das Bundesgericht sinngemäss, dass die Mutterschaftsentschädigung und die Betriebszulagen auf separaten Kompetenznormen gründeten, was auf eine grundlegende Verschiedenheit hinweise. Zusammenfassend argumentierte das Bundesgericht, es liege in der Natur der Sache, dass ausschliesslich Frauen in den Genuss einer Mutterschaftsentschädigung gelangen könnten – Männer dagegen nicht.⁶⁴⁹

In einem anderen Fall wurde ein Restaurationsbetrieb, der dem Verein «Fümoar» angeschlossen war, per Verfügung dazu verpflichtet, das Rauchen in seinen Lokalitäten zu verbieten, und zwar auch in jenen Räumen, in denen nicht serviert wurde.⁶⁵⁰ Die Beschwerdeführerin monierte, das einschlägige Gesetz liesse nur unbediente Raucherräume zu mit der Folge, dass kleine Betriebe («Eckkneipen») rauchende Kundschaft nicht bewirten könnten, soweit sie nicht über die entsprechenden räumlichen Kapazitäten verfügten.⁶⁵¹ Das Bundesgericht hielt dafür, der Regelungszweck zielle auf den Schutz vor Passivrauchen ab und diene damit der Gesundheit.⁶⁵² Ausgehend von dieser Zweckbestimmung sah es die Grösse eines Restaurationsbetriebs als unerheblich an, denn der Gesundheitsschutz gilt sowohl

⁶⁴⁷ Bundesgesetz über den Erwerbssersatz für Dienstleistende bei Mutterschaft und bei Vaterschaft (Erwerbssersatzgesetz, EOG) vom 25. September 1952, SR 834.1.

⁶⁴⁸ BGer 9C_737/2019, Urteil vom 22. Juni 2020, E. 2.2.1 und E. 2.2.2.

⁶⁴⁹ BGer 9C_737/2019, Urteil vom 22. Juni 2020, E. 4.1–4.4.

⁶⁵⁰ BGE 139 I 242.

⁶⁵¹ BGE 139 I 242, E. 3.

⁶⁵² Vgl. BGE 139 I 242, E. 3.1.

für kleine als auch für grosse Betriebe, weshalb beide Kategorien vergleichbar waren.⁶⁵³

Diese Beispiele zeigen, dass die Vergleichbarkeit von Wertungen abhängig ist und sich kaum in ein engmaschiges, dogmatisches Korsett zwingen lässt. Mit allzu hohen Anforderungen an die Vergleichbarkeit droht jedenfalls die Unterwanderung des Prüfschritts der Rechtfertigung, der für sich genommen eine hohe Hürde in Diskriminierungsfällen aufstellt.⁶⁵⁴ WALDMANN empfiehlt daher, dann von vergleichbaren Sachverhalten auszugehen, wenn in den gegenübergestellten Sachverhalten an ein verpöntes Kriterium angeknüpft wird.⁶⁵⁵ WALDMANN bezeichnet dies als «Vergleichspaarbildung» und führt dazu folgendes Beispiel an: Werden hetero- und homosexuelle Paare ungleich behandelt, dann entspricht die Sexualität dem Differenzierungskriterium des «Vergleichspaaars». Es ist dann unerheblich, ob die beiden Lebensgemeinschaften sich in einer anderen Situation befinden.⁶⁵⁶ Dieser Lösungsansatz stünde auch im Einklang mit der völkerrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 14 EMRK, verzichtet doch der EGMR regelmässig auf einen strengen Vergleichstest zugunsten der Rechtfertigungsprüfung.⁶⁵⁷

Im ersten hier ausgeführten Fall hätte die von WALDMANN vorgeschlagene Vergleichspaarbildung wohl eine Vergleichbarkeit begründet, zumal die infrage stehende Bestimmung durchaus beide Geschlechter in dem Sinn betraf, dass das eine Geschlecht in den Genuss der Leistung gelangt, während dieselbe oder zumindest im Wesentlichen ähnliche Leistung dem anderen Geschlecht versagt bleibt. Die Folgefrage wäre dann gewesen, ob sich die Benachteiligung mit einer qualifizierten Rechtfertigung begründen lässt.

Nach alledem zeigt sich, dass das Bundesgericht hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Situationen in der Tendenz hohe Anforderungen stellt.

b. Indirekte Diskriminierung

Ausgehend von der Leitformel des Bundesgerichts zu indirekten Diskriminierungen fällt auf, dass anders als bei direkten Diskriminierungen nicht auf vergleich-

⁶⁵³ Vgl. BGE 139 I 242, E. 5.2.

⁶⁵⁴ Siehe dazu den späteren Abschnitt G. § 3. II. 1.6.

⁶⁵⁵ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 319 f.

⁶⁵⁶ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 321.

⁶⁵⁷ Vgl. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK, S. 770.

bare Situationen abgestellt wird, sondern auf eine «*besonders starke Benachteiligung*» durch eine augenscheinlich neutrale Massnahme.⁶⁵⁸

Eine Vergleichbarkeit der Situationen als Diskriminierungsrequisit ist nach hier vertretener Ansicht denn auch abzulehnen: Die indirekte Diskriminierung zeichnet sich dadurch aus, dass die Benachteiligten sich eben gerade nicht in einer vergleichbaren Situation befinden wie jene, die keinen Nachteil durch die infrage stehende, augenscheinlich neutrale Regelung erfahren.⁶⁵⁹

Das Element der «besonderen Benachteiligung» erfordert in quantitativer Hinsicht eine übermässige Betroffenheit der benachteiligten Gruppe.⁶⁶⁰ Eine konkrete Verhältniszahl hat sich in der bundesgerichtlichen Praxis nicht etabliert. Im Bereich der Geschlechterdiskriminierung verlangt das Bundesgericht immerhin, dass «[...] *wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen [...]*» benachteiligt werden.⁶⁶¹

1.6. Rechtfertigung

1.6.1. Allgemein

Der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Differenzierungen bei gleichen Sachverhalten oder Nichtdifferenzierungen bei ungleichen Sachverhalten gerechtfertigt sind. Konkret bedeutet dies, dass die jeweils getroffene Unterscheidung beziehungsweise Nichtunterscheidung vernünftig und sachgerecht sein muss.⁶⁶²

Das Diskriminierungsverbot unter Art. 8 Abs. 2 BV bringt kein absolutes Anknüpfungsverbot mit sich.⁶⁶³ Das Anknüpfen an ein sensibles Merkmal kann gerechtfertigt sein. Mit der Rechtfertigungsprüfung geht es nicht darum, eine Diskriminierung ausnahmsweise zu rechtfertigen. Eine Ungleichbehandlung gestützt auf ein verpöntes Merkmal löst zunächst den Verdacht auf das Vorliegen einer

⁶⁵⁸ Zur Definition der direkten und der indirekten Diskriminierung siehe oben G. § 3. II. 1.4.1.

⁶⁵⁹ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 364 ff.; vgl. grundsätzlich auch MULDER, *Indirect sex discrimination in employment*, S. 50.

⁶⁶⁰ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 357.

⁶⁶¹ BGE 142 II 49, E. 6.1.

⁶⁶² WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 30 ff.

⁶⁶³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 774a.

Diskriminierung aus.⁶⁶⁴ Eine Diskriminierung besteht erst in Abwesenheit einer hinreichenden Rechtfertigung.

Im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 1 BV bedarf es hingegen im Bereich des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV einer «qualifizierten» Rechtfertigung.⁶⁶⁵ Dies bedeutet, dass es grundsätzlich eine höhere Rechtfertigungsschwelle zu überwinden gilt. «Qualifiziert» bedeutet dabei, dass bloss sachliche und vernünftige Gründe keine ausreichende Rechtfertigungsbasis bilden. Vielmehr muss die betreffende Massnahme einem *gewichtigen* und *legitimen* öffentlichen Interesse dienen.⁶⁶⁶ Zusätzlich muss die Benachteiligung einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten, in der sich zeigen muss, dass die Massnahme hinsichtlich des durch sie verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sowie für den Betroffenen zumutbar ist.⁶⁶⁷ Konkret bedeutet dies, die Massnahme muss sich dazu eignen, um den mit ihr verfolgten Zweck zu erreichen. Ferner gilt die Massnahme erst dann als erforderlich, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht, durch welches das Ziel ebenso gut erreicht werden könnte; und schliesslich muss die Massnahme gemessen an dem mit ihr beabsichtigten Zweck insgesamt für die Betroffenen zumutbar sein.

1.6.2. Alter als atypisches Diskriminierungsmerkmal

Das Bundesgericht sieht im Alter ein atypisches Diskriminierungsmerkmal. Dies, weil das Alter aus Sicht des Bundesgerichts im Unterschied zu Geschlecht, Rasse oder Religion nicht an eine historisch schlechtergestellte oder politisch ausgegrenzte Gruppe anknüpft.⁶⁶⁸ Die Anforderungen an die Rechtfertigung – so das Bundesgericht sinngemäss – näherten sich jenen des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 8 Abs. 1 BV an.⁶⁶⁹ Dies bedeutet grundsätzlich, dass bereits sachliche Interessen als hinreichende Legitimationsbasis für die benachteiligende Massnahme gelten können.⁶⁷⁰ Immerhin trägt das Bundesgericht in Bezug auf das Alterskriterium dem mit Art. 8 Abs. 2 BV beabsichtigten, höheren Schutz gegen-

⁶⁶⁴ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36 Rn. 25; SCHWEIZER, SG Kommentar BV, Art. 8 Rn. 48.

⁶⁶⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rn. 774a mit weiteren Hinweisen.

⁶⁶⁶ BGE 138 I 217, E. 3.3.5.

⁶⁶⁷ BGE 138 I 217, E. 3.3.5.

⁶⁶⁸ BGer 1C_295/2019, Urteil vom 16. Juli 2020, E. 5.2.

⁶⁶⁹ BGer 1C_295/2019, Urteil vom 16. Juli 2020, E. 5.2.

⁶⁷⁰ Zu den Rechtfertigungsanforderungen im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 8 Abs. 1 BV siehe beispielsweise BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 8 Rn. 11 ff.

über sensiblen Merkmalen dadurch Rechnung, dass es verspricht, einen «[...] *etwas striktere[n] [...]»* Massstab der Verhältnismässigkeitsprüfung zugrunde zu legen.⁶⁷¹

1.6.3. Ausgewählte Kasuistik zur Rechtfertigungspraxis

Nachstehend wird die bundesgerichtliche Rechtfertigungspraxis anhand von drei ausgewählten Fallbeispielen mit Bezug zum Alterskriterium illustriert. Dabei bezieht sich je ein Beispiel auf die direkte und die indirekte Diskriminierung und das dritte Beispiel handelt vom Alter als Stellvertreterkriterium.

a. Fallbeispiel direkte Diskriminierung

Das Urteil BGer 8C_1074/2009 vom 2. Dezember 2010 betraf den Fall einer Logopädin, die seit 1994 beim Erziehungsdepartement des Kantons Schaffhausen angestellt war. 2007 beendete das Erziehungsdepartement das Arbeitsverhältnis mit der Logopädin wegen schlechter Arbeitsqualität, versetzte sie vorzeitig in den Ruhestand und sprach ihr dabei eine Übergangsrente zu.⁶⁷² Es lehnte jedoch die Entrichtung einer zusätzlichen Abfindung ab, die gemäss Art. 17 des Personalgesetzes des Kantons Schaffhausen unter bestimmten Voraussetzungen bei einer durch den Arbeitgeber erfolgten Auflösung des Arbeitsverhältnisses geschuldet war.⁶⁷³ Das Erziehungsdepartement stützte die Ablehnung der Abfindung auf § 18 Abs. 4 der damaligen Personalverordnung, aus dem im Wesentlichen hervorging, dass bei einer vorzeitigen Pensionierung die Übergangsrente die Abfindung substituiert.⁶⁷⁴

Das Bundesgericht erblickte in § 18 Abs. 4 der Personalverordnung eine unmittelbare Ungleichbehandlung der über 60-jährigen Angestellten⁶⁷⁵ gegenüber jüngeren.⁶⁷⁶ Anschliessend ermittelte es den Zweck der Bestimmung und folgerte, dass der Gesetzgeber mit der Abfindung eine soziale Unterstützungsleistung beim Stellenwechsel beabsichtigt hatte. Dabei – so das Bundesgericht – habe der Gesetzge-

⁶⁷¹ BGer 1C_295/2019, Urteil vom 16. Juli 2020, E. 5.2. mit weiteren Hinweisen.

⁶⁷² BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, Sachverhalt A.

⁶⁷³ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, Sachverhalt C.

⁶⁷⁴ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.1.

⁶⁷⁵ Dies allerdings nur in Bezug auf jene 60-jährigen Angestellten, deren Arbeitsverhältnis mehr als zehn Jahre gedauert hat, zumal die Abfindung nach Art. 17 des Personalgesetzes erst nach einer zehnjährigen Diensttätigkeit in Frage kam, vgl. BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.1.

⁶⁷⁶ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.3.1.

ber angenommen, dass vorzeitig Pensionierte aus dem Arbeitsmarkt ausschieden und daher nicht auf eine solche Unterstützungsleistung angewiesen seien. Die getroffene Unterscheidung verfolgte somit nach Ansicht des Bundesgerichts grundsätzlich ein sachliches Ziel.⁶⁷⁷

Anschliessend prüfte das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit der Unterscheidung. Die Vorinstanz hatte im Wesentlichen geltend gemacht, dass das zusätzliche Entrichten einer Abfindung nebst der Übergangsrente und einer Überbrückungsrente einer «doppelten Abfindungsleistung» entspreche, womit die Vorinstanz sinngemäss vertrat, dass dies unverhältnismässig wäre.⁶⁷⁸ Das Bundesgericht folgte diesem Standpunkt nicht. Es erwog, dass der Vergleich der Abfindung mit der Summe aus Übergangs- und Überbrückungsrente nicht zulässig sei.⁶⁷⁹ Dies, weil die Überbrückungsrente anders als die Übergangsrente oder die Abfindung durch Arbeitnehmerbeiträge mitfinanziert werde.⁶⁸⁰ Das Bundesgericht stellte vielmehr auf die Gleichwertigkeit zwischen der (notabene nicht durch Mitarbeiterbeiträge finanzierten) Übergangsrente und der Abfindung ab.⁶⁸¹ Mangels Gleichwertigkeit würde – so das Bundesgericht weiter – das Verbot der Altersdiskriminierung ausgehöhlt: Erweist sich die Übergangsrente als die für den Arbeitgeber günstigere Variante, dann stellt das automatische Wegfallen der Abfindungspflicht ab dem 60. Altersjahr einen Anreiz dar, eher jene Arbeitsverhältnisse zu beenden, in denen die Arbeitnehmer diese Altersgrenze überschritten haben.⁶⁸² Die Angelegenheit wurde schliesslich zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Unbeantwortet blieb die Frage nach der Verhältnismässigkeit und damit blieb letztlich auch offen, ob sich in tatsächlicher Hinsicht ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot realisiert hatte.⁶⁸³

Mit Blick auf die Bekämpfung von Altersdiskriminierung sendet das Urteil zumindest in einem wichtigen Punkt ein positives Signal: Das Bundesgericht nahm die Frage nach der Vergleichbarkeit der Situationen der 60-Jährigen und der Jüngeren nicht zum Anlass, um dadurch vorfrageweise das Vorliegen einer Diskriminierung abzulehnen. Dies, obwohl der Übergangsrente und der Abfindung zwei unterschiedliche «Absicherungstatbestände» als Ausgangslage unterstellt wurden:

⁶⁷⁷ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.3.2.

⁶⁷⁸ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.3.3.

⁶⁷⁹ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.3.5.

⁶⁸⁰ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.3.5.

⁶⁸¹ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.3.6.

⁶⁸² BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.3.

⁶⁸³ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.3.6.

die einen Arbeitnehmer, die nach einer Entlassung ohnehin in absehbarer Zeit infolge Pensionierung aus dem Arbeitsmarkt ausschieden, und die anderen, jüngeren Arbeitnehmer, die sich nach einer Entlassung weiterhin um eine Stelle bemühen mussten.⁶⁸⁴ Anstatt die Vergleichbarkeit der Situationen in Abrede zu stellen, ging das Bundesgericht stattdessen direkt zur Frage der Rechtfertigung über. Offen blieb aber, wie das Bundesgericht bezogen auf das Alterskriterium und die Verhältnismässigkeitsprüfung sein Versprechen, einen «etwas strikteren» Massstab⁶⁸⁵ anzuwenden, konkret umgesetzt hätte.

b. Fallbeispiel indirekte Diskriminierung

In BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob eine kantonale Publikationsvorschrift ältere Personen diskriminierte, weil sie die Herausgabe des Amtsblatts in elektronischer Form vorschrieb.⁶⁸⁶ Die Beschwerdeführer argumentierten, der Internetzugang könne für ältere Personen «[...] eine hohe oder sogar unüberwindbare Hürde darstellen [...]».⁶⁸⁷

Das Bundesgericht sah in der Reduktion zugunsten des bei der Staatskanzlei anfallenden Aufwands ein hinreichendes öffentliches Interesse an der elektronischen Publikation.⁶⁸⁸ Nachdem das Bundesgericht das Vorliegen einer direkten Diskriminierung verneinte, prüfte es, ob sich eine indirekte Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV realisiert hatte.⁶⁸⁹ Das Bundesgericht wies zwar nicht von der Hand, dass ältere Personen durch die elektronische Publikation mehr noch als jüngere benachteiligt sein könnten. Gleichwohl gelangte es zum Schluss, dass mit der Publikationsvorschrift nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstossen worden sei. Es sah die Publikationsvorschrift als sachlich gerechtfertigt an, weil das Internet und dessen Nutzung weitverbreitet sei und zudem eine mehrjährige Übergangslösung mit doppelter Veröffentlichung auf Papier und Internet zur Anwendung gelangt sei. Hinzu kam, dass die Gemeinden verpflichtet waren, im Bedarfsfall Hilfeleistung zu bieten. Und schliesslich befand das Bundesgericht, dass die Kompetenzen des älteren Teils der Bevölkerung hinsichtlich des Internets ebenfalls laufend zunähmen.⁶⁹⁰

⁶⁸⁴ BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 4.3.2.

⁶⁸⁵ Siehe dazu oben im Abschnitt G. § 3. II. 1.6.2.

⁶⁸⁶ BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, Sachverhalt sowie E. 5.1.

⁶⁸⁷ BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, E. 5.1.

⁶⁸⁸ BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, E. 4.4.

⁶⁸⁹ BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, E. 5.4.

⁶⁹⁰ BGer 1C_137/2018, Urteil vom 27. November 2018, E. 5.4.

In den Erwägungen des Bundesgerichts bleibt wiederum verborgen, inwiefern es einen «strikeren Massstab» bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit angelegt hat. Nachdem das Bundesgericht das Alterskriterium als atypisches Merkmal ansieht und es deswegen keine gewichtigen Gründe zur Rechtfertigung verlangt, täte es not, wenigstens darzulegen, inwiefern hier die Verhältnismässigkeitsprüfung verglichen mit jener bezogen auf andere Merkmale ein strikterer war.

c. Fallbeispiel Alter als Stellvertreterkriterium

BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014, betraf eine normative Typisierung. Strittig war, ob Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 der VZV⁶⁹¹ gegen das Diskriminierungsverbot versties. Die Bestimmung sah vor, dass sich Inhaber des Führerausweises der Kategorie C1 bis zum 50. Altersjahr alle fünf und danach alle drei Jahre einer verkehrsmedizinischen Kontrolluntersuchung zu unterziehen haben.

Das Bundesgericht vertrat zwar die Auffassung, die Bestimmung verstosse nicht gegen das Diskriminierungsverbot.⁶⁹² Gleichwohl sind seine Ausführungen zur Rechtfertigung dieser Typisierung aufschlussreich. Dies, weil sie Anhaltspunkte dazu liefern, welches Rechtfertigungsmass das Bundesgericht im Bereich der statistischen Diskriminierung möglicherweise anwendet, wenn es diese Diskriminierungsform dereinst tatsächlich als Anwendungsfall des Diskriminierungsverbots anerkennt.

Zunächst hielt das Bundesgericht fest, dass von Fahrzeugen der Kategorie C1 ein erhöhtes Gefährdungspotential ausgehe. Die ab dem 50. Altersjahr kürzeren Untersuchungsintervalle für Ausweisinhaber der Kategorie C1 dienten dabei der öffentlichen Sicherheit im Strassenverkehr. Anschliessend verwies es auf den erläuternden Bericht des UVEK zum Vernehmlassungsentwurf über das neue Strassenverkehrsgesetz.⁶⁹³ Aus diesem ging hervor, dass die Sehschärfe mit zunehmendem Alter nachlässt, wobei 40-jährige Personen noch über rund 90 % der Sehschärfe einer 20-jährigen Person verfügten, während demgegenüber bei 60-Jährigen der Verlust bereits 25 % der ursprünglichen Sehschärfe beträgt. Das UVEK berief sich bei diesen Aussagen auf einen Bericht der Universität Paderborn.⁶⁹⁴ Vor diesem Hintergrund erachtete das Bundesgericht die unterschiedliche

⁶⁹¹ Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung, VZV) vom 27. Oktober 1976, SR 741.51.

⁶⁹² BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014, E. 2.3.

⁶⁹³ UVEK erläuternder Bericht (Via Sicura), S. 1 ff.

⁶⁹⁴ UVEK erläuternder Bericht (Via Sicura), S. 24 sowie die darin enthaltene Fussnote Nr. 10.

Behandlung als hinreichend begründet und sah sie im Übrigen auch als verhältnismässig an, weil Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 VZV nicht den Entzug des Führerausweises zum Gegenstand hatte.⁶⁹⁵

Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht die vom UVEK in seinem Erläuterungsbericht präsentierten Zahlen betreffend die altersbedingte Abnahme der Sehschärfe übernahm, ohne diese zu hinterfragen. Wohl stützte sich das UVEK auf ein Gutachten. Dennoch ist nicht auszuschliessen, dass dieses Gutachten nicht ausreichend repräsentativ war oder schlimmstenfalls wissenschaftlichen Ansprüchen nicht genügte. Das Bundesgericht liess jedenfalls nicht durchblicken, von welchen Kriterien es sich leiten lassen würde, wenn es sich mit einer Typisierung beziehungsweise einer statistischen Fragestellung konfrontiert sieht. Es bleibt daher offen, ob das Bundesgericht im Extremfall nur schon eine Plausibilitätsprüfung genügen lassen würde. Dies jedoch wäre problematisch, denn eine bloss Plausibilitätsprüfung schafft keine Transparenz und verhilft nicht der erforderlichen Objektivität zum Durchbruch. Denn Plausibilität gründet auf diffusen «Bauchgefühlen» beziehungsweise teilweise unbewussten, möglicherweise sogar reflexartigen Wertungen, und es besteht damit auch die latente Gefahr, dass Vorurteile und Stereotypen die Entscheidungsfindung massgeblich beeinflussen. Dies wäre unbefriedigend.

Immerhin aber zeigt das Urteil, dass das Bundesgericht einen bloss losen Zusammenhang zwischen dem Stellvertreterkriterium und der vermuteten Eigenschaft eher nicht als Rechtfertigungsbasis akzeptieren würde. Anders lässt sich nicht erklären, weshalb das Bundesgericht in diesem Zusammenhang speziell auf die «weiteren Hinweise» innerhalb des Erläuterungsberichts des UVEK aufmerksam machte und damit wohl das Gutachten der Universität Paderborn meinte.⁶⁹⁶

Angesichts des Aufkommens von algorithmisch identifizierten Korrelationen im Bereich der Personalpolitik ist es durchaus wünschenswert, wenn klar wäre, welche Kriterien massgebend sind, um eine statistische Korrelation als ausreichend begründet anzusehen.

⁶⁹⁵ BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014, E. 2.2.

⁶⁹⁶ Vgl. BGer 1C_759/2013, Urteil vom 4. März 2014, E. 2.2.

1.7. Schutzsymmetrie

1.7.1. Allgemein

Thematisch eng verbunden mit dem Schutzgut des Diskriminierungsverbots ist die Frage nach der Schutzrichtung des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV.⁶⁹⁷ Obwohl der Wortlaut des Diskriminierungsverbots mit seiner Schlichtheit besticht, ist nicht restlos geklärt, wen das Diskriminierungsverbot zu schützen bestimmt ist. Der Wortlaut garantiert grundsätzlich allen Menschen Schutz vor Diskriminierung.⁶⁹⁸

Das Bundesgericht verwendet jedoch in einer nahezu textblockartigen Definition zum Diskriminierungsverbot in der Regel zwei aufeinanderfolgende Definitionsstränge, ohne sich dabei ausdrücklich auf den einen oder den anderen Definitionsstrang festzulegen. Nach dem ersten steht die allen Menschen gleichermassen zugesprochene Würde im Fokus:

«La discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables, dans la mesure où elle produit sur un être humain un effet dommageable, qui doit être considéré comme un avilissement ou une exclusion, car elle se rapporte à un critère de distinction qui concerne une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer.»⁶⁹⁹

Demnach wird – verkürzt gesagt – diskriminiert, wer durch eine Benachteiligung in seiner Würde verletzt wird. Dies spricht für ein symmetrisches Verständnis des Diskriminierungsverbots, das dazu bestimmt ist, alle Menschen gleichermassen zu schützen.

Der zweite Definitionsstrang legt jedoch ein asymmetrisches Begriffsverständnis nahe. Noch im Jahr 2000 verlangte das Bundesgericht kumulativ die Zugehörigkeit einer Person:

⁶⁹⁷ Vgl. WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 50 f., der in diesem Zusammenhang den Ausdruck «Symmetrie» verwendet.

⁶⁹⁸ Art. 8 Abs. 2 BV: «**Niemand** darf diskriminiert werden [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁶⁹⁹ BGE 147 I 89, E. 2.1; ebenso z.B. in BGE 126 II 377, E. 6.a; nicht so jedoch in BGE 147 I 73, E. 6.1, worin der Aspekt der Würde nicht speziell betont wird.

«[...] zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch **und** in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder sonst als minderwertig behandelt wurde»⁷⁰⁰ (Hervorhebung hinzugefügt).

Damit sollten zunächst jene Gruppen diskriminierungsrechtlich geschützt werden, die sowohl in der Vergangenheit als auch gegenwärtig benachteiligt wurden. Diese Sicht führte dazu, dass Männer oder Weisse im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV gar nicht erst diskriminierungsfähig waren. Denn sie gehören weder einer historisch noch in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit ausgegrenzten oder sonst als minderwertig behandelten Gruppe an.⁷⁰¹

In seiner späteren Rechtsprechung kehrte das Bundesgericht vom kumulativen Erfordernis historischer sowie aktueller Benachteiligung ab, indem es redaktionell das Wort «und» durch ein «oder» ersetzte. Neu liegt eine Diskriminierung dann vor,

«[...] wenn eine Person ungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch **oder** in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen wird»⁷⁰² (Hervorhebung hinzugefügt).

Damit hat die Rechtsprechung den Weg geöffnet, um auch weitere Gruppen zu schützen als bloss jene, die bereits in der Vergangenheit Herabwürdigungen und Ausgrenzungen ausgesetzt waren. Verlangt wird nach dieser Definition aber immer noch eine spezielle Gruppenzugehörigkeit. Dadurch spricht das Bundesgericht dem Diskriminierungsverbot eine individuelle Dimension ab, die jeden Menschen unabhängig von einer Gruppenzugehörigkeit als ein der Diskriminierung fähiges Opfer anerkennt.

⁷⁰⁰ Vgl. BGE 126 II 377, E. 6.

⁷⁰¹ Anzumerken ist, dass es hier nicht um die Gruppenzugehörigkeit im Sinne einer mittelbaren Diskriminierung geht. Dort steht ein *quantitatives* Element im Vordergrund, nämlich die besondere Betroffenheit beziehungsweise die disproportionale Auswirkung auf eine bestimmte Gruppe.

Hier aber geht es um ein *qualitatives* Element, nämlich um die Frage, ob eine Gruppe z.B. aus historischer Sicht als schutzwürdig erscheint.

⁷⁰² BGE 147 I 73, E. 6.1, sowie BGE 147 I 89, E. 2.1.

Im Schrifttum finden sich unterschiedliche Ansichten darüber, welcher dieser Definitionsstränge den Vorzug verdient.⁷⁰³ Betreffend das Alterskriterium hat das Bundesgericht immerhin für etwas Klarheit gesorgt, indem es dieses als ein atypisches Merkmal ansieht und sich im Ergebnis für einen asymmetrischen Diskriminierungsschutz mit Blick auf dieses Merkmal ausspricht.⁷⁰⁴

1.7.2. Alterskriterium im Speziellen

Dem Alterskriterium misst das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung eine Sonderstellung bei und verzichtet dabei auf das Requisit einer historischen oder aktuellen Ausgrenzung. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass das Alter im Unterschied zu Geschlecht, Rasse oder Religion nicht an eine historisch schlechtergestellte oder politisch ausgegrenzte Gruppe anknüpft.⁷⁰⁵

Daraus folgt, dass der Antidiskriminierungsschutz nicht ausschliesslich einer speziellen Altersgruppe zugestanden wird. Vielmehr können sich alle Altersgruppen auf das Diskriminierungsverbot berufen. Gleichzeitig setzt das Bundesgericht hinsichtlich des Alterskriteriums die Rechtfertigungshürde tiefer an,⁷⁰⁶ womit Benachteiligungen basierend auf dem Alterskriterium nicht dasselbe Antidiskriminierungsschutzniveau zuteilwird, das Art. 8 Abs. 2 BV nach seinem Wortlaut grundsätzlich allen aufgezählten Merkmalen und damit auch dem Alter unterschiedslos zuspricht.

Damit ist gezeigt, dass der Diskriminierungsschutz bezüglich des Alterskriteriums insofern symmetrisch ist, als er allen Altersgruppen gleichermaßen zugestanden wird. Hingegen erweist sich das Schutzniveau im Vergleich zu den übrigen sensiblen Merkmalen als asymmetrisch.

1.8. Würdigung des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV

Positiv zu bewerten ist das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot insofern, als es grundsätzlich in allen Lebensbereichen unabhängig von der Geltendma-

⁷⁰³ KELLER, Rn. 17, und WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 50, die sich beide für ein symmetrisches Verständnis des Diskriminierungsverbots aussprechen; a.M. hingegen RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rn. 1905, die sich gegen ein symmetrisches Verständnis zum Diskriminierungsverbot aussprechen.

⁷⁰⁴ Dazu sogleich.

⁷⁰⁵ BGer 1C_295/2019, Urteil vom 16. Juli 2020, E. 5.2.

⁷⁰⁶ Zur Rechtfertigungshürde mit Blick auf das Alterskriterium siehe die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. II. 1.6.2.

chung bestimmter Rechte gilt.⁷⁰⁷ Damit geht es auch über das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK hinaus, das lediglich akzessorischen Charakter hat.⁷⁰⁸ Allerdings entfaltet es – wie Art. 14 EMRK – keine unmittelbare Drittwirkung, weshalb die Gerichte gefordert sind, das Zivilrecht in Einklang mit dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot auszulegen.⁷⁰⁹

Eine Schwäche des Diskriminierungsverbots besteht darin, dass sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht restlos klar ableiten lässt, ob sich sein Anwendungsbereich nebst jener der direkten und indirekten Diskriminierung auch auf weitere Diskriminierungsformen erstreckt. Dies betrifft namentlich die intersektionelle Diskriminierung, die Diskriminierung durch Belästigung sowie im Speziellen die statistische Diskriminierung.⁷¹⁰ Insbesondere mit Blick auf die statistische Diskriminierung lassen sich bloss Mutmassungen darüber anstellen, welchen Anforderungen eine statistisch begründete Korrelation aus bundesgerichtlicher Perspektive genügen müsste, um als Rechtfertigungsbasis vor dem Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV standzuhalten.⁷¹¹

Weiter ist festzustellen, dass das Bundesgericht in Bezug auf direkte Diskriminierungen dazu tendiert, hohe Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Situationen zu stellen, während umgekehrt der EGMR in seiner Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK diesen Aspekt eher zugunsten der Rechtfertigungsprüfung überspringt.⁷¹²

Ein grosser Kritikpunkt betrifft die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die – anders als bei den übrigen sensiblen Merkmalen nach Art. 8 Abs. 2 BV – für Benachteiligungen bezogen auf das Alter keine gewichtigen Gründe als Rechtfertigungsmassstab verlangt, sondern bloss sachliche Gründe genügen lässt.⁷¹³ Praktisch führt dies zu einer Angleichung des Diskriminierungsverbots an das tiefer ange-

⁷⁰⁷ Siehe dazu Ausführungen oben im Abschnitt G. § 3. II. 1.2.

⁷⁰⁸ Siehe dazu Ausführungen oben im Abschnitt G. § 3. I. 4.2.

⁷⁰⁹ Siehe dazu Ausführungen oben im Abschnitt G. § 2. III. 2.

⁷¹⁰ Zu den Diskriminierungsformen unter Art. 8 Abs. 2 BV siehe oben Abschnitt G. § 3. II. 1.4.

⁷¹¹ Siehe insbesondere das Fallbeispiel im Abschnitt G. § 3. II. 1.6.3. c.

⁷¹² Zum Vergleichstest in Bezug auf Art. 8 Abs. 2 BV siehe oben G. § 3. II. 1.5.2. Mit Blick auf Art. 14 EMRK siehe G. § 3. I. 4.5.2.

⁷¹³ BGer 1C_295/2019, Urteil vom 16. Juli 2020, E. 5.2.

setzte Rechtfertigungsregime nach Art. 8 Abs. 1 BV.⁷¹⁴ Es besteht somit innerhalb aller sensiblen Merkmale ein asymmetrisch verteiltes Schutzniveau, wobei dem Alterskriterium der geringste Schutz zugestanden wird.

Die Begründung dieser Asymmetrie ist in mehrfacher Hinsicht fragwürdig. Das Bundesgericht will lediglich bestimmten historisch oder sozial ausgegrenzten Gruppen den Genuss des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots zubilligen. Dies ist – wie gezeigt – per se schon kritisch, zumal der Wortlaut des Diskriminierungsverbots eine solche Asymmetrie nicht vorgibt und sich die Lehre dazu uneins ist.⁷¹⁵

Diese vom Bundesgericht unterstützte Asymmetrie ist nach hier vertretener Ansicht auch deshalb nicht mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar, weil das Diskriminierungsverbot dazu bestimmt ist, vor Herabwürdigungen zu schützen und damit auch einen Beitrag zur Verteidigung der Würde des Menschen zu leisten hat. Die Würde des Menschen als Schutzgut des Diskriminierungsverbots ist unteilbar und steht allen Menschen gleichermassen zu – und zwar ungeachtet einer etwaigen historischen oder sozialen Gruppenzugehörigkeit.⁷¹⁶

Selbst wenn man einer asymmetrischen Auslegung des Diskriminierungsverbots zustimmen wollte, zeigt sich gleichwohl, dass das Bundesgericht zweierlei Mass anwendet, wenn es darum geht, die Kriterien festzulegen, aufgrund derer sich die Zugehörigkeit zu einer besonders schützenswerten Gruppe ergibt. Während das Bundesgericht auf der einen Seite für Merkmale wie Rasse, Religion oder Geschlecht alternativ eine historische oder eine in der sozialen Wirklichkeit «tendenzielle» Ausgrenzung verlangt, kann bezogen auf das Altersmerkmal grundsätzlich keine Gruppenzugehörigkeit entstehen, da es – so die apodiktische Annahme des Bundesgerichts – an einer *historischen* oder *politischen* Ausgrenzung fehle.⁷¹⁷

Diese Argumentation lässt jedoch die soziale Realität ausser Acht. Gerade in Bezug auf die Kategorie alter Menschen ist es ohne weiteres denkbar, dass diese bereits in der Vergangenheit (möglicherweise schon immer) Ausgrenzungen und Herabwürdigungen erdulden mussten – dies insbesondere im beruflichen Kontext. Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum die diskriminierungsrechtliche Rechtfertigungsintensität an einer kaum nachweisbaren und daher bloss vermuteten

⁷¹⁴ So auch explizit das Bundesgericht selbst in BGer 8C_1074/2009, Urteil vom 2. Dezember 2010, E. 3.4.3.

⁷¹⁵ Dazu oben im Abschnitt G. § 3. II. 1.7.

⁷¹⁶ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. II. 1.3.

⁷¹⁷ BGer 1C_295/2019, Urteil vom 16. Juli 2020, E. 5.2.

Ausgrenzungshistorie zu messen ist. Dies umso weniger, als selbst die Annahme des Vorhandenseins beziehungsweise Nichtvorhandenseins einer solchen Historie möglicherweise durch Vorurteile kontaminiert ist. Eine solche Rechtsprechung trägt nur zur Perpetuierung gesellschaftlich verankerter Vorurteile und Stereotypen bei und sollte daher überdacht werden.

Schliesslich ist nicht einzusehen, weshalb das Bundesgericht gewillt ist, bei den einen Merkmalen die *soziale Wirklichkeit* zu berücksichtigen, diese aber umgekehrt beim Alter ausblendet und dort stattdessen auf eine *politische Ausgrenzung* abstellt.

Das Bundesgericht konzidiert angesichts der von ihm gepflegten Asymmetrie immerhin, eine striktere Verhältnismässigkeitsprüfung anwenden zu wollen. Dies ist der Versuch, dem Umstand Rechnung zu tragen, wonach das Alter eben doch ein sensibles Kriterium nach Art. 8 Abs. 2 BV ist und es sich daher grundsätzlich verbietet, Diskriminierungsprüfungen im Anwendungsbereich des Alterskriteriums nach den Massstäben des allgemeinen Gleichheitssatzes gemäss Art. 8 Abs. 1 BV abzuwickeln. Angesichts der höchstrichterlichen Rechtsprechung erhellt sich aber nicht, inwiefern der in diesen Fällen tatsächlich angewendete Massstab effektiv ein strikterer ist. Es besteht daher die latente Gefahr, dass das Bundesgericht es verfehlt, sein wichtiges Versprechen einer «*etwas strikteren*» Verhältnismässigkeitsprüfung einzulösen, und dadurch dem Alterskriterium die ihm gebührende Anerkennung als explizit im Diskriminierungsverbot aufgeführtes sensibles Merkmal faktisch versagt. Im Ergebnis droht dem Alterskriterium ein Abrutschen in den Bereich des allgemeinen Gleichheitssatzes.

Abgesehen davon leidet der komparative Begriff «*strikt*» an einer grossen Unschärfe, denn es lässt sich nicht an einem gesetzten Standard messen, was nun als gewöhnlich «*strikt*» und was als «*strikter*» zu gelten hat. Das Bundesgericht schafft mit dieser Unschärfe ein weiteres Einfallstor für nicht objektivierete Wertungsmassstäbe, bei denen nicht auszuschliessen ist, dass diese selbst wiederum mit Vorurteilen und Stereotypen behaftet sind.

2. Dem Diskriminierungsverbot zugängliches Bundeszivilrecht

Da weder das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot noch jene hier einschlägigen völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote unmittelbare Drittwirkung entfalten, lassen sich diese unter Privaten vorerst nur auf dem Umweg einer völkerrechts- und verfassungskonformen Auslegung zivilrechtlicher Normen insbesondere von Generalklauseln und Rechtsinstituten realisieren.

In seiner Habilitationsschrift ist PÄRLI ausführlich der Frage nachgegangen, inwiefern die einschlägigen Generalklauseln und Rechtsinstitute ein Diskriminierungsverbot beinhalten.⁷¹⁸ Er gelangte zum Schluss, das schweizerische Recht kenne ein «*allgemeines arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot*», das sich auf Art. 2 und 28 ZGB, Art. 328 und 328b OR sowie auf Art. 336 OR stütze und in allen Phasen des Arbeitsverhältnisses schütze.⁷¹⁹ Wie noch zu zeigen sein wird, lässt insbesondere die Rechtsprechung offen, inwiefern dieses «*allgemeine arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot*» Abwehrmöglichkeiten bietet gegen hier speziell thematisierte Diskriminierungsformen, wie z.B. die statistische Diskriminierung oder multidimensionale Diskriminierungen. Ebenso unklar ist, welche Rechtfertigungen zulässig sind.

Wichtig erscheint an dieser Stelle der Hinweis, dass die relevanten Generalklauseln nebst einem Diskriminierungsverbot⁷²⁰ teilweise auch eine Pflicht des Arbeitgebers zur Verhinderung diskriminierenden Verhaltens beinhalten. Letzteres betrifft den Gedanken der Prävention, mit dem sich diese Arbeit in einem späteren Abschnitt gesondert befasst.⁷²¹

Im Übrigen ist anzumerken, dass insbesondere im späteren Verlauf dieser Arbeit mit Verweis auf das Schweizer Recht auch vom «*zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot*» die Rede ist. Damit ist der abwehrrechtliche Gehalt aus der Gesamtheit jener nachfolgenden zivilrechtlichen Bestimmungen und Rechtsinstitute gemeint.

2.1. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 ZGB

2.1.1. Übersicht

Art. 2 Abs. 1 ZGB hält als Generalklausel jedermann dazu an, in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu

⁷¹⁸ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1253 ff.

⁷¹⁹ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1566.

⁷²⁰ Hier verstanden als Abwehrrecht gegen eine tatsächliche Diskriminierung. Wie noch an anderer Stelle gezeigt wird, gehört Art. 6 Abs. 1 ArG nicht zu jenen Generalklauseln, die ein Diskriminierungsverbot im Sinne eines Abwehrrechts enthalten – siehe dazu die späteren Ausführungen im Abschnitt G. § 4. III. 1.2. Dasselbe wird auch in Bezug auf Art. 328b OR vertreten – siehe dazu den Abschnitt G. § 4. II. 3.

⁷²¹ Zum Thema Diskriminierungsprävention siehe den Abschnitt G. § 4.

handeln.⁷²² Jede Person hat sich danach wie eine loyale und vernünftig denkende Person zu verhalten.⁷²³

Es handelt sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der in der gesamten Rechtsordnung zu beachten ist.⁷²⁴ Einerseits ist er eine Verhaltensnorm, indem er allen Rechtssubjekten vorgibt, wie sie sich im Rechtsverkehr zu verhalten haben.⁷²⁵ Andererseits ist er eine Beurteilungsnorm, indem er als Kompass dient, an dem sich die Gesetzesauslegung orientiert.⁷²⁶

Der Gehalt dieses Rechtsgrundsatzes lässt sich nicht mit einer Definition fassen. Vielmehr werden ihm durch die Rechtsprechung Konturen verliehen.⁷²⁷ Insbesondere mit Blick auf die Entlassung älterer Arbeitnehmer hat sich eine Kasuistik entwickelt, in der die Bedeutung von Treu und Glauben hervorgehoben wird. Zu nennen ist beispielsweise das aus Art. 2 ZGB abgeleitete Gebot zur schonenden Rechtsausübung.⁷²⁸ Eine Kündigung, die unter Missachtung dieses Gebots ausgeübt wird, kann sich als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR erweisen insbesondere dann, wenn es sich beim Arbeitnehmer, dem gekündigt wurde, um eine ältere Person handelt.⁷²⁹ Auch das Mass der vom Arbeitgeber unter Art. 328 OR geschuldeten Fürsorgepflicht bestimmt sich nach Treu und Glauben.⁷³⁰ Die beiden Bestimmungen Art. 328 OR und Art. 336 OR finden ausschliesslich auf bestehende Arbeitsverhältnisse Anwendung,⁷³¹ während Art. 2 Abs. 1 ZGB in allen Phasen und damit auch in der vorvertraglichen wirksam ist. Daher wird nachstehend der Frage nachgegangen, inwiefern Art. 2 Abs. 1 ZGB im vorvertraglichen Stadium Diskriminierung verbietet.

⁷²² Art. 2 Abs. 1 ZGB.

⁷²³ MIDDENDORF/GROB, Handkommentar ZGB, Art. 2 Rn. 1.

⁷²⁴ LEHMANN/HONSELL, BS Kommentar ZGB, Art. 2 Rn. 4.

⁷²⁵ PFAFFINGER, Kurzkomentar ZGB, Art. 2 Rn. 2.

⁷²⁶ MIDDENDORF/GROB, Handkommentar ZGB, Art. 2 Rn. 1.

⁷²⁷ Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1261.

⁷²⁸ LEHMANN/HONSELL, BS Kommentar ZGB, Art. 2 Rn. 22.

⁷²⁹ Dazu sogleich im Abschnitt G. § 3. II. 2.5.

⁷³⁰ Dazu sogleich im Abschnitt G. § 3. II. 2.4.

⁷³¹ In Bezug auf Art. 328 OR vgl. unten, G. § 3. II. 2.4, und mit Blick auf Art. 336 OR siehe unten, G. § 3. II. 2.5.

2.1.2. Culpa in contrahendo

In der Schweiz ist die Rechtsfigur *culpa in contrahendo* als Konkretisierung von Art. 2 Abs. 1 ZGB für die vorvertragliche Phase allgemein anerkannt.⁷³² Sie ist dort von Bedeutung, wo zwischen zwei Parteien noch kein Vertrag besteht, ein solcher aber angebahnt wird. Begeht eine der beiden Parteien in diesem Stadium eine Pflichtverletzung, kann sie dazu verpflichtet werden, der anderen Partei den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen.⁷³³

Der blosse Abbruch von Vertragsverhandlungen ist für sich genommen nicht gleichbedeutend einer Pflichtverletzung.⁷³⁴ Zu den vorvertraglichen Pflichten gehört aber die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln.⁷³⁵ Wird eine Stelle ausgeschrieben und ist für den Arbeitgeber von vornherein klar, dass er Personen aufgrund eines bestimmten Persönlichkeitsmerkmals nicht anstellen will (wie z.B. aufgrund eines bestimmten Alters), dann tritt er mit solchen Merkmalsträgern nicht in ernsthafte Verhandlungen. Ein solches Verhalten kann daher nach dem hier eingenommenen Standpunkt als eine Pflichtverletzung im Rahmen des Vertragsanbahnungsverhältnisses angesehen werden. PÄRLI vertritt zwar einschränkend, die Anwendung von Art. 2 Abs. 1 ZGB sei auf diskriminierendes Verhalten beschränkt, das in einer Störung des Rechtsverkehrs resultiert.⁷³⁶ Dadurch grenzt er diese Bestimmung von Art. 27 und 28 ZGB ab, die auf den Schutz der Persönlichkeit gerichtet sind.⁷³⁷ Im Ergebnis aber spricht sich PÄRLI für einen Diskriminierungsschutz aus, der sich unter anderem auf jene Merkmale bezieht, die im Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV enthalten sind.⁷³⁸ Er lässt jedoch offen, welche diskriminierenden Verhaltensweisen als für den Rechtsverkehr störend zu gelten haben.⁷³⁹ Wie aus Beispielen in diesem Abschnitt hervorgeht, mutet die Abgrenzung zwischen *culpa in contrahendo* und Art. 27 f. ZGB im vorvertraglichen und diskriminierungsrechtlichen Kontext in der Praxis eher willkürlich an.

⁷³² BGE 148 III 11 sowie SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 47.02 mit weiteren Hinweisen.

⁷³³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 47.13.

⁷³⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 47.08 mit weiteren Hinweisen.

⁷³⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 47.08; MIDDENDORF/GROB, Handkommentar ZGB, Art. 2 Rn. 13 mit weiteren Hinweisen.

⁷³⁶ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1272.

⁷³⁷ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1261 ff.

⁷³⁸ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1272 ff.

⁷³⁹ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1273.

Höchstrichterliche Rechtsprechung zu *culpa in contrahendo* im diskriminierungsrechtlichen Kontext existiert (noch) nicht. Einschlägige Rechtsprechung der Kantone dazu ist rar und – soweit ersichtlich – ambivalent:

Beispielsweise qualifizierte das zuständige kantonale Gericht in Lausanne die Ablehnung einer Bewerberin wegen ihrer dunklen Hautfarbe als eine schwere Verletzung der Persönlichkeit im Sinne von Art. 328 OR. Nicht das Rechtsinstitut *culpa in contrahendo*, sondern der Persönlichkeitsschutz wurde hier thematisiert. Die Persönlichkeit müsse – so das Gericht – auch während der Bewerbungsphase beachtet werden. Die Begründung der Beklagten, wonach einige Patienten Angst hätten, in der Nacht von einer Person schwarzer Hautfarbe gepflegt zu werden, akzeptierte das Gericht nicht als hinreichenden Rechtfertigungsgrund. Der Klägerin wurde eine Genugtuung über 5'000 CHF zugesprochen.⁷⁴⁰

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangte das Arbeitsgericht Zürich, als ein Reinigungsunternehmen es ablehnte, eine Bewerberin mazedonischer Herkunft für die ausgeschriebene Stelle zu berücksichtigen, und dies damit begründete:

*«Wir stellen keine Leute aus dem Balkan ein und meine Firma verträgt solche Leute nicht, wie wir in der ganzen Schweiz auch nicht!»*⁷⁴¹

Das Arbeitsgericht in Zürich schloss auf ein treuwidriges Verhalten und damit auf eine vorvertragliche Pflichtverletzung, für welche das Reinigungsunternehmen basierend auf *culpa in contrahendo* haften sollte. Hier hätte ebenso gut eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB in Betracht gezogen werden können. Hervorzuheben ist ausserdem, dass das Gericht die Berufung der Beklagten auf die Vertragsfreiheit und deren Vorbringen, wonach sie einen Kundenverlust befürchtete, nicht als Rechtfertigung für das Verhalten der Beklagten akzeptierte. Das Gericht sprach der Klägerin vor diesem Hintergrund eine Genugtuung von 5'000 CHF zu.⁷⁴²

In einem anderen Fall jedoch lehnte dasselbe Gericht eine Haftung gestützt auf *culpa in contrahendo* ab: Hier wurde ein 51-jähriger Bewerber mit der Begründung abgelehnt, aufgrund der Altersstruktur im Team dürfe der Stellenbewerber

⁷⁴⁰ Tribunal de Prud'Hommes de l'Arrondissement de Lausanne, Urteil vom 10. Oktober 2005 (T304.021563), besprochen in: PÄRLI, Urteilsbesprechung, S. 23.

⁷⁴¹ Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Urteil vom 13. Januar 2006 (AN050401/U1), besprochen in: PÄRLI, Urteilsbesprechung, S. 24.

⁷⁴² Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Urteil vom 13. Januar 2006 (AN050401/U1), besprochen in: PÄRLI, Urteilsbesprechung, S. 24 f.

maximal 40-jährig sein. Der Kläger machte dagegen eine Altersdiskriminierung geltend und verlangte eine Genugtuung.⁷⁴³ Das erstinstanzliche Gericht gelangte zum Schluss, die Beklagte habe keine vorvertraglichen Pflichten verletzt. Es führte dazu aus, dem Kläger sei im frühestmöglichen Zeitpunkt nach der Bewerbung eine Absage erteilt worden; eigentliche Vertragsverhandlungen hätten noch gar nicht stattgefunden.⁷⁴⁴ Selbst wenn von eigentlichen Vertragsverhandlungen hätte ausgegangen werden können – so das erstinstanzliche Gericht –, sei immer noch nicht von einer Persönlichkeitsverletzung auszugehen, weil die Bewerbungsablehnung aufgrund des Alters objektiv gesehen nicht als Angriff auf dessen Persönlichkeit angesehen werden könne.⁷⁴⁵

Während im ersten Urteil aus Lausanne⁷⁴⁶ *culpa in contrahendo* überhaupt nicht thematisiert wurde und nach der in der Literatur anzutreffenden Urteilskritik wohl eher auf Art. 28 ZGB statt auf Art. 328 OR hätte zurückgegriffen werden müssen,⁷⁴⁷ bildete *culpa in contrahendo* zumindest im Urteil des Zürcher Arbeitsgerichts vom 13. Januar 2006⁷⁴⁸ trotz vergleichbaren diskriminierungsrechtlichen Sachverhalts die Begründungsbasis. Dies zeigt, dass die Abgrenzung zwischen *culpa in contrahendo* und Art. 28 ZGB im vorvertraglichen Stadium und im diskriminierungsrechtlichen Kontext zu ambivalenten Ergebnissen führt.

2.1.3. Würdigung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sich die Rechtsfigur *culpa in contrahendo* grundsätzlich als Vehikel für den Einsatz des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots im vorvertraglichen Bewerbungsverfahren eignet.

Die ausgesprochen spärliche Rechtsprechung zu zivilrechtlichen Anstellungsdiskriminierungen weist jedoch nicht annähernd jene Konturen auf, die das Bundesgericht dem Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV in seiner bisherigen Rechtsprechung verliehen hat. Es lassen sich daher nur beschränkte Aussagen da-

⁷⁴³ Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 9. Oktober 2015 (AH150086-L).

⁷⁴⁴ Siehe Sachverhaltszusammenfassung im Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, LA150046-O/U, Urteil vom 23. November 2015, E. 2.a.

⁷⁴⁵ Vgl. Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 23. November 2015 (LA150046-O/U), E. 2.a.

⁷⁴⁶ Tribunal de Prud'Hommes de l'Arrondissement de Lausanne, Urteil vom 10. Oktober 2005 (T304.021563), besprochen in: PÄRLI, Urteilsbesprechung, S. 23.

⁷⁴⁷ Wyler/Heinzer, S. 84.

⁷⁴⁸ Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Urteil vom 13. Januar 2006 (AN050401/U1), besprochen in: PÄRLI, Urteilsbesprechung, S. 24.

rüber treffen, wie ein mit einer Anstellungsdiskriminierung befasstes Gericht den Sachverhalt im Lichte des Diskriminierungsverbots und insbesondere mit Blick auf das Alterskriterium würdigen würde.

Problematisch erscheint zudem die Abgrenzung zu Art. 27 f. ZGB. Nach hier vertretener Ansicht sollte dies jedoch nicht zu einer diskriminierungsrechtlich einschränkenden Auslegung des Rechtsinstituts *culpa in contrahendo* führen:

In der Praxis konkurrieren Persönlichkeitsverletzungen im vorvertraglichen Stadium wegen einer Diskriminierung durchaus mit Ansprüchen aus *culpa in contrahendo*.⁷⁴⁹ Dies zeigt sich exemplarisch anhand des oben erwähnten Lausanner Urteils⁷⁵⁰ und jenes des Zürcher Arbeitsgerichts vom 13. Januar 2006⁷⁵¹: In beiden Fällen wäre man nach dem hier eingenommenen Standpunkt wegen vergleichbarer diskriminierungsrechtlicher Sachverhalte sowohl gestützt auf *culpa in contrahendo* als auch auf eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB zum gleichen Ergebnis gelangt.

Insofern ist nach hier vertretener Ansicht eine Abgrenzung im vorvertraglichen, diskriminierungsrechtlichen Kontext nicht sinnvoll: Jede Diskriminierung ist letztlich eine Verletzung der Persönlichkeit, denn dem Diskriminierungsbegriff ist letztlich auch eine Verletzung der Würde immanent.⁷⁵² Damit ist jede Diskriminierung auch eine Störung des Rechtsverkehrs und fällt somit auch in den Anwendungsbereich des Rechtsinstituts *culpa in contrahendo*.

Der Fokus sollte von einer wenig befriedigenden und für die Praxis kaum fruchtbaren Abgrenzungsproblematik weg und stattdessen auf eine völkerrechts- und verfassungskonforme Auslegung von Art. 2 Abs. 1 ZGB gerichtet werden. Gerade das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot eignet sich, auf private Rechtsverhältnisse übertragen zu werden,⁷⁵³ weshalb das Rechtsinstitut *culpa in*

⁷⁴⁹ Vgl. NAGUIB, Diskriminierende Verweigerung Vertragsabschluss, S. 1015, der sinngemäss dasselbe vertritt, führt er doch aus, dass eine persönlichkeitsverletzende Vertragsabschlussverweigerung persönlichkeitsverletzend sei und – soweit eine vertragsähnliche Sonderbeziehung bestehe – damit gegen Treu und Glauben verstossen und eine Haftung aus *culpa in contrahendo* ausgelöst werde.

⁷⁵⁰ Tribunal de Prud'Hommes de l'Arrondissement de Lausanne, Urteil vom 10. Oktober 2005 (T304.021563), besprochen in: PÄRLI, Urteilsbesprechung, S. 23.

⁷⁵¹ Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Urteil vom 13. Januar 2006 (AN050401/U1), besprochen in: PÄRLI, Urteilsbesprechung, S. 24.

⁷⁵² Zur Würde als Schutzgut des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots in Art. 8 Abs. 2 BV siehe Abschnitt G. § 3. II. 1.3.

⁷⁵³ WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 35 Rn. 63.

contrahendo auf dem Auslegungsweg inhaltlich mit dem Diskriminierungsverbot ausgefüllt werden sollte. Einer «Störung des Rechtsverkehrs» muss es daher entsprechen, wenn ein Vertragsabschluss aufgrund eines diskriminierenden Verhaltens im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV oder Art. 14 EMRK nicht zustande kommt.⁷⁵⁴ Unerheblich ist dann, welche Diskriminierungsform für die infrage stehende Benachteiligung ursächlich war. Entscheidend ist vielmehr, ob sich das der Vertragsverweigerung zugrundliegende Verhalten nach diskriminierungsrechtlichen Massstäben rechtfertigen lässt.

Die hier vertretene Sicht hat sich in der Gerichtspraxis bislang nicht durchgesetzt. Mit Blick auf das Völkerrecht ist festzustellen, dass in keinem der vorgenannten Entscheide eine vertiefte Auseinandersetzung mit einschlägigen Bestimmungen aus dem Völkerrecht stattgefunden hat. Es wurde lediglich darauf hingewiesen, das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK entfalte keine unmittelbare Drittwirkung und jenes nach Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I sei nicht direkt anwendbar. Ebenfalls keine Anwendung finde Art. 8 Abs. 2 BV, da dieses unter Privaten nicht zur Anwendung gelange.⁷⁵⁵ Eine Harmonisierung des Zivilrechts mit dem einschlägigen Völkerrecht und dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot wurde nicht ins Auge gefasst.

Die Gerichtspraxis lässt insgesamt zahlreiche Fragen offen. Unklar ist beispielsweise, welche Diskriminierungsformen überhaupt erfasst würden. In den vorgenannten Fällen ging es stets um direkte Diskriminierungen. Dasselbe gilt auch für die Frage, welcher Massstab in Bezug auf direkte Diskriminierung mit Blick auf die Vergleichbarkeit der Situationen angelegt würde. Ebenso offen bleibt hinsichtlich indirekter Diskriminierungen, welche Anforderungen an das Requisite der besonderen Betroffenheit gestellt würden.

Zu dünn ist die Rechtsprechung schliesslich auch hinsichtlich der Rechtfertigungsebene. Es ist noch keine Struktur in der Rechtfertigungsprüfung erkennbar, die sich mit jener für das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot entwickelten vergleichen liesse. Wie ist es ausserdem um statistische Diskriminierungen bestellt? Welche Mindestanforderungen sollen für statistische Korrelationen gelten, damit diese als ausreichende Rechtfertigungsbasis für eine Ungleichbehandlung angesehen werden können?

⁷⁵⁴ Ebenso NAGUIB, Diskriminierende Verweigerung Vertragsabschluss, S. 1015.

⁷⁵⁵ Vgl. Zusammenfassung des erstinstanzlichen Urteils im Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, LA150046-O/U, Urteil vom 23. November 2015, E. 2.a.

Diese Lückenhaftigkeit schafft sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite erhebliche Unsicherheiten. Ein Arbeitgeber kann unter diesen Umständen nicht prognostizieren, welches Verhalten effektiv als diskriminierend sanktioniert wird. Umgekehrt kann ein Arbeitnehmer die Prozessrisiken in Bezug auf die gerichtliche Beanstandung einer diskriminierenden Verhaltensweise nicht ausreichend abschätzen, weshalb er angesichts dieser Unwägbarkeiten möglicherweise dazu neigen wird, die erlittene Unbill stillschweigend hinzunehmen. Damit ist dem Kampf gegen Diskriminierung nicht gedient.

Als Generalklausel ist Art. 2 Abs. 1 ZGB durchaus einer verfassungskonformen Auslegung hinsichtlich des Diskriminierungsverbots zugänglich. Das Art. 2 Abs. 1 ZGB innewohnende antidiskriminierungsrechtliche Potential wurde allerdings bei Weitem nicht ausgeschöpft.

2.2. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 ZGB

2.2.1. Übersicht

Gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der *offenbare* Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Als Rechtsgrundsatz muss er in der gesamten Rechtsordnung beachtet werden.⁷⁵⁶ Die Rechtsfolgen eines offenbaren Rechtsmissbrauchs können sich verschiedenartig auswirken. Beispielsweise kann sich ein bereits ausgeübtes Gestaltungsrecht als ungültig erweisen und selbst die nachträgliche Pflicht zur Leistung missbräuchlich verweigerter Güter kann eine mögliche Rechtsfolge des Rechtsmissbrauchs sein.⁷⁵⁷

Was als Rechtsmissbrauch zu gelten hat, lässt sich nicht abschliessend definieren.⁷⁵⁸ Allerdings gehen aus der Rechtsprechung und Lehre typische Fallgruppen⁷⁵⁹ hervor wie z.B. das krasse Missverhältnis der Interessen,⁷⁶⁰ widersprüchliches Verhalten⁷⁶¹ oder die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts⁷⁶².

⁷⁵⁶ BGE 143 III 666, E. 4.2.

⁷⁵⁷ SCHWANDER, ZGB Kommentar, Art. 2 Rn. 4 mit weiteren Hinweisen.

⁷⁵⁸ LEHMANN/HONSELL, BS Kommentar ZGB, Art. 2 Rn. 24.

⁷⁵⁹ Für eine ausführliche Übersicht über die Fallgruppen vgl. insbesondere SCHWANDER, ZGB Kommentar, Art. 2 Rn. 4, von dem auch die nachfolgenden Beispiele entnommen wurden.

⁷⁶⁰ BGE 114 II 159, E. 2.

⁷⁶¹ BGE 143 III 666, E. 4.2.

⁷⁶² BGE 145 III 26, E. 2.1.

2.2.2. Würdigung

Grundsätzlich ist es in allen Phasen des Erwerbslebens und somit auch während der Bewerbung, der Anstellungsdauer sowie im Rahmen der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses denkbar, dass sich ein offener Rechtsmissbrauch zuträgt. Die Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB ist in solchen Konstellationen nicht *per se* ausgeschlossen. Die Besonderheit von Art. 2 Abs. 2 ZGB in Bezug auf das Erwerbsleben besteht jedoch darin, dass er mit spezifischen arbeitsrechtlichen Bestimmungen konkurriert, die für gewisse Problematiken bereits Lösungen anbieten, wie z.B. der Kündigungsmisbrauch nach Art. 336 OR⁷⁶³ oder die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR⁷⁶⁴.

Nach hier vertretener Ansicht tritt die Relevanz des Art. 2 Abs. 2 ZGB bezogen auf Diskriminierungen während eines *bestehenden* Anstellungsverhältnisses gänzlich hinter Art. 328 OR zurück, denn letztere Bestimmung enthält ein Diskriminierungsverbot, das dem Arbeitnehmer den Anspruch auf Abwehr gegen diskriminierendes Verhalten vermittelt.⁷⁶⁵

Etwas komplexer verhält es sich mit Blick auf die Phase der *Bewerbung* und die *Beendigung* eines Arbeitsverhältnisses. Hier stehen zwei Fragen im Vordergrund: Führt eine infolge einer Diskriminierung abgewiesene Bewerbung zu einer Anstellungspflicht und kann sich eine unter denselben Vorzeichen ausgesprochene Kündigung als nichtig erweisen?

Wie noch später aufgezeigt wird, bleibt die Kündigung wirksam und es ist eine Kontrahierungspflicht im Nachgang zu einer abgewiesenen Bewerbung abzulehnen. Dies nicht zuletzt auch daher, weil eine Kontrahierungspflicht nur Sinn ergeben kann, wenn auch eine nachfolgende Kündigung unwirksam ist.⁷⁶⁶

Gesamt betrachtet kommt Art. 2 Abs. 2 ZGB faktisch in Bezug auf Altersdiskriminierung in keiner Phase des Erwerbslebens eine ernstzunehmende Bedeutung zu.

⁷⁶³ In Bezug auf Art. 336 OR siehe die späteren Ausführungen im Abschnitt G. § 3. II. 2.5.

⁷⁶⁴ In Bezug auf Art. 328 OR siehe die späteren Ausführungen im Abschnitt G. § 3. II. 2.4.

⁷⁶⁵ Siehe die späteren Ausführungen im Abschnitt G. § 3. II. 2.4

⁷⁶⁶ Zur Kontrahierungspflicht und zur Nichtigkeit der Kündigung als Rechtsfolge siehe die weitergehenden Ausführungen im Abschnitt G. § 3. III. 7.

2.3. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 28 ZGB

2.3.1. Übersicht

Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann gemäss Art. 28 Abs. 1 ZGB zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen. Art. 28 ZGB legt nicht ausdrücklich fest, welche Aspekte der Persönlichkeit in seinen Schutzbereich fallen. Er ist als Generalklausel zu verstehen⁷⁶⁷ und gilt als eine Konkretisierung der verfassungsmässigen Grundrechte unter Privaten⁷⁶⁸. Es besteht daher eine Verwandtschaft zwischen dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot und dem Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB. Was dies in tatsächlicher Hinsicht bedeutet, ist umstritten:

In der Literatur finden sich Stimmen, die vertreten, Art. 28 ZGB sei anders als Art. 8 Abs. 2 BV nicht auf die Realisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgerichtet.⁷⁶⁹ JAUN vertritt dazu im Wesentlichen, dass Art. 28 ZGB primär auf den Schutz der Würde ausgerichtet sei und keine Pflicht zur Rechtfertigung einer Vertragsabschlussverweigerung beinhalte. Einzig die Art und Weise, also die äussere Erscheinungsform einer Vertragsverweigerung, könne eine nach Art. 28 ZGB verbotene Diskriminierung sein.⁷⁷⁰ Anders als Art. 8 Abs. 2 BV – so JAUN sinngemäss – biete Art. 28 ZGB keinen Schutz vor ungerechtfertigter Ungleichbehandlung.⁷⁷¹ Nach dieser Sichtweise ist das aus Art. 28 ZGB fließende Diskriminierungsverbot im Vergleich zum verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot sowie zu den völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten stark eingeschränkt. So sehr sogar, dass man sich fragen muss, ob es dann noch angezeigt ist, von einem eigentlichen Diskriminierungsverbot in Zusammenhang mit Art. 28 ZGB zu sprechen.

Nach einem grossen Teil der Literatur hingegen beinhaltet Art. 28 ZGB durchaus ein mit Art. 8 Abs. 2 BV vergleichbares Diskriminierungsverbot, das sich auch auf Arbeitsverhältnisse einschliesslich der Bewerbungsphase anwenden lässt.⁷⁷² Die-

⁷⁶⁷ DÖRR, Kurzkomentar ZGB, Art. 28 Rn. 3.

⁷⁶⁸ BGer 2C_1065/2014, Urteil vom 26. Mai 2016, E. 7.1.

⁷⁶⁹ JAUN, S. 476 f.; ebenso KULL, S. 267.

⁷⁷⁰ JAUN, S. 476 f.

⁷⁷¹ JAUN, S. 476 f.; ebenso KULL, S. 267.

⁷⁷² Dazu ausführlich PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1378 ff. mit weiteren Hinweisen; NAGUIB, Diskriminierende Verweigerung Vertragsabschluss, S. 1006 f.; TRACHSLER, S. 142 ff. sowie insbesondere S. 188 f.; BOLKENSTEYN, S. 289 f.; grundsätzlich auch ARNET, Rn. 356, die in Art. 28 ZGB ein «mittelbares privatrechtliches Diskriminierungsverbot» sieht.

ser Ansicht folgend vermittelt Art. 28 ZGB einen Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung, weshalb Benachteiligungen aufgrund des Alters als Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB qualifiziert werden können, soweit sich die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen lässt.⁷⁷³ Höchstrichterlich bleibt die Frage nach dem tatsächlichen antidiskriminierungsrechtlichen Gehalt des Art. 28 ZGB weiterhin ungeklärt.

Widerrechtlich ist die Persönlichkeitsverletzung im Übrigen erst dann, wenn sie nicht gerechtfertigt werden kann.⁷⁷⁴ Eine persönlichkeitsverletzende Handlung kann laut Abs. 2 derselben Bestimmung entweder durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz legitimiert werden. Weitere konkretisierende Orientierungshilfe, wenn es darum geht, zu beurteilen, welche Rechtfertigungen bezogen auf altersbedingte Benachteiligungen zulässig sind, bietet der Gesetzeswortlaut nicht.⁷⁷⁵

2.3.2. Würdigung

Das Bundesgericht hat Art. 28 ZGB bislang noch keiner völkerrechts- und verfassungskonformen Auslegung hinsichtlich des Aspekts der Altersdiskriminierung im Anstellungsverfahren zugeführt. Für die Praxis bleibt daher offen, inwiefern der antidiskriminierungsrechtliche Gehalt nach Art. 28 ZGB den völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten sowie dem Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV entspricht. Unklar ist insbesondere, welche Diskriminierungsformen durch Art. 28 ZGB erfasst werden. In diesem Zusammenhang vertritt JAUN, indirekte Diskriminierungen seien *per se* vom Anwendungsbereich des Art. 28 ZGB ausgenommen.⁷⁷⁶ Mit Blick auf das Bewerbungsverfahren bezeichnen ETTER/SOKOLL den aus Art. 27 ff. ZGB fließenden Schutz vor Altersdiskriminierung jedenfalls

⁷⁷³ PÄRLI, Altersdiskriminierung im Erwerbsleben, S. 99 ff. mit weiteren Hinweisen; BOLKENSTEYN, S. 289 f.; PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1325.

⁷⁷⁴ Art. 28 Abs. 2 ZGB.

⁷⁷⁵ Inhaltliche Konkretisierung im Kontext von Altersdiskriminierung erfährt Art. 28 ZGB jedoch in Zusammenhang mit der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR sowie dem Verbot des Kündigungsmisbrauchs nach Art. 336 OR. Diese beziehen sich jedoch nicht auf die Phase des Vertragsabschlusses. Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt zu Art. 328 OR G. § 3. II. 2.4 sowie zu Art. 336 OR G. § 3. II. 2.5.

⁷⁷⁶ JAUN, S. 481 f.: Er begründet dies damit, dass mittelbare Diskriminierungen sich auf Gruppenbenachteiligungen bezögen. Demgegenüber sei der von Art. 28 ZGB ausgehende Schutz auf das Individuum gerichtet.

als «*quasi inexistent*».⁷⁷⁷ Es offenbart sich hier eine antidiskriminierungsrechtliche Lückenhaftigkeit, wie sie schon in Zusammenhang mit der Rechtsfigur der *culpa in contrahendo* aufgezeigt wurde. Es wird daher auf die diesbezüglichen, vorangehenden Ausführungen verwiesen.⁷⁷⁸

2.4. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 328 OR

2.4.1. Übersicht

Art. 328 OR statuiert die vom Arbeitgeber im Verhältnis zu seinem Arbeitnehmer geschuldete Fürsorgepflicht. Er verpflichtet den Arbeitgeber dazu, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen.⁷⁷⁹ Teilgehalt dieser Fürsorgepflicht ist ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz.⁷⁸⁰

In BGE 129 III 276 äusserte sich das Bundesgericht zum diskriminierungsrechtlichen Gehalt von Art. 328 OR. Es betonte darin zunächst die Vertragsfreiheit als tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten. Anschliessend führte es aus, die Vertragsfreiheit erlaube es dem Arbeitgeber, im Rahmen des Vertragsinhalts beliebige Differenzierungen zwischen den Arbeitnehmern zu treffen. Daraus folgte es, dass es hinzunehmen sei, wenn ein Arbeitnehmer schlechter verhandelt habe als andere.⁷⁸¹ In einem nächsten Schritt ging das Bundesgericht auf die Frage nach der Gleichbehandlung ein und stellte klar, dass Ungleichbehandlungen basierend auf «sachfremden Motiven» als Rechtfertigung nicht automatisch rechtswidrig seien, denn es gehöre zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, «[...] selber zu bestimmen, welche Motive als *sachgemäss* anzusehen sind».⁷⁸² Schliesslich führte das Bundesgericht aus, unsachliche und willkürliche «Entscheidungen» seien persönlichkeitsverletzend und verstiessen gegen das Diskriminierungsverbot,

⁷⁷⁷ ETTER/SOKOLL, Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsvertrag, Art. 328 Rn. 74.

⁷⁷⁸ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. II. 2.1.3.

⁷⁷⁹ Art. 328 Abs. 1 OR.

⁷⁸⁰ REHBINDER/STÖCKLI, BE Kommentar (die einzelnen Vertragsverhältnisse), Art. 328 Rn. 7.

⁷⁸¹ BGE 129 III 276, E. 3.1.

⁷⁸² Vgl. BGE 129 III 276, E. 3.1.

«[...] wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt [...]. Eine solche kann von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern deutlich ungünstiger gestellt wird, nicht jedoch, wenn der Arbeitgeber bloss einzelne Arbeitnehmer besser stellt.»⁷⁸³

Damit stellt das Bundesgericht – ohne explizit Art. 8 Abs. 2 BV zu erwähnen – klar, dass es dem Arbeitgeber unter dem Titel der Fürsorgepflicht grundsätzlich ein Diskriminierungsverbot auferlegt. Den Erwägungen des Bundesgerichts folgend ist zudem *e contrario* zu schliessen, dass unsachliche und willkürliche Entscheidungen des Arbeitgebers grundsätzlich zulässig sind, soweit damit nicht gegen die Persönlichkeit verstossen wird. Ein solcher Verstoss besteht notabene erst dann, wenn eine Vielzahl anderer Arbeitnehmer vergleichsweise bessergestellt wird. In einem späteren Entscheid hielt das Bundesgericht immerhin fest, dass sich der Vergleich dabei auf die Belegschaft der jeweiligen Betriebseinheit und nicht auf alle Arbeitnehmer des Arbeitgebers beziehe.⁷⁸⁴

Das Bundesgericht äussert sich in seinem Entscheid nicht eindeutig zur Frage der Rechtfertigung, und es bleibt daher unklar, ob die Rechtfertigungshürde hoch oder tief angesetzt ist. Die Ausführungen des Bundesgerichts können dahingehend verstanden werden, dass eine Rechtfertigung nicht unsachlich und willkürlich und damit persönlichkeitsverletzend sein darf.⁷⁸⁵ Klar ist aber, dass die Rechtfertigungsprüfung ohnehin erst dann zum Zuge kommt, wenn eine Vielzahl von Personen desselben Betriebs durch einen Entscheid des Arbeitgebers bessergestellt wird.⁷⁸⁶

Nach überwiegendem Meinungsstand findet Art. 328 OR und damit das darin enthaltene Diskriminierungsverbot ausschliesslich auf bestehende Arbeitsverhältnisse Anwendung.⁷⁸⁷ Dies bedeutet, dass diskriminierendes Verhalten im Rahmen

⁷⁸³ BGE 129 III 276, E. 3.1.

⁷⁸⁴ BGer 4A_651/2017, Urteil vom 4. April 2018, E. 3.6.2; ebenso REHBINDER/STÖCKLI, BE Kommentar (die einzelnen Vertragsverhältnisse), Art. 328 Rn. 7.

⁷⁸⁵ BGE 129 III 276, E. 3.1.

⁷⁸⁶ Vgl. BGer 4A_651/2017, Urteil vom 4. April 2018, E. 3.6.2.

⁷⁸⁷ PÄRLI, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 100; PORTMANN/WILDHABER, Rn. 425 f.; ETTER/SOKOLL, Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsvertrag, Art. 328 Rn. 4; GEISER, Gleichbehandlungsgebot, S. 46; sinngemäss auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 328 Rn. 12; REHBINDER/STÖCKLI, BE Kommentar (die einzelnen Vertragsverhältnisse), Art. 328 Rn. 1, räumen eine Vorwirkung lediglich auf dem Wege einer analogen Anwendung von Art. 328 OR ein; anderer Meinung: NAGUIB, Einstellungspraxis, S. 1250, sowie SCHWAAB, S. 692.

eines Bewerbungsverfahrens nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fällt. Das aus Art. 328 OR abgeleitete Diskriminierungsverbot ist ausserdem auf die Ausübung des Weisungsrechts und die Erbringung freiwilliger Leistungen beschränkt.⁷⁸⁸

2.4.2. Würdigung

Anerkannt ist, dass sich Art. 328 OR für eine indirekte Drittwirkung im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV und damit für eine verfassungskonforme Auslegung eignet.⁷⁸⁹ Allerdings müssen die gegensätzlichen grundrechtlichen Interessen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegeneinander abgewogen werden.

Dies tat das Bundesgericht, als es in BGE 129 III 276 zu beurteilen hatte, ob eine Arbeitgeberin gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen hatte, indem sie ihrem ehemaligen Arbeitnehmer bei seinem Ausscheiden keine Gratifikation entrichtete, diese aber anderen Arbeitnehmern bei ihrem Fortgang gewährte.⁷⁹⁰ In seinen Erwägungen stellte das Bundesgericht die Vertragsfreiheit als geschütztes Gut dem Gleichbehandlungsgrundsatz und anschliessend dem Diskriminierungsverbot gegenüber. Dabei hielt es sinngemäss fest, dass die Vertragsfreiheit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz vorgehe. Anschliessend erwog es, dass es dem Arbeitgeber obliege, selber darüber zu bestimmen, was als sachgemässes Motiv einer Ungleichbehandlung zulässig sein solle.⁷⁹¹ Dieser Standpunkt wird in der Literatur mit dem Argument kritisiert, es könne nicht Sinn einer Willkürprüfung sein, den Prüfungsmassstab dem Arbeitgeber zu überlassen. Vielmehr sei der Massstab nach dem Vertrauensprinzip zu objektivieren.⁷⁹² Folgte man der bundesgerichtlichen Auffassung, wäre zudem auch denkbar, dass beispielsweise die Benachteiligung eines Arbeitnehmers basierend auf einer blossen algorithmisch zustande gekommenen Assoziation als ausreichend gerechtfertigt angesehen werden könnte.

Weiter überschreitet das Bundesgericht nach hier vertretener Ansicht die Grenzen verfassungskonformer Auslegung. Das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot gibt den Rahmen vor, innerhalb dessen privatrechtliche Generalklauseln wie

⁷⁸⁸ PORTMANN/WILDHABER, Rn. 425 f.; PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 328 Rn. 33.

⁷⁸⁹ PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 328 Rn. 4, ebenso TRACHSLER, S. 160.

⁷⁹⁰ BGE 129 III 276, E. 3.

⁷⁹¹ BGE 129 III 276, E. 3.1.

⁷⁹² PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 328 Rn. 34.

eben Art. 328 OR auszulegen sind. Unzulässig muss es dann sein, das Vorliegen einer Diskriminierung von tatbestandlichen Voraussetzungen abhängig zu machen, die das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot selbst nicht vorschreibt. Damit hat das Bundesgericht nach der hier vertretenen Lesart des Entscheids BGE 129 III 276 in zweierlei Hinsicht gebrochen:

Erstens setzt das Bundesgericht im Handeln des Arbeitgebers voraus, dass darin eine Geringschätzung zum Ausdruck gelangt. Dies entspricht einem subjektiven Tatbestandsmerkmal, das den Willen und das Motiv des Arbeitgebers betrifft.⁷⁹³ Die höchstrichterlichen Darlegungen können daher so verstanden werden, es werde eine Diskriminierungsabsicht gefordert. Eine solche Motivabhängigkeit ist dem Diskriminierungstatbestand nach Art. 8 Abs. 2 BV allerdings fremd:

Mit jeder willkürlichen beziehungsweise ungerechtfertigten Differenzierung anhand eines Persönlichkeitsmerkmals wird die Gleichwertigkeit eines Menschen angetastet und es besteht dann *per se* das Potential, dass das infrage stehende Verhalten den Diskriminierungstatbestand erfüllt. Dies völlig unabhängig der Motive jener Person, von der das potentiell diskriminierende Verhalten ausgeht. Eine Diskriminierung kann mit oder ohne Geringschätzung als intrinsisches Motiv bestehen.

Auch der Umstand, dass das Bundesgericht in diesem Zusammenhang Ausdrücke wie «Motive», «Entscheidungen» und eben «Geringschätzung» heranzieht, spricht für eine Diskriminierungsabsicht als vom Bundesgericht auserkorenes Diskriminierungserfordernis. Es sind allesamt Begriffe mit einer subjektiven, auf eine Willenskomponente hindeutenden Konnotation. Damit wird deutlich, dass mit dem Erfordernis der Geringschätzung ein zusätzliches, subjektives Tatbestandselement eingeführt wurde.

Zweitens könne – so das Bundesgericht – eine Geringschätzung von vornherein nur dann vorliegen, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl anderer Arbeitnehmer deutlich ungünstiger gestellt werde.⁷⁹⁴ Weder das Völkerrecht noch die Bundesverfassung knüpfen eine direkte Diskriminierung an die Benachteiligung im Vergleich zu einer Vielzahl an. Es genügt bereits, *dass* eine Person wegen eines verpönten Merkmals ungerechtfertigt benachteiligt wird. Besteht ein kausaler Zusammenhang zwischen dem Alter und der erfahrenen Benachteiligung, ist damit offenkundig, dass Andersaltrige bevorzugt werden. Es erübrigt sich folglich, danach zu fragen, ob in tatsächlicher Hinsicht andere bessergestellt werden. Es ist zudem nicht einzusehen, warum diskriminierendes Verhalten toleriert werden soll, bloss weil vergleichsweise wenigen oder gar niemandem eine bessere Behandlung zuteilwird. Eine Vielzahl bessergestellter Arbeitnehmer vermag zwar den Verdacht einer Diskriminierung zu erhärten; die Besserstellung einer

⁷⁹³ Ähnlich auch JAUN, der vertritt, eine persönlichkeitsverletzende Diskriminierung könne nur dann bestehen, wenn die Motive des Arbeitgebers durch ihre «äussere Form» die Würde verletzen, vgl. JAUN, S. 477.

⁷⁹⁴ BGE 129 III 276, E. 3.1.

Vielzahl ist aber nach dem hier eingenommenen Standpunkt keinesfalls – und schon gar nicht von «vornherein» – Voraussetzung für die Verletzung der Würde, die das Diskriminierungsverbot letztlich zu schützen bestimmt ist. Eine Diskriminierung kann sich durchaus ohne die Besserstellung einer Vielzahl anderer realisieren.

Unklar bleibt schliesslich, welche Diskriminierungsformen unter Art. 328 OR subsumierbar sind. Ausgehend von der skizzierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte die indirekte Diskriminierung nicht dazugehören. Dies, weil die indirekte Diskriminierung an ein (scheinbar) neutrales Kriterium anknüpft. Bei einem solchen Vorgang ist es schwer vorstellbar, dass sich darin die nach der Rechtsprechung erforderliche Geringschätzung des Arbeitgebers nach aussen hin manifestiert.

Es zeigt sich, dass der Diskriminierungsschutz nach Art. 328 OR in der bundesgerichtlichen Praxis nicht dasselbe Schutzniveau aufweist, wie es das Völkerrecht und die Bundesverfassung vorschreiben. Überdies ist hier wie dort in Zusammenhang mit der Rechtsfigur *culpa in contrahendo* dieselbe Lückenhaftigkeit in der Angleichung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots an jenes der Verfassung in Art. 8 Abs. 2 BV zu bemängeln.⁷⁹⁵

2.5. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 336 OR

2.5.1. Übersicht und der Begriff «Alterskündigung»

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen eines Persönlichkeitsmerkmals wird in der Literatur teilweise zwar als Diskriminierungskündigung bezeichnet.⁷⁹⁶ Eine andere Frage ist es aber, inwiefern die Diskriminierungsverbote aus dem Völkerrecht sowie das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung in Art. 336 OR und der dazugehörigen Rechtsprechung reflektiert werden.

Art. 336 OR bietet einen sachlichen Kündigungsschutz,⁷⁹⁷ indem bestimmte Kündigungsmotive als missbräuchlich taxiert werden. Die in Art. 336 OR aufgezählten Motive gelten nicht als abschliessend, weshalb auch weitere nicht in Art. 336 OR explizit genannte Gründe als missbräuchlich qualifiziert werden können.⁷⁹⁸

Gelingt es dem Arbeitnehmer, das Kündigungsmotiv nachzuweisen, und stuft ein Streitberufenes Gericht dieses als missbräuchlich ein, kann der Arbeitgeber dazu

⁷⁹⁵ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt unter G. § 3. II. 2.1.

⁷⁹⁶ PORTMANN/WILDHABER, Rn. 689; MILANI, OR Kommentar, Art. 336 Rn. 10.

⁷⁹⁷ PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 336 Rn. 1.

⁷⁹⁸ PORTMANN/WILDHABER, Rn. 698.

verpflichtet werden, dem Arbeitnehmer, dem gekündigt wurde, eine Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen zu zahlen.⁷⁹⁹ Die Kündigung bleibt indes trotz Missbrauchs bestehen.⁸⁰⁰

Die Rechtsprechung zu Art. 336 OR ist reichhaltig, insbesondere soweit sie Fälle betrifft, aus denen sich der Kündigungsmissbrauch aus der Verletzung einer erhöhten Fürsorgepflicht ergibt.⁸⁰¹ Davon wird insbesondere dann ausgegangen, wenn aufseiten des Arbeitnehmers hohes Alter und das Bestehen eines jahrzehntelangen Dienstverhältnisses zusammentreffen.⁸⁰² Weder Rechtsprechung noch Lehre haben dazu konkrete Altersgrenzen oder eine bestimmte Anzahl Dienstjahre definiert.⁸⁰³

In der Literatur ist in diesem Zusammenhang regelmässig der Begriff «Alterskündigung» anzutreffen.⁸⁰⁴ Er wird teilweise unterschiedlich gedeutet. Nach einem Teil der Literatur gilt als Alterskündigung schlicht der Umstand, dass das Arbeitsverhältnis mit einem älteren Arbeitnehmer gekündigt wird, und zwar unerheblich davon, ob nun das Alterskriterium den Kündigungsentscheid auslöste.⁸⁰⁵ Andernorts werden darunter die Sachverhalte verstanden, in denen zwischen Alterskriterium und Entlassung ein kausaler Zusammenhang besteht.⁸⁰⁶

Der Begriff «Alterskündigung» ist irreführend. «Alterskündigung» entspricht sprachlich «Kündigung des Alters», was so keinen Sinn ergibt. Der im Begriff enthaltene Genitiv müsste daher im Sinne von «Kündigung des Alters wegen» verstanden werden. Diese Aussage trifft jedoch nicht immer auf die in der Praxis anzutreffenden Konstellationen zu, in deren Zusammenhang der Begriff häufig verwendet wird. Oft steht er im Kontext mit jenen Sachverhalten, in denen Arbeit-

⁷⁹⁹ Art. 336a Abs. 1 und 2 OR.

⁸⁰⁰ Statt vieler vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rn. 630.

⁸⁰¹ Z.B. BGE 132 III 115 oder BGer 4A_384/2014, Urteil vom 12. November 2014; für eine (nicht abschliessende) Übersicht über die weitere diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung siehe PÄRLI, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 108 f.

⁸⁰² Vgl. mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung und eingehender Besprechung dazu RUDOLPH, S. 639 ff.

⁸⁰³ Vgl. DAPHINOFF/HELLER, Rn. 3.

⁸⁰⁴ Vgl. PÄRLI, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 108 (Überschrift zu Tabelle 3); HUMBERT, Alterskündigung, S. 868 ff.; RUDOLPH, S. 637 ff.; HUMBERT/LERCH, Rn. 11.85 ff.; DAPHINOFF/HELLER, Rn. 3.

⁸⁰⁵ Vgl. DAPHINOFF/HELLER, Rn. 3; HUMBERT, Alterskündigung, S. 868 ff.; HUMBERT/LERCH, Rn. 11.85 ff.

⁸⁰⁶ RUDOLPH, S. 639 f.

geben vorgeworfen wird, gegenüber älteren Arbeitnehmern die gebotene Fürsorge nicht oder nicht genügend gewahrt zu haben.⁸⁰⁷

Im Sinne terminologischer Klarheit wäre es daher vorzuziehen, stattdessen von «Kündigungen gegenüber älteren Personen» als Oberbegriff zu sprechen, und erst dann auf den Begriff «Alterskündigung» zu rekurrieren, sobald *prima vista* das Alterskriterium als Kündigungsursache in Erscheinung tritt.

Vorliegend geht es jedoch weniger darum, Terminologien zu kritisieren, sondern vielmehr zu prüfen, inwiefern die Rechtsprechung unter Art. 336 OR einen Schutz vor Diskriminierungen basierend auf dem Kriterium Alter gewährleistet. Dazu nun was folgt:

2.5.2. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR gelten Kündigungen explizit dann als missbräuchlich, wenn sie aufgrund einer Eigenschaft ausgesprochen werden, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit eigen ist. Das Alter gehört unbestrittenermassen zu diesen persönlichen Eigenschaften.⁸⁰⁸ Darin erblicken sowohl die Rechtsprechung als auch die herrschende Lehre einhellig ein Diskriminierungsverbot.⁸⁰⁹ Dieses Diskriminierungsverbot verdrängt in der Rechtspraxis das Rechtsmissbrauchsverbot in Art. 2 Abs. 2 ZGB.⁸¹⁰

Die Bestimmung nennt zwei zulässige Rechtfertigungsgründe, in denen sich zugleich unter anderem die vom Gesetzgeber getroffene Abwägung zwischen dem Grundrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung und jenem auf Vertragsfreiheit in Erscheinung tritt. Demnach gilt das Abstellen auf ein Persönlichkeitsmerkmal dann als zulässig, soweit es mit dem Arbeitsverhältnis in einem engen Zusammenhang steht oder die Zusammenarbeit wesentlich beeinträchtigt.⁸¹¹ Lässt sich ein

⁸⁰⁷ Vgl. z.B. HUMBERT/LERCH, Rn. 11.85 ff.

⁸⁰⁸ PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 336 Rn. 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 336 Rn. 5.

⁸⁰⁹ BGE 127 III 86, E. 2.a; REHBINDER/STÖCKLI, BE Kommentar (der Arbeitsvertrag), Art. 336 Rn. 11; sinngemäss auch PORTMANN/WILDHABER, Rn. 689, und PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Rn. 4, sowie STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 336 Rn. 5, die allesamt in diesem Zusammenhang von «Diskriminierungskündigung» sprechen.

⁸¹⁰ Siehe dazu die Würdigung zu Art. 2 Abs. 2 ZGB im Abschnitt G. § 3. II. 2.2.2.

⁸¹¹ Art. 336 Abs. 1 lit. a zweiter Halbsatz OR.

solcher Rechtfertigungsgrund nachweisen, dann ist nicht von einer missbräuchlichen Kündigung auszugehen.

Nach der Lehre werden keine hohen Anforderungen an den Rechtfertigungsgrund des «*engen Zusammenhangs*» gestellt.⁸¹² Es genügt bereits, wenn die infrage stehende persönliche Eigenschaft die Arbeits- oder Treuepflicht des Arbeitnehmers beeinflusst.⁸¹³ Der zweite Rechtfertigungsgrund der «*wesentlichen Beeinträchtigung der Zusammenarbeit*» wird von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH als redundant betrachtet, weil eine wesentliche Beeinträchtigung immer auch einen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis beinhaltet.⁸¹⁴

Gerade in Bezug auf das Alterskriterium hat das Bundesgericht in der Vergangenheit den Rechtfertigungsstatbestand für eine merkmalsbezogene Kündigung bemerkenswert grosszügig ausgelegt. Es tat dies beispielsweise in BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, als es eine Kündigung wegen Überschreitens des Rentenalters als nicht missbräuchlich einstufte:

Der Fall betraf einen 70-jährigen, privatrechtlich angestellten Lehrer.⁸¹⁵ Die privatrechtlich organisierte Arbeitgeberin betrieb eine Bildungsstätte, die später von einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung übernommen werden sollte.⁸¹⁶ Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer noch vor dem Betriebsübergang und führte dazu zur Begründung an, dass der Arbeitnehmer das Pensionierungsalter längst erreicht habe, eine öffentlich-rechtliche Anstellung bei der übernehmenden öffentlich-rechtlichen Einrichtung ausgeschlossen sei und eine privatrechtliche Weiterbeschäftigung aus Gründen der Gleichbehandlung mit öffentlich-rechtlichen Angestellten ausser Betracht falle.⁸¹⁷

Der Kündigungsgrund war somit das Alter – was auch das Bundesgericht bestätigte.⁸¹⁸ Der Arbeitnehmer, dem gekündigt wurde, setzte sich gegen diese Kündigung zur Wehr und machte geltend, die Kündigung sei missbräuchlich, weil sie

⁸¹² Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 336 Rn. 5 mit weiteren Hinweisen.

⁸¹³ Vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 336 Rn. 5.

⁸¹⁴ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 336 Rn. 5.

⁸¹⁵ BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, A.

⁸¹⁶ BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, A und E. 3.3.

⁸¹⁷ BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, E. 3.3.

⁸¹⁸ BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, E. 3.4.

ihn wegen seines Alters diskriminiere.⁸¹⁹ Das Bundesgericht gelangte jedoch zu einem anderen Schluss. Eine Kündigung ist laut Bundesgericht bei Erreichen des Pensionsalters grundsätzlich nicht missbräuchlich.⁸²⁰ Es hob zudem hervor, dass im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis eine unmittelbare Berufung auf das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV nicht möglich sei.⁸²¹

Als argumentative Stütze verwies das Bundesgericht im anschliessenden *obiter dictum* auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), nach der es – so das Bundesgericht sinngemäss – basierend auf der Richtlinie 2000/78/EG auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen legitim sei, Altersgrenzen zu setzen. Dies entspreche – gemäss der dortigen Rechtsprechung – einem legitimen sozialpolitischen Ziel.⁸²² Das bundesgerichtliche *obiter dictum* ist nach hier vertretener Ansicht durchaus kritisch zu sehen:

Zunächst lagen in zwei vom Bundesgericht zitierten Urteilen des EuGH, nämlich den beiden Fällen *Hörnfeldt* sowie *Fuchs und Köhler*, keine privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse vor.⁸²³ Der Staat hat ganz allgemein in seinem Handeln öffentliche Interessen zu berücksichtigen und muss auch – je nachdem – sozialpolitisch definierte Ziele beachten. Für private Verhältnisse gilt dies aus Schweizer Sicht grundsätzlich nicht.

Abgesehen davon ist sämtlichen vom Bundesgericht ins Feld geführten Urteilen des EuGH⁸²⁴ eines gemeinsam: Das infrage stehende sozialpolitische Ziel muss

⁸¹⁹ BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, E. 3.1 und E. 3.4.

⁸²⁰ BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, E. 3.4.

⁸²¹ BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, E. 3.4.

⁸²² BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, E. 3.4.

⁸²³ EuGH v. 5.7.2012, Rs. C-141/11, *Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB*, ECLI:EU:C:2012:421, Rn. 12: Herr Hörnfeldt war Angestellter des Postdienstes; EuGH v. 21.7.2011, verbundene Rs. C-159/10 und Rs. C-160/10, *Fuchs (C-159/10), Köhler (C-160/10) v Land Hessen*, ECLI:EU:C:2011:508, Rn. 18: Herr Fuchs und Herr Köhler waren beide als Oberstaatsanwälte angestellt.

⁸²⁴ Also auch jenen, in denen tatsächlich ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis den Ausgangspunkt bildete, nämlich EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA*, ECLI:EU:C:2007:604, sowie EuGH v. 12.10.2010, Rs. C-45/09, *Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, ECLI:EU:C:2010:601.

immer im nationalen Recht angelegt sein.⁸²⁵ Zwar ist nicht erforderlich, dass das nationale Recht explizit ein spezifisches Ziel normiert. Der EuGH verlangt jedoch, dass «[...] andere – aus dem allgemeinen Kontext der betreffenden Massnahme abgeleitete – Anhaltspunkte die Feststellung des hinter dieser Massnahme stehenden Ziels ermöglichen [...]».⁸²⁶ Grundlage dafür ist stets eine nationale Norm, aus der der EuGH in der Regel anhand einer historischen und teleologischen Auslegung das Massnahmenziel ableitet.⁸²⁷ Es ist folglich nicht so, dass der EuGH ein Massnahmenziel ohne irgendeine nationale Rechtsgrundlage akzeptiert.

Dies bedeutet, ein privatrechtlicher Akteur muss sich aus EU-rechtlicher Sicht stets auf eine Norm im nationalen Recht berufen können, wenn er sozialpolitische Motive zur Benachteiligung älterer Arbeitnehmer ins Feld führen will.⁸²⁸ Es ist jedenfalls nicht dem Belieben Privater anheimgestellt, in kreativer Findigkeit irgendwie geartete sozialpolitische Ziele zu definieren, um dadurch letztlich ihrem Handeln den Anschein einer Legitimation zu verleihen.

Diesen wichtigen Aspekt hat das Bundesgericht unterschlagen. Auf welche im Schweizer Recht angelegte sozialpolitische Regelung das Bundesgericht sich schliesslich bezieht, bleibt verborgen. Die Ausführungen des Bundesgerichts lassen jedoch keinen Zweifel daran, dass es bereit ist, Altersgrenzen wegen (zumindest vermeintlicher) sozialpolitischer Motive in zivilrechtlichen Verhältnissen zu akzeptieren. Eine andere Frage ist es aber, ob seine rechtsvergleichenden Ausführungen zur Rechtsprechung des EuGH tatsächlich einer rechtlichen Betrachtung standhalten.

In der vor Bundesgericht massgebenden Konstellation wies das Alter jedenfalls keinen engen Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis in der Art auf, dass es die Zusammenarbeit wesentlich beeinflusste. Gleichwohl akzeptierte das Bundesge-

⁸²⁵ EuGH v. 5.7.2012, Rs. C-141/11, *Hörnfeldt*, ECLI:EU:C:2012:421, Rn. 21; EuGH v. 21.7.2011, *Fuchs (C-159/10)*, *Köhler (C-160/10) v Land Hessen*, ECLI:EU:C:2011:508, Rn. 39 mit zahlreichen weiteren Hinweisen sowie Rn. 52; EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 53 ff.; EuGH v. 12.10.2010, Rs. C-45/09, *Rosenblatt*, ECLI:EU:C:2010:601, Rn. 38 ff.

⁸²⁶ Vgl. nur schon EuGH v. 5.7.2012, Rs. C-141/11, *Hörnfeldt*, ECLI:EU:C:2012:421, Rn. 24, oder EuGH v. 12.10.2010, Rs. C-45/09, *Rosenblatt*, ECLI:EU:C:2010:601, Rn. 58.

⁸²⁷ Vgl. z.B. EuGH v. 5.7.2012, Rs. C-141/11, *Hörnfeldt*, ECLI:EU:C:2012:421, Rn. 25 ff.: Hier berücksichtigte der EuGH die Entstehungsgeschichte einer schwedischen Bestimmung, die die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses auf das 67. Lebensjahr zulies, und leitete daraus den damit verfolgten Zweck ab.

⁸²⁸ Siehe dazu die späteren Ausführungen im Abschnitt H. § 3. II. 6.5.

richt die Rechtfertigung der Arbeitgeberin, welche bloss auf das Erreichen eines bestimmten Alters abstellte.

2.5.3. Würdigung

In der Praxis zu Art. 336 Abs. 1 lit. a OR findet keine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Diskriminierungsformen statt, und es sind auch keine Konturen einer strukturierten Rechtfertigungsprüfung erkennbar.

Art. 336 Abs. 1 lit. a OR bietet ausserdem keinen Schutz vor indirekten Diskriminierungen: Das Vorliegen eines Kündigungsmisbrauchs im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR beurteilt sich nach dem Motiv und nicht nach der Wirkung, die ein Kündigungsmotiv hat. So muss sich die Kündigung stets auf ein bestimmtes Persönlichkeitsmerkmal beziehen, wie z.B. das Alter. Indirekte Diskriminierungen zeichnen sich aber eben gerade dadurch aus, dass sie nicht auf ein bestimmtes Merkmal gerichtet sind, sondern neutral daherkommen. Erst in der Wirkung auf das Abstellen auf ein vermeintlich neutrales Kriterium manifestiert sich die indirekte Diskriminierung. Nimmt sich beispielsweise ein Arbeitgeber vor, Kosten zu sparen, und selektiert er dann jene Arbeitnehmer mit den höchsten Lohnnebenkosten (z.B. Beiträge an die berufliche Vorsorge), dann geraten tendenziell ältere Arbeitnehmer in den Fokus der Kündigungsmassnahme. Eine Kündigung auf Basis dieser Selektion ist möglicherweise indirekt diskriminierend. Da aber eine Kostenersparnis und nicht das Alter das Motiv der Kündigung war, wäre eine solche Kündigung wohl nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR. Wollte man nach dieser Bestimmung auch Fälle indirekter Diskriminierung als missbräuchlich qualifizieren, müsste von einer alleinigen Berücksichtigung des Kündigungsmotivs abgerückt werden und zusätzlich auch die tatsächliche Wirkung der Kündigung als Massstab miteinbezogen werden, um darüber zu urteilen, ob sich nun ein Kündigungsmisbrauch zugetragen hat.

Unklar ist ferner, wie Kündigungen im Rahmen von Korrelationen oder Assoziationen bewertet würden. In diesen Fällen wird das Alter als Stellvertreterkriterium (z.B. für die Arbeitsleistung) herangezogen. Eine Klärung darüber tut dringend not:

Eine blossе Assoziation zwischen Alter und Leistung vermag für sich alleine keine Rechtfertigungsbasis zu bilden, denn sie beruht naturgemäss lediglich auf einer diffusen Intuition.⁸²⁹ Es ist daher nicht einzusehen, wie eine Assoziation als Nach-

⁸²⁹ Grundsätzlich zu Präferenzen, Assoziationen und Korrelationen siehe Abschnitt E. § 2. IV und in Zusammenhang mit statistischen Diskriminierungen siehe die Ausführungen in F. § 4. V.

weis für den unter Art. 336 Abs. 1 lit. a OR erforderlichen Nachweis der wesentlichen Beeinträchtigung der Zusammenarbeit taugen soll.

Auch eine Korrelation – also ein statistisch fundierter Zusammenhang zwischen Alter und (z.B.) Leistung⁸³⁰ – dürfte kaum als Rechtfertigung taugen, denn die Korrelation weist keine tatsächliche Beeinträchtigung der Zusammenarbeit nach, sondern schafft höchstens eine Vermutung über eine bestimmte Eigenschaft, welche die Zusammenarbeit beeinträchtigen *könnte*. Ist man gleichwohl gewillt, eine Korrelation als rechtfertigenden Nachweis zu akzeptieren,⁸³¹ dann müsste immerhin eine vertiefte Prüfung der zugrundeliegenden Daten, der Legitimität des Korrelationsziels sowie der Verhältnismässigkeit der Korrelation an sich vorgenommen werden. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung finden sich bislang keine dahingehenden Erwägungen.

Nebst der bereits erwähnten Abwesenheit einer Rechtfertigungsstruktur, die mit jener für das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot entwickelten vergleichbar wäre, ist zudem festzustellen, dass das Bundesgericht die Rechtfertigungsmöglichkeiten speziell in Bezug auf das Alterskriterium ausgeweitet hat. Es wurde mit Blick auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse und mit Verweis auf die Richtlinie 2000/78/EG angedeutet, dass selbst sozialpolitische Ziele und damit öffentliche Interessen als Rechtfertigungsgrund für Kündigungen wegen des Alters gereichten. Diese auslegungswise Ausdehnung des Rechtfertigungstatbestands in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist nach hier vertretener Ansicht *contra legem*, da sozialpolitische Motive nicht der in Art. 336 OR geforderten Beeinträchtigung der Zusammenarbeit aufgrund eines Persönlichkeitsmerkmals entsprechen.⁸³²

Gesamtbetrachtet eignet sich Art. 336 Abs. 1 lit. a OR nicht für einen umfassenden Antidiskriminierungsschutz in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil er sich im Übrigen nur auf die Phase der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bezieht.

⁸³⁰ Zum Begriff Korrelation oben im Abschnitt E. § 2. IV.

⁸³¹ Der Wortlaut von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR verlangt explizit das Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung der Zusammenarbeit aufgrund des betroffenen Merkmals. Eine Korrelation weist das Vorhandensein einer solchen Beeinträchtigung nicht nach, sondern kann allenfalls eine Vermutung über eine Eigenschaft schaffen. Insofern dürfte selbst eine Korrelation nicht als rechtfertigender Nachweis taugen.

⁸³² Siehe dazu die vorangegangenen Ausführungen zu BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, unter G. § 3. II. 2.5.2.

2.6. Diskriminierungsverbot im Rahmen von Art. 337 OR

Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis nach Art. 337 Abs. 1 OR jederzeit aus wichtigen Gründen auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.⁸³³ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine fristlose Kündigung nur bei Vorliegen einer besonders schweren Verfehlung gerechtfertigt.⁸³⁴ Als Verfehlung gilt dabei eine Vertragsverletzung.⁸³⁵

Das Erreichen eines Alters oder das Vorhandensein anderer Persönlichkeitsmerkmale ist nach dem hier eingenommenen Standpunkt nie eine Verfehlung und damit kein ausreichender Grund für eine fristlose Kündigung. Wird eine fristlose Kündigung allein aufgrund eines Persönlichkeitsmerkmals ausgesprochen, erfolgte sie so gesehen ungerechtfertigt. Insofern beinhaltet Art. 337 OR ein Diskriminierungsverbot.

Ein solches in Art. 337 Abs. 1 OR enthaltenes Diskriminierungsverbot sollte in Bezug auf alle Erscheinungsformen von Diskriminierung gelten. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lassen sich jedoch keine diesbezüglichen Anhaltspunkte in Bezug auf das Alterskriterium entnehmen, so dass offenbleiben muss, wie die einzelnen Diskriminierungsformen im Lichte von Art. 337 Abs. 1 OR tatsächlich beurteilt würden.

III. Beweis und Rechtsfolgen

1. Allgemeines

In diesem Abschnitt wird im Groben dargelegt, welche zivilrechtlichen Ansprüche einem Diskriminierungsopfer möglicherweise zustehen. Dabei wird freilich die Annahme getroffen, das materielle Recht sanktioniere jedwede Diskriminierungsart. Die Ausführungen sind daher teilweise hypothetischer Natur. Ihr Zweck liegt im Aufzeigen der Schwierigkeiten, mit denen sich ein Diskriminierungsopfer bei der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche konfrontiert sehen kann. Auch

⁸³³ Art. 337 Abs. 2 OR.

⁸³⁴ Statt vieler und mit weiteren Hinweisen BGE 142 III 579, E. 4.2.

⁸³⁵ PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 337 Rn. 2 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 337 Rn. 2.

diese Problematiken müssen bei der Erarbeitung von Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung Beachtung finden.

Im Folgenden werden die Beweislastverteilung und das Beweismass (2.) dargelegt und anschliessend die vertraglichen und ausservertraglichen Ansprüche und deren Anspruchsvoraussetzungen einschliesslich jener aus der Vertragsanbahnungsphase angesprochen (3.–5.). Dabei wird auch auf besondere Beweisschwierigkeiten hingewiesen. Genugtuungsansprüche (6.) sowie die Frage nach einer Kontrahierungspflicht (7.) werden gesondert besprochen. Schliesslich folgt eine abschliessende Würdigung (8.).

2. Vom Beweis

Grundsätzlich gilt die allgemeine Beweislastverteilungsregel nach Art. 8 ZGB. Nach dieser hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet, soweit das Gesetz es nicht anders bestimmt.

Eine hier bedeutsame Abweichung von der allgemeinen Beweislastverteilungsregel besteht in Art. 97 Abs. 1 OR. Diese sieht in Zusammenhang mit Vertragsverletzungen vor, dass die Schuld der vertragsverletzenden Partei vermutet wird.⁸³⁶ Es obliegt dann der beklagten Partei, den Beweis des Gegenteils zu erbringen beziehungsweise nachzuweisen, dass sie keine Schuld trifft. Allerdings liegt es in der Natur von Diskriminierungen, dass diese sich unabhängig von einer Schuldfrage realisieren.⁸³⁷ Insofern steht es in Widerspruch zum verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot, eine Schuld beziehungsweise Unschuld nachweisen zu müssen. Die in Art. 97 Abs. 1 OR enthaltene Abweichung von der allgemeinen Beweislastverteilungsregel ist daher aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive keine echte Beweislasteichterung.

Grundsätzlich gelangt das sogenannte Regelbeweismass zur Anwendung, wonach der Beweis dann als erbracht gilt, «[...] wenn der Richter aufgrund objektiver Gesichtspunkte von der Verwirklichung einer Tatsache überzeugt ist und allfällige vorhandene Zweifel nicht als erheblich erscheinen [...]».⁸³⁸ Der Beweis kann

⁸³⁶ Vgl. WIEGAND, BS Kommentar OR, Art. 97 Rn. 42. Es ist umstritten, ob diese Bestimmung auch auf Vertragsanbahnungsverhältnisse analog angewendet werden kann, wenn es anschliessend nicht zu einem Vertragsschluss kommt. Näheres dazu siehe die Ausführungen unter G. § 3. III. 4.

⁸³⁷ Dazu in Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 2 BV siehe die Ausführungen in G. § 3. II. 1.5.1 sowie in Zusammenhang mit Art. 14 EMRK siehe die Ausführungen in G. § 3. I. 4.5.1.

⁸³⁸ LARDELLI/VETTER, BS Kommentar ZGB, Art. 8 Rn. 17 mit weiteren Hinweisen.

dabei gemäss Art. 168 Abs. 1 ZPO⁸³⁹ erbracht werden durch Zeugen, Urkunden, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskunft sowie Parteibefragungen und Beweisaussagen.

Glaut nun ein Bewerber, er sei im Zuge eines Bewerbungsverfahrens aufgrund seines Alters benachteiligt worden, dann muss er dies beweisen. Anders als es Art. 6 GlG für bestimmte Fälle von Geschlechterdiskriminierung vorsieht,⁸⁴⁰ ist *de lege lata* keine vergleichbare Beweislast erleichterung für Fälle von Altersdiskriminierungen vorgesehen und es genügt daher auch nicht, eine Diskriminierung bloss glaubhaft zu machen.

Arbeitnehmer profitieren immerhin von einer Rechtsprechungspraxis, wonach das Regelbeweismass reduziert wird, soweit es gilt, ein Kündigungsmotiv im Zuge einer missbräuchlichen Kündigung nachzuweisen. In solchen Fällen genügt der Nachweis mit dem Grad hoher Wahrscheinlichkeit, dass ein bestimmtes Kündigungsmotiv der Kündigung zugrunde liegt.⁸⁴¹

3. Ansprüche aus Vertrag

Denkbare Rechtsfolgen einer Diskriminierung im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses sind Schadenersatzansprüche oder im Falle einer missbräuchlichen Kündigung Entschädigungsansprüche gemäss Art. 336a OR. Eine missbräuchliche Kündigung hat grundsätzlich keine Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Kündigung zur Folge.⁸⁴²

Schadenersatzansprüche aus bestehenden Arbeitsverhältnissen richten sich nach Art. 97 Abs. 1 OR. Tatbestandlich vorausgesetzt werden eine Vertragsverletzung,

⁸³⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.

⁸⁴⁰ Art. 6 GlG sieht eine Beweislast erleichterung vor, indem bezüglich Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung eine Diskriminierung vermutet wird, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Wurde die Geschlechterdiskriminierung glaubhaft gemacht, tritt eine Beweislastumkehr ein, wonach der Arbeitgeber beweisen muss, dass die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts gerechtfertigt war (vgl. dazu STEIGER-SACKMANN, Kommentar GlG, Art. 6 Rn. 47).

⁸⁴¹ BGE 125 III 277, E. 3.c.

⁸⁴² Siehe dazu insbesondere die Ausführungen betreffend Kontrahierungszwang im Abschnitt G. § 3. III. 7.

ein Schaden, ein kausaler Zusammenhang zwischen Schaden und Vertragsverletzung sowie ein Verschulden (hier des Arbeitgebers).⁸⁴³

Soweit ein Arbeitgeber diskriminiert und damit eine Pflichtverletzung z.B. nach Art. 328 OR begeht, konstituiert dies eine Vertragsverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR. Um einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen, muss dem Diskriminierungsopfer grundsätzlich ein vermögensmässiger Schaden entstanden sein, der sich entweder in einer Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven niederschlägt.⁸⁴⁴ Ferner muss der Arbeitgeber die Vertragsverletzung verschuldet haben.

Rechtsfolgenseitig ist dem Geschädigten das positive Vertragsinteresse zu ersetzen. Das heisst, das Diskriminierungsopfer ist so zu stellen, als ob der Arbeitgeber seine Pflichten vollumfänglich erfüllt hätte.⁸⁴⁵ Eine Genugtuung gehört nicht dazu.⁸⁴⁶ Als Schaden kommt etwa ein Lohnausfall infrage, bei dem sich z.B. zeigt, dass er die Folge einer auf eine Diskriminierung zurückzuführenden Arbeitsverhinderung ist (z.B. Krankheit). Die Schadenssumme dürfte in der Praxis in vielen Fällen jedoch eher gering sein, wird doch ein Lohnausfall gerade in solchen Konstellationen häufig zu grossen Teilen durch Leistungen einer Krankentaggeldversicherung ausgeglichen, die sich der betroffene Arbeitnehmer wohl anrechnen lassen muss.⁸⁴⁷

Wie verhält es sich in Bezug auf Diskriminierungen im Bereich von finanziellen Leistungen, wie z.B. dem Lohn? Bemisst sich der Schaden am höheren Lohn? Das Bundesgericht hat sich mit den beiden Konzepten «*levelling up*» und «*levelling down*» in der Vergangenheit in Zusammenhang mit der Geschlechterdiskriminierung befasst.⁸⁴⁸ Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG sieht in Bezug auf die Geschlechterdiskriminierung die «*[...] Zahlung des geschuldeten Lohns [...]*» vor. Das Bundesgericht entschied, dass sich der geschuldete Lohn aus der Differenz zum höheren

⁸⁴³ Statt vieler WIEGAND, BS Kommentar OR, Art. 97 Rn. 5 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁸⁴⁴ So genannte «*Differenztheorie*», SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 14.03 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁸⁴⁵ WIEGAND, BS Kommentar OR, Art. 97 Rn. 38a.

⁸⁴⁶ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 17.01. Ein Genugtuungsanspruch kann allerdings unter bestimmten Voraussetzungen nach Art. 49 Abs. 1 OR kumulativ neben einem Schadenersatzanspruch bestehen; dazu sogleich im Abschnitt G. § 3. III. 6.

⁸⁴⁷ Eine andere Frage ist es, ob die zur Leistung verpflichtete Krankentaggeldversicherung aus eigenem Recht einen Schaden gegenüber dem fehlbaren Arbeitgeber geltend machen kann.

⁸⁴⁸ BGE 124 II 436, E. 11.a mit weiteren Hinweisen.

Lohn ergibt («levelling up»)⁸⁴⁹. Jedoch gilt dies nach Ansicht des Bundesgerichts nur rückwirkend für die Vergangenheit. Die Lohngleichheit könne – so das Bundesgericht sinngemäss – mit Blick auf künftige Leistungen auch durch eine Senkung der höheren Löhne bewirkt werden («levelling down»)⁸⁵⁰. In Bezug auf das Alterskriterium besteht keine vergleichbare Regulierung oder Rechtsprechung. Es muss daher offengelassen werden, ob sich der aus einer Altersdiskriminierung entstandene Schaden im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR am Niveau der von der bevorzugten Person oder Gruppe empfangenen Vorteile bemisst.

Mit Blick auf die Beweisfrage dürfte dem Diskriminierungsopfer nur schon der Nachweis der Vertragsverletzung Schwierigkeiten bereiten. Dies beispielsweise dann, wenn die Diskriminierung auf einen *Bias* in einem Algorithmus zurückzuführen ist.⁸⁵¹ Dies ist durchaus ein Grund, die Beweislastverteilung, wie sie Art. 8 ZGB vorsieht, zu überdenken.

Auch der Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Schaden und Vertragsverletzung stellt eine grosse Beweishürde dar. Denn die Diskriminierung muss sich so auswirken, dass daraus ein Vermögensschaden entsteht. Ist eine Arbeitsunfähigkeit und damit einhergehend ein etwaiger Lohnausfall eine Folge der Diskriminierung, dann muss der Arbeitnehmer beweisen, dass die Arbeitsunfähigkeit effektiv auf den Vorgang der Diskriminierung zurückzuführen ist. An dieser Stelle wird nicht dafür plädiert, die Beweishürde für den Kausalitätsnachweis abzuschaffen. Scheitern Diskriminierungsopfer aber regelmässig an diesem Nachweis, dann hat dies zur Folge, dass ein Diskriminierungsszenario keine hinreichend abschreckende Wirkung auf Arbeitgeber hat. Diese Beweiserschwerung ist daher ein Argument dafür, in Diskriminierungsfällen pauschale Sanktionen zulasten der fehlbaren Arbeitgeber vorzusehen.

Solche pauschalen Sanktionen existieren aktuell lediglich im Bereich missbräuchlicher Kündigungen gemäss Art. 336a Abs. 1 und 2 OR in Form einer Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen. Wie aber bereits dargelegt wurde, gewährt der Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen kaum einen ausreichenden antidiskriminierungsrechtlichen Schutz, weshalb auch die Sanktionen für Kündigungsmisbräuche aus der Perspektive des Antidiskriminierungsschutzes nicht hinreichend wirksam sind.

⁸⁴⁹ BGE 124 II 436, E. 11. d.

⁸⁵⁰ BGE 124 II 436, E. 11. b f.

⁸⁵¹ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt E. § 2. III.

Was die Verschuldensfrage angeht, so wurde bereits angedeutet, dass es nicht dem Diskriminierungsoffer obliegt, ein Verschulden nachzuweisen. Das Verschulden wird nach der Konzeption von Art. 97 Abs. 1 OR vermutet.⁸⁵² Es obliegt dann gemäss Art. 97 Abs. 1 OR dem Arbeitgeber, sich zu exkulpieren, indem er nachweist, dass ihn keine Schuld trifft. An dieser Stelle tut sich nun ein spezielles Problemfeld auf:

Die tatbestandliche Pflichtverletzung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR besteht in der Diskriminierung selbst und nicht bloss in der Benachteiligung. Eine Diskriminierung kann nur dann bestehen, wenn sich die Benachteiligung nicht hinreichend rechtfertigen lässt.⁸⁵³ Folglich müsste bereits im Rahmen der Pflichtverletzung aufgezeigt werden, dass der Benachteiligung die Rechtfertigung abgeht. Im Rahmen der Verschuldensfrage kann es hingegen nicht um die Rechtfertigung der Benachteiligung gehen, sondern vielmehr darum, wer in subjektiver Hinsicht die Schuld trägt.

Lässt man diese Verschuldenskonzeption auch in Diskriminierungsfällen gelten, ergeben sich diverse Schwierigkeiten:

Kann sich der Arbeitgeber z.B. in Fällen indirekter Diskriminierung darauf berufen, die disproportionale Betroffenheit der diskriminierten Gruppe sei einem nicht beabsichtigten Zufall geschuldet?

Ferner stellt sich beispielsweise die Frage, wem das diskriminierende Verhalten anzurechnen ist. Der Arbeitgeber kann sich exkulpieren, indem er den Nachweis erbringt, dass die Diskriminierung auf einem *«Zufall oder eine[m] ihm nicht zuzurechnende[n] Drittverschulden»* beruht.⁸⁵⁴ Setzt der Arbeitgeber einen diskriminierenden Algorithmus ein, ist zu beantworten, ob sich der Arbeitgeber einer vertraglichen Haftung entziehen kann, wenn er nachweist, dass er alle Sorgfalt bei der Auswahl des Algorithmus angewendet hat. Muss sich das Diskriminierungsoffer dann mit ausservertraglichen Ansprüchen an die Herstellerfirma des Algorithmus wenden?⁸⁵⁵

⁸⁵² Vgl. WIEGAND, BS Kommentar OR, Art. 97 Rn. 42.

⁸⁵³ Siehe dazu in Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 2 BV die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. II. 1.6 und mit Blick auf Art. 14 EMRK jene in G. § 3. I. 4.6.

⁸⁵⁴ WIEGAND, BS Kommentar OR, Art. 97 Rn. 42.

⁸⁵⁵ Zu dieser spezifischen Fragestellung siehe WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, BS Kommentar OR, Art. 101 Rn. 9a.

All dies ist problematisch, denn es liegt in der Natur von Diskriminierungen, dass sie gerade eben weder eine Absicht noch ein Verschulden erfordern.⁸⁵⁶ Im Grunde genommen müsste eine Diskriminierung *de lege ferenda* eine verschuldensunabhängige Haftung auslösen, wollte man das völkerrechtliche und verfassungsmässige Diskriminierungsverbot im Zivilrecht konsequent umsetzen.⁸⁵⁷ Aufgrund der Tatsache, dass die Diskriminierungsverbote einzig durch eine völker- und verfassungskonforme Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln Wirkungen erzeugen, können die geltenden materiell-rechtlichen Beweiserfordernisse nicht ignoriert werden, und es bleibt folglich *de lege lata* bei einer in Diskriminierungskonstellationen unbefriedigenden, vertraglichen Verschuldenshaftung.

4. Ansprüche aus Vertragsanbahnungsverhältnis

Schadenersatzansprüche im Bereich des Vertragsanbahnungsverhältnisses wie der Bewerbung lassen sich unter die Rechtsfigur *culpa in contrahendo* subsumieren, denn zwischen dem Bewerber und dem die Stelle ausschreibenden Arbeitgeber kommt mit der Bewerbung eine Sonderverbindung zustande.

Dabei ist umstritten, ob Pflichtverletzungen im Rahmen dieser ausservertraglichen Phase den Regeln der Vertragshaftung analog zu Art. 97 Abs. 1 OR oder jenen der deliktischen Haftung unterworfen sind.⁸⁵⁸ Die herrschende Lehre spricht sich für die analoge Anwendung der vertraglichen Regeln nach Art. 97 Abs. 1 OR aus.⁸⁵⁹ Ausgehend davon hat eine diskriminierte Person hier wie dort im Rahmen einer Vertragsverletzung dieselben Tatbestandselemente nachzuweisen. Ein potentiell Diskriminierungsopfer sieht sich bei einer Berufung auf *culpa in contrahendo*

⁸⁵⁶ Siehe dazu beispielsweise die Ausführungen zu Art. 8 Abs. 2 BV im Abschnitt G. § 3. II. 1.5.1.

⁸⁵⁷ Dies ist nicht mit einer Kausalhaftung gleichzusetzen, denn eine Haftung soll nicht bereits dort bestehen, wo sich eine Benachteiligung ereignet hat. Eine Haftung soll erst dann bestehen, wenn eine Benachteiligung nicht gerechtfertigt werden kann. Dem Beschuldigten muss es also offenstehen, das ihm zur Last gelegte Verhalten zu rechtfertigen.

⁸⁵⁸ Das Bundesgericht qualifiziert die Rechtsfigur *culpa in contrahendo* als einen Haftungstatbestand *sui generis*, vgl. BGE 134 III 390, E. 4.3.2; zum Theorienstreit siehe SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rn. 48.01 ff.

⁸⁵⁹ WIEGAND, BS Kommentar OR, Einl. zu Art. 97–109 Rn. 10; FURRER/MÜLLER-CHEN, Kap. 18 Rn. 98; BERGER, Rn. 1998; tendenziell auch SCHWENZER/FOUNTOLAKIS, Rn. 48.01 ff.; a.M. KOLLER, Rn. 28.28.

folglich mit denselben Beweishürden konfrontiert, wie sie bereits im Bereich der Vertragsverletzung angesprochen wurden, weshalb darauf verwiesen wird.⁸⁶⁰

Ein bedeutender Unterschied ist auf der Ebene der Rechtsfolge zu verorten: Im Unterschied zur vertraglichen Haftung gilt grundsätzlich bloss das negative Vertragsinteresse als ersatzfähig.⁸⁶¹ Dies bedeutet, die betroffene Person – hier der Bewerber – ist so zu stellen, wie wenn sie nie von der Stellenausschreibung gehört hätte.⁸⁶² Zu ersetzen sind demnach bloss jene Aufwände, die im Hinblick auf die Bewerbung getätigt wurden und die sich in einem vermögensmässigen Schaden im Sinne einer Vermögensdifferenz niederschlagen. Das sind z.B. Portokosten für den Versand einer Bewerbung⁸⁶³ oder Fahrtkosten mit Blick auf ein Bewerbungsgespräch. Diese Schadenspositionen sind jedoch derart gering, dass sie sich in ihrer Geringfügigkeit kaum dazu eignen, Arbeitgeber dazu anzuhalten, Vorkehren gegen Diskriminierungen zu treffen.

In Zusammenhang mit der Haftung aus einem Vertragsanbahnungsverhältnis ist es ausserdem denkbar, dass ein aufgrund einer Diskriminierung nachteiliger Vertragsabschluss rückgängig gemacht wird.⁸⁶⁴ Es gilt dann zu beurteilen, ob der gesamte Vertrag als unwirksam zu betrachten ist oder ob sich die Unwirksamkeit im Rahmen einer teleologischen Reduktion nur auf die nachteiligen Aspekte beschränkt und diese anschliessend richterlich gemessen an einem hypothetischen Parteiwillen ergänzt werden. Die Lehre spricht sich zugunsten einer teleologischen Reduktion der Unwirksamkeit aus.⁸⁶⁵

5. Ausservertragliche Ansprüche

Ausserhalb der vertraglichen Haftung kann sich ein Diskriminierungsopfer zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs auf eine deliktische Haftung des

⁸⁶⁰ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. III. 3.

⁸⁶¹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 47.13.

⁸⁶² WIEGAND, BS Kommentar OR, Einl. zu Art. 97–109 Rn. 10 mit weiteren Hinweisen; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 14.31.

⁸⁶³ Abgesehen davon, dass Portokosten sehr geringfügig sind und sich der Prozessweg für diese offensichtlich nicht lohnen würde, sind solche Kosten heute eine nahezu museale Rarität, da Bewerbungen praktisch nur noch elektronisch verschickt werden.

⁸⁶⁴ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 47.14.

⁸⁶⁵ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 39.08.

Arbeitgebers berufen. Die Anspruchsgrundlage dazu bildet Art. 41 Abs. 1 OR.⁸⁶⁶ Gemäss dieser Bestimmung ist zu Schadenersatz verpflichtet, wer einem anderen widerrechtlichen Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit. Die Widerrechtlichkeit zeichnet sich dadurch aus, dass ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt sein muss. Die Verletzung der Persönlichkeit begründet nach Art. 28 ZGB eine widerrechtliche Schädigung – vorausgesetzt der Eingriff in die Persönlichkeit ist nicht gerechtfertigt.⁸⁶⁷

Nebst dem, dass ein Diskriminierungsopfer, das sich auf Art. 41 Abs. 1 OR beruft, die Tathandlung beziehungsweise das Verhalten, die widerrechtliche Schädigung und den Kausalzusammenhang nachweisen muss, kommt erschwerend hinzu, dass es dem Diskriminierungsopfer – im Gegensatz zur vertraglichen Haftung nach Art. 97 Abs. 1 OR – überdies obliegt, dem Schädiger Vorsatz oder zumindest Fahrlässigkeit nachzuweisen. Damit bestehen im Bereich der deliktischen Haftung deutlich höhere Beweishürden als im Bereich der vertraglichen Haftung, wodurch die ohnehin schon schwierige Beweisführung in Bezug auf eine Diskriminierung zusätzlich erschwert wird.

6. Genugtuungsansprüche

Eine durch Diskriminierung in ihrer Persönlichkeit verletzte Person kann gestützt auf Art. 49 Abs. 1 OR eine Genugtuung fordern, sofern die Schwere der Verletzung dies rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist. Die Genugtuung kann zusätzlich zu Schadenersatzansprüchen hinzutreten, weil sie nicht als Kompensation für wirtschaftliche Schäden gedacht ist, sondern als Wiedergutmachung für erlittene seelische Unbill.⁸⁶⁸

⁸⁶⁶ Die in Art. 41 Abs. 2 OR vorgesehene Haftung aus sittenwidriger Schädigung wird in Fällen, in denen das Gebot von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB verletzt wird, durch die Vertrauenshaftung absorbiert, vgl. KESSLER, BS Kommentar OR, Art. 41 Rn. 41; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 51.05 ff., definieren vier Fallgruppen, die durch Art. 41 Abs. 2 OR erfasst werden: die Verleitung zum Vertragsbruch, Schädigung im Rahmen von Versteigerungen, Ablehnung eines Vertragsschlusses bei Monopolstellung sowie Missbrauch einer formalen Rechtsstellung – alle diese Fallgruppen passen nicht zu diskriminierungsrechtlichen Konstellationen im Bereich der zivilen Erwerbstätigkeit, weshalb hier nicht weiter auf Art. 41 Abs. 2 OR eingegangen wird.

⁸⁶⁷ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 50.13 ff., sowie KESSLER, BS Kommentar OR, Art. 41 Rn. 33, beide jeweils mit weiteren Hinweisen.

⁸⁶⁸ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Rn. 17.01 f. mit weiteren Hinweisen.

In der Rechtsprechungspraxis sind einige Fälle bekannt, in denen Genugtuungsansprüche in Zusammenhang mit Diskriminierungen gutgeheissen wurden. Beispielsweise wurden im Bereich der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder Ethnie Genugtuungssummen im Bereich von 5'000 CHF zugesprochen.⁸⁶⁹ In einem anderen Fall betreffend Altersdiskriminierung, in welchem die Bewerbung des Klägers von der beklagten Arbeitgeberin aufgrund seines Alters abgewiesen wurde, lehnte das Obergericht des Kantons Zürich einen Anspruch auf Genugtuung ab.⁸⁷⁰

Ausgehend davon zeigt sich, dass – wenn überhaupt – nur mit mittleren dreistelligen Genugtuungssummen gerechnet werden kann. Solche Summen sind gerade für Grossunternehmen eher eine *quantité négligeable*. Sie eignen sich daher kaum als Abschreckungskulisse.

Von der Genugtuung zu unterscheiden sind die Entschädigungsansprüche, die aus einer missbräuchlichen Kündigung resultieren. Diese betragen bis zu sechs Monatslöhne.⁸⁷¹

7. Kontrahierungspflicht und Kündigungsnichtigkeit

Die Frage nach der Kontrahierungspflicht infolge einer abgewiesenen Bewerbung und der Kündigungsnichtigkeit wurde bereits in Zusammenhang mit dem Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 2 Abs. 2 ZGB angetönt.⁸⁷²

In Bezug auf die Frage nach einer Kontrahierungspflicht ist festzustellen, dass in der Literatur teilweise sinngemäss vertreten wird, die Berufung auf Art. 2 Abs. 2 ZGB könne in bestimmten Konstellationen eine Kontrahierungspflicht bezie-

⁸⁶⁹ Siehe Tribunal de Prud'Hommes de l'Arrondissement de Lausanne, Urteil vom 10. Oktober 2005 (T304.021563), besprochen in: PÄRLI, Urteilsbesprechung, S. 23 f.; siehe Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Urteil vom 13. Januar 2006 (AN050401/U1), besprochen in: PÄRLI, Urteilsbesprechung, S. 24 f.

⁸⁷⁰ Siehe dazu die Sachverhaltsausführungen zum vorinstanzlichen Verfahren in Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 23. November 2015 (LA150046-O/U), E. 2.a.

⁸⁷¹ Art. 336a Abs. 2 OR.

⁸⁷² Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. II. 2.2.2.

hungsweise einen Kontrahierungszwang bewirken.⁸⁷³ Eine solche Rechtsfolge soll jedoch nicht für Rechtsverhältnisse gelten, die ein besonderes Vertrauen erfordern.⁸⁷⁴ Es stellt sich nun also die Frage, ob dies auch mit Blick auf den Abschluss von Arbeitsverträgen gilt.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat bislang noch keine solche Kontrahierungspflicht bezogen auf Arbeitsverhältnisse bestätigt. Die Gerichtspraxis zeigt vielmehr, dass selbst in Konstellationen offensichtlicher Diskriminierung die Geltendmachung eines Rechtsmissbrauchsverbots und damit letztlich die Kontrahierungspflicht als mögliche Rechtsfolge von den Betroffenen nicht in Erwägung gezogen wird. Diese Fälle werden vielmehr unter der Rechtsfigur *culpa in contrahendo* und somit in Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 1 ZGB abgehandelt.⁸⁷⁵

Auch im Schrifttum werden Zweifel an einer Kontrahierungspflicht geäussert. So wendet PÄRLI ein, dass der Kontrahierungspflicht die Konzeption der Kündigungsfreiheit entgegenstehe mit der Folge, dass einem zwangskontrahierten Arbeitnehmer anschliessend gekündigt werden könne. Denn – so PÄRLI – selbst eine nach Art. 336 OR missbräuchlich ausgesprochene Kündigung bleibe wirksam.⁸⁷⁶

Es finden sich jedoch verschiedene Anhaltspunkte, die darauf hindeuten, dass die Nichtigkeit einer Kündigung nicht gänzlich ausgeschlossen ist.⁸⁷⁷ Ein solches In-

⁸⁷³ Dies, weil die Ablehnung der Bewerbung unwirksam wäre, womit der Offertempfänger sich passiv verhielte und gestützt darauf ein Zustandekommen des Vertrags durch Stillschweigen gemäss Art. 6 OR herleiten lässt, siehe ARNET, Rn. 493 ff.; ähnlich auch GÖKSU, der im Beseitigungsanspruch einer Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28a Abs. 1 Ziff. 2 ZGB eine Anspruchsgrundlage für eine Kontrahierungspflicht sieht, GÖKSU, Kontrahierungspflicht, S. 52 f.

⁸⁷⁴ Vgl. ARNET, Rn. 493 ff., und GÖKSU, Kontrahierungspflicht, S. 52 f.; auch NAGUIB, Diskriminierende Verweigerung Vertragsabschluss, S. 1008 f., der sich in der Tendenz gegen einen Kontrahierungszwang im Bereich von Arbeitsverhältnissen ausspricht; ebenso vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1283 f., der die Kontrahierungspflicht aber aus anderen Gründen ablehnt.

⁸⁷⁵ Siehe im Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, LA150046-O/U, Urteil vom 23. November 2015, E. 2.a, die zusammengefassten vorinstanzlichen Erwägungen aus dem Urteil des Arbeitsgerichts Zürich, AN 050401/U1 vom 13. Januar 2006.

⁸⁷⁶ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1283; ebenso PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 336 Rn. 3. Davon ausgenommen sind freilich jene Kündigungen, die während einer laufenden Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 OR ausgesprochen werden. Diese sind gemäss Art. 336c Abs. 2 OR stets nichtig.

⁸⁷⁷ Dies nebst jenen Kündigungen, die während einer laufenden Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 OR ausgesprochen werden. Diese gelten gemäss Art. 336c Abs. 2 OR stets als nichtig.

diz findet sich in einem Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2019.⁸⁷⁸ Darin hatte das Bundesgericht unter anderem zu beurteilen, ob ein Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Betriebsübernahme trotz vorgängiger Kündigung gemäss Art. 333 Abs. 1 OR auf den übernehmenden Dritten übergegangen ist. Die Vorinstanz hatte erwogen, dass die *in casu* zuvor ausgesprochene Kündigung darauf abgezielt habe, Art. 333 OR zu umgehen. Sie schloss daraus, dass das Arbeitsverhältnis ungeachtet der Kündigung auf den Dritten übergegangen sei.⁸⁷⁹ In seinem Urteil bestätigte das Bundesgericht diese Sichtweise.⁸⁸⁰ Dies bedeutet im Ergebnis, dass die Kündigung als rechtlich inexistent und damit als nichtig qualifiziert wurde.⁸⁸¹

Einen weiteren Hinweis sieht ein Teil der Lehre ausserdem im Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 in Verbindung mit Art. 7 lit. a des Freizügigkeitsabkommens⁸⁸² sowie mit Art. 9 Abs. 4 Anhang I zum FZA. Nach Art. 9 Abs. 4 Anhang I zum FZA sind Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend den Zugang zur Beschäftigung, die Beschäftigung, die Entlöhnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen insoweit *nichtig*, als sie für ausländische Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Vertragsparteien sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen. Dies – nach einem Teil der Lehrmeinungen – entspricht einem umfassenden Diskriminierungsverbot, das sich auf alle Phasen von Arbeitsverhältnissen bezieht.⁸⁸³ Laut JUNGHANSS ist diese Bestimmung ausserdem weit auszulegen, so dass auch eine Kündigung aufgrund der Staatsangehörigkeit als nichtig anzusehen ist.⁸⁸⁴

Ferner sind durchaus Lehrmeinungen anzutreffen, die Art. 2 Abs. 2 ZGB in Ausnahmefällen auch auf Kündigungen im Arbeitsverhältnis zur Anwendung bringen wollen. Dies lässt sich damit begründen, dass der Regelungsgegenstand des Rechtsmissbrauchsverbots im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB ein anderer ist als jener von Art. 336 OR. Letzterer verlangt im Unterschied zu Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen «*offenbaren Rechtsmissbrauch*», sondern lässt den Missbrauch an sich schon

⁸⁷⁸ BGer 4A_102/2019, Urteil vom 20. Dezember 2019.

⁸⁷⁹ BGer 4A_102/2019, Urteil vom 20. Dezember 2019, Sachverhalt A–B.

⁸⁸⁰ BGer 4A_102/2019, Urteil vom 20. Dezember 2019, E. 3.

⁸⁸¹ Vgl. dazu auch die Urteilsbesprechung von GLOOR, S. 1 ff.

⁸⁸² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA) vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681.

⁸⁸³ JUNGHANSS, Rn. 1182, sowie PÄRLI, Kündigungsschutz, S. 1539.

⁸⁸⁴ JUNGHANSS, Rn. 1212.

genügen. Art. 336 OR ist so gesehen keine *lex specialis* zu Art. 2 Abs. 2 ZGB.⁸⁸⁵ Es liesse sich daher vertreten, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, in besonders krassen Fällen rechtsmissbräuchlicher Kündigungen das jeweilige Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten beziehungsweise die Kündigung als nichtig anzusehen.

Im Bereich von Kündigungen hat sich – ungeachtet der vorstehenden Hinweise – das Institut des offenbaren Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB gegenüber jenem des Kündigungsmisbrauchs im Sinne von Art. 336 OR in der Rechtspraxis nicht durchgesetzt. Im Ergebnis verdrängt die Kündigungsfreiheit nach Art. 335 Abs. 1 OR die Nichtigkeitsfolge nach Art. 2 Abs. 2 ZGB. Diese Kraft des Faktischen kann hier nicht ausser Acht gelassen werden, zumal im Kontext der vorliegenden Arbeit zu beantworten ist, inwiefern die Schweiz über einen wirksamen Antidiskriminierungsschutz verfügt.

Dem Einwand von PÄRLI wird daher beigeplant: Wenn eine diskriminierende Kündigung im arbeitsvertraglichen Kontext in der realen Praxis nicht mit Nichtigkeitsfolge behaftet ist,⁸⁸⁶ ergibt eine Kontrahierungspflicht aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Sinn.⁸⁸⁷ Anders zu argumentieren, hiesse, asymmetrische Rechtsfolgen hinzunehmen, in denen die Bewerbungskonstellation eine Zwangskontrahierung zur Folge haben kann, während umgekehrt die Kündigungskonstellation zu keinem vergleichbaren, spiegelbildlichen Ergebnis führte. Hinzu kommt, dass eine zwangsweise Anstellung eher noch zum Fortbestehen der bereits im Rahmen der Bewerbung erlebten Diskriminierung beitragen würde.

Schliesslich spricht auch ein ganz praktischer Grund gegen einen Kontrahierungszwang: Wird beispielsweise durch einen diskriminierenden Algorithmus eine Vielzahl von Bewerbern abgewiesen, ist es aus Arbeitgebersicht unmöglich, sämtliche abgewiesenen Bewerber anzustellen. Unmögliches kann nicht verlangt werden.

⁸⁸⁵ Vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 336 Rn. 23, die ausdrücklich vertreten, «[n]ur der **offenbare Missbrauch** eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz», und damit wohl Fallkonstellationen nicht unter Art. 336 OR subsumieren, die im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB *offenbar* rechtsmissbräuchlich sind; SCHWAIBOLD, Kurzkomentar OR, Art. 336 Rn. 6, vertritt ausdrücklich, dass ein offenbar rechtsmissbräuchlich ausgeübtes Kündigungsrecht die Nichtigkeitsfolge entsprechend Art. 2 Abs. 2 ZGB nach sich ziehen kann.

⁸⁸⁶ Davon ausgenommen die während einer Sperrfrist nach Art. 336c OR ausgesprochene ordentliche Kündigung, die stets nichtig ist.

⁸⁸⁷ Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1283.

8. Zusammenfassende Würdigung

Aus den vorangehenden Ausführungen gehen einige bedeutende Schwachstellen im zivilrechtlichen Antidiskriminierungsrecht der Schweiz hervor:

Zunächst sehen sich Diskriminierungsopfer durch die reguläre Beweislastverteilungsregel nach Art. 8 ZGB mit erheblichen Beweishürden konfrontiert.⁸⁸⁸ Ferner sieht das materielle Recht im Rahmen der Geltendmachung vertraglicher Schadenersatzansprüche die Möglichkeit eines Exkulpationsbeweises vor. Damit besteht ein Schuldement im vertraglichen Bereich, das im Widerspruch zum Naturell einer Diskriminierung steht, der tatbestandlich eben keine Schuld voraussetzt.⁸⁸⁹

Schliesslich schaffen die durch das Zivilrecht bereitgestellten Sanktionen kein ernsthaftes Abschreckungsszenario. Im vertraglichen Bereich sind zwar Schadenersatzansprüche denkbar, doch sind die materiell-rechtlichen Beweishürden hoch. In Zusammenhang mit der Vertragsanbahnung beschränken sich die Schadensansprüche zudem auf die vergeblichen Aufwände, die – wenn überhaupt vorhanden – in der Regel vernachlässigbare Summen ausmachen. Selbst Genugtuungssummen sind in Fällen von Diskriminierung derart tief, dass sie wohl eher billigend in Kauf genommen werden, als dass sie dazu anhielten, diskriminierende Geschäftspraktiken zu überdenken. Auch die gesetzlich vorgesehene Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen im Falle eines Kündigungsmissbrauchs erscheint als wenig abschreckend.⁸⁹⁰

Im Sinne symmetrischer Rechtsfolgen wurde ausserdem argumentiert, dass eine Diskriminierung weder eine Kontrahierungspflicht noch eine Kündigungsichtigkeit bewirkt.⁸⁹¹

IV. Zwischenfazit zum Thema Diskriminierungsverbot

Im Zuge der vorangehenden Ausführungen wurde aufgezeigt, dass das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht in Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I sowie Art. 14 EMRK Diskriminierungsverbote bereithält, die auf das Alterskriterium anwendbar sind. Keines der beiden Diskriminierungsverbote entfaltet in der Schweiz unmittelbare Drittwirkung unter Privaten. Gleichwohl schaffen sie eine Verpflich-

⁸⁸⁸ Dazu oben G. § 3. III. 2.

⁸⁸⁹ Dazu oben G. § 3. III. 3.

⁸⁹⁰ Zum Ganzen oben G. § 3. III. 3–6.

⁸⁹¹ Dazu oben im Abschnitt G. § 3. III. 7.

tung, geeignete Vorkehrungen zur Realisierung der Diskriminierungsverbote auch in privaten Arbeitsverhältnissen zu treffen. Wie weit diese Verpflichtung geht, lässt sich allerdings anhand dieser beiden Diskriminierungsverbote nicht abschliessend beurteilen, zumal beispielsweise nicht vollständig klar ist, welche Diskriminierungsformen durch sie erfasst werden.

Ähnliches lässt sich auch über das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV sagen. Auch dieses entfaltet keine unmittelbare Drittwirkung unter Privaten und die Rechtsprechung lässt es offen, welche Diskriminierungsformen überhaupt in seinen Anwendungsbereich fallen. Dies betrifft insbesondere die intersektionelle und die statistische Diskriminierung. Dasselbe gilt aber auch für die Diskriminierung durch Belästigung oder durch Anweisung. Unklar bleibt unter anderem, wie Benachteiligungen, die auf Korrelationen oder Assoziationen zurückzuführen sind, diskriminierungsrechtlich einzuordnen und zu bewerten sind. Welche Anforderungen sollen an Korrelationen gestellt werden, damit sie überhaupt als Rechtfertigungsbasis einer Benachteiligung taugen? Wo ist die Grenze zwischen Korrelation und Assoziation?

Eine höchstrichterliche Klärung gerade solcher Fragen tut angesichts des sprunghaften Aufkommens neuer Technologien not, bedienen sie sich doch algorithmisch hergestellter Korrelationen und schaffen damit vermehrt die Grundlage für Personalentscheidungen.

Ausserdem stellt das Bundesgericht in Bezug auf direkte Diskriminierungen im Gegensatz zur Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK strenge Anforderungen an die Vergleichbarkeit der Situationen. Dadurch laufen Diskriminierungssachverhalte Gefahr, dass ihnen jene Würdigung im Zuge der nachgelagerten Rechtfertigungsprüfung abhandenkommt, die sie grundsätzlich verdienen.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung wird das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot ausserdem asymmetrisch ausgelegt. Dies wirkt sich besonders nachteilig aus auf Konstellationen, in denen das Alterskriterium als Benachteiligungsursache auftritt. Im Gegensatz zu anderen Persönlichkeitsmerkmalen, wie z.B. Rasse oder Geschlecht, lässt das Bundesgericht nämlich bereits sachliche Gründe als Rechtfertigungsgrundlage genügen. Zwar konzidiert es immerhin, dass es diesen Umstand durch einen «strikeren» Verhältnismässigkeitsmassstab kompensieren will. Wie das Bundesgericht diesem Versprechen einer strikteren Verhältnismässigkeitsprüfung in tatsächlicher Hinsicht gerecht wird, bleibt jedoch unklar. Faktisch wird mit dieser Rechtsprechung die Abgrenzung verwischt zwischen solchen Benachteiligungen, deren Legitimation am tieferen Massstab des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 8 Abs. 1 BV zu beurteilen ist, und jenen,

in denen es eine deutlich höhere Rechtfertigungshürde nach Art. 8 Abs. 2 BV zu überwinden gilt. Es droht demnach nach hier vertretener Ansicht eine Aushöhlung des dem Alterskriterium geschuldeten besonderen Schutzes. Dies, obwohl ein höherer Schutz für das Alterskriterium explizit durch Art. 8 Abs. 2 BV vorgeschrieben ist.

Diese bereits im verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot angelegten Schwächen setzen sich im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung einschlägiger zivilrechtlicher Generalklauseln fort und treffen dort mit weiteren spezifischen Problemen des Zivilrechts zusammen. Hier wie dort ist nicht geklärt, welche Diskriminierungsformen durch das Zivilrecht erfasst werden.

Nach dem hier eingenommenen Standpunkt gleicht die Rechtsprechung zu zivilrechtlichen Generalklauseln im Kontext von Diskriminierungen eher einem chaotisch anmutenden Wildwuchs, in dem die von Verfassung und Völkerrecht zum Diskriminierungsverbot vorgegebenen Konturen kaum noch wiederzuerkennen sind. Es fehlt insbesondere an einer luziden Rechtfertigungsstruktur mit Blick auf altersbezogene Benachteiligungen. Auch die sich stellenden Beweishürden sowie ein eher zahnloses Sanktionsregime verhindern einen effektiven und damit wirksamen altersbezogenen Antidiskriminierungsschutz.

Der Schweizer Antidiskriminierungsschutz hinsichtlich des Verbots von Altersdiskriminierung ist gesamt betrachtet unvollständig. Dies wirkt sich in zivilrechtlichen Verhältnissen besonders gravierend aus, weil dort der völkerrechtliche und verfassungsmässig vorgeschriebene Antidiskriminierungsschutz kaum umgesetzt wird. All dies sorgt auf allen Seiten für erhebliche Unsicherheiten: Den Gerichten fehlt es an ausreichenden Leitplanken, wenn es darum geht, eine Güterabwägung zwischen Antidiskriminierungsschutz und beispielsweise Wirtschaftsfreiheit zu treffen.⁸⁹² Potentielle Diskriminierungsopfer vermögen die Erfolgsaussichten einer Diskriminierungsklage nur unzureichend abzuschätzen, und umgekehrt befällt den Arbeitgeber eine erhebliche Rechtsunsicherheit darüber, ob er sich nun tatsächlich ein diskriminierungsrechtlich relevantes Verhalten vorwerfen muss.

⁸⁹² So wog das Bundesgericht in BGE 129 III 276, E. 3.1, die Wirtschaftsfreiheit gegen diskriminierungsfreie Behandlung auf, indem es ausführte, Ungleichbehandlungen basierend auf «sachfremden Motiven» als Rechtfertigung seien nicht automatisch rechtswidrig, denn es gehöre zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, «[...] selber zu bestimmen, welche Motive als *sachgemäss* anzusehen sind». Damit enthielt sich das Bundesgericht davor, Kriterien für die Rechtfertigung in zivilrechtlichen Verhältnissen zu entwickeln.

Der *Status quo* der Umsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung im Erwerbsleben unter Privaten ist jedenfalls lückenhaft und daher ungenügend. Er entspricht weder den völkerrechtlichen noch den verfassungsmässigen Vorgaben.

Den Gerichten ist die schwierige Aufgabe anheimgestellt, mit ihrer Rechtsprechung zur Realisierung der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote sowie des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots unter Privaten beizutragen. Bieten sich den Gerichten jedoch keine Gelegenheiten oder nehmen sie solche nicht wahr, um die Rechtsprechung in Bezug auf die zahlreichen noch offenen Themen auszuweiten und allenfalls die bestehende Rechtsprechung zu überdenken oder sogar zu korrigieren, dann bleibt der Antidiskriminierungsschutz weiterhin durchlässig.

Damit verletzt die Schweiz jedoch die ihr sowohl durch das Völkerrecht als auch durch die Verfassung auferlegte Schutzpflicht («*duty to protect*»). Diese verlangt das Ergreifen spezifischer legislatorischer Massnahmen, wenn sich zeigt, dass trotz völkerrechts- und verfassungskonformer Auslegung des Rechts weiterhin Lücken bestehen.⁸⁹³ Der gegenwärtigen Lückenhaftigkeit ist folglich mit spezifischen antidiskriminierungsrechtlichen Massnahmen Abhilfe zu verschaffen. Dieser Befund findet ausserdem Sukkurs seitens des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Dieser beanstandete 2019 bereits zum zweiten Mal die ungenügende Umsetzung sowohl von Art. 8 Abs. 2 BV als auch von völkerrechtlich statuierten Diskriminierungsverboten.⁸⁹⁴

⁸⁹³ Siehe dazu insbesondere die Ausführungen im Abschnitt G. § 2. III.

⁸⁹⁴ Vgl. UN-ESC, Concluding Observations Switzerland, 2019, Ziff. 20–21, der seinerseits auf die Kritik in UN-ESC, Concluding Observations Switzerland, 2010, Ziff. 7 f., verweist, worin in Ziff. 8 unter anderem auch ausdrücklich auf das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV Bezug genommen wird.

V. Optische Darstellung zum Zwischenfazit

Es werden hier die Schlussfolgerungen aus dem Kapitel § 3 zu den landesrechtlichen Diskriminierungsverboten für die Zwecke einer groben optischen Übersicht zusammengetragen.

	Bewerbungsphase	Phase während Anstellung	Beendigungsphase
Direkte Diskriminierung	Ja	Ja	Ja
Indirekte Diskriminierung	Unklar	Umstritten	Nein
Mehrdimensionale Diskriminierung	Bislang nicht	Bislang nicht	Bislang nicht
Diskriminierung durch Belästigung	Bislang nicht	Bislang nicht	Bislang nicht
Diskriminierung durch Anweisung	Bislang nicht	Bislang nicht	Bislang nicht
Statistische Diskriminierung	Bislang nicht	Bislang nicht	Bislang nicht
Rechtfertigungsstruktur	Diffus	Diffus	Diffus
Beweislastumkehr	Nein	Nein	Nein
Sanktionen	Negatives Vertragsinteresse; geringfügige Genugtuung	Positives Vertragsinteresse, geringfügige Genugtuung	Positives Vertragsinteresse; zusätzlich maximal sechs Monatslöhne Entschädigung
Vollständiger/wirksamer Schutz?	Nein	Nein	Nein
	Unvollständiger und nicht ausreichend wirksamer Schutz vor Altersdiskriminierung im Erwerbsleben		

§ 4 Diskriminierungsprävention

I. Allgemein

Aus präventionsrechtlicher Perspektive werden in diesem Kapitel zwei Aspekte betrachtet: der Datenschutz (II.) und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (III.). Dem Datenschutz kommt dabei eine eminente Bedeutung zu. Mit den Worten von PÄRLI: «*Datenschutzrechtliche Bestimmungen stellen (auch) Instrumente zur Verwirklichung der Ziele des Diskriminierungsschutzes dar.*»⁸⁹⁵ Aber auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers spielt eine wichtige Rolle, denn aus ihr lässt sich eine Pflicht ableiten, den Arbeitnehmer vor Diskriminierungen zu schützen.

II. Diskriminierungsprävention durch Datenschutz

1. Eingrenzungen

Datenschutz hat immer auch mit Privatsphäre zu tun.⁸⁹⁶ Insofern könnten auch völkerrechtliche, verfassungsrechtliche und zivilrechtliche Bestimmungen über den Schutz der Privatsphäre gewürdigt werden. Beispielsweise ist Art. 17 Abs. 1 UNO-Pakt II, der die Privatsphäre gewährleisten will, darauf ausgerichtet, auch persönliche Daten zu schützen.⁸⁹⁷ Gleiches lässt sich auch über Art. 8 EMRK sagen – auch er schützt Personendaten.⁸⁹⁸ Im Kontext der vorliegenden Arbeit geht es um eine Betrachtung jener Schranken, denen die Erhebung bestimmter Daten entsprechend den einschlägigen Datenschutzbestimmungen unterworfen ist. Die Privatsphäre im weiteren Sinn ist hier folglich untergeordneter Natur und wird daher nicht näher thematisiert.

Im Folgenden wird ausserdem das aktuell noch geltende DSG ausgeblendet und stattdessen das vom Parlament in der Herbstsession 2020 verabschiedete neue Datenschutzgesetz (nDSG) betrachtet. Die Referendumsfrist ist bereits abgelaufen und das nDSG harret derzeit einzig seines Inkrafttretens am 1. September 2023.⁸⁹⁹

⁸⁹⁵ PÄRLI, Datenschutz, Rn. 17.10, ebenso WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 477, jeweils mit weiteren Hinweisen.

⁸⁹⁶ EPINEY/SCHLEISS, § 3 Rn. 6.

⁸⁹⁷ ACHERMANN/CARONI/KÄLIN, S. 200 f.

⁸⁹⁸ EPINEY/SCHLEISS, § 3 Rn. 10.

⁸⁹⁹ Medienmitteilung des Bundesrats vom 31. August 2022, abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-90134.html> (zuletzt aufgerufen am 16. Mai 2023).

Es werden ausserdem nur jene Bestimmungen aus dem nDSG thematisiert, die sich auf die Bearbeitung durch private Personen beziehungsweise Arbeitgeber beziehen. Die Bestimmungen für die Datenbearbeitung durch Bundesorgane sind nicht Gegenstand der folgenden Ausführungen

Im Übrigen wird auf separate Ausführungen zum Datenschutzübereinkommen (DSÜ) verzichtet.⁹⁰⁰ Dieses geht im aktuell noch geltenden DSG vollständig auf⁹⁰¹ und tut es umso mehr auch im vergleichsweise detaillierteren nDSG.

2. Probleme und Fokus

Big Data spielt heute eine zunehmende Rolle, insbesondere auch im Bereich der Personalpolitik.⁹⁰² Personalentscheide werden immer häufiger mit Hilfe von *People Analytics* gefällt.⁹⁰³ Die Quellen, aus denen sich Daten gewinnen lassen, sind vielfältig. Jeder hinterlässt unweigerlich Datenspuren, sei es nun im Internet oder sonst wo. Durch die Operationalisierung von Algorithmen mittels modernster Technologie sind den Möglichkeiten zum Zugriff auf Daten auch ausserhalb von Bewerbungsdossiers technisch keine Grenzen gesetzt, und es ist daher ein Leichtes, gestützt auf algorithmisch fabrizierte statistische Vorhersagen über Leistung und Verhalten vermeintlich aussagekräftige Wunsch-Bewerber-Profile zu kreieren.⁹⁰⁴ Der Bewerberpool lässt sich so innert Sekundenbruchteilen anhand beliebig gesetzter Filter auf jene Kandidaten reduzieren, die in das bevorzugte Raster passen. *People Analytics* findet aber auch in bestehenden Arbeitsverhältnissen Anwendung, denn auch hier lassen sich anhand der Analyse von Datenspuren und deren Bewertung Aussagen treffen, die für Arbeitnehmer in bestehenden Arbeitsverhältnissen Konsequenzen haben können. Das mit *People Analytics* bestehende Diskriminierungspotential ist jedenfalls ausgewiesen.⁹⁰⁵

⁹⁰⁰ Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981, SR 0.235.1.

⁹⁰¹ Vgl. Botschaft Datenschutzgesetz, BBl 1988 II 512.

⁹⁰² Zum Begriff *Big Data* siehe oben Abschnitt E. § 2. III.

⁹⁰³ Vgl. WILDHABER/KASPER, Empirische Daten zu *People Analytics* in der Schweiz, S. 760 ff.

⁹⁰⁴ Allgemein zum Thema «*Big Data*» und «*People Analytics*» siehe auch die Ausführungen im Abschnitt oben E. § 2. III sowie unter anderem zu Korrelationen im Abschnitt E. § 2. IV.

⁹⁰⁵ Zum Diskriminierungspotential siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt E. § 2. III.

Mit dieser soeben beschriebenen Problematik beschäftigt sich das nDSG unter dem Begriff «*Profiling*».⁹⁰⁶ Das nDSG sieht für die Datenbearbeitung und -beschaffung ein Portfolio an Schutzmechanismen beziehungsweise rechtlichen Hürden vor. Den Betroffenen werden vor allem mit Auskunfts- und Informationsrechten wichtige Instrumente zur Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte und Grundrechte in die Hände gelegt.⁹⁰⁷ Auch die im nDSG enthaltenen Sanktionen sind von antidiskriminierungsrechtlicher Bedeutung, da diese eine Abschreckungskulisse schaffen.

Ältere Arbeitnehmer sehen sich insbesondere im Bewerbungsverfahren mit Vorurteilen konfrontiert.⁹⁰⁸ Es ist daher naheliegend, dass in dieser Phase ein latentes Diskriminierungspotential besteht. Der Fokus der nachstehenden Betrachtungen wird folglich tendenziell auf das Bewerbungsverfahren gerichtet, was aber nicht bedeutet, dass sich die Ausführungen nicht auch auf bestehende Arbeitsverhältnisse übertragen liessen.

3. Art. 328b OR

Mit Art. 328b OR wird eine zentrale Schranke der zulässigen Datenbearbeitung definiert. Laut Art. 328b zweiter Satz OR dürfen Daten eines Arbeitnehmers nur dann bearbeitet werden, soweit sie dessen *Eignung* für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur *Durchführung* des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind.

Die Eignung betreffen laut Bundesgericht nur jene Daten, die von unmittelbarem objektivem Interesse für das spezifische Arbeitsverhältnis sind, was sich nach dessen vorgesehener Dauer, der zu verrichtenden Arbeit, der Art des Betriebs sowie der zukünftigen Stellung des Arbeitnehmers beurteilt.⁹⁰⁹ KASPER vertritt, dass der nach Art. 328b OR zulässige Zweck der Datenbearbeitung möglicherweise überschritten werde, wenn berufliche Daten mit nichtberuflichen Daten für die Eignungsabklärung verknüpft würden.⁹¹⁰ Dieser Punkt ist in der Praxis relevant,

⁹⁰⁶ Siehe dazu die Legaldefinition in Art. 5 lit. f nDSG.

⁹⁰⁷ Siehe die Zweckbestimmung in Art. 1 nDSG.

⁹⁰⁸ Dazu oben im Abschnitt C. § 2.

⁹⁰⁹ Vgl. BGE 132 II 161, E. 4.2: Die Ausführungen des Bundesgerichts beziehen sich zwar auf die generelle Auskunftspflicht im Zuge einer Bewerbung. Daraus lässt sich aber *e contrario* schliessen, dass ein Bewerber nicht verpflichtet ist, darüber hinausgehende Auskünfte zu erteilen. Wo keine Auskunftspflicht besteht, da kann auch kein Auskunftsrecht bestehen.

⁹¹⁰ KASPER, S. 187.

denn es kommt durchaus vor, dass auf nicht berufsbezogene Daten zurückgegriffen wird.⁹¹¹ Solche Daten können aus bekannten Internetplattformen stammen, wie beispielsweise *Facebook* oder *Instagram*, oder aus Sportplattformen, wie *Strava* oder *Datasport*. Gerade Letztere geben nicht selten Aufschluss über das Alter, die sportliche Leistungsfähigkeit und die Ausdauer⁹¹² – Daten also, die für die Bewertung des Arbeitsleistungspotentials möglicherweise wertvoll sind. Die Datenbeschaffung aus solchen nichtberuflichen Quellen wäre so gesehen unzulässig.

Daten, die für die Durchführung des Arbeitsvertrags notwendig sind, stehen demgegenüber in der Regel mit administrativen Angelegenheiten in Zusammenhang. Dies kann z.B. die Erfassung der Arbeitszeit⁹¹³ oder der Austausch von Daten mit Sozialversicherungseinrichtungen⁹¹⁴ sein. Es sind auch weitere Konstellationen vorstellbar, in denen zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses Daten bearbeitet werden müssen.⁹¹⁵

Nach Rechtsprechung und Literatur ist Art. 328b OR auch im Bewerbungsverfahren und somit vor Beginn des Anstellungsverhältnisses anwendbar.⁹¹⁶ Trotz dieser Vorwirkung sollen nach einem Teil der Literatur jene Daten, die nur die Durchführung des Arbeitsverhältnisses betreffen, erst nach Vertragsschluss bearbeitet beziehungsweise erhoben werden dürfen.⁹¹⁷ Beschlägt das Alterskriterium die Stelleneignung nicht, darf folglich das Alter konsequenterweise erst nach Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses erhoben werden.

⁹¹¹ WILDHABER/KASPER, Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz, S. 767.

⁹¹² Bei *Datasport* z.B. ist das Alter direkt einsehbar. Man muss dazu bloss via die Suchleiste den Namen eingeben: <https://www.datasport.com/de/mydssearch/> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

⁹¹³ Art. 46 ArG iVm Art. 73 Abs. 1 lit. c ArGV 1.

⁹¹⁴ Z.B. gestützt auf die Mitwirkungspflicht nach Art. 28 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.

⁹¹⁵ Vgl. zum Ganzen mit zahlreichen Beispielen KASPER, S. 191 ff.

⁹¹⁶ BGe 2C_103/2008, Urteil vom 30. Juni 2008, E. 6.2; PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 328b Rn. 34–39; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 328b Rn. 4.

⁹¹⁷ PÄRLI, Datenschutz, Rn. 17.18.

4. Datenschutzgesetz *de lege ferenda*

4.1. Zweck

Art. 328*b* zweiter Satz OR verweist ergänzend auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz,⁹¹⁸ der dadurch integralen Bestandteil des Arbeitsrechts bildet. Der Zweck des nDSG besteht gemäss seinem Art. 1 im Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von natürlichen Personen, über die Personendaten verarbeitet werden. Als Datenbearbeitung gilt nach Art. 5 lit. d nDSG jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Verändern, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder Vernichten von Daten.

Personendaten sind solche, die sich gemäss Art. 5 lit. a nDSG auf eine bestimmte Person oder bestimmbare Person beziehen. Das Alter gehört folglich für sich genommen nicht zu den geschützten Personendaten, da sich mit einer nackten Zahl kein Bezug zu einer bestimmbaren Person herstellen lässt. Als geschütztes Personendatum gilt das Alter hingegen dann, wenn das Alter in Verbindung mit anderen Daten die Identifikation einer Person ermöglicht.⁹¹⁹

Umstritten ist, ob das Datenschutzgesetz dem Schutz vor Datenmissbrauch oder der informationellen Selbstbestimmung dient. Es deutet vieles darauf hin, dass das geltende DSG die informationelle Selbstbestimmung als Schutzzweck miteinschliesst. Und es bestehen darüber hinaus auch Hinweise dafür, dass das nDSG die informationelle Selbstbestimmung nicht bloss miteinschliesst, sondern zu seinem primären Zweck erhebt:

Der Datenschutz beruht auf Art. 13 Abs. 2 BV. Nach seinem Wortlaut gilt, dass jede Person Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten hat. Gestützt auf diesen Wortlaut vertritt BELSER, es sei davon abzusehen, ein allgemeines Recht auf informationelle Selbstbestimmung in diese Norm hineinzu-

⁹¹⁸ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1, das im September 2023 durch das nDSG (Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) *de lege ferenda* gemäss BBl 2020 7639) ersetzt wird.

⁹¹⁹ Vgl. Botschaft nDSG, BBl 2017 7019: Die Botschaft nennt als Beispiel das Geburtsdatum, betont aber zugleich, dass eine bloss theoretische Identifikationsmöglichkeit nicht genügt. Vielmehr komme es auf die Gesamtheit der Mittel an, «[...] die vernünftigerweise eingesetzt werden können, um eine Person zu identifizieren». In Bezug auf die Bestimmbarkeit sollen die Umstände sowie der zeitliche und der finanzielle Aufwand berücksichtigt werden.

lesen.⁹²⁰ MAURER-LAMBROU/KUNZ hingegen bezeichnen in ihrer Kommentierung zum aktuellen DSG die Formulierung in Art. 13 Abs. 2 BV als «missraten» und meinen, der Schutzgehalt des DSG beziehe sich sowohl auf die informationelle Selbstbestimmung als auch auf den Schutz vor Datenmissbrauch.⁹²¹ In einer späteren Kommentierung zu Art. 13 Abs. 2 BV bestätigt BIAGGINI diese Sichtweise.⁹²² Schliesslich spricht auch das Bundesgericht in BGE 140 I 2 nur noch von informationeller Selbstbestimmung, so dass sich daraus ableiten liesse, der primäre Schutzaspekt des DSG bestehe in der informationellen Selbstbestimmung.⁹²³ Mit Blick auf das nDSG trifft diese Schlussfolgerung umso mehr zu, als die Botschaft zum nDSG ausdrücklich die informationelle Selbstbestimmung zum Zweck des nDSG erhebt.⁹²⁴

Nach hier vertretener Ansicht dient das nDSG folglich nicht primär dem Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten oder dem Schutz vor Diskriminierung, sondern in erster Linie der informationellen Selbstbestimmung. Informationelle Selbstbestimmung bedeutet dabei, dass jede Person bezogen auf ihre Personendaten selber darüber bestimmen können muss, «[...] ob und zu welchem Zwecke diese Informationen über sie bearbeitet und gespeichert werden».⁹²⁵ Diese Feststellung ist nicht unerheblich:

Ausdruck informationeller Selbstbestimmung kann beispielsweise sein, wenn ein älterer Bewerber sein Alter zu cachieren versucht, um dadurch der von ihm befürchteten Altersguillotina im Bewerbungsprozess zu entkommen. Inhalt einer gelebten informationellen Selbstbestimmung muss es dann sein, dass Bewerber selbst darüber bestimmen können und sollen, wem sie ihr Alter preisgeben beziehungsweise wer ihr Alter erheben darf.

Im Bewerbungsverfahren (und auch sonst) lassen sich Daten, die eine Person verborgen halten will, unter Umständen leicht auf anderen Wegen beschaffen. Das Alter lässt sich schätzen, beispielsweise anhand der eingereichten Unterlagen wie z.B. Zeugnisse und Diplome. Beispielsweise ein Universitätsabschluss aus dem Jahr 2007 legt die Vermutung nahe, dass die betreffende Person rund 40 Jahre alt

⁹²⁰ BELSER, DSG, § 6 Rn. 121.

⁹²¹ MAURER-LAMBROU/KUNZ, BS Kommentar DSG, Art. 1 Rn. 5.

⁹²² BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 13 Rn. 11.

⁹²³ BGE 140 I 2, E. 9.1.

⁹²⁴ Botschaft nDSG, BBl 2017 7010.

⁹²⁵ BGE 140 I 2, E. 9.1; ebenso Botschaft nDSG, BBl 2017 7010, in der der Wortlaut des vorgenannten Entscheids praktisch unverändert übernommen wurde.

ist. Das Alter liesse sich auch via *Big Data* erheben, wenn der Bewerber auf einer Plattform sein Alter bekanntgegeben hat. Ein solches Vorgehen könnte die informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Person verletzen und dürfte nach dem nDSG wohl keinen Schutz verdienen, wenn die Datenbeschaffung im Übrigen den weiteren nachfolgenden Grundsätzen entgegensteht.

4.2. Allgemeine Grundsätze

Das nDSG formuliert in Art. 6 Grundsätze, an die der Arbeitgeber im Rahmen einer Datenbearbeitung kraft Verweisung in Art. 328b zweiter Satz OR gebunden ist. Dazu gehören die Rechtmässigkeit (Abs. 1), Treu und Glauben und Verhältnismässigkeit (Abs. 2), der Grundsatz der Zweckgebundenheit und Transparenz (Abs. 3), die Datenminimierung (Abs. 4), die Datenrichtigkeit (Abs. 5) und die Freiwilligkeit zur Einwilligung in eine Datenbearbeitung (Abs. 6). Für bestimmte Bearbeitungsvorgänge bedarf es sogar einer *ausdrücklichen* Einwilligung (Abs. 7). Zu Letzteren gehören die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten (Abs. 7 lit. a) sowie das Profiling mit hohem Risiko durch eine private Person (Abs. 7 lit. b).⁹²⁶

Mit dem Einsatz von *People Analytics* besteht eine latente Gefahr, gegen diese Grundsätze zu verstossen: Wurden Daten ursprünglich für einen anderen Zweck erhoben und werden dieselben nun in anderem Kontext wiederverwendet, wird der Grundsatz der Zweckbindung verletzt (Art. 6 Abs. 3 nDSG).⁹²⁷ Sind die Daten erst noch falsch, dann ist überdies der Grundsatz der Datenrichtigkeit betroffen (Art. 6 Abs. 5 nDSG).⁹²⁸ Auch das für *People Analytics* typische Sammeln von Daten auf Vorrat erweist sich angesichts der Verpflichtung zur Datenminimierung als problematisch (Art. 6 Abs. 4 nDSG).⁹²⁹

Im Übrigen kommt im Bewerbungsverfahren sowohl der Transparenz als auch der Einwilligung zur Datenbearbeitung grosse Bedeutung zu, denn es gilt zu beurteilen, für welche Daten es einer – allenfalls ausdrücklichen – Einwilligung bedarf, ob eine erteilte Einwilligung freiwillig erfolgte und mit welchem Ausmass und Umfang an Datenbearbeitung der Betroffene vernünftigerweise rechnen durfte. Darauf wird noch eingegangen.⁹³⁰

⁹²⁶ Zum *Profiling* sogleich im Abschnitt G. § 4. II. 4.5.2.

⁹²⁷ Siehe dazu DAEDELLOW, Rn. 17 ff.

⁹²⁸ Siehe dazu DAEDELLOW, Rn. 17 ff.

⁹²⁹ Siehe dazu DAEDELLOW, Rn. 17 ff.

⁹³⁰ Siehe dazu sogleich die Ausführungen ab G. § 4. II. 4.4.

4.3. Rechtfertigungsgründe

Steht fest, dass durch eine Datenbearbeitung gegen die Grundsätze der Datenbearbeitung verstossen wurde, dann ist die Datenbearbeitung grundsätzlich widerrechtlich, es sei denn, der Datenbearbeiter vermag sich auf eine Rechtfertigung zu berufen (Art. 30 Abs. 1 iVm Art. 31 nDSG).⁹³¹ Als Rechtfertigungsgründe nennt Art. 31 Abs. 1 nDSG die Einwilligung der betroffenen Person (4.3.1.), ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse (4.3.2.) oder eine gesetzliche Rechtfertigung. Letzterem kommt im Kontext der vorliegenden Arbeit kaum Bedeutung zu, weshalb nachstehend nicht speziell darauf eingegangen wird.

4.3.1. Einwilligung

Die Einwilligung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden.⁹³² Sie muss hingegen freiwillig und eindeutig erfolgen.⁹³³ Eine Einwilligung verleiht dem Arbeitgeber jedoch keinen Persilschein zur beliebigen Datengewinnung. Der relativ zwingende Charakter von Art. 328b OR⁹³⁴ hat zur Folge, dass eine Einwilligung grundsätzlich nur so weit gelten kann, als sich die Datenbearbeitung innerhalb der durch Art. 328b OR vorgegebenen Grenzen bewegt. Für eine darüber hinausgehende Datenbearbeitung soll sich ein Arbeitgeber laut KASPER auf die Einwilligung nur dann berufen können, wenn die Datenbearbeitung zugunsten des Arbeitnehmers erfolgt.⁹³⁵

Keine Freiwilligkeit besteht im Übrigen dann, wenn der Betroffene beispielsweise einem Willensmangel unterlegen ist, der Zweck der Datenbearbeitung für ihn nicht erkennbar oder das Ausmass der Datenbearbeitung nicht überschaubar ist.⁹³⁶ Dasselbe trifft auch zu, wenn ein Bewerber einer Datenbearbeitung zustimmen muss. Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn in einem Bewerbungsportal im

⁹³¹ Nach dem Wortlaut des Art. 30 Abs. 1 nDSG liesse sich aber auch umgekehrt annehmen, eine Persönlichkeitsverletzung sei erst dann widerrechtlich, wenn ihr die erforderliche Rechtfertigung abgeht. Vgl. dazu aber die Botschaft zum nDSG, BBl 2017 7072 f., die ein umgekehrtes Verständnis darüber nahelegt.

⁹³² Vgl. Botschaft nDSG, BBl 2017 7027; ebenso KASPER, S. 229.

⁹³³ Dazu ausführlich KASPER, S. 220 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁹³⁴ Der relativ zwingende Charakter ergibt sich aus Art. 362 Abs. 1 OR.

⁹³⁵ Vgl. KASPER, S. 219.

⁹³⁶ Vgl. KASPER, S. 221 mit weiteren Hinweisen.

Datenerfassungsfeld zwingend das Geburtsdatum angegeben oder pauschal einer Datenbearbeitung durch das Setzen eines Häkchens zugestimmt werden muss.⁹³⁷

Mit der Frage nach der Einwilligung verwandt ist ausserdem jene des Zugänglichmachens von Daten. Keine Persönlichkeitsverletzung besteht in der Regel nämlich dann, wenn die betroffene Person die Personendaten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat (Art. 30 Abs. 3 nDSG). Diese Regelung entspricht dem bisherigen Art. 12 Abs. 3 DSG, der im Zugänglichmachen von Personendaten von einer widerlegbaren Vermutung über die Zustimmung zur Datenbearbeitung ausging.⁹³⁸ Zahlreiche Daten sind frei zugänglich, z.B. über das Internet. PFAFFINGER vertritt daher, dass das Kriterium der Zugänglichkeit auch unter Berücksichtigung des Veröffentlichungszwecks beurteilt werden müsse.⁹³⁹ Der Zugriff eines Arbeitgebers auf Daten aus sozialen Netzwerken wie z.B. *Facebook* oder *Instagram* muss daher kritisch beurteilt werden, zumal ein Nutzer in der Regel seine Daten dort nicht in beruflichen Kontexten veröffentlicht. Auf beruflichen Netzwerken wie *LinkedIn* oder *Xing* machen die Nutzer hingegen für sich in beruflichen Belangen Werbung, weshalb die Analyse der dort zur Verfügung gestellten Daten tendenziell als zulässig erscheint.⁹⁴⁰ Gleichwohl bilden nach hier vertretener Ansicht selbst Daten aus beruflichen Plattformen nicht automatisch Freigut für Arbeitgeber, denn die Rechtmässigkeit der Datenerhebung hängt auch davon ab, ob die von der Datenbearbeitung betroffene Person vermungsweise ihre Daten für den infrage stehenden Zweck zur Verfügung gestellt hat.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten sowie das Profiling mit «hohem Risiko» zwingend eine *ausdrückliche* Einwilligung voraussetzen, ohne die die Datenbearbeitung widerrechtlich ist.⁹⁴¹

⁹³⁷ DAEDELLOW, Rn. 20.

⁹³⁸ Dies suggeriert bereits der Wortlaut von Art. 30 Abs. 3 nDSG mit seiner Wendung «in der Regel» und wird im Übrigen auch in der Botschaft zum nDSG, BBl 2017 7072, bestätigt.

⁹³⁹ PFAFFINGER, Stämpflis Handkommentar zum DSG, Art. 30 Rn. 74; RAMPINI, BS Kommentar DSG, Art. 12 Rn. 18.

⁹⁴⁰ Vgl. KASPER, S. 217, der die Analyse von Daten aus berufsbezogenen Netzwerken generell als zulässig ansieht.

⁹⁴¹ Art. 6 Abs. 7 lit. a und b nDSG iVm Art. 30 Abs. 2 lit. a nDSG. Dazu sogleich im Abschnitt G. § 4. II. 4.5.

4.3.2. Überwiegendes privates Interesse

Art. 31 Abs. 2 nDSG zählt in nicht abschliessender Weise Konstellationen auf, in denen von einem überwiegenden Interesse ausgegangen werden kann. Dies trifft gemäss lit. a der Bestimmung unter anderem dann zu, wenn Personendaten über einen Vertragspartner in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags bearbeitet werden. Den zulässigen privaten Interessen werden im arbeitsrechtlichen Bereich durch Art. 328b OR inhaltliche Schranken auferlegt, indem dieser einzig die Bearbeitung jener Daten zulässt, die für die Eignungsabklärung oder für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses von Relevanz sind. Die Ermittlung des Alters eines Bewerbers kann sich daher aus datenschutzrechtlicher Perspektive als nicht zu rechtfertigende Datenbearbeitung erweisen, wenn sich zeigt, dass das Alter keine Rolle für die Eignungsabklärung spielt.

Wird im Rahmen von *People Analytics* beispielsweise ein Algorithmus eingesetzt, der eine Korrelation zwischen Alter und Leistung herstellt, dann ist – nach dem hier vertretenen Standpunkt – danach zu fragen, ob diese Korrelation aus wissenschaftlicher Sicht für die betreffende Stelle tatsächlich angezeigt ist. Ist sie es nicht, dann muss auch darauf geschlossen werden, dass die Erhebung des Alters im Zuge der Bewerbung nicht von Relevanz war für die Eignungsabklärung. Demnach wäre eine solche Datenerhebung nicht durch ein überwiegendes privates Interesse gerechtfertigt und könnte sich als widerrechtlich erweisen, wenn keine anderen Rechtfertigungsgründe ins Feld geführt werden können.⁹⁴²

4.4. Transparenz

Informationelle Selbstbestimmung setzt auch Transparenz bezüglich der Datenbearbeitung und -beschaffung voraus. Transparenz wird gewährleistet, indem Personendaten einerseits nur zu einem bestimmten für die betroffene Person erkennbaren Zweck beschafft werden dürfen (4.4.1.) und andererseits Informationspflichten nachgelebt und Auskunftsrechte umgesetzt werden (4.4.2. und 4.4.3).

4.4.1. Erkennbarer Zweck

Personendaten dürfen gemäss Art. 6 Abs. 3 nDSG nur zu einem bestimmten und für die betroffene Person *erkennbaren* Zweck beschafft werden. Im Rahmen einer Bewerbung muss sich der Zweck der Datenbearbeitung auf die Prüfung beschränken, ob sich der Kandidat für die zu besetzende Stelle eignet. Dies ergibt sich

⁹⁴² Ähnlich DAEDELLOW, Rn. 21.

grundsätzlich auch aus Art. 328b Abs. 1 OR, der ebenfalls im Bewerbungsverfahren zu berücksichtigen ist.⁹⁴³

Gibt nun ein Bewerber sein Alter nicht bekannt und ermittelt der Arbeitgeber dennoch das Alter auf Umwegen, dann entspräche dies nach hier vertretener Ansicht einer zweckwidrigen Datenbearbeitung, denn es ist für einen Bewerber nicht ohne Weiteres von vornherein erkennbar, dass sein Alter etwas mit der Stelleneignung zu tun hat.

4.4.2. Informationspflichten

Gemäss Art. 19 Abs. 1 nDSG ist die betroffene Person angemessen über die Beschaffung von Personendaten zu informieren. Diese Informationspflicht besteht nach dem Gesetzeswortlaut auch dann, wenn die Personendaten nicht bei der betroffenen Person beschafft werden. In jedem Fall ist nach Art. 19 Abs. 2 lit. b nDSG unter anderem der Bearbeitungszweck mitzuteilen.

Auch mit Blick auf automatisierte Einzelentscheidungen besteht gemäss Art. 21 Abs. 1 nDSG eine Informationspflicht, sofern eine Einzelentscheidung ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht und für die betroffene Person mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt. Von einer automatisierten Einzelentscheidung ist dann auszugehen, «[...] wenn keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat».⁹⁴⁴ Die Informationspflicht besteht nach dem Willen des Gesetzgebers im Übrigen auch dann, wenn der Entscheid zwar durch einen Menschen mitgeteilt wird, dieser aber keinen Einfluss auf die inhaltliche Prüfung oder den Einzelentscheid ausüben kann.⁹⁴⁵

Eine Informationspflicht besteht folglich dann, wenn eine automatische Einzelentscheidung durch einen Algorithmus generiert wird (z.B. in Form einer automatischen Absage per E-Mail an einen Bewerber). Dasselbe muss auch gelten, wenn der Entscheid aufgrund der automatischen Datenbearbeitung anschliessend telefonisch durch die für die Rekrutierung zuständige Person mitgeteilt wird, soweit diese angewiesen ist, dem Algorithmusergebnis zu folgen.

KASPER vertritt relativierend, dass die Informationspflicht selten auf «*People Analytics*» Anwendung finden dürfte, weil in den meisten Fällen tatsächlich ein

⁹⁴³ Siehe dazu den Abschnitt G. § 4. II. 3.

⁹⁴⁴ Botschaft nDSG, BBl 2017 7056.

⁹⁴⁵ Botschaft nDSG, BBl 2017 7057.

menschlicher Entscheid im Vordergrund stehe.⁹⁴⁶ Der von KASPER eingenommene Standpunkt muss nach hier vertretener Ansicht insbesondere in der ersten Bewerbungsrunde nicht zutreffen, in der sich Personalabteilungen durchaus mit Hundertschaften an Bewerbungen konfrontiert sehen können. Eine automatisierte Selektion ist dann ein durchaus verlockendes und effizientes Mittel zur Aufwandsreduktion.

Nicht Teil der Informationspflicht ist die inhaltliche Offenlegung eines Algorithmus. Gegen eine Offenlegung sprechen laut der Botschaft zum nDSG z.B. Geschäftsgeheimnisse oder aber auch Daten anderer involvierter Personen.⁹⁴⁷ Immerhin sind die «Grundannahmen der Algorithmus-Logik» mitzuteilen.⁹⁴⁸

4.4.3. Auskunftspflicht

Zur Informationspflicht tritt ergänzend ein allgemeines Auskunftsrecht nach Art. 25 nDSG hinzu. Dieses verleiht jeder Person das Recht, Auskunft darüber zu verlangen, ob Personendaten über sie bearbeitet werden (Art. 25 Abs. 1 nDSG). Inhaltlich sind unter anderem der Bearbeitungszweck mitzuteilen (Art. 25 Abs. 2 lit. c nDSG) sowie gegebenenfalls das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung und die Logik, auf der die Entscheidung beruht (Art. 25 Abs. 2 lit. f nDSG).⁹⁴⁹ Die Auskunft ist grundsätzlich kostenlos zu erteilen (Art. 25 Abs. 6 nDSG).

Das Auskunftsrecht kann ein bedeutendes Mittel zur Durchsetzung von Antidiskriminierungsrechten sein. Namentlich dann, wenn der Verdacht besteht, dass im

⁹⁴⁶ KASPER, S. 203 f.

⁹⁴⁷ KASPER, S. 202 f.

⁹⁴⁸ Botschaft nDSG, BBl 2017 7067; vgl. WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 480, zu den Auskunftsrechten nach Art. 15 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) und dessen Unvermögen, die «*algorithmische Blackbox*» zu öffnen.

⁹⁴⁹ In der Literatur wurde kritisiert, dass das bisherige Auskunftsrecht nach Art. 8 Abs. 1 DSGVO für «Fact-Finding-Missions» zur Vorbereitung von Zivilprozessen missbraucht worden sei (vgl. zu diesem Thema ausführlich SUTER-SIEBER/STUTZ/WIRZ, S. 593 ff.). Unabhängig von einem allfälligen vorprozessualen Taktieren sind die in Art. 25 Abs. 2 lit. a–g nDSG aufgelisteten Informationen mitzuteilen. Dazu zählen auch die Personendaten (Art. 25 Abs. 2 lit. b nDSG). Der Auskunft unterstehen die Personendaten allerdings nur so weit, als sie erforderlich sind, um die Rechte nach dem nDSG geltend zu machen. Zu den Einschränkungen des Auskunftsrechts vgl. Art. 26 und 27 nDSG.

Rahmen einer Bewerbung ein automatisierter Entscheid gefällt und darüber nicht informiert wurde. Spätestens mit dem Auskunftsbeglehen muss der Arbeitgeber einer versäumten Informationspflicht nachkommen.

4.5. Ausdrückliche Einwilligung

In bestimmten Konstellationen bedarf die Datenbearbeitung gemäss Art. 6 Abs. 7 nDSG einer ausdrücklichen Einwilligung. Dies trifft zu bei der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten nach Art. 5 lit. c Ziff. 1–6 nDSG iVm Art. 6 Abs. 7 lit. a nDSG (4.5.1.) sowie beim Profiling mit hohem Risiko gemäss Art. 5 lit. g nDSG iVm Art. 6 Abs. 7 lit. b nDSG (4.5.2.). Fehlt in diesen Fällen eine Einwilligung, gilt die Datenbearbeitung grundsätzlich als widerrechtlich.⁹⁵⁰

4.5.1. Besonders schützenswerte Personendaten

Art. 5 lit. c Ziff. 1–6 nDSG legt in einer abschliessenden Aufzählung fest, welche Personendaten als besonders schützenswert gelten. Innerhalb dieses Katalogs liesse sich das Alter möglicherweise unter Ziff. 4 betreffend biometrische Daten oder Ziff. 2 bezüglich der Intimsphäre subsumieren.

Als biometrische Daten gelten solche, «[...] die durch ein spezifisches technisches Verfahren zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen eines Individuums gewonnen werden und die eine eindeutige Identifizierung der betreffenden Person ermöglichen oder bestätigen».⁹⁵¹ Anhand des blossen Alters lässt sich keine Person identifizieren. Das Alter ist somit kein biometrisches Datum.

Offen bleibt somit noch die Kategorie der «Intimsphäre». Dazu muss die Intimsphäre zunächst von anderen Lebensbereichen abgegrenzt werden. Das Bundesgericht entwickelte dazu die Drei-Sphären-Theorie, gemäss der zwischen der Geheim-, der Privat- und der Öffentlichkeitssphäre unterschieden wird.⁹⁵² Zur Intimsphäre zählen demnach bloss jene Daten, die in die Geheimisphäre des Betroffenen fallen.⁹⁵³

⁹⁵⁰ Art. 6 Abs. 7 lit. a und b nDSG iVm Art. 30 Abs. 2 lit. a nDSG und Art. 31 Abs. 1 nDSG.

⁹⁵¹ Botschaft zum nDSG, BBl 2017 7020.

⁹⁵² BGE 119 II 222, E. 2.b; vgl. BLECHTA, BS Kommentar DSG, Art. 3 Rn. 35 mit weiteren Hinweisen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

⁹⁵³ Vgl. BLECHTA, BS Kommentar DSG, Art. 3 Rn. 36.

Der Geheimbereich bezieht sich laut Bundesgericht auf «[...] *Lebensvorgänge, die eine Person der Wahrnehmung und dem Wissen aller Mitmenschen entziehen bzw. nur mit ganz bestimmten andern Menschen teilen will*». ⁹⁵⁴ Dies entspricht auch der Botschaft zum noch geltenden DSG, die der Intimsphäre all jene Daten zugehörig erklärt, «[...] *die eine Person nur wenigen Auserwählten mitteilt und die für sie von grosser emotionaler Bedeutung sind*». ⁹⁵⁵ Im Gegensatz dazu werden der Privatsphäre all jene Informationen zugeordnet, die der Betroffene mit nahestehenden Personen teilt. ⁹⁵⁶

In der Literatur – und im Übrigen auch in der Botschaft zum nDSG – wird der Bereich der Intimsphäre mit dem Sexualleben exemplifiziert. ⁹⁵⁷ Das Geburtsdatum ist nicht von vergleichbarer Intimität, weshalb es eher in den Privatbereich fällt: Zwar werden üblicherweise Geburtstage und nicht Geburtsjahre gefeiert, so dass das effektive Alter des Jubilars meist verborgen bleibt. Gleichwohl wird nach lebensnaher Erfahrung in der Gesellschaft ein lockerer Umgang mit dem Geburtsjahr gepflegt. Es ist schliesslich keine Seltenheit, dass beispielsweise «runde» Geburtstage zu besonderen Feierlichkeiten Anlass geben und das Alter so einem breiten Publikum bekannt wird.

Entsprechend dem hier eingenommenen Standpunkt gehört das Geburtsdatum nicht zu den besonders schützenswerten Daten im Sinne von Art. 5 lit. c nDSG. Die Konsequenz daraus ist, dass es für die Bearbeitung des Geburtsdatums oder die Erhebung des Alters gestützt auf Art. 5 lit. c nDSG iVm Art. 6 Abs. 7 lit. a nDSG wohl keiner ausdrücklichen Einwilligung bedarf.

4.5.2. Profiling mit hohem Risiko

Das nDSG unterscheidet zwei Arten von Profiling: «gewöhnliches» Profiling (Art. 5 lit. f nDSG) und Profiling mit hohem Risiko (Art. 5 lit. g nDSG). Das Profiling mit hohem Risiko bedarf stets einer ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person (Art. 6 Abs. 7 lit. b nDSG).

In Art. 5 lit. f nDSG wird der Terminus Profiling legaldefiniert. Als Profiling gilt demnach «[...] *jede Art der automatisierten Bearbeitung von Personendaten, die darin besteht, dass diese Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere*

⁹⁵⁴ BGE 118 IV 41, E. 4.

⁹⁵⁵ Botschaft Datenschutzgesetz, BBl 1988 II 446.

⁹⁵⁶ BGE 118 IV 41, E. 4.

⁹⁵⁷ BLECHTA, BS Kommentar DSG, Art. 3 Rn. 35; Botschaft zum nDSG, BBl 2017 7020.

um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönlicher Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen». Das Profiling zeichnet sich somit nicht alleine dadurch aus, dass Personendaten automatisiert *bearbeitet* werden, sondern auch dadurch, dass diese automatisiert *bewertet* werden.⁹⁵⁸ Damit werden insbesondere jene Analysetechniken und Bewertungsinstrumente angesprochen, die üblicherweise in Zusammenhang mit *Big Data* zur Anwendung gebracht werden.⁹⁵⁹ Die Bearbeitung und Bewertung von Personendaten durch Algorithmen sind demnach ein Profiling im Sinne von Art. 5 lit. f nDSG.

Die Tatsache, dass Profiling betrieben wird, lässt noch keine *ausdrückliche* Einwilligungspflicht durch den Betroffenen entstehen. Dazu bedarf es nach Art. 5 lit. g nDSG zusätzlich eines hohen Risikos für die Persönlichkeit oder die Grundrechte. Dies trifft gemäss Art. 5 lit. g nDSG dann zu, wenn das Profiling *«[...] zu einer Verknüpfung von Daten führt, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt»*.

Diese Bestimmung ist auslegungsbedürftig. Dabei ist zunächst vom Wortlaut auszugehen.⁹⁶⁰ Zunächst fällt auf, dass Art. 5 lit. g nDSG im Unterschied zu Art. 5 lit. f nDSG notabene von Daten und nicht von Personendaten spricht. Personendaten lassen sich stets einer bestimmten Person zuweisen, während dies auf Daten nicht unbedingt zutrifft. Es stellt sich daher die Frage, was die gesetzgeberische Intention ist, wenn in Zusammenhang mit Profiling zwischen Daten und Personendaten unterschieden wird. Schliesst der Begriff Daten als weiter Begriff automatisch auch Personendaten mit ein, oder will der Gesetzgeber damit zum Ausdruck bringen, dass mit «Daten» alle übrigen Daten *ausser* Personendaten gemeint sind?

Nach der Legaldefinition in Art. 5 lit. f nDSG gilt als Profiling die Bearbeitung und Bewertung von Personendaten. Derselbe zuvor definierte Begriff wird anschliessend in Art. 5 lit. g nDSG integriert und gleich darauf in dem Sinn ergänzt, dass sich das hohe Risiko aus einer Verknüpfung mit Daten ergibt. Daraus liesse sich der Schluss ziehen, dass Profiling mit hohem Risiko grundsätzlich eine Verknüpfung von *Personendaten* mit *Daten* voraussetzt. Die Materialien deuten allerdings auf ein anderes Verständnis hin, nämlich dass es unerheblich ist, welche Datenart letztlich verwendet wird: Zwar schweigen sich sowohl die Botschaft als auch

⁹⁵⁸ Botschaft nDSG, BBl 2017 7021 f.

⁹⁵⁹ Siehe dazu im Allgemeinen im Abschnitt E. § 2. III.

⁹⁶⁰ BGE 146 III 217, E. 5.

der erläuternde Bericht zu Art. 5 lit. g nDSG aus.⁹⁶¹ Im erläuternden Bericht zum nDSG heisst es aber immerhin, dass unter Profiling «[...] jede Auswertung von Personendaten oder nicht-personenbezogenen Daten [...]» verstanden wird.⁹⁶² Dies kann als Hinweis darauf gesehen werden, dass es nicht primär darauf ankommt, welche Datenart bearbeitet wird, sondern vielmehr, dass die Daten durch ein automatisiertes Verfahren bearbeitet und bewertet werden. Der gesetzgeberische Wille ist folglich nach hier vertretener Auffassung dahingehend auszulegen, dass beide Datenarten unter die Bestimmung von Art. 5 lit. g nDSG subsumierbar sind. Dies ergibt im Übrigen auch Sinn, denn aus der Verknüpfung von Daten lassen sich auch Personendaten gewinnen.⁹⁶³

Weiter verlangt Art. 5 lit. g nDSG, dass die Verknüpfung der Daten «[...] eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt». Welche Aspekte als wesentlich gelten, erhellt sich weder aus der Bestimmung selbst, noch finden sich dazu konkrete Ausführungen in den vorhandenen Materialien.⁹⁶⁴ Nach hier vertretener Ansicht ist dieser Passus als ein Amalgam zu verstehen, das einerseits die aus der Datenverknüpfung resultierende Identifizierbarkeit einer Person und andererseits auch die Bewertbarkeit von Persönlichkeitsaspekten verlangt. Um welche Persönlichkeitsaspekte es sich handeln kann, liesse sich der exemplarischen Auflistung in Art. 5 lit. f nDSG entnehmen, die z.B. die Gesundheit oder die Arbeitsleistung nennt.

Nach dieser Auslegungsweise würde sich Art. 5 lit. g nDSG inhaltlich nicht von Art. 5 lit. f nDSG unterscheiden, denn beiden wäre so gesehen gemeinsam, dass die Person identifizierbar ist und bestimmte Aspekte der Persönlichkeit bewertet werden. Der wesentliche und entscheidende Unterschied besteht jedoch darin, dass lit. g zusätzlich ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der Betroffenen voraussetzt.

Nach Art. 22 Abs. 2 nDSG ergibt sich das hohe Risiko insbesondere bei der Verwendung neuer Technologien aus der Art, dem Umfang, den Umständen und dem

⁹⁶¹ Vgl. Botschaft nDSG, BBl 2017 7021 f., sowie erläuternde Bericht des Bundesamts für Justiz zum Vorentwurf nDSG, S. 44 f.

⁹⁶² Vgl. erläuternde Bericht des Bundesamts für Justiz zum Vorentwurf nDSG, S. 44.

⁹⁶³ Vgl. dazu KASPER, S. 145, der dies mit einem Mosaik vergleicht: Erst durch das Zusammenführen der einzelnen Mosaiksteinchen entsteht ein Gesamtbild, so dass selbst aus der Zusammenführung anonymer Daten ein Bild entstehen kann, durch die eine Person identifizierbar wird.

⁹⁶⁴ Vgl. Botschaft nDSG, BBl 2017 7021 f., sowie erläuternde Bericht des Bundesamts für Justiz zum Vorentwurf nDSG, S. 44 f.

Zweck der Bearbeitung. *People Analytics* im hier verstandenen Sinn entspricht einem Profiling nach Art. 5 lit. f nDSG.⁹⁶⁵ Es werden dazu regelmässig neue Technologien eingesetzt, die es ermöglichen, umfangreiches Datenmaterial auszuwerten. Das Diskriminierungspotential durch *People Analytics* ist zudem ausgewiesen.⁹⁶⁶ Es ist folglich – nach hier vertretener Ansicht – unter anderem dann von einem hohen Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte auszugehen, wenn *People Analytics* zum Zwecke der Entscheidungsfindung in Bezug auf ein abzuschliessendes oder bereits bestehendes Arbeitsverhältnis betrieben wird und dazu direkt oder indirekt auf sensible Persönlichkeitsmerkmale, wie z.B. das Alterskriterium, zurückgegriffen wird. In solchen Konstellationen setzte *People Analytics* wohl eine ausdrückliche Einwilligung voraus.

4.5.3. Folgerung betreffend ausdrückliche Einwilligung

Die Quintessenz ist die, dass ein Arbeitgeber ausserhalb eines Profilings, z.B. durch *People Analytics*, nicht auf eine *ausdrückliche* Einwilligung des Bewerbers für die Erhebung des Alters angewiesen ist. Setzt der Arbeitgeber hingegen *People Analytics* ein, um eine Entscheidungsgrundlage zu schaffen, die den Arbeitnehmer oder den Bewerber betrifft, und wird dabei direkt oder indirekt auf das Alterskriterium rekurriert, bedarf es dazu nach dem hier eingenommenen Standpunkt einer ausdrücklichen Einwilligung der Betroffenen.

Unabhängig davon ist die Ermittlung des Alters in jedem Fall eine Datenbearbeitung, die den Schranken nach Art. 328b OR sowie den allgemeinen Grundsätzen nach Art. 6 nDSG unterworfen bleibt und die ausserdem je nach verwendeter Datenquelle nicht nach Art. 30 Abs. 3 nDSG gerechtfertigt ist.

4.6. Rechtsansprüche, Beweisfrage und Sanktionen

Die Rechtsansprüche, die sich aus einer widerrechtlichen Bearbeitung von Personendaten ergeben, richten sich nach Art. 32 nDSG, der in Abs. 2 insbesondere auf Art. 28a ZGB verweist. Gemäss Art. 28a Abs. 3 ZGB bleiben Klagen auf Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche explizit vorbehalten. Diese beurteilen sich nach Art. 40 ff. OR.⁹⁶⁷ Die Genugtuungssummen entsprechen regelmässig nicht dem, was man als abschreckend horrend bezeichnen könnte, da sie sich sum-

⁹⁶⁵ Zum Begriff *People Analytics* siehe oben Abschnitt E. § 2. III.

⁹⁶⁶ Siehe dazu im Allgemeinen die Ausführungen im Abschnitt E. § 2. III.

⁹⁶⁷ Die Verletzung der Persönlichkeit durch eine Verletzung des Datenschutzes ist eine widerrechtliche Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts nach Art. 40 OR.

menmässig häufig bloss im tiefen bis mittleren fünfstelligen Bereich bewegen.⁹⁶⁸ Nach dem oben begründeten Standpunkt besteht im Übrigen weder ein Anspruch auf Anstellung im Falle einer abgelehnten Bewerbung noch hat sich die Nichtigkeit einer bereits ausgesprochenen Kündigung als Rechtsfolge in der Rechtspraxis durchgesetzt.⁹⁶⁹

Beweislasterleichterungen bestehen keine.⁹⁷⁰ Dies stellt Betroffene gerade mit Blick auf *People Analytics* vor Probleme, denn das nDSG vermittelt keinen Anspruch auf eine inhaltliche Öffnung der operationalisierten Algorithmen.⁹⁷¹ Der Betroffene wird unter diesen Umständen eine Verletzung nach nDSG kaum nachweisen können.

Das nDSG sieht für die Verletzung von Informations-, Auskunft- und Mitwirkungspflichten (Art. 60 nDSG) sowie von Sorgfaltspflichten (Art. 61 nDSG) und Schweigepflichten (Art. 62 nDSG) hingegen ein drakonisches Bussenregime vor. Pflichtverletzungen werden dabei jeweils mit Bussen von bis zu 250'000 CHF bestraft.

5. Würdigung

Der im Arbeitsrecht über Art. 328b OR vorgesehene Datenschutz trägt wesentlich bei zur Stärkung der Transparenz im Rahmen der Datenbearbeitung und damit zur informationellen Selbstbestimmung. Er weist den ausufernden Daten-Eldorado in die Schranken und unterstreicht, dass *Big Data* kein Daten-Selbstbedienungsladen ist, an dem sich Arbeitgeber nach Belieben gütlich tun dürfen.

Das nDSG schafft zudem in Bezug auf das Alterskriterium für die Datenbearbeitung beziehungsweise -beschaffung nach der vorliegenden Einschätzung hohe, durch die Arbeitgeber zwingend zu beachtende Hürden. Einerseits, weil die Erhebung des Alters im Rahmen von *People Analytics* bezogen auf das Arbeitsleben stets der *ausdrücklichen* Einwilligung bedarf.⁹⁷² Und andererseits setzt die Ermitt-

⁹⁶⁸ Vgl. Übersicht über die Rechtsprechung zu Genugtuungssummen in STEHLE/REICHLÉ, Präjudizienbuch OR, Art. 49 Rn. 8.

⁹⁶⁹ Siehe zum Ganzen die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. III. 7.

⁹⁷⁰ Botschaft zum nDSG, BBl 2017 6984; eine Ausnahme bildete Art. 97 Abs. 1 OR, nach dem ein Geschädigter lediglich das Verschulden zu behaupten hätte, der Schädiger jedoch den Beweis erbringen müsste, wonach ihn kein Verschulden trifft.

⁹⁷¹ Dazu oben im Abschnitt G. § 4. II. 4.4.2.

⁹⁷² Dazu oben im Abschnitt G. § 4. II. 4.5.3.

lung oder Verwendung des Alterskriteriums unabhängig von *People Analytics* voraus, dass das Alter mit Blick auf die konkrete Arbeitstätigkeit von Relevanz sein muss.

Das neue Datenschutzgesetz bietet folglich einen effektiven, präventiven Schutz vor Altersdiskriminierungen, weil es sich dazu eignet, diskriminierende Praktiken zu unterbinden.

Eine bedeutende Schwäche ist allerdings darin zu sehen, dass die im nDSG vorgeschriebene Informationspflicht nicht so weit reicht, dass damit auch die «*Öffnung der algorithmischen Blackbox*»⁹⁷³ durchgesetzt werden kann: Der um Auskunft Ersuchende wird z.B. nicht erfahren, von welchen statistischen Korrelationen ein allenfalls zur Anwendung gebrachter Algorithmus ausging. Nur im Bereich der automatisierten Einzelentscheidung muss über die «Logik» des Einzelentscheids informiert werden. Aber auch die Offenlegung dieser Logik allein verschafft kaum die erforderlichen beweismässigen Einsichten, mit denen später eine Diskriminierung nachgewiesen werden könnte. Dies, weil die Offenlegung keine Transparenz betreffend die dem Algorithmus zugrundeliegenden statistischen Daten oder den zugrundeliegenden Programmcode gebietet. Damit bleibt nicht nur ein etwaiger *Bias* in der Datenerhebung selbst verborgen, sondern auch eine allfällige Voreingenommenheit im Programmcode selbst.⁹⁷⁴ Die Informationspflichten und Auskunftsrechte sind folglich kein ausreichend probates Mittel, um Vorurteile im Einsatz von Profiling sowie automatisierten Einzelentscheidungen aufzudecken.

Auch die tendenzielle Geringfügigkeit der durch das nDSG vermittelten Genugtuungssummen sowie eine fehlende Beweislastleichterung zugunsten potentieller Diskriminierungsopfer lassen daran zweifeln, dass eine drohende Klage gegen fehlbare Arbeitgeber zu einem hinreichenden Abschreckungsszenario verhilft, um diese von Verletzungen der ihnen durch das nDSG auferlegten Pflichten abzuhalten. Es ist auch fraglich, ob – gerade mit Blick auf grosse Unternehmen – die vorgesehenen Bussen dazu geeignet sind, eine nennenswerte Korrekturwirkung herbeizuführen.

Der präventive Beitrag gegen Diskriminierung durch das nDSG ist zwar wertvoll, aber es besteht durchaus noch Optimierungsbedarf.

⁹⁷³ Vgl. dazu WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 480.

⁹⁷⁴ Siehe dazu im Allgemeinen die Ausführungen im Abschnitt E. § 2. III.

III. Diskriminierungsprävention: weitere Aspekte

Nebst dem Schutz von Daten bestehen weitere Mechanismen, die potentiell vor Diskriminierung schützen. Nachstehend wird gezeigt, dass insbesondere Art. 6 ArG und Art. 328 Abs. 1 OR den Arbeitgeber dazu verpflichten, seine Arbeitnehmer vor Diskriminierung zu bewahren.

1. Diskriminierungsprävention nach Art. 6 ArG

1.1. Übersicht

Gemäss Art. 6 Abs. 1 erster Satz ArG ist der Arbeitgeber verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Daraus geht hervor, dass zunächst generell der Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer bezweckt wird.⁹⁷⁵ In seinem zweiten Satz bestimmt er dann ausdrücklich, der Arbeitgeber habe zum Schutz der *persönlichen Integrität* des Arbeitnehmers die erforderlichen Massnahmen vorzusehen. Dies ist bemerkenswert:

Ursprünglich war der Gesundheitsschutz, für den es Massnahmen zu ergreifen galt, auf die Vermeidung von Unfällen und die Verhütung vor Berufskrankheiten beschränkt.⁹⁷⁶ Die Ergänzung um den Schutz der persönlichen Integrität trat erst später hinzu und ersetzte eine frühere Bestimmung, welche die Wahrung der Sittlichkeit gegenüber Frauen vorsah.⁹⁷⁷ Aus der späteren Botschaft zur Änderung des Arbeitsgesetzes geht hervor, dass der Gesetzgeber einen geschlechtsunabhängigen Schutz einführen und mit der Formulierung «*persönliche Integrität*» den Schutzzumfang auf weitere Sachverhalte nebst sexueller Diskriminierung ausweiten wollte. Als Beispiele nennt er in seiner Botschaft Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder Religion.⁹⁷⁸ Auch das Alter zählt laut STEIGER-SACKMANN zu den in dieser Bestimmung geschützten Merkmalen.⁹⁷⁹ Der Arbeitgeber ist folglich im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 Satz 2 ArG verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, mit denen

⁹⁷⁵ NÖTZLI, Kurzkommentar ArG, Art. 6 Rn. 1 mit weiteren Hinweisen.

⁹⁷⁶ Botschaft Entwurf Arbeitsgesetz, BBl 1960 II 960 f.

⁹⁷⁷ Botschaft Änderungen Arbeitsgesetz, BBl 1994 II 176.

⁹⁷⁸ Vgl. Botschaft Änderungen Arbeitsgesetz, BBl 1994 II 176.

⁹⁷⁹ STEIGER-SACKMANN, Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz, Rn. 235.

diskriminierendes Verhalten basierend auf dem Alter unterbunden wird. Auch «Altersmobbing»⁹⁸⁰ ist ein Verhalten, das der Arbeitgeber zu unterbinden hat.⁹⁸¹

Das Arbeitsgesetz ist Teil des öffentlichen Rechts und vermittelt daher grundsätzlich keine Ansprüche unter Privaten. Gestützt auf die Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR sind jedoch arbeitsgesetzliche Vorschriften des Bundes in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen unmittelbar wirksam, soweit sie dem Arbeitgeber Pflichten auferlegen und diese Inhalt eines Einzelarbeitsvertrags sein können. Art. 6 ArG ist eine solche Norm. Dies bedeutet konkret, dass der Arbeitnehmer gestützt auf diese Bestimmung vom Arbeitgeber das Ergreifen von Massnahmen zum Schutz seiner persönlichen Integrität verlangen kann.⁹⁸²

Zu beachten ist allerdings der Anwendungsbereich der Bestimmung. In zeitlicher Hinsicht ist hervorzuheben, dass Art. 6 ArG keine Anwendung auf die Bewerbungsphase findet.⁹⁸³ Ferner ist der Anwendungsbereich des ArG sowohl in betrieblicher⁹⁸⁴ als auch in persönlicher⁹⁸⁵ Hinsicht eingeschränkt. Beispielsweise sind gemäss Art. 3 lit. c ArG Besetzungen von schweizerischen Flugbetriebsunternehmen grundsätzlich vom persönlichen Anwendungsbereich ausgenommen. Art. 3a ArG sieht jedoch punktuelle «Ausnahmen von den Ausnahmen» vor:⁹⁸⁶ So gilt Art. 6 ArG trotz des Ausschlusses vom persönlichen Anwendungsbereich nach Art. 3a lit. b ArG gleichwohl für höhere leitende Angestellte.⁹⁸⁷ Dies bedeutet folglich, dass ein Geschäftsleitungsmitglied eines schweizerischen Flugbetriebs trotz grundsätzlichem Ausschluss der Anwendbarkeit des ArG in den Genuss des präventiven Schutzes nach Art. 6 ArG gelangte.

Die Einschränkungen im Anwendungsbereich des ArG zeigen jedoch, dass der aus Art. 6 ArG fliessende Schutz zeitlich nicht umfassend ist und zudem nicht in allen privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen gilt.

⁹⁸⁰ Nach der vom Bundesgericht verwendeten Definition gilt als Mobbing ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll (BGer 8C_251/2017, Urteil vom 22. Juni 2017, E. 5.1).

⁹⁸¹ PÄRLI, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 104.

⁹⁸² NÖTZLI, Kurzkomentar ArG, Art. 6 Rn. 24.

⁹⁸³ PÄRLI, Altersdiskriminierung, S. 8.

⁹⁸⁴ Art. 2 Abs. 1 ArG.

⁹⁸⁵ Art. 3 ArG.

⁹⁸⁶ BACHMANN, Kurzkomentar ArG, Art. 3a Rn. 2.

⁹⁸⁷ Zum Begriff der «höheren leitenden Tätigkeit» siehe die Legaldefinition in Art. 9 ArGV 1.

1.2. Präventivcharakter

Umstritten ist, ob Art. 6 Abs. 1 ArG rein präventiven Charakter hat oder ob ihm zusätzlich auch ein Abwehrrecht in der Gestalt eines Diskriminierungsverbots innewohnt. Im Unterschied zu Art. 328 Abs. 1 OR ist in Art. 6 Abs. 1 ArG bloss von einer Schutzpflicht die Rede, nicht jedoch von einer Achtungspflicht, die ein Abwehrrecht gegen Diskriminierungen begründete.⁹⁸⁸ Daraus liesse sich der Schluss ziehen, dass Art. 6 Abs. 1 ArG rein präventiven Charakter hat. Dies scheint auch die Botschaft zur Änderung des Arbeitsgesetzes zu bestätigen. Anders als Art. 328 OR – so die Botschaft – habe «[...] die öffentlich-rechtliche Regelung im Arbeitsgesetz grundsätzlich die **Prävention** zum Gegenstand [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).⁹⁸⁹ In der Literatur sind dennoch unterschiedliche Meinungen anzutreffen. Während sich MÜLLER/MADUZ auf einer Linie mit der soeben zitierten Position in der Botschaft finden und sich somit für einen genuin präventiven Charakter aussprechen,⁹⁹⁰ vertritt PÄRLI demgegenüber, dass der Arbeitgeber nach Art. 6 Abs. 1 ArG die Persönlichkeit des Arbeitnehmers sowohl zu *achten* als auch zu *schützen* habe.⁹⁹¹ Damit impliziert er, dass Art. 6 Abs. 1 ArG gestützt auf die Achtungspflicht ein Diskriminierungsverbot beinhaltet. Der Sichtweise von PÄRLI wird hier nicht gefolgt:

Primärer Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Gesetzeswortlaut.⁹⁹² Der Wortlaut in Art. 6 Abs. 1 ArG unterscheidet sich von jenem in Art. 328 Abs. 1 OR dadurch, dass eben keine *Achtungspflicht*, sondern lediglich eine *Schutzpflicht* vorgeschrieben wird. Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass diese Unterschiedlichkeit auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen ist. Im Gegenteil, auch der in der Botschaft geäusserte gesetzgeberische Wille lässt darauf schliessen, dass durch Art. 6 Abs. 1 ArG kein Abwehrrecht gegen Diskriminierungshandlungen geschaffen werden sollte.⁹⁹³

Damit geht Art. 6 Abs. 1 ArG zwar weniger weit als Art. 328 Abs. 1 OR, der dem Arbeitgeber nebst einer Schutzpflicht zusätzlich eine Achtungspflicht auferlegt. Gleichwohl ist der Arbeitgeber nach Art. 6 Abs. 1 ArG gehalten, präventive Massnahmen zur Verhinderung von Diskriminierungen am Arbeitsplatz zu ergreifen und damit unter anderem auch vor solchen, die beispielsweise von Kunden ausgehen.

⁹⁸⁸ FREI, S. 50 zur Achtungspflicht gemäss Art. 328 Abs. 1 OR als Abwehrrecht.

⁹⁸⁹ Botschaft Änderungen Arbeitsgesetz, BBl 1994 II 177.

⁹⁹⁰ MÜLLER/MADUZ, Orell Füssli Kommentar ArG, Art. 6 Rn. 16.

⁹⁹¹ PÄRLI, Altersdiskriminierung, S. 9.

⁹⁹² BGE 146 III 217, E. 5.

⁹⁹³ Vgl. Botschaft Änderungen Arbeitsgesetz, BBl 1994 II 177.

1.3. Erforderliche Massnahmen

Soweit es um den Schutz der persönlichen Integrität geht, hat der Arbeitgeber laut dem zweiten Satz in Art. 6 Abs. 1 ArG die erforderlichen Massnahmen zu treffen. Das Massnahmenniveau unterscheidet sich damit augenscheinlich von jenem für den Gesundheitsschutz laut dem ersten Satz von Art. 6 Abs. 1 ArG. Dort werden nämlich nur jene Massnahmen verlangt, die sowohl nach der Erfahrung notwendig als auch nach dem Stand der Technik anwendbar und entsprechend den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Gilt nun für den Gesundheitsbereich und die persönliche Integrität ein unterschiedliches Massnahmenniveau?

Es liesse sich vertreten, der Gesetzgeber habe mit Blick auf die persönliche Integrität des Arbeitnehmers ein höheres Massnahmenniveau vorgesehen, zumal von erforderlichen Massnahmen die Rede ist, denen keine Einschränkungen nach Erfahrung, Technikstand und Betriebsverhältnissen auferlegt sind. Der Botschaft zur Ergänzung des Art. 6 Abs. 1 ArG lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass dies tatsächlich auch beabsichtigt war. Es ist bloss die Rede von «*angemessenen*» Massnahmen.⁹⁹⁴

Angesichts der Tatsache, dass der Schutz der Integrität den bisherigen Gesundheitsschutz ergänzte, sowie des Umstands, dass die Botschaft selber von angemessenen Massnahmen spricht, ist nach hier vertretener Ansicht nicht von einer erhöhten, sondern von einer mindestens gleichwertigen Schutzpflicht auszugehen. Was für den Gesundheitsschutz nach der Erfahrung als notwendig, dem Stand der Technik als anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes als angemessene Massnahme gilt, bestimmt folglich auch das Mass zum Schutz der persönlichen Integrität.

Speziell hervorzuheben ist, dass Arbeitgeber nach der hier getroffenen Einschätzung gestützt auf Art. 6 Abs. 1 ArG Schutzvorkehren beim Einsatz von Algorithmen und künstlicher Intelligenz zu treffen haben. Dies, weil durch sie die Gefahr droht, diskriminierende Praktiken zu fördern.⁹⁹⁵

2. Diskriminierungsprävention nach Art. 328 Abs. 1 OR

Art. 328 Abs. 1 OR verpflichtet den Arbeitgeber dazu, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Der präventive Gehalt in puncto Diskriminierung ist identisch mit Art. 6 Abs. 1 zweiter Satz ArG, weshalb auf die Ausführungen dazu

⁹⁹⁴ Botschaft Änderungen Arbeitsgesetz, BBl 1994 II 177.

⁹⁹⁵ Zum Diskriminierungspotential siehe oben den Abschnitt E. § 2. III.

verwiesen wird.⁹⁹⁶ Die Bestimmung findet nach herrschendem Meinungsstand ausschliesslich auf bestehende Arbeitsverhältnisse Anwendung und findet daher in zeitlicher Hinsicht keine Berücksichtigung während eines Bewerbungsverfahrens.⁹⁹⁷

3. Würdigung

In der Literatur und der Rechtsprechung finden sich keine Hinweise, welche Arten von Diskriminierungen es zu verhindern gilt beziehungsweise wie der Diskriminierungsbegriff unter Art. 6 Abs. 1 ArG zu verstehen ist. Muss der Arbeitgeber vor direkten, indirekten und statistischen Diskriminierungen schützen? Fallen auch Mehrfachdiskriminierungen darunter? Und überhaupt: Welche Anforderungen sind an die Rechtfertigung einer Benachteiligung zu stellen, ehe sie als Diskriminierung zu qualifizieren ist, vor welcher der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zu schützen hat?

Art. 6 Abs. 1 ArG ist mit Art. 328 Abs. 1 OR verwandt, ist doch der Wortlaut beider Bestimmungen nahezu identisch. Geht man nun davon aus, dass der präventiv-antidiskriminierungsrechtliche Gehalt beider Bestimmungen derselbe ist, dann ist aus denselben wie zu Art. 328 Abs. 1 OR ins Feld geführten Gründen festzustellen, dass der antidiskriminierungsrechtliche Gehalt den völkerrechtlichen und verfassungsmässigen Anforderungen nicht entspricht.⁹⁹⁸

Hinzu kommt ausserdem, dass der Arbeitgeber weder gestützt auf Art. 6 Abs. 1 ArG noch gestützt auf Art. 328 Abs. 1 OR verpflichtet ist, vor Diskriminierungen während der Bewerbungsphase zu schützen. Dementsprechend besteht gestützt auf diese beiden Bestimmungen während der Vertragsanbahnung keine Pflicht des Arbeitgebers, z.B. das von *People Analytics* ausgehende latente Diskriminierungspotential zu beseitigen. Bewerber sind daher genötigt, entweder auf ihre Rechte aus dem nDSG oder auf vorvertraglich anwendbare Rechtsinstitute wie z.B. *culpa*

⁹⁹⁶ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt G. § 4. III. 1.3.

⁹⁹⁷ PÄRLI, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 100; PORTMANN/WILDHABER, Rn. 425 f.; ETTER/SOKOLL, Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsvertrag, Art. 328 Rn. 4; GEISER, Gleichbehandlungsgebot, S. 46; sinngemäss auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 328 Rn. 12; REHBINDER/STÖCKLI, BE Kommentar (die einzelnen Vertragsverhältnisse), Art. 328 Rn. 1, räumen eine Vorwirkung lediglich auf dem Wege einer analogen Anwendung von Art. 328 OR ein; a.M. NAGUIB, Einstellungspraxis, S. 1250, sowie SCHWAAB, S. 692.

⁹⁹⁸ Siehe dazu die Ausführungen oben im Abschnitt G. § 3. II. 2.4.2.

in contrahendo zu rekurren, deren antidiskriminierungsrechtlicher Gehalt genauso wenig geklärt ist.

IV. Zwischenfazit zum Thema Diskriminierungsprävention

Das neue Datenschutzgesetz bringt eine wesentliche Stärkung der informationellen Selbstbestimmung mit sich, insbesondere durch Auskunftsrechte, Informationspflichten und Einwilligungspflichten in Bezug auf bestimmte Datenbearbeitungsvorgänge. Allerdings reichen die Auskunftsrechte bezüglich *Profiling* und der durch sie bearbeiteten Daten nicht so weit, dass die betroffene Person die vollständige Offenlegung des Programmcodes sowie der verwendeten Daten verlangen kann. Ergibt sich durch den Einsatz von Algorithmen eine Diskriminierung, sieht sich der Betroffene mit kaum überwindbaren Beweisproblemen konfrontiert. Auch das Sanktionenregime dürfte kaum eine ausreichend abschreckende Wirkung entfalten.

Schliesslich ist die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, aufgrund derer er Antidiskriminierungsmassnahmen zu ergreifen hat, auf bestehende Arbeitsverhältnisse beschränkt. Weder das Arbeitsgesetz noch das Obligationenrecht konkretisieren diese Pflicht. Aus Arbeitgebersicht bleibt daher unklar, wie der Diskriminierungsbegriff überhaupt auszulegen ist beziehungsweise mit Blick auf welche Sachverhalte er überhaupt Massnahmen zu ergreifen hat. Arbeitgeber sind daher zu einem Blindflug genötigt, bei dem sie riskieren, sich später den Vorwurf gefallen lassen zu müssen, ungenügende Präventionsmassnahmen getroffen zu haben. Dies ist für alle involvierten Parteien unbefriedigend, und zwar sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber.

§ 5 Inklusion

Entsprechend dem eingangs entwickelten Untersuchungsraster werden im Rahmen der Inklusion fünf Unterkategorien untersucht, die für die Beteiligung älterer Personen am Arbeitsmarkt als wichtig erscheinen.⁹⁹⁹ Diese fünf Unterkategorien umfassen die Förderung der Arbeitsmarktbeteiligung (I.), Bildung (II.), altersgerechte Arbeitsbedingungen (III.) sowie die Aspekte Rentenalter und Flexibilisierungen und, schliesslich, Beiträge an die berufliche Vorsorge (IV., aus praktischen

⁹⁹⁹ Siehe das Untersuchungsraster im Abschnitt E. § 4.

Gründen werden die Unterkategorien Rentenalter, und Flexibilisierungen sowie Beiträge an die berufliche Vorsorge im gleichen Abschnitt betrachtet).

I. Förderung der Arbeitsmarktbeteiligung

1. Völkerrecht

Die Schweiz wird an verschiedenen Stellen des Völkerrechts dazu verpflichtet, Massnahmen zu ergreifen, die älteren Personen im Erwerbsleben zugutekommen und mit der Förderung der Arbeitsmarktbeteiligung zu tun haben:

Gemäss Art. 7 lit. b IAO-Übereinkommen Nr. 88¹⁰⁰⁰ – ein Übereinkommen, das sich die Vollbeschäftigung zum Ziel setzt¹⁰⁰¹ – ist den Bedürfnissen besonderer Gruppen von Stellensuchenden «in befriedigender Weise» Rechnung zu tragen. Das Übereinkommen nennt dazu exemplarisch «*Invalides*» als besondere Gruppe, schliesst aber nach seinem Wortlaut weitere Gruppen nicht aus. Angesichts der statistisch nachweislich längeren Dauer der Arbeitslosigkeit älterer Personen im Vergleich zu jüngeren¹⁰⁰² wäre es nach hier vertretener Ansicht durchaus angezeigt, die Gruppe älterer Arbeitnehmer als solche anzusehen, die besonderer Massnahmen im Sinne des Übereinkommens bedarf.¹⁰⁰³ Wie den Bedürfnissen der besonderen Gruppen Rechnung zu tragen ist, dazu äussert sich das Übereinkommen nicht.

Ähnlich verhält es sich auch im IAO-Übereinkommen Nr. 168.¹⁰⁰⁴ Dieser bezweckt die Förderung der Beschäftigung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit.¹⁰⁰⁵ Den Signatarstaaten wird darin in Art. 8 Ziff. 1 aufgetragen, sich unter anderem älterer Arbeitnehmer anzunehmen. Dies soll laut dieser Bestimmung geschehen durch Programme zur Förderung zusätzlicher Beschäftigungsmöglichkeiten und der Beschäftigungshilfe zwecks Erleichterung der frei gewählten und produktiven Beschäftigung.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰⁰ Übereinkommen Nr. 88 über die Organisation der Arbeitsmarktverwaltung vom 9. Juli 1948, SR 0.823.111.

¹⁰⁰¹ Art. 1 Ziff. 2 IAO-Übereinkommen Nr. 88.

¹⁰⁰² Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt C. § 2.

¹⁰⁰³ Vgl. IAO-Konferenz, 2010, Rn. 278.

¹⁰⁰⁴ Übereinkommen Nr. 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit vom 21. Juni 1988, SR 0.822.726.8.

¹⁰⁰⁵ Präambel zum IAO-Übereinkommen Nr. 168.

¹⁰⁰⁶ Art. 8 Abs. 1 IAO-Übereinkommen Nr. 168.

Auch aus dem in Art. 6 Abs. 1 UNO-Pakt I statuierten Recht auf Arbeit lassen sich staatliche Förderpflichten ableiten: Die Vertragsstaaten haben gemäss Art. 6 Abs. 2 UNO-Pakt I zur Verwirklichung dieses Rechts beizutragen, indem sie unter anderem Grundsätze und Verfahren festlegen, mit denen Vollbeschäftigung erzielt werden kann. Dazu sollen Unterstützungsleistungen offeriert werden, und es sind Plattformen zu errichten, die einer erleichterten Platzierung der Stellensuchenden dienen.¹⁰⁰⁷ Will man das Ziel einer Vollbeschäftigung erreichen, dann können nach hier vertretener Ansicht die speziellen Erschwernisse, mit denen sich ältere Personen im Rahmen des Bewerbungsprozesses konfrontiert sehen,¹⁰⁰⁸ nicht unberücksichtigt bleiben.

Allen hier aufgeführten völkerrechtlichen Bestimmungen ist gemeinsam, dass sie programmatischer Natur sind und dem Einzelnen daher keine einklagbaren Rechte vermitteln. Gleichwohl sind sie nicht ohne Bedeutung, denn der Staat muss ihnen im Rahmen gesetzgeberischen Vollzugs Nachachtung verschaffen und dafür sorgen, dass die in ihnen enthaltenen Pflichten in der Rechtswirklichkeit umgesetzt werden («*duty to protect*»)¹⁰⁰⁹.

Mit Ausnahme der Anweisung zur Einrichtung von Plattformen betreffend die Stellensuche sind die an den hier erwähnten Stellen des Völkerrechts formulierten Pflichten nicht ausreichend konkretisiert, so dass sich daraus keine spezifischen Handlungspflichten ableiten lassen. Der Schweiz steht daher insgesamt ein grosser Ermessensspielraum zu, wie sie die völkerrechtlichen Pflichten umsetzen will. Die Schweiz hat insbesondere im Rahmen eines bundesrätlichen Massnahmenpaketes diverse Anstrengungen unternommen, um konkret den Bedürfnissen älterer erwerbswilliger Personen entgegenzukommen. Gerade mit dem im Massnahmenpaket enthaltenen Impulsprogramm ist eine verbesserte Aktivierung des inländischen Arbeitskräftepotentials beabsichtigt, die auch auf eine erhöhte Arbeitsmarkteteiligung älterer Personen abzielt. Insofern liesse sich vertreten, die Schweiz sei ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachgekommen. Dies greift jedoch zu kurz, denn die Massnahmen aus dem Impulsprogramm sind zeitlich befristet und sie sind nicht gesetzlich verankert.¹⁰¹⁰ Es gilt daher nachstehend zu untersuchen, inwiefern das Recht Vorkehren zur Förderung der Arbeitsmarkteteiligung beinhaltet.

¹⁰⁰⁷ Kommentar Nr. 18 zu UNO-Pakt I, Ziff. 11 und 12 lit. b (i).

¹⁰⁰⁸ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt C. § 2.

¹⁰⁰⁹ Siehe dazu insbesondere die Ausführungen im Abschnitt G. § 2. III.

¹⁰¹⁰ Zum bundesrätlichen Massnahmenpaket und zum darin enthaltenen Impulsprogramm siehe dazu die späteren Ausführungen im Abschnitt G. § 5. V. 1.

2. Landesrecht

2.1. Übersicht und Abgrenzung

Nach Art. 41 Abs. 1 lit. d BV setzen sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass Erwerbsfähige ihren Lebensunterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten können. Die Arbeitslosenversicherung und die Invalidenversicherung sehen diverse berufliche Fördermassnahmen vor.¹⁰¹¹ Diese sind – wie zu zeigen sein wird – nicht speziell auf die bessere berufliche Integration älterer Personen ausgerichtet. Vielmehr handelt es sich um Versicherungsleistungen, die an die spezifischen Anspruchsvoraussetzungen des jeweiligen Versicherungszweigs geknüpft sind. Nicht jeder gelangt somit in den Genuss dieser Leistungen und damit auch nicht jede ältere Person. Immerhin wird punktuell auf die besondere Ausgangslage älterer Menschen Rücksicht genommen.

Zu den beruflichen Fördermassnahmen der Arbeitslosenversicherung und Invalidenversicherung gehören unter anderem auch solche auf dem Gebiet der Bildung. Von solchen bildungstechnischen Fördermassnahmen abzugrenzen ist die Frage, inwiefern im Rahmen bestehender Arbeitsverhältnisse Aus- und Weiterbildungen zu fördern sind. Dieser spezifischen Frage wird im späteren Abschnitt «Bildung» nachgegangen.¹⁰¹²

2.2. Arbeitslosenversicherung

2.2.1. Arbeitsmarktliche Massnahmen

Zu den Zielen der Arbeitslosenversicherung gehören nach Art. 1a Abs. 2 AVIG¹⁰¹³ die Verhütung drohender Arbeitslosigkeit, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit sowie die Förderung einer raschen und dauerhaften Eingliederung in den Arbeitsmarkt. Dementsprechend sieht die Arbeitslosenversicherung in Art. 59 ff. AVIG arbeitsmarktliche Massnahmen zugunsten von versicherten Personen vor. Mit diesen Massnahmen soll unter anderem die Vermittlungsfähigkeit der Versicherten verbessert werden, damit diese rasch und dauerhaft eingegliedert werden können.¹⁰¹⁴ Sie bezwecken zudem die Förderung der beruflichen Qualifikationen ent-

¹⁰¹¹ In Bezug auf die Arbeitslosenversicherung siehe Abschnitt G. § 5. I. 2.2.; mit Blick auf die Invalidenversicherung siehe Abschnitt G. § 5. I. 2.3.

¹⁰¹² Siehe Abschnitt G. § 5. II.

¹⁰¹³ Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG) vom 25. Juni 1982, SR 837.0.

¹⁰¹⁴ Art. 59 Abs. 2 lit. a AVIG.

sprechend den Bedürfnissen des Arbeitsmarkts.¹⁰¹⁵ Und es soll durch sie ausserdem die Gefahr von Langzeitarbeitslosigkeit reduziert werden.¹⁰¹⁶

Zu den arbeitsmarktlichen Massnahmen gehören Bildungsmassnahmen,¹⁰¹⁷ Beschäftigungsmassnahmen¹⁰¹⁸ sowie spezielle Massnahmen (insbesondere Einarbeitungszuschüsse,¹⁰¹⁹ Ausbildungszuschüsse,¹⁰²⁰ Pendlerkosten- und Wochenaufenthalterbeiträge¹⁰²¹).

Grundsätzlich müssen für die Inanspruchnahme arbeitsmarktlicher Massnahmen dieselben Voraussetzungen erfüllt sein, wie sie für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung gelten.¹⁰²² Die Gewährung von Bildungsmassnahmen erfordert zudem stets eine arbeitsmarktliche Indikation.¹⁰²³ Das heisst, der arbeitsmarktliche Bedarf sowie der Anpassungsbedarf des Versicherten müssen berücksichtigt werden.¹⁰²⁴ Die Massnahmen können grundsätzlich maximal für die Dauer der in der Arbeitslosenversicherung vorgesehenen Rahmenfrist des Leistungsbezugs beansprucht werden.¹⁰²⁵ Diese Rahmenfrist beträgt zwei Jahre und beginnt mit dem ersten Tag, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen auf Arbeitslosenentschädigung erfüllt sind.¹⁰²⁶

Personen, die ihren Anspruch auf Arbeitslosentaggelder ausgeschöpft haben oder deren Rahmenfrist für den Leistungsbezug erloschen ist und für die anschliessend keine neue Rahmenfrist eröffnet werden kann, gelten als «Ausgesteuerte».¹⁰²⁷ Ist

¹⁰¹⁵ Art. 59 Abs. 2 lit. b AVIG.

¹⁰¹⁶ Art. 59 Abs. 2 lit. c AVIG.

¹⁰¹⁷ Art. 60 AVIG.

¹⁰¹⁸ Art. 64a–64b AVIG.

¹⁰¹⁹ Art. 65–66 AVIG.

¹⁰²⁰ Art. 66a–66c AVIG.

¹⁰²¹ Art. 68–70 AVIG.

¹⁰²² Art. 59 Abs. 3 lit. a iVm Art. 8 AVIG.

¹⁰²³ BGer C_242/05, Urteil vom 6. Oktober 2006, E. 4.1.

¹⁰²⁴ SECO AVIG-Praxis AMM Ziff. A16 ff.

¹⁰²⁵ Art. 59 Abs. 3 lit. a iVm Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 AVIG.

¹⁰²⁶ Art. 9 Abs. 1 und 2 AVIG.

¹⁰²⁷ Siehe die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 2 Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG), SR 837.2: «Eine Person ist ausgesteuert, wenn sie ihren Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung (ALV) ausgeschöpft hat oder wenn ihr Anspruch auf ALV-Taggelder nach Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug erloschen ist und anschliessend keine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet werden kann.»

eine Person ausgesteuert, stehen ihr keine Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung zu, womit weitere arbeitsmarktliche Massnahmen grundsätzlich entfallen. Je nach individueller Vermögenslage sind Ausgesteuerte dann auf die Unterstützung durch die zuständige kantonale Sozialhilfe angewiesen.¹⁰²⁸

2.2.2. Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen

Speziell mit Blick auf Bildungsmassnahmen ist festzuhalten, dass es grundsätzlich nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung ist, Grundausbildungen, Höherqualifizierungen sowie Zweitausbildungen zu finanzieren.¹⁰²⁹ Es liegt primär in der Verantwortung des Einzelnen, selbst für sein lebenslanges Lernen besorgt zu sein.¹⁰³⁰ Die arbeitsmarktlichen Massnahmen stehen folglich in einem subsidiären Verhältnis zur Eigenverantwortung.¹⁰³¹ Mit Blick auf Ausbildungen sieht die Arbeitslosenversicherung unter bestimmten Voraussetzungen nach Art. 66a AVIG immerhin Ausbildungszuschüsse vor.

Beschäftigungsmassnahmen sind in Art. 64a AVIG geregelt. Als solche gelten vorübergehende Beschäftigungen unter anderem im Rahmen von Programmen öffentlicher oder privater, nicht gewinnorientierter Institutionen. Solche Programme dürfen die Privatwirtschaft nicht konkurrenzieren.¹⁰³²

Weitere Beschäftigungsmassnahmen, die jedoch für die Belange älterer Personen weniger von Interesse sind, sind Berufspraktika¹⁰³³ sowie Motivationssemester,¹⁰³⁴

¹⁰²⁸ Ausgesteuerte gelangen auch nicht in den Genuss der in Art. 59d AVIG vorgesehenen Milderung, nach der Personen, die weder die Beitragszeit erfüllen noch von dieser befreit sind noch den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erschöpft haben, innerhalb einer zweijährigen Frist die Erstattung bestimmter Auslagen für die Teilnahme an einer Bildungs- oder Beschäftigungsmassnahme verlangen können (vgl. Art. 59d Abs. 1 AVIG iVm Art. 59c^{bis} Abs. 3 AVIG). Dies, weil Ausgesteuerte definitionsgemäss weder die Rahmenfrist für die Beitragszeit erfüllen noch die Rahmenfrist für den Leistungsbezug erneuern können und weil sie den Anspruch auf Arbeitslosentaggelder bereits ausgeschöpft haben. Ausgesteuerte fallen somit auf jeden Fall zwischen Stuhl und Bank.

¹⁰²⁹ BGE 111 V 271, E. 2.b; SECO AVIG-Praxis AMM Ziff. A4.

¹⁰³⁰ WBF, AMM, S. 8.

¹⁰³¹ WBF, AMM, S. 8.

¹⁰³² Art. 64a Abs. 1 lit. a AVIG.

¹⁰³³ Art. 64a Abs. 1 lit. b AVIG.

¹⁰³⁴ Art. 64a Abs. 1 lit. c AVIG.

wobei Letztere für Versicherte gedacht sind, die nach Erfüllung der obligatorischen Schulzeit einen Ausbildungsplatz suchen.

2.2.3. Besondere Regelungen zugunsten älterer Versicherter

a. Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen

Hinsichtlich Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen erfahren Versicherte nach Art. 59 Abs. 3^{bis} AVIG ab dem 50. Altersjahr gegenüber jüngeren Versicherten insofern eine Besserstellung, als sie unabhängig von ihrem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bis ans Ende der für sie geltenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug an Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen teilnehmen können. Diese Bestimmung will es älteren Versicherten im Sinne einer langfristigen Wiedereingliederung ermöglichen, einen bereits begonnenen Kurs auch nach Antritt einer neuen Stelle zu beenden.¹⁰³⁵

b. Einarbeitungszuschüsse

Versicherten können gemäss Art. 65–66 AVIG Einarbeitungszuschüsse gewährt werden. Mit Einarbeitungszuschüssen wird die Differenz zwischen dem Lohn für die Arbeitsleistung während der Einarbeitungszeit und dem Normallohn nach der Einarbeitung ausgeglichen.¹⁰³⁶ Einarbeitungszuschüsse werden grundsätzlich während längstens sechs Monaten geleistet.¹⁰³⁷ Versicherte über 50 Jahren profitieren demgegenüber von einer doppelten Leistungsdauer von zwölf Monaten.¹⁰³⁸

Die Zuschüsse werden nach jedem Drittel der vorgesehenen Einarbeitungszeit um je einen Drittel des ursprünglichen Betrags gekürzt.¹⁰³⁹ Auch in diesem Punkt erfahren ältere Personen ab ihrem 50. Altersjahr eine Privilegierung, indem deren Einarbeitungszuschüsse erst ab der Hälfte der Massnahmendauer um einen Drittel gekürzt werden.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁵ Botschaft Änderung AVIG, BBl 2008 7757; SECO AVIG-Praxis AMM Ziff. A45.

¹⁰³⁶ Art. 66 Abs. 1 AVIG.

¹⁰³⁷ Art. 66 Abs. 2 AVIG.

¹⁰³⁸ Art. 66 Abs. 2^{bis} AVIG.

¹⁰³⁹ Art. 66 Abs. 3 Satz 1 AVIG.

¹⁰⁴⁰ Art. 66 Abs. 3 Satz 2 AVIG.

2.3. Invalidenversicherung

2.3.1. Frühintervention

Nach dem Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG)¹⁰⁴¹ können die IV-Stellen im Rahmen einer Frühintervention noch nicht «*invalide*»,¹⁰⁴² aber immerhin arbeitsunfähige¹⁰⁴³ Versicherte mit Massnahmen unterstützen. Mit diesen Massnahmen soll unter anderem zum Erhalt des bisherigen Arbeitsplatzes¹⁰⁴⁴ oder zur Eingliederung innerhalb oder ausserhalb des bisherigen Betriebs¹⁰⁴⁵ beigetragen werden. Die im Gesetz abschliessend aufgezählten Massnahmen umfassen Anpassungen des Arbeitsplatzes,¹⁰⁴⁶ Ausbildungskurse,¹⁰⁴⁷ Arbeitsvermittlung,¹⁰⁴⁸ Berufsberatung,¹⁰⁴⁹ sozial-berufliche Rehabilitation,¹⁰⁵⁰ Beschäftigungsmassnahmen¹⁰⁵¹ sowie die Beratung und Begleitung¹⁰⁵².

Auf die genannten Massnahmen besteht kein Rechtsanspruch.¹⁰⁵³ Sie sind zudem nicht speziell auf die Inklusion älterer Menschen zugeschnitten, da sie ganz grundsätzlich eine Arbeitsunfähigkeit voraussetzen.¹⁰⁵⁴ Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass auch ältere Personen von diesen Massnahmen profitieren, vorausgesetzt sie sind arbeitsunfähig.

2.3.2. Eingliederungsmassnahmen

Die IV sieht in Art. 8–27^{quinquies} IVG weitreichende und umfassende Eingliederungsmassnahmen vor. Ihr Zweck besteht darin, das Abrutschen arbeitsunfähiger

¹⁰⁴¹ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, SR 831.20.

¹⁰⁴² Zum Invaliditätsbegriff siehe Art. 7 und 8 ATSG.

¹⁰⁴³ Zum Begriff der Arbeitsunfähigkeit siehe Art. 6 ATSG.

¹⁰⁴⁴ Art. 7d Abs. 1 lit. b IVG.

¹⁰⁴⁵ Art. 7d Abs. 1 lit. c IVG.

¹⁰⁴⁶ Art. 7d Abs. 2 lit. a IVG.

¹⁰⁴⁷ Art. 7d Abs. 2 lit. b IVG.

¹⁰⁴⁸ Art. 7d Abs. 2 lit. c IVG.

¹⁰⁴⁹ Art. 7d Abs. 2 lit. d IVG.

¹⁰⁵⁰ Art. 7d Abs. 2 lit. e IVG.

¹⁰⁵¹ Art. 7d Abs. 2 lit. f IVG.

¹⁰⁵² Art. 7d Abs. 2 lit. g IVG.

¹⁰⁵³ Art. 7d Abs. 3 IVG.

¹⁰⁵⁴ Art. 7d Abs. 1 AVIG.

ger Personen in die Invalidität zu verhindern.¹⁰⁵⁵ Zu diesen Massnahmen zählen insbesondere Vorkehren integrativer Art wie die Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung¹⁰⁵⁶ sowie Vorkehren beruflicher Art¹⁰⁵⁷.

Von Interesse sind hier insbesondere die Massnahmen beruflicher Art. Zu diesen gehören unter anderem die erstmalige berufliche Ausbildung,¹⁰⁵⁸ die berufliche Weiterbildung,¹⁰⁵⁹ die Umschulung,¹⁰⁶⁰ der Arbeitsversuch,¹⁰⁶¹ Einarbeitungszuschüsse an die Arbeitgeberin¹⁰⁶² sowie Entschädigungen der Invalidenversicherung an die Arbeitgeberin für Beitragserhöhungen¹⁰⁶³.

Wer in den Genuss von Eingliederungsmassnahmen gelangen will, muss entweder «invalid» oder zumindest von Invalidität bedroht sein.¹⁰⁶⁴ Eine drohende Invalidität besteht dann, wenn der Eintritt einer Erwerbsunfähigkeit überwiegend wahrscheinlich ist.¹⁰⁶⁵ Stets vorausgesetzt ist dabei ein Mindestmass an gesundheitlicher Beeinträchtigung.¹⁰⁶⁶

Eingliederungsmassnahmen sind somit nicht darauf ausgerichtet, die besonderen Erschwernisse zu beseitigen, mit denen sich ältere Menschen auf dem Arbeitsmarkt konfrontiert sehen.

3. Würdigung

Aus der Arbeitslosenversicherung ausgesteuerte ältere Personen, die weder arbeitsunfähig noch «invalid» oder von Invalidität bedroht sind, fallen zwischen Stuhl und Bank. Sie können weder arbeitsmarktliche Massnahmen aus der Ar-

¹⁰⁵⁵ Art. 1a lit. a IVG; KIESER, Kap. 3 Rn. 78.

¹⁰⁵⁶ Art. 8 Abs. 3 lit. a^{ter} und Art. 14a ff. IVG iVm Art. 4^{quater} ff. Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) vom 17. Januar 1961, SR 831.201.

¹⁰⁵⁷ Art. 8 Abs. 3 lit. b IVG iVm Art. 15 ff. IVG.

¹⁰⁵⁸ Art. 8 Abs. 3 lit. a^{ter} und Art. 16 IVG iVm Art. 5 IVV.

¹⁰⁵⁹ Art. 8 Abs. 3 lit. a^{ter} und Art. 16 Abs. 3 lit. a–c IVG iVm Art. 5^{ter} IVV.

¹⁰⁶⁰ Art. 8 Abs. 3 lit. a^{ter} und Art. 17 IVG iVm Art. 6 IVV.

¹⁰⁶¹ Art. 8 Abs. 3 lit. a^{ter} und Art. 18a IVG iVm Art. 6^{bis} IVV.

¹⁰⁶² Art. 8 Abs. 3 lit. a^{ter} und Art. 18b IVG iVm Art. 6^{ter} IVV.

¹⁰⁶³ Art. 8 Abs. 3 lit. a^{ter} und Art. 18c IVG iVm Art. 6^{quater} IVG.

¹⁰⁶⁴ Art. 8 Abs. 1 IVG.

¹⁰⁶⁵ Art. 1^{novies} erster Satz IVV.

¹⁰⁶⁶ LOCHER/GÄCHTER, § 35 Rn. 9 ff.

beitslosenversicherung noch Frühinterventions- oder Eingliederungsmassnahmen aus der Invalidenversicherung in Anspruch nehmen.

Man muss sich fragen, welchen Sinn es ergibt, erst bei drohender Invalidität die Bemühungen für die berufliche Integration einer ausgesteuerten Person wieder aufzunehmen. Der Zeitpunkt könnte dann nicht schlechter sein – ausgerechnet dann nämlich muss infolge gesundheitlicher Beeinträchtigungen den Integrationsmassnahmen die geringste Aussicht auf Erfolg beschieden sein.

Die Schweiz wird damit ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nach hier vertretener Einschätzung auf gesetzlicher Ebene nicht gerecht. Art. 8 Abs. 1 IAO-Übereinkommen Nr. 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit verlangt ausdrücklich, ältere Personen durch Förderprogramme zu unterstützen.¹⁰⁶⁷ Die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen bringen keine spezifische Hilfestellung für ausgesteuerte, ältere Personen mit sich.

II. Bildung

Im Zuge der arbeitsmarktlichen Integrationsmassnahmen wurde die Förderung von Aus- und Weiterbildung älterer Personen ausserhalb bestehender Arbeitsverhältnisse angesprochen. Nun gilt es, der Frage nachzugehen, inwiefern das Schweizer Recht und das massgebende Völkerrecht die Bildung älterer Personen innerhalb bestehender Arbeitsverhältnisse unterstützen.

1. Völkerrecht

Bildungsmassnahmen, wie zum Beispiel ein bezahlter Bildungsurlaub, sucht man im Konventionstext des UNO-Pakts I vergebens. Die Materialien zum UNO-Pakt I zeigen jedoch, dass die Förderung der Aus- und Weiterbildung älterer Arbeitnehmer durchaus einen Aspekt des Rechts auf Arbeit im Sinne von Art. 6 UNO-Pakt I bildet:

Die Vereinten Nationen haben wiederholt – zumindest indirekt – die Bedeutung der beruflichen Weiterbildung hervorgehoben.¹⁰⁶⁸ Unterlasse ein Vertragsstaat die Implementierung von Weiterbildungsprogrammen, stelle dies – so der Kommentar Nr. 18 zu UNO-Pakt I – eine Verletzung einer staatlichen Handlungspflicht

¹⁰⁶⁷ Siehe dazu den Abschnitt oben G. § 5. I. 1.

¹⁰⁶⁸ Vgl. Kommentar Nr. 18 zu UNO-Pakt I, Ziff. 44; UNO Aktionsplan Madrid, Teil I Art. 12.

dar.¹⁰⁶⁹ Auch die Sicherstellung bezahlten Bildungsurlaubs für ältere Personen gehört nach der hier dargelegten Argumentation zu diesen staatlichen Handlungspflichten:

Der Kommentar Nr. 6 zu UNO-Pakt I, der sich der Situation älterer Personen im Lichte des UNO-Pakts I widmet, verweist auf Ziff. 30 IAO-Empfehlung Nr. 162.¹⁰⁷⁰ Darin wird Bezug genommen auf das IAO-Übereinkommen Nr. 140 über den bezahlten Bildungsurlaub, das die Schweiz nicht ratifiziert hat.¹⁰⁷¹ Indem der Kommentar Nr. 6 zu UNO-Pakt I über IAO-Empfehlung Nr. 162 auf das IAO-Übereinkommen Nr. 140 verweist, übernimmt er die darin enthaltene Bildungspolitik und damit die staatliche Verpflichtung zur Förderung bezahlten Bildungsurlaubs. Das IAO-Übereinkommen Nr. 140 ist somit im Rahmen der auslegungswisen Inhaltsdeutung von Art. 6 UNO-Pakt I zu berücksichtigen und entfaltet somit indirekt eine verpflichtende Wirkung für die Schweiz.

Das IAO-Übereinkommen Nr. 140 verlangt eine Bildungspolitik, die einen Beitrag leistet zur Aneignung, Vervollkommnung und Anpassung beruflicher und tätigkeitsbezogener Befähigungen sowie zur Sicherung der Beschäftigung angesichts der wissenschaftlichen und technischen Entwicklung sowie der wirtschaftlichen und strukturellen Veränderungen.¹⁰⁷² Allgemein soll eine fortdauernde und geeignete Bildung gefördert werden, die dem Arbeitnehmer hilft, sich den zeitbedingten Erfordernissen anzupassen.¹⁰⁷³ Bezahlter Bildungsurlaub ist Teil davon.¹⁰⁷⁴ Dies bedeutet, der Arbeitnehmer soll sich für eine bestimmte Dauer während der Arbeitszeit aus- beziehungsweise weiterbilden dürfen und er soll dafür gleichzeitig eine angemessene finanzielle Leistung erhalten.¹⁰⁷⁵

Bezahlter Bildungsurlaub für ältere Personen ist somit eine bildungspolitische Massnahme, die den Vertragsstaaten und damit auch der Schweiz zur Verwirklichung des Rechts auf Arbeit nach Art. 6 UNO-Pakt I auferlegt ist.

Von vornherein unbehelflich in diesem Zusammenhang ist ausserdem die Berufung auf das IAO-Übereinkommen Nr. 111. Zwar haben die Mitgliedstaaten gemäss Art. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 1 Abs. 3 des Übereinkommens einen

¹⁰⁶⁹ Kommentar Nr. 18 zu UNO-Pakt I, Ziff. 36.

¹⁰⁷⁰ Kommentar Nr. 6 zu UNO-Pakt I, Ziff. 24 und dazugehörige Fussnote Nr. 8.

¹⁰⁷¹ Vgl. IAO-Empfehlung Nr. 162, Ziff. 30 Abs. 1; IAO-Übereinkommen Nr. 140.

¹⁰⁷² IAO-Übereinkommen Nr. 140, Art. 3 lit. a.

¹⁰⁷³ IAO-Übereinkommen Nr. 140, Art. 3 lit. b.

¹⁰⁷⁴ IAO-Übereinkommen Nr. 140, Präambel und Art. 2.

¹⁰⁷⁵ IAO-Übereinkommen Nr. 140, Art. 1.

diskriminierungsfreien Zugang zur beruflichen Bildung zu gewährleisten, zu dem laut der dazugehörigen Empfehlung ausdrücklich das «*on the job training*» (grob übersetzt: «*Weiterbildung im Zuge der Arbeitstätigkeit*») gehört.¹⁰⁷⁶ Der abschliessende Katalog verpönter Diskriminierungsmerkmale in Art. 1 Ziff. 1 lit. a umfasst das Alterskriterium nicht. Es lässt sich daher aus dem IAO-Übereinkommen Nr. 111 nichts in Bezug auf Bildung für ältere Arbeitnehmer gewinnen.¹⁰⁷⁷

2. Landesrecht

In der Literatur ist allgemein ein aus der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR abgeleitetes Recht auf Weiterbildung anerkannt, soweit dadurch zum wirtschaftlichen und beruflichen Fortkommen des Arbeitnehmers beigetragen wird.¹⁰⁷⁸ Ergänzend dazu vertritt STIEGER überzeugend, dass auch der Erhalt der längerfristigen Berufs- und Beschäftigungsfähigkeit zu den unter Art. 328 OR geschützten Gütern zähle. In Bezug auf die vertragliche Tätigkeit habe der Arbeitgeber – so STIEGER – dieses Arbeitnehmerinteresse bei der Frage nach Weiterbildungsmaßnahmen zu wahren.¹⁰⁷⁹ GEISER kritisiert allerdings, der Anspruch auf Weiterbildung sei zu wenig konkret, als dass er wirksam durchgesetzt werden könnte.¹⁰⁸⁰

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch mit Blick auf das Weiterbildungsgesetz (WeBiG). Zwar soll mit dem WeBiG lebenslanges Lernen gefördert werden,¹⁰⁸¹ wozu sowohl die öffentlichen als auch die privaten Arbeitgeber in die Pflicht genommen werden, indem diese gemäss Art. 5 Abs. 2 WeBiG die Weiterbildung ihrer Arbeitnehmer zu begünstigen haben. Weiterleitende Konkretisierungen zur Umsetzung dieser Begünstigungspflicht sind dem WeBiG jedoch nicht zu entnehmen.

Ein individueller Anspruch auf Weiterbildung liesse sich demgegenüber allenfalls gestützt auf das Vertrauensprinzip herleiten, wenn die Arbeitgeberin z.B. im Rahmen von Ethikstandards oder Stellenausschreibungen Erklärungen abgibt, wonach

¹⁰⁷⁶ IAO-Empfehlung Nr. 111, Ziff. 2 lit. b ii).

¹⁰⁷⁷ Siehe dazu den Abschnitt oben G. § 3. I. 1.

¹⁰⁷⁸ Dazu ausführlich STIEGER, Rn. 167 ff. mit zahlreichen weiteren Hinweisen; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 328 Rn. 7; siehe dazu auch in Zusammenhang mit Mitarbeiterbeurteilungen WASMUTH-AVYÜZEN, Rn. 75 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁷⁹ STIEGER, Rn. 166.

¹⁰⁸⁰ GEISER, Weiterbildung und Arbeitsrecht, S. 129.

¹⁰⁸¹ Art. 1 WeBiG.

sie die persönliche Entwicklung der Arbeitnehmer unterstützt.¹⁰⁸² Ein so hergeleiteter Anspruch ändert allerdings nichts daran, dass der rechtliche Rahmen, den es hier zu untersuchen gilt, wenig Konkretes zur Durchsetzung von Weiterbildungsansprüchen hergibt.

3. Arbeitszeit im Kontext von Aus- und Weiterbildungen

Arbeitsgesetzlich gilt die für Aus- oder Weiterbildungen aufgewendete Zeit dann als Arbeitszeit, wenn sie entweder vom Arbeitgeber angeordnet wurde oder aufgrund der beruflichen Tätigkeit gesetzlich vorgeschrieben ist.¹⁰⁸³ Dazu gehört auch die für das Lernen aufgewendete Zeit.¹⁰⁸⁴ Die Zuordnung zur Arbeitszeit ist aus arbeitsgesetzlicher Sicht insbesondere für die Bemessung der Einhaltung der maximal zulässigen wöchentlichen Höchstarbeitszeiten relevant.¹⁰⁸⁵

Von der Arbeitszeit zu unterscheiden ist die Frage nach der Entlohnung der für die Aus- oder Weiterbildung aufgewendeten Zeit. Nicht jede arbeitsgesetzliche Arbeitsstunde ist automatisch eine arbeitsvertraglich zu entlohnende Arbeitsstunde.¹⁰⁸⁶ Die vom Arbeitnehmer aufgewendete Ausbildungszeit gilt erst dann als lohnpflichtige Arbeitsleistung, wenn sie entweder vom Arbeitgeber kraft seines Weisungsrechts angeordnet wurde oder wenn sie für die Ausführung der Arbeitstätigkeit notwendig ist.¹⁰⁸⁷ Es ist im Übrigen sogar zulässig, für die zu Aus- oder Weiterbildungszwecken aufgewendete arbeitsvertragliche Arbeitszeit einen geringeren Lohn zu vereinbaren.¹⁰⁸⁸

Ist die Ausbildung hingegen weder für die Arbeitstätigkeit notwendig noch von der Arbeitgeberin angeordnet, dann muss sie in der Freizeit erfolgen. Häufig dürfte sich die Aus- beziehungsweise Weiterbildung mit jener Zeit überschneiden, in der der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringen muss. Der Arbeitnehmer hat in solchen Fällen immerhin einen beschränkten Anspruch auf unbezahlten Urlaub

¹⁰⁸² Vgl. dazu in Zusammenhang mit Mitarbeiterbeurteilungen WASMUTH-AVYÜZEN, Rn. 49.

¹⁰⁸³ Art. 13 Abs. 4 ArGV 1.

¹⁰⁸⁴ GEISER, Weiterbildung, S. 30.

¹⁰⁸⁵ Art. 9 ArG sowie GEISER, Weiterbildung, S. 30 f.

¹⁰⁸⁶ GEISER, Weiterbildung, S. 30.

¹⁰⁸⁷ GEISER, Weiterbildung, S. 30.

¹⁰⁸⁸ GEISER, Weiterbildung, S. 30.

gestützt auf Art. 329 Abs. 3 OR.¹⁰⁸⁹ Die Gewährung von Freizeit entspricht immerhin den Fürsorge- und Förderpflichten des Arbeitgebers (Art. 328 OR und Art. 5 Abs. 2 WeBiG).¹⁰⁹⁰ Während des Urlaubs ruhen die arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten. Das heisst, der Arbeitnehmer muss seine Arbeitsleistung nicht erbringen; er erhält im Gegenzug aber auch keinen Lohn.¹⁰⁹¹ Das Arbeitsverhältnis bleibt hingegen bestehen. Einzelne GAVs sehen ausserdem bezahlten Bildungsurlaub vor (z.B. der L-GAV des Gastgewerbes).

4. Sozialversicherungsrechtliche Aspekte

Weiter- oder Ausbildungen von kurzer Dauer, die sich problemlos berufsbegleitend bewältigen lassen, bringen regelmässig keine sozialversicherungsrechtlichen Nachteile mit sich. Muss jedoch das Arbeitspensum reduziert werden und erfolgt dadurch eine Lohneinbusse, sei es durch eine Reduktion des Arbeitspensums oder infolge eines länger andauernden, unbezahlten Urlaubs, müssen folgende Aspekte berücksichtigt werden:

Alters- und Hinterlassenenversicherung: Die Rentenhöhe aus der AHV bemisst sich im Wesentlichen an der Dauer der an die Alters- und Hinterlassenenversicherung geleisteten Beiträge.¹⁰⁹² Nur bei vollständiger Beitragsdauer besteht ein Anspruch auf eine Vollrente im Sinne von Art. 34 AHVG. Fehlen Beitragsjahre – das sind Zeiten, in denen eine Person Beiträge geleistet hat¹⁰⁹³ –, entsteht eine Lücke, die sich rentenmindernd auswirkt und zu einer blossen Teilrente nach Art. 38 AHVG berechtigt. Ein volles Beitragsjahr liegt gemäss Art. 50 AHVV¹⁰⁹⁴ vor, wenn eine Person insgesamt länger als elf Monate im Sinne von Art. 1a oder 2 AHVG versichert war und während dieser Zeit den Mindestbeitrag bezahlt hat oder Beitragszeiten im Sinne von Art. 29^{ter} Abs. 2 lit. b oder c AHVG¹⁰⁹⁵ aufweist. Sowohl Erwerbstätige als auch Nichterwerbstätige sind grundsätzlich beitrags-

¹⁰⁸⁹ ROHRER, S. 9 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁹⁰ Dazu auch ausführlich ROHRER, S. 13 mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁹¹ ROHRER, S. 3.

¹⁰⁹² Art. 29^{bis} Abs. 1 AHVG iVm Art. 29^{ter} AHVG.

¹⁰⁹³ Art. 29^{ter} Abs. 2 lit. a AHVG.

¹⁰⁹⁴ Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) vom 31. Oktober 1947, SR 831.101.

¹⁰⁹⁵ Art. 29^{ter} Abs. 2 lit. b AHVG betrifft den Fall, in dem der Ehegatte mindestens den doppelten Mindestbeitrag entrichtet hat, und Art. 29^{ter} Abs. 2 lit. c AHVG jenen, in dem Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften angerechnet werden können.

pflichtig,¹⁰⁹⁶ wobei der Beitrag für nichterwerbstätige Versicherte nach den sozialen Verhältnissen festgesetzt wird, aktuell aber mindestens 422 CHF beträgt.¹⁰⁹⁷

Ein unbezahlter Urlaub führt somit nicht notwendigerweise zu einer rentenmindernden Beitragslücke, denn auch im Falle einer Erwerbslosigkeit besteht grundsätzlich weiterhin eine Beitragspflicht. Anders zu beurteilen ist die Situation aber dann, wenn das Versicherungsobligatorium und damit auch die Beitragspflicht entfällt. Dies ist z.B. denkbar, wenn die Aus- oder Weiterbildung eine Wohnsitzverlegung für eine Dauer von mehr als einem Monat ins Ausland erfordert. Für diese Zeit entfielen die Versicherungsunterstellung unter die AHV und es wäre dann nicht mehr möglich, ein volles Beitragsjahr zu leisten.¹⁰⁹⁸ Für solche Fälle besteht immerhin die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung gemäss Art. 2 AHVG.

Unfallversicherung: Dauert der ausbildungsbedingte unbezahlte Urlaub länger als 31 Tage, droht der Unfallversicherungsschutz zu entfallen. Die für Arbeitnehmer obligatorische Unfallversicherung endet gemäss Art. 3 Abs. 2 UVG¹⁰⁹⁹ mit dem 31. Tag nach dem Tag, an dem der Anspruch auf mindestens den halben Lohn aufhört. Dies gilt auch beim unbezahlten Urlaub, bei dem das Arbeitsverhältnis zwar weiterhin besteht, die gegenseitigen Leistungspflichten jedoch einstweilen suspendiert werden.¹¹⁰⁰ Dem Arbeitnehmer steht es dann immerhin gemäss Art. 3 Abs. 3 UVG zu, die Versicherung bis zu sechs Monate auf eigene Kosten zu verlängern.

Reduziert der Arbeitnehmer sein Arbeitspensum, dann ist zu beachten, dass Teilzeitbeschäftigte, deren Arbeitspensum weniger als acht Stunden pro Woche beträgt,¹¹⁰¹ gemäss Art. 8 Abs. 2 UVG keinen Versicherungsschutz gegen Nichtberufsunfälle geniessen.

¹⁰⁹⁶ Art. 3 Abs. 1 AHVG.

¹⁰⁹⁷ Art. 10 Abs. 1 AHVG iVm Art. 28 Abs. 1 AHVV.

¹⁰⁹⁸ Zur Versicherungsunterstellung siehe Art. 1 lit. a AHVG sowie zum Begriff des vollen Beitragsjahrs Art. 50 AHVV.

¹⁰⁹⁹ Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20.

¹¹⁰⁰ BGer 8C_445/2009, Urteil vom 22. Juli 2010, E. 6.4.

¹¹⁰¹ Art. 8 Abs. 2 iVm Art. 7 Abs. 2 UVG iVm Art. 13 Abs. 1 Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) vom 20. Dezember 1982, SR 832.202. Beträgt das Arbeitspensum weniger als acht Stunden pro Woche, gelten nach Art. 13 Abs. 2 UVV immerhin noch Unfälle, die sich auf dem Arbeitsweg zutragen, als Berufsunfälle.

Berufliche Vorsorge: Eine lang andauernde Aus- oder Weiterbildung kann Nachteile in der beruflichen Vorsorge nach sich ziehen.¹¹⁰²

Resultiert aus der Aus- oder Weiterbildung eine Lohneinbusse, kann der Arbeitnehmer gemäss Art. 33a Abs. 1 BVG nur dann seinen bisherigen Lohn weiterversichern lassen, soweit er das 58. Altersjahr erreicht hat, die Lohnreduktion nicht mehr als 50 % beträgt und die Vorsorgeeinrichtung zudem eine Weiterversicherung reglementarisch zulässt. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, sind kleinere Sparbeiträge und damit auch ein geringeres Altersguthaben die Folge davon.¹¹⁰³ Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass der Arbeitgeber für den Teil der Versicherung, der über den tatsächlichen Lohn hinausgeht, grundsätzlich keine Arbeitgeberbeiträge entrichten muss.¹¹⁰⁴ Dies hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer im Rahmen einer Weiterversicherung auch den über den Lohn hinausgehenden Arbeitgeberanteil stemmen muss.

Entfällt das Versicherungsobligatorium, weil z.B. der für das Versicherungsobligatorium vorausgesetzte Mindestjahreslohn von 22'050 CHF nicht mehr erzielt wird,¹¹⁰⁵ besteht schliesslich die Möglichkeit einer Versicherung nach Art. 47 BVG, in der die bisherige Versicherung bei der angestammten Vorsorgeeinrichtung (soweit reglementarisch vorgesehen) oder bei einer Auffangeinrichtung fortgeführt werden kann. Art. 47a Abs. 1 BVG räumt versicherten Personen, die nach Vollendung des 58. Altersjahrs aus der obligatorischen Versicherung ausscheiden, weil das Arbeitsverhältnis aufgelöst wurde, ausserdem die Möglichkeit ein, die Versicherung bei ihrer bisherigen Vorsorgeeinrichtung weiterzuführen, und zwar unabhängig davon, ob dies im Reglement der Vorsorgeeinrichtung vorgesehen ist. In beiden Fällen sowohl nach Art. 47 BVG als auch nach Art. 47a BVG entfällt der Arbeitgeberanteil des Versicherungsbeitrags. Für diesen muss die versicherte Person aufkommen.¹¹⁰⁶

¹¹⁰² Siehe dazu ganz allgemein auch PLÜSS/WICKSTRÖM, S. 483 ff.

¹¹⁰³ Zum Altersguthaben siehe Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.

¹¹⁰⁴ Vgl. STEINER, BS Kommentar BVG, Art. 33a Rn. 24.

¹¹⁰⁵ Art. 7 Abs. 1 BVG.

¹¹⁰⁶ Art. 47a Abs. 3 BVG sowie GROB, BS Kommentar BVG, Art. 47a Rn. 31; mit Blick auf Art. 47 BVG siehe FRIEDAUER, BS Kommentar BVG, Art. 47 Rn. 25.

5. Würdigung

Es lässt sich nach dem hier eingenommenen Standpunkt auslegungsweise argumentieren, Art. 6 UNO-Pakt I sehe eine Pflicht vor, wonach die Signatarstaaten bezahlten Bildungsurlaub grundsätzlich zu gewährleisten haben.¹¹⁰⁷ Danach ist jeder Mitgliedstaat im Rahmen seiner Erfüllungspflicht (*obligation to fulfil*) dazu angehalten, sein Landesrecht entsprechend dieser völkerrechtlichen Verpflichtung zu gestalten.¹¹⁰⁸

Durch einen solchen bezahlten Bildungsurlaub soll der Arbeitgeber Arbeitszeit zur Verfügung stellen bei gleichzeitiger Leistung einer Entschädigung.¹¹⁰⁹ Es handelt sich somit um eine finanzielle Unterstützungsleistung zugunsten der Arbeitnehmer. Aus der allgemeinen Begünstigungspflicht nach Art. 5 Abs. 2 WeBiG sowie der arbeitsrechtlichen Generalklausel betreffend die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR lässt sich jedoch nach hier vertretener Ansicht kein solcher Anspruch ableiten. Eine solche Pflicht ergibt sich selbst aus einer völkerrechtskonformen Auslegung der beiden genannten landesrechtlichen Bestimmungen nicht, da ein durchsetzbarer finanzieller Anspruch sich nicht mit einer allgemein gehaltenen Pflicht zur Förderung von Aus- und Weiterbildungen vereinbaren lässt. Auch eine richterliche Lückenfüllung ginge hier zu weit. Der Richter darf nicht unberücksichtigt lassen, dass der gesetzgeberische Wille eben nicht darauf ausgerichtet war, einen geldwerten Anspruch zu vermitteln. Es liegt somit am Gesetzgeber, tätig zu werden.¹¹¹⁰

Aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive eröffnen sich diverse – zumindest theoretische – Nachteile. Diese werden aber weitgehend durch bestehende gesetzliche Vorkehrungen abgedeckt. So ist die Gefahr einer Rentenminderung in der Alters- und Hinterlassenenversicherung infolge einer Aus- oder Weiterbildung theoretisch zwar denkbar. Realistisch gesehen ist diese Gefahr jedoch gering, zumal nur in aussergewöhnlichen Konstellationen Beitragslücken entstehen dürften. Und droht dennoch ausnahmsweise eine Lücke, besteht immerhin die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung. Damit werden etwaige Nachteile im Bereich der Alters- und Hinterlassenenversicherung auf ein erträgliches Mass reduziert.

¹¹⁰⁷ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. II. 1.

¹¹⁰⁸ Zu den einzelnen völkerrechtlichen Verpflichtungsschichten siehe oben Abschnitt G. § 2. III. 1.

¹¹⁰⁹ Wobei der Begriff «Urlaub» aus arbeitsrechtlicher Sicht in diesem Kontext nicht vollständig zutreffend ist, zumal Urlaub grundsätzlich die Suspendierung der gegenseitigen Leistungspflichten und damit eben auch ein Ruhen der Lohnzahlungspflicht bedeutet, siehe dazu GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rn. 514.

¹¹¹⁰ Zur völkerrechtskonformen Auslegung siehe Abschnitt G. § 2. III. 1.

Auch der bei länger andauernden Aus- oder Weiterbildungen drohende Wegfall der obligatorischen Unfallversicherung sowie etwaige Einbussen in der beruflichen Vorsorge werden durch gesetzliche Weiterversicherungsmöglichkeiten aufgefangen. Allerdings ist anzumerken, dass in allen Fällen der Weiterversicherung mit Zusatzkosten zu rechnen ist. Diese können eine Hürde darstellen, wenn es darum geht, sich zu entschliessen, eine Aus- oder Weiterbildung anzutreten.¹¹¹¹

III. Altersgerechte Arbeitsbedingungen

1. Völkerrecht

Laut Art. 7 UNO-Pakt I anerkennen die Mitgliedstaaten das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen. Dazu gehören nach dessen lit. b und lit. d der Gesundheitsschutz, das Gewähren von Arbeitspausen und Freizeit sowie eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit.

Das Kommissariat für Menschenrechte der Vereinten Nationen verweist mit Blick auf die Konkretisierung des Gesundheitsschutzes älterer Personen auf Ziff. 11–19 der IAO-Empfehlung Nr. 162, die darauf abzielen, die Arbeitskraft älterer Arbeitnehmer möglichst lange zu erhalten.¹¹¹² Darin wird unter anderem empfohlen, Faktoren zu vermeiden, die den Alterungsprozess beschleunigen.¹¹¹³ Vorgeschlagen wird auch eine Anpassung der Arbeitszeit, z.B. durch eine Reduktion der täglichen oder wöchentlichen Arbeitsstunden für schwere körperliche Arbeiten, die Förderung einer schrittweisen Verkürzung der Arbeitszeit, die Erhöhung des jährlichen Ferienguthabens, die Einteilung von Freizeit und Arbeitszeit nach eigenem Ermessen, Erleichterung von Teilzeitbeschäftigung oder Wechsel auf Arbeitsplätze mit normaler Tagesarbeitszeit.¹¹¹⁴ Der Kommentar Nr. 6 zu UNO-Pakt I bezeichnet es ausserdem als wünschenswert, ältere Arbeitnehmer nach Möglichkeit in Bereichen zu beschäftigen, in denen sie ihren Erfahrungsschatz am besten einbringen können.¹¹¹⁵

¹¹¹¹ Zu den sozialversicherungsrechtlichen Aspekten siehe oben Abschnitt G. § 5. II. 2.2.

¹¹¹² Siehe Kommentar Nr. 6 zu UNO-Pakt I, Ziff. 23 und dazugehörige Fussnote Nr. 7.

¹¹¹³ IAO-Empfehlung Nr. 162, Ziff. 13 lit. a.

¹¹¹⁴ IAO-Empfehlung Nr. 162, Ziff. 14 lit. a–e.

¹¹¹⁵ Kommentar Nr. 6 zu UNO-Pakt I, Ziff. 23.

2. Landesrecht

2.1. Arbeitsgesetz

Soweit das Arbeitsgesetz anwendbar ist, sind Arbeitgeber nach Art. 6 Abs. 1 erster Satz ArG dazu verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind.¹¹¹⁶ Sie haben zudem die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität des Arbeitnehmers zu treffen.¹¹¹⁷ Der arbeitsgesetzlich vorgeschriebene Gesundheitsschutz wird in Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz konkretisiert.¹¹¹⁸ Die von den Arbeitgebern zu treffenden Massnahmen sind dabei allgemeiner Natur und betreffen beispielsweise Anforderungen an Gebäude und Räume (Lüftung, Beleuchtung, Lärmschutz) und Arbeitsplätze (Ergonomie). Es sind hingegen keine Vorschriften vorhanden, die spezifisch den Alterungsprozess der Arbeitnehmer berücksichtigen.

Der Arbeitgeber hat jedoch nach Art. 6 Abs. 2 ArG insbesondere die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden. Es ist bekannt, dass eine unzulängliche Gestaltung der Arbeit in Form und Inhalt das individuelle Altern beeinflusst und dadurch letztlich die Gesundheit beeinflusst.¹¹¹⁹ Folglich ist der Arbeitgeber nach der hier vertretenen Ansicht dazu verpflichtet, für eine altersgerechte Arbeitsgestaltung zu sorgen. Wie dies konkret zu erfolgen hat, dazu macht das Arbeitsgesetz keine Vorgaben.

Die im Arbeitsgesetz vorhandenen Vorschriften insbesondere über Höchst-arbeits-¹¹²⁰ und Ruhezeiten¹¹²¹ sowie Sonntags-,¹¹²² Tages-,¹¹²³ Abend-¹¹²⁴ und

¹¹¹⁶ Zum Anwendungsbereich vgl. Art. 1–5 ArG sowie mit weiteren Ausführungen dazu NÖTZLI, Kurzkomentar ArG, Art. 6 Rn. 5–9.

¹¹¹⁷ Art. 6 Abs. 1 zweiter Satz ArG.

¹¹¹⁸ Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) (Gesundheitsschutz) vom 18. August 1993, SR 822.113.

¹¹¹⁹ MÜHLENBROCK, S. 9 f. sowie S. 15 ff. mit weiteren Hinweisen.

¹¹²⁰ Art. 9 ff. ArG.

¹¹²¹ Art. 15a ArG.

¹¹²² Art. 18 und 19 ArG.

¹¹²³ Art. 10 ArG.

¹¹²⁴ Art. 10 ArG.

Nachtarbeit¹¹²⁵ gelten grundsätzlich unabhängig vom Alter. Es ergibt sich aus ihnen kein spezifischer Schutz für ältere Arbeitnehmer. Im Gegensatz dazu sieht die Jugendarbeitsschutzverordnung¹¹²⁶ in diesen Bereichen spezielle auf den Schutz Jugendlicher gerichtete Bestimmungen vor, die verglichen mit den allgemein gehaltenen arbeitsgesetzlichen Bestimmungen ein restriktiveres Beschäftigungsregime in Bezug auf Jugendliche bewirken. Sie schreiben unter anderem geringere tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeiten vor,¹¹²⁷ machen strengere Vorgaben zur täglichen Ruhezeit,¹¹²⁸ regulieren die Überzeitarbeit enger¹¹²⁹ und verbieten grundsätzlich Sonntags- und Nachtarbeit für Jugendliche unter 16 Jahren¹¹³⁰.

Immerhin ergeben sich aus dem Arbeitsgesetz bezüglich Nachtarbeit weitreichende Schutzmassnahmen, von denen auch ältere Arbeitnehmer profitieren. Konkret verleiht Art. 17c Abs. 1 ArG dem Arbeitnehmer, der über längere Zeit Nachtarbeit verrichtet, einen Anspruch auf Untersuchung seines Gesundheitszustands.¹¹³¹ Die medizinische Untersuchung ist nach Art. 45 ArGV 1 in bestimmten Fällen sowohl für Jugendliche als auch für Erwachsene vorgeschrieben, soweit sie dauernd oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit leisten und dabei in erhöhtem Ausmass belastende oder gefährliche Tätigkeiten verrichten oder gefährlichen Situationen ausgesetzt sind.¹¹³² Ergibt sich aus der medizinischen Untersuchung eine Untauglichkeit zur Nachtarbeit, ist der Arbeitgeber dazu verpflichtet, den betroffenen Arbeitnehmer «nach Möglichkeit» zu einer ähnlichen Tagesarbeit zu versetzen,

¹¹²⁵ Art. 16 ff. ArG.

¹¹²⁶ Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5) vom 28. September 2007, SR 822.115.

¹¹²⁷ Art. 10 ArGV 5.

¹¹²⁸ Art. 16 ArGV 5.

¹¹²⁹ Art. 17 ArGV 5.

¹¹³⁰ Das Verbot der Sonntagsarbeit ergibt sich aus Art. 18 ArG. Sonntagsarbeit kann in bestimmten in Art. 13 ArGV 5 aufgezählten Fällen für Jugendliche ab 16 Jahren ausnahmsweise bewilligt werden. Im Umkehrschluss heisst dies aber auch, dass grundsätzlich keine Ausnahmewilligung für Jugendliche unter 16 Jahren erteilt wird. Ähnlich verhält es sich bezüglich der Nachtarbeit. Auch diese ist gemäss Art. 16 ArG grundsätzlich verboten. Sie kann jedoch in bestimmten Fällen für Jugendliche ab 16 Jahren nach Art. 12 Abs. 1 ArGV 5 bewilligt werden. *E contrario* bedeutet dies wiederum, dass dem Grundsatz nach keine Ausnahmewilligung erteilt wird für Jugendliche unter 16 Jahren. Ausnahmen vom Verbot der Abend- und Sonntagsarbeit werden in Art. 15 ArGV 5 statuiert und betreffen beispielsweise kulturelle, künstlerische oder sportliche Anlässe (Abs. 1).

¹¹³¹ Art. 17c Abs. 1 ArG.

¹¹³² Art. 17c Abs. 2 ArG iVm Art. 45 Abs. 1 ArGV 1.

für die er tauglich ist.¹¹³³ Im Falle einer Untauglichkeit besteht allerdings weder ein Anspruch auf Versetzung noch auf Weiterbeschäftigung.¹¹³⁴

Es existieren jedoch im Arbeitsgesetz keine spezifisch die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer limitierenden Vorschriften, wie z.B. die in der IAO-Empfehlung Nr. 162 vorgeschlagene Verkürzung der Arbeitszeit.¹¹³⁵

2.2. Der obligationenrechtliche Gesundheitsschutz

Art. 328 Abs. 1 OR schreibt vor, der Arbeitgeber habe gebührend Rücksicht auf die Gesundheit des Arbeitnehmers zu nehmen. Im nachfolgenden Absatz 2 derselben Bestimmung wird näher ausgeführt, was damit gemeint ist. Demnach hat der Arbeitgeber die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs oder Haushalts angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann.¹¹³⁶

Der obligationenrechtliche Gesundheitsschutz nach Art. 328 OR entspricht weitgehend dem arbeitsgesetzlichen Gesundheitsschutz in Art. 6 ArG. Es kann daher grundsätzlich auf die Ausführungen dazu verwiesen werden.¹¹³⁷ Der arbeitsgesetzliche Gesundheitsschutz ist jedoch auf den Betrieb als Ganzes gerichtet, so dass der Arbeitgeber Vorkehren zu treffen hat, durch die der Gesundheitsschutz der Belegschaft im Allgemeinen sichergestellt wird. Art. 328 OR geht hingegen nach hier vertretener Einsicht weiter, indem dem Arbeitnehmer eine individuelle Fürsorge geschuldet wird. Dies kommt nicht zuletzt auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts über Alterskündigungen zum Ausdruck, in der sich das Mass der geschuldeten Fürsorge nach dem konkreten Einzelfall beurteilt und dabei insbesondere auch dem Alter des Arbeitnehmers Rechnung getragen wird.¹¹³⁸

So gesehen muss der Arbeitgeber nach dem hier eingenommenen Standpunkt den individuellen Alterungsprozess eines Arbeitnehmers gebührend berücksichtigen. Dies zum Beispiel, indem er für eine ergonomische Büroeinrichtung sorgt oder

¹¹³³ Art. 17d ArG.

¹¹³⁴ HURNI/GRAF, Kurzkomentar ArG, Art. 17d Rn. 2.

¹¹³⁵ IAO-Empfehlung Nr. 162, Ziff. 14 lit. b.

¹¹³⁶ Art. 328 Abs. 2 OR.

¹¹³⁷ Siehe die vorangegangenen Ausführungen zu Art. 6 ArG im Abschnitt G. § 5. III. 2.1.

¹¹³⁸ Betreffend erhöhte Fürsorgepflicht beispielhaft BGer 4A_384/2014, Urteil vom 12. November 2014, E. 4.2.2, siehe zum Thema «Alterskündigung» auch den Abschnitt G. § 3. II. 2.5.

Arbeiten zuweist, die sich mit dem Stellenbeschrieb, den betrieblichen Erfordernissen und der Gesundheit des Arbeitnehmers in Einklang bringen lassen. Die dem Arbeitnehmer geschuldete Fürsorgepflicht verschafft dem Arbeitnehmer hingegen keinen Anspruch auf Zuweisung einer bestimmten Arbeitstätigkeit, für die er gar nicht eingestellt wurde. Es besteht ferner auch kein Anspruch darauf, nur zu bestimmten Tageszeiten eingesetzt zu werden. Und ebenso wenig ergibt sich aus Art. 328 OR ein Anspruch auf Reduktion des Arbeitspensums.

3. Würdigung

Nach Art. 7 lit. b UNO-Pakt I hat jeder das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen. Eine Auslegung dieser Bestimmung zeigt, dass auch speziell auf ältere Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen ist, indem z.B. mit zunehmendem Alter die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit für schwere, gefährliche oder ungesunde Arbeiten reduziert wird.¹¹³⁹ Dem wird im Schweizer Recht nur beschränkt über die allgemeine Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR Rechnung getragen. Spezifische arbeitsgesetzliche Schutzmechanismen fehlen.

Das infrage stehende Völker- und Landesrecht lässt sich nicht auf dem Wege einer völkerrechtskonformen Auslegung harmonisieren. Dies liegt daran, dass der arbeitsgesetzliche Gesundheitsschutz einen hohen Detailgrad aufweist, der eine alternative Auslegung zugunsten beispielsweise spezieller Schutzvorschriften für ältere Arbeitnehmer nicht zulässt. Auch die Generalklausel nach Art. 328 OR vermag nicht grundsätzlich zu verbieten, was das Arbeitsgesetz für zulässig erklärt. Beispielsweise ist es nicht verboten, ältere Arbeitnehmer für Schichtarbeiten oder Nachtarbeiten einzusetzen.

IV. Rentenalter, Flexibilisierungen und Beiträge an die berufliche Vorsorge

Im Folgenden wird nach einer kursorischen Betrachtung zum einschlägigen Völkerrecht ganz allgemein die Konzipierung sowohl der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) als auch der beruflichen Vorsorge dargestellt. Der anschließende Fokus richtet sich dann einerseits auf das Rentenalter sowie andererseits auf die Flexibilisierungsmöglichkeiten zum Rentenbezug. Speziell mit Blick auf die berufliche Vorsorge wird ausserdem auch die Beitragsbemessung besprochen. Da

¹¹³⁹ Siehe die vorangegangenen Ausführungen im Abschnitt G. § 5. III. 1.

die Beitragsbemessung in der AHV altersneutral erfolgt,¹¹⁴⁰ wird auf diesbezügliche Ausführungen verzichtet.

1. Völkerrecht

Das von der Schweiz ratifizierte IAO-Übereinkommen Nr. 102¹¹⁴¹ legt in Art. 26 Ziff. 2 fest, dass das vorgeschriebene Alter für Altersleistungen 65 Jahre grundsätzlich nicht überschreiten darf. Immerhin erlaubt dieselbe Bestimmung die Festsetzung eines höheren Rentenalters, vorausgesetzt, die Arbeitsfähigkeit betagter Personen lasse dies im betreffenden Land zu.¹¹⁴² Die Altersleistungen können auch so lange ruhen, als die anspruchsberechtigte Person weiterhin erwerbstätig ist, wodurch eine Erwerbstätigkeit auch über das Rentenalter hinaus grundsätzlich ermöglicht werden soll.¹¹⁴³ Weitere Flexibilisierungen im Sinne eines Rentenvorbezugs oder Rententeilbezugs sieht das Übereinkommen nicht vor.

Das IAO-Übereinkommen Nr. 128¹¹⁴⁴ wiederum statuiert in Art. 15 Ziff. 2 – ähnlich wie das IAO-Übereinkommen Nr. 102 – für den Bezug von Altersleistungen ein Renteneintrittsalter von 65 Jahren. Den Mitgliedstaaten wird es erlaubt, ein höheres Renteneintrittsalter festzusetzen, wobei massgebende demographische, wirtschaftliche und soziale Merkmale, die statistisch zu belegen sind, berücksichtigt werden müssen.¹¹⁴⁵ Das Übereinkommen äussert sich ebenfalls nicht zu weitergehenden Flexibilisierungen wie Rentenvorbezügen oder Rentenaufschüben.

Demgegenüber legt Art. 9 UNO-Pakt I kein konkretes Renteneintrittsalter fest, sondern anerkennt ganz allgemein das Recht auf soziale Sicherheit, zu der die Sozialversicherung gehört. Den Vertragsstaaten wird allerdings angeraten, ein konkretes Renteneintrittsalter festzulegen, das einerseits flexibel ist und andererseits die demographischen, wirtschaftlichen und sozialen Faktoren berücksichtigt.¹¹⁴⁶

¹¹⁴⁰ Sie wird nach Art. 4 Abs. 1 AHVG in Prozenten des Einkommens aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit bemessen.

¹¹⁴¹ Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestnormen der Sozialen Sicherheit vom 28. Juni 1952, SR 0.831.102.

¹¹⁴² Art. 26 Ziff. 2 IAO-Übereinkommen Nr. 102.

¹¹⁴³ Art. 26 Ziff. 3 IAO-Übereinkommen Nr. 102.

¹¹⁴⁴ Übereinkommen Nr. 128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene vom 29. Juni 1967, SR 0.831.105.

¹¹⁴⁵ Art. 15 Ziff. 2 Übereinkommen Nr. 128.

¹¹⁴⁶ Kommentar Nr. 6 zu UNO-Pakt I, Ziff. 28; vgl. Kommentar Nr. 19 zu UNO-Pakt I, Ziff. 15.

2. Landesrecht

Das Schweizer Recht sieht *de lege lata* sowohl in der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) als auch in der beruflichen Vorsorge diverse Flexibilisierungen vor, insbesondere in der Gestalt des Vorbezugs oder Aufschubs von Altersrenten. Die Gestaltungsspielräume in den beiden Versicherungssystemen sind aktuell jedoch sehr unterschiedlich.¹¹⁴⁷ Gerade mit Blick darauf gilt es, *de lege ferenda* einige projektierte Neuerungen aus den beiden Reformen «AHV 21» und «BVG 21» zu berücksichtigen, sehen diese doch eine punktuelle Synchronisierung zwischen den beiden Versicherungssystemen vor. Ebenso ist ein Augenmerk auf die Renteninitiative zu richten. Im Folgenden werden daher sowohl der Status *de lege lata* als auch jener *de lege ferenda* betrachtet.

2.1. Alters- und Hinterlassenenversicherung

2.1.1. De lege lata

a. Allgemeines

Die AHV ist eine obligatorische Versicherung,¹¹⁴⁸ die paritätisch durch Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge sowie durch Leistungen des Bundes¹¹⁴⁹ gespiessen wird. Im Kern bietet sie die finanzielle Absicherung vor den Risiken Alter und Tod, indem sie zugunsten eines bestimmten Versichertenkreises Altersrenten sowie Witwen- und Waisenrenten vorsieht. Die Renten haben dabei den Existenzbedarf angemessen zu decken.¹¹⁵⁰ Die AHV beruht auf dem Umlageprinzip. Dies bedeutet kurz gefasst: Die erwerbstätige Generation finanziert die Rentnergeneration.¹¹⁵¹

Die Altersrente knüpft grundsätzlich an das Erreichen eines bestimmten Alters an.¹¹⁵² Sie ist nicht als Ruhestandsrente konzipiert. Das heisst, der Empfang von Altersleistungen aus der AHV hindert den Versicherten nicht daran, weiterhin einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.¹¹⁵³ Die Höhe der Altersrente bemisst sich

¹¹⁴⁷ Dazu im Folgenden.

¹¹⁴⁸ Art. 112 Abs. 2 lit. a BV.

¹¹⁴⁹ Art. 112 Abs. 3 lit. a und b BV.

¹¹⁵⁰ Art. 112 Abs. 2 lit. b BV.

¹¹⁵¹ KIESER, Kap. 9 Rn. 110.

¹¹⁵² Dazu sogleich im nachfolgenden Abschnitt.

¹¹⁵³ Botschaft 2. Entwurf AHVG, BBl 1946 II 405–406.

nach den individuellen Beitragsjahren, dem Erwerbseinkommen sowie den Erziehungs- oder Betreuungsgutschriften ab Vollendung des 20. Altersjahrs.¹¹⁵⁴

b. Rentenalter und Flexibilisierungen

Das AHVG statuiert für Frauen und Männer derzeit ein unterschiedliches Rentenalter. Das ordentliche Renteneintrittsalter ist bei Männern das vollendete 65. Altersjahr und bei Frauen das 64. Altersjahr.¹¹⁵⁵

Das Renteneintrittsalter ist allerdings flexibel wählbar. Es besteht die Möglichkeit, den Rentenbezug über das ordentliche Rentenalter hinweg aufzuschieben (Rentenaufschub) oder umgekehrt eine Altersrente vor Eintritt des ordentlichen Rentenalters zu beziehen (Rentenvorbezug). Der Rentenaufschub beträgt mindestens ein und maximal fünf Jahre.¹¹⁵⁶ Ebenso kann die Rente um ein oder maximal zwei Jahre vorbezogen werden.¹¹⁵⁷ Daraus resultiert ein Rentenkorridor¹¹⁵⁸ für Männer zwischen dem 63. und dem 70. Altersjahr und für Frauen zwischen dem 62. und dem 69. Altersjahr.

Wie wirkt sich dies auf die Altersrente aus? Während mit dem Rentenaufschub die Altersleistungen aufge bessert werden können, reduziert sich die Altersleistung beim Rentenvorbezug. Insbesondere ist keine Möglichkeit vorgesehen, allfällige Beitragslücken zu füllen. Die aufgeschobene Altersrente wird jedoch um den versicherungstechnischen Gegenwert der nicht bezogenen Leistung erhöht.¹¹⁵⁹

Konkret wird der aufgeschobenen Rente ein prozentualer Zuschlag angerechnet. Der Aufschubszuschlag wird ermittelt, indem die Summe der aufgeschobenen Monatsbeträge durch die entsprechende Anzahl Monate dividiert wird.¹¹⁶⁰ Dieser Betrag wird mit dem in Art. 55^{ter} Abs. 1 AHVV festgelegten Prozentsatz

¹¹⁵⁴ Art. 29^{bis} Abs. 1 AHVG.

¹¹⁵⁵ Art. 21 Abs. 1 lit. a und b AHVG. *De lege ferenda* wird das ordentliche Rentenalter der Frauen infolge der Volksabstimmung vom 25. September 2022 (AHV 21) an jenes der Männer angeglichen und damit auf das 65. Jahren angehoben (Informationen dazu abrufbar unter <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ahv/reformen-revisionen/ahv-21.html#:~:text=Am%2025.,Januar%202024%20in%20Kraft,zuletzt%20besucht%20am%2016.%20Mai%202023>).

¹¹⁵⁶ Art. 39 Abs. 1 AHVG.

¹¹⁵⁷ Art. 40 Abs. 1 AHVG.

¹¹⁵⁸ Zu diesem Begriff siehe auch BRAUN-DUBLER/FREI/KADERLI/ROTH, S. 6.

¹¹⁵⁹ Art. 39 Abs. 2 AHVG.

¹¹⁶⁰ Art. 55^{ter} Abs. 2 AHVV.

multipliziert.¹¹⁶¹ Dazu ein Beispiel: Die maximale Altersrente beträgt derzeit 2'450 CHF.¹¹⁶² Entscheidet sich z.B. ein Mann im Alter von 65 Jahren, die ihm zustehende volle Altersrente um volle fünf Jahre (*ergo* 60 Monate) aufzuschieben, so würde der Zuschlag auf die maximale Altersrente monatlich 771.75 CHF betragen.¹¹⁶³

Die Altersrente kann auch vorbezogen werden. Für Männer ist dies ab dem 63. Altersjahr und für Frauen ab dem 62. Altersjahr möglich.¹¹⁶⁴ Mit dem Vorbezug wird die Altersrente um den Gegenwert der vorbezogenen Rente bis zum ordentlichen Rentenalter pro Vorbezugsjahr um 6,8 % gekürzt¹¹⁶⁵ und ab dem ordentlichen Rentenalter wiederum pro Vorbezugsjahr um 6,8 % der Summe der ungekürzten Renten, dividiert durch die Anzahl Monate, während deren die Rente bezogen wurde.¹¹⁶⁶ Auch dazu ein Beispiel: Ein Mann entscheidet sich für einen Vorbezug der Altersrente mit 63 Jahren. Er hat bis dahin keine Beitragslücken. Die maximale Altersrente beträgt 2'450 CHF.¹¹⁶⁷ Bis zum ordentlichen Rentenalter wird diese um 6,8 % pro Vorbezugsjahr und damit um 13,6 % gekürzt.¹¹⁶⁸ Die Kürzung beträgt 322.30 CHF, was eine Altersrente von 2'127.70 CHF ergibt. Ab dem Alter 65 werden die vorbezogenen Renten ungekürzt summiert, durch die Anzahl Vorbezugsmonate dividiert und mit 6,8 % pro Vorbezugsjahr multipliziert. Daraus ergibt sich eine Kürzung ab dem Alter von 65 Jahren von monatlich 333.20 CHF.¹¹⁶⁹

c. Freibetrag

Hat eine Person das ordentliche Rentenalter erreicht und bleibt sie weiterhin unselbstständig erwerbstätig, müssen weiterhin Beiträge an die AHV aus dem verdien-

¹¹⁶¹ Vgl. Art. 55^{ter} Abs. 2 AHVV; Wegleitung BSV Renten AHV und IV, Rn. 6335 f.

¹¹⁶² Vgl. Art. 53 Abs. 1 AHVV in Verbindung mit Rententabellen BSV Monatliche Vollrenten, Skala 44.

¹¹⁶³ $[(2'450 \text{ CHF} \times 60) / 60] \times 31,5 \% = 771.75 \text{ CHF}$; siehe auch Wegleitung BSV Renten AHV und IV, Rn. 6335 f.

¹¹⁶⁴ Art. 40 Abs. 1 AHVG.

¹¹⁶⁵ Art. 40 Abs. 3 AHVG iVm Art. 56 Abs. 1 und 2 AHVV.

¹¹⁶⁶ Art. 40 Abs. 3 AHVG iVm Art. 56 Abs. 3 AHVV.

¹¹⁶⁷ Art. 53 Abs. 1 AHVV in Verbindung mit Rententabellen BSV Monatliche Vollrenten, Skala 44.

¹¹⁶⁸ Art. 40 AHVG in Verbindung mit Art. 56 Abs. 1 AHVV.

¹¹⁶⁹ $[(2'450 \text{ CHF} \times 24) / 24] \times 13,6 \% = 333.20 \text{ CHF}$; siehe auch Wegleitung BSV Renten AHV und IV, Rn. 6206 f.

ten Einkommen entrichtet werden.¹¹⁷⁰ Dies führt jedoch nicht dazu, dass dadurch die AHV-Altersrente aufgebessert würde. SCHALTEGGER ET AL. attestieren diesen Beiträgen daher auch Steuercharakter.¹¹⁷¹ Dieser Umstand kann die Motivation für den Verbleib im Arbeitsmarkt schmälern.

Art. 6^{quater} Abs. 1 AHVV kann diesen Motivationsdämpfer etwas eindämmen, indem er erwerbstätigen Rentnern immerhin einen Freibetrag von 1'400 CHF pro Monat beziehungsweise 16'800 CHF pro Jahr gewährt. Auf diesen Teil des Einkommens müssen keine AHV-Beiträge geleistet werden. Der Freibetrag ist umso attraktiver, als er zudem für jedes Arbeitsverhältnis je separat gilt.¹¹⁷² Ein weiterer positiver Effekt ist, dass er auch die arbeitgeberseitigen Lohnnebenkosten, die bei älteren Arbeitnehmern tendenziell höher ausfallen als bei jüngeren,¹¹⁷³ etwas reduziert, indem immerhin 1'400 CHF monatlich von Arbeitgeberbeiträgen an die Alters- und Hinterlassenenversicherung befreit sind.

2.1.2. *De lege ferenda*: Reformprojekt «AHV 21»

Mit der Abstimmung vom 25. September 2022 zum Reformprojekt «*AHV 21*» wurden Anpassungen am bestehenden Recht in der AHV sowie in der beruflichen Vorsorge an der Urne akzeptiert.¹¹⁷⁴ Die Änderungen sowohl in der AHV als auch in der beruflichen Vorsorge werden am 1. Januar 2024 in Kraft treten.¹¹⁷⁵

Das Reformprojekt «*AHV 21*» beinhaltet ein Massnahmenpaket, das nebst der Vereinheitlichung des ordentlichen Rentenalters für beide Geschlechter auf 65 Jahre (Referenzalter)¹¹⁷⁶ zusätzliche Massnahmen umfasst. Dazu gehören Fle-

¹¹⁷⁰ Art. 3 Abs. 1 erster Satz AHVG.

¹¹⁷¹ SCHALTEGGER/LEISIBACH/SCHMID, S. 33.

¹¹⁷² Dies ergibt sich direkt aus dem Wortlaut der Bestimmung, in der es heisst, es seien Beiträge nur auf jenen Teil zu entrichten, «[...] *der je Arbeitgeber 1400 Franken im Monat bzw. 16 800 Franken im Jahr übersteigt*» (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹¹⁷³ TRAGESER/HAMMER/FLIEDNER, S. 28, Figur 12, und S. 29, Figur 13; vgl. HUMBERT, Alterskündigung, S. 869.

¹¹⁷⁴ Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 25. September 2022, BBI 2023 486.

¹¹⁷⁵ Medienmitteilung über den Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 2022 zum Inkrafttreten der Reform «*AHV 21*», abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92108.html> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

¹¹⁷⁶ Art. 21 nAHVG, Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) *de lege ferenda* (einsehbar u.a. in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 39).

xibilisierungen durch einen Rentenvorbezug ab dem vollendeten 63. Altersjahr und einen Rentenaufschub um fünf Jahre ab dem Referenzalter.¹¹⁷⁷ Ebenfalls neu sind die Möglichkeit zum bloss teilweisen Vorbezug und Aufschub der Altersrente sowie eine Kombination zwischen Vorbezug und Aufschub.¹¹⁷⁸ Ausserdem wird unter bestimmten Voraussetzungen das Schliessen von Beitragslücken ermöglicht werden.¹¹⁷⁹

In der Botschaft zur Stabilisierung der AHV war die Beibehaltung des Freibetrags für Erwerbstätige im Rentenalter noch vorgesehen.¹¹⁸⁰ In den Erläuterungen des Bundesrats zur Abstimmung vom 25. September 2022 findet der Freibetrag jedoch keine Erwähnung und es stellt sich daher die Frage, ob an diesem auch tatsächlich festgehalten wird. Der Freibetrag ist gegenwärtig auf Verordnungsstufe geregelt und stützt sich auf die *Kann*-Kompetenz des Bundesrats in Art. 4 Abs. 2 lit. b AHVG. Der Freibetrag war angesichts der neu vorgesehenen Möglichkeit zur Schliessung von Beitragslücken nicht völlig unumstritten.¹¹⁸¹ Der Vorentwurf zu den Anpassungen der Verordnung zum AHVG sieht den Freibetrag jedenfalls in unverändertem Umfang vor.¹¹⁸² Dies gibt zur berechtigten Hoffnung Anlass, dass der Freibetrag weiterhin bestehen bleibt.

2.1.3. Würdigung

a. Rentenalter

Die Materialien sowohl für den ersten bundesrätlichen Entwurf von 1929 als auch für den zweiten von 1946 liefern wertvolle Einsichten nicht alleine über die Zweckbestimmung der AHV an sich, sondern auch über die Rolle des Alters. Einiges deutet darauf hin, dass die Rentenalterhöhe das Resultat von Vorurteilen ist.

¹¹⁷⁷ Art. 39 und 40 nAHVG *de lege ferenda* (u.a. einsehbar in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 42).

¹¹⁷⁸ Botschaft zur Stabilisierung der AHV, BBl 2019 6352 ff., sowie Art. 39 ff. nAHVG *de lege ferenda* (u.a. einsehbar in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 42).

¹¹⁷⁹ Art. 29^{bis} Abs. 2 und 4 lit. a iVm Abs. 2 nAHVG *de lege ferenda* (u.a. einsehbar in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 39).

¹¹⁸⁰ Vgl. Botschaft zur Stabilisierung der AHV, BBl 2019 6369.

¹¹⁸¹ Vgl. Botschaft zur Stabilisierung der AHV, BBl 2019 6349.

¹¹⁸² Vorentwurf zur Verordnungsänderung AHVV, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92108.html> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

Die AHV sollte unter anderem «*Schutz[e] vor der Not im Alter*» bieten¹¹⁸³ und gleichzeitig eine Lebensphase frei von Arbeitslast¹¹⁸⁴ ermöglichen. Im ersten Entwurf von 1929 sah der Bundesrat für beide Geschlechter ein Rentenalter von 66 Jahren vor. Dieses Alter wurde im Allgemeinen als Obergrenze angesehen, bis zu der hin angenommen wurde, dass der Einzelne imstande sei, sich «*vollwertig*» am Erwerbsleben zu beteiligen.¹¹⁸⁵

In den beiden Botschaften von 1929 und 1946 finden sich keine Antworten zu den Ursachen einer angeblichen Not im Alter, und es bleibt daher auch unklar, ob die Not tatsächlich auf eine im Alter auftretende Leistungsabnahme zurückzuführen ist, die schlicht eine Erwerbstätigkeit verhindert, oder ob die Not nicht eher darauf beruhte, dass ältere Personen effektiv keine Arbeit fanden oder entlassen wurden, gerade weil sie aufgrund ihres Alters mit Vorurteilen in der Gesellschaft zu kämpfen hatten.¹¹⁸⁶

Naheliegend ist, dass – damals wie heute – dem Alter mit Vorurteilen begegnet wurde und diese der Not, vor der es zu schützen galt, fruchtbaren Boden bereiteten. Indizien zum Bestehen solcher Vorurteile finden sich beispielsweise im Initiativtext vom 25. Juli 1942, in dem die Initianten die Einführung einer Rente verlangten, die – wörtlich – jedem «*Greis*» eine genügende Existenz sichern soll.¹¹⁸⁷ Notabene: Der Begriff «*Greis*» bezeichnet einen Menschen, der körperlich hinfällig ist.¹¹⁸⁸ Dies deutet darauf hin, dass aus damaliger Sicht grundsätzlich schon ab dem festgelegten Rentenalter eine «*körperliche Hinfalligkeit*» vermutet wurde. Auch die Tatsache, dass dem weiblichen Geschlecht im Alter generell eine tiefere Leistungsfähigkeit attestiert wurde, kann als Indiz für eine eher vorurteilsgetriebene Festlegung des Rentenalters gesehen werden:

¹¹⁸³ Botschaft 1. Entwurf AHVG, BBl 1929 II 170.

¹¹⁸⁴ Dies geht aus den Ausführungen des Bundesrats in seiner Botschaft zum ersten Entwurf der AHV hervor, in der er darlegte, dass ein Rentenalter von 70 Jahren zu hoch sei, weil dann ein Grossteil der Beitragspflichtigen nicht in den Genuss einer Rente gelangen würde, siehe Botschaft 1. Entwurf AHVG, BBl 1929 II 260 f.

¹¹⁸⁵ Botschaft 1. Entwurf AHVG, BBl 1929 II 260.

¹¹⁸⁶ Vgl. Botschaft 1. Entwurf AHVG, BBl 1929 II 165 ff., sowie Botschaft 2. Entwurf AHVG, BBl 1946 II 365 ff.

¹¹⁸⁷ Botschaft 2. Entwurf AHVG, BBl 1946 II 367, sowie Botschaft 1. Entwurf AHVG, BBl 1929 II 173.

¹¹⁸⁸ DROSDOWSKI (Hrsg.), Duden, S. 1391.

«Es trifft zweifellos zu, dass es physiologisch richtiger wäre, wenn für Frauen der Beginn der Anspruchsberechtigung vorverlegt werden könnte.»¹¹⁸⁹

Basierte das Rentenalter schon damals auf Vorurteilen, droht mit dem Festhalten an einem tiefen Rentenalter die Gefahr einer Perpetuierung genau dieser Vorurteile mit dem Ergebnis, dass – heute wie damals – nur schon mit der Annäherung an das Rentenalter ein Verlust der Leistungsfähigkeit beziehungsweise eine «Hinfälligkeit» angenommen wird.

Tatsache ist zudem, dass neunzig Jahre später¹¹⁹⁰ das Rentenalter trotz deutlicher Zunahme der durchschnittlichen Lebenserwartung auf praktisch unverändertem Niveau verharret. Dadurch hat die arbeitsbefreite Lebensphase im Gleichschritt mit der allgemein gestiegenen Lebenserwartung zugenommen und sich vergleichsweise zu jener im Zeitpunkt des zweiten Entwurfs zur AHV von 1946 von zehn¹¹⁹¹ auf rund zwanzig Jahre¹¹⁹² verdoppelt. Auch die mit dem Reformprojekt «AHV 21» anstehende Vereinheitlichung des Rentenalters beider Geschlechter ändert daran wenig, sieht doch dieses ein Referenzalter von bloss 65 Jahren vor.

Umso mehr ist zu hinterfragen, ob es sinnvoll ist, am aktuellen Rentenalter festzuhalten, wenn die Folge davon ist, dass die Gesellschaft jener Gruppe, die sich diesem Rentenalter nur schon annähert beziehungsweise dieses überschritten hat, mit dem Vorurteil minderer Leistungsfähigkeit begegnet. Die Forschungsliteratur favorisiert jedenfalls eine Anhebung des gegenwärtig (und auch künftig) zu tiefen Rentenalters. Sie geht davon aus, dass eine Rentenaltererhöhung einen aus Inklusionsperspektive erstrebenswerten längeren Verbleib im Arbeitsmarkt nach sich zieht und damit die bekannte mit dem Erreichen des Rentenalters verbundene *Default*-Wirkung, das Ausscheiden aus dem Arbeitsmarkt, auf ein späteres Alter verschiebt.¹¹⁹³

¹¹⁸⁹ Botschaft 2. Entwurf AHVG, BBl 1946 II 407.

¹¹⁹⁰ Ausgehend vom Zeitpunkt ab dem ersten Entwurf zur AHVG 1929, Botschaft 1. Entwurf AHVG, BBl 1929 II 165 ff.

¹¹⁹¹ Vgl. Botschaft 2. Entwurf AHVG, BBl 1946 II 432.

¹¹⁹² BfS Tabelle Lebenserwartung, 2000–2021.

¹¹⁹³ Vgl. Zusammenfassung internationaler Studien zu dieser Thematik in SCHALTEGGER/LEISIBACH/SCHMID, S. 37.

b. Flexibilisierungen

Was sind nun die Effekte aus den Vorbezugs- und Aufschiebsmöglichkeiten in der AHV? Aus finanzieller Sicht ergibt sich aus einer Gegenüberstellung der beiden oben ausgeführten Beispiele¹¹⁹⁴ folgendes Bild:

Arbeitet der Mann bis zum 70. Altersjahr, so darf er dannzumal eine Altersrente von 3'221.75 CHF beziehen. Entscheidet er sich hingegen für den maximalen Vorbezug, bezieht er bereits mit 62 Jahren eine Altersrente von 2'127.70 CHF. Angesichts der durchschnittlichen Restlebenserwartung von knapp zwanzig Jahren einer heute 65-jährigen Person¹¹⁹⁵ und der beachtlichen Renteneinbusse bei einem solchen Vorbezug ist man geneigt zu glauben, der Rentenaufschub werde bevorzugt.

Tatsächlich zeigt sich aber, dass nur 1,8 % der männlichen sowie 2,1 % der weiblichen Rentnergeneration den Rentenaufschub beanspruchten, während sich demgegenüber 12 % der Männer und 10 % der Frauen für einen Vorbezug entschieden.¹¹⁹⁶ Die Forschungsliteratur bestätigt denn auch, dass Rentenkürzungssätze beziehungsweise Aufschiebszuschläge keinen allzu grossen Effekt auf die Erwerbsbeteiligung haben.¹¹⁹⁷ Hingegen beeinflusst das frühestmögliche Rentenbezugsalter den Entscheid darüber, ob jemand weiterhin einer Erwerbstätigkeit nachgeht (so genannte *Default*-Wirkung des Rentenalters).¹¹⁹⁸

Es ist nach hier vertretener Ansicht nicht auszuschliessen, dass eventuell zahlreiche Personen einen Rentenaufschub in Betracht ziehen, dieser aber aufgrund ihrer beruflichen und finanziellen Situation keine echte Option darstellt: Aus der Altersgruppe der 55- bis 64-Jährigen galten 2018 beachtliche 63 % der Erwerbslosen nach IAO-Definition (also einschliesslich der ausgesteuerten Erwerbslosen) als langzeiterwerbslos.¹¹⁹⁹ Angesichts dessen überrascht es nicht, dass ein Teil dieser Erwerbslosen – womöglich notgedrungen – den Rentenvorbezug beanspruchen musste und ein anderer Teil bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters ausharrte.

¹¹⁹⁴ Siehe die beiden Beispiele im obigen Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.1. b.

¹¹⁹⁵ BFS Tabelle Lebenserwartung, 2000–2021.

¹¹⁹⁶ BSV Flexibilität in der Altersversicherung 2021, S. 1.

¹¹⁹⁷ Vgl. LALIVE/MAGESAN/STAUBLI, S. 45; SCHALTEGGER/LEISIBACH/SCHMID, S. 159.

¹¹⁹⁸ Bericht des Bundesrats, Förderung der Erwerbstätigkeit nach Erreichen des Regelrentenalters, S. 8 mit weiteren Hinweisen.

¹¹⁹⁹ SECO Arbeitsmarktindikatoren für ältere Arbeitnehmer, 2019, S. 15.

Immerhin verspricht das ÜLG,¹²⁰⁰ diesem Trend zum Vorbezug entgegenzuwirken. Denn nach Art. 5 Abs. 3 ÜLG hat keinen Anspruch auf Überbrückungsleistungen, wer Altersrenten nach Art. 40 AHVG vorbezieht. Es ist allerdings fraglich, ob dies aus Inklusionsperspektive positiv zu bewerten ist: Die berufliche Wiedereingliederung Langzeiterwerbsloser verbessert sich nicht schon daher, weil das ÜLG einem Vorbezug der Altersrente entgegensteht.

Ein weiterer Erklärungsversuch besteht darin, dass die aktuelle gesetzliche Regelung nicht genügend flexibel ist. Der Aufschieb bloss eines Teils der Rente ist nicht vorgesehen, wodurch ein gleitender Übergang in die Rentenphase und gleichzeitig ein längeres Erwerbsleben nicht gefördert werden.¹²⁰¹

Das Reformprojekt AHV 21 wird zu einer weiteren Flexibilisierung betreffend den Bezug der Altersrente führen, indem sowohl ein Teilvorbezug als auch -aufschub sowie eine Kombination davon möglich sein werden.¹²⁰² Es wird sich zeigen müssen, ob die Auflockerung der bisher eher starren Regeln auch dazu führt, dass länger gearbeitet wird.

c. Freibetrag

Positiv formuliert lässt sich sagen, dass der Freibetrag jedenfalls nicht dazu führt, dass sich die Motivation schmälert, auch nach Erreichen des Rentenalters einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Unklar ist hingegen, ob er sich dazu eignet, die Arbeitsmotivation zu steigern, denn der Einkommensvorteil aus dem Freibetrag dürfte nicht so schwer wiegen, dass er einen Entschluss über einen Verbleib im Arbeitsmarkt entscheidend beeinflussen könnte. Auch die infolge des Freibetrags resultierende Senkung der Lohnnebenkosten für Arbeitgeber dürfte kaum dermassen ins Gewicht fallen, dass sie ältere Arbeitnehmer in einem attraktiveren Licht erscheinen liesse. SCHALTEGGER ET AL. sehen im Freibetrag zwar einen positiven Anreiz, relativieren diesen aber sogleich, weil dieser nur bei geringen Arbeitspensen wirke.¹²⁰³ Der Motivationseffekt aus dem Freibetrag ist demnach beschränkt.

¹²⁰⁰ Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG) vom 19. Juni 2020, SR 837.2.

¹²⁰¹ Art. 39 AHVG.

¹²⁰² Art. 39 und 40 nAHVG *de lege ferenda* (u.a. einsehbar in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 42).

¹²⁰³ SCHALTEGGER/LEISIBACH/SCHMID, S. 33.

2.2. Berufliche Vorsorge

2.2.1. De lege lata

a. Allgemeines

Die berufliche Vorsorge bildet im Gesamtsystem der Sozialversicherungen die zweite Säule. Sie ist eine grundsätzlich obligatorische Arbeitnehmersicherung,¹²⁰⁴ die Leistungen aufgrund von Alter, Tod oder Invalidität¹²⁰⁵ erbringt. Die Altersleistungen der beruflichen Vorsorge sollen zusammen mit jenen aus der AHV die «*Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise*» ermöglichen.¹²⁰⁶

Der Anspruch auf Altersrente wird nach Art. 13 Abs. 1 BVG an das Rentenalter geknüpft und setzt keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraus.¹²⁰⁷ Die Altersrente ist gleich wie in der AHV grundsätzlich nicht als Ruhestandsrente konzipiert. Die Vorsorgeeinrichtungen können allerdings gestützt auf Art. 13 Abs. 2 BVG davon abweichen.¹²⁰⁸

Die berufliche Vorsorge unterscheidet sich insbesondere durch ihre kollektive Konzeption von der individuellen Selbstvorsorge (dritte Säule).¹²⁰⁹ Finanziert wird sie durch Beiträge der Versicherten, von denen die Arbeitgeber mindestens die Hälfte der Beiträge ihrer Arbeitnehmer zu entrichten haben (so genannte Beitragsparität).¹²¹⁰ Eine weitere, bedeutende Finanzierungsquelle sind ausserdem die Kapitalerträge.¹²¹¹

Die obligatorische berufliche Vorsorge definiert Minimalleistungen.¹²¹² Dies hindert die Vorsorgeeinrichtungen jedoch nicht daran, Leistungen vorzusehen, die

¹²⁰⁴ Art. 113 Abs. 2 lit. b BV.

¹²⁰⁵ Art. 1 Abs. 1 BVG.

¹²⁰⁶ Art. 111 Abs. 1 BV und Art. 113 Abs. 2 lit. a BV; die gesamte Altersrente aus der Alters- und Hinterlassenenversicherung und der beruflichen Vorsorge sollte nach einem ursprünglichen Leistungsziel 60 % des letzten Bruttolohns «*einer normalen beruflichen Laufbahn*» entsprechen, siehe dazu Botschaft berufliche Vorsorge, BBl 1976 I 157.

¹²⁰⁷ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rn. 847.

¹²⁰⁸ Dazu sogleich.

¹²⁰⁹ HÜRZELER, Berufliche Vorsorge, § 2 Rn. 5–8.

¹²¹⁰ Art. 113 Abs. 3 BV; zur Beitragsparität siehe CARDINAUX, BS Kommentar BV, Art. 113 Rn. 61.

¹²¹¹ CARDINAUX, BS Kommentar BV, Art. 113 Rn. 57.

¹²¹² Art. 6 BVG.

über das gesetzlich vorgesehene Minimum hinausgehen (so genanntes Überobligatorium).¹²¹³ Verspricht die jeweilige Vorsorgelösung überobligatorische Leistungen, wird sie als umhüllende Vorsorge bezeichnet.¹²¹⁴ Anhand einer Schatzenrechnung muss sich dann weisen, ob die umhüllende Vorsorge die gesetzlichen Mindestleistungen gewährleistet.¹²¹⁵ Die nachstehenden Ausführungen beschränken sich auf Grundsätzliches zum gesetzlich vorgeschriebenen Minimum.

b. Rentenalter und Flexibilisierungen

Der Anspruch auf Altersleistungen entsteht grundsätzlich mit Erreichen des gesetzlichen Rentenalters.¹²¹⁶ Noch gilt in der beruflichen Vorsorge ein zur Alters- und Hinterlassenenversicherung analoges ordentliches Rentenalter: 65. Altersjahr bei Männern beziehungsweise 64. Altersjahr bei Frauen.¹²¹⁷ Wie in der AHV ergibt sich durch Rentenvorbezugs- und -aufschubsmöglichkeiten auch in der beruflichen Vorsorge ein Rentenkorridor.¹²¹⁸ Dieser ist hier allerdings deutlich breiter und liegt zwischen dem vollendeten 58. Altersjahr und dem vollendeten 70. Altersjahr.¹²¹⁹ Das Mindestrücktrittsalter von 58 Jahren kann ausserdem gemäss Art. 1i Abs. 2 BVV 2 im Falle von betrieblichen Restrukturierungen (lit. a) sowie aus Gründen der öffentlichen Sicherheit (lit. b) unterschritten werden.

Das BVG erlaubt mehrere Flexibilisierungsmöglichkeiten: den vollständigen Vorbezug der Altersrente (vorzeitige Pensionierung/Altersrücktritt), den Teilvorbezug der Altersrente (vorzeitige Teilpensionierung/Teilaltersrücktritt), die Weiterversi-

¹²¹³ Siehe dazu HÜRZELER, Berufliche Vorsorge, § 4 Rn. 2.

¹²¹⁴ HÜRZELER, Berufliche Vorsorge, § 4 Rn. 2.

¹²¹⁵ HÜRZELER, Berufliche Vorsorge, § 4 Rn. 5.

¹²¹⁶ Das heisst, sobald Männer das 65. Altersjahr und Frauen das 64. Altersjahr zurückgelegt haben, siehe dazu Art. 13 Abs. 1 lit. a BVG beziehungsweise Art. 62a Abs. 1 BVV 2 für das Frauenrentenalter.

¹²¹⁷ In Bezug auf Männer ergibt sich das Rentenalter aus Art. 13 Abs. 1 lit. a BVG und in Bezug auf jenes der Frauen aus Art. 62a Abs. 1 Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984, SR 831.441.1, welche das Rentenalter der Frauen in der beruflichen Vorsorge an das in der Alters- und Hinterlassenenversicherung festgelegte ordentliche Rentenalter der Frauen knüpft. Die bundesrätliche Verordnungskompetenz ergibt sich aus den im BVG unter dem Titel «Änderung vom 3. Oktober 2003 (1. BVG-Revision)» geführten Übergangsbestimmungen lit. e. «Koordination mit der 11. AHV-Revision». Art. 13 Abs. 1 lit. b BVG, wonach das Rentenalter der Frauen bei 62 Jahren liegt, ist folglich nicht massgebend.

¹²¹⁸ Zum Rentenkorridor in der AHV siehe oben Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.1. b.

¹²¹⁹ Dazu im Einzelnen sogleich.

cherung sowie den Rentenaufschub (aufgeschobene Pensionierung/Altersrücktritt). Ihnen ist gemeinsam, dass sie den Versicherten nur so weit zur Verfügung stehen, als die Reglemente der jeweiligen Vorsorgeeinrichtungen diese als Option einräumen.¹²²⁰ Die Versicherten haben somit – anders als in der AHV – keinen gesetzlichen Anspruch auf Flexibilisierungen. Zu den Flexibilisierungen im Einzelnen:

Vollständiger Vorbezug der Altersrente: Der frühestmögliche Zeitpunkt des Altersrücktritts liegt beim 58. Altersjahr.¹²²¹ Der Vorbezug knüpft dabei an die Beendigung des Arbeitsverhältnisses.¹²²² Dies hindert den Arbeitnehmer jedoch nicht daran, nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses eine neue Erwerbstätigkeit bei einer anderen Arbeitgeberin aufzunehmen, die einer anderen Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist.¹²²³ Diese paradox anmutende Vorgabe ist auch ein weiterer Unterschied zur AHV, bei der es keine Rolle spielt, ob der Versicherte weiterhin bei seiner bisherigen Arbeitgeberin oder andernorts beschäftigt ist.¹²²⁴

Teilvorbezug der Altersrente: Grundsätzlich ist ein Teilvorbezug der Altersrente (auch Teilpensionierung genannt) möglich.¹²²⁵ Die Teilpensionierung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer seine Erwerbstätigkeit bei der Arbeitgeberin teilweise aufgibt. Dazu muss der Arbeitnehmer zum Ausdruck bringen, dass er *definitiv* in entsprechendem Umfang aus der betreffenden Vorsorgeeinrichtung des Arbeitgebers ausscheiden möchte – was bei einer blossen Reduktion des Arbeitspensums nicht zutrifft, zumal dieses zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufgestockt werden könnte.¹²²⁶ Der Teilaltersrücktritt ist daher von einer Reduktion des Arbeitspensums zu unterscheiden, die eben gerade keine Fälligkeit einer Teil-Altersrente bewirkt.¹²²⁷ Auch hier gilt wiederum, dass es dem Versicherten unbenommen ist,

¹²²⁰ Siehe die jeweiligen *Kann*-Formulierungen im Gesetzestext: Art. 13 Abs. 2 iVm Art. 1 Abs. 3 zweiter Satz BVG und Art. 1i BVV 2 (Vorbezug), Art. 33b BVG (Aufschub) und Art. 33a Abs. 1 BVG (Weiterversicherung).

¹²²¹ Art. 13 Abs. 2 BVG iVm Art. 1 Abs. 3 Satz 2 BVG und Art. 1i BVV 2.

¹²²² Vgl. FLÜCKIGER, Kommentar Sozialversicherungsrecht, Art. 13 Rn. 34.

¹²²³ BGE 138 V 227, E. 5.2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 125; BGE 120 V 306, E. 4.b.

¹²²⁴ Zur AHV oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.1. a.

¹²²⁵ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rn. 870; FLÜCKIGER, Kommentar Sozialversicherungsrecht, Art. 13 Rn. 34.

¹²²⁶ Vgl. LANG, S. 633 einschliesslich Fussnote Nr. 15.

¹²²⁷ LANG, S. 632 f.

den Teilaltersrücktritt durch eine Erwerbstätigkeit bei einer Arbeitgeberin aufzufangen, die nicht derselben Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist.¹²²⁸

Weiterversicherung des bisherigen Verdienstes: Art. 33a Abs. 1 und 2 BVG erlaubt es den Vorsorgeeinrichtungen ausserdem, in ihren Reglementen vorzusehen, dass Versicherte ab dem 58. Altersjahr die Vorsorge für ihren bisherigen Verdienst bis zum ordentlichen reglementarischen Rentenalter weiterführen können, soweit sich deren Lohn um höchstens die Hälfte reduziert hat. Die Weiterversicherungsmöglichkeit kann grundsätzlich sowohl im Rahmen einer Reduktion des Arbeitspensums als auch bei einem Teilaltersrücktritt in Anspruch genommen werden. Allerdings ist im letzteren Fall, dem Teilaltersrücktritt, zu beachten, dass für den auf die Teilpensionierung entfallenden Lohnteil keine Weiterversicherungsmöglichkeit besteht, da mit Bezug darauf der Versicherungsfall des Risikos Alter eingetreten ist.¹²²⁹ Die Beiträge im Rahmen der Weiterversicherung sind im Übrigen gemäss Art. 33a Abs. 3 BVG von der Beitragsparität ausgenommen. Arbeitgeber können nur mit ihrer Zustimmung zur Entrichtung von entsprechenden Beiträgen verpflichtet werden.¹²³⁰

Aufgeschobener Altersrücktritt: Schliesslich können die Vorsorgeeinrichtungen gemäss Art. 33b BVG in ihren Reglementen die Möglichkeit zur Weiterführung der Versicherung bis zum 70. Altersjahr zulassen, soweit die versicherte Person bis dahin einer Erwerbstätigkeit nachgeht. In dieser Zeit können allenfalls bestehende Lücken durch Einkäufe gefüllt werden.¹²³¹ Wird die Versicherung hingegen weitergeführt, gelten die bisherigen Versicherungsbedingungen, und – im Gegensatz zur Regelung in Art. 33a BVG – bleibt insbesondere der Grundsatz der Beitragsparität bestehen.¹²³² Allerdings ergibt sich hier eine Frage in Zusammenhang mit Art. 13 Abs. 2 BVG:

Art. 13 Abs. 2 BVG bildet die Grundlage sowohl für den Vorbezug als auch für den Aufschub. Er legt dazu fest, dass nach Vorsorgereglement der Anspruch auf Altersleistungen abweichend vom gesetzlichen Rentenalter mit der Beendigung der Erwerbstätigkeit entstehen kann. Soweit ersichtlich geht weder aus Rechtsprechung noch Literatur eindeutig hervor, ob die Weiterführung der bisherigen

¹²²⁸ Vgl. BGE 138 V 227, E. 5.2.1 = Pra 101 (2012) Nr. 125; BGE 120 V 306, E. 4.b.

¹²²⁹ LANG, S. 633 f.; STEINER, BS Kommentar BVG, Art. 33a Rn. 12; GECKLER HUNZIKER, Kommentar Sozialversicherungsrecht, Art. 33a Rn. 11.

¹²³⁰ Zum Ganzen ausführlicher STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rn. 781 ff.

¹²³¹ Zum Ganzen ausführlicher STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rn. 783 ff.

¹²³² GECKLER HUNZIKER, Kommentar Sozialversicherungsrecht, Art. 33b Rn. 7 mit weiteren Hinweisen.

Erwerbstätigkeit bei derselben Arbeitgeberin trotz Erreichen des reglementarisch vorgesehenen Rentenaufschubalters möglich ist, ohne dass dadurch die Anspruchsentstehung von Altersleistungen verhindert würde. Folgte man dem Wortlaut von Art. 13 Abs. 2 BVG, stünde die Fortführung der Erwerbstätigkeit einem Anspruch auf Altersleistungen entgegen. Nach hier vertretener Ansicht ist diese Sichtweise jedoch abzulehnen: Das Erreichen des ordentlichen Rentenalters nach Art. 13 Abs. 1 BVG lässt den Rentenanspruch grundsätzlich *ipso facto* entstehen, und zwar unabhängig davon, ob nun die Erwerbstätigkeit weitergeführt wird oder nicht.¹²³³ Es ist nicht einzusehen, warum dasselbe nicht auch bei Erreichen des nach dem jeweiligen Vorsorgereglement massgebenden maximalen Rentenaufschubalters gelten sollte. Es ist dann auch keine Weiterführung der Vorsorge möglich. Der Sparprozess ist abgeschlossen. Insofern kann es hier – anders als bei einem vorzeitigen Altersrücktritt – keine Rolle spielen, ob der Versicherte weiterarbeitet, sein Arbeitspensum reduziert oder uneingeschränkt seiner Arbeit nachgeht.

c. Beitragsbemessung

Was die Beitragsbemessung angeht, wird häufig moniert, dass mit zunehmendem Alter auch die Altersgutschriftensätze und damit die Lohnnebenkosten der Arbeitgeber zunehmen. Daraus – so die Kritik sinngemäss – entstünden älteren Arbeitnehmern Benachteiligungen am Arbeitsmarkt, weil ihr Lohn nicht mehr kompetitiv sei.¹²³⁴ Das Gesetz selber schreibt jedoch keine Beitragshöhe vor. Es ist vielmehr den Vorsorgeeinrichtungen überlassen, diese in ihren Reglementen festzulegen.¹²³⁵ Dabei sind sie allerdings dazu angehalten, die übernommenen Verpflichtungen jederzeit zu gewährleisten.¹²³⁶ Dazu muss insbesondere berücksichtigt werden, dass zu den Verpflichtungen der Vorsorgeeinrichtung nicht alleine Altersleistungen gehören. Auch Leistungen aus den Risiken Tod und Invalidität sowie die allgemeinen Verwaltungskosten der Vorsorgeeinrichtung müssen finanziell abgesichert werden.¹²³⁷ Die Beitragshöhe ergibt sich somit nicht alleine aus den zu gewährleistenden Altersrenten.

Die Altersrente hat aber zumindest indirekt wesentlichen Einfluss auf die Beitragshöhe, indem das Gesetz über die berufliche Vorsorge Bestimmungen zur Be-

¹²³³ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rn. 847.

¹²³⁴ Z.B. NZZ vom 28. Februar 2020.

¹²³⁵ Art. 66 Abs. 1 BVG.

¹²³⁶ Art. 65 Abs. 1 BVG.

¹²³⁷ HÜRZELER, Berufliche Vorsorge, § 5 Rn. 1.

rechnung der Altersrente vorgibt. Für die Berechnung der Altersrente sind drei Faktoren bestimmend: die Altersgutschriften samt Zinsen, das Altersguthaben sowie der Umwandlungssatz.

Das Altersguthaben ist die Summe «[...] aller Altersgutschriften samt Zinsen für die Zeit, während der der Versicherte der Vorsorgeeinrichtung angehört hat, oder längstens bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters».¹²³⁸ Die Altersgutschriften wiederum werden jährlich in Prozenten des koordinierten Lohns berechnet.¹²³⁹ Die entsprechenden Altersgutschriftensätze werden in Art. 16 BVG festgelegt und steigen mit zunehmendem Alter deutlich an; liegen sie bei der Altersklasse der 25- bis 34-Jährigen bei 7 %, betragen sie bei den 55- bis 65-Jährigen mit 18 % mehr als doppelt so viel. Die Altersgutschriften werden durch Beiträge finanziert und anschliessend einem individuellen Konto gutgeschrieben (Beitragsprimat).¹²⁴⁰ Die Altersrente ergibt sich schliesslich aus einer Multiplikation des Umwandlungssatzes mit dem jeweils geäufteten Altersguthaben.¹²⁴¹

Klarzustellen ist, dass mit den gesetzlich festgelegten Altersgutschriftensätzen den Vorsorgeeinrichtungen deren Beitragssätze nicht vorgeschrieben werden. Im Gegenteil, sie können von diesen in ihren Reglementen durchaus abweichen. Rechtlich denkbar ist daher auch der umgekehrte Fall, in dem jüngere Arbeitnehmer höhere Beiträge entrichten als ihre älteren Kollegen.¹²⁴² Die nach dem Alter ausgerichtete Staffelung der Prozentsätze für Altersgutschriften führt in der Praxis jedoch dazu, dass Vorsorgeeinrichtungen für ältere Arbeitnehmer höhere Beiträge veranschlagen.¹²⁴³

¹²³⁸ Art. 15 Abs. 1 lit. a BVG.

¹²³⁹ Art. 16 BVG.

¹²⁴⁰ Im Gegensatz dazu richten sich in einer Vorsorgelösung nach dem Leistungsprimat die Beiträge nach den vordefinierten Leistungen; siehe dazu HÜRZELER, Berufliche Vorsorge, § 4 Rn. 8 f.

¹²⁴¹ Art. 14 Abs. 1 BVG. Der Mindestumwandlungssatz beträgt gemäss Art. 14 Abs. 2 BVG derzeit 6,8 %.

¹²⁴² Es wird an dieser Stelle dahingestellt, ob es sinnvoll und fair ist, Jüngeren höhere Beitragssätze zuzumuten als den Älteren. Es wird einzig als Beispiel verwendet, um die Flexibilität der Vorsorgeeinrichtungen hinsichtlich der Festlegung ihrer Beitragssätze aufzuzeigen.

¹²⁴³ Dies liegt daran, dass Vorsorgeeinrichtungen oft die Prozentangaben in der Altersgutschriftenstaffelung als Beitragssätze übernehmen, siehe z.B. Angaben der Swisslife ex Internet: <https://www.swisslife.ch/de/private/blog/bvg-wissenswertes.html> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023); siehe auch HEVENSTONE/NEUENSCHWANDER, S. 64.

Die gesetzlich vorgeschriebene Beitragsparität verschafft grundsätzlich weiteren Raum für die Gestaltung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge. Denn nach der Beitragsparität ist lediglich erforderlich, dass der Beitrag des Arbeitgebers gemäss Art. 66 Abs. 1 BVG mindestens der Summe der gesamten Beiträge aller seiner Arbeitnehmer entspricht. Beitragsparität bedeutet somit nicht, dass der individuelle Beitrag des Arbeitgebers jenem des einzelnen Arbeitnehmers entspricht. Beitragsparität bedeutet nur – aber immerhin –, dass der Arbeitgeber gleich viel an Beiträgen zu leisten hat wie die Gesamtheit aller seiner Arbeitnehmer.¹²⁴⁴ Es sind daher ganz unterschiedliche Beitragslösungen möglich.¹²⁴⁵

2.2.2. *De lege ferenda*: Reformprojekt «AHV 21» und «BVG 21»

Die durch die Annahme des Reformprojekts «*AHV 21*» folgenden Anpassungen werden eine punktuelle Harmonisierung der beruflichen Vorsorge mit der AHV bewirken. Dazu wird einerseits ein für beide Geschlechter geltendes Referenzalter eingeführt, das jenem der AHVG (*de lege ferenda*) entspricht.¹²⁴⁶ Andererseits wird – im Unterschied zum geltenden Recht¹²⁴⁷ – neu ein gesetzlicher Anspruch auf Vorbezug, Aufschub sowie Teilbezug der Altersleistungen gewährt, wodurch auch eine Parallelität zu den in der AHV künftig möglichen Flexibilisierungen hergestellt wird. Der Vorbezug kann dabei ab dem vollendeten 63. Altersjahr und der Aufschub bis zur Vollendung des 70. Altersjahrs verlangt werden.¹²⁴⁸

Die Vorsorgeeinrichtungen können in ihren Reglementen weiterhin ein tieferes Rentenvorbezugsalter vorsehen, dürfen dabei aber nach wie vor das vollendete 58. Altersjahr als Mindestbezugsalter nicht unterschreiten.¹²⁴⁹ Demgegenüber kann das Mindestrücktrittsalter weiterhin im Rahmen von Restrukturierungen oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit unterschritten werden.¹²⁵⁰

¹²⁴⁴ HÜRZELER, BS Kommentar BVG, Art. 66 Rn. 7.

¹²⁴⁵ STAUFFER, BS Kommentar BVG, Art. 16 Rn. 7 mit weiteren Hinweisen und Beispielen.

¹²⁴⁶ Art. 13 Abs. 1 nBVG *de lege ferenda* (u.a. einsehbar in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 50).

¹²⁴⁷ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.1. b.

¹²⁴⁸ Art. 13 Abs. 2 nBVG *de lege ferenda* (u.a. einsehbar in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 51).

¹²⁴⁹ Art. 1 Abs. 3 Satz 2 BVG und Art. 1i BVV 2 iVm Art. 13 Abs. 3 nBVG *de lege ferenda* (u.a. einsehbar in den Erläuterungen des Bundesrats zur Volksabstimmung vom 25. September 2022, S. 51).

¹²⁵⁰ Art. 1i Abs. 1 und 2 BVV 2.

Ferner hat die Bundesversammlung die Reform der beruflichen Vorsorge «*BVG 21*» zwischenzeitlich verabschiedet und damit Änderungen am geltenden BVG beschlossen.¹²⁵¹ Diese sieht unter anderem nebst einer Senkung des gesetzlichen Mindestumwandlungssatzes insbesondere eine Anpassung der Altersgutschriftensätze vor: Diese werden neu nach zwei Altersgruppen gestaffelt statt wie bisher vier. Für die Altersgruppe der 25–44-Jährigen betragen sie nunmehr 9 %, während jene ab dem 45. Altersjahr bis zum Erreichen des Referenzalters auf 14 % festgelegt werden. Damit bringt die Reform für die bisherige Altersgruppe der 24–34-Jährigen eine Anhebung des geltenden Satzes mit sich.¹²⁵² Für die übrigen Versicherten ab 35 Jahren hat die Reform hingegen eine Senkung des Altersgutschriftensatzes zur Folge, wobei die grösste Reduktion von bisher 18 % auf nunmehr 14 % jenen ab 55 Jahren zugutekommt. Mit dieser Reduktion ist die Beseitigung des Altersnachteils der Altersgruppe ab 55 Jahren beabsichtigt.¹²⁵³

Gegen die Reform hat sich bereits Widerstand formiert, und es wurde ein Referendum dagegen in die Wege geleitet.¹²⁵⁴ Die von der Bundesversammlung beschlossenen Änderungen sind somit noch nicht in trockene Tücher gewickelt. Es bleibt daher die weitere Entwicklung abzuwarten.¹²⁵⁵

2.2.3. Würdigung

a. Rentenalter

Die Botschaft zum BVG bezieht sich mit Blick auf das ordentliche Rentenalter ausdrücklich auf das Rentenalter in der AHV.¹²⁵⁶ Es wurde gezeigt, dass die Festsetzung des ordentlichen Rentenalters in der AHV nach hier vertretener Ansicht das Ergebnis vorurteilsgetriebener Erwägungen in Bezug auf das Alter ist.¹²⁵⁷ Damit schlagen sich dieselben Vorurteile aus der AHV auch in der beruflichen Vorsorge nieder. Dies ist durchaus problematisch, denn angesichts des in der AHV

¹²⁵¹ Beschluss der Bundesversammlung vom 17. März 2023, BBl 2023 785, S. 1 ff.; Botschaft zur «Reform BVG 21», BBl 2020 9809 ff.

¹²⁵² Siehe dazu den Überblick in der Botschaft zur «Reform BVG 21», BBl 2020 9833.

¹²⁵³ Botschaft zur «Reform BVG 21», BBl 2020 9860.

¹²⁵⁴ Siehe z.B. Mitteilung der Gewerkschaft Unia vom 31. März 2023 (abrufbar unter: <https://www.unia.ch/de/aktuell/aktuell/artikel/a/19836>; zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

¹²⁵⁵ Die Referendumsfrist läuft am 6. Juli 2023 ab (BBl 2023 785). Der Ausgang des Referendums konnte terminlich für diese Arbeit nicht mehr berücksichtigt werden.

¹²⁵⁶ Botschaft berufliche Vorsorge, BBl 1976 I 227.

¹²⁵⁷ Dazu im Einzelnen oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.3. a.

ursprünglich formulierten Ziels einer arbeitsbefreiten Lebensphase von zehn Jahren ist das heutige Rentenalter aufgrund der demographischen Entwicklungen einerseits zu tief. Andererseits führt es dazu, dass sich eben jene Vorurteile, die dem Rentenalter zugrunde liegen, «verfrüht» gegen jene richten, die das Rentenalter erreicht haben oder sich diesem nur schon annähern. Dies, obwohl sie – um das Vokabular aus der Botschaft zur AHV zu bemühen¹²⁵⁸ – weit von einem «Grensenalter» entfernt sind.¹²⁵⁹

Im Zuge der Annahme des Reformprojekts «*AHV 21*» wird in der beruflichen Vorsorge ein Referenzalter eingeführt, das jenem künftigen Referenzalter nach AHVG (*de lege ferenda*) entspricht.¹²⁶⁰ Auf lange Sicht wird so für beide Geschlechter ein Referenzalter von 65 Jahren gelten. Auch dieses Referenzalter ist aus denselben soeben ausgeführten Gründen zu tief angesetzt.

b. Flexibilisierungen

Die den Vorsorgewerken zugestandenen Flexibilisierungsmöglichkeiten in der Gestalt von vorzeitigem Teil-Altersrücktritt, aufgeschobenem Altersrücktritt gemäss Art. 33b BVG und Weiterversicherungsmöglichkeit nach Art. 33a BVG sind nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich als positiv zu werten. Sie erleichtern den längeren Verbleib im Arbeitsmarkt. Besonders attraktiv erscheint dabei die Weiterversicherungsmöglichkeit im Falle einer Reduktion des Arbeitspensums. Im Gegensatz zum Teilaltersrücktritt erlaubt es diese Variante, allenfalls zu einem späteren Zeitpunkt das Arbeitspensum bei der bisherigen Arbeitgeberin wieder aufzustocken und so die Vorsorge auf das dannzumal höhere Einkommen zu beziehen. Ebenso ganz im Sinne einer längeren Erwerbstätigkeit über das ordentliche Rentenalter hinaus ist insbesondere die Möglichkeit zur Fortsetzung der Vorsorge bis zum vollendeten 70. Altersjahr.

Die Flexibilisierungen sind nach hier vertretener Ansicht jedoch nicht flexibel genug. Dies liegt daran, dass nach (noch) geltendem Recht die Vorsorgeeinrichtungen weder einen Vorbezug noch einen Teilbezug noch einen Aufschub der Altersleistungen gewähren müssen.¹²⁶¹ Mit dem Reformprojekt «*AHV 21*» begegnet

¹²⁵⁸ Botschaft 2. Entwurf AHVG, BBl 1946 II 367, sowie Botschaft 1. Entwurf AHVG, BBl 1929 II 173.

¹²⁵⁹ Siehe dazu die Ausführungen zum Rentenalter in der Alters- und Hinterlassenenversicherung im Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.3. a.

¹²⁶⁰ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.2.

¹²⁶¹ Vgl. die *Kann*-Vorschrift Art. 13 Abs. 2 BVG.

der Gesetzgeber dieser Problematik, indem er neu einen gesetzlichen Anspruch sowohl auf Vorbezug als auch auf Teilbezug wie auch auf Aufschiebung einräumt.¹²⁶²

Demgegenüber wird auch nach Annahme des Reformprojekts «AHV 21» kein Anspruch auf Weiterversicherung des bisherigen Verdienstes im Falle einer Reduktion des Arbeitspensums oder bei einem Teilbezug der Altersleistung bestehen. Dies ist bedauerlich, denn gerade die Weiterversicherungsmöglichkeit bietet massgeschneiderte Lösungen für die Versicherten.

Ausserdem erscheint als problematisch, dass der Altersrücktritt je nach Vorsorge-reglement bereits mit 58 Jahren möglich ist. Die Regelung, wonach im Rahmen von Restrukturierungen dieses Mindestrücktrittsalter unterschritten werden kann, verschärft dieses Problem aus Inklusionsperspektive noch zusätzlich: Es ist nicht auszuschliessen, dass dadurch der Kündigungsentscheid der Arbeitgeber beeinflusst wird und so tendenziell ältere Arbeitnehmer in den Fokus einer Kündigung geraten. Dies, weil das soziale Gewissen gegenüber Personen, die in die Pensionierung entlassen werden, weniger schwer wiegen dürfte als gegenüber solchen, die sich sonst mit einer Erwerbslosigkeit konfrontiert sehen, ohne dabei aber wenigstens in den Genuss einer Rente zu gelangen. Dies ist nicht förderlich für die Inklusion älterer Personen im Arbeitsmarkt, denn diese Regelung kann dazu verleiten, dass Arbeitnehmer sich in eine vorzeitige Pensionierung drängen lassen. Dieser Befund wird auch sinngemäss in der Forschungsliteratur bestätigt. Aus ihr geht nämlich hervor, dass die Vorbezugsmöglichkeit das Ausscheiden aus dem Arbeitsmarkt begünstigt, und es wird darin explizit die Anhebung des in der beruflichen Vorsorge statuierten Mindestrücktrittsalters von bloss 58 Jahren auf das Niveau des Rentenalters der AHV gefordert.¹²⁶³

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass 52 % der Versicherten sich für einen Vorbezug der Altersleistungen aus der beruflichen Vorsorge entschlies-sen.¹²⁶⁴ Weshalb sich mehr als die Hälfte der Versicherten zu einem Vorbezug ent-schliesst, darüber kann – gleichermassen wie bei der AHV¹²⁶⁵ – nur spekuliert werden. Es lässt sich jedenfalls nicht sagen, die Vorbezugsmöglichkeit sei alleine ursächlich für ein verfrühtes Ausscheiden aus dem Arbeitsmarkt. Viel eher schei-

¹²⁶² Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.2.

¹²⁶³ SCHALTEGGER/LEISIBACH/SCHMID, S. 93.

¹²⁶⁴ Bericht des Bundesrats, Förderung der Erwerbstätigkeit nach Erreichen des Regelren-tenalters, S. 7.

¹²⁶⁵ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.3. b.

nen wirtschaftliche Überlegungen dafür ausschlaggebend zu sein.¹²⁶⁶ Solche Überlegungen wiederum können ebenso gut die Folge aus einer Situation sein, in der eine Person wegen Altersdiskriminierung aus dem Arbeitsmarkt gedrängt wird und sich genötigt sieht, Altersleistungen vorzubeziehen.

Anders als der Vorbezug von Altersrenten aus der AHV steht der Vorbezug von Altersleistungen aus der beruflichen Vorsorge den Überbrückungsleistungen an ältere Arbeitslose nicht im Weg.¹²⁶⁷ Ältere Arbeitslose können somit sowohl Altersleistungen aus der beruflichen Vorsorge als auch Überbrückungsleistungen in Anspruch nehmen. Folglich vermag das ÜLG dem Vorbezug von Altersleistungen aus der beruflichen Vorsorge keine Gegensteuer zu bieten. Dies erklärt möglicherweise auch, warum deutlich mehr Versicherte im Rahmen der beruflichen Vorsorge einen Vorbezug der Altersleistung beanspruchen als in der AHV.¹²⁶⁸

c. Beitragsbemessung

Die nach Alter progressive Ausgestaltung der Prozentsätze für Altersgutschriften birgt für ältere Arbeitnehmer ein Benachteiligungspotential. Dessen war sich der Gesetzgeber durchaus bewusst, weshalb er im ersten Gesetzesentwurf in Bezug auf Altersgutschriften einen einheitlichen Beitragssatz von 19 % des koordinierten Lohnes für die obersten fünfzehn Jahrgänge vorsah (50–64 Jahre für Männer und 47–61 Jahre für Frauen).¹²⁶⁹ Inzwischen wurde der Beitragssatz angepasst und für beide Geschlechter vereinheitlicht. Es wird nunmehr zwischen vier Altersklassen unterschieden. Für die älteste Altersgruppe zwischen 55 und 65 Jahren gilt ein Satz von 18 % des koordinierten Lohnes. Damit hat das Benachteiligungspotential für diese Gruppe vergleichsweise zugenommen, obwohl der Beitragssatz um einen Prozentpunkt gesenkt wurde. Zwar werden dadurch weder Völkerrecht noch Landesrecht verletzt.¹²⁷⁰ Gleichwohl ist im Rahmen des noch auszuarbeitenden Massnahmenkatalogs zu diskutieren, ob die Beitragssätze derart gestaltet werden sollten, dass das Benachteiligungspotential für ältere Personen beseitigt oder zumindest reduziert wird. Das Reformprojekt «*BVG 21*» sieht jedenfalls eine substantielle Reduktion der Altersgutschriftensätze zugunsten der Altersgruppe ab 55 Jahren vor.¹²⁷¹

¹²⁶⁶ Vgl. BRAUN-DUBLER/FREI/KADERLI/ROTH, S. 72 ff.

¹²⁶⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 3 ÜLG.

¹²⁶⁸ Zur AHV siehe BSV Flexibilität in der Altersversicherung 2021, S. 1.

¹²⁶⁹ Botschaft berufliche Vorsorge, BBl 1976 I 167 f.

¹²⁷⁰ Zum Völkerrecht siehe oben Abschnitt G. § 5. IV. 1.

¹²⁷¹ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.2.

V. Massnahmenpaket des Bundesrats

2019 hat der Bundesrat ein Massnahmenpaket lanciert. Dieses beinhaltet neben verschiedenen Massnahmen zur Förderung des inländischen Arbeitskräftepotentials ein speziell auf ältere Personen ausgerichtetes Impulsprogramm (1.). Ebenfalls Teil dieses Massnahmenpakets bilden die zwischenzeitlich gesetzlich verankerten Überbrückungsleistungen für ältere ausgesteuerte Personen, die das 60. Altersjahr überschritten haben (2.).

1. Impulsprogramm und diverse weitere Massnahmen

Der Bundesrat formulierte insgesamt sieben Massnahmen, mit denen das inländische Arbeitskräftepotential der Schweiz gefördert werden soll. Einige dieser Massnahmen können aus Inklusionsperspektive zu einer verbesserten Ausgangslage älterer Personen im Arbeitsmarkt beitragen. Beispielsweise ist vorgesehen, dass Personen ab dem 40. Altersjahr eine kostenlose Standortbestimmung, Potentialanalyse und Laufbahnberatung in Anspruch nehmen dürfen.¹²⁷² Ausserdem sollen im Beruf erworbene Erfahrungen und Kenntnisse als Bildungsleistungen validiert werden.¹²⁷³

Besonders hervorzuheben ist jedoch das speziell auf ältere Personen zugeschnittene Impulsprogramm: Dieses sieht zusätzliche Arbeitsmarktintegrationsmassnahmen für schwer vermittelbare Stellensuchende sowie für Ausgesteuerte vor.¹²⁷⁴ Dazu gehören Massnahmen wie z.B. Coaching, Beratung oder Mentoring.¹²⁷⁵ Zudem soll es Ausgesteuerten, die älter als 60 Jahre alt sind, ermöglicht werden, auch nach Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug gemäss Art. 59d Abs. 1 AVIG an einer Bildungs- und Beschäftigungsmassnahme teilzunehmen.¹²⁷⁶

Die Durchführung der Massnahmen aus dem Impulsprogramm war zunächst auf drei Jahre beschränkt bis 2022.¹²⁷⁷ Der Bundesrat hat zwischenzeitlich entschieden, das Impulsprogramm bis Ende 2024 zu verlängern. Die Verlängerung wird indes nicht mit dem Erfolg der Massnahme begründet, sondern damit, dass die

¹²⁷² SECO Faktenblatt Fördermassnahmen, Massnahme 3.

¹²⁷³ SECO Faktenblatt Fördermassnahmen, Massnahme 4.

¹²⁷⁴ SECO Faktenblatt Fördermassnahmen, Massnahme 5 und 6.

¹²⁷⁵ SECO Faktenblatt Fördermassnahmen, Massnahme 5.

¹²⁷⁶ SECO Faktenblatt Fördermassnahmen, Massnahme 6.

¹²⁷⁷ Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. November 2020.

Ämter aufgrund der Corona-Krise und der damit einhergegangenen Arbeitsbelastung das Impulsprogramm noch gar nicht richtig umsetzen konnten.¹²⁷⁸ Der Erfolg des Impulsprogramms wird wohl darüber bestimmen, ob es über das Jahr 2024 hinaus verlängert wird.

2. Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose

Am 19. Juni 2020 trat das Bundesgesetz über Überbrückungsleistungen für ältere Arbeitslose (ÜLG) in Kraft. Damit wird die siebte Massnahme des vom Bundesrat beschlossenen Massnahmenpakets vollzogen.¹²⁷⁹ Das ÜLG sieht für ausgesteuerte Personen¹²⁸⁰ ab 60 Jahren in Art. 3 Abs. 1 ÜLG Überbrückungsleistungen zur Deckung des Existenzbedarfs vor. Mit diesen Leistungen soll die Lücke zwischen einer Aussteuerung bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters geschlossen werden. Dadurch trägt der Gesetzgeber den geringeren Aussichten älterer, ausgesteuerter Personen auf eine Neuanstellung Rechnung und leistet unter anderem einen Beitrag gegen Altersarmut.¹²⁸¹

3. Würdigung

Die Massnahmen zur Förderung des Arbeitskräftepotentials sind zu begrüssen. Allerdings verändern sie mit Ausnahme des ÜLG nichts am rechtlichen Rahmen für ältere Personen. Eine noch so grosszügige Finanzierung zugunsten des Massnahmenpakets vermag weder gesetzgeberische Untätigkeit zu kompensieren noch die Lückenhaftigkeit aus dem Zusammenspiel zwischen dem AVIG und dem IVG zu überwinden. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass Ausgesteuerte unter 60 Jahren trotz Impulsprogramm nicht an Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen teilnehmen können.¹²⁸² Die Massnahmen sind zudem auch zeitlich befristet. Es wäre gut, wenn der Leistungsausbau der arbeitsmarktlichen Massnahmen weit über das Jahr 2024 hinaus verlängert und optimalerweise auch gesetzlich verankert würde.

Was das ÜLG angeht, wurde im Vernehmlassungsverfahren unter anderem sinn- gemäss kritisiert, dass mit dem Fehlen von Kontrollvorschriften, wie sie die Ar-

¹²⁷⁸ Medienmitteilung des Bundesrats vom 25. November 2020.

¹²⁷⁹ Vgl. SECO Faktenblatt Fördermassnahmen, Massnahme 7.

¹²⁸⁰ Siehe zum Begriff «*ausgesteuert*» die Legaldefinition in Art. 3 Abs. 2 ÜLG.

¹²⁸¹ Vgl. Botschaft zum ÜLG, BBI 2019 8279 f.

¹²⁸² Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt G. § 5. I. 3.

beitslosenversicherung vorsehe, ein negativer Arbeitsanreiz geschaffen werde, was letztlich die Wiedereingliederung der Leistungsbezüger hemme.¹²⁸³ Ebenso wurde beanstandet, dass die Verlockung einer faktischen Frühverrentung Arbeitgeber dazu verleiten könnte, ein bestehendes Arbeitsverhältnis mit einem älteren Arbeitnehmer aufzulösen.¹²⁸⁴ Demgegenüber wurde vertreten, dass der Kanton Waadt bereits vergleichbare Überbrückungsleistungen kenne (so genannte «*Rente-Pont*») und dass dort keine negativen Effekte beobachtet worden seien.¹²⁸⁵

Nach hier vertretener Ansicht ist positiv zu bewerten, dass mit der Überbrückungsleistung eine Massnahme gegen drohende Altersarmut ergriffen wurde. Freilich wäre es besser, wenn die Leistungen des ÜLG nicht notwendig wären. Bedauerlicherweise entspricht es aber der Realität, dass gerade älteren Personen der Wiedereinstieg ins Berufsleben nur schwer gelingt.¹²⁸⁶ Diese Erschwernis ist ein Indiz für bestehende Vorurteile gegenüber älteren Personen und auch für reale Altersdiskriminierung im Rechtssinn. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb ältere Ausgesteuerte mit ihrem Vermögen den Preis gesellschaftlicher Fehlleistungen begleichen sollten. Umso gerechter ist es nach hier vertretener Auffassung, dass die Gesellschaft den aus ihrem Verhalten entstandenen Schaden solidarisch mitträgt. Was die grundsätzliche Kritik am ÜLG als Anreiz zur Frühverrentung angeht, muss sich erst noch zeigen, ob das ÜLG Arbeitgeber tatsächlich dazu bewegt, ältere Arbeitnehmer in die Frühpensionierung zu entlassen. Die dem ÜLG ähnliche waadtländische *Rente-Point* bestätigt diese Befürchtung jedenfalls nicht.

Als problematisch erscheint hingegen, dass die Entrichtung einer Überbrückungsleistung nicht an Kontrollvorschriften gebunden ist. Es wäre nach hier vertretener Ansicht eher im Sinne der Inklusion, wenn auch ältere Ausgesteuerte sich unvermindert um ihre berufliche Reintegration bemühten. Die Begründung des Bundesrats für das Fehlen von Kontrollvorschriften überzeugt nicht. Er vertritt, Bezüger von Überbrückungsleistungen hätten vor ihrer Aussteuerung bis zu 640 Kontrolltage absolviert und dennoch keine Arbeit gefunden, und wenn sie doch wieder Arbeit fänden, dann sei diese «[...] in vielen Fällen nicht existenzsichernd [...]».¹²⁸⁷ Dem ist zu entgegnen:

¹²⁸³ Vgl. Botschaft zum ÜLG, BBl 2019 8276.

¹²⁸⁴ Vgl. Botschaft zum ÜLG, BBl 2019 8275.

¹²⁸⁵ Botschaft zum ÜLG, BBl 2019 8306 ff.

¹²⁸⁶ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt C. § 2.

¹²⁸⁷ Botschaft zum ÜLG, BBl 2019 8276.

Der Bundesrat hat sich 2019 mit seinem Massnahmenpaket zu einer Inklusionspolitik bekannt. Diese sollte dann auch gelebt werden. Inkonsequent ist es folglich, wenn diskriminierendem Verhalten das Feld überlassen wird mit dem Vorwand, eine mögliche Anstellung werde ohnehin zu gering entlohnt. Es mag zwar im Einzelfall zutreffen, dass eine Entlohnung geradezu diskriminierend tief angesetzt wird. Es gilt jedoch zu bedenken, dass dem für die Überwindung von Vorurteilen wichtigen Austausch zwischen Alt und Jung nicht gedient ist,¹²⁸⁸ wenn ältere Menschen sich mutlos und schicksalsergeben zurückziehen, weil sie *a priori* Diskriminierungen zu befürchten haben.

Ganz im Sinne der Inklusion ist es hingegen, dass der Bezug von Überbrückungsleistungen und eine gleichzeitige Erwerbstätigkeit grundsätzlich möglich sind und sich auch wirtschaftlich für die Ausgesteuerten weiterhin lohnen: Die anrechenbaren Einnahmen aus Erwerbstätigkeit nach Art. 10 Abs. 1 lit. a ÜLG entsprechen nicht dem vollen Betrag des Erwerbseinkommens, sondern lediglich zwei Drittel nach Abzug eines zusätzlichen Freibetrags.¹²⁸⁹ Dadurch steht dem Leistungsbezüger im Ergebnis mehr Geld zur Verfügung, als wenn er bloss die nackte Überbrückungsleistung erhielte.¹²⁹⁰ Damit wird immerhin ein finanzieller Anreiz geschaffen, sich weiterhin um eine Erwerbstätigkeit zu bemühen.

VI. Zwischenfazit zum Thema Inklusion

Förderung der Arbeitsmarktbeteiligung: Es wurde gezeigt, dass Massnahmen aus der Arbeitslosenversicherung und der Invalidenversicherung nur einem bestimmten Personenkreis zur Verfügung stehen. Das Massnahmenpaket des Bundesrats im Rahmen seines Impulsprogramms überbrückt diese Lücke nur zeitlich befristet.

¹²⁸⁸ Zur Kontakthypothese siehe oben Abschnitt E. § 2. II. 2.

¹²⁸⁹ Für Alleinstehende Personen beträgt der Freibetrag 1'000 CHF und für Ehepaare und Personen mit minderjährigen oder noch in Ausbildung stehenden und weniger als 25 Jahre alten Kindern 1'500 CHF, vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. a ÜLG.

¹²⁹⁰ Ähnlich verhält es sich übrigens in der Arbeitslosenversicherung: Hier wie dort zahlt sich ein Zwischenverdienst aus. Nach Art. 24 AVIG wird die zu leistende Kompensationszahlung so berechnet, dass die Summe von Zwischenverdienst und Kompensationszahlung höher ausfällt als das nackte Arbeitslosentaggeld; vgl. dazu das Beispiel in SECO AVIG-Praxis ALE C 135: Im genannten Beispiel hätte der Arbeitslose ohne Zwischenverdienst ein monatliches Taggeld von 3'548.30 CHF erhalten (entspricht 70 % des massgebenden Verdienstes von 5'069 CHF). Mit Zwischenverdienst erhält er hingegen 4'148 CHF (2'000 CHF Zwischenverdienst plus Kompensationszahlung von 2'148 CHF, die 70 % des Verdienstaustausfalls von 3'069 CHF entspricht).

Bildung: Es wurde vertreten, Art. 6 UNO-Pakt I sehe auslegungswise einen bezahlten Bildungsurlaub für ältere Personen vor. Im Schweizer Landesrecht gilt lediglich die im Rahmen angeordneter und berufsnotwendiger Aus- und Weiterbildungen aufgewendete Zeit als arbeitsvertraglich zu entlöhnende Arbeitszeit.¹²⁹¹ Ausserhalb angeordneter oder berufsnotwendiger Aus- oder Weiterbildungen besteht hingegen bloss eine im Weiterbildungsgesetz nicht näher konkretisierte, arbeitgeberseitige Förderpflicht. Ausserdem besteht generell für länger andauernde Aus- oder Weiterbildungen die Gefahr einer sozialversicherungsrechtlichen Schlechterstellung. Die mangelnde Konkretisierung der Förderpflichten sowie drohende sozialversicherungsrechtliche Nachteile legen einen Handlungsbedarf nahe.

Altersgerechte Arbeitsbedingungen: Das Arbeitsgesetz nimmt nicht speziell auf die Bedürfnisse älterer Arbeitnehmer Rücksicht. Es besteht insofern eine Diskrepanz zu Art. 7 lit. b UNO-Pakt I, der genau eine solche Rücksicht grundsätzlich verlangt. Es wird später im Massnahmenteil diskutiert, inwiefern das Ergreifen von spezifischen Massnahmen in diesem Bereich sinnvoll ist.

Rentalter und Flexibilisierungen: Die Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie die berufliche Vorsorge weisen zentrale Unterschiedlichkeiten auf. Allgemein lässt sich aber sagen, dass in beiden Versicherungssystemen das Rentenalter sowie das künftige Referenzalter *de lege ferenda* zu tief angesetzt sind. Auch der in der beruflichen Vorsorge verglichen mit der AHV breitere Rentenkorridor infolge des Mindestrücktrittsalters von bloss 58 Jahren ist problematisch.

Beide Vorsorgesysteme erleichtern zudem mit der Möglichkeit zum Vorbezug von Altersrenten in der Tendenz das vorzeitige Ausscheiden aus dem Arbeitsmarkt. Es wird sich erst noch zeigen müssen, inwiefern das ÜLG und die Umsetzung des Reformprojekts «AHV 21» mit seinen in beiden Systemen vorgesehenen Flexibilisierungsmöglichkeiten durch Kombinationen zwischen Vorbezug, Teilbezug und Aufschub dem Trend zum Vorbezug von Altersleistungen entgegenwirken. Dem Vorbezug von Altersleistungen aus der beruflichen Vorsorge kann das ÜLG hingegen nichts entgegensetzen. Es ist ausserdem fraglich, ob der Inklusion der Versicherten geholfen ist, wenn ihnen die Möglichkeit zum Vorbezug genommen oder erschwert wird.

¹²⁹¹ Der arbeitsvertragliche Lohn für Bildungszeit kann zudem tiefer angesetzt werden als der normal übliche Lohn. Die Möglichkeit, vom Normallohn abzuweichen, ist jedoch kein spezifischer altersdiskriminierungsrechtlicher Aspekt, sondern einer, der alle Arbeitnehmer betrifft. Er ist Verhandlungssache und wird daher auch nicht im Massnahmenbereich thematisiert.

Beiträge an die berufliche Vorsorge: Mit Blick auf die Beiträge an die berufliche Vorsorge wurde zwar festgestellt, dass keine nach Alter abgestufte Beitragshöhe gesetzlich vorgeschrieben ist. Allerdings nehmen die Altersgutschriften mit fortschreitendem Alter grundsätzlich zu, so dass diese im Ergebnis in der Regel auch zu höheren Beiträgen und damit zu höheren Lohnnebenkosten bei älteren Arbeitnehmern führen. Dies wird als nachteilig für die arbeitsmarktliche Konkurrenzfähigkeit älterer Personen empfunden.

H. Rechtsvergleich mit dem EU-Recht

§ 1 Einleitende Bemerkungen

Die Realisierung menschenrechtlicher Ideale ist nicht der ursprüngliche Daseinsgrund der EU,¹²⁹² sondern der Frieden: Im historischen Kontext betrachtet ist die EU das Ergebnis eines nach dem Zweiten Weltkrieg in Gang gesetzten Pazifikationsprozesses, der die kriegsversehrten Nationen Europas zu einer «*European Family*» beziehungsweise einer «*[...] kind of United States of Europe*»¹²⁹³ zusammenführen sollte. Basierend auf diesem Leitgedanken wurde die Befriedung vorangetrieben durch die Schaffung gemeinsamer regionaler Märkte, aus denen die Vorgängergemeinschaften der EU hervorgingen.¹²⁹⁴ Vor diesem Hintergrund und damit der Logik der Marktintegration folgend waren Gleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote zunächst Erfüllungsgehilfen für die friedenssichernde Mission einer unionalen Marktwirtschaft.¹²⁹⁵ Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) rückte die Bedeutung von Gleichheitsgeboten und Diskriminierungsverboten später zunehmend in den Vordergrund.¹²⁹⁶

¹²⁹² Vgl. DE BÚRCA, S. 495.

¹²⁹³ Aus der Rede von Winston Churchill vom 19. September 1946, wiedergegeben in OESCH, Rn. 8.

¹²⁹⁴ Vgl. Auszug aus der Erklärung von Robert Schumann vom 9. Mai 1950, abgedruckt in OESCH, Rn. 27: «La solidarité de production qui sera ainsi nouée manifesterà que toute guerre entre la France et l'Allemagne devient non seulement impensable, mais matériellement impossible.» Bei den Vorgängergemeinschaften der EU handelt es sich um die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS), die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und die Europäische Atomgemeinschaft (EAG bzw. Euratom).

¹²⁹⁵ Vgl. XENIDIS, *Transforming EU Equality Law?*, S. e3; siehe zudem SOMMERMANN, § 3 Rn. 4, der die ursprünglichen Vorgängergemeinschaften als Zweckverbände mit «rein» wirtschaftlichen Zielen bezeichnet.

¹²⁹⁶ In der Rechtssache *Defrenne II* anerkannte der EuGH in Bezug auf den damaligen, die Lohngleichheit der Geschlechter betreffenden Art. 119 des EWG-Vertrags eine doppelte Zielsetzung, nämlich eine wirtschaftliche und eine soziale. Er gestand dabei keinem dieser Aspekte explizit einen Vorrang zu (EuGH v. 8.4.1976, Rs. 43/75, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, ECLI:EU:C:1976:56, Rn. 8 ff.). In einem späteren Entscheid aus dem Jahr 2000 betreffend die *Deutsche Telekom AG* gelangte der EuGH zum Schluss, der wirtschaftliche Zweck von Art. 119 des EWG-Vertrags, der darin bestehe, Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen, sei gegenüber dem sozialen Ziel der Vorschrift nachrangig (EuGH v. 10.2.2000, Rs. C-50/96, *Deutsche Telekom AG, zuvor Deutsche Bundespost Telekom, v Lilli Schröder*, ECLI:EU:C:2000:72, Rn. 57).

Die eminente Bedeutung sozialer Rechte zeigt sich auch in Art. 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV),¹²⁹⁷ in dem sich die EU als eine Union der Werte definiert, zu denen unter anderem die Achtung der Menschenwürde und der Gleichheit gehört.¹²⁹⁸ Diese Werte sind laut Art. 2 Satz 2 EUV allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich ihrerseits insbesondere durch Nichtdiskriminierung auszeichnet. In Art. 19 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹²⁹⁹ zeigt sich, dass diese Wertebasis keine inhaltsleere Floskel ist, denn der Rat¹³⁰⁰ wird darin ermächtigt, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aufgrund des Alters sowie anderer Merkmale zu bekämpfen. Der Rat hat von dieser Kompetenz um die Jahrtausendwende Gebrauch gemacht und dabei im Bereich des Erwerbslebens einige sozialrechtliche Richtlinien erlassen, die eine Ausweitung der Antidiskriminierungspolitik mit Blick auf die Kriterien Geschlecht, Rasse, Alter, Religion und Behinderung mit sich brachten.¹³⁰¹

Im Kontext der hier interessierenden Thematik sind als Meilensteine zu nennen die Richtlinie 2000/78/EG, welche die EU-Mitgliedstaaten zur Einhaltung von Mindestvorgaben zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf verpflichtet und dabei auch Altersdiskriminierung verbietet, sowie die spä-

¹²⁹⁷ Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/1.

¹²⁹⁸ Mit dem Vertrag von Lissabon wurde 2007 Art. 2 EUV eingefügt, der im Unterschied zum alten Art. 6 EUV auch die Gleichheit als Wert vorsieht (siehe Allgemeine Bestimmungen Ziff. 3 Vertrag von Lissabon). Dazu auch PECHSTEIN, Beck'scher Kurzkomentar EUV/AEUV, Art. 2 EUV Rn. 1. Vgl. im Übrigen auch den zweiten Absatz der Präambel zur Charta der Grundrechte der EU, worin Würde und Gleichheit als unteilbare und universelle Werte genannt werden, auf denen die EU gründet.

¹²⁹⁹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABl. 2016 C 202/1.

¹³⁰⁰ Gemeint ist der Rat gemäss Art. 16 Abs. 2 EUV bestehend aus je einem Vertreter jedes Mitgliedstaats auf Ministerebene, der befugt ist, für die Regierung des von ihm vertretenen Mitgliedstaats verbindlich zu handeln und das Stimmrecht auszuüben.

¹³⁰¹ Gestützt auf Art. 19 Abs. 1 AEUV wurden die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. 2000 L 180/22), die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. 2000 L 303/16) sowie die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen eingeführt (ABl. 2004 L 373/37); für eine Übersicht siehe auch LORENZMEIER, Kommentar zu Art. 19 AEUV, Rn. 7.

tere Konstitutionalisierung des Verbots der Altersdiskriminierung in Art. 21 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) im Primärrecht der EU.¹³⁰²

Nachstehend wird das EU-rechtliche Verbot der Altersdiskriminierung bezogen auf Beschäftigung und Beruf mit jenem der Schweiz verglichen. Dazu folgen zunächst einige allgemeine Ausführungen, in denen die Strukturen des EU-Rechts beziehungsweise das Zusammenspiel und die Wirkungsweise des Primär- und des Sekundärrechts beschrieben werden (§ 2). Im Vordergrund der Betrachtungen steht sodann die Richtlinie 2000/78/EG (§ 3). Ihr kommt in Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung eine wegweisende Rolle zu, obwohl sie als Teil des Sekundärrechts der EU im Verhältnis zum primärrechtlichen Diskriminierungsverbot nachrangig ist. Darauf aufbauend wird gezeigt, inwiefern sich die Richtlinie 2000/78/EG auf das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung auswirkt (§ 4). Abschliessend zur Würdigung des EU-rechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung, in der insbesondere der Frage nachgegangen wird, ob die Richtlinie 2000/78/EG seit ihrer Einführung einen spürbaren Nutzen in der Diskriminierungsbekämpfung brachte (§ 5), folgt der Vergleich zum Schweizer Recht (§ 6).

Weitere Diskriminierungsgründe nebst jenem des Alters (insbesondere solche gemäss Art. 19 und Art. 157 AEUV) werden keiner systematischen Betrachtung unterzogen.¹³⁰³ Ebenfalls nicht Teil der Betrachtungen sind die weiteren, zahlreichen Richtlinien und Verordnungen, in denen sich Bestimmungen und Mechanismen finden, die im Rahmen der oben beschriebenen Analysestruktur zum Antidiskriminierungsrecht (Diskriminierungsverbot, Diskriminierungsprävention und Inklusion) eine Rolle spielen könnten. Zu nennen sind etwa die Datenschutz-

¹³⁰² Art. 21 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. 2016 C 202/02) beinhaltet diverse verpönte Merkmale, aufgrund derer nicht diskriminiert werden darf. Dazu gehören nebst dem Alter unter anderem das Geschlecht, die Hautfarbe oder beispielsweise die Religion. Art. 21 GRC war im Zeitpunkt seiner Einführung nicht Teil des Primärrechts der EU. Erst mit dem Vertrag von Lissabon wurden mit Art. 6 Abs. 1 EUV die in der GRC niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze und damit insbesondere das Verbot der Altersdiskriminierung in den Stand des Primärrechts erhoben.

¹³⁰³ Dies betrifft insbesondere Richtlinie 2000/43/EG; Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. 1979 L 6/24; Richtlinie 2004/113/EG sowie Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006 L 204/23.

Grundverordnung,¹³⁰⁴ die Teilzeitrichtlinie¹³⁰⁵ und die Befristungsrichtlinie¹³⁰⁶. Auch die Richtlinie über den Jugendarbeitsschutz¹³⁰⁷ wird ausgeklammert, zumal der Fokus dieser Arbeit auf die Bedürfnisse älterer Personen gerichtet ist.¹³⁰⁸

§ 2 Struktur und Wirkungsweise des EU-Rechts

I. Allgemeines

Die EU verbietet Altersdiskriminierung. Im Sekundärrecht wird das Diskriminierungsverbot bereichsspezifisch in der Richtlinie 2000/78/EG konkretisiert. Sie gibt einen allgemeinen Rahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung unter anderem aufgrund des Alters in Beschäftigung und Beruf vor. Die Richtlinie 2000/78/EG ist für die vorliegende Arbeit zentral, nicht nur weil aus ihr hervorgeht, welche Diskriminierungsformen zu verbieten sind oder welche Rechtfertigungsgründe bezüglich des Alterskriteriums im Bereich Beschäftigung und Beruf als akzeptabel gelten, sondern auch daher, weil die Rechtsprechung des EuGH unter anderem anerkennt, dass die auf das Verbot der Altersdiskriminierung bezogenen Aspekte der Richtlinie einem allgemeinen, primärrechtlichen Rechtsgrundsatz der EU entsprechen.¹³⁰⁹ Dieser spezifische allgemeine Rechtsgrundsatz manifestiert sich in Art. 21 GRCh, der ihm positivrechtlichen Ausdruck verleiht.¹³¹⁰ Das Verbot der

¹³⁰⁴ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119/1.

¹³⁰⁵ Richtlinie 97/81/EG des Rates zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. 1998 L 14/9.

¹³⁰⁶ Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. 1999 L 175/43.

¹³⁰⁷ Richtlinie 94/33/EG des Rates vom 22. Juni 1994 über den Jugendarbeitsschutz, ABl. 1994 L 216/12.

¹³⁰⁸ Zum Fokus der Arbeit siehe die Ausführungen oben im Abschnitt B. § 2. II.

¹³⁰⁹ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 74 ff., sowie EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 21.

¹³¹⁰ Zum Ganzen TOBLER, *Layered System*, S. 443 ff.

Altersdiskriminierung, so wie es in der Richtlinie 2000/78/EG statuiert wird, ist folglich auch im Primärrecht der EU enthalten.¹³¹¹

Das EU-Recht weist somit komplexe Verflechtungen auf. Umso wichtiger ist es, zunächst die Struktur des EU-Rechts und anschliessend dessen Wirkungsweise darzustellen. Dabei müssen drei Ebenen auseinandergelassen werden: die Geltung des EU-Rechts als Bestandteil des innerstaatlichen Rechts der Mitgliedstaaten, das Vorrangprinzip und die Frage nach der unmittelbaren Wirkung des EU-Rechts. Aus der Wirkungsweise des EU-Rechts ergibt sich unter anderem, inwiefern nicht-staatliche Akteure sich auf das Verbot der Altersdiskriminierung berufen können.

II. Struktur des EU-Rechts

Das die EU-Mitgliedstaaten bindende EU-Recht besteht aus dem Primär- und dem Sekundärrecht. Zum Primärrecht der EU gehören die beiden Verträge über die Europäische Union (EUV) und der Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie – seit dem Vertrag von Lissabon¹³¹² – die Grundrechtecharta (GRC). Ebenfalls zum Primärrecht zählen gemäss Art. 6 Abs. 3 EUV die allgemeinen Rechtsgrundsätze.¹³¹³ Das Sekundärrecht umfasst nach Art. 288 AEUV Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen sowie verschiedene nicht bindende Rechtsakte wie z.B. Empfehlungen.¹³¹⁴ Das Primärrecht ist das Verfassungsrecht der EU und steht als solches über dem Sekundärrecht.¹³¹⁵ Primärrechtlich ist das Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 21 GRC verankert.

¹³¹¹ Dies bedeutet allerdings nicht, dass der gesamte Inhalt der Richtlinie 2000/78/EG im Primärrecht enthalten ist, und ebenso wenig, dass die Richtlinie 2000/78/EG per se auf die Stufe des Primärrechts gehoben wurde.

¹³¹² Art. 1 Abs. 8 Vertrag von Lissabon; siehe auch Art. 6 Abs. 1 EUV.

¹³¹³ Mit Blick auf nicht kodifizierte Diskriminierungsverbote in Bezug auf das Alter geht deren Verankerung im Primärrecht aus Art. 6 Abs. 3 EUV hervor, dazu ergänzend STREINZ/MICHL, Beck'scher Kurz-Kommentar EUV/AEUV, Art. 6 EUV Rn. 29; mit weiteren Hinweisen zum primärrechtlichen Status von Diskriminierungsverboten und zum Verhältnis zwischen Rechtsgrundsätzen und kodifiziertem Recht siehe auch TOBLER, Layered System, S. 456; siehe dazu auch JARASS/KMENT, § 2 Rn. 13.

¹³¹⁴ Weiterführend zu den unverbindlichen Rechtsakten KOTZUR, Kommentar, Art. 288 AEUV Rn. 26 ff.

¹³¹⁵ Zum Ganzen CRAIG/DE BÚRCA, S. 141 f.

Nicht Teil des EU-Rechts ist die EMRK.¹³¹⁶ Gleichwohl ist sie im Kontext des EU-Rechts bedeutend, denn obwohl die EMRK als Konvention formal nicht dem EU-Recht zuzurechnen ist, gelten die in der EMRK gewährleisteten Grundrechte (und im Übrigen auch jene aus den gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsüberlieferungen) gemäss Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundsätze des EU-Rechts. Dies zeigt sich insbesondere auch in der Präambel zur GRC, in der es ausdrücklich heisst, «[d]iese Charta bekräftigt [...] die Rechte, die sich vor allem [...] aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten [...] sowie aus der Rechtsprechung [...] des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben». Die EMRK-Grundrechte sind damit inhaltlich Teil des EU-Primärrechts.¹³¹⁷ Dementsprechend hat der EuGH in der Vergangenheit im Bereich des Antidiskriminierungsrechts zur Ausfüllung des Religionsbegriffs wiederholt auf die Rechtsprechung des EGMR als Erkenntnisquelle zurückgegriffen.¹³¹⁸ In seiner Rechtsprechung zum Verbot der Altersdiskriminierung hingegen hat der EuGH bislang die Rechtsprechung des EGMR noch nicht berücksichtigt.

III. Wirkungsweise des EU-Rechts

1. Geltung und Vorrangprinzip

Mit Blick auf die Geltung des EU-Rechts wird es den Mitgliedstaaten überlassen, selber darüber zu bestimmen, ob die Übernahme von EU-Recht ins Landesrecht

¹³¹⁶ Dies, obwohl Art. 6 Abs. 2 EUV den Beitritt der EU zur EMRK ausdrücklich vorsieht. Dennoch ist es bislang nicht dazu gekommen und es lässt sich aus der erklärten Beitrittsabsicht nicht ableiten, die EMRK bilde als Konvention integralen Teil des EU-Rechts. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 EUV, bezieht er sich doch lediglich auf die Grundrechte, «wie» sie in den jeweiligen Konventionen gewährleistet sind. Die blosser Bezugnahme auf menschenrechtliche Konventionen vermag dieselbigen nicht in den Stand des Primärrechts der EU zu heben. Zum Verhältnis zwischen der EU und der EMRK siehe das Gutachten 2/13 des Gerichtshofs (Plenum) vom 18. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 37 ff. Für einen Überblick über die bisherigen Beitrittsbemühungen siehe STREINZ/MICHL, Beck'scher Kurz-Kommentar EUV/AEUV, Art. 6 EUV Rn. 7 ff.

¹³¹⁷ Siehe auch Gutachten 2/13 des Gerichtshofs (Plenum) vom 18. Dezember 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 37 ff.

¹³¹⁸ EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bouagnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 27 ff.; EuGH v. 15.7.2021, verbundene Rs. C-804/18 und C-341/19, *IX v WABE e.V. und MH Müller Handels GmbH v MJ*, ECLI:EU:C:2021:594, Rn. 48; EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-157/15, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 25 ff.

auf monistischem oder dualistischem Weg erfolgt.¹³¹⁹ Insgesamt jedoch scheint die EU die monistische Konzeption zu favorisieren, wonach das EU-Recht Teil des innerstaatlichen Rechts der Mitgliedstaaten bildet: Der EuGH unterstrich dies in seinem Urteil zur Rechtssache *Costa*, in dem er in Bezug auf ein gemeinschaftsrechtliches Verbot festhielt, dass dieses «[...] in der Gemeinschaft mit dem Vertrag in Kraft getreten und damit **Bestandteil** der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geworden ist [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).¹³²⁰

Geltendes EU-Recht hat nach der Rechtsprechung des EuGH allgemein *Vorrang*¹³²¹ vor dem nationalen Recht.¹³²² Das Vorrangprinzip bringt mit sich, dass nationales Recht auslegungsweise so weit als möglich mit dem EU-Recht zu harmonisieren ist.¹³²³ Gelingt dies nicht, hat das zuständige Gericht des Mitgliedstaats entgegenstehendes nationales Recht unangewendet zu lassen (Präklusionswirkung).¹³²⁴ Dies gilt auch im Verhältnis zum jeweiligen Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten,¹³²⁵ und es bringt ausserdem mit sich, dass EU-Recht in zeitlicher

¹³¹⁹ Zum Begriff Monismus vgl. auch die Ausführungen im Kontext des Schweizer Rechts oben im Abschnitt G. § 2. II. 2.2.

¹³²⁰ EuGH v. 15.7.1964, Rs. 6/64, *Flaminio Costa v E.N.E.L. (Ente nazionale Energia elettrica impresa già della Edisonvolta)*, ECLI:EU:C:1964:66, S. 1273 f. der deutschen Urteilsfassung; zum Ganzen auch POTACS, S. 131 ff., der selbst in dualistischen Konzeptionen eine «monistische Verdichtung» zwischen EU-Recht und nationalem Recht sieht.

¹³²¹ Zur Terminologie: AVBELJ, S. 744 ff., er unterscheidet terminologisch zwischen den Begriffen «*primacy*» (übersetzt: «*Vorrang*») und «*supremacy*» (übersetzt: «*Vorherrschaft*») und kritisiert die uneinheitliche Handhabung der beiden Begriffe in der Rechtspraxis und die daraus resultierenden Rechtsunsicherheiten; anders offenbar DOUGAN, S. 932, der die Begriffe «*primacy*» und «*supremacy*» synonym verwendet. Vorliegend wird der Terminus «*Vorrang*» verwendet.

¹³²² EuGH v. 24.6.2019, Rs. C-573/17, *Daniel Adam Poplawski v Openbaar Ministerie*, ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 53 mit weiterem Hinweis auf die Rechtsprechung; Vertrag von Lissabon, Anhang A., Ziff. 17 «Erklärung zum Vorrang».

¹³²³ EuGH v. 24.6.2019, Rs. C-573/17, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 55; EuGH v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 71.

¹³²⁴ EuGH v. 24.6.2019, Rs. C-573/17, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 58 mit weiteren Hinweisen; zum Unterschied zwischen Präklusionswirkung und Substitutionswirkung des EU-Rechts siehe DOUGAN, S. 933.

¹³²⁵ EuGH v. 17.12.1970, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, ECLI:EU:C:1970:114, Rn. 3; vgl. auch EuGH v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, *Stefano Melloni v Ministerio Fiscal*, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 58.

Hinsicht sowohl jüngerem als auch älterem nationalem Recht vorgeht.¹³²⁶ Bezogen auf das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung bedeutet dies, dass das EU-rechtliche Diskriminierungsverbot selbst nationalen Grundrechten grundsätzlich vorzuziehen ist, soweit der betroffene Sachverhalt in den Anwendungsbereich des EU-Rechts fällt und das nationale Recht mit dem Diskriminierungsverbot kollidiert.¹³²⁷

Die Präklusionswirkung (als Teilaspekt des Vorrangprinzips) gilt je nach Fallkonstellation allerdings nur so weit, als die jeweilige EU-Norm unmittelbar wirksam ist.¹³²⁸ Dies entschied der EuGH in der Rechtssache *Poplawski*, indem er vertrat, das Vorrangprinzip könne nicht dazu führen, «[...] dass der wesentliche Unterschied zwischen den Bestimmungen des Unionsrechts, die unmittelbare Wirkung haben, und denen, die diese Wirkung nicht haben, in Frage gestellt wird».¹³²⁹ Eine in der jeweiligen Fallkonstellation nicht unmittelbar wirksame Bestimmung – so der EuGH sinngemäss – könne im Rahmen eines dem EU-Recht unterliegenden Rechtsstreits nicht geltend gemacht werden, um die Anwendung einer ihr entgegenstehenden Bestimmung nationalen Rechts auszuschliessen.¹³³⁰

¹³²⁶ Zum Vorrang in zeitlicher Hinsicht siehe EuGH v. 9.3.1978, Rs. 106/77, *Staatliche Finanzverwaltung v S.p.A. Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49, Rn. 24; EuGH v. 24.6.2019, Rs. C-573/17, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 58.

¹³²⁷ Dies ist z.B. der Fall, wenn nationales Recht das Schutzniveau der Unionsgrundrechte unterschreitet oder wenn durch die Anwendung nationaler Grundrechte der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts vereitelt würden (siehe dazu EuGH v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 55 ff.). Dasselbe trifft ausserdem zu, wenn nationale Grundrechte ein höheres Schutzniveau aufweisen und dabei den Vorrang des EU-Rechts verhindern (siehe dazu EuGH v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, sowie im Einzelnen mit Kritik DE VISSER, S. 576 ff.).

¹³²⁸ Zur unmittelbaren Wirkung EU-rechtlicher Bestimmungen sogleich unten.

¹³²⁹ EuGH v. 24.6.2019, Rs. C-573/17, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 60; weiterführend dazu MIASIK/SZWARC, S. 582.

¹³³⁰ EuGH v. 24.6.2019, Rs. C-573/17, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530, Rn. 62.

2. Unmittelbare Wirkung

2.1. Allgemein

Vom Vorrangprinzip und von der Geltung des EU-Rechts zu unterscheiden ist die Frage nach der *unmittelbaren Wirkung* der jeweiligen Norm.¹³³¹ Das Konzept der unmittelbaren Wirkung beantwortet die Frage, inwiefern das EU-Recht einer Privatperson ein subjektives Recht verleiht, auf das sie sich vor nationalen Gerichten in einem Konfliktfall zwischen EU-Recht und nationalem Recht berufen kann.¹³³²

Damit eine EU-rechtliche Norm unmittelbare Wirkung entfalten kann, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein. Dabei genügt es nicht, dass sie nur schon justitiabel ist,¹³³³ vielmehr muss sie laut EuGH dem Einzelnen Rechte verleihen, auf deren Schutz er sich gerichtlich berufen kann.¹³³⁴ Mit Blick auf das Primärrecht ist erforderlich, dass die infrage stehende Norm klar formuliert, durch keine Bedingungen eingeschränkt wird und keines weiteren legislatorischen Vollzugs

¹³³¹ Im Englischen «*direct effect*» (siehe EuGH v. 5.2.1963, Rs. 26/62, *N.V. Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Nederlandse administratie der belastingen (Netherlands Inland Revenue Administration)*, ECLI:EU:C:1963:1, S. 13 der englischsprachigen Version). Zur Terminologie: Das Begriffspaar «*unmittelbare Anwendbarkeit*» und «*unmittelbare Wirkung*» wird in Literatur und Rechtsprechung zum EU-Recht teilweise in unterschiedlichem Kontext verwendet, so dass aus dem Zusammenhang heraus ermittelt werden muss, was jeweils gemeint ist. Die «*unmittelbare Anwendbarkeit*» (oder «*directly applicable*») hängt nach der EU-rechtlichen Terminologie mit der Geltung des EU-Rechts in den Mitgliedstaaten zusammen (siehe dazu ELLIS/WATSON, S. 53, sowie SCHÜTZE, S. 154 f.; EDWARD, S. 426). Dies wird nach der Literatur aus Art. 288 Abs. 2 AEUV hergeleitet, wonach Verordnungen laut der englischen Fassung des Gesetzes «*directly applicable*» sind. Gemeint ist damit die Geltung im innerstaatlichen Recht – was auch die deutsche Gesetzesfassung von Art. 288 Abs. 2 TFEU belegt, die «*applicability*» mit «*Geltung*» übersetzt (siehe dazu WINTER, S. 435, und ELLIS/WATSON, S. 53). Anders jedoch OESCH, Rn. 442, der in Zusammenhang mit der horizontalen unmittelbaren Wirkung von «horizontal unmittelbarer Anwendbarkeit» spricht.

¹³³² EuGH v. 5.2.1963, Rs. 26/62, *van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, S. 13 der englischen Urteilsfassung: Hier entschied der EuGH, dass eine Bestimmung aus dem damaligen Vertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft dem Einzelnen ein subjektives Recht verlieh.

¹³³³ Anders jedoch DE WITTE, S. 194, der die «unmittelbare Wirkung» einer EU-Norm einzig von deren Justitiabilität abhängig macht: «*Therefore, direct effect really boils down, as far as courts are concerned, to a test of justiciability: is the norm sufficiently operational in itself to be applied by a court in a given case.*»

¹³³⁴ Vgl. dazu EuGH v. 10.3.2011, Rs. C-379/09, *Maurits Casteels v British Airways plc*, ECLI:EU:C:2011:131, Rn. 13–16.

durch die Mitgliedstaaten bedarf.¹³³⁵ Was Richtliniennormen angeht, verlangt der EuGH, dass diese «[...] inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind [...]» und dass der jeweilige Mitgliedstaat «[...] die Richtlinie nicht fristgemäss oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat».¹³³⁶

2.2. Vertikale und horizontale unmittelbare Wirkung

Ferner ist zwischen der vertikalen und der horizontalen unmittelbaren Wirkung von EU-Normen zu unterscheiden. Als vertikal unmittelbar wirksame Normen werden solche bezeichnet, auf die sich der Private gegenüber dem Staat berufen kann.¹³³⁷ Horizontal unmittelbar wirksame Normen hingegen sind solche, die Privaten untereinander Rechte verleihen beziehungsweise Pflichten auferlegen.¹³³⁸ In der Literatur wird Letzteres auch als «Drittwirkung» bezeichnet.¹³³⁹ Da die vorliegende Arbeit vom Erwerbsleben in privatrechtlichen Verhältnissen handelt, wird im Folgenden ausschliesslich auf die Frage nach der horizontal unmittelbaren Wirkung eingegangen.

¹³³⁵ EuGH, v. 5.2.1963, Rs. 26/62, *van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, S. 25; EuGH v. 15.7.1964, Rs. 6/64, *Costa*, ECLI:EU:C:1964:66, S. 1273 f. der deutschen Urteilsfassung.

¹³³⁶ EuGH v. 6.11.2018, verbundene Rs. C-569/16 und C-570/16, *Stadt Wuppertal v Maria Elisabeth Bauer (C-569/16) und Volker Willmeroth v Martina Brossonn (C-570/16)*, ECLI:EU:C:2018:871, Rn. 70 mit weiteren Hinweisen.

¹³³⁷ EuGH, v. 5.2.1963, Rs. 26/62, *van Gend en Loos*, ECLI:EU:C:1963:1, S. 25: Hier gelangte der EuGH zum Schluss, dass Private aus dem damaligen Art. 12 des EWG-Vertrags Rechte hätten ableiten können, auf die sie sich gegenüber dem Staat hätten berufen können.

¹³³⁸ Siehe z.B. EuGH v. 6.6.2000, Rs. C-281/98, *Roman Angonese v Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, ECLI:EU:C:2000:296, Rn. 36: Der EuGH urteilte, dass das im damaligen Art. 48 des EG-Vertrags (entspricht dem aktuellen Art. 45 AEUV) enthaltene Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit auch für Privatpersonen gelte. Für ein Beispiel in Zusammenhang mit der Grundrechtecharta siehe z.B. EuGH v. 15.1.2014, Rs. C-176/12, *Association de médiation sociale v Union locale des syndicats CGT et al.*, ECLI:EU:C:2014:2.

¹³³⁹ HAAG/KOTZUR, § 6 Rn. 66.

Richtliniennormen wie z.B. das Verbot der Altersdiskriminierung nach Art. 2 Richtlinie 2000/78/EG entfalten keine unmittelbare Drittwirkung.¹³⁴⁰ Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass Richtlinien gemäss Art. 288 AEUV naturgemäss an die Mitgliedstaaten gerichtet sind. Dies hat zur Folge, dass ein Arbeitnehmer in einem Rechtsstreit mit einem privaten Arbeitgeber sich vor Gericht nicht unmittelbar auf das in der Richtlinie 2000/78/EG enthaltene Verbot der Altersdiskriminierung berufen kann – jedenfalls nicht mit Erfolg.

Im Schrifttum ist umstritten, ob das primärrechtliche Altersdiskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 GRC horizontal unmittelbare Wirkung entfaltet. KILPATRICK/EKLUND, CIACCHI und MARTIN attestieren dieser Bestimmung unmittelbare Drittwirkung.¹³⁴¹ In dieselbe Richtung geht auch JARASS, der jedoch relativierend meint, dass sich die unmittelbare Drittwirkung «möglicherweise» auf Private in «besonderer Stellung» beschränkt.¹³⁴² KÖCHLE dagegen spricht sich gegen eine allgemeine, unmittelbare Drittwirkung aus und lässt diese nur für Personen in besonderer Stellung beziehungsweise mit besonderen Befugnissen gelten.¹³⁴³ Und HÖLSCHIEDT schliesslich lehnt eine unmittelbare Wirkung unter Privatpersonen kategorisch ab, anerkennt aber immerhin, dass der EuGH anders entschieden hat.¹³⁴⁴

HÖLSCHIEDT spricht damit das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Egenberger* an.¹³⁴⁵ Hier ging es um einen Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen, der die Ablehnung einer Bewerberin durch das Evangelische Werk in Deutschland betraf. Unter Berufung auf spezifisches landesinternes Recht wurde die Ablehnung der Bewerberin damit begründet, dass sie keine Angehörige einer evangelischen Kirche oder der Arbeitsgemeinschaft Christlicher Kirchen in Deutschland angehörenden Kirchen gewesen sei.¹³⁴⁶

¹³⁴⁰ EuGH v. 27.2.2014, Rs. C-351/12, *OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. v Léčebné lázně Mariánské lázně a.s.*, ECLI:EU:C:2014:110, Rn. 43 mit weiterem Hinweis; bestätigt in EuGH v. 7.8.2018, Rs. C-122/17, *David Smith v Patrick Meade et al.*, ECLI:EU:C:2018:631, Rn. 44, sowie speziell mit Blick auf das Verbot der Altersdiskriminierung in der Richtlinie 2000/78/EG siehe EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 50; sowie ausführlich dazu in diesem Zusammenhang und mit zahlreichen weiteren Hinweisen vgl. OESCH, Rn. 442 ff.

¹³⁴¹ KILPATRICK/EKLUND, Kommentar GRC (England), Art. 21 Rn. 21.58 ff.; CIACCHI, S. 301 f.; MARTIN, Commentary EU Treaties, Art. 21 GRC Rn. 5.

¹³⁴² JARASS, Kommentar zu GRC, Art. 21 Rn. 4.

¹³⁴³ KÖCHLE, Kommentar GRC (Wien), Art. 21 Rn. 92.

¹³⁴⁴ HÖLSCHIEDT, Nomos Kommentar GRC, Art. 21 Rn. 34.

¹³⁴⁵ EuGH v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257.

¹³⁴⁶ EuGH v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 24–28.

In seinem Urteil schützte der EuGH die abgewiesene Bewerberin. Der EuGH gelangte zum Schluss, ein nationales Gericht müsse auch in einem Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen eine landesinterne Vorschrift unangewendet lassen, wenn es nicht möglich sei, diese in Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG auszulegen. In seiner Urteilsbegründung führte er dazu aus, das Verbot jeder Art von Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung habe als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts zwingenden Charakter und «[d]ieses in Art. 21 Abs. 1 der Charta niedergelegte Verbot verleiht schon für sich allein dem Einzelnen ein Recht, das er in einem Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, als solches geltend machen kann [...]».¹³⁴⁷

Es mag zwar zutreffen, dass das Evangelische Werk keine gewöhnliche Privatperson ist, weil es seinerseits der Kirche zugeordnet wird. Gleichwohl spielte dies im Urteil *Egenberger* keine Rolle. Dies muss konsequenterweise auch für alle übrigen verpönten Merkmale gelten wie insbesondere das Alter, das gleichermaßen wie das Religionskriterium sowohl in der Richtlinie 2000/78/EG als auch im Diskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 GRC enthalten ist. Dem Urteil sind denn auch keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach der EuGH die unmittelbare horizontale Wirkung von Art. 21 Abs. 1 GRC einerseits nur auf Privatpersonen mit besonderer Stellung und andererseits ausschliesslich auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religion limitieren wollte. Für die unmittelbare Drittwirkung des Verbots der Altersdiskriminierung nach Art. 21 Abs. 1 GRC spricht ausserdem, dass der EuGH schon in den beiden Fällen *Mangold* und *Kücükdevici* das Verbot der Altersdiskriminierung als allgemeinen Rechtsgrundsatz anerkannte, der eben auch unter Privaten unmittelbare Drittwirkung entfaltet.¹³⁴⁸ Es wäre daher nicht einzusehen, weshalb lediglich das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religion nach der Richtlinie über Art. 21 Abs. 1 GRC unter Privaten direkt wirksam sein soll, während das Verbot der Altersdiskriminierung gleichwohl über einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dieselbe Wirkung erzeugt.

Vor diesem Hintergrund ist in Bezug auf das Verbot der Altersdiskriminierung zu schliessen, dass es gestützt auf Art. 21 Abs. 1 GRC gleichermaßen wie das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religion unter Privaten unmittelbare Wirkung entfaltet. Insofern ist dem von KILPATRICK/EKLUND, CIACCHI und MARTIN eingenommenen Standpunkt zuzustimmen.

¹³⁴⁷ EuGH v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 70–76.

¹³⁴⁸ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 55 ff. und Rn. 75, sowie EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdevici*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 21.

IV. Zwischenfazit

Das Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters nach Art. 2 Richtlinie 2000/78/EG entfaltet unter Privaten keine unmittelbare Drittwirkung. Dieser Umstand wird durch die Verpflichtung der nationalen Gerichte gemildert, das Landesrecht unionsrechtskonform und damit letztlich auch in Übereinstimmung mit den Richtliniennormen auszulegen. Das primärrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung in Art. 21 Abs. 1 GRC verschafft Privaten jedoch auch in horizontalen Verhältnissen ein vor nationalen Gerichten einklagbares subjektives Recht, soweit der streitgegenständliche Sachverhalt in den Anwendungsbereich des EU-Rechts fällt.

§ 3 Sekundärrecht: Richtlinie 2000/78/EG

I. Überblick

Die Richtlinie 2000/78/EG bildet einen Rahmen, der die Mitgliedstaaten der EU dazu verpflichtet, im Landesrecht Massnahmen zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf umzusetzen. Die Richtlinie 2000/78/EG gibt dazu den Mindeststandard vor.¹³⁴⁹ Zentral mit Blick auf das vorliegende Thema ist das auf das Alterskriterium bezogene Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 der Richtlinie. Zu den in der Richtlinie ausdrücklich verbotenen Diskriminierungsformen zählen unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen¹³⁵⁰ sowie die Belästigung¹³⁵¹ und die Anweisung zur Diskriminierung.¹³⁵² Je nach Einzelfall kann das Diskriminierungsverbot ausserdem – nach hier vertretenem Standpunkt – auf konkurrierende sowie statistische Diskriminierungen Anwendung finden – nicht jedoch auf intersektionelle Diskriminierungen.¹³⁵³

¹³⁴⁹ Erwägungsgrund Nr. 28 der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG.

¹³⁵⁰ Art. 2 Richtlinie 2000/78/EG.

¹³⁵¹ Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2000/78/EG; dazu unten im Abschnitt H. § 3. II. 4.3.

¹³⁵² Zur Anweisung zur Diskriminierung siehe Art. 2 Abs. 4 Richtlinie 2000/78/EG; dazu unten im Abschnitt H. § 3. II. 4.4.

¹³⁵³ Dazu unten im Abschnitt H. § 3. II. 4.5.

In Bezug auf unmittelbare Diskriminierungen sieht die Richtlinie einen *Numerus clausus* an möglichen Rechtfertigungen vor.¹³⁵⁴ Gleichwohl lässt es dieser Rechtfertigungskatalog zu, aus einem breiten Reservoir an Rechtfertigungen zu schöpfen. Dieses Rechtfertigungskorsett in der Gestalt eines *Numerus clausus* gilt hingegen nicht in gleichem Mass für mittelbare Diskriminierungen. Die zulässigen Rechtfertigungsargumente sind dort nicht auf spezifische Sachbereiche beschränkt. Dennoch sind auch der Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen insofern Schranken gesetzt, als die Benachteiligung sachlich legitim und verhältnismässig sein muss.¹³⁵⁵

Nebst dem Diskriminierungsverbot sieht die Richtlinie zudem weitere Massnahmen vor. Dazu gehören Regeln über den Zugang zur Justiz,¹³⁵⁶ das Recht von Interessenverbänden, Organisationen oder anderen juristischen Personen, sich an Gerichts- oder Verwaltungsverfahren in Diskriminierungsfällen zu beteiligen,¹³⁵⁷ die Beweislastverteilung, mit der Betroffene erleichterten Zugang zu ihrem Recht finden sollen,¹³⁵⁸ und der Schutz vor Viktimisierung durch Retorsionen¹³⁵⁹ infolge einer Diskriminierungsbeschwerde. Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, sowohl den Inhalt der Massnahmen allen Betroffenen in geeigneter Form näher zu bringen¹³⁶⁰ als auch den sozialen Dialog zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern und mit Nichtregierungsorganisationen zu fördern.¹³⁶¹

¹³⁵⁴ *Ordre public* gemäss Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG; berufliche Anforderungen gemäss Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG; nationalrechtliche Ziele insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung gemäss Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG; Massnahmen zur Herstellung von Gleichheit gemäss Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG.

¹³⁵⁵ Dazu unten im Abschnitt H. § 3. II. 6.1.

¹³⁵⁶ Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG.

¹³⁵⁷ Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG.

¹³⁵⁸ Art. 10 Richtlinie 2000/78/EG.

¹³⁵⁹ Art. 11 Richtlinie 2000/78/EG.

¹³⁶⁰ Art. 12 Richtlinie 2000/78/EG.

¹³⁶¹ Zum sozialen Dialog zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern siehe Art. 13 und 14 Richtlinie 2000/78/EG.

II. Diskriminierungsverbot

1. Generelle Charakteristika des Diskriminierungsverbots

Das Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG enthält einen abschließenden Katalog verpöner Merkmale, zu denen das Alter zählt.¹³⁶²

Laut der Legaldefinition zum Diskriminierungsbegriff nach Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2000/78/EG setzen unmittelbare Diskriminierungen tatbestandlich nicht das Fehlen einer ausreichenden Rechtfertigung voraus. Aus dem Wortlaut der Bestimmungen über die Rechtfertigungsgründe geht jedoch hervor, dass sich eine Diskriminierung ausnahmsweise dann nicht realisiert, soweit sich eine Benachteiligung durch einen der in der Richtlinie selbst vorgesehenen Gründe rechtfertigen lässt (nämlich *ordre public*,¹³⁶³ wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung,¹³⁶⁴ positive und spezifische Massnahmen¹³⁶⁵ sowie exklusiv in Bezug auf das Alterskriterium die Rechtfertigung durch nationalrechtliche Ziele, insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung¹³⁶⁶).¹³⁶⁷

Umgekehrt verhält es sich bei mittelbaren Diskriminierungen. Hier setzt die Legaldefinition nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. i der Richtlinie 2000/78/EG ganz selbstverständlich das Fehlen einer Rechtfertigung voraus. Die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung ist zudem nicht auf jene Rechtfertigungsgründe beschränkt, die für direkte Diskriminierungen massgeblich sind.¹³⁶⁸

¹³⁶² Erwägungsgrund Nr. 11 der Präambel und Art. 1 und 2 Richtlinie 2000/78/EG.

¹³⁶³ Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG, dazu unten H. § 3. II. 6.3.

¹³⁶⁴ Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG, dazu unten H. § 3. II. 6.4.

¹³⁶⁵ Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG, dazu unten H. § 3. II. 6.6.

¹³⁶⁶ Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG, dazu unten H. § 3. II. 6.5.

¹³⁶⁷ So heisst es zum Rechtfertigungsgrund über «berufliche Anforderungen» in Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG, dass ungeachtet der Legaldefinition «[...] eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der [...] genannten Diskriminierungsgründe steht, keine Diskriminierung darstellt [...]», wenn sich die Ungleichbehandlung im Sinne dieser Bestimmung rechtfertigen lässt. Gleiches bestimmt auch die in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehene Rechtfertigungsmöglichkeit, steht doch dort, «[...] dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierungen darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind [...]». Gleiches gilt auch für den auf den *ordre public* gerichteten Rechtfertigungstatbestand in Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG, zumal es hier heisst, die Richtlinie berühre solche Massnahmen nicht. Siehe auch POLLOCZEK, S. 86.

¹³⁶⁸ Siehe dazu auch die Schlussanträge der Generalanwältin KOKOTT v. 6.5.2010, Rs. C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark v Region Syddanmark*, ECLI:EU:C:2010:248, Rn. 30 und 31.

2. Geltungsbereich

2.1. Allgemeines

Das EU-Recht beinhaltet ein Corpus bestehend aus sekundärrechtlichen Richtlinien und Primärrecht zur Bekämpfung von Diskriminierung basierend auf unterschiedlichen Merkmalen. Der sich daraus ergebende antidiskriminierungsrechtliche Geltungsbereich ist je nach geschütztem Merkmal ganz unterschiedlich breit oder eng. Am weitesten gefasst ist der Geltungsbereich für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft. Für diese will die Richtlinie 2000/43/EG¹³⁶⁹ *unter anderem* in den Bereichen Beschäftigung und Beruf,¹³⁷⁰ des Zugangs zu Sozialschutz und Gesundheitsdiensten¹³⁷¹ sowie des Zugangs zu und der Versorgung mit öffentlichen Gütern und Dienstleistungen¹³⁷² Diskriminierungen unterbinden. Bezüglich Geschlechterdiskriminierung wird nebst der im Primärrecht unter Art. 157 AEUV verankerten Entgeltgleichheit der Antidiskriminierungsschutz durch ein Bündel von Richtlinien auf verschiedene Bereiche ausgedehnt, so dass über den Aspekt des Zugangs zu selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit¹³⁷³ hinaus insbesondere auch die Bereiche der staatlichen sozialen Sicherheit¹³⁷⁴ sowie des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen¹³⁷⁵ abgedeckt werden.

¹³⁶⁹ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. 2000 L 180/22).

¹³⁷⁰ Dies umfasst nach der Richtlinie 2000/43/EG insbesondere den Zugang zu einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit (Art. 3 Abs. 1 lit. a), den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung etc. (Art. 3 lit. b) sowie die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschliesslich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt (Art. 3 lit. c).

¹³⁷¹ Art. 3 Abs. 1 lit. e Richtlinie 2000/43/EG.

¹³⁷² Art. 3 Abs. 1 lit. h Richtlinie 2000/43/EG.

¹³⁷³ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006 L 204/23.

¹³⁷⁴ Richtlinie des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (79/7/EWG), ABl. 1979 L 6/24.

¹³⁷⁵ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen eingeführt, ABl. 2004 L 373/37.

Demgegenüber ist in Bezug auf das Alterskriterium der antidiskriminierungsrechtliche Geltungsbereich in der Richtlinie 2000/78/EG ungleich enger. Er beschränkt sich alleine auf Beschäftigung und Beruf.¹³⁷⁶ Das Begriffspaar «Beschäftigung und Beruf» wird in der Richtlinie nicht näher definiert. Art. 3 Abs. 1 lit. a der Richtlinie verleiht ihm Konturen, indem auf selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit Bezug genommen wird.¹³⁷⁷ Der Begriff «*unselbständige Erwerbstätigkeit*» wird nach der Rechtsprechung des EuGH autonom ausgelegt und dabei weit gefasst, so dass sich im Ergebnis auch jene Rechtsverhältnisse darunter subsumieren lassen, die nach der Schweizer Lesart als Arbeitsverhältnisse qualifiziert werden – also solche, in denen eine Person im Rahmen eines rechtlichen Subordinationsverhältnisses als Weisungsempfänger und unter Einordnung in eine Betriebsorganisation gegen Entgelt Leistungen erbringt.¹³⁷⁸ Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie gehören ausserdem sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Arbeitsverhältnisse zu seinem Anwendungsbereich.

Anders als etwa die EMRK ist das Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG nicht akzessorisch konzipiert.¹³⁷⁹ Der Diskriminierungsschutz ist daher nicht auf die Ausübung bestimmter Rechte aus dem Unionsrecht beschränkt.

¹³⁷⁶ Dazu sogleich. Schon seit Längerem wird über die Einführung einer Richtlinie diskutiert, die dazu diene, hinsichtlich der Merkmale Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung ein einheitliches antidiskriminierungsrechtliches Schutzniveau zu schaffen, indem bestehende Lücken im Geltungsbereich geschlossen werden (vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM (2008) 426 endgültig).

¹³⁷⁷ Für den Zweck der vorliegenden Arbeit ist ausschliesslich die unselbständige Erwerbstätigkeit von Relevanz, weshalb nicht weiter auf die selbständige Erwerbstätigkeit eingegangen wird.

¹³⁷⁸ EuGH v. 12.1.2023, Rs. C-356/21, *J.K. et v TP S.A. und PTPA*, ECLI:EU:C:2023:9, Rn. 33 ff.; EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, *O v Bio Philippe August SARL*, ECLI:EU:C:2015:643, Rn. 22; EuGH v. 3.7.1986, Rs. 66/85, *Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:1986:284, Rn. 16 und 17; EuGH v. 23.3.2004, Rs. C-138/02, *Brian Francis Collins v Secretary of State for Work and Pensions*, ECLI:EU:C:2004:172, Rn. 26; EuGH v. 7.9.2004, Rs. C-456/02, *Michel Trojani v Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, ECLI:EU:C:2004:488, Rn. 15; EuGH v. 3.5.2012, Rs. C-337/10, *Georg Neidel v Stadt Frankfurt am Main*, ECLI:EU:C:2012:263, Rn. 23; zum autonomen Arbeitnehmerbegriff nach EU-Recht im Allgemeinen siehe KOCHER, § 1 Rn. 112 ff.; zur Schweizer Terminologie siehe oben Abschnitt B. § 2. I.

¹³⁷⁹ Mit Blick auf die EMRK siehe Abschnitt G. § 3. I. 4.

Der aus der Richtlinie fließende Antidiskriminierungsschutz wird jedoch durch seinen Geltungsbereich eingegrenzt.¹³⁸⁰ Zum Geltungsbereich im Einzelnen was folgt:

2.2. Zugang zu unselbständiger Tätigkeit

Der Geltungsbereich bezieht sich gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2000/78/EG unter anderem auf den Zugang zu unselbständiger Tätigkeit. Dazu gehört, dass die Zugangsbedingungen sowie die Auswahlkriterien nicht diskriminierend sein dürfen, und zwar unabhängig vom Tätigkeitsfeld und von der beruflichen Position. Auch die Beförderung ist nach dem Wortlaut ein Aspekt des Zugangs zu unselbständiger Tätigkeit, heisst es doch ausdrücklich, die Richtlinie gelte in Bezug auf Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger «[...] *einschliesslich des beruflichen Aufstiegs*».

Richtlinie 2000/78/EG gilt zudem bereits in der Bewerbungsphase. Dies bestätigte der EuGH in der Rechtssache *Meister*.¹³⁸¹ Der Geltungsbereich der Richtlinie ist ausserdem auch dann eröffnet, wenn noch keine Bewerbung auf eine benachteiligende Stellenausschreibung eingereicht wurde.¹³⁸²

Konsequenterweise wird nach hier vertretener Ansicht die unternehmensinterne Bewerbungsphase ebenfalls dem Geltungsbereich der Richtlinie unterstellt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich ein Angestellter für eine neue Position innerhalb desselben Unternehmens bewirbt, für das er bereits als Arbeitnehmer tätig ist. Dabei kann es sich um eine Beförderung handeln oder aber auch um eine Bewerbung für eine andersartige Tätigkeit als die bisherige.

¹³⁸⁰ Dazu sogleich.

¹³⁸¹ EuGH v. 19.4.2012, Rs. C-415/10, *Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH*, ECLI:EU:C:2012:217, Rn. 33 (bestätigt in EuGH v. 28.7.2016, Rs. C-423/15, *Nils-Johannes Kratzer v R+V Allgemeine Versicherung AG*, ECLI:EU:C:2016:604, Rn. 34): In der Rechtssache *Meister* hatte sich die Beschwerdeführerin zweimal erfolglos für eine Stelle bei der Beschwerdegegnerin beworben. Unter anderem gestützt auf die Richtlinie 2000/78/EG forderte Frau Meister Auskünfte über den ihr vorgezogenen Bewerber. Es ging somit um eine Benachteiligung in der vorvertraglichen Bewerbungsphase. Im Ergebnis drang Frau Meister mit ihrer Forderung zwar nicht durch. Wesentlich an dieser Entscheidung ist jedoch, dass der EuGH ohne Weiteres den streitgegenständlichen Sachverhalt dem Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG unterstellte.

¹³⁸² Näheres dazu in Zusammenhang mit dem Requisit der Benachteiligung im Abschnitt H. § 3. II. 5.1.

Der Geltungsbereich betreffend den Zugang zu unselbständiger Tätigkeit nach Art. 3 Abs. 1 lit. a der Richtlinie ist somit umfassend zu verstehen, indem er sowohl für die gesamte vorvertragliche Bewerbungsphase einschliesslich der Stellenausschreibung an sich als auch für die unternehmensinterne Bewerbungsphase gilt.

2.3. Zugang zu Aus- und Weiterbildungen

Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2000/78/EG gehört auch der Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung, der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung, einschliesslich der praktischen Berufserfahrung, zum Geltungsbereich der Richtlinie.

Daraus lässt sich zwar keine Pflicht herleiten, nach der Arbeitgeber sich aktiv für die Aus- und Weiterbildung ihrer Arbeitnehmer einsetzen müssten. Gleichwohl lässt sich diese Bestimmung dahingehend auslegen, dass es Arbeitgebern verboten sein soll, Aus- und Weiterbildungen ihren Arbeitnehmern diskriminierend zu versagen.¹³⁸³ Gerade mit Blick auf das Alterskriterium kann es vorkommen, dass ein Arbeitgeber innerbetrieblich junge Arbeitnehmer zu Aus- oder Weiterbildungen ermuntert, zum Beispiel indem er bezahlte Arbeitszeit zur Verfügung stellt, aber gleichzeitig Weiterbildungsambitionen älterer Arbeitnehmer nicht gleichermaßen unterstützt.

2.4. Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, Entlassungsbedingungen sowie Arbeitsentgelt

Der Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG erstreckt sich gemäss seinem Art. 3 Abs. 1 lit. c auf Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschliesslich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts. Zu den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen gehören sämtliche vertraglichen und faktischen Konditionen, unter denen die Arbeitsleistung zu erfolgen hat.¹³⁸⁴

¹³⁸³ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 3 Rn. 18.

¹³⁸⁴ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 3 Rn. 19.

Als Entlassungsbedingungen gelten alle Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses¹³⁸⁵ sowie die Bedingungen dazu im Vorfeld, wie z.B. die Kündigungsfristen.¹³⁸⁶

Unter dem Entgeltbegriff sind sowohl das allgemeine Entgelt nach Art. 157 AEUV als auch die gemäss Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie in Verbindung mit Erwägungsgrund Nr. 13 der Präambel der Richtlinie vom Entgeltbegriff ausgenommenen Leistungen zu berücksichtigen. In seiner Rechtsprechung zum Entgeltbegriff nach Art. 3 Abs. 1 lit. c Richtlinie 2000/78/EG geht der EuGH zunächst vom allgemeinen Entgeltbegriff aus, wie er in Art. 157 AEUV festgelegt wird.¹³⁸⁷ Entgelt sind demnach «[...] die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter [...]» sowie all jene Vergütungen, «[...] die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt».¹³⁸⁸ Der EuGH legt den Entgeltbegriff weit aus und zählt dazu auch «[...] alle gegenwärtigen oder künftigen in bar oder in Sachleistungen gewährten Vergütungen [...]», soweit «[...] der Arbeitgeber sie dem Arbeitnehmer wenigstens mittelbar aufgrund des Arbeitsverhältnisses gewährt, sei es aufgrund eines Arbeitsvertrags, aufgrund von Rechtsvorschriften oder freiwillig».¹³⁸⁹ Entscheidend ist, dass die Leistung aufgrund eines Arbeitsverhältnisses erfolgt¹³⁹⁰ und vom Arbeitgeber selbst entrichtet wird.¹³⁹¹ Unerheblich ist dabei, ob die je-

¹³⁸⁵ Betreffend Kündigung siehe EuGH v. 18.12.2014, Rs. C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) v Kommunernes Landsforening (KL)*, ECLI:EU:C:2014:2463, Rn. 28 und 52; betreffend automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Altersgrenze EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Reinhard Prigge et al. v Deutsche Lufthansa AG*, ECLI:EU:C:2011:573; mit Blick auf die Aufhebungsvereinbarung sowie ganz generell zum Thema MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 3 Rn. 20 einschliesslich weiterer Hinweise.

¹³⁸⁶ Betreffend Kündigungsfrist vgl. EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kütükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21.

¹³⁸⁷ EuGH v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECLI:EU:C:2008:179, Rn. 42, worin auf den früheren Art. 141 EG-Vertrag Bezug genommen wird, der dem aktuellen Art. 157 AEUV entspricht. Ebenso EuGH v. 10.5.2011, Rs. C-147/08, *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, ECLI:EU:C:2011:286, Rn. 30.

¹³⁸⁸ Art. 157 Abs. 2 AEUV.

¹³⁸⁹ EuGH v. 2.6.2016, Rs. C-122/15, *C*, ECLI:EU:C:2016:391, Rn. 21.

¹³⁹⁰ EuGH v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, *Maruko*, ECLI:EU:C:2008:179, Rn. 46 f.

¹³⁹¹ Mit Blick auf die Entrichtung der Leistung durch den Arbeitgeber vgl. EuGH v. 6.12.2012, verbundene Rs. C-124/11, C-125/11 und C-143, *Bundesrepublik Deutschland v Karen Dittrich (C-124/11)*, *Robert Klinke (C-125/11)*, *Jörg-Detlef Müller v Bundesrepublik Deutschland (C-143/11)*, ECLI:EU:C:2012:771, Rn. 40.

weiligen Leistungen aus einem staatlichen System fließen.¹³⁹² Ebenso wenig tun sozialpolitische Erwägungen oder der Umstand, dass die Leistungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erbracht werden müssen, einer Entgeltqualifikation Abbruch.¹³⁹³ Ebenfalls Entgeltcharakter aufweisen können Vergünstigungen, mit denen dem Arbeitnehmer in Phasen der Untätigkeit ein Einkommen gesichert werden soll.¹³⁹⁴

In diesem Sinne qualifizierte der EuGH als Arbeitsentgelt beispielsweise eine tarifvertraglich vorgesehene Hinterbliebenenrente, deren Höhe sich aus den während des Arbeitsverhältnisses geleisteten Beiträgen und einem Verrentungssatz ergab.¹³⁹⁵ Ebenfalls unter den Entgeltsbegriff subsumierte der EuGH vertraglich vereinbarte Arbeitgeberbeiträge an Vorsorgeeinrichtungen.¹³⁹⁶ Ein weiteres Beispiel ist die Rechtssache *Maruko*.¹³⁹⁷ Hier entschied der EuGH, dass die Hinterbliebenenversorgung aus einem berufsständischen Pflichtversorgungssystem Entgeltcharakter hat, weil sie einem Arbeitsverhältnis entsprang.¹³⁹⁸

2.5. Bereichsausnahmen

Die Richtlinie 2000/78/EG sieht insgesamt vier Bereichsausnahmen vor, in denen die Richtlinie nicht gilt.

Die erste betrifft spezifische Leistungen, die nicht als Vergütungen mit Entgeltcharakter zu qualifizieren sind. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie hält dazu fest, sie gelte «[...] nicht für Leistungen jeder Art seitens der staatlichen Systeme oder der damit gleichgestellten Systeme einschliesslich der staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit oder des sozialen Schutzes». Diese Ausschlussbestimmung muss in Verbindung mit Erwägungsgrund Nr. 13 der Präambel der Richtlinie gelesen werden, laut dem im Ergebnis einzig jene staatlichen Leistungen ausgenommen werden

¹³⁹² EuGH v. 10.5.2011, Rs. C-147/08, *Römer*, ECLI:EU:C:2011:286, Rn. 33.

¹³⁹³ EuGH v. 9.12.2004, Rs. C-19/02, *Viktor Hlozek v Roche Austria Gesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2004:779, Rn. 35 ff.

¹³⁹⁴ EuGH v. 2.6.2016, Rs. C-122/15, *C*, ECLI:EU:C:2016:391, Rn. 22.

¹³⁹⁵ EuGH v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, *Maruko*, ECLI:EU:C:2008:179, Rn. 46 ff.

¹³⁹⁶ EuGH v. 26.9.2013, Rs. C-476/11, *HK Danmark handelnd für Glennie Kristensen v Experian A/S*, ECLI:EU:C:2013:590, Rn. 25 ff.: In der Sache ging es im Wesentlichen um die Frage, ob nach Alter abgestufte Beiträge sich unter der Richtlinie 2000/78/EG rechtfertigen lassen.

¹³⁹⁷ EuGH v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, *Maruko*, ECLI:EU:C:2008:179.

¹³⁹⁸ EuGH v. 1.4.2008, Rs. C-267/06, *Maruko*, ECLI:EU:C:2008:179, Rn. 40 ff.

sollen, denen entweder der Entgeltcharakter nach Art. 157 AEUV abgeht oder die den Zugang zu einer Beschäftigung oder die Aufrechterhaltung eines Beschäftigungsverhältnisses zum Ziel haben.¹³⁹⁹

Nach der zweiten Bereichsausnahme ist es gemäss Art. 3 Abs. 4 Richtlinie 2000/78/EG den Mitgliedstaaten unbenommen, die Streitkräfte vom Schutzbereich des Diskriminierungsverbots in Bezug auf die Merkmale Alter und Behinderung auszunehmen. Solange ein Mitgliedstaat die Streitkräfte nicht ausdrücklich aus dem Geltungsbereich ausgenommen hat, bleibt die Richtlinie weiterhin anwendbar.

Die dritte Bereichsausnahme ergibt sich aus Erwägungsgrund Nr. 14 in der Präambel zur Richtlinie. Danach gilt die Richtlinie nicht in Bezug auf einzelstaatliche Bestimmungen über die Festsetzung von Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand.

Schliesslich, viertens, ist die Richtlinie 2000/78/EG laut deren Art. 3 Abs. 2 ebenfalls nicht anwendbar auf Fälle unterschiedlicher Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, und sie berührt nicht die Vorschriften und Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Länder oder staatenloser Personen in das Hoheitsgebiet der EU-Mitgliedstaaten. Dieser Bereichsausnahme kommt im Rahmen dieser Arbeit jedoch keine Bedeutung zu:

Die Bestimmung findet ihren wortgleichen Zwillings in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2000/43/EG (Antidiskriminierungsrichtlinie).¹⁴⁰⁰ Im Kontext der Antidiskriminierungsrichtlinie besteht die *ratio legis* darin, zu verhindern, dass Drittstaatsangehörige den in Art. 18 AEUV grundsätzlich (aber nicht allgemein) auf Unionsbürger beschränkten Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Nationalität umgehen.¹⁴⁰¹ ELLIS/WATSON stellen daher den Sinn von Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG offen in Frage,¹⁴⁰² und auch SPRENGER meint, dass sich keine Anwendung dieser Bestimmung in Bezug auf das Alter ergebe. Eine Anwendung könne sich – so SPRENGER sinngemäss – allenfalls in Zusammenhang mit den ebenfalls geschütz-

¹³⁹⁹ Zum Begriff des Arbeitsentgelts siehe den vorangehenden Abschnitt.

¹⁴⁰⁰ ELLIS/WATSON, S. 402; siehe die allgemeinen Ausführungen dazu bei SPRENGER, S. 96 f.

¹⁴⁰¹ ELLIS/WATSON, S. 401; siehe auch SPRENGER, S. 97; betreffend den Ausschluss von Drittstaatsangehörigen vom persönlichen Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots nach Art. 18 AEUV siehe auch die Ausführungen dazu in STREINZ, Beck'scher Kurz-Kommentar EUV/AEUV, Art. 18 AEUV Rn. 39 f.

¹⁴⁰² ELLIS/WATSON, S. 402.

ten Kriterien Weltanschauung und Religion ergeben, zumal diese mit Ethnien in Verbindung gebracht werden könnten.¹⁴⁰³

3. Schutzgut

Das Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG dient im Kern dazu, der Würde des Menschen in seinem Anspruch auf Gleichheit zum Durchbruch zu verhelfen. Dazu finden sich zahlreiche Hinweise:

Primärrechtlich hebt die EU in Art. 2 Satz 1 EUV die Achtung der Menschenwürde und der Gleichheit als fundamentale Werte hervor, auf denen die EU basiert. Die Massgeblichkeit der Würde und der Gleichheit als tragende Grundwerte geht auch aus dem zweiten Absatz der Präambel zur Charta der Grundrechte der EU hervor, wo sie explizit als unteilbare und universelle Werte aufgeführt werden. Die Würde und die Gleichheit sind zudem als Grundrechte in Art. 1 beziehungsweise Art. 20 GRC verankert. Gerade die eminente Rolle der Würde im Kontext der weiteren Grundrechte wird im Schrifttum bestätigt, indem es in der Würde das «Leitthema» für alle übrigen Grundrechte der Grundrechtecharta sieht beziehungsweise in den weiteren Grundrechten einen spezifischen Ausdruck dessen erkennt, was die Würde des Menschen ausmacht.¹⁴⁰⁴ Auch das Diskriminierungsverbot nach Art. 21 GRC ist somit einerseits Ausfluss der Würde und andererseits Teilaspekt der Gleichheit.¹⁴⁰⁵

Erwägungsgrund Nr. 1 in der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG verweist ausserdem auf Art. 6 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung vor der Revision von Lissabon. Darin wurde die Würde nicht explizit als Fundamentalwert der Union erwähnt. Doch sie galt schon damals als primärrechtlicher Grundsatz.¹⁴⁰⁶ Die frühere Fassung von Art. 6 Abs. 2 EUV findet eine Entsprechung im heutigen, oben erwähnten Art. 2 EUV. Damit nimmt die Richtlinie Be-

¹⁴⁰³ SPRENGER, S. 97; a.M. MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 3 Rn. 31, der eine Anwendung von Art. 3 Abs. 2 selbst dann ausschlägt, wenn eines der in Art. 1 geschützten Merkmale in Zusammenhang mit der Nationalität steht.

¹⁴⁰⁴ JARASS, Kommentar zu GRC, Art. 1 Rn. 4, sowie BOROWSKY, Nomos Kommentar GRC, Art. 1 Rn. 1; LOCK, Commentary EU Treaties, Art. GRC Rn. 1 f.

¹⁴⁰⁵ Die nahe Verwandtschaft zwischen der Würde und der Gleichheit zeigt sich auch im historischen Kontext, wurde doch im Rahmen der Ausarbeitung der Grundrechtecharta vorgeschlagen, den Abschnitt betreffend die Gleichheit gleich nach der Bestimmung über die Würde als Grundrecht zu platzieren (siehe dazu HÖLSCHIEDT, Nomos Kommentar GRC, Art. 20 Rn. 6 mit weiteren Hinweisen).

¹⁴⁰⁶ PECHSTEIN, Beck'scher Kurz-Kommentar EUV/AEUV, Art. 2 EUV Rn. 2.

zug sowohl auf die Würde als auch die Gleichheit als jene Werte, die den Erlass der Richtlinie rechtfertigen.¹⁴⁰⁷ Das in der Richtlinie enthaltene Diskriminierungsverbot gilt zudem als Konkretisierung des Diskriminierungsverbots nach Art. 21 GRCh, der seinerseits die Würde und die Gleichheit zum Inhalt hat.

Die Richtlinie 2000/78/EG nimmt ferner in Erwägungsgrund Nr. 1 ihrer Präambel Bezug auf die Menschenrechte sowie auf das Versprechen der EU, die in der EMRK enthaltenen Grundrechte zu achten. Die EMRK ihrerseits sieht zwar die Würde nicht als eigenes Grundrecht vor und in ihrer Präambel findet sie auch keine explizite Erwähnung. Gleichwohl bestätigt die Rechtsprechung des EGMR, dass die Würde ein tragender Wert der Konvention ist.¹⁴⁰⁸ Die Bezugnahme der Richtlinie auf die EMRK ist folglich ein weiterer Beleg dafür, wonach das Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG im Lichte der Würde des Einzelnen gesehen werden muss.

Die Bezüge des Diskriminierungsverbots nach der Richtlinie 2000/78/EG zur Würde sind somit unverkennbar. Es lässt sich daher sagen, die Würde des Menschen in Verbindung mit dem Anspruch auf Gleichheit bilde den Kern und damit das Schutzgut des Diskriminierungsverbots. Das Diskriminierungsverbot hat somit die Funktion, vor Angriffen gegen die Würde des Menschen und damit auch vor Herabwürdigungen zu schützen.

4. Erfasste Diskriminierungsformen

4.1. Allgemeines

Richtlinie 2000/78/EG schützt ausdrücklich vor insgesamt vier Diskriminierungsformen: unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen sowie Diskriminierung durch Belästigung und Diskriminierung durch Anweisung. Diesem Katalog sind nach hier vertretener Ansicht zudem die statistische und die konkurrierende Diskriminierung sowie Diskriminierungen durch Äusserungen hinzuzufügen. Nicht erfasst werden jedoch nach dem hier eingenommenen Standpunkt intersektionelle Diskriminierungen. Dazu im Einzelnen:

¹⁴⁰⁷ Die alte Fassung von Art. 6 des Vertrags über die Europäische Union beinhaltete zwar noch keinen expliziten Verweis auf die Würde des Menschen, doch galt die Würde des Menschen schon damals als ungeschriebener Grundsatz des Unionsrechts, siehe dazu PECHSTEIN, Beck'scher Kurz-Kommentar EUV/AEUV, Art. 2 EUV Rn. 2.

¹⁴⁰⁸ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt G. § 3. I. 4.3.

4.2. Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie definiert als unmittelbare Ungleichbehandlung Vorgänge, in denen eine Person wegen eines nach der Richtlinie verpönten Merkmals «[...] in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde».

Eine mittelbare Ungleichbehandlung in Bezug auf das Alterskriterium besteht nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. i der Richtlinie demgegenüber dann, «[...] wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen [...] eines bestimmten Alters [...] gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können [...]». Von einer besonderen Benachteiligung geht der EuGH in seiner Rechtsprechung unter anderem dann aus, wenn durch eine Regelung ein «signifikant höherer Anteil» an Personen in Relation zur Vergleichsgruppe betroffen ist.¹⁴⁰⁹ Soweit der Nachweis einer solchen Benachteiligung mit statistischen Daten erbracht wird, müssen diese Daten die Gesamtheit der Beschäftigten berücksichtigen, die von der infrage stehenden Massnahme betroffen sind.¹⁴¹⁰

Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Diskriminierungsformen ist wichtig, da für beide Diskriminierungsformen ein unterschiedliches Rechtfertigungsregime massgeblich ist.¹⁴¹¹ Im Einzelfall kann die Abgrenzung schwierig sein. In seiner reichhaltigen Rechtsprechung zu dieser Problematik hat der EuGH in einem jüngeren Urteil betreffend die Rechtssache *VL* bestätigt, dass auch dann von einer unmittelbaren Diskriminierung auszugehen ist, wenn ein neutrales Differenzierungsmerkmal *untrennbar* mit einem in der Richtlinie verpönten Merkmal verbunden ist.¹⁴¹²

¹⁴⁰⁹ EuGH v. 24.9.2020, Rs. C-223/19, *YS v NK AG*, ECLI:EU:C:2020:753, Rn. 49 mit weiteren Hinweisen zur Rechtsprechung.

¹⁴¹⁰ EuGH v. 3.10.2019, Rs. C-274/18, *Minoo Schuch-Ghannadan v Medizinische Universität Wien*, ECLI:EU:C:2019:828, Rn. 47.

¹⁴¹¹ Dies zeigt sich darin, dass die Möglichkeiten zur Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung über jene hinausgehen, die für direkte Diskriminierungen gelten. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Schlussanträge der Generalanwältin KOKOTT v. 6.5.2010, Rs. C-499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark*, ECLI:EU:C:2010:248, Rn. 30 und 31.

¹⁴¹² EuGH v. 26.1.2021, Rs. C-16/19, *VL v Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, ECLI:EU:C:2021:64, Rn. 48; siehe auch die weiterführenden Urteilsanmerkungen bei RECH, S. 346 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechungspraxis und Lehre; ebenso zum Abgrenzungsthema TOBLER, *Indirect Discrimination under Directives 2000/43 and 2000/78*, S. 10 f.

4.3. Diskriminierung durch Belästigung

Die Richtlinie 2000/78/EG verbietet gemäss Art. 2 Abs. 3 ausserdem Diskriminierungen durch Belästigung. Danach gelten als Diskriminierung Verhaltensweisen, die unter anderem mit dem Alter in Zusammenhang stehen «[...] und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird».

Die Rechtsprechung des EuGH subsumiert darunter auch Konstellationen, in denen eine Person benachteiligt wird, weil sie mit einem Träger eines geschützten Merkmals in Verbindung gebracht wird.¹⁴¹³ So etwa in der Rechtssache von Frau Coleman.¹⁴¹⁴ Frau Colemans Sohn litt an apnoischen Anfällen und Laryngomalazie und Bronchomalazie und musste daher durch seine Mutter speziell gepflegt werden.¹⁴¹⁵ Sie wurde im Vorfeld der Entlassung durch ihre Arbeitgeberin schikaniert, indem beispielsweise abschätzige Bemerkungen über ihr Kind fielen, sie als «faul» bezeichnet wurde, wenn sie für die Pflege ihres Kindes Freizeit beanspruchen wollte, oder ihr die Entlassung angedroht wurde, wenn sie sich bei der Arbeit aufgrund der Pflege ihres Kindes verspätete.¹⁴¹⁶ Der EuGH bestätigte, dass die Frau Coleman widerfahrenen Verhaltensweisen belästigend waren, und er stellte klar, dass die Belästigung wegen Behinderung nicht voraussetze, dass die belästigte Person selbst behindert sei.¹⁴¹⁷

Zwar finden sich bezogen auf das Alterskriterium keine vergleichbaren Urteile des EuGH. Der Fall *Coleman* liefert aber immerhin wichtige Anhaltspunkte dafür, welche Intensität negative Verhaltensweisen erreichen müssen, um als Belästigung qualifiziert werden zu können, und das Urteil stellt auch klar, dass eben

¹⁴¹³ In der Literatur wird dazu auch der Begriff «*Diskriminierung durch Assoziation*» verwendet, siehe z.B. ROBIN-OLIVIER, *Commentaire Directive 2000/78*, Art. 2 Rn. 64–66. Es besteht folglich eine Verwechslungsgefahr mit dem gleichlautenden, jedoch hier in anderem Sinn verwendeten Terminus «*Assoziation*», der einen Vorgang bezeichnet, in dem das Alter als Stellvertreterkriterium für vermutete Eigenschaften herangezogen wird, diese Vermutungen aber nicht auf mathematischen Korrelationen, sondern blossen Assoziationen beruhen (siehe dazu oben E. § 2. IV).

¹⁴¹⁴ EuGH v. 17.7.2008, Rs. C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law, Steve Law*, ECLI:EU:C:2008:415.

¹⁴¹⁵ EuGH v. 17.7.2008, Rs. C-303/06, *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415, Rn. 20.

¹⁴¹⁶ EuGH v. 17.7.2008, Rs. C-303/06, *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415, Rn. 26.

¹⁴¹⁷ EuGH v. 17.7.2008, Rs. C-303/06, *Coleman*, ECLI:EU:C:2008:415, Rn. 57 und 59.

auch die schiere Belästigung wegen einer Verbindung zu einem Merkmalsträger als diskriminierend gewertet werden kann.

Hingegen erfüllt der alleinige Nachweis einer Schikane den Tatbestand einer diskriminierenden Belästigung nicht per se. Vielmehr muss konkret dargelegt werden, dass das infrage stehende Verhalten mit einem durch das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 1 der Richtlinie 2000/78/EG verpönten Merkmal in Zusammenhang steht.¹⁴¹⁸

4.4. Diskriminierung durch Anweisung

Nach Art. 2 Abs. 4 Richtlinie 2000/78/EG gilt die Anweisung zur Diskriminierung einer Person wegen eines der in Art. 1 der Richtlinie verpönten Merkmale und damit auch des Alters als Diskriminierung. Konkrete EuGH-Urteile zu dieser Diskriminierungsform in Zusammenhang mit der Richtlinie 2000/78/EG bestehen nicht und es findet sich keine Legaldefinition dazu, was unter «Anweisung» zu verstehen ist. Im Schrifttum wird der Sinn dieser Bestimmung darin gesehen, potentiellen Diskriminierungsopfern einen «Vorfeldschutz» zu bieten, indem sich Betroffene auf den Diskriminierungsschutz berufen können, ohne dabei das Eintreten einer tatsächlichen Benachteiligung erst abwarten zu müssen.¹⁴¹⁹

Diese Bestimmung ist zwar wichtig und verdeutlicht, dass auch die Anweisung eines Dritten zu diskriminierenden Handlungen nicht toleriert werden soll. Ihre praktische Bedeutung ist nach hier vertretener Ansicht jedoch eher gering. In der Regel geht es um die Frage, ob z.B. die Nichtanstellung eines Bewerbers diskriminierend war. Geradezu unbedeutend ist dann, ob unternehmensintern eine Person die andere Person anwies, das diskriminierende Verhalten auszuführen.

4.5. Weitere Diskriminierungsformen

4.5.1. Mehrdimensionale Diskriminierung

Erwägungsgrund Nr. 3 der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG greift das Thema der mehrdimensionalen Diskriminierung auf, indem darin anerkannt wird, dass «[...] *Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung sind*». Dennoch ist nicht zu übersehen, dass Art. 1 der Richtlinie einen geschlossenen Katalog verpönter Distinktionsmerkmale vorsieht. Dies bringt mit sich, dass intersektionelle Diskriminierungen nicht von der Richtlinie erfasst werden: Dem Wesen intersektioneller

¹⁴¹⁸ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 62.

¹⁴¹⁹ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 66.

Diskriminierung entspricht es eben, dass durch die Fusion verschiedener Merkmale ein eigenes, neues Diskriminierungsmerkmal entsteht.¹⁴²⁰ Solche Merkmalskombinationen werden nicht geschützt.

Wie der EuGH in der Rechtssache *Parris* bestätigt, gilt dies selbst dort, wo das intersektionelle Distinktionsmerkmal aus einer Kombination von in Art. 1 der Richtlinie geschützten Merkmalen besteht.¹⁴²¹ Das Urteil wurde in der Literatur verschiedentlich kritisiert.¹⁴²² Dennoch ist nicht zu übersehen, dass der Wortlaut der Richtlinie nur den so genannten «*single-axis-approach*»¹⁴²³ unterstützt, nach der immer nur ein Merkmal je separat einer Diskriminierung zugrunde liegen kann. Es entspräche daher nach hier vertretener Auffassung einer Auslegung *contra legem*, wollte man zusätzlich intersektionelle Distinktionsmerkmale dem abschliessenden Katalog in Art. 1 der Richtlinie hinzufügen.

Konkurrierende Diskriminierungen¹⁴²⁴ hingegen können in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen und sind mit dem «*single-axis-approach*» vereinbar, soweit die betroffenen Merkmale in Art. 1 der Richtlinie enthalten sind. Ein Schutz vor konkurrierender Diskriminierung kann sich ausserdem auch aus einer kombinierten Anwendung verschiedener Antidiskriminierungsrichtlinien oder anderweitigem EU-Recht ergeben. Dazu ist allerdings am Beispiel der Richtlinie 2000/78/EG zu berücksichtigen, dass sie lediglich einen bereichsspezifischen Schutz ausschliesslich für jene explizit darin aufgezählten Merkmale bietet. Für die übrigen Merkmale sind das weitere einschlägige EU-Antidiskriminierungsrecht und dessen jeweiliger Geltungsbereich massgeblich. Wird beispielsweise eine Person aufgrund ihres Alters und ihrer Herkunft konkurrierend diskriminiert, ist nicht bloss die Richtlinie 2000/78/EG wegen des Alterskriteriums möglicherweise einschlägig, sondern eventuell auch die Richtlinie 2000/43/EG (Rassendiskriminierungsricht-

¹⁴²⁰ Dazu oben im Abschnitt F. § 4. VI. 4.

¹⁴²¹ Siehe dazu EuGH v. 24.11.2016, Rs. C-443/15, *David L. Parris v Trinity Collge Dublin et al.*, ECLI:EU:C:2016:897, Rn. 79 ff.: In diesem Rechtsfall gelangte der EuGH zum Schluss, die Kombination von sexueller Orientierung und Alter falle nicht in den Bereich der Richtlinie 2000/78/EG, obwohl beide Merkmale für sich genommen in Art. 1 der Richtlinie enthalten seien.

¹⁴²² Siehe z.B. ATREY, CJEU's Blind Spot of Intersectional Discrimination, S. 278 ff., oder NUMHAUSER-HENNING, Commentaire Directive 2000/78, Art. 6 Rn. 21 f.

¹⁴²³ Zum Begriff «*single axis approach*» siehe die allgemeinen Ausführungen zu intersektioneller Diskriminierung im Abschnitt F. § 4. VI. 4.

¹⁴²⁴ Zum Begriff der konkurrierenden Diskriminierung siehe die Ausführungen im Abschnitt F. § 4. VI. 2.

linie) wegen des Kriteriums der Herkunft. Es muss dabei einzelfallweise geprüft werden, ob der Geltungsbereich der jeweiligen Richtlinie eröffnet ist.

Aus einer solchen Kombination von Antidiskriminierungsrichtlinien wird sich allerdings bezogen auf die durch sie festgelegten Geltungsbereiche ebenfalls kein intersektioneller Schutz vor Diskriminierung ableiten lassen,¹⁴²⁵ zumal die Antidiskriminierungsrichtlinien die verpönten Merkmale abschliessend aufzählen.¹⁴²⁶ Eigenständige, intersektionelle Diskriminierungsmerkmale würden den so verbindlich definierten Merkmalsrahmen überschreiten.¹⁴²⁷

In diesem Zusammenhang kritisiert ELAINE DEWHURST am Beispiel des EGMR-Urteils in der Rechtsache *Moraru und Marin gegen Rumänien*¹⁴²⁸ unter anderem auch das EU-Recht.¹⁴²⁹ Im betreffenden Fall wurde das Arbeitsverhältnis der beiden im öffentlichen Dienst angestellten Beschwerdeführerinnen nach Erreichen des gesetzlichen Rentenalters in Anwendung nationalen Rechts aufgelöst. Das Rentenalter für Männer lag jedoch deutlich höher. Im Sachverhalt war auch das EU-Antidiskriminierungsrecht einschlägig. Der EGMR bestätigte in der Folge zwar das Vorliegen einer Geschlechterdiskriminierung. Aber weder der EGMR noch die nationalen Vorinstanzen hatten eine intersektionelle Diskriminierung aufgrund des Alters und des Geschlechts auch nur schon in Erwägung gezogen.¹⁴³⁰

¹⁴²⁵ Das wirkt sich auch auf das primärrechtliche Diskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 GRC aus, das zwar grundsätzlich auch intersektionelle Diskriminierung verbietet. Weil aber die Richtlinien das primärrechtliche Diskriminierungsverbot konkretisieren, kann das primärrechtliche Diskriminierungsverbot nicht über den durch die Richtlinien festgelegten bereichsspezifischen Schutz hinausgehen. Dazu später im Abschnitt H. § 4.

¹⁴²⁶ Art. 1 Richtlinie 2000/43/EG; Art. 1 Richtlinie 2000/78/EG; Art. 1 Richtlinie 2004/113/EG; Art. 1 Richtlinie 2006/54/EG; Art. 4 Richtlinie 79/7/EWG.

¹⁴²⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch FREDMAN, *Intersectional Discrimination in EU law*, S. 86, die allgemein vertritt, das bestehende EU-Recht mache es unmöglich, neue Untergruppen zu kreieren, welche intersektionelle Erfahrungen reflektieren könnten. Zu den konzeptionellen Schwierigkeiten des EU-Rechts in Bezug auf Intersektionalität ausführlich SCHIEK/MULDER, S. 43 ff.

¹⁴²⁸ *Moraru und Marin v. Rumänien*, EGMR, 20. März 2023, App. Nr. 53282/18 und 3142/20.

¹⁴²⁹ DEWHURST zum EGMR-Urteil *Moraru und Marin v. Rumänien*, abrufbar unter <https://strasbourgobservers.com/2023/03/28/sex-discrimination-age-discrimination-or-both-moraru-and-marin-v-romania/> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

¹⁴³⁰ Siehe die zusammenfassenden Ausführungen zum Urteil weiter oben im Abschnitt G. § 3. I. 4.4.

DEWHURST führt dies darauf zurück, dass das Antidiskriminierungsrecht – und damit wohl auch jenes der EU – die soziale Realität nicht reflektiere.

4.5.2. Statistische Diskriminierung und People Analytics

Vom Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG erfasst werden nach hier vertretener Ansicht auch statistische Diskriminierungen:¹⁴³¹ Zwar hat sich der EuGH bislang noch nicht konkret zu dieser Diskriminierungsform an sich geäußert. Jedoch hat er in der Rechtssache *Test-Achats* angedeutet, auch statistische Diskriminierungen verbieten zu wollen:

Hier gelangte der EuGH zum Schluss, die Übergangsregelung in Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG¹⁴³² verstosse gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau, weil sie eine Berechnung von Versicherungsprämien basierend auf dem Geschlecht zugelassen habe.¹⁴³³ In diesem Vorgang gleicht die Berücksichtigung des Geschlechts stark der Konstellation, in der eine Person aufgrund von statistisch begründeten Vermutungen wegen eines Persönlichkeitsmerkmals eine Benachteiligung erfährt. Aus dieser Rechtsprechung und nicht zuletzt auch aus der Tatsache, dass Erwägungsgrund Nr. 6 der Präambel der Richtlinie 2000/78/EG die Wichtigkeit der Bekämpfung *jeder Art* von Diskriminierung betont, ist nach hier vertretenem Standpunkt zu schliessen, dass die Richtlinie sich auch auf Formen statistischer Diskriminierung bezieht. Daraus lässt sich ebenso schliessen, die Richtlinie wolle auch Diskriminierungen unterbinden, die Personen durch den Einsatz von *People Analytics* widerfahren. Das Anwendungsfeld der Richtlinie muss sich daher grundsätzlich auch auf algorithmische sowie KI-basierte Korrelationen beziehen.¹⁴³⁴

¹⁴³¹ Zum Begriff der statistischen Diskriminierung siehe die allgemeinen Ausführungen im Abschnitt F. § 4. V.

¹⁴³² Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. 2004 L 373/37).

¹⁴³³ EuGH v. 1.3.2011, Rs. C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et al. v Conseil des ministres*, ECLI:EU:C:2011:100, Rn. 32.

¹⁴³⁴ GERARDS/XENIDIS, S. 56, vertreten, dass algorithmische Diskriminierungen im Bereich von Beschäftigung und Beruf in den Anwendungsbereich des EU-Geschlechter-Antidiskriminierungsrechts fallen dürften. Dies muss nach hier vertretener Ansicht dann auch in Bezug auf die Richtlinie 2000/78/EG und Art. 21 Abs. 1 GRC in Bezug auf das Alterskriterium gelten. Zu *People Analytics*, Korrelationen und Assoziationen siehe die Ausführungen im Abschnitt E. § 2. III, E. § 2. IV sowie F. § 4. V.

4.5.3. Diskriminierung durch Äusserungen («*speech act*»)

Ebenfalls als weitere Diskriminierungsform der Erwähnung bedarf die Diskriminierung durch Äusserungen («*speech act*»).¹⁴³⁵ Die Urteile in den Fällen *Feryn*,¹⁴³⁶ *Asociația Accept*¹⁴³⁷ und *NH*¹⁴³⁸ bieten dazu Anschauungsmaterial. Im ersten Fall tat der Direktor der Firma *Feryn NV* öffentlich kund, dass seine Unternehmung keine Ausländer anstellen werde.¹⁴³⁹ In der Rechtssache *Asociația Accept* äusserte sich ein ehemaliger Aktionär eines bestimmten Fussballclubs anlässlich eines Interviews dahingehend, dass er heterosexuelle homosexuellen Spielern vorziehe.¹⁴⁴⁰ Und schliesslich hatte in der Rechtssache *NH* ein italienischer Anwalt sich im Rahmen eines Interviews während einer Radiosendung dahingehend geäussert, homosexuelle Personen in seiner Anwaltskanzlei weder einstellen noch beschäftigen zu wollen.¹⁴⁴¹

Während der EuGH in der Rechtssache *Feryn* das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung im Sinne von Art. 2 lit. a der Richtlinie 2000/43/EG bestätigte,¹⁴⁴² war die Fragestellung in den beiden anderen Urteilen etwas anders gelagert. Dort stellte sich unter anderem auch die Frage nach der Zurechnung der jeweiligen Aussage an das streitbetroffene Unternehmen.

In der Rechtssache *Asociația Accept* nahm der EuGH vermutungsweise das Vorliegen einer Diskriminierung durch den Fussballclub an, weil der ehemalige Aktionär – von dem die Äusserungen ausgingen – in der öffentlichen Wahrnehmung und den Medien als Hauptgeschäftsführer des Fussballclubs wahrgenommen wurde.¹⁴⁴³ Auch der Umstand, dass sich der Fussballclub nicht deutlich von den Äusserungen distanziert hatte, sah der EuGH als belastendes Indiz an.¹⁴⁴⁴ Aus Sicht des EuGH war dabei unerheblich, dass der ehemalige Aktionär in tatsächlicher

¹⁴³⁵ Zum Begriff «*speech act*» als Diskriminierungsform im Bereich Rassismus NAGUIB, Begrifflichkeiten, S. 82 f.

¹⁴³⁶ EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn NV*, ECLI:EU:C:2008:397.

¹⁴³⁷ EuGH v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, *Asociația Accept v Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, ECLI:EU:C:2013:275.

¹⁴³⁸ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289.

¹⁴³⁹ EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397, Rn. 2.

¹⁴⁴⁰ EuGH v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, *Asociația Accept*, ECLI:EU:C:2013:275, Rn. 25.

¹⁴⁴¹ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 18.

¹⁴⁴² EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397, Rn. 28.

¹⁴⁴³ EuGH v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, *Asociația Accept*, ECLI:EU:C:2013:275, Rn. 53.

¹⁴⁴⁴ EuGH v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, *Asociația Accept*, ECLI:EU:C:2013:275, Rn. 50.

Hinsicht nicht mit den notwendigen rechtlichen Befugnissen ausgestattet war, um das Unternehmen zu binden oder bei Einstellungen zu vertreten.¹⁴⁴⁵

In der Rechtssache *NH* war an der zu beurteilenden Fallkonstellation speziell, dass im Zeitpunkt der Aussage ein Einstellungsverfahren weder im Gange noch geplant war, und es wurde die Frage aufgeworfen, ob die Äusserungen des Anwalts durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützt waren.¹⁴⁴⁶ Der EuGH erwog, dass das Fehlen konkreter Einstellungsverhandlungen die Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG auf diese Äusserungen nicht ausschliesse.¹⁴⁴⁷ Er setzte aber voraus, dass sie mit der Einstellungspolitik eines bestimmten Arbeitgebers in Verbindung gebracht werden können und dass diese Verbindung nicht bloss hypothetischer Natur ist.¹⁴⁴⁸ Dies machte der EuGH im Wesentlichen von drei Faktoren abhängig: erstens der Stellung des Urhebers der Äusserung und der Funktion, in der er sich geäussert hat, zweitens der Art und dem Inhalt der Äusserungen und, drittens, dem Kontext, in dem die Aussagen fielen.¹⁴⁴⁹ Diese Auslegung der Richtlinie – so der EuGH – liesse sich nicht durch die Meinungsfreiheit einschränken.¹⁴⁵⁰ Im Ergebnis gelangte der EuGH sinn gemäss zum Schluss, dass sich die streitgegenständlichen Aussagen dazu eigneten, den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit diskriminierend zu behindern.¹⁴⁵¹

Aus den Urteilen geht eine realitäts- und praxisbezogene Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG durch den EuGH hervor, mit der diskriminierenden Äusserungen wirksam entgegengetreten wird. Der EuGH schiebt formal-juristischen Ausflüchten einen Riegel und nimmt zudem die Arbeitgeber in die Pflicht, sich klar und unmissverständlich von diskriminierenden Äusserungen zu distanzieren. Auch in Bezug auf das Alterskriterium dürfte dies von grosser Bedeutung sein.

5. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots

5.1. Benachteiligung und Vorsatz

Die Benachteiligung ist wesentliches Tatbestandselement sowohl der unmittelbaren als auch der mittelbaren Diskriminierung. Im ersten Fall, der direkten Diskri-

¹⁴⁴⁵ EuGH v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, *Asociația Accept*, ECLI:EU:C:2013:275, Rn. 53.

¹⁴⁴⁶ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 26.

¹⁴⁴⁷ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 42.

¹⁴⁴⁸ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 43.

¹⁴⁴⁹ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 44–46.

¹⁴⁵⁰ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 47.

¹⁴⁵¹ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 58.

minierung, ergibt sich die Benachteiligung daraus, dass eine Person verglichen mit einer anderen eine weniger günstige Behandlung erfährt.¹⁴⁵² Im letzteren Fall, der mittelbaren Diskriminierung, bedarf es einer Schlechterstellung einer Personen-Gruppe im Vergleich zu einer anderen Personengruppe.¹⁴⁵³ Der erlittene Nachteil muss dabei nicht zwingend finanzieller Natur sein.¹⁴⁵⁴

Im Schrifttum zur Richtlinie 2000/78/EG wird verschiedentlich vertreten, dass der Schutzbereich des Diskriminierungsverbots erst durch das Vorliegen einer tatsächlichen Benachteiligung eröffnet werde.¹⁴⁵⁵ So ist in diesem Zusammenhang insbesondere umstritten, ob der Geltungsbereich der Richtlinie bereits schon dann eröffnet ist, wenn die Stellenausschreibung an sich zwar benachteiligend ist, aber noch gar keine Bewerbung eingereicht wurde.¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵² Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2000/78/EG, in dem es heisst: «*[U]nmittelbare Diskriminierung [liegt] vor, wenn eine Person [...] eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt.*»

¹⁴⁵³ Art. 2 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2000/78/EG, in dem es heisst: «*[M]ittelbare Diskriminierung [liegt] vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften [...] Personen [...] gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können.*»

¹⁴⁵⁴ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 16.

¹⁴⁵⁵ SPRENGER, S. 56 f., der genau diesen Standpunkt vertritt. Ähnlich – aber nicht ganz so ausdrücklich – auch MOHR, der zu Art. 1 ausführt, eine Gesinnung genüge nicht, es bedürfe einer «tatsächlichen» Diskriminierung, und dann mit Blick auf Art. 3 Benachteiligungsbeispiele nennt, in denen sich jeweils eine konkrete Benachteiligung realisiert hat, vgl. MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 1 Rn. 1 und Art. 3 Rn. 13.

¹⁴⁵⁶ Siehe SCHOLZ, S. 28 f., der den Begriff «Zugang zu unselbständiger Erwerbstätigkeit» weit auslegt und sich für die vorvertragliche Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG auf das gesamte Einstellungsverfahren und damit zumindest sinngemäss auch auf die Stellenausschreibung selbst ausspricht; a.M. hingegen SPRENGER, S. 55 f., der eine Anwendung auf Stellenausschreibungen ablehnt und meint, die Richtlinie sei zeitlich frühestens auf den Einstellungsentscheid anwendbar. SPRENGER weist in diesem Zusammenhang auf EuGH v. 21.5.1985, Rs. 248/83, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften v Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:1985:214 hin, worin der EuGH zum Schluss gelangte, die Mitgliedstaaten seien mit Blick auf die der Richtlinie 2000/78/EG verwandte Richtlinie 76/207/EWG betreffend die Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht zum Erlass von Rechtsvorschriften mit allgemeiner Geltung bezüglich Stellenausschreibungen verpflichtet. In dem von SPRENGER zitierten Entscheid heisst es jedoch, dass Stellenausschreibungen «nicht von vornherein» vom Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207/EWG ausgenommen seien. Dies, weil Stellenausschreibungen in einem engen Zusammenhang mit dem Zugang zur Beschäftigung stünden (vgl. Rn. 43 des genannten Entscheids); ähnlich – aber nicht ganz so ausdrücklich – auch MOHR, der zu Art. 1 ausführt, eine Gesinnung genüge nicht, es bedürfe einer «tatsächlichen» Diskriminierung, und dann mit Blick auf Art. 3 Benachteiligungsbeispiele nennt, in denen sich jeweils eine konkrete Benachteiligung realisiert hat, vgl. MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 1 Rn. 1 und Art. 3 Rn. 13.

Die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Feryn*¹⁴⁵⁷ und später in *Asociația Accept*¹⁴⁵⁸ und *NH*¹⁴⁵⁹ zeigt jedoch, dass selbst ein Verhalten als Benachteiligung im Sinne der Richtlinie qualifiziert werden kann, soweit es nur schon das Potential in sich trägt, in eine tatsächliche Benachteiligung umzuschlagen:

Den Fällen war jeweils gemeinsam, dass kein Diskriminierungsopfer identifiziert werden konnte. Gleichwohl habe sich die Benachteiligung – so der EuGH in *Feryn* – bereits dadurch realisiert, dass die Äusserung des Direktors potentielle Stellenkandidaten «*ernsthaft*» davon abgehalten habe, ihre Bewerbung einzureichen.¹⁴⁶⁰

Das Urteil des EuGH in *Feryn* wurde in Teilen des Schrifttums kritisiert. LOBINGER wendet ein, der Diskriminierungsstatbestand könne erst dann verwirklicht sein, wenn ein Kandidat in tatsächlicher Hinsicht davon abgehalten worden sei, sich zu bewerben – eine bloss «*abstrakte Gefahr eines <Abhalten-Könnens>*» genüge nicht.¹⁴⁶¹ Andere Autoren hingegen leisten den sich an der Sozialpolitik orientierenden Erwägungen des EuGH Sukkurs.¹⁴⁶² In den beiden späteren Urteilen *Asociația Accept*¹⁴⁶³ und *NH*¹⁴⁶⁴ bekräftigte der EuGH seinen zuvor in der Rechtssache *Feryn* eingenommenen Standpunkt. Im Fall *Asociația Accept* bezog sich der EuGH direkt auf sein vorangegangenes Urteil *Feryn* und bestätigte, dass eine Diskriminierung nicht voraussetze, «*[...] dass eine beschwerte Person, die behauptet, Opfer einer derartigen Diskriminierung geworden zu sein, identifizierbar ist*».¹⁴⁶⁵ Zum gleichen Ergebnis gelangte der Gerichtshof im späteren Urteil *NH*.¹⁴⁶⁶ Auch hier fehlte es an einem individualisierbaren Diskriminierungsopfer, und gleichwohl befand der EuGH, dass eine homophobe Äusserung den Anwen-

¹⁴⁵⁷ EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397.

¹⁴⁵⁸ EuGH v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, *Asociația Accept*, ECLI:EU:C:2013:275.

¹⁴⁵⁹ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289.

¹⁴⁶⁰ EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397, Rn. 25.

¹⁴⁶¹ LOBINGER, S. 369.

¹⁴⁶² KULAK, S. 556 und S. 562 ff., der die Anerkennung einer abstrakten Benachteiligung offenbar begrüsst und sich dahingehend vernehmen lässt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, ein entsprechendes Sanktionsregime vorzusehen. Ebenso NAGUIB, Einstellungspraxis, S. 1242 f.

¹⁴⁶³ EuGH v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, *Asociația Accept*, ECLI:EU:C:2013:275.

¹⁴⁶⁴ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289.

¹⁴⁶⁵ Vgl. EuGH v. 25.4.2013, Rs. C-81/12, *Asociația Accept*, ECLI:EU:C:2013:275, Rn. 36.

¹⁴⁶⁶ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289.

dungsbereich von Art. 3 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2000/78/EG betreffend den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit eröffnen könne.¹⁴⁶⁷

Nach hier vertretener Meinung lässt sich die soeben skizzierte Rechtsprechung des EuGH auf alle Phasen des Erwerbslebens übertragen. Sie ist daher nicht alleine auf die Bewerbungsphase beschränkt. Lässt sich beispielsweise ein Arbeitgeber zu einer Aussage hinreissen, wonach es sich nicht lohnt, ältere Mitarbeiter in ihrer Aus- oder Weiterbildung zu fördern, dann ist nicht einzusehen, weshalb zunächst formal zugewartet werden sollte, bis der Antrag eines älteren Arbeitnehmers auf Weiterbildung tatsächlich abgelehnt wird, ehe das Tatbestandselement der Benachteiligung als realisiert gilt. Das Erfordernis einer tatsächlichen Benachteiligung liesse zudem ausser Acht, dass bestimmte Verhaltensweisen die Betroffenen eben gerade davor zurückschrecken lassen können, ein Begehren anzumelden wie z.B. eine Bewerbung, einen Antrag auf Weiterbildung oder eine Lohnerhöhung. Würde die Benachteiligung vom Vorhandensein eines individualisierbaren Opfers abhängig gemacht, würde das Diskriminierungsverbot der Richtlinie beachtlich an Wirksamkeit einbüßen.

Der Diskriminierungsbegriff nach der Richtlinie verlangt im Übrigen keinen Diskriminierungsvorsatz als subjektives Tatbestandsmerkmal.¹⁴⁶⁸ Die Benachteiligungsabsicht ist somit kein Beweisthema, wenn es darum geht, eine Diskriminierung im Sinne der Richtlinie nachzuweisen.

5.2. Vergleichstest

5.2.1. Allgemeines

Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG verweist auf den Gleichbehandlungsgrundsatz. Dabei muss zwischen direkten und indirekten Diskriminierungen unterschieden werden. Dies wirkt sich aus auf die Frage nach dem Erfordernis der Vergleichbarkeit. Während direkte Diskriminierungen begrifflich gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a der Richtlinie an das Vorhandensein vergleichbarer Situationen anknüpfen, trifft dies auf mittelbare Diskriminierungen nach Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie nicht zu. Hier wird stattdessen eine Benachteiligung gegenüber anderen Personen «*in besonderer Weise*» vorausgesetzt.

¹⁴⁶⁷ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 58.

¹⁴⁶⁸ POLLOCZEK, S. 85.

5.2.2. Vergleichstest bezogen auf direkte Diskriminierung

Mit Blick auf direkte Diskriminierungen ist der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, wenn eine Person in Relation zu einer anderen Person trotz vergleichbarer Ausgangslage benachteiligt wird.¹⁴⁶⁹ Das Vorhandensein einer direkten Diskriminierung steht und fällt folglich mit der Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte. Wann sind zwei Sachverhalte vergleichbar, und wie sieht die Rechtsprechung des EuGH dazu aus?

Das Alter ist nur eines von vielen Sachverhaltskriterien, anhand derer die Vergleichbarkeit beurteilt werden kann. Klar ist, dass unterschiedliches Alter für sich genommen nicht *per se* eine Unvergleichbarkeit zweier Sachverhalte nach sich zieht.¹⁴⁷⁰ Hingegen können andere Faktoren ausschlaggebend sein. Welche Faktoren dies sind, ist stark wertungsabhängig, und es lassen sich dazu keine allgemeingültigen Regeln aufstellen.¹⁴⁷¹ Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung immerhin einige Eckpunkte festgelegt. Zunächst müssen die Sachverhalte zwar vergleichbar, nicht jedoch identisch sein.¹⁴⁷² Dies zeigt, dass keine allzu hohen Anforderungen an die Vergleichbarkeit gestellt werden dürfen.¹⁴⁷³ Weiter verlangt der EuGH, dass «[...] die Prüfung dieser Vergleichbarkeit nicht allgemein und abstrakt sein darf, sondern spezifisch und konkret für die betreffende Leistung erfolgen muss».¹⁴⁷⁴ Dabei sind sämtliche Charakteristiken des Falls massgebend.¹⁴⁷⁵ Beruht eine Benachteiligung auf einem Gesetz, sind ausserdem der Gegenstand und der Zweck des jeweils relevanten Landesrechts zu berücksichtigen.¹⁴⁷⁶ Soweit es um den Gesetzeszweck geht, muss zudem dem grossen Ermessensspielraum Rechnung getragen werden, über den die Mitgliedstaaten verfügen, wenn es darum geht, im

¹⁴⁶⁹ Art. 2 Abs. 2 lit. a Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁴⁷⁰ Siehe dazu die allgemeinen Ausführungen im Kontext von Gerechtigkeit, Gleichheit und Diskriminierungsverboten, D. § 4.

¹⁴⁷¹ KÖCHLE/PAVLIDIS, Kommentar GRC (Wien), Art. 20 Rn. 23; BELL, Kommentar GRC, Art. 20 Rn. 20.24 f.; SCHOLZ, S. 41 f.

¹⁴⁷² Statt vieler z.B. EuGH v. 12.12.2013, Rs. C-267/12, *Frédéric Hay v Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, ECLI:EU:C:2013:823, Rn. 33.

¹⁴⁷³ JARASS/KMENT, § 24 Rn. 5.

¹⁴⁷⁴ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 43.

¹⁴⁷⁵ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 42; EuGH v. 26.1.2021, Rs. C-16/19, *VL*, ECLI:EU:C:2021:64, Rn. 42 f.

¹⁴⁷⁶ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 42; EuGH v. 26.1.2021, Rs. C-16/19, *VL*, ECLI:EU:C:2021:64, Rn. 42 f.

Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik den mit dem Landesrecht verfolgten Zweck und die Wahl der dafür eingesetzten Massnahmen festzulegen.¹⁴⁷⁷

Gerade die Berücksichtigung des Normzwecks im Rahmen des Vergleichstests ist problematisch. Wird die Vergleichbarkeit verneint, kann die betreffende Norm weder auf ihre Geeignetheit mit Blick auf den durch sie verfolgten Zweck noch hinsichtlich ihrer Verhältnismässigkeit untersucht werden. In Bezug auf dieses Dilemma bieten die Rechtssache *Cresco Investigation GmbH*¹⁴⁷⁸ sowie die dazugehörigen Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK¹⁴⁷⁹ aufschlussreiches Anschauungsmaterial:

Der Fall betraf die Feiertagsentschädigung für den Karfreitag nach österreichischem Recht. Dieses sah ausschliesslich für die Angehörigen bestimmter evangelischer Kirchen, der Altkatholischen Kirche und der Evangelisch-methodistischen Kirche den Karfreitag als bezahlten Feiertag vor. Zusätzlich zum Lohn stand ihnen eine Feiertagsentschädigung zu, soweit sie am Karfreitag arbeiteten. Dies hatte zur Folge, dass Angehörige dieser Kirchen für ihre Arbeit am Karfreitag doppelt bezahlt wurden, während Nichtangehörigen dieses Privileg nicht zustand. Das österreichische Recht sah zudem 13 weitere religiöse Feiertage vor, die ebenfalls «doppelt» zu entgelten waren. Für diese «übrigen» Feiertage spielte es keine Rolle, welcher Religion der Arbeitnehmer angehörte.¹⁴⁸⁰

Herr Achatzi gehörte keiner der hinsichtlich des Karfreitags privilegierten Kirchen an. Er beanstandete, dass er für seine am Karfreitag geleistete Arbeit keine Feiertagsentschädigung erhalten hatte.¹⁴⁸¹ Dabei berief er sich jedoch nicht darauf, dass seine religiösen Bedürfnisse unberücksichtigt geblieben sind.¹⁴⁸² Das ging so weit, dass die am Verfahren beteiligte Europäische Kommission in einer Stellungnahme

¹⁴⁷⁷ In Bezug auf das Alterskriterium EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, *O*, ECLI:EU:2015:643, Rn. 30.

¹⁴⁷⁸ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43.

¹⁴⁷⁹ Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK v. 25.7.2018, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, ECLI:EU:C:2018:614; EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43.

¹⁴⁸⁰ Zum Ganzen EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 12 ff.

¹⁴⁸¹ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 13, damit verlangte er zusätzlich zu seinem Lohn die Feiertagsentschädigung.

¹⁴⁸² EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 20.

offenbar davon ausging, Herr Achatzi sei Atheist und werde durch diese Regelung im Ergebnis gar nicht diskriminiert.¹⁴⁸³

Vor diesem Hintergrund stellte sich dem EuGH die diffizile Frage nach dem Vergleichsmaßstab. Sollte nun z.B. die durch das österreichische Recht bevorzugte Gruppe der Kirchenangehörigen mit Herrn Achatzi verglichen werden oder doch eher mit der Mehrheit jener Arbeitnehmer, die im Rahmen der übrigen 13 gewährten Feiertage ihre Religion ausüben konnten?

Gerade letzteren Vergleichsmaßstab hatte der Oberste Gerichtshof Österreichs zuvor unter Berufung auf den Normzweck infrage gestellt: Der Normzweck – so der Oberste Gerichtshof sinngemäss – bestehe darin, es den Angehörigen der privilegierten Kirchen zu ermöglichen, am Karfreitag ihre Religion auszuüben, ohne dafür eine Urlaubsvereinbarung mit ihrem Arbeitgeber treffen zu müssen.¹⁴⁸⁴ Angehörigen der römisch-katholischen Kirche, der die Mehrheit der österreichischen Bevölkerung angehöre, würden an ihren Feiertagen ohnehin nach der einschlägigen Bestimmung arbeitsfreie Tage gewährt.¹⁴⁸⁵ Die religiösen Bedürfnisse der durch die Regelung ausgeschlossenen Personen (wie z.B. Personen jüdischen Glaubens) blieben – so das Gericht sinngemäss – hingegen unberücksichtigt.¹⁴⁸⁶

In seinen Schlussanträgen thematisierte Generalanwalt BOBEK die Frage der Vergleichbarkeit ausführlich. Zunächst wies er darauf hin, dass die landesrechtliche Massnahme abstrakt auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht geprüft werden müsse.¹⁴⁸⁷ Entscheidend war laut BOBEK nicht die Situation von Herrn Achatzi an sich beziehungsweise ob er nun Atheist war oder nicht, sondern alleine der Umstand, dass der Kläger einer durch das Landesrecht benachteiligten Gruppe ange-

¹⁴⁸³ Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK v. 25.7.2018, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2018:614, Rn. 48.

¹⁴⁸⁴ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 19.

¹⁴⁸⁵ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 20.

¹⁴⁸⁶ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 20.

¹⁴⁸⁷ Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK v. 25.7.2018, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2018:614, Rn. 37.

hörte.¹⁴⁸⁸ Wichtiger noch: Der Generalanwalt vertrat unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH, die Verneinung der Vergleichbarkeit stelle eine Ausnahme dar. Die Ungleichbehandlung müsse auf der Ebene der Rechtfertigung und nicht der Vergleichbarkeit untersucht werden, «[s]ofern es sich nicht um einen klaren und zwingenden Fall handelt, in dem die betreffenden Gruppen so grundsätzlich verschieden sind, dass eine Erörterung der Notwendigkeit oder Verhältnismässigkeit der Massnahme überflüssig ist [...]».¹⁴⁸⁹

Dem folgte der EuGH im Ergebnis. Im Rahmen einer abstrakten und von der Situation von Herrn Achatzi losgelösten Betrachtung bejahte der EuGH die Vergleichbarkeit. Er begründete dies damit, dass den Angehörigen der privilegierten Kirchen am Karfreitag ein Feiertag gewährt werde, und zwar unabhängig davon, ob sie am Karfreitag nun tatsächlich eine religiöse Pflicht erfüllten.¹⁴⁹⁰ Und weiter: «Die Situation eines solchen Arbeitnehmers unterscheidet sich in dieser Hinsicht nicht von derjenigen der anderen Arbeitnehmer, die an einem Karfreitag gerne Zeit zur Erholung oder für Freizeitbeschäftigungen hätten, ohne dass ihnen aber ein entsprechender Feiertag zugutekommen kann.»¹⁴⁹¹ Der Normzweck war für den EuGH in vorliegender Konstellation für die Festlegung des Vergleichsmaßstabs somit nicht relevant.

Das Urteil ist ein gutes Beispiel dafür, welche Schwierigkeiten es bereiten kann, einen geeigneten Vergleichsmaßstab zu finden. Je nach Vergleichsmaßstab wird das Ergebnis vorweggenommen, ob nun eine Diskriminierung vorliegt oder nicht. FRIEDRICH illustriert dies in seiner Urteilsanmerkung prägnant: Hätte sich der Vergleichsmaßstab bloss auf jene Arbeitnehmer bezogen, die Angehörige einer Religion sind, bei der der Karfreitag der höchste Feiertag ist, dann bestünde im Ergebnis keine Diskriminierung, da diesen der Feiertag gewährt wird. Stellte man

¹⁴⁸⁸ Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK v. 25.7.2018, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2018:614, Rn. 49–52, mit weiteren Hinweisen in Rn. 52, insbesondere auf die beiden Urteile EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, und EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, in denen ebenfalls nicht die konkrete Situation der beiden Beschwerdeführer gegenüber ihren Arbeitskollegen ausschlaggebend war für die Beurteilung der Vergleichbarkeit.

¹⁴⁸⁹ Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK v. 25.7.2018, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2018:614, Rn. 61.

¹⁴⁹⁰ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 46.

¹⁴⁹¹ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 47.

hingegen auf jede Religion mit einem höchsten Feiertag ab, bestünde eine Diskriminierung bereits dann, wenn deren höchster Feiertag nicht als arbeitsfreier Tag gelten würde.¹⁴⁹²

Ähnlich verhielt es sich auch in der Rechtssache *Abercrombie & Fitch Italia*.¹⁴⁹³ Die nationale Regelung, wonach Gelegenheitsarbeitsverträge mit Überschreiten des 25. Altersjahrs automatisch endeten, wurde durch den EuGH als gerechtfertigte Ungleichbehandlung taxiert.¹⁴⁹⁴ Der EuGH befand, dass «[...] die Situation eines Arbeitnehmers, der nur aus dem Grund entlassen wird, weil er das 25. Lebensjahr vollendet hat, objektiv vergleichbar [sei] mit der Situation von Arbeitnehmern, die einer anderen Altersgruppe angehören [...]».¹⁴⁹⁵ Der Normzweck hatte keinen Einfluss auf die Frage der Vergleichbarkeit. Dieser wurde vielmehr erst im nachgelagerten Prüfschritt der Rechtfertigungsebene untersucht.¹⁴⁹⁶

Die Fälle, in denen der Normzweck erst im Rahmen der Rechtfertigung geprüft wird, sind in der Rechtsprechung des EuGH Legion.¹⁴⁹⁷

Anders jedoch ging der EuGH in der Rechtssache *O gegen Bio Philippe Auguste SARL* vor.¹⁴⁹⁸ Hier hatte er zu beurteilen, ob eine Bestimmung aus dem französischen *Code du travail* gegen das durch die Richtlinie 2000/78/EG konkretisierte Diskriminierungsverbot verstieß.¹⁴⁹⁹ Die nationale Bestimmung sah vor, dass Arbeitnehmern in befristeten Arbeitsverhältnissen nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses eine Abfindung zu entrichten ist, sofern das Arbeitsverhältnis nicht durch

¹⁴⁹² FRIEDRICH, S. 348, der der Auslegung des EuGH hinsichtlich des Vergleichsmaßstabs im Übrigen beipflichtet.

¹⁴⁹³ EuGH v. 19.7.2017, Rs. C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl v Antonino Bordonaro*, ECLI:EU:C:2017:566.

¹⁴⁹⁴ EuGH v. 19.7.2017, Rs. C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, ECLI:EU:C:2017:566, Rn. 47.

¹⁴⁹⁵ EuGH v. 19.7.2017, Rs. C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, ECLI:EU:C:2017:566, Rn. 27.

¹⁴⁹⁶ EuGH v. 19.7.2017, Rs. C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, ECLI:EU:C:2017:566, Rn. 29 ff.

¹⁴⁹⁷ Weitere Beispiele z.B. EuGH v. 13.11.2014, Rs. C-416/13, *Mario Vital Pérez v Ayuntamiento de Oviedo*, ECLI:EU:C:2014:2371; EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604; EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21; EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573; EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709; EuGH v. 9.9.2015, Rs. C-20/13, *Daniel Unland v Land Berlin*, ECLI:EU:C:2015:561.

¹⁴⁹⁸ EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, *O*, ECLI:EU:2015:643.

¹⁴⁹⁹ EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, *O*, ECLI:EU:2015:643, Rn. 14.

einen unbefristeten Vertrag fortgesetzt wird. Mit dieser Abfindung – so die Bestimmung weiter – sollte die «Unsicherheit der Lage» des Arbeitnehmers ausgeglichen werden.¹⁵⁰⁰ Davon ausgenommen waren gemäss einer weiteren Bestimmung «junge Personen», soweit der Arbeitsvertrag für einen Zeitraum innerhalb der Schul- oder Semesterferien abgeschlossen wurde.¹⁵⁰¹ Der französische *Conseil constitutionnel* legte dies so aus, dass nach dieser Bestimmung als «jung» gelte, wer das Höchstalter für die soziale Pflichtversicherung von 28 Jahren noch nicht überschritten habe.¹⁵⁰²

Mit Verweis auf seine bisherige Praxis stellte der EuGH zunächst fest, dass den Mitgliedstaaten im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik ein weiter Ermessensspielraum zustehe, und zwar sowohl in der Wahl der Ziele als auch in der Festlegung der für die Zielerreichung geeigneten Massnahmen.¹⁵⁰³ Unter Berücksichtigung dieses Ermessensspielraums gelangte der EuGH zum Schluss, die Situation solcher junger Arbeitnehmer sei nicht mit jener anderer Arbeitnehmer vergleichbar. Dies, weil ihre Tätigkeit vorübergehender Natur sei und sie im Anschluss daran den Schulbesuch beziehungsweise das Studium wiederaufnehmen würden.¹⁵⁰⁴

Dieses Urteil wird in der Literatur vereinzelt kritisiert. SCHRATTBAUER beanstandet, dass die unterschiedliche Sozialversicherungslage der unter 28-Jährigen und jener darüber die Vergleichbarkeit hinsichtlich der Unsicherheit der Lage nicht ausschliesse.¹⁵⁰⁵ Dieser Ansicht wird hier beigeppflichtet. Dies aber nicht alleine schon daher, weil nicht einzusehen ist, weshalb das Erwerbsprekariat junger Studenten nicht vergleichbar sein soll mit demjenigen gewöhnlicher Arbeitnehmer, sondern vor allem deshalb, weil sowohl die Frage nach der Ungleichbehandlung als auch jene nach der Rechtfertigung der Massnahme ausgeblendet und damit auch die kritische Frage nach der Massnahmeneignung unterschlagen wurde:

Der EuGH hätte es in der Hand gehabt, den nationalen Ermessensspielraum im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik nicht bereits im Zuge der Frage nach der Vergleichbarkeit der Situationen, sondern im nachfolgenden Schritt der Rechtfertigungsprüfung zu berücksichtigen. Dafür spricht, dass sich dieser Ermessensspielraum eben gerade auf jene Elemente bezieht, die für die Rechtfertigung von

¹⁵⁰⁰ EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, O, ECLI:EU:2015:643, Rn. 5.

¹⁵⁰¹ EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, O, ECLI:EU:2015:643, Rn. 6.

¹⁵⁰² EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, O, ECLI:EU:2015:643, Rn. 8 und 12.

¹⁵⁰³ EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, O, ECLI:EU:2015:643, Rn. 30.

¹⁵⁰⁴ EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, O, ECLI:EU:C:2015:643, Rn. 31–39.

¹⁵⁰⁵ SCHRATTBAUER, S. 228.

Bedeutung sind, nämlich das Massnahmenziel sowie die Massnahmeneignung. Wenig überraschend würdigt der EuGH andernorts diesen Wertungsspielraum konsequenterweise nicht bereits in Zusammenhang mit dem Vergleichstest, sondern erst im Rahmen der Rechtfertigung.¹⁵⁰⁶

Die Beispiele lassen erkennen, dass die Frage der Vergleichbarkeit auch im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG durchaus diffizil bleibt. In der Tendenz ist die Annahme einer fehlenden Vergleichbarkeit allerdings eher die Ausnahme.

5.2.3. Erfordernis des Vergleichstests im Rahmen einer mittelbaren Diskriminierung?

Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2000/78/EG ist dann von einer mittelbaren Diskriminierung auszugehen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen unter anderem eines bestimmten Alters gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen. Dabei fällt auf, dass hier anders als in Bezug auf die unmittelbare Diskriminierung das Tatbestandsmerkmal der «vergleichbaren Situation» fehlt.

Verlangt wird vielmehr der Nachweis einer besonderen Ungleichbehandlung einer Gruppe in Relation zu einer anderen Gruppe. Damit nicht zu verwechseln ist die Frage, ob sich die Vergleichsgruppe in einer vergleichbaren Situation befindet. Im Schrifttum finden sich dazu gegensätzliche Meinungen.¹⁵⁰⁷ Am überzeugendsten argumentiert nach hier vertretener Ansicht jedoch MULDER: Sie spricht sich gegen das Erfordernis vergleichbarer Situationen aus und vertritt, es entspreche dem Wesen einer mittelbaren Diskriminierung, dass eine neutrale Massnahme sich unterschiedlich auf Gruppen auswirke, gerade weil sie sich in unterschiedlichen Situa-

¹⁵⁰⁶ Z.B. EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 55 ff. und Rn. 60; EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 36 ff.; EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 67 ff.

¹⁵⁰⁷ Für das Erfordernis der Vergleichbarkeit der Situationen sprechen sich aus: SCHOLZ, S. 58; SPRENGER, S. 66 mit weiteren Hinweisen, und MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 47. Anderer Meinung hingegen: SCHIEK, *Indirect Discrimination*, S. 471, und MULDER, *Indirect sex discrimination in employment*, S. 50. MULDER'S Überlegungen beziehen sich auf mittelbare Diskriminierungen nach Art. 2 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2006/54/EG betreffend die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. Diese Richtlinienbestimmung entspricht der Legaldefinition zur mittelbaren Diskriminierung nach Art. 2 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2000/78/EG.

tionen befänden. Sie empfiehlt daher, zunächst die von der Massnahme Betroffenen ungeachtet ihrer jeweiligen Situation zu ermitteln. Im Rahmen der Rechtfertigung ist dann zu beurteilen, ob die Massnahme ausreichend legitimiert ist.¹⁵⁰⁸

Die Rechtsprechung des EuGH ist jedoch ambivalent: In einigen Fällen macht der EuGH das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung nicht von einer vergleichbaren Situation abhängig. So z.B. im Urteil *CO*, in dem eine Regelung zur Diskussion stand, die es den öffentlichen Verwaltungen verbot, Aufträge über Studien an Personen im Ruhestand zu vergeben.¹⁵⁰⁹ Hier schloss der EuGH ohne weitere Diskussion über eine etwaige Vergleichbarkeit der verschiedenen Gruppen auf eine mittelbare Altersdiskriminierung. Dies, weil die Regelung sich nicht direkt auf das Alter, sondern auf den Ruhestand abstützte.¹⁵¹⁰ Ähnlich entschied der Gerichtshof auch im Urteil *IX*, als eine unternehmensinterne Regelung strittig war, die das Tragen sichtbarer Zeichen religiöser Überzeugungen untersagte.¹⁵¹¹ Der EuGH erkannte darin eine mittelbare Ungleichbehandlung, weil die Regelung statistisch fast ausschliesslich weibliche Arbeitnehmer betraf, die aufgrund ihres muslimischen Glaubens ein Kopftuch tragen.¹⁵¹² Auch hier fand keine Auseinandersetzung mit einer etwaigen Vergleichbarkeit der Situation der verschiedenen Gruppen statt.

Anders jedoch ging der EuGH in der Rechtssache *Escribano Vindel* vor, als er zu beurteilen hatte, ob eine im spanischen Besoldungsrecht enthaltene Regelung eine mittelbare Altersdiskriminierung darstellte.¹⁵¹³ Das Besoldungsrecht sah je nach Richter­kategorie bestimmte Gehaltskürzungen vor, wobei die grösste Gehaltskürzung auf die Kategorie der «Jueces» und die geringste jener der «Magistrados» entfiel.¹⁵¹⁴ Diese Regelung wurde von Herrn Escribano als mittelbar diskriminierend beanstandet, weil die «Jueces» das Eingangsammt zum Richterberuf beklei-

¹⁵⁰⁸ MULDER, *Indirect sex discrimination in employment*, S. 50.

¹⁵⁰⁹ EuGH v. 2.4.2020, Rs. C-670/18, *CO v Comune di Gesturi*, ECLI:EU:C:2020:272, Rn. 16.

¹⁵¹⁰ EuGH v. 2.4.2020, Rs. C-670/18, *CO*, ECLI:EU:C:2020:272, Rn. 25–29.

¹⁵¹¹ EuGH v. 15.7.2021, *IX v WABE e.V.* (Rs. C-804/18) und *MH Müller Handels GmbH v MJ* (Rs. C-341/19), ECLI:EU:C:2021:594, Rn. 25.

¹⁵¹² EuGH v. 15.7.2021, *IX v WABE e.V.* (Rs. C-804/18) und *MH Müller Handels GmbH v MJ* (Rs. C-341/19), ECLI:EU:C:2021:594, Rn. 59.

¹⁵¹³ EuGH v. 7.2.2019, Rs. C-49/18, *Carlos Escribano Vindel v Ministerio de Justicia*, ECLI:EU:C:2019:106.

¹⁵¹⁴ EuGH v. 7.2.2019, Rs. C-49/18, *Escribano Vindel*, ECLI:EU:C:2019:106, Rn. 12.

deten und diese Position folglich von jüngeren Richtern mit weniger Dienstzeit besetzt sei.¹⁵¹⁵

Nachdem der EuGH den Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2000/78/EG zur mittelbaren Diskriminierung wiedergegeben hatte, folgerte er, es sei zu prüfen «[...] ob ein Arbeitnehmer wie Herr *Escribano Vindel* wegen seines Alters **in einer vergleichbaren Situation** eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person bzw. ob die streitige Bestimmung die Altersgruppe, der Herr *Escribano Vindel* angehört, im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie [2000/78/EG] in besonderer Weise benachteiligen kann [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).¹⁵¹⁶ Der EuGH musste es mangels konkreter Altersangaben zu den betroffenen Richter kategorien letztlich offenlassen, ob sich tatsächlich eine mittelbare Diskriminierung zugetragen hatte. Gleichwohl wies er das vorliegende spanische Gericht auf seine in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Vergleichbarkeit von Situationen hin und bezeichnete die Vergleichbarkeit bei dieser Gelegenheit – notabene in Zusammenhang mit mittelbaren Diskriminierungen – zudem explizit als «Erfordernis».¹⁵¹⁷

Es zeigt sich, dass die Vergleichbarkeit der Situationen als Tatbestandselement einer mittelbaren Diskriminierung in der Literatur umstritten ist und die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Streitfrage widersprüchlich ist. Nach hier vertretener Ansicht bietet BARNARD einen guten Mittelweg: Thema der vorliegenden Arbeit sind eher benachteiligende Praktiken der Arbeitgeber und weniger gesetzliche Massnahmen. Steht nun eine arbeitgeberseitige Massnahme zur Diskussion und muss bestimmt werden, ob sich diese auf eine bestimmte Gruppe benachteiligend auswirkt, dann muss der Kreis der betroffenen Personen bestimmt werden, der sich wiederum in Gruppen von benachteiligten und nicht benachteiligten Personen aufteilen lässt. Erst durch den Vergleich dieser Gruppen untereinander lässt sich feststellen, ob eine Gruppe als besonders benachteiligt anzusehen ist. Nach BARNARD bestünde der Kreis der Betroffenen aus jenen Arbeitnehmern, die vergleichbare Arbeit verrichten.¹⁵¹⁸

¹⁵¹⁵ EuGH v. 7.2.2019, Rs. C-49/18, *Escribano Vindel*, ECLI:EU:C:2019:106, Rn. 14.

¹⁵¹⁶ EuGH v. 7.2.2019, Rs. C-49/18, *Escribano Vindel*, ECLI:EU:C:2019:106, Rn. 42–43.

¹⁵¹⁷ EuGH v. 7.2.2019, Rs. C-49/18, *Escribano Vindel*, ECLI:EU:C:2019:106, Rn. 50.

¹⁵¹⁸ BARNARD, S. 326.

6. Rechtfertigung

6.1. Allgemeines

Wie bereits erwähnt ergibt sich aus der Richtlinie 2000/78/EG in Zusammenhang mit unmittelbaren Diskriminierungen ein *Numerus clausus* an zulässigen Rechtfertigungskategorien.¹⁵¹⁹ Zu diesen zählen der *ordre public*,¹⁵²⁰ berufliche Anforderungen¹⁵²¹ sowie – exklusiv bezogen auf das Alterskriterium – nationalrechtliche Ziele insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung.¹⁵²² Ebenfalls zu diesem Rechtfertigungskatalog gehört die Einführung oder das Beibehalten positiver und spezifischer Massnahmen zur Gewährleistung «*der völligen Gleichstellung im Berufsleben*».¹⁵²³

Umgekehrt besteht in Bezug auf mittelbare Diskriminierungen kein solcher *Numerus clausus* an Rechtfertigungskategorien, weshalb das Spektrum an Argumenten, mit denen sich Benachteiligungen rechtfertigen lassen, über jenes hinausgeht, das für unmittelbare Diskriminierungen gilt.¹⁵²⁴ Denkbar sind daher z.B. auch solche Ziele, mit denen vorwiegend die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeber geschützt werden und nicht das Allgemeinwohl.¹⁵²⁵ Eine mittelbare Ungleichbehandlung kann aber auch mit jenen Rechtfertigungskategorien legitimiert

¹⁵¹⁹ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt H. § 3. I.

¹⁵²⁰ Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG; es lässt sich darüber streiten, ob *ordre public* ein geeigneter Überbegriff für diese Bestimmung ist. Er wird jedoch in Teilen der Literatur – insbesondere der deutschsprachigen – immer wieder verwendet (z.B. MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 68 ff.; POLLOCZEK, S. 83; oder SPRENGER, S. 94). Auch Generalanwältin KOKOTT nutzt in diesem Zusammenhang dieselbe Terminologie (Schlussanträge der Generalanwältin KOKOTT v. 6.5.2010, Rs. C-499/08, *Ingenjörforeningen i Danmark v Region Syddanmark*, ECLI:EU:C:2010:248, Rn. 31). Der Schreibende tut es den Vorgenannten gleich und will dadurch insbesondere eine sperrige und den Lesefluss hindernde Terminologie vermeiden, die statt von *ordre public* von «*Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind*», spricht.

¹⁵²¹ Art. 4 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁵²² Zu den nationalrechtlichen Zielen insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung siehe Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁵²³ Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁵²⁴ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt H. § 3. I.

¹⁵²⁵ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 53.

werden, die für unmittelbare Ungleichbehandlungen gelten. Die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Ungleichbehandlung ist daher von eminenter Bedeutung, weil davon abhängt, welche Erwägungen, die der benachteiligenden Massnahme zugrunde liegen, überhaupt als zulässig angesehen werden können.

Allen Rechtfertigungen liegt generell dieselbe Struktur zugrunde. Das heisst, Benachteiligungen basierend auf dem Alter müssen stets einem rechtmässigen Zweck dienen und verhältnismässig sein. Eine Massnahme gilt dann als verhältnismässig, wenn sie gemessen an ihrem Zweck geeignet, erforderlich und angemessen (Ziel-Mittel-Relation) ist.¹⁵²⁶ Geeignetheit bedeutet dabei, dass mit der Massnahme der durch sie verfolgte Zweck erreicht werden kann.¹⁵²⁷ Erforderlich ist die Massnahmen dann, wenn kein milderes Mittel für die Zielerreichung zur Verfügung steht.¹⁵²⁸ Und unter dem Aspekt der Angemessenheit ist schliesslich zu beurteilen, ob die eingesetzten Mittel in vernünftiger Relation zum Ziel stehen beziehungsweise ob die Benachteiligung für den Betroffenen zumutbar ist.¹⁵²⁹

Mit Blick auf die einzelnen Elemente der Rechtfertigungsprüfung wendet der EuGH grundsätzlich einen strengen Massstab an.¹⁵³⁰ Den Mitgliedstaaten wird jedoch im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik ein grosser Ermessensspielraum zugestanden, den es insbesondere bei der Bewertung der Legitimität des Massnahmensehwecks sowie der Wahl der Mittel zu beachten gilt.¹⁵³¹ Dieser Ermessensspielraum kommt vor allem in Zusammenhang mit der exklusiv auf das Alterskriterium anwendbaren Rechtfertigungskategorie betreffend nationalrechtliche Ziele insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung nach Art. 6 der Richtlinie zum Tragen.¹⁵³² In solchen Fällen kommt es vor, dass der EuGH von der beschriebenen Rechtfertigungsstruktur abweicht und stattdessen auf die «Vernunft» rekurriert: Dies tat er z.B. in *Palacios de la Villa*, als er eine in einem Tarifvertrag vorgesehene automatische Beendigung

¹⁵²⁶ Allgemein dazu GROSS, S. 57.

¹⁵²⁷ EuGH v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften v Italienische Republik*, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 59.

¹⁵²⁸ EuGH v. 10.2.2009, Rs. C-110/05, *Kommission EG*, ECLI:EU:C:2009:66, Rn. 59.

¹⁵²⁹ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 61 ff.

¹⁵³⁰ EuGH v. 15.7.2021, *IX v WABE e.V.* (Rs. C-804/18) und *MH Müller Handels GmbH v MJ* (Rs. C-341/19), ECLI:EU:C:2021:594, Rn. 61.

¹⁵³¹ Zum Ermessensspielraum im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik siehe z.B. EuGH v. 1.10.2015, Rs. C-432/14, *O*, ECLI:EU:2015:643, Rn. 30.

¹⁵³² PREIS/REUTER, Rn. 6.34 ff.

des Arbeitsverhältnisses ab Erreichen eines bestimmten Alters als nicht «*unvernünftig*» qualifizierte, um die dadurch verfolgten Ziele zu fördern, und im Übrigen auch nicht als «*übermässig*» bewertete.¹⁵³³

6.2. Der Umgang mit widerstreitenden Interessen

Der Anspruch auf Gleichbehandlung beziehungsweise diskriminierungsfreie Behandlung konkurriert mit Ansprüchen Dritter, wie z.B. dem Recht auf unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRC oder die Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 11 GRC. Solche widerstreitenden Interessen berücksichtigt der EuGH im Zuge von Diskriminierungsprüfungen.

In Bezug auf die Meinungsäußerungsfreiheit hat der EuGH bereits klargestellt, dass die aus dem Diskriminierungsverbot resultierenden Einschränkungen der Meinungsfreiheit gerechtfertigt sind.¹⁵³⁴ Eine Ungleichbehandlung basierend auf dem Alter lässt sich somit nicht mit Verweis auf die Meinungsäußerungsfreiheit rechtfertigen.

Komplexer ist die Situation hinsichtlich der unternehmerischen Freiheit. Kann ein Arbeitgeber die Anstellung eines älteren Bewerbers mit dem Hinweis auf höhere Lohnnebenkosten älterer Arbeitnehmer legitimieren, oder ist es zulässig, einem älteren Bewerber abzusagen, weil die Kundschaft es vorzieht, durch junges statt älteres Personal (oder umgekehrt) bedient zu werden?

Der EuGH lässt finanzielle Überlegungen als solche nicht als Rechtfertigungsgrund zu, dies, obwohl geldwerte Interessen durchaus einem unternehmerischen Interesse entsprechen.¹⁵³⁵ Daraus ist zu schliessen, dass die Absage zum Nachteil eines älteren Bewerbers nicht bereits mit dem Hinweis auf potentiell höhere Lohnnebenkosten gerechtfertigt werden kann. Das ist nur folgerichtig, denn andernfalls würde struktureller Diskriminierung Vorschub geleistet werden, zumal sich praktisch immer vorbringen liesse, ältere Arbeitnehmer seien hinsichtlich Lohnnebenkosten teurer als jüngere.

¹⁵³³ EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 72.

¹⁵³⁴ EuGH v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, *NH*, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 49 ff. (siehe dazu die Ausführungen zum Fall im Abschnitt H. § 3. II. 5.1).

¹⁵³⁵ Vgl. EuGH v. 17.6.1998, Rs. C-243/95, *Kathleen Hill und Ann Stapleton v The Revenue Commissioners, Department of Finance*, ECLI:EU:C:1998:298, Rn. 40; EuGH v. 11.9.2003, Rs. C-77/02, *Erika Steinicke v Bundesanstalt für Arbeit*, ECLI:EU:C:2003:458, Rn. 66 f. sowie EuGH v. 8.10.2020, Rs. C-644/19, *FT v Universitatea «Lucian Blaga» Sibiu et al.*, ECLI:EU:C:2020:810, Rn. 53 mit weiteren Hinweisen.

Demgegenüber lassen sich nach der Rechtsprechung des EuGH Ungleichbehandlungen unter bestimmten Umständen mit Rücksicht auf die Unternehmenspolitik rechtfertigen. Der EuGH gelangte beispielsweise zum Schluss, dass unternehmensinterne Regelungen, wonach das sichtbare Tragen religiöser Symbole untersagt sei, einem berechtigten Bedürfnis des Arbeitgebers entspreche, gegenüber der Kundschaft weltanschaulich oder religiös neutral auftreten zu wollen.¹⁵³⁶

Allerdings hat der EuGH dabei auch klargestellt, dass die Berufung auf die unternehmerische Freiheit einem wirklichen Bedürfnis entsprechen müsse.¹⁵³⁷ Der alleinige Wille, beispielsweise weltanschaulich oder religiös neutral auftreten zu wollen, genügt für sich genommen noch nicht. Auch blosse Präferenzen der Kundschaft akzeptiert der EuGH nicht als legitimierende unternehmerische Interessen. Dies zeigte sich beispielsweise in der Rechtssache *Bougnaoui*.¹⁵³⁸ Hier wurde eine Arbeitnehmerin entlassen, weil sich ein Kunde an ihrem islamischen Kopftuch störte. Die Arbeitgeberin hatte zwar im Zuge der Anstellung klargestellt, dass das Tragen eines Kopftuchs nicht immer möglich sein werde. Dies, weil die Unternehmenspolitik darauf ausgerichtet war, gegenüber Kunden neutral aufzutreten.¹⁵³⁹ Dennoch gelangte der EuGH zum Ergebnis, dass der Wille des Arbeitgebers, Kundenwünschen zu entsprechen, kein ausreichender Rechtfertigungsgrund war.¹⁵⁴⁰

Im Urteil betreffend *IX* hingegen erachtete der EuGH das Trageverbot religiöser Symbole als gerechtfertigt, weil die Arbeitgeberin, eine Kindertagesstättenbetreiberin, mit dieser Massnahme beabsichtigte, gegenüber ihrer Kundschaft religiös neutral aufzutreten. Der neutrale Auftritt – so der EuGH in seiner weiteren Begründung sinngemäss – berücksichtige das grundrechtlich geschützte Interesse der Eltern, ihre Kinder nach ihren eigenen Weltanschauungen zu erziehen.¹⁵⁴¹ Diese Begründung des EuGH greift nach hier vertretener Ansicht und auch nach jener von MULDER zu kurz: Der legitimierende Zweck einer potentiell diskrimi-

¹⁵³⁶ EuGH v. 15.7.2021, *IX v WABE e.V.* (Rs. C-804/18) und *MH Müller Handels GmbH v MJ* (Rs. C-341/19), ECLI:EU:C:2021:594, Rn. 63; EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-157/15, *Achbita*, ECLI:EU:C:2017:203, Rn. 38; EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bougnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 33.

¹⁵³⁷ EuGH v. 15.7.2021, *IX v WABE e.V.* (Rs. C-804/18) und *MH Müller Handels GmbH v MJ* (Rs. C-341/19), ECLI:EU:C:2021:594, Rn. 64.

¹⁵³⁸ EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bougnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204.

¹⁵³⁹ EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bougnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 14.

¹⁵⁴⁰ EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bougnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 41.

¹⁵⁴¹ EuGH v. 15.7.2021, *IX v WABE e.V.* (Rs. C-804/18) und *MH Müller Handels GmbH v MJ* (Rs. C-341/19), ECLI:EU:C:2021:594, Rn. 65.

nierenden Massnahme sollte nicht bereits dann angenommen werden, wenn ein unternehmerisches Interesse auf grundrechtlich geschützte Kundeninteressen rekurriert. Vielmehr muss erwiesen sein, dass das infrage stehende Kundeninteresse ohne die Massnahme des Unternehmers tatsächlich beeinträchtigt wird. Nur dann kann die Massnahme, wie es der EuGH selber fordert, einem echten Bedürfnis entsprechen.¹⁵⁴²

Mit Blick auf das Alterskriterium lassen sich nach Geschriebenem folgende Schlüsse ziehen: Schlichte Kundenpräferenzen in Richtung alt oder jung sind unbeachtlich. Auch die Meinungsäusserungsfreiheit berechtigt nicht zu Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters. Die unternehmerische Freiheit kann auch dann nicht legitimerweise ins Feld geführt werden, wenn sie darauf abzielt, Kosten zu reduzieren, die als Folge des Alters erscheinen (z.B. Lohnnebenkosten in Form höherer Beiträge an die berufliche Vorsorge). Soweit es um Kundenbedürfnisse geht, muss sich zeigen, dass – erstens – das Kundenbedürfnis grundrechtlich geschützt ist und – zweitens – die Massnahmen in Bezug auf das Alter in tatsächlicher Hinsicht zum Schutz der so definierten Bedürfnisse der Kundschaft beitragen.

6.3. Ordre Public

Gemäss Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie bleiben die im nationalen Recht vorgesehenen Massnahmen unberührt, soweit diese Massnahmen in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind. Die Aufzählung in Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG ist abschliessender Natur.¹⁵⁴³ Die Berufung

¹⁵⁴² Ebenso MULDER, Religious neutrality policies at the workplace, S. 1516.

¹⁵⁴³ Massnahmen, die unter Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG einen Rechtfertigungsbestand darstellen, fallen nicht in den Anwendungsbereich des *ordre public* im Sinne von Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG, siehe dazu EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 57/58 und 82: Hier stellte der EuGH fest, dass die Festsetzung von Altersgrenzen für den Beruf des Piloten der Luftverkehrssicherheit im Sinne von Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG diene und nicht jenen in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie festgelegten Ziele. Dazu auch MUIR, Fine-tuning non-discrimination law, S. 49.

auf den *ordre public* im Sinne von Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie¹⁵⁴⁴ setzt voraus, dass die geschützten Ziele und Interessen im nationalen Recht selbst vorgesehen sind.¹⁵⁴⁵

In der Literatur war teilweise umstritten, ob Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie eine Bereichsausnahme oder vielmehr einen Rechtfertigungstatbestand darstellt.¹⁵⁴⁶ Der EuGH hat zwischenzeitlich klargestellt, dass die *ordre public*-Bestimmung ein Rechtfertigungstatbestand innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie sei.¹⁵⁴⁷

Gleichwohl ist nicht zu übersehen, dass diese Bestimmung innerhalb der Rechtfertigungskategorien eine Sonderrolle einnimmt. Dies zeigt sich daran, dass die in der Richtlinie aufgestellten «Grundsätze» laut dem EuGH nicht auf Massnahmen im Bereich des *ordre public* angewendet werden.¹⁵⁴⁸ Mit «Grundsätzen» meint der EuGH wohl die einzelnen Aspekte der Verhältnismässigkeitsprüfung, denn im Bereich von Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie beschränkt er sich einzig auf die Prüfung

¹⁵⁴⁴ Es lässt sich darüber streiten, ob sich der Terminus *ordre public* als Überbegriff für diese Bestimmung eignet. Er wird jedoch in Teilen der Literatur – insbesondere der deutschsprachigen – immer wieder verwendet (z.B. MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 68 ff.; POLLOCZEK, S. 83; oder SPRENGER, S. 94). Auch Generalanwältin KOKOTT nutzt in diesem Zusammenhang dieselbe Terminologie (Schlussanträge der Generalanwältin KOKOTT v. 6.5.2010, Rs. C-499/08, *Ingenjörforeningen i Danmark v Region Syddanmark*, ECLI:EU:C:2010:248, Rn. 31). Der Schreibende tut es den Vorgenannten gleich und will dadurch eine sperrige, den Lesefluss hindernde Terminologie vermeiden, die statt von *ordre public* von «Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind», spricht.

¹⁵⁴⁵ So ausdrücklich und praktisch gleichlautend auch MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 70; EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 59.

¹⁵⁴⁶ SPRENGER, S. 94 ff., der die Position vertritt, Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sei keine Bereichsausnahme; anderer Meinung demgegenüber SCHOLZ, S. 73, GROSS, S. 38; POLLOCZEK, S. 83 f.; sowie offenbar RIESENHUBER, § 12 Rn. 9 ff.; und HANTEL, S. 132, der Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie nicht als möglichen Rechtfertigungsgrund erwähnt.

¹⁵⁴⁷ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 52: Hier fragte der EuGH danach, «[...] ob eine solche unmittelbare Diskriminierung auf der Grundlage des Art. 2 Abs. 5 [Richtlinie 2000/78/EG] **gerechtfertigt** sein kann».

¹⁵⁴⁸ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 55; EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 54.

der Massnahmennotwendigkeit.¹⁵⁴⁹ Dies erklärt auch, weshalb der EuGH die *ordre public*-Bestimmung einer strengen Auslegung unterzieht.¹⁵⁵⁰

Anschauungsmaterial dazu liefern die beiden Fälle *Prigge*¹⁵⁵¹ und *Cresco Investigation GmbH*¹⁵⁵²:

Die Rechtssache *Prigge* handelte von einem Tarifvertrag für das Cockpitpersonal, der die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Vollendung des 60. Lebensjahrs vorschrieb. Dieser Automatismus wurde mit der Sicherheit der Passagiere und der Bewohner der überflogenen Gebiete begründet.¹⁵⁵³ Demgegenüber waren andere internationale Regelungen aus dem Aviatikbereich milder. Diese sahen ab dem 60. Lebensjahr bloss Beschränkungen in der Berufsausübung vor und schlossen die Ausübung des Pilotenberufs erst ab dem 65. Lebensjahr aus.¹⁵⁵⁴ Vor diesem Hintergrund gelangte der EuGH zum Schluss, dass die streitgegenständliche Tarifregelung keine Massnahme sei, die für die öffentliche Sicherheit und den Schutz der Gesundheit im Sinne von Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie *notwendig* sei.¹⁵⁵⁵

Ebenfalls keine Rechtfertigung im Sinne von Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie erblickte der EuGH in der Rechtssache *Cresco Investigation GmbH*, als das Landesrecht lediglich den Angehörigen bestimmter Denominationen einer Glaubensrichtung den Karfreitag als bezahlten Feiertag gewährte.¹⁵⁵⁶ Zwar konzedierte der EuGH, dass das durch das Landesrecht verfolgte Ziel der Wahrung der Religionsfreiheit ebenfalls durch Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie abgedeckt werde.¹⁵⁵⁷ Dennoch sah er in der landesrechtlichen Massnahme keine Notwendigkeit, denn Angehörige anderer Glaubensrichtungen, deren Feiertage nicht von der Regelung erfasst wurden,

¹⁵⁴⁹ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 55; dazu auch MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 2 Rn. 70, der ebenfalls einzig auf die Massnahmennotwendigkeit in Bezug auf Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG hinweist; ebenso PREIS/REUTER, Rn. 6.15.

¹⁵⁵⁰ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 56.

¹⁵⁵¹ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573.

¹⁵⁵² EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43.

¹⁵⁵³ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 22.

¹⁵⁵⁴ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 12–14.

¹⁵⁵⁵ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 64.

¹⁵⁵⁶ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43; siehe auch die Ausführungen dazu weiter oben im Abschnitt H. § 3. II. 5.2.2.

¹⁵⁵⁷ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 58.

mussten entsprechende Urlaubstage bei ihren Arbeitgebern beantragen. Ihrem Bedürfnis werde – so der EuGH sinngemäss – durch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers Rechnung getragen, dem es anheimgestellt sei, über den Antrag auf Urlaub zu entscheiden.¹⁵⁵⁸ Dies konnte folglich auch für die bevorzugten Glaubensrichtungen gelten.

In beiden Fällen lässt sich feststellen, dass der EuGH die Massnahmennotwendigkeit jeweils dann ablehnte, wenn mildere Alternativlösungen ausgemacht werden konnten. In *Prigge* sah er die Alternative in einer Berufsbeschränkung statt einem Berufsverbot, und in *Cresco Investigation GmbH* vertrat er, die Religion könne auch auf anderen Wegen als durch bezahlten Urlaub geschützt werden. Sobald sich also eine Alternative ergibt, die dem Benachteiligten zugutekommt, dann ist die Massnahme nicht mehr notwendig und somit auch nicht mehr im Sinne von Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG gerechtfertigt.

6.4. Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung

Gemäss Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das in Zusammenhang mit dem Alter steht, keine Diskriminierung konstituiert, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie verlangt zudem, dass die entscheidende berufliche Anforderung einem rechtmässigen Zweck entspricht und angemessen ist.

Dieser Rechtfertigungstatbestand ist auf jene Fälle von altersbasierten Benachteiligungen anwendbar, in denen das Alter mit einer bestimmten Eigenschaft (nach dem Wortlaut der Bestimmung «Merkmal») in Verbindung gebracht wird wie z.B. Leistungsfähigkeit.¹⁵⁵⁹ In solchen Konstellationen eröffnet das Alterskriterium in seiner Funktion als Stellvertreterkriterium zwar den Anwendungsbereich der Bestimmung. Entscheidend ist jedoch, dass nicht das Alter, sondern das mit ihm in

¹⁵⁵⁸ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 60 und 61.

¹⁵⁵⁹ EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, *Gorka Salaberria Sorondo v Academia Vasca de Policía y Emergencias*, ECLI:EU:C:2016:873, Rn. 33; EuGH v. 12.1.2010, Rs. C-229/08, *Colin Wolf v Stadt Frankfurt am Main*, ECLI:EU:C:2010:3, Rn. 35, bestätigt in EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 66.

Verbindung gebrachte Merkmal dem Rechtfertigungserfordernis einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung genügt.¹⁵⁶⁰

Hinsichtlich des Alters enthält der Rechtfertigungstatbestand vier Elemente: den Zusammenhang zwischen dem Alterskriterium und dem Merkmal (beziehungsweise der gesuchten Eigenschaft); die «wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung» des Merkmals sowie den rechtmässigen Zweck und die Angemessenheit der Anforderung. Der EuGH wendet einen strengen Auslegungsmassstab an.¹⁵⁶¹ Er lässt ausserdem nur Rechtfertigungsgründe zu, die sich aus der Natur der Arbeitstätigkeit oder den Arbeitsbedingungen ergeben müssen. Rein subjektive Gesichtspunkte, wie z.B. Kundenwünsche, sind unbeachtlich.¹⁵⁶² Schliesslich muss die Ungleichbehandlung verhältnismässig und damit geeignet und erforderlich sein. Dazu nun Folgendes:

Welcher Art der Zusammenhang zwischen dem Alterskriterium und dem damit verbundenen Merkmal sein muss, dazu schweigt sich die Richtliniennorm aus. Unklar ist, ob beispielsweise ein kausaler Zusammenhang zwischen Alter und (geistiger oder körperlicher) Leistungsfähigkeit nachgewiesen werden muss oder ob dazu bereits eine Korrelation oder gar schon eine Assoziation genügt. Diese Fragen gewinnen im Lichte von *Big Data* zunehmend an Bedeutung. Angesichts der Möglichkeit, aus einem unendlichen Ozean von Daten zu schöpfen und diese Daten unter Zuhilfenahme modernster Technologien auswerten zu lassen, ist es heute ein Leichtes, selbst gänzlich willkürliche, ja nachgerade irrwitzige Korrelationen zwischen Alter und allen erdenklichen Eigenschaften herzustellen.¹⁵⁶³ Es liesse sich beispielsweise ein Zusammenhang zwischen dem Alter einer Belegschaft und der Bienenproduktion im Gebirge herstellen. Eine Skurrilität, die ganz offensichtlich einer wissenschaftlichen Betrachtung nicht standzuhalten vermag, denn zwischen den beiden Faktoren besteht ganz offensichtlich kein kausaler Zusammenhang.

Wie sieht nun die Praxis des EuGH dazu aus? Anhaltspunkte über den erforderlichen Zusammenhang lassen sich dem Urteil *Wolf* entnehmen.¹⁵⁶⁴ Darin hatte der

¹⁵⁶⁰ EuGH v. 12.1.2010, Rs. C-229/08, *Wolf*, ECLI:EU:C:2010:3, Rn. 35, sowie ROBIN-OLIVIER, Commentaire Directive 2000/78, Art. 4 Rn. 6 mit weiteren Ausführungen dazu.

¹⁵⁶¹ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 72.

¹⁵⁶² EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bougnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 40; RIESENHUBER, § 12 Rn. 58 mit weiterem Hinweis auf kritische Lehrmeinungen.

¹⁵⁶³ Dazu oben im Abschnitt E. § 2. III.

¹⁵⁶⁴ EuGH v. 12.1.2010, Rs. C-229/08, *Wolf*, ECLI:EU:C:2010:3.

EuGH zu beurteilen, ob eine für die Einstellung bei der Berufsfeuerwehr vorgeschriebene Höchstaltersgrenze von 30 Jahren vor dem Diskriminierungsverbot standhält beziehungsweise ob die Faktoren Höchstaltersgrenze und körperliche Eignung in einem Zusammenhang stehen.¹⁵⁶⁵ Die deutsche Regierung hatte dazu wissenschaftliche Daten aus arbeits- und sportmedizinischen Untersuchungen vorgelegt, aus denen hervorging, dass die Leistungsfähigkeit der Lungen, der Muskulatur und die körperliche Widerstandsfähigkeit mit dem Alter nachlassen. Dabei wurde aufgezeigt, dass nur wenige Beamte, die älter als 45 Jahre sind, über die notwendige körperliche Eignung verfügten.¹⁵⁶⁶

In späteren Urteilen betreffend Höchstaltersgrenzen und körperliche Leistungsfähigkeit wie z.B. *Prigge* und *Salaberria Sorondo* stützte sich der EuGH auf sein Urteil *Wolf* ab und hielt bezüglich des Zusammenhangs zwischen Alter und körperlicher Leistungsfähigkeit schlicht fest, dass Letztere mit zunehmendem Alter abnehme.¹⁵⁶⁷ Betrachtet man den Fall *Wolf*, ist immerhin davon auszugehen, dass nur wissenschaftlich fundierte Zusammenhänge ausreichend sind.¹⁵⁶⁸ Ein irgendwie algorithmisch errechneter Zusammenhang, der wissenschaftlichen Kriterien nicht genügt, wird wohl nicht als Nachweis für den erforderlichen Zusammenhang taugen.

Ferner muss das Merkmal, das mit dem Alter in Verbindung gebracht wird, eine «wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung» konstituieren. Unter diesem Aspekt prüft der EuGH, ob «beträchtliche Konsequenzen» drohen, wenn das für die jeweilige berufliche Tätigkeit gesuchte Merkmal nicht oder nur in unzureichendem Masse vorhanden ist.¹⁵⁶⁹

Als Beispiele wesentlicher und entscheidender beruflicher Anforderungen werden in der Literatur die unternehmensseitige Ausrichtung auf eine bestimmte Kundenschaft sowie Einsätze als Model oder schauspielerische Tätigkeiten diskutiert.¹⁵⁷⁰ In allen diesen Beispielen müsste das Alter stets als eine entscheidende Anforderung gelten. Es lässt sich jedoch nicht pauschal beantworten, ob dies im Einzelfall auch tatsächlich zutrifft. Soll beispielsweise ein Schauspieler in seiner Rolle einen

¹⁵⁶⁵ EuGH v. 12.1.2010, Rs. C-229/08, *Wolf*, ECLI:EU:C:2010:3, Rn. 31.

¹⁵⁶⁶ EuGH v. 12.1.2010, Rs. C-229/08, *Wolf*, ECLI:EU:C:2010:3, Rn. 41.

¹⁵⁶⁷ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 67, sowie EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, ECLI:EU:C:2016:873, Rn. 34.

¹⁵⁶⁸ PREIS/REUTER, Rn. 6.17.

¹⁵⁶⁹ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 67, sowie EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, ECLI:EU:C:2016:873, Rn. 35.

¹⁵⁷⁰ SPRENGER, S. 105; bzgl. Kundenerwartung im Speziellen SCHOLZ, S. 79 f.

Greis personifizieren, dann spielt das Alter des Schauspielers grundsätzlich keine Rolle. Der Schauspieler muss lediglich alt wirken.¹⁵⁷¹ GROSS fordert daher, dass in Bezug auf das Alterskriterium einzig in Fällen tatsächlicher Unmöglichkeit der Arbeitsleistung von einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung auszugehen sei. Eine tatsächliche Unmöglichkeit bestünde laut GROSS dann, wenn eine Person anderen Alters dieselben Aufgaben nur unzufriedenstellend ausführen kann.¹⁵⁷²

Weiter muss die wesentliche und entscheidende Anforderung einem rechtmässigen Ziel dienen. Dazu kann auf das bereits oben Ausgeführte verwiesen werden: Blosser Kundenpräferenzen oder Kostenziele vermögen kein rechtmässiges Ziel zu begründen. Gleiches trifft auch auf grundrechtlich geschützte Interessen der Kunden zu, wenn nicht erwiesen ist, dass die infrage stehende benachteiligende Massnahme diese Kundeninteressen auch tatsächlich schützt.¹⁵⁷³

Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie findet häufig Anwendung auf Altersgrenzen. Der bereits oben erwähnte Fall *Prigge* ist dafür exemplarisch: Der EuGH stellte mit Blick auf eine für Piloten vorgeschriebene Höchstaltersgrenze fest, dass deren Beruf bestimmte physische Eigenschaften voraussetze und diese mit zunehmendem Alter abnehmen.¹⁵⁷⁴ Er erwog, das Vorhandensein besonderer körperlicher Fähigkeiten sei eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung.¹⁵⁷⁵ Anschliessend prüfte der EuGH die Rechtmässigkeit des Zwecks und erkannte, dass die Flugsicherheit als Massnahmenziel rechtmässig ist.¹⁵⁷⁶ Im Ergebnis qualifizierte der EuGH die streitgegenständliche Höchstaltersgrenze jedoch als unverhältnismässige Massnahme.¹⁵⁷⁷ Dabei liess er sich gestützt auf Erwägungsgrund Nr. 23 der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG von einem strengen Prüfungsmassstab leiten, wonach eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Alters in Zusammenhang mit wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen nur unter sehr begrenzten Umständen zu rechtfertigen ist.¹⁵⁷⁸

Ebenfalls aufschlussreich ist das Urteil in der Rechtssache *Salaberria Sorondo*. Darin hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob die mit 35 Jahren festgesetz-

¹⁵⁷¹ SPRENGER, S. 105.

¹⁵⁷² GROSS, S. 45 f.

¹⁵⁷³ Dazu oben im Abschnitt H. § 3. II. 6.2.

¹⁵⁷⁴ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 67.

¹⁵⁷⁵ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 67.

¹⁵⁷⁶ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 68–69.

¹⁵⁷⁷ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 76.

¹⁵⁷⁸ EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 70–72.

te Altersgrenze für die Teilnahme an einem Auswahlverfahren zum Polizeiberuf diskriminierend ist.¹⁵⁷⁹ Zum Aufgabenbereich der Polizei gehörten unter anderem auch solche Tätigkeiten, die den intensiven Einsatz körperlicher Kräfte verlangten, z.B. für den Schutz von Personen und Sachen.¹⁵⁸⁰ Die zuständige Behörde behauptete dabei nicht, eine Person über 35 Jahren könne den körperlichen Anforderungen nicht gerecht werden. Vielmehr berief sie sich darauf, dass Polizeibeamte entsprechend den ihnen gestellten Anforderungen bereits ab 55 Jahren nicht mehr voll einsatzfähig seien, so dass ein mit 34 Jahren angestellter Beamter nach durchlaufener zweijähriger Ausbildung höchstens während 19 Jahren für die betreffenden Aufgaben eingesetzt werden könne. Ausserdem führte sie ins Feld, dass dem Polizeikorps eine Überalterung drohe und daher auch der Altersstruktur Rechnung getragen werden müsse.¹⁵⁸¹

In diesem Urteil bestätigte der EuGH wiederum, dass körperliche Fähigkeiten eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung sind, und akzeptierte dazu das Alter als Stellvertretermerkmal.¹⁵⁸² Auch das mit der Altersgrenze verfolgte Ziel der Sicherstellung einer Einsatzbereitschaft während einer «relativ langen» beruflichen Laufbahn wertete der EuGH als rechtmässig.¹⁵⁸³ Mit Blick auf den Aspekt der Massnahmenotwendigkeit gelangte der EuGH zum Schluss, dass die Durchführung einer körperlich anspruchsvollen Eignungsprüfung keine mildere Massnahme sei, denn – so der EuGH sinngemäss – es gelte nicht, alleine die körperlichen Fähigkeiten statisch zu beurteilen, sondern eben auch dynamisch, indem zusätzlich die verbleibenden hypothetischen Dienstjahre nach der Einstellung berücksichtigt würden.¹⁵⁸⁴

¹⁵⁷⁹ EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, ECLI:EU:C:2016:873, Rn. 23.

¹⁵⁸⁰ EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, ECLI:EU:C:2016:873, Rn. 34.

¹⁵⁸¹ EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, ECLI:EU:C:2016:873, Rn. 41–46.

¹⁵⁸² EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, ECLI:EU:C:2016:873, Rn. 33–36.

¹⁵⁸³ EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, ECLI:EU:C:2016:873, Rn. 37–38.

¹⁵⁸⁴ EuGH v. 15.11.2016, Rs. C-258/15, *Salaberria Sorondo*, ECLI:EU:C:2016:873, Rn. 47–48; kritisch dazu SCHUBERT/AHREND, S. 392, die vertreten, dass das Argument der Altersstruktur für sich genommen den Anforderungen nach Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG nicht genüge, «[...] aber die legitimen Gründe, die sich aus den beruflichen Anforderungen ergeben, verstärken». Ebenfalls kritisch zum Argument betreffend die verbleibende «Rest»-Dienstzeit und Höchstaltersgrenzen MESTRE, S. 92 f.

6.5. Nationalrechtliche Ziele insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung

Mit Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG hat der Richtliniengeber einen exklusiv auf das Alterskriterium bezogenen Rechtfertigungstatbestand eingeführt. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG sind Ungleichbehandlungen gestützt auf das Alter insofern nicht diskriminierend, als «[...] sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel [...] gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind».

Als rechtmässige Ziele bezeichnet Abs. 1 der Bestimmung insbesondere solche «[...] aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung [...]». Die Aufzählung ist nicht abschliessend, sondern hat bloss Hinweischarakter.¹⁵⁸⁵ Es sind daher durchaus weitere rechtmässige Ziele sozialpolitischer Prägung denkbar.

Die unter Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG zulässigen Ziele zeichnen sich dadurch aus, dass sie allgemeinen Interessen dienen und nicht jenen individuellen Bedürfnissen der Arbeitgeber (wie z.B. Kostenreduzierungen, Wettbewerbsfähigkeit oder dergleichen).¹⁵⁸⁶ Zwar kann von privaten Arbeitgebern kaum erwartet werden, dass sie im Rahmen ihrer eigenen Beschäftigungspolitik allgemeine gesellschafts-politische Interessen wahrnehmen. Gleichwohl können auch sie sich auf jene nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie im Landesrecht festgelegten Zwecke berufen, um ihrerseits Benachteiligungen aufgrund des Alters zu legitimieren. Ergibt sich daraus ein für sie willkommener wirtschaftlicher Nebeneffekt, wie die Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit oder die Reduktion von Personalkosten, dann ist das mit dem sozial-politischen Zweck durchaus vereinbar.¹⁵⁸⁷

Der EuGH bestätigt denn auch, dass nationale Rechtsvorschriften Arbeitgebern in Bezug auf das Requisit des Allgemeinwohls «einen gewissen Grad an Flexi-

¹⁵⁸⁵ Dies ergibt sich aus der Wendung «insbesondere», aus der deutlich wird, dass die aufgeführten Bereiche als bloss beispielhafte Aufzählungen zu verstehen sind.

¹⁵⁸⁶ EuGH v. 5.3.2009, Rs. C-388/07, *The Queen, auf Antrag von The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, ECLI:EU:C:2009:128, Rn. 46; relativierend dazu BAUER/KRIEGER, S. 3674 f., laut denen «egoistische» Ziele zulässig sind, soweit sie auch einem im Recht niedergelegten Allgemeinwohlinteresse dienen; ebenso SAGAN, S. 507.

¹⁵⁸⁷ BAUER/KRIEGER, S. 3674 f.; SAGAN, S. 507.

bilität» zugestehen dürfen.¹⁵⁸⁸ Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass eine staatliche Ausnahmeregelung zum Diskriminierungsverbot einen Zweck im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie verfolgt, es dabei aber gleichzeitig zulässt, dass Arbeitgeber vordergründig gestützt darauf Massnahmen ergreifen, damit aber letztlich die Verbesserung ihrer eigenen Wettbewerbsfähigkeit beabsichtigen.¹⁵⁸⁹

Hervorzuheben ist allerdings, dass die Massnahme, auf die sich der Arbeitgeber bezieht, stets im nationalen Recht angelegt sein muss, was nur schon der Wortlaut der Bestimmung mit der Wendung «*rechtmässige Ziele*» klar zum Ausdruck bringt.¹⁵⁹⁰ Das Ziel einer im nationalen Recht enthaltenen Massnahme muss zwar nicht explizit als solches im Recht formuliert sein. Erforderlich ist aber, dass «*[...] andere – aus dem allgemeinen Kontext der betreffenden Massnahme abgeleitete – Anhaltspunkte die Feststellung des hinter dieser Massnahme stehenden Ziels ermöglichen [...]*». ¹⁵⁹¹ Dazu bedient sich der EuGH meist einer historischen und teleologischen Auslegung der infrage stehenden nationalen Norm.¹⁵⁹² Entbehrt ein Massnahmenziel jeglicher nationalrechtlicher Grundlage, geht ihm die Rechtmässigkeit im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie ab.

¹⁵⁸⁸ EuGH v. 21.7.2011, *Fuchs (C-159/10), Köhler (C-160/10) v Land Hessen*, ECLI:EU:C:2011:508, Rn. 52.

¹⁵⁸⁹ Dazu ausdrücklich SAGAN, S. 507: «*Besteht aber eine zulässige gesetzliche Ausnahmeregelung, kann eine hiervon gedeckte Massnahme – **unabhängig von der Intention** ihres jeweiligen Urhebers – keine rechtswidrige Diskriminierung sein*; MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 6 Rn. 7.

¹⁵⁹⁰ EuGH v. 5.7.2012, Rs. C-141/11, *Hörnfeldt*, ECLI:EU:C:2012:421, Rn. 21; EuGH v. 21.7.2011, *Fuchs (C-159/10), Köhler (C-160/10) v Land Hessen*, ECLI:EU:C:2011:508, Rn. 35; EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 52; EuGH v. 12.10.2010, Rs. C-45/09, *Rosenblatt*, ECLI:EU:C:2010:601, Rn. 38.

¹⁵⁹¹ EuGH v. 5.7.2012, Rs. C-141/11, *Hörnfeldt*, ECLI:EU:C:2012:421, Rn. 24; ebenso EuGH v. 12.10.2010, Rs. C-45/09, *Rosenblatt*, ECLI:EU:C:2010:601, Rn. 58.

¹⁵⁹² EuGH v. 5.7.2012, Rs. C-141/11, *Hörnfeldt*, ECLI:EU:C:2012:421, Rn. 25 ff.: Hier berücksichtigte der EuGH die Entstehungsgeschichte einer schwedischen Bestimmung, die die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses auf das 67. Lebensjahr zulies, und leitete daraus den damit verfolgten Zweck ab. Dass dies auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen gilt, zeigt z.B. EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 33 f.; **and**ers jedoch ging der EuGH in der Rechtssache *Petersen* vor: Hier nahm der EuGH ohne weitere Bezugnahme auf das inländische Recht an, die Förderung von Einstellungen stelle unbestreitbar ein legitimes Ziel der Sozial- oder Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten dar (EuGH v. 12.1.2010, Rs. C-341/08, *Domnica Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, ECLI:EU:C:2010:4, Rn. 68).

Es ist im Übrigen nicht Sache der Arbeitgeber, zulässige Ziele nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie eigenmächtig festzulegen.¹⁵⁹³ So gesehen geht es nicht an, wenn ein privater Arbeitgeber beispielsweise jüngere Stellensuchende bevorzugt und dies damit begründet, er wolle dadurch einen Beitrag zur Inklusion leisten. Vielmehr muss ein solcher Inklusionsbeitrag als sozial-politischer Massnahmenzweck zumindest dem Grundsatz nach als Ziel im nationalen Recht enthalten sein.

Was die Wahl der Mittel angeht, bietet die Richtlinie 2000/78/EG in Art. 6 Abs. 1 lit. a–c eine Auswahl möglicher Massnahmen. Dazu gehört etwa die Festlegung besonderer Bedingungen für den Zugang zu Beschäftigung und beruflicher Bildung. Ebenso zulässig sind Bedingungen mit Bezug auf Entlassung und Entlohnung, um die berufliche Eingliederung von jugendlichen oder älteren Arbeitnehmern sicherzustellen (lit. a). Weiter zu nennen sind Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung oder damit verbundene Vorteile (lit. b) sowie 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 (lit. c).

Die in Art. 6 Abs. 1 lit. a–c Richtlinie 2000/78/EG aufgeführten Beispiele dienen lediglich der Orientierung darüber, welche Massnahmen im Rahmen des Rechtfertigungstatbestands nach Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG zulässig sein könnten. Sie sind jedoch nicht als Ausnahmetatbestand zu verstehen, bei deren Vorliegen *ipso facto* eine gerechtfertigte Massnahme angenommen wird.¹⁵⁹⁴

Den Mitgliedstaaten wird hinsichtlich der Wahl der Mittel ein weiter Ermessensspielraum zugestanden.¹⁵⁹⁵ Es obliegt ihnen jedoch, in der Wahl der Mittel «[.../ einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen widerstreitenden Interessen zu finden».¹⁵⁹⁶ Dieser weite Ermessensspielraum befreit jedoch nicht vom Nachweis, dass die infrage stehende Massnahme in tatsächlicher Hinsicht geeig-

¹⁵⁹³ RIESENHUBER, § 12 Rn. 48, der die in der Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck kommende Flexibilität zwar für gut befindet, gleichwohl aber darauf hinweist, dass Arbeitgeber keine Allgemeininteressen definieren oder realisieren können.

¹⁵⁹⁴ GROSS, S. 41 mit weiteren Hinweisen.

¹⁵⁹⁵ EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 68; EuGH v. 5.3.2009, Rs. C-388/07, *Age Concern England*, ECLI:EU:C:2009:128, Rn. 51; EuGH v. 26.9.2013, Rs. C-476/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:590, Rn. 60; zur Kritik zum weiten Ermessensspielraum vgl. TEMMING, S. 1195 ff.

¹⁵⁹⁶ EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 71.

net ist, um das Massnahmenziel zu erreichen. Widrigenfalls würde das Diskriminierungsverbot ausgehöhlt.¹⁵⁹⁷

Insgesamt subsumiert der EuGH unter der in Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG statuierten Wendung «*angemessen und erforderlich*» die Kriterien der üblichen Verhältnismässigkeitsprüfung.¹⁵⁹⁸

Ein Anschauungsbeispiel bietet das EuGH-Urteil *Palacios de la Villa*, in dem der EuGH eine tarifvertragliche Bestimmung, die eine automatische Beendigung eines Arbeitsverhältnisses ab Erreichen des 65. Altersjahrs vorsah, im Sinne der Beschäftigungspolitik insgesamt als «*vernünftige*» und «*nicht übermässige*» und damit verhältnismässige Massnahme qualifizierte. Der EuGH führte zur Begründung im Wesentlichen an, dass die Beendigung auf ein bestimmtes Alter abstellt und zudem gewährleistet worden sei, dass der betroffenen Person ein hinreichender finanzieller Ausgleich zugestanden habe.¹⁵⁹⁹

Die Rechtssache *Palacios de la Villa* zeigt ausserdem, dass unter Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie auch drastische Massnahmen zulässig sein können, die ganze Altersgruppen vom Arbeitsmarkt ausschliessen.¹⁶⁰⁰ Der EuGH betont aber immerhin, dass gestützt auf Erwägungsgrund Nr. 25 in der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG auch der konkreten Arbeitsmarktlage des jeweiligen Mitgliedstaats Rechnung getragen werden sollte.¹⁶⁰¹ Soweit die Arbeitsmarktlage gut ist, dürfte eine Massnahme, die ältere Menschen an der Teilhabe am Arbeitsmarkt hindert, einen schweren Stand haben, denn es wäre solchenfalls unter dem Aspekt der Geeignetheit fraglich, ob die Ungleichbehandlung eine ohnehin schon gute Arbeitsmarktlage zusätzlich zu fördern imstande wäre.

Weitere Kasuistik in Bezug auf Art. 6 der Richtlinie und das Alterskriterium bieten ferner die beiden prominenten EuGH-Urteile *Mangold* und *Kücükdeveci*:

¹⁵⁹⁷ EuGH v. 5.3.2009, Rs. C-388/07, *Age Concern England*, ECLI:EU:C:2009:128, Rn. 51.

¹⁵⁹⁸ Dazu oben im Abschnitt H. § 3. II. 6.1.

¹⁵⁹⁹ EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 72–75.

¹⁶⁰⁰ Siehe auch die Kritik von TEMMING, S. 1200, der beanstandet, dass der EuGH das Verbot der Altersdiskriminierung lediglich einer Willkürkontrolle unterziehe und die Verhältnismässigkeitsprüfung bloss noch zur «Makulatur» verkommen lasse.

¹⁶⁰¹ EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 69.

Im Fall von Herrn Mangold ging es um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit zwischen zwei Privaten.¹⁶⁰² Hier sah das deutsche Recht vor, dass mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, uneingeschränkt befristete Arbeitsverträge geschlossen werden können, sofern nicht zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang bestand.¹⁶⁰³ Der Sinn dieser Regelung bestand darin, die berufliche Eingliederung älterer Arbeitnehmer zu fördern.¹⁶⁰⁴ Der EuGH erwog: «[...] die Legitimität eines solchen im Allgemeininteresse liegenden Zieles steht ausser Zweifel [...]»¹⁶⁰⁵

Er gelangte jedoch zum Schluss, dass die nationale Vorschrift über das hinausgehe, was zur Erreichung des verfolgten Zieles angemessen und erforderlich sei, weil alle Arbeitnehmer ab ihrem 52. Lebensjahr dieser Regelung unterworfen gewesen seien, und zwar völlig unabhängig davon, ob und wie lange sie vor Abschluss des Arbeitsvertrags arbeitslos gewesen seien.¹⁶⁰⁶

Besonders bemerkenswert ist das Urteil *Kücükdeveci*. Dies nicht alleine deshalb, weil mit ihm die Urteilspraxis zu Art. 6 der Richtlinie weiter geschärft wurde, sondern weil das Urteil belegt, dass die Richtlinie 2000/78/EG in der Praxis nicht bloss ältere Personen vor Altersdiskriminierung schützt, sondern eben auch jüngere. In der Sache unterscheidet sich der Fall *Kücükdeveci* von den beiden vorgenannten Fällen nämlich darin, dass es nicht etwa um eine Höchstaltersgrenze ging, von der ältere Personen betroffen waren. Vielmehr handelte der Fall von der Berechnung einer Kündigungsfrist, die sich nachteilig auf die Rechtsposition einer jungen Arbeitnehmerin auswirkte. Der EuGH schützte im Ergebnis die junge Arbeitnehmerin:

Strittig war eine nationale Regelung, nach der sich die Kündigungsfrist aus der jeweiligen Beschäftigungsdauer ergab, wobei für Letztere die Beschäftigungszeit vor Vollendung des 25. Lebensjahrs nicht miteingerechnet wurde.¹⁶⁰⁷ Dies hatte zur Folge, dass Frau Kücükdeveci eine Beschäftigungsdauer von drei statt zehn

¹⁶⁰² EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709.

¹⁶⁰³ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 20–27.

¹⁶⁰⁴ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 59.

¹⁶⁰⁵ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 59 f.: Auch hier wurde im Übrigen der Zweck der Rechtsvorschriften, auf die sich die Massnahme abstützte, ermittelt und es wurde nicht pauschal unterstellt, ein beliebiger Zweck diene dem Allgemeininteresse. Mit anderen Worten: Auch in diesem Fall war das Massnahmenziel im nationalen Recht angelegt.

¹⁶⁰⁶ EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 64 und 65.

¹⁶⁰⁷ EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 11.

Jahren angerechnet wurde mit der Konsequenz, dass für sie im Ergebnis eine kürzere Kündigungsfrist galt.¹⁶⁰⁸

Ziel der Regelung war es, «[...] dem Arbeitgeber eine grössere personalwirtschaftliche Flexibilität zu verschaffen, indem seine Belastung im Zusammenhang mit der Entlassung jüngerer Arbeitnehmer verringert werde, denen eine grössere berufliche und persönliche Mobilität zugemutet werden könne».¹⁶⁰⁹ Dies akzeptierte der EuGH als ein mit Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie vereinbares Ziel.¹⁶¹⁰ Dennoch gelangte der EuGH zum Schluss, dass die Massnahme – selbst unter Berücksichtigung des grossen Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten im Bereich der Arbeits- und Sozialpolitik – nicht angemessen gewesen sei. Dies, weil die Massnahme auf alle Arbeitnehmer, die vor Vollendung des 25. Lebensjahrs in den Betrieb eingetreten seien, Anwendung gefunden habe, und zwar unabhängig von ihrem Alter im Zeitpunkt der Entlassung.¹⁶¹¹

6.6. Positive und spezifische Massnahmen

Nach Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG ist es zulässig, Massnahmen einzuführen oder an bestehenden Massnahmen festzuhalten, soweit diese der «Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben» dienen und Benachteiligungen aufgrund des Alters verhindern beziehungsweise ausgleichen. Der Begriff «völlige Gleichstellung» umfasst dabei sowohl das Konzept der Ergebnisgleichheit als auch jenes der Chancengleichheit.¹⁶¹²

Art. 7 Abs. 1 gibt vor, welches Ziel als legitim gilt, nämlich die «Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben». Die Verhältnismässigkeitsprüfung folgt sodann den üblichen Kriterien, nämlich der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit.¹⁶¹³

Soweit ersichtlich existieren keine Urteile, in denen sich der EuGH zur Zulässigkeit von positiven Massnahmen hinsichtlich des Alterskriteriums zu äussern hatte. Wie könnte eine Praxis des EuGH aussehen?

¹⁶⁰⁸ EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 12 f.

¹⁶⁰⁹ EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 39.

¹⁶¹⁰ EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 36.

¹⁶¹¹ EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 38–40.

¹⁶¹² DUBOUT, Commentaire Directive 2000/78, Art. 7 Rn. 4.

¹⁶¹³ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 7 Rn. 9; GROSS, S. 42.

Dazu lohnt sich ein Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Gleichstellung der Geschlechter. In seinen Urteilen *Marschall*,¹⁶¹⁴ *Badeck*¹⁶¹⁵ und *Abrahamsson und Anderson*¹⁶¹⁶ hielt der EuGH jeweils fest, dass Massnahmen zur vorrangigen Beförderung von Frauen in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert seien, dann mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar seien, wenn sie – erstens – bei Vorliegen gleichwertiger Qualifikationen keinen automatischen und unbedingten Vorrang einräumten und – zweitens – wenn die «[...] Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigt wird».¹⁶¹⁷

Übertragen auf das Alterskriterium könnte dies bedeuten, dass das nationale Recht es den Betrieben erlaubte, eine bestimmte Altersgruppe zum Nachteil einer anderen Altersgruppe gezielt zu fördern, soweit sich eine Unterrepräsentanz der zu fördernden Altersgruppe feststellen lässt. Die Förderung der unterrepräsentierten Altersgruppe könnte sich dahingehend auswirken, dass diese bei Anstellungsentscheiden tendenziell favorisiert und umgekehrt bei Entlassungsentscheiden geschont wird. Angesichts der Rechtsprechung zur Geschlechtergleichheit wäre jedoch vorausgesetzt, dass zwischen den Betroffenen eine qualifikationsmässige Gleichwertigkeit besteht, im Rahmen der Bevorzugung kein Automatismus zur Anwendung gelangt sowie dass stets der persönlichen Lage der Betroffenen Rechnung getragen wird. Dies alles wäre aber nach hier vertretener Ansicht problematisch: Gerade mit Blick auf das Alterskriterium dürfte die Bevorzugung regelmässig am Erfordernis einer qualifikationsmässigen Gleichwertigkeit scheitern, verfügen doch ältere Arbeitnehmer oft über mehr Berufserfahrung als ihre jüngeren Berufskollegen. Weiter wäre zu beanstanden, dass z.B. eine speziell mit Förderungsentention an junge Berufstätige gerichtete Stellenausschreibung nach den aufgestellten Kriterien der älteren Altersgruppe den Zugang zu einem objek-

¹⁶¹⁴ EuGH v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1997:533.

¹⁶¹⁵ EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-158/97, *Georg Badeck u.a., Beteiligte: der Hessische Ministerpräsident und der Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, ECLI:EU:C:2000:163.

¹⁶¹⁶ EuGH v. 6.7.2000, Rs. C-407/98, *Katarina Abrahamsson und Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367.

¹⁶¹⁷ So jeweils wörtlich in EuGH v. 6.7.2000, Rs. C-407/98, *Abrahamsson und Anderson*, ECLI:EU:C:2000:367, Rn. 43, und EuGH v. 28.3.2000, Rs. C-158/97, *Badeck*, ECLI:EU:C:2000:163, Rn. 23. Ebenso sinngemäss EuGH v. 11.11.1997, Rs. C-409/95, *Marschall*, ECLI:EU:C:1997:533, Rn. 35.

tiven Bewerbungsverfahren von vornherein vereitelte, womit einem unzulässigen Bevorzugungs-Automatismus Vorschub geleistet würde.

7. Schutzsymmetrie des Diskriminierungsverbots

In Bezug auf das Individuum gewährleistet die Richtlinie 2000/78/EG einen symmetrischen Schutz. Dabei ist unerheblich, ob eine Person nun einer historisch oder gegenwärtig besonders benachteiligten Gruppe angehört. Erwägungsgrund Nr. 4 der Präambel zur Richtlinie weist dementsprechend darauf hin, dass die Gleichheit aller Menschen ein Menschenrecht ist. Was das Alterskriterium angeht, ist es demnach ohne Bedeutung, ob eine Person jung oder alt ist. Sowohl jung als auch alt sind gleichermaßen schutzwürdig.¹⁶¹⁸

Gleichwohl stellt sich die Frage, wie schwer die Rechtfertigungslast für das Alterskriterium verglichen mit anderen Merkmalen wiegt.¹⁶¹⁹ Der EuGH wendet auf Benachteiligungen aufgrund des Alters im Anwendungsbereich der Richtlinie keinen geringeren Rechtfertigungsmaßstab an, als er dies für andere verpönte Merkmale tut wie z.B. Geschlecht oder Rasse.¹⁶²⁰ Insofern ist die Rechtfertigungslast symmetrischer Natur. Allerdings ist der EuGH von dieser grundsätzlichen Symmetrie vereinzelt abgewichen, indem er punktuell einen milden Prüfungsmaßstab anlegte, der schlicht auf einer Vernunftbetrachtung basierte.¹⁶²¹

Asymmetrisch ist der durch das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2000/78/EG gewährte Schutz insofern, als er mit Art. 6 eine spezielle und exklusiv für das

¹⁶¹⁸ Dies trotz der Tatsache, dass Erwägungsgrund Nr. 8 der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG den Fokus auf eine höhere Arbeitsmarktbeteiligung älterer Arbeitnehmer legt; siehe dazu EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21: Der Umstand, dass das Diskriminierungsopfer im relevanten Zeitraum unter 25 Jahre jung war, hatte keinen Einfluss auf das Urteil. Siehe auch TOBLER, Case Law Development, S. 96 mit weiteren Hinweisen.

¹⁶¹⁹ Ausführlich zum Thema O'CONNOR, S. 69, der das Phänomen der Andersartigkeit des Altersmerkmals in Relation zu weiteren Merkmalen in nationalen Rechtsordnungen beschreibt und feststellt, dass die Rechtfertigungslast im Recht der Mitgliedstaaten in der Regel tiefer angesetzt sei, als dies bei anderen Merkmalen der Fall sei (*«light touch»*).

¹⁶²⁰ O'CONNOR, S. 67.

¹⁶²¹ EuGH v. 26.9.2013, Rs. C-476/11, *HK Danmark*, ECLI:EU:C:2013:590, Rn. 58 und Rn. 66; EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 72; auch zu diesem Thema SCHIEK, Proportionality, S. 80 ff., sowie TOBLER, Case Law Development, S. 107 ff. mit weiteren Beispielen.

Alterskriterium geltende Rechtfertigungskategorie bezüglich nationalrechtlicher Ziele insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung vorsieht. Diese Rechtfertigungskategorie ist eine bedeutende Ausnahme zum Verbot der Altersdiskriminierung, die eine substantielle Ausweitung der Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen basierend auf dem Alter mit sich bringt. Eine vergleichbare Ausnahme sieht die Richtlinie hingegen für die anderen geschützten Merkmale nicht vor. Folglich besteht ein vergleichsweise geringerer Schutz des Alterskriteriums.¹⁶²²

III. Richtlinien-Massnahmen zur Umsetzung des Diskriminierungsverbots

1. Rechtsschutz

Die Richtlinie 2000/78/EG schreibt den Mitgliedstaaten in Art. 9 Abs. 1 vor, für einen ausreichenden Zugang zur Justiz zu sorgen, damit Ansprüche aus der Richtlinie geltend gemacht werden können. Ebenso haben die Mitgliedstaaten gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung in ihrem nationalen Recht vorzusehen, dass sich Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen, denen das Interesse zur Wahrung der aus der Richtlinie fliessenden Rechte aufgetragen ist, entweder namens der beschwerten Personen oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung zur Durchsetzung der Ansprüche an Gerichts- oder Verwaltungsverfahren beteiligen können.

2. Beweislast erleichterung zugunsten Diskriminierungsopfer

Nach Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG haben die Mitgliedstaaten Massnahmen zu ergreifen, durch die dem präsumtiven Diskriminierungsopfer eine wesentliche Beweislast erleichterung zugestanden wird. Dieses soll die relevanten Tatsachen, die eine Diskriminierung vermuten lassen, dem zuständigen Gericht lediglich glaubhaft machen müssen. Der beklagten Partei obliegt dann der Beweis des Gegenteils, wonach keine Diskriminierung stattgefunden hat.

¹⁶²² Eine weitere Asymmetrie ergibt sich auch aus einem Vergleich zwischen dem Alterskriterium in der Richtlinie 2000/78/EG, dem Geschlecht in der Richtlinie 2006/54/EG sowie der Rasse oder ethnischen Herkunft in der Richtlinie 2000/43/EG: Geschlecht, Rasse sowie ethnische Herkunft geniessen einen höheren Antidiskriminierungsschutz, weil in den sie betreffenden Richtlinien – anders als für das Alterskriterium – keine vergleichbare Ausnahme vom Diskriminierungsverbot vorgesehen ist.

Nach dem Wortlaut der Bestimmung soll diese Beweislast erleichterung lediglich für direkte und indirekte Diskriminierungen gelten. In der Literatur wird allerdings vertreten, die Beweislast erleichterung sei anwendbar auch auf die beiden weiteren ausdrücklich in der Richtlinie verbotenen Diskriminierungsformen, nämlich die Diskriminierung durch Belästigung sowie durch Anweisung.¹⁶²³ Nach hier vertretener Ansicht dürften auch statistische Diskriminierungen den Anwendungsbereich von Art. 10 Abs. 1 Richtlinie eröffnen, denn sie können in Form sowohl direkter als auch indirekter Diskriminierung in Erscheinung treten.

Trotz dieser Beweislast erleichterung ist nicht zu übersehen, dass nur schon die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung die Klägerpartei in der Praxis vor erhebliche Probleme stellen kann. Der EuGH hat diesen Umstand erkannt und in seiner Rechtsprechung berücksichtigt:

In der Rechtssache *Meister* lag dem EuGH ein Sachverhalt vor, in dem die Bewerbung einer Bewerberin russischer Herkunft zweimal abgelehnt wurde. Die Beschwerdeführerin vertrat, sie sei unter anderem wegen ihres Alters benachteiligt worden. Sie verlangte daher von der Gegenseite die Vorlage der Bewerbungsunterlagen des ihr vorgezogenen Bewerbers.¹⁶²⁴ Der EuGH gelangte zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf die Richtlinie 2000/78/EG zwar keinen Informationsanspruch herleiten könne. Die Verweigerung der Informationsherausgabe durch die Gegenpartei dürfe jedoch – so der EuGH sinngemäss – nicht dazu führen, dass die Verwirklichung der Richtlinienziele beeinträchtigt werde.¹⁶²⁵ Der EuGH wies anschliessend darauf hin, dass die Auskunftsverweigerung ein Gesichtspunkt sein könne, «[...] *der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, heranzuziehen ist*».¹⁶²⁶

Die Ausführungen des EuGH in der Rechtssache *Meister* können gerade in jenen Fällen bedeutsam sein, in denen eine Person vertritt, sie sei durch den Einsatz eines Algorithmus oder durch KI benachteiligt worden. In solchen Fällen ist nicht auszuschliessen, dass der Herausgabe der dem Algorithmus zugrundeliegenden Daten oder des algorithmischen Programmcodes Dritinteressen entgegenstehen (wie z.B. Geschäftsgeheimnisse). Auch in diesen Fällen muss dann gelten, dass

¹⁶²³ TOBLER, Commentaire Directive 2000/78, Art. 10 Rn. 7 f. mit weiteren Hinweisen.

¹⁶²⁴ EuGH v. 19.4.2012, Rs. C-415/10, *Meister*, ECLI:EU:C:2012:217, Rn. 26 ff.

¹⁶²⁵ EuGH v. 19.4.2012, Rs. C-415/10, *Meister*, ECLI:EU:C:2012:217, Rn. 42.

¹⁶²⁶ EuGH v. 19.4.2012, Rs. C-415/10, *Meister*, ECLI:EU:C:2012:217, Rn. 46 und 47.

all dies die Verwirklichung des Richtlinienziels nicht verhindern darf. Die Mitgliedstaaten müssen somit auch für solche Konstellationen Vorkehrungen treffen.

3. Schutz vor Viktimisierung

Die Richtlinie 2000/78/EG schützt nicht alleine vor Diskriminierung, sondern auch vor Viktimisierungen: Art. 11 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, arbeitgeberseitige Retorsionen zu unterbinden, die als Reaktion auf eine Diskriminierungsbeschwerde erfolgen. Laut MOHR soll der Schutz aus dem Viktimisierungsverbot jedoch nur dann greifen, wenn feststeht, dass der Arbeitnehmer, der sich auf das im Landesrecht umgesetzte Viktimisierungsverbot beruft, tatsächlich diskriminiert wurde: «*Wenn eine Person nicht diskriminiert wurde, kann sie nicht viktimisiert werden.*»¹⁶²⁷ Das Urteil des EuGH in der Rechtsache *Hakelbracht et al.*¹⁶²⁸ weicht von diesem Standpunkt allerdings etwas ab:

In der Sache ging es um Geschlechterdiskriminierung im Zuge einer Bewerbung. Die Bewerberin, Frau Hakelbracht, erhielt aufgrund ihrer Schwangerschaft eine Absage. Frau Vandebon, die das Bewerbungsgespräch mit ihr geführt hatte, war mit dem Vorgehen ihres Arbeitgebers nicht einverstanden und informierte Frau Hakelbracht offen über die Motive der Absage. Nachdem Frau Hakelbracht diesem Hinweis folgend eine Diskriminierungsbeschwerde erhob, entliess der Arbeitgeber Frau Vandebon.¹⁶²⁹ Richtlinie 2006/54/EG über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen sieht gleichermassen in Art. 24 ein Viktimisierungsverbot vor. Zwar bestätigte der EuGH, dass Frau Hakelbracht diskriminiert wurde.¹⁶³⁰ Frau Vandebon selbst war jedoch kein Diskriminierungsopfer und gleichwohl gelangte der EuGH zum Schluss, dass das Viktimisierungsverbot auch auf sie Anwendung finde.¹⁶³¹ MOHRs Meinung, wonach nur viktimisiert werden kann, wer diskriminiert worden ist, wird in der Rechtsprechung des EuGH somit etwas relativiert.

Nach hier vertretener Meinung sollte das Viktimisierungsverbot konsequenterweise nicht von einer erfolgreichen Diskriminierungsbeschwerde abhängig gemacht werden. Erstens sieht der Wortlaut des Viktimisierungsverbots die erfolg-

¹⁶²⁷ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 11 Rn. 2.

¹⁶²⁸ EuGH v. 20.6.2019, Rs. C-404/18, *Jamina Hakelbracht et al. v WTG Retail BVBA*, ECLI:EU:C:2019:523.

¹⁶²⁹ EuGH v. 20.6.2019, Rs. C-404/18, *Hakelbracht et al.*, ECLI:EU:C:2019:523, Rn. 10–17.

¹⁶³⁰ EuGH v. 20.6.2019, Rs. C-404/18, *Hakelbracht et al.*, ECLI:EU:C:2019:523, Rn. 25.

¹⁶³¹ EuGH v. 20.6.2019, Rs. C-404/18, *Hakelbracht et al.*, ECLI:EU:C:2019:523, Rn. 37.

reiche Diskriminierungsbeschwerde nicht als Requisit vor. Zweitens würde eine solche Auslegungsweise die Verwirklichung der Richtlinie behindern, denn mit der Unsicherheit über den Erfolg einer Diskriminierungsbeschwerde müsste damit gerechnet werden, dass kein Schutz vor Viktimisierung besteht. Potentielle Diskriminierungsoffer könnten angesichts dieser Unsicherheit und der drohenden Gefahr, schutzlos Viktimisierungen ausgesetzt zu werden, erst recht davor zurückschrecken, sich für ihre Rechte einzusetzen.

Schliesslich ist mit Blick auf den Beweis der Viktimisierung hervorzuheben, dass die in Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie vorgeschriebene Beweislastermittlung zugunsten präsumtiver Diskriminierungsoffer nicht auf Viktimisierungsfälle anwendbar ist. LHERNOULD empfiehlt daher, für jene Konstellationen, in denen ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen einer Diskriminierungsbeschwerde und einer monierten Viktimisierung besteht, ein Art. 10 der Richtlinie nachgebildetes Beweisregime einzuführen.¹⁶³²

4. Rechtsfolgen einer Diskriminierung

4.1. Allgemein

Von der Wirkung der Richtlinie 2000/78/EG ist die Durchsetzbarkeit der darin enthaltenen Rechte zu unterscheiden, die sich aus den konkreten Rechtsfolgen einer Diskriminierung ergibt. Muss ein diskriminierend abgewiesener Bewerber angestellt werden? Erhält er Schadenersatz oder Genugtuung? Ist eine diskriminierende Kündigung nichtig? Ohne Vorschriften über die konkreten Rechtsfolgen einer Diskriminierung verkümmerte ein Diskriminierungsverbot zur leeren Hülse.

Gemäss Erwägungsgrund Nr. 35 der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG sowie Art. 17 zweiter Satz sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, in ihrem Landesrecht wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen vorzusehen.¹⁶³³ Die Richtlinie gibt nicht vor, welcher Art die Massnahmen sein müssen. Elementar ist vielmehr deren grundsätzliche Eignung, Diskriminierungen überhaupt erst zu verhindern.

Sanktionen sind somit Massnahmen, die nicht zwingend auf einen finanziellen Ausgleich des widerfahrenen Unrechts ausgerichtet sind. Sie können auch beispielsweise eine Anpassung der Arbeitsbedingungen oder einen Kontrahierungs-

¹⁶³² LHERNOULD, *Commentaire Directive 2000/78*, Art. 11 Rn. 25.

¹⁶³³ Siehe dazu EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397, Rn. 38.

zwang vorschreiben.¹⁶³⁴ Finanzielle Entschädigungen hingegen müssen einen angemessenen Ausgleich für das widerfahrene Unrecht gewährleisten und dürfen zudem nicht plafoniert sein.¹⁶³⁵

Als finanzielle Entschädigungen gelten dabei nicht alleine Schadenersatzleistungen. Auch Genugtuungsleistungen, die einem Diskriminierungsoffer unabhängig von einem Schaden im zivilrechtlichen Sinne zu entrichten sind, fallen nach hier vertretener Sicht unter den Sanktionsbegriff. Dafür spricht der Wortlaut von Art. 17 der Richtlinie selbst: Im ersten Satz überlässt er es den Mitgliedstaaten, *alle* erforderlichen Massnahmen zu treffen, um die Durchführung der Richtlinie zu gewährleisten. Zu diesen erforderlichen Massnahmen können folglich auch Genugtuungsleistungen gehören. Auch die im zweiten Satz von Art. 17 Richtlinie 2000/78/EG anzutreffende offene Formulierung spricht dafür. Dort heisst es, Sanktionen «können» Schadenersatzleistungen umfassen, woraus *e contrario* zu schliessen ist, dass Genugtuungsleistungen davon nicht ausgenommen sind.¹⁶³⁶

Ferner verpflichtet Art. 16 lit. b Richtlinie 2000/78/EG die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbaren Bestimmungen in Arbeits- und Tarifverträgen, Betriebsordnungen und Statuten der freien Berufe und der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen für nichtig erklärt werden oder werden können oder geändert werden.

¹⁶³⁴ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 17 Rn. 6 ff.

¹⁶³⁵ Vgl. zu Art. 6 Richtlinie 76/207/EWG die Auslegung des EuGH in seinem Urteil vom EuGH v. 2.8.1993, Rs. C-271/91, *M.H. Marshall v Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1993:335, Rn. 30–32: Die streitgegenständliche Bestimmung verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, innerstaatliche Vorschriften zu erlassen, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung auf seine Person für beschwert hält, seine Rechte gerichtlich geltend machen kann. Der EuGH gelangte zum Schluss, dass eine im nationalen Recht vorgesehene Obergrenze einer Schadenersatzsumme mit dieser Bestimmung unvereinbar gewesen sei.

¹⁶³⁶ Siehe auch EuGH v. 10.7.2008, Rs. C-54/07, *Feryn*, ECLI:EU:C:2008:397, Rn. 39: Hier unterschied der EuGH zwischen «Zwangsgeld» und Schadenersatz. Dieses «Zwangsgeld» entspricht – aufgrund der Tatsache, dass es *in casu* an einem konkreten Diskriminierungsoffer fehlte – zwar einer Busse, die dem Arbeitgeber infolge eines Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot auferlegt wird, und nicht einer Genugtuung, die dem Diskriminierungsoffer zu entrichten ist. Tatsache ist jedoch, dass «Zwangsgeld» ebenso wenig ausdrücklich in Art. 15 Richtlinie 2000/43/EG erwähnt wird – der im Wesentlichen Art. 17 Richtlinie 2000/78/EG entspricht. Gleichwohl geht der EuGH davon aus, dass ein solches «Zwangsgeld» unter den Begriff «Sanktion» subsumierbar ist. Erst recht muss es dann möglich sein, Genugtuungen unter den Sanktionsbegriff in Art. 17 Richtlinie 2000/78/EG zu subsumieren.

4.2. «Levelling up» und «levelling down»

Weiter stellt sich die Frage, ob die diskriminierungsrechtliche Remedur darin besteht, dass beispielsweise eine Lohndiskriminierung dadurch beseitigt wird, indem eine Anhebung des Lohnniveaus an jenes der Angehörigen der bevorzugten Gruppe erfolgt (so genanntes «levelling up») oder – umgekehrt – indem eine Lohnsenkung bei der bevorzugten Gruppe an das Niveau der benachteiligten Gruppe vorgenommen wird (so genanntes «levelling down»)¹⁶³⁷. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH hat zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwingend eine Korrektur «nach oben» stattzufinden, «[...] wenn eine unionrechtswidrige Diskriminierung festgestellt worden ist und solange keine Massnahmen zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung erlassen worden sind [...]».¹⁶³⁸ Dieser Grundsatz gilt laut der Rechtsprechung des EuGH auch in Bezug auf Streitigkeiten zwischen Privaten, so dass der private Arbeitgeber den Bevorzugten vorbehaltenen Vorteile auch den Benachteiligten gewähren muss.¹⁶³⁹

Der «levelling up»-Grundsatz gilt hingegen nur so lange, «[...] wie der **nationale Gesetzgeber keine Massnahmen zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung erlassen hat**» (Hervorhebungen hinzugefügt).¹⁶⁴⁰ Damit überlässt es der EuGH den Mitgliedstaaten zu entscheiden, ob sie ihr Recht im Sinne einer Korrektur nach oben oder nach unten anpassen. Ein «levelling down» ist daher aus Sicht des EuGH durchaus zulässig.

Generalanwalt BOBEK vertrat in seinen Schlussanträgen zur Rechtsache *Cresco Investigation GmbH* jedoch, dass die Menschenwürde oder der Vertrauensschutz einem «levelling down» entgegenstehen könnten.¹⁶⁴¹ Diesem Standpunkt wird hier

¹⁶³⁷ Siehe zu den beiden Konzepten «levelling up» und «levelling down» die Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK v. 25.7.2018, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, ECLI:EU:C:2018:614, Rn. 163 ff.

¹⁶³⁸ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 79; ebenso EuGH v. 9.3.2017, Rs. C-406/15, *Petya Milkova v Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol*, ECLI:EU:C: 2017:198, Rn. 66; siehe auch EuGH v. 26.1.1999, Rs. C-18/95, *F.C. Terhoeve v Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland*, ECLI:EU:C:1999:22, Rn. 57.

¹⁶³⁹ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 89.

¹⁶⁴⁰ EuGH v. 22.1.2019, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*, ECLI:EU:C:2019:43, Rn. 87.

¹⁶⁴¹ Schlussanträge des Generalanwalts BOBEK v. 25.7.2018, Rs. C-193/17, *Cresco Investigation GmbH v Markus Achatzi*, ECLI:EU:C:2018:614, Rn. 167; mit Blick auf die Würde siehe auch FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 21.

beigepflichtet, ist doch die Würde auch im EU-Recht ein Aspekt, den die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Gesetzgebungstätigkeit in den Bereichen des EU-Rechts zu beachten haben.¹⁶⁴² Es bleibt offen, ob sich der EuGH dieser relativierenden Sichtweise anschliesst.

Insgesamt kann aber festgehalten werden, dass von einem Grundsatz eines «*levelling up*» auszugehen ist, und zwar auch in privaten Verhältnissen. Allerdings muss im Einzelfall geprüft werden, ob das nationale Recht von diesem Grundsatz abweicht.

5. Unterrichtung und sozialer Dialog

Die EU setzt im Kampf gegen Diskriminierung schliesslich noch auf die beiden Mittel der Unterrichtung einerseits sowie des sozialen Dialogs andererseits.

Im Rahmen der Unterrichtung obliegt es den EU-Mitgliedstaaten nach Art. 12 der Richtlinie, dafür Sorge zu tragen, «[...] dass die gemäss dieser Richtlinie getroffenen Massnahmen sowie die bereits geltenden einschlägigen Vorschriften allen Betroffenen in geeigneter Form, zum Beispiel am Arbeitsplatz, in ihrem Hoheitsgebiet bekannt gemacht werden». Eine tatsächliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich.¹⁶⁴³ Hingegen gilt die blossе Wiedergabe des Rechts als nicht ausreichende Bekanntmachung. Vielmehr bedarf es zusätzlich sowohl einer inhaltlichen Sensibilisierungsstrategie als auch einer Schulung jener Berufstätigen, die zur Umsetzung der Richtlinie einen Beitrag leisten. Zu denken ist etwa an Personalverantwortliche und Anwälte.¹⁶⁴⁴

Unter dem Titel «Sozialer Dialog» nach Art. 13 müssen zwei Stufen auseinandergehalten werden: In der ersten Stufe nach Abs. 1 sind die Mitgliedstaaten allgemein dazu verpflichtet, den sozialen Dialog zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu fördern. Dabei haben sie «[...] die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Überwachung der betrieblichen Praxis, durch Tarifverträge, Verhaltenskodizes, Forschungsarbeiten oder durch einen Austausch von Erfahrungen und bewährten Verfahren [...] voranzubringen». Die zweite Stufe nach Abs. 2 derselben Richtlinienbestimmung ist spezifischer. Darin wird gefordert, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Tarifparteien durch die Mitgliedstaaten dazu aufgefordert werden, kollektive Antidiskriminierungsvereinbarungen zu schliessen, welche die Richtlinienbereiche betreffen.¹⁶⁴⁵

¹⁶⁴² Zum Aspekt der Würde siehe Abschnitt oben H. § 3. II. 3.

¹⁶⁴³ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 12 Rn. 1.

¹⁶⁴⁴ Vgl. LATRAVERSE, Commentaire Directive 2000/78, Art. 12 Rn. 5 ff.

¹⁶⁴⁵ Zum Ganzen auch MINÉ, Commentaire Directive 2000/78, Art. 13 Rn. 13 ff.

§ 4 Primärrecht: Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters nach Art. 21 Abs. 1 GRC

Die Grundrechtecharta statuiert in Art. 21 Abs. 1 ein Diskriminierungsverbot, das heute zum Primärrecht der EU gehört.¹⁶⁴⁶ Es sieht einen nicht abschliessenden Katalog verpönter Merkmale vor, zu denen auch das Alterskriterium zählt. Das Diskriminierungsverbot kommt in allen Bereichen des EU-Rechts zum Tragen.

Soweit es um Altersdiskriminierung im Bereich Beschäftigung und Beruf geht, muss das enge Beziehungsgeflecht zwischen dem Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG und jenem in Art. 21 Abs. 1 GRC berücksichtigt werden: Das Verbot der Altersdiskriminierung nach Art. 21 Abs. 1 GRC kann als allgemeines Diskriminierungsverbot bezeichnet werden, während jenes nach der Richtlinie 2000/78/EG ein bereichsspezifisches und damit spezielles Diskriminierungsverbot ist.¹⁶⁴⁷ Angesichts der Normenhierarchie und der unterschiedlichen Wirkung des EU-Rechts wäre es allerdings falsch zu meinen, das Diskriminierungsverbot der Richtlinie gehe nach einer *lex-specialis*-Regel jenem in Art. 21 Abs. 1 GRC vor.¹⁶⁴⁸ Vielmehr verhält es sich so, dass das Diskriminierungsverbot der Richtlinie einen spezifischen Teilgehalt des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots konkretisiert und damit an diesem partizipiert beziehungsweise darin aufgeht.¹⁶⁴⁹ Dies wirkt sich dahingehend aus, dass der EuGH in Sachverhalten, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, das Vorliegen einer Diskriminierung am

¹⁶⁴⁶ Den Diskriminierungsverboten nach Art. 21 Abs. 1 der Grundrechtecharta wurde nicht von Beginn weg primärrechtlicher Charakter zugestanden. Dies änderte sich erst mit dem Vertrag von Lissabon, als mit Art. 6 Abs. 1 EUV die in der GRC niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze und damit insbesondere das Verbot der Altersdiskriminierung in den Stand des Primärrechts erhoben wurden (dazu KILPATRICK/EKLUND, Kommentar GRC (England), Art. 21 Rn. 21.56 f.). Ehedem galt das Verbot der Altersdiskriminierung immerhin als allgemeiner Rechtsgrundsatz und bildete damit ebenfalls Teil des Primärrechts der EU (das Verbot der Altersdiskriminierung wurde erstmals in der Rechtssache *Mangold* als allgemeiner Rechtsgrundsatz des EU-Rechts anerkannt – EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 75).

¹⁶⁴⁷ Zu Art. 21 Abs. 1 GRC als allgemeines Diskriminierungsverbot KÖCHLE, Kommentar GRC (Wien), Art. 21 Rn. 23.

¹⁶⁴⁸ Zur Wirkung von Richtlinienennormen und Normen des Primärrechts siehe die Ausführungen im Abschnitt H. § 2. III.

¹⁶⁴⁹ Vgl. EuGH v. 26.1.2021, Rs. C-16/19, *VL*, ECLI:EU:C:2021:64, Rn. 33 mit Hinweis auf weitere Rechtsprechung.

Massstab der Richtlinie prüft.¹⁶⁵⁰ Es ist daher zutreffender – mit den Worten von KÖCHLE –, von einem «*Vorrang des Sekundärrechts als Prüfungsmassstab*» statt von einem Vorrang einer *lex specialis* zu sprechen.¹⁶⁵¹

Mit Blick auf den Schutzbereich von Art. 21 Abs. 1 GRC ist zu sagen, dass dieser allgemein sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierungen erfasst.¹⁶⁵² Unklar ist jedoch, ob sich weitere Diskriminierungsformen unter das Diskriminierungsverbot subsumieren lassen. Dies betrifft namentlich jene zusätzlichen Diskriminierungsformen, vor denen Richtlinie 2000/78/EG ebenso schützen will, nämlich die Diskriminierung durch Belästigung oder durch Anweisung. Zahlreichen einschlägigen Kommentierungen lässt sich dazu jedenfalls nichts entnehmen.¹⁶⁵³ KILPATRICK/EKLUND vertreten jedoch, die Bezüge dieser weiteren Diskriminierungsformen zum Diskriminierungsrecht seien dermassen gross, dass sich diese ebenfalls dem Schutzbereich von Art. 21 Abs. 1 GRC zuordnen liessen.¹⁶⁵⁴ Dieser Meinung wird hier gefolgt:

Das Verbot der Altersdiskriminierung nach der Richtlinie 2000/78/EG erfasst nebst der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung eben auch jene vorhin erwähnten zusätzlichen Diskriminierungsformen.¹⁶⁵⁵ Vor dem Hintergrund, dass der EuGH wiederholt das sekundärrechtliche Diskriminierungsverbot der Richtlinie als eine Konkretisierung eines allgemeinen primärrechtlichen Rechtsgrundsatzes qualifizierte, lässt sich argumentieren, dass jene zusätzlichen Diskriminierungsformen nach der Richtlinie 2000/78/EG ebenfalls einen Teilgehalt des primärrechtlichen allgemeinen Rechtsgrundsatzes repräsentieren.¹⁶⁵⁶ Art. 21

¹⁶⁵⁰ Vgl. z.B. EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bougnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 25: Es galt zu beurteilen, ob das durch einen privaten Arbeitgeber angewiesene Kopftuchverbot einer Diskriminierung gleichkommt. Den Prüfungsmassstab bildete hier Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG und nicht etwa Art. 21 Abs. 1 GRC.

¹⁶⁵¹ KÖCHLE, Kommentar GRC (Wien), Art. 21 Rn. 35.

¹⁶⁵² Siehe dazu EuGH v. 19.7.2017, Rs. C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia Srl*, ECLI:EU:C:2017:566, Rn. 17 und 18; sowie in der Literatur JARASS, Kommentar zu GRC, Art. 21 Rn. 10 f. mit Hinweis zur Rechtsprechung des EuGH; KÖCHLE, Kommentar GRC (Wien), Art. 21 Rn. 48; HÖLSCHIEDT, Nomos Kommentar GRC, Art. 21 Rn. 36 ff.

¹⁶⁵³ Vgl. KÖCHLE, Kommentar GRC (Wien), Art. 21 Rn. 46 ff.; HÖLSCHIEDT, Nomos Kommentar GRC, Art. 21 Rn. 36 ff.; JARASS, Kommentar zu GRC, Art. 21 Rn. 10 f.

¹⁶⁵⁴ KILPATRICK/EKLUND, Kommentar GRC (England), Art. 21 Rn. 21.49 ff.

¹⁶⁵⁵ Zu den einzelnen Diskriminierungsformen unter der Richtlinie 2000/78/EG siehe Abschnitt H. § 3. II. 4.

¹⁶⁵⁶ Vgl. EuGH v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, *Mangold*, ECLI:EU:C:2005:709, Rn. 75, und EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 50.

Abs. 1 GRC ist nichts anderes als die positivrechtliche Verkörperung dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes.¹⁶⁵⁷ Konsequenterweise sollten die weiteren Diskriminierungsformen, um die es hier geht, ebenfalls Teil des Schutzbereichs von Art. 21 Abs. 1 GRC sein.

Einiger Ausführungen bedarf es zur Frage, ob sich der Schutzbereich auch auf intersektionelle Diskriminierungen bezieht. Angesichts des nicht abschliessenden Katalogs verpönter Merkmale in Art. 21 Abs. 1 GRC liesse sich der Schluss ziehen, auch intersektionelle Diskriminierungen seien vom Diskriminierungsverbot abgedeckt.¹⁶⁵⁸ In der Literatur finden sich Stimmen, die Intersektionalität als mögliche Diskriminierungsform unter Art. 21 Abs. 1 GRC subsumieren.¹⁶⁵⁹ Einschlägige Rechtsprechung des EuGH, die diesen Standpunkt bestätigte, existiert bislang nicht.¹⁶⁶⁰

Soweit ein diskriminierungsrechtlich relevanter Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG fällt, findet – nach hier vertretener Ansicht – eine intersektionelle Diskriminierung jedoch keinen Schutz unter Art. 21 GRC, zumal die Richtlinie nicht vor intersektioneller Diskriminierung schützt: Wenn die Richtlinie verbotene Altersdiskriminierung bereichsspezifisch konkretisiert und Art. 21 GRC dieser Konkretisierung auf Stufe des Primärrechts entspricht, dann kann dieser Logik folgend der primärrechtliche Schutz in den von der Richtlinie betroffenen Bereichen nicht weitergehen als jener der Richtlinie selbst. Ausserhalb des Richtlinienbereichs wäre ein primärrechtlicher intersektioneller Antidiskriminierungsschutz nach Art. 21 GRC hingegen je nach Konstellation durchaus denkbar.

Was die Rechtfertigungs- und Verhältnismässigkeitsprüfung angeht, so richten sich diese nach den in der Richtlinie 2000/78/EG aufgestellten Massstäben, soweit der betroffene Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt.¹⁶⁶¹ Es wird daher vollumfänglich auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen.¹⁶⁶²

¹⁶⁵⁷ Vgl. EuGH v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, Rn. 75 und 76.

¹⁶⁵⁸ Die Rechtssache *Parris* schliesst diese Schlussfolgerung nicht aus, weil der EuGH hier einzig einen intersektionellen Diskriminierungsschutz unter der Richtlinie 2000/78/EG ablehnte (EuGH v. 24.11.2016, Rs. C-443/15, *Parris*, ECLI:EU:C:2016:897, Rn. 80).

¹⁶⁵⁹ KILPATRICK/EKLUND, Kommentar GRC (England), Art. 21 Rn. 21.47.

¹⁶⁶⁰ Dazu ausführlich XENIDIS, Multiple Discrimination in EU Anti-Discrimination Law, S. 60 ff.

¹⁶⁶¹ Z.B. EuGH v. 19.1.2010, Rs. C-555/07, *Kücükdeveci*, ECLI:EU:C:2010:21, Rn. 32 ff.

¹⁶⁶² Dazu oben im Abschnitt H. § 3. II. 6.

§ 5 Würdigung des EU-rechtlichen Verbots der Altersdiskriminierung

Es wurde gezeigt, dass mit der Richtlinie 2000/78/EG ein die EU-Mitgliedstaaten verpflichtender, feinziseliertes Mindeststandard zur Bekämpfung von Altersdiskriminierung geschaffen wurde.¹⁶⁶³ Neben dem Diskriminierungsverbot sind als besonders positiv jene Aspekte hervorzuheben, mit denen auch die Durchsetzbarkeit des Antidiskriminierungsrechts gewährleistet werden soll, nämlich die Sicherstellung des Zugangs zur Justiz,¹⁶⁶⁴ das Recht von Verbänden, Organisationen und anderen juristischen Personen zur Teilnahme an diskriminierungsrechtlichen Verfahren,¹⁶⁶⁵ die Beweislastleichterung,¹⁶⁶⁶ der Schutz vor Viktimisierung,¹⁶⁶⁷ Vorgaben zu Sanktionen in Antidiskriminierungsfällen¹⁶⁶⁸ sowie schliesslich die Unterrichtung und der soziale Dialog.¹⁶⁶⁹

Allerdings ist der sachliche Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG verglichen mit der Rassendiskriminierungsrichtlinie¹⁶⁷⁰ oder der Geschlechterdiskriminierungsrichtlinie¹⁶⁷¹ stark eingeschränkt, weil die Richtlinie ausschliesslich für den Bereich Beschäftigung und Beruf gilt. Eine weitere Schwachstelle ist zudem darin zu sehen, dass die Richtlinie keinen Schutz gegen intersektionelle Diskriminierung gewährleistet.¹⁶⁷² Dies ist gerade mit Blick auf algorithmische oder statistische Diskriminierungen besonders problematisch, weil die auf Algorithmen abgestützten Diskriminierungen auf einer Vielzahl von Merkmalen basieren können. Abgesehen davon bieten weder die Rechtsprechung des EuGH noch die Richtlinie

¹⁶⁶³ Erwägungsgrund Nr. 28 der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁶⁶⁴ Art. 9 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁶⁶⁵ Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁶⁶⁶ Art. 10 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁶⁶⁷ Art. 11 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁶⁶⁸ Art. 17 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁶⁶⁹ Zur Unterrichtung und zum sozialen Dialog siehe Art. 12 und 13 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁶⁷⁰ Richtlinie 2000/43/EG.

¹⁶⁷¹ Richtlinie 2006/54/EG.

¹⁶⁷² Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 6; ausführlich zum Thema Intersektionalität im EU-Recht siehe SCHIEK/MULDER, S. 43 ff.

selber adäquate Antworten darauf, wie Korrelationen oder Assoziationen insbesondere aus dem Bereich *People Analytics* rechtlich zu bewerten sind.¹⁶⁷³

Hinzu kommt, dass das Alterskriterium verglichen mit anderen Merkmalen einen deutlich geringeren Antidiskriminierungsschutz genießt, zumal mit der Rechtfertigungskategorie betreffend nationalrechtliche Ziele insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung nach Art. 6 der Richtlinie ein besonders grosses Reservoir an Rechtfertigungsargumenten existiert, das exklusiv auf das Alterskriterium anwendbar ist. Der eingeschränkte Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG sowie die ungleich grösseren Möglichkeiten zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen bezogen auf das Alter ergeben verglichen mit anderen Merkmalen ein asymmetrisches Schutzniveau in Bezug auf das Alterskriterium.

Ist die Richtlinie nun eine Erfolgsgeschichte beziehungsweise werden in den Mitgliedstaaten weniger Fälle von Altersdiskriminierung verzeichnet?

Von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene Umfragen deuten zwar auf eine grundsätzlich positive Entwicklung hin. Immerhin nahm zwischen 2006 und 2008 die Zahl derer ab, die Altersdiskriminierung als verbreitet wahrnahmen.¹⁶⁷⁴ Dennoch betrug der prozentuale Anteil der Befragten, die in Altersdiskriminierung ein verbreitetes Phänomen sahen, insgesamt 42 %.¹⁶⁷⁵ 2019 – und damit über elf Jahre später – waren es mit 40 % weniger.¹⁶⁷⁶ Dies kann als Trend gedeutet werden, wonach Altersdiskriminierung eingedämmt wird. Gleichwohl sind die Umfrageresultate ernüchternd, denn 40 % sind immer noch eine stattliche Zahl. Pikant ist ausserdem, dass das Alter nebst dem Aussehen am häufigsten als möglicher Nachteil im Rahmen von Bewerbungsverfahren angegeben wurde.¹⁶⁷⁷ Und mit 26 % schätzt bloss etwas mehr als ein Viertel der Befragten die getroffenen Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung im Generellen als wirksam ein.¹⁶⁷⁸

Selbst dem jüngsten Evaluationsbericht zu den beiden Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG ist eine eingetrübte Stimmung zu entnehmen, heisst es doch da-

¹⁶⁷³ Dazu oben H. § 3. II. 6.4.

¹⁶⁷⁴ Eurobarometer Spezial 296, S. 63.

¹⁶⁷⁵ Eurobarometer Spezial 296, S. 61.

¹⁶⁷⁶ Spezial Eurobarometer 493, S. 6.

¹⁶⁷⁷ Spezial Eurobarometer 493, S. 30.

¹⁶⁷⁸ «Generell» bedeutet hier bezogen auf alle Merkmale und nicht nur auf das Alterskriterium alleine; Spezial Eurobarometer 493, S. 31.

rin: *«Es besteht allgemein das Gefühl, dass bei der Bevölkerung bei der Bekämpfung von Diskriminierung seit 2014 kaum Fortschritte erzielt wurden.»*¹⁶⁷⁹

Auch die mit Einführung der Richtlinie 2000/78/EG befürchtete Klageflut ist ausgeblieben, was als Indiz dafür angesehen werden kann, wonach die Zuversicht und das Vertrauen in das Potential des Antidiskriminierungsrechts in der Bevölkerung eher gering sind.¹⁶⁸⁰ Immerhin wurde seit 2014 eine Zunahme von Anzeigen und Beschwerden registriert, was darauf hindeutet, dass immer mehr Personen den Mut fassen, den Weg zur Beseitigung von Diskriminierung zu beschreiten.¹⁶⁸¹ Gleichwohl wird weiterhin eine hohe Dunkelziffer an nicht gemeldeten Fällen vermutet.¹⁶⁸²

Als Gründe für die geringe Inanspruchnahme des Antidiskriminierungsrechts werden Zweifel an ernsthaften Erfolgsaussichten, fehlende Kenntnis der eigenen Rechte, Schwierigkeiten bei der Beibringung von Beweisen und die Angst vor Vergeltungsmassnahmen genannt.¹⁶⁸³ Auch mit Blick auf den Zugang zur Justiz wurden einige Hinderungsgründe identifiziert: kurze rechtlich vorgeschriebene Klagefristen; Kosten, komplexe und langwierige Verfahren; Unsicherheit bezüglich des Ausgangs des Verfahrens; und Aussicht auf geringe Entschädigung.¹⁶⁸⁴

All diese Aspekte ziehen sich wie ein roter Faden durch praktisch alle Evaluationsberichte und liefern eine mögliche Erklärung dafür, weshalb Altersdiskriminierung in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit trotz Einführung der Richtlinie 2000/78/EG weiterhin als weitverbreitetes Problem gilt.¹⁶⁸⁵

¹⁶⁷⁹ Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 2.

¹⁶⁸⁰ Vgl. Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2008), S. 9.

¹⁶⁸¹ Vgl. Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 8.

¹⁶⁸² Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 8.

¹⁶⁸³ Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 8 f.

¹⁶⁸⁴ Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 9.

¹⁶⁸⁵ Vgl. Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2008), S. 8 f.; Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2014), S. 4 ff., sowie Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 30: *«Alle diese Probleme tragen dazu bei, dass Diskriminierung nur in unzureichendem Masse gemeldet wird.»*

In Beweisfragen stellen sich zudem mit dem Aufkommen Algorithmen und KI-basierter Technologien neue Herausforderungen. Selbst wenn eine Diskriminierung von der betroffenen Person in einem ersten Schritt bloss glaubhaft gemacht werden muss, droht sie bereits an diesem Schritt zu scheitern, denn gerade KI-gestützte Entscheide oder Empfehlungen sind in der Regel intransparent.¹⁶⁸⁶

Vor diesem Hintergrund ist es illusorisch zu meinen, Altersdiskriminierung sei nach der Einführung der Richtlinie 2000/78/EG in die Gefilde historischer Kuriositäten verbannt worden. Altersdiskriminierung existiert immer noch in den von der Richtlinie betroffenen Bereichen. Ebenso falsch wäre es aber zu meinen, die Richtlinie 2000/78/EG habe ihr Ziel verfehlt und müsse daher als gescheitertes Antidiskriminierungs-Projekt angesehen werden. Damit wäre nichts zur Verbesserung der Lage jener beigetragen, die sich mit Diskriminierung konfrontiert sehen. Die angesprochenen Schwierigkeiten sind allesamt Problemstellungen, die mit ausreichendem politischem Willen der Mitgliedstaaten angegangen werden können. Das Potential der Richtlinie 2000/78/EG ist nach hier vertretener Ansicht nicht ausgeschöpft.

§ 6 Rechtsvergleich zwischen Diskriminierungsverboten der Schweiz und der EU

I. Allgemeines

Im Zuge der Untersuchung der einzelnen Diskriminierungsverbote wurde einer Systematik gefolgt, die ein Gegenüberstellen der Diskriminierungsverbote erleichtern soll. Der Vergleich folgt daher dieser Systematik. Im Folgenden geht es nun nicht darum, die Erkenntnisse aus der Betrachtung der Diskriminierungsverbote zu wiederholen, sondern die sich daraus ergebenden Unterschiede hervorzuheben. Abschliessend werden die Ergebnisse des Vergleichs der Übersicht halber in einer Juxtaposition dargestellt.

Ferner bedarf es an dieser Stelle einer Klarstellung: Wenn nachfolgend vom Schweizer Diskriminierungsverbot und dem EU-rechtlichen Diskriminierungsverbot die Rede ist, dann sind damit das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV sowie das durch die Rechtsprechung des EuGH und durch die Richtli-

¹⁶⁸⁶ Vgl. Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 10.

nie 2000/78/EG konkretisierte primärrechtliche Diskriminierungsverbot in Art. 21 Abs. 1 GRC gemeint.

II. Generelle Charakteristika und Schutzgut

Das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot der Schweiz führt in einem offenen Katalog besonders sensible Merkmale auf, aufgrund derer Benachteiligungen grundsätzlich verboten sind. Das Alter ist explizit in diesem Katalog enthalten. Aufgrund seiner selbständigen Natur gilt das Diskriminierungsverbot – anders als etwa jenes in Art. 14 EMRK¹⁶⁸⁷ – unabhängig von der Ausübung bestimmter Rechte und uneingeschränkt in allen Lebensbereichen.¹⁶⁸⁸

Demgegenüber sieht das EU-Recht bereichsspezifisch für Beschäftigung und Beruf einen geschlossenen Katalog an verpönten Merkmalen vor, aufgrund derer Benachteiligungen grundsätzlich verboten sind. Dazu gehört gleich wie im Schweizer Recht das Alterskriterium. Beiden Rechtsordnungen ist zudem gemeinsam, dass sich die Diskriminierungsverbote nicht auf den Schutz einer spezifischen Altersgruppe beschränken, sondern vielmehr alle Altersgruppen gleichermaßen schützen.

Sowohl dem verfassungsmässigen Schweizer Diskriminierungsverbot als auch jenem EU-rechtlichen ist gemeinsam, dass sie im Kern die Würde des Menschen schützen.¹⁶⁸⁹

III. Geltungsbereich

Im Gegensatz zum verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot der Schweiz, das unabhängig von der Geltendmachung bestimmter Rechte alle Bereiche der Rechtsordnung durchdringen soll, ist im EU-Recht das Altersdiskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 GRC auf jene Bereiche eingegrenzt, in denen das EU-Recht anwendbar ist. Dies bedeutet, dass das Verbot der Altersdiskriminierung in den EU-Mitgliedstaaten keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen kann. Ausserdem sieht die Richtlinie 2000/78/EG bezogen auf Beschäftigung und Be-

¹⁶⁸⁷ Dazu im Abschnitt G. § 3. I. 4.

¹⁶⁸⁸ Damit nicht zu verwechseln ist die Frage nach der Wirkung der Bestimmung unter Privaten.

¹⁶⁸⁹ Vgl. zu Art. 8 Abs. 2 BV oben in G. § 3. II. 1.3; zur Richtlinie 2000/78/EG oben in H. § 3. II. 3.

ruf bereichsspezifische Limitierungen des Diskriminierungsverbots vor, die sich im Ergebnis auf das primärrechtliche Diskriminierungsverbot auswirken. Zunächst gilt die Richtlinie 2000/78/EG unter anderem für den Zugang zur unselbstständigen Erwerbstätigkeit, den Zugang zu Aus- und Weiterbildungen sowie für die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschliesslich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Davon ausgenommen sind jedoch bestimmte staatliche Leistungssysteme, Altersgrenzen für den Ruhestand, migrationsrechtliche Aspekte und – abhängig vom Willen des jeweiligen Mitgliedstaates – auch die Streitkräfte.¹⁶⁹⁰ Dies bringt mit sich, dass jene bereichsspezifisch durch das Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG konkretisierte Teilmenge des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots in Art. 21 Abs. 1 GRC weniger weit geht als das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot der Schweiz.¹⁶⁹¹

IV. Erfasste Diskriminierungsformen

Die merkmalsoffene Formulierung von Art. 8 Abs. 2 BV erlaubt es grundsätzlich, verschiedene Diskriminierungsformen unter das Diskriminierungsverbot zu subsumieren. Durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts wurden bislang jedoch erst die direkte und die indirekte Diskriminierung als spezifische durch das Diskriminierungsverbot erfasste Diskriminierungsformen bestätigt. Aktuell bleibt offen, ob weitere Diskriminierungsformen, wie die statistische und die multidimensionale Diskriminierung oder die Diskriminierung durch Belästigung oder Anweisung, zum Anwendungsbereich des verfassungsmässigen Diskriminierungsverbots gehören.¹⁶⁹²

Demgegenüber sieht das EU-Recht nicht alleine die direkte oder indirekte Diskriminierung als Anwendungsfall des Diskriminierungsverbots vor, sondern nennt explizit auch die Diskriminierung durch Belästigung oder Anweisung. Es bestehen ausserdem Hinweise darauf, dass auch statistische Diskriminierungen durch das Diskriminierungsverbot der EU erfasst werden.¹⁶⁹³ Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG bestimmt sogar, welche Anforderungen die Eigenschaften erfüllen müssen, für welche das Alterskriterium stellvertretend herangezogen wird. Allerdings finden sich weder in der Richtlinie noch in der Rechtsprechung abschlies-

¹⁶⁹⁰ Zum Geltungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG siehe Abschnitt H. § 3. II. 2.

¹⁶⁹¹ Zum primärrechtlichen Art. 21 GRC siehe Abschnitt H. § 4.

¹⁶⁹² Zu den durch Art. 8 Abs. 2 BV erfassten Diskriminierungsformen siehe oben G. § 3. II. 1.4.

¹⁶⁹³ Dazu oben im Abschnitt H. § 3. II. 4.5.2.

sende Antworten auf die Frage, welche Qualität insbesondere mathematische Korrelationen zwischen dem Alter und einer gesuchten Eigenschaft aufweisen müssen, damit diese als Nachweis des erforderlichen Zusammenhangs zwischen Alter und gesuchter Eigenschaft taugen. Mit dem Aufkommen moderner Technologien im Bereich von *People Analytics* wiegt diese Lücke umso schwerer.¹⁶⁹⁴

Eine Schwäche des EU-Rechts besteht in ihrer monokategorialen Konzeption mit Blick auf das Verbot von Altersdiskriminierung im Bereich Beschäftigung und Beruf. Eine intersektionell diskriminierte Person profitiert nicht von den Vorschriften, die Richtlinie 2000/78/EG aufstellt, und es besteht die Tendenz, sich ausschliesslich auf jenes Merkmal zu berufen, das die besten Aussichten auf Erfolg vor Gericht verspricht.¹⁶⁹⁵

Abgesehen vom Ausbleiben eines intersektionellen Diskriminierungsschutzes bietet das EU-Recht bezogen auf die verschiedenen Diskriminierungsformen somit einen weitergehenden Schutz vor Altersdiskriminierung im Erwerbsleben als die Schweiz.

V. Begriffselemente des Diskriminierungsverbots

1. Benachteiligung

Dem Schweizer und dem EU-rechtlichen Diskriminierungsverbot ist gemeinsam, dass sie eine Benachteiligung erfordern, die sich nicht zwingend in einem messbaren Schaden niederschlagen muss. Nach dem EU-rechtlichen Diskriminierungsverbot besteht eine Benachteiligung bereits dann, wenn aus einer bestimmten Verhaltensweise zwar noch kein individualisierbares Diskriminierungsopfer hervorgeht, das Verhalten aber durchaus in eine tatsächliche Diskriminierung umschlagen könnte. Beispielsweise kann bereits eine Stellenausschreibung mit potentiell diskriminierenden Kriterien selbst dann als Benachteiligung qualifiziert werden, wenn noch keine Bewerbung eingereicht wurde.¹⁶⁹⁶

¹⁶⁹⁴ Dazu oben im Abschnitt H. § 3. II. 6.4.

¹⁶⁹⁵ Zur intersektionellen Diskriminierung mit Blick auf die Richtlinie 2000/78/EG siehe Abschnitt H. § 3. II. 4.5.1.

¹⁶⁹⁶ Siehe dazu oben H. § 3. II. 5.1.

Insofern geht das EU-rechtliche Diskriminierungsverbot weiter als jenes der Schweiz, für das sich bislang keine vergleichbare Rechtsprechung zum Schutz gegen eine «Vorfelddiskriminierung» ausmachen lässt.¹⁶⁹⁷

2. Vorsatz

Weder das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot der Schweiz noch das EU-rechtliche Diskriminierungsverbot machen eine Diskriminierung von einem Diskriminierungswillen oder nur schon einer Inkaufnahme einer Diskriminierung abhängig.¹⁶⁹⁸ Eine Diskriminierung kann sich daher in beiden Rechtsordnungen völlig unabhängig von der Schuldfrage ergeben.

Die Motive einer Benachteiligung liefern jedoch wertvolle Hinweise, die im Rahmen der Rechtfertigung zu berücksichtigen sind. Zeigt sich beispielsweise, dass ein Arbeitgeber jüngere Personen den älteren vorzieht, weil er ältere Personen schlicht nicht mag, dann ist diese Präferenz im Rahmen der Rechtfertigung zu berücksichtigen. Ein Nichtanstellungsentscheid gestützt auf die Präferenz des Arbeitgebers wäre wohl eine vorsätzliche Benachteiligung. Der Vorsatz spielt für die diskriminierungsrechtliche Bewertung des Vorgangs keine Rolle. Vielmehr zeigt sich, dass mit der Präferenz kein legitimes Ziel verfolgt wurde, weshalb die Rechtfertigung scheitern muss und daher von einer Diskriminierung auszugehen ist. Dies gilt in beiden Rechtsordnungen.

3. Vergleichstest

3.1. Bezogen auf direkte Diskriminierung

In beiden Rechtsordnungen setzt die direkte Diskriminierung die Vergleichbarkeit der betroffenen Sachverhalte voraus. Sowohl im EU-Recht als auch in der Schweiz erweist sich der Vergleichstest als diffizil, denn es ist jeweils wertungsabhängig, aufgrund welcher Faktoren verglichen werden soll.

In der Schweizer Rechtsprechung zeigt sich, dass in der Tendenz hohe Anforderungen an den Vergleichstest gestellt werden. In den Urteilen des EuGH bildet die Annahme einer fehlenden Vergleichbarkeit demgegenüber eher die Ausnahme.¹⁶⁹⁹

¹⁶⁹⁷ Zum Begriff «Vorfelddiskriminierung» siehe SPRENGER, S. 56 f.

¹⁶⁹⁸ Zum Benachteiligungsbegriff in Art. 8 Abs. 2 BV dazu oben G. § 3. II. 1.5.1.

¹⁶⁹⁹ Zum Vergleichstest unter Art. 8 Abs. 2 BV siehe oben G. § 3. II. 1.5.2 sowie zur Richtlinie 2000/78/EG oben H. § 3. II. 5.2.

3.2. Bezogen auf indirekte Diskriminierung

Nach der Schweizer Rechtsprechung wird hinsichtlich indirekter Diskriminierungen eine «besonders starke Benachteiligung» einer Gruppe verlangt. Konkret verlangt das Bundesgericht nebst der qualitativen besonderen Betroffenheit zusätzlich in quantitativer Hinsicht eine übermässige Betroffenheit. Eine konkrete Verhältniszahl, ab der eine indirekte Diskriminierung vermutet wird, hat sich hingegen nicht durchgesetzt.¹⁷⁰⁰

Im Gegensatz dazu beurteilt der EuGH das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung weniger anhand eines quantitativen, sondern vielmehr anhand eines qualitativen Elements der Betroffenheit einer Gruppe. Gleich wie in der Schweiz sucht man vergebens nach einer konkreten zahlenmässigen Schwelle, nach deren Überschreiten von einer indirekten Diskriminierung ausgegangen werden könnte. In der Rechtsprechung des EuGH tritt jedoch ein anderes Problem hinzu: Die Rechtsprechung des EuGH schwankt zwischen dem für direkte Diskriminierungen geltenden Erfordernis der Vergleichbarkeit der Situationen und der an sich für indirekte Diskriminierungen normativ vorgegebenen «besonderen Betroffenheit». Im Schrifttum wird immerhin mit guten Argumenten vertreten, dass die Vergleichbarkeit der Situationen im Rahmen indirekter Diskriminierungen entbehrlich ist.¹⁷⁰¹

Insgesamt unterscheiden sich die Begriffsdefinitionen zur indirekten Diskriminierung nur geringfügig, so dass diesbezüglich – abgesehen von den erwähnten Nuancen – praktisch von einer Äquivalenz auszugehen ist.

VI. Rechtfertigung

Nach beiden Rechtsordnungen müssen Benachteiligungen aufgrund des Alters durch ihren Zweck legitimiert sein und die benachteiligende Massnahme muss als solche verhältnismässig beziehungsweise geeignet, erforderlich und zumutbar sein.

Eine Besonderheit im Schweizer Verbot der Altersdiskriminierung besteht darin, dass – im Gegensatz zu anderen verpönten Merkmalen – eine Benachteiligung aufgrund des Alters keinen besonders gewichtigen Interessen dienen muss. Sachliche Gründe genügen bereits. Dies gilt unterschiedslos, ob es sich nun um eine direkte oder indirekte Benachteiligung aufgrund des Alters handelt. Immerhin verspricht

¹⁷⁰⁰ Siehe dazu oben G. § 3. II. 1.5.2. b.

¹⁷⁰¹ Siehe dazu oben H. § 3. II. 5.2.3.

das Bundesgericht, einen «*etwas striktere[n]*» Massstab im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung anzuwenden.¹⁷⁰² Es bestehen folglich aus Schweizer Sicht keine sachlichen Einschränkungen in Bezug auf den Zweck der Benachteiligung. Die Schweizer Rechtsprechung neigt sogar dazu, in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen eine Benachteiligung aufgrund des Alters selbst dann als zulässig zu qualifizieren, wenn dadurch sozial-politischen Interessen gedient wird. Dies, ohne dass nur schon danach gefragt wird, ob dieses (angebliche) sozial-politische Interesse überhaupt in der Schweizer Rechtsordnung angelegt ist.¹⁷⁰³

Anders verhält es sich im EU-Recht. Benachteiligungen, die unmittelbar gestützt auf das Alter erfolgen, lassen sich nur dann rechtfertigen, wenn sie einem der vier in der Richtlinie 2000/78/EG genannten Zwecke dienen und im Übrigen verhältnismässig sind. Als zulässige Zwecke im Rahmen dieses *Numerus clausus* gelten Massnahmen aus dem Bereich des *ordre public*, Massnahmen zur Sicherstellung einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung, Massnahmen zur Verwirklichung nationalrechtlicher Ziele insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung sowie positive und spezifische Massnahmen zur Förderung bestimmter benachteiligter Gruppen.¹⁷⁰⁴

Im Gegensatz zum Schweizer Diskriminierungsverbot für altersbasierte Benachteiligungen besteht keine generell tiefere Rechtfertigungslast als für andere Merkmale. Vielmehr hat sich in der Rechtsprechung des EuGH ein nach dem Massnahmenzweck differenziertes Rechtfertigungsprofil entwickelt. Zum Beispiel werden an die Massnahmen im Bereich des *ordre public* besonders strenge Anforderungen gestellt. Ebenso hervorzuheben ist, dass der EuGH altersbasierte Benachteiligungen wegen einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung nur in sehr begrenzten Fällen zulässt und daher die Verhältnismässigkeit einer strengen Prüfung unterzieht.¹⁷⁰⁵

Dieses enge Rechtfertigungskorsett gilt nach den von der Richtlinie 2000/78/EG betroffenen Bereichen hingegen nicht für indirekte Diskriminierungen. Indirekte Benachteiligungen lassen sich auch mit anderen Gründen als jenen im *Numerus*

¹⁷⁰² Dazu oben G. § 3. II. 1.6.2.

¹⁷⁰³ BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, E. 3.4, sowie die Ausführungen dazu oben G. § 3. II. 2.5.2.

¹⁷⁰⁴ Dazu oben in H. § 3. II. 6.

¹⁷⁰⁵ Dazu oben in H. § 3. II. 6.

clausus vorgesehenen rechtfertigen. Gleichwohl müssen indirekt benachteiligende Massnahmen verhältnismässig sein.¹⁷⁰⁶

Mit Blick auf private Anstellungsverhältnisse ist der hier einschlägige EU-rechtliche Antidiskriminierungsschutz insbesondere durch den Rechtfertigungsgrund der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen besser ausgebaut als in der Schweiz. Dieser Rechtfertigungsgrund nimmt jene Thematik auf, bei der das Alter als Stellvertreterkriterium für eine gesuchte Eigenschaft herangezogen wird. Er hat das Potential, probate Antworten auf Benachteiligungen zu bieten, in denen eine Korrelation oder bloss eine Assoziation zwischen Alter und einer bestimmten Eigenschaft hergestellt wird. Dies ist gerade im Bereich von *People Analytics* entscheidend. An einer solchen Entsprechung fehlt es im Schweizer Recht. Insbesondere lassen sich aktuell keine verlässlichen Prognosen darüber anstellen, wie das Bundesgericht Korrelationen diskriminierungsrechtlich bewerten würde. Zwar finden sich vereinzelt Anhaltspunkte dazu. Es lassen sich jedoch gestützt auf diese keine allgemeinen Aussagen treffen.¹⁷⁰⁷

Verglichen mit der Schweiz sieht das EU-Recht gesamt betrachtet ein deutlich strengeres Rechtfertigungsregime vor für Benachteiligungen aufgrund des Alters.

VII. Schutzsymmetrie

Sowohl das Diskriminierungsverbot der EU als auch jenes der Schweiz sind insofern symmetrisch konzipiert, als ihr antidiskriminierungsrechtlicher Schutz allen Altersgruppen gleichermaßen zusteht.

Beide Diskriminierungsverbote weisen auch asymmetrische Aspekte auf. Die Asymmetrie im Schweizer Diskriminierungsverbot zeigt sich darin, dass Benachteiligungen basierend auf dem Alterskriterium bereits mit sachlichen Gründen legitimiert werden können, während die Zulässigkeit des Zwecks der Benachteiligung für andere ebenso im Diskriminierungsverbot aufgezählte Merkmale an einem strengeren Massstab gemessen wird.¹⁷⁰⁸

In Bezug auf das EU-rechtliche Diskriminierungsverbot äussert sich die Asymmetrie insbesondere darin, dass das Alterskriterium das einzige Merkmal ist, aufgrund dessen eine Benachteiligung mit nationalrechtlichen Zielen insbesondere

¹⁷⁰⁶ Zum EU-Recht dazu oben H. § 3. II. 6.1.

¹⁷⁰⁷ Dazu oben G. § 3. II. 1.4.3.

¹⁷⁰⁸ Dazu oben G. § 3. II. 1.7.

aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung gerechtfertigt werden kann. Damit wird der Rechtfertigungskatalog verglichen zu anderen Merkmalen deutlich ausgeweitet.¹⁷⁰⁹

VIII. Beweis und Rechtsfolgen

Das Schweizer Recht sieht bezüglich Altersdiskriminierungen weder besondere Beweislastverteilungsmechanismen vor noch spezifische Sanktionsmassnahmen, die eine ernstzunehmende Abschreckung vor Diskriminierungen basierend auf dem Alter hervorrufen würden.

Ausserdem besteht im Schweizer Arbeitsrecht insofern bloss ein eingeschränkter allgemeiner Schutz vor Viktimisierung, als eine infolge der Geltendmachung einer Diskriminierung ausgesprochene Kündigung als missbräuchliche Rache Kündigung im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR qualifiziert werden könnte. Die damit verbundene Sanktion ist auf eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen begrenzt. Ein Kündigungsschutz, wie er speziell in Art. 10 GIG vorgesehen ist, besteht bezogen auf Altersdiskriminierungen hingegen nicht.¹⁷¹⁰

Verglichen damit ist das EU-Recht fortschrittlicher. Unter anderem schreibt es in der Richtlinie 2000/78/EG eine Beweislastverteilungsregel zugunsten potentieller Diskriminierungsopfer vor und verpflichtet die Mitgliedstaaten ausserdem dazu, Sanktionen vorzusehen. Das den EU-Mitgliedstaaten vorgeschriebene Sanktionsregime ist rigoros. Denn es wird einerseits vorausgesetzt, dass dieses eine abschreckende Wirkung erzeugt. Andererseits beschränken sich die Sanktionen nicht auf den finanziellen Ausgleich für erlittenes Unrecht. Es dürfen auch Bussen vorgesehen werden. Dabei gilt, dass die jeweilige Sanktion im nationalen Recht betragsmässig nicht plafoniert werden darf. Hinzu kommt, dass Art. 11 Richtlinie 2000/78/EG die EU-Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu verpflichtet, erforderliche Massnahmen zum Schutz vor Viktimisierung zu ergreifen.¹⁷¹¹

Auch in Bezug auf den Ausgleich finanzieller Nachteile infolge einer Diskriminierung ist die Rechtsprechung des EuGH in der Tendenz grosszügiger als jene des Schweizer Bundesgerichts. Laut der Rechtsprechung des EuGH kann in Bezug auf Streitigkeiten unter Privaten zwar eine Korrektur nach unten (so genanntes *«levelling down»*) in Frage kommen. Der Tenor des EuGH ist jedoch der, dass

¹⁷⁰⁹ Dazu oben H. § 3. II. 7.

¹⁷¹⁰ Dazu oben G. § 3. III.

¹⁷¹¹ Dazu oben in H. § 3. III.

eine Lösung im Sinne eines «levelling up» bevorzugt wird.¹⁷¹² Eine vergleichbare Rechtsprechung existiert in der Schweiz nicht. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Zusammenhang mit Lohndiskriminierungen aufgrund des Geschlechts ergibt sich allerdings, dass eine Korrektur nach oben nur für die Vergangenheit vorzunehmen ist, nicht jedoch für die Zukunft.¹⁷¹³

IX. Wirkung

Das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot der Schweiz entfaltet zwar vertikale Wirkung in den Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Privaten. Demgegenüber kommt ihm keine unmittelbare horizontale Wirkung zwischen Privaten zu. Die Verwirklichung des Diskriminierungsverbots erfolgt vielmehr auf dem Umweg über eine völkerrechts- und verfassungskonforme Auslegung des einschlägigen Zivilrechts.¹⁷¹⁴ Es wurde jedoch gezeigt, dass das Diskriminierungsverbot bislang nur unzureichend in privaten Rechtsverhältnissen durchschlägt.¹⁷¹⁵

Im Gegensatz dazu wird in zahlreichen Urteilen des EuGH bestätigt, dass das Diskriminierungsverbot nach Art. 21 Abs. 1 GRC auch unter Privaten unmittelbar wirksam ist. Damit hat dieses primärrechtliche Diskriminierungsverbot einen bedeutenden Vorteil gegenüber dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot der Schweiz, zumal es widersprechendes nationales Recht verdrängt und – soweit dem nationalen Recht das diskriminierungsrechtliche Korrelat fehlt – die Lücke im Landesrecht schliesst.¹⁷¹⁶ Dadurch wird dem EU-rechtlichen Diskriminierungsverbot in Beschäftigung und Beruf zum Durchbruch verholfen.¹⁷¹⁷ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Wirkung nicht gleichbedeutend mit Durchsetzbarkeit ist. Ohne innerstaatliche Anordnungen über die Rechtsfolgen zur Verletzung des Diskriminierungsverbots lässt sich auch das wirksame Diskriminierungsverbot unter Privaten nicht effektiv realisieren.

¹⁷¹² Dazu oben im Abschnitt H. § 3. III. 4.2.

¹⁷¹³ BGE 124 II 436, E. 11. Siehe auch oben Abschnitt G. § 3. III. 3.

¹⁷¹⁴ Dazu oben G. § 2. IV.

¹⁷¹⁵ Dazu oben G. § 3. IV.

¹⁷¹⁶ Dazu oben H. § 2. III.

¹⁷¹⁷ EuGH v. 26.1.2021, Rs. C-16/19, *V/L*, ECLI:EU:C:2021:64, Rn. 33 mit Hinweis auf weitere Rechtsprechung.

X. Juxtaposition

Im Folgenden werden die Erkenntnisse aus dem Rechtsvergleich in einer tabellarischen Juxtaposition dargestellt. Sie bildet das Substrat aus obigen Ausführungen und dient der Visualisierung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Diskriminierungsverbote.

Dazu ist noch auf Folgendes hinzuweisen: In der Juxtaposition wird die Richtlinie 2000/78/EG dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot der Schweiz gegenübergestellt. Einzig in Bezug auf die unmittelbare Drittwirkung wird im Rahmen der Juxtaposition auf Art. 21 Abs. 1 GRC rekurriert, weil dieser im Gegensatz zur Richtlinie 2000/78/EG auch unter Privaten wirksam ist. Dabei ist aber zu präzisieren, dass Art. 21 Abs. 1 GRC und damit auch die mit ihm verbundene unmittelbare Drittwirkung im Bereich des EU-Rechts zwar umfassend gilt, im Rahmen der Juxtaposition bezieht sich die unmittelbare Drittwirkung ausschliesslich (sic !) auf jenen Teilgehalt des primärrechtlichen Diskriminierungsverbots nach Art. 21 Abs. 1 GRC, wie er bereichsspezifisch durch das Diskriminierungsverbot in der Richtlinie 2000/78/EG konkretisiert wird.¹⁷¹⁸ Damit ist im Übrigen nicht gesagt, dass der gesamte Inhalt der Richtlinie 2000/78/EG Teilgehalt von Art. 21 Abs. 1 GRC bildet und damit indirekt Drittwirkung entfaltet, sondern nur – aber immerhin –, dass insbesondere das Diskriminierungsverbot der Richtlinie in Art. 21 Abs. 1 GRC enthalten ist.

¹⁷¹⁸ Siehe auch EuGH v. 26.1.2021, Rs. C-16/19, *VL*, ECLI:EU:C:2021:64, Rn. 33 mit Hinweis auf weitere Rechtsprechung.

Schutz vor Altersdiskriminierung durch Diskriminierungsverbote		Schweiz (verfassungsmässiges Diskriminierungsverbot)
Spezielle Regeln?	EU (Richtlinie 2000/78/EG)	Nein
Geltungsbereich	Ja, für Beschäftigung und Beruf in der Richtlinie 2000/78/EG Grundsätzlich für alle Phasen des Erwerbslebens; Bereichsausnahmen möglich für Streitkräfte und best. staatl. Leistungssysteme	Selbständiges Diskriminierungsverbot. Gilt in allen Phasen des Erwerbslebens.
Schutzgut	Würde des Menschen	Würde des Menschen
Erfasste Diskriminierungsformen	– <i>Positiv</i> : Direkte und indirekte Diskriminierung, Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung – <i>Negativ</i> : Intersektionelle Diskriminierung – <i>Fraglich</i> : Statistische Diskriminierung	– <i>Positiv</i> : Direkte und indirekte Diskriminierung – <i>Fraglich</i> : Intersektionelle Diskriminierung, statistische Diskriminierung, Diskriminierung durch Belästigung und Anweisung
Diskriminierungsbegriff:	Benachteiligung/Vorsatz Vergleichstest	Keine finanzielle Anknüpfung; bedarf eines individualisierbaren Opfers; kein Vorsatz erforderlich
	Keine finanzielle Anknüpfung; bedarf keines individualisierbaren Opfers; kein Vorsatz erforderlich – <i>Direkte Disk.</i> : Tendenz zur Annahme der Vergleichbarkeit – <i>Indirekte Disk.</i> : Besondere Betroffenheit, keine Verhältniszahl	Keine finanzielle Anknüpfung; bedarf eines individualisierbaren Opfers; kein Vorsatz erforderlich – <i>Direkte Disk.</i> : Tendenziell strenge Anforderungen an Vergleichbarkeit – <i>Indirekte Disk.</i> : Besonders starke Betroffenheit, keine Verhältniszahl

Schutz vor Altersdiskriminierung durch Diskriminierungsverbote	
Rechtfertigung	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Direkte Disk.</u>: Numerus clausus an zulässigen Zielen - <u>Indirekte Disk.</u>: Kein Numerus clausus an zulässigen Zielen - Differenzierte Verhältnismässigkeitsprüfung (ausserdem teilweise grosse Ermessensspielräume der Mitgliedstaaten)
Schutzsymmetrie	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Symmetrie</u>: Gleicher Schutz für alle Altersgruppen - <u>Asymmetrie</u>: Mehr Rechtfertigungsmöglichkeiten bzgl. Alter
Horizontale Wirkung	Keine unmittelbare Drittwirkung der Richtlinie selbst, jedoch des bereichsspezifisch durch die Richtlinie 2000/78/EG konkretisierten Diskriminierungsverbots in Art. 21 Abs. 1 GRC
Beweis und Rechtsfolgen	Beweislastumkehr; unbegrenzte Sanktionen
	<ul style="list-style-type: none"> - Generell kein Numerus clausus an zulässigen Zielen, Erfordernis eines sachlichen Grunds - keine speziell differenzierte Verhältnismässigkeitsprüfung, soll aber verglichen zum allg. Gleichheitssatz etwas strikter sein
	<ul style="list-style-type: none"> - <u>Symmetrie</u>: Gleicher Schutz für alle Altersgruppen - <u>Asymmetrie</u>: Tieferes Schutzniveau bzgl. Alter
	Mittelbar über verfassungskonforme Auslegung einschlägigen Zivilrechts
	Keine Beweislastumkehr; keine abschreckenden Sanktionen

XI. Fazit zum Rechtsvergleich zwischen dem EU-Recht und dem Schweizer Recht

Das EU-Recht sieht einen effektiven Schutz vor Altersdiskriminierungen im Bereich des Erwerbslebens vor. Es mag zwar zutreffen und ist kritisch zu sehen, dass die Richtlinie 2000/78/EG verglichen mit anderen Unterscheidungsmerkmalen ein grosses Reservoir an Rechtfertigungsmöglichkeiten für Benachteiligungen basierend auf dem Alter bereithält.¹⁷¹⁹ Die Rechtfertigungsmöglichkeiten sind jedoch – immerhin – im Bereich der direkten Diskriminierung beschränkt. Hier ist vorgeschrieben, welche Rechtfertigungen zulässig sind, und es ergibt sich daraus, welche Rechtfertigungen im Umkehrschluss eben nicht zulässig sind. Den Gerichten wird damit auch der diffizile Balanceakt zwischen dem Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung und anderen, kollidierenden grundrechtlich geschützten Interessen, wie z.B. jenem der Wirtschaftsfreiheit oder der Meinungsäusserungsfreiheit, erleichtert – aber auch nicht vollständig abgenommen.¹⁷²⁰ In dem für direkte Diskriminierungen vorgeschriebenen *Numerus clausus* an zulässigen Rechtfertigungskategorien manifestiert sich bereits die Güterabwägung, die einen Interessenausgleich zwischen den widerstreitenden Grundrechten gewährleistet. Indem es also nicht mehr vollständig den Gerichten überlassen ist, darüber zu befinden, was sich beispielsweise mit der Wirtschaftsfreiheit verträgt, ist der Weg zur Umsetzung des Diskriminierungsverbots einfacher zu beschreiten, die Gefahr einer verzerrten Umsetzung des Diskriminierungsverbots wird eingedämmt und auch der Rechtssicherheit ist damit gedient, zumal der Einzelne leichter abschätzen kann, welche Verhaltensweisen als diskriminierend gelten. Darin ist ein wesentlicher Vorteil des EU-Rechts zu sehen, der dem Schweizer Recht abgeht:

Das Schweizer Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV sieht in sachlicher Hinsicht keinerlei kategoriale Einschränkungen der Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Eine benachteiligende Massnahme muss lediglich einem legitimen Zweck dienen und den Massstäben der Verhältnismässigkeit genügen. Kollidiert der Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung mit konkurrierenden, grundrechtlich geschützten Interessen, bleibt es den Gerichten überlassen, für einen Interessenausgleich zu sorgen.¹⁷²¹ Der Schweizer Gesetzgeber hat sich bislang davor geschaut, konkrete Rechtfertigungsszenarien festzulegen, in denen – ähnlich wie

¹⁷¹⁹ Vgl. MUIR, Fine-tuning non-discrimination law, S. 39.

¹⁷²⁰ Siehe dazu die Rechtfertigungen unter der Richtlinie 2000/78/EG im Abschnitt H. § 3. II. 6.

¹⁷²¹ Nach Art. 35 Abs. 3 BV obliegt es den Behörden, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden, soweit sie sich dazu eignen.

in der Richtlinie 2000/78/EG – eine Güterabwägung zwischen den verschiedenen gegenläufigen Interessen bereits antizipiert wird. Der Preis dieser gesetzgeberischen Enthaltung ist einerseits eine wenig konsequente Umsetzung des Diskriminierungsverbots in Sachverhaltskonstellationen unter Privaten sowie andererseits eine beachtliche Rechtsunsicherheit darüber, welche Verhaltensweisen als diskriminierend zu gelten haben.¹⁷²²

Weiter ist festzustellen, dass das EU-Recht insgesamt einen umfassenderen Schutz bietet als das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot der Schweiz. Dies gilt allerdings nicht für intersektionelle Diskriminierungen, die nicht in den Schutzbereich der Richtlinie 2000/78/EG fallen, und es ist ausserdem hervorzuheben, dass auch im EU-Recht in Bezug auf statistische Diskriminierungen unklar bleibt, wie mathematische Korrelationen zwischen dem Alter und einer bestimmten Eigenschaft rechtlich zu bewerten sind.¹⁷²³ Mit dem Aufkommen moderner Technologien im Bereich von *People Analytics* wiegen diese beiden Lücken umso schwerer. Dies, weil gerade algorithmisch hergeleitete Korrelationen verschiedene Kriterien in der Suche nach einer spezifischen Eigenschaft kombinieren.

Besonders positiv an der EU-rechtlichen Umsetzung des Verbots der Altersdiskriminierung ist seine Orientierung an praktischen Bedürfnissen. Dies zeigt sich insbesondere an den Vorgaben zur Beweislastverteilung, dem Schutz vor Viktimisierung sowie den Vorgaben betreffend Sanktionen wie z.B. Genugtuungs- und Schadenersatzleistungen. All dies kann dem Verbot der Altersdiskriminierung zum tatsächlichen Durchbruch verhelfen, was auch die Evaluationen der Europäischen Kommission zur Richtlinie 2000/78/EG vermuten lassen.¹⁷²⁴ Im Gegensatz dazu kennt das Schweizer Recht keine solchen Vorschriften in Bezug auf Altersdiskriminierung.

¹⁷²² Dazu oben im Abschnitt G. § 3. IV.

¹⁷²³ Dazu oben im Abschnitt H. § 6. IV.

¹⁷²⁴ Dazu oben H. § 5.

I. Rechtliche Massnahmenempfehlungen

§ 1 Gang der Empfehlungen

Eingangs dieser Arbeit wurde ein Untersuchungsraster entwickelt, an dem sich die Betrachtungen zum Schweizer Recht orientierten. Das Untersuchungsraster besteht aus Ober- und Unterkategorien. Zu den Oberkategorien gehörten Diskriminierungsverbote sowie Massnahmen im Bereich der Diskriminierungsprävention und der Inklusion.¹⁷²⁵

Die nachstehenden Massnahmenempfehlungen folgen dieser Struktur. Die Empfehlungen basieren dabei auf den Erkenntnissen über die Stärken und Schwächen des Schweizer Rechts in den jeweiligen Bereichen des Untersuchungsrasters. Gestützt darauf wird zunächst für die Einführung eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes plädiert, das nebst einem Diskriminierungsverbot auch spezifische flankierende Massnahmen vorsieht (§ 2). Im Bereich der Diskriminierungsprävention werden sodann unterschiedliche Massnahmen gefordert, wie z.B. ein Zertifizierungsverfahren für Algorithmen, Beweislastregelungen und die Einführung eines anonymisierten Bewerbungsverfahrens (§ 3). Abschliessend werden Massnahmen im Bereich der Inklusion vorgeschlagen (§ 4). Letztere betreffen die Förderung der Arbeitsmarkteteiligung, die Aus- und Weiterbildung im bestehenden Arbeitsverhältnis, altersgerechte Arbeitsbedingungen sowie die AHV und die berufliche Vorsorge.

§ 2 Einführung eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes

I. Plädoyer für ein zivilrechtliches Antidiskriminierungsgesetz

Die Betrachtungen zum verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot der Schweiz und zu dessen Umsetzung im Zivilrecht brachten erhebliche Schwächen zum Vorschein. Bemängelt wurden insbesondere das Fehlen eines gesamtheitlichen Dis-

¹⁷²⁵ Zum Untersuchungsraster mitsamt seinen Ober- und Unterkategorien siehe den Abschnitt E. § 4.

kriminierungsschutzes, der sich auf alle Diskriminierungsformen erstreckt, sowie eine mangelhafte Struktur im Rahmen der Prüfung, ob nun eine altersbasierte Benachteiligung gerechtfertigt ist. Ebenso blieb offen, wie Korrelationen und Assoziationen im Kontext eines Diskriminierungsverbots zu bewerten sind.

Es drängt sich daher die Einführung eines in privatrechtlichen Verhältnissen wirksamen und durchsetzbaren Diskriminierungsverbots auf, was in Teilen der Lehre so auch als unumgängliche Notwendigkeit angesehen wird.¹⁷²⁶ Diese Forderung findet ausserdem Sukkurs seitens des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, der zuletzt 2019 zum wiederholten Male das Fehlen einer durchsetzbaren Antidiskriminierungsgesetzgebung im Schweizer Recht beanstandete.¹⁷²⁷

Gegen ein zivilrechtliches Diskriminierungsverbot wird jedoch sinngemäss eingewendet, es bestehe kein Anspruch auf Gleichbehandlung und ohnehin biete das Zivilrecht einen ausreichenden Schutz.¹⁷²⁸ Es wird auch vorgebracht, Diskriminierungsverbote seien ein unverhältnismässiger Eingriff in die Vertragsfreiheit zulasten der Arbeitgeber.¹⁷²⁹ JAUN meint sogar Abgründe zu erkennen, «[...] die sich auf tun, wenn ein typisch öffentlichrechtliches Konzept unbesehen ins Privatrecht übertragen wird».¹⁷³⁰ Ausserdem sei mit Antidiskriminierungsrecht – so PICKER sinngemäss – eine «[...] Verquickung von Recht und Moral [...]» zu befürchten.¹⁷³¹ Und schliesslich – so JAUN beinahe achselzuckend – sei «[...] Vertrag naturgemäss Diskriminierung».¹⁷³² Ein der Richtlinie 2000/78/EG nachgebildetes Antidiskriminierungsgesetz ist, wenn man die Kritiken so liest, insgesamt überflüssig.¹⁷³³ Dem kann nach hier vertretener Ansicht nicht zugestimmt werden, und es ist darauf wie folgt zu erwidern:

¹⁷²⁶ Vgl. PÄRLI, Altersdiskriminierung, S. 11 f.; siehe aber auch OECD Bericht zur Schweiz, 2014, S. 123 f.

¹⁷²⁷ Vgl. UN-ESC, Concluding Observations Switzerland, 2019, Ziff. 20–21, sowie UN-ESC, Concluding Observations Switzerland, 2010, Ziff. 7 f.

¹⁷²⁸ Vgl. JAUN, S. 458 ff.

¹⁷²⁹ Vgl. JAUN, S. 471 f., sowie weitere Hinweise auf Kritiken zum Antidiskriminierungsrecht in PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 15.

¹⁷³⁰ JAUN, S. 467.

¹⁷³¹ PICKER, S. 541.

¹⁷³² JAUN, S. 473.

¹⁷³³ Explizit dazu JAUN, S. 491.

Es ist falsch zu meinen, das bestehende Zivilrecht biete ausreichenden Schutz vor Diskriminierung. Das zivilrechtliche Altersdiskriminierungsverbot bietet keinen wirksamen Schutz. Gerade im Zivilrecht sind erhebliche Umsetzungsdefizite in Bezug auf das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot festzustellen, dessen Massstäbe unter anderem auch gemessen am Völkerrecht überhaupt schon zu tief angesetzt sind, soweit es um Altersdiskriminierung geht.¹⁷³⁴ Das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot ist im Ergebnis dermassen durchlässig, dass selbst krasse Fälle ohne gravierende Folgen für jenen durchgehen, der diskriminiert.¹⁷³⁵ Hinzu kommt, dass die Aussage, wonach jeder Vertrag *ipso facto* diskriminierend ist, auf einer irrigen Vorstellung darüber beruht, was Diskriminierung tatsächlich ist. Es geht nicht etwa um den lateinischen Wortsinn des Verbs «*discriminare*», der sich mit «unterscheiden» oder «trennen» übersetzen lässt.¹⁷³⁶ Vielmehr geht es um die juristische Bedeutung. Danach kann sich eine Diskriminierung nur dort zutragen, wo die Würde des Menschen in Abwesenheit einer ausreichenden Rechtfertigung verletzt wird. Dies trifft regelmässig dann zu, wenn Benachteiligungen aufgrund verpönter Merkmale wie eben des Alters erfolgen.¹⁷³⁷ Es ist somit offensichtlich, dass beispielsweise die blosser Zusage zugunsten eines Bewerbers nicht schon deswegen diskriminierend ist, weil dadurch anderen abgesagt wurde. Diskriminierend ist eine Absage nur dann, wenn für den Selektionsentscheid ohne hinreichende Rechtfertigung ein verpöntes Merkmal ausschlaggebend war.

Ferner ist Antidiskriminierungsrecht von vornherein kein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit: Nach UHLMANN ist die Vertragsfreiheit dann betroffen, sobald in das vertragliche Gleichgewicht eingegriffen wird.¹⁷³⁸ Diskriminierung ist stets die Folge eines Machtungleichgewichts, das sich zum Nachteil einer Person auswirkt. Antidiskriminierungsrecht dient der Vertragsfreiheit, indem es als Korrektiv das Machtgefälle ebnet und so eine harmonische Verwirklichung der Vertragsfreiheit erst ermöglicht.¹⁷³⁹ Das bestehende Recht sieht denn auch heute schon zahlreiche Korrekturmechanismen vor, welche die schwächere Partei vor Ausbeutung infolge einer überbordenden Wirtschaftsfreiheit schützen. Ganz elementar dazu ist z.B. das Arbeitsgesetz (ArG) oder Art. 20 OR, laut dem widerrechtliche oder sittenwid-

¹⁷³⁴ Dazu oben im Abschnitt G. § 3. IV.

¹⁷³⁵ Dazu oben in G. § 3. IV.

¹⁷³⁶ Dazu oben D. § 4.

¹⁷³⁷ Dazu oben insbesondere G. § 3. II. 1.3.

¹⁷³⁸ UHLMANN, BS Kommentar BV, Art. 27 Rn. 13.

¹⁷³⁹ Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1600, der insbesondere auch den Freiheitsgewinn der bislang Diskriminierten betont.

rige Verträge nichtig sind. Die Wirtschaftsfreiheit beziehungsweise die Vertragsfreiheit sind bereits *de lege lata* ganz offensichtlich keine unantastbaren Güter. Vielmehr sind Diskriminierungsschutz und Vertragsfreiheit nach PÄRLI «Partner und keine Gegenspieler».¹⁷⁴⁰

Warum, wenn das Recht heute schon der Wirtschaftsfreiheit explizite Grenzen setzt, soll nicht auch *de lege ferenda* ein explizites Diskriminierungsverbot möglich sein? Dies erst recht dann, wenn ein solches nicht einmal einen echten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellte?

Es wurde ausserdem gezeigt, dass die individuelle Freiheit, wie z.B. die Vertragsfreiheit, keinen Vorrang gegenüber einem materiellen Gleichheitsanspruch hat.¹⁷⁴¹ Eine Benachteiligung aufgrund des Alters lässt sich folglich schlicht nicht alleine mit dem blossen Hinweis auf die Wirtschaftsfreiheit rechtfertigen, denn es gibt keine Freiheit, geschweige denn einen Anspruch darauf, zu diskriminieren.

Letztlich ist auch zu berücksichtigen, dass Antidiskriminierungsrecht der Erfüllungsgehilfe materieller Gleichheit ist, der aufgetragen ist, soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen.¹⁷⁴² Das Verhältnis zwischen Gleichheit und Freiheit ist nicht antagonistischer Natur, denn Antidiskriminierungsrecht kommt allen zugute – den Betroffenen und auch der Wirtschaft per se, indem brachliegendes Arbeitskräftepotential genutzt wird. Genau dies entspricht auch dem RAWLS'schen Gedanken einer sozialen Gerechtigkeit, indem die Chancen aller so verteilt werden, so dass der Nutzen daraus für alle maximiert wird.¹⁷⁴³

Dieses Ziel sozialer Gerechtigkeit findet seine Stütze in verschiedenen Bestimmungen der Bundesverfassung: Zu nennen ist beispielsweise Art. 2 Abs. 2 BV, der bestimmt, dass der Zweck der Schweizerischen Eidgenossenschaft darin besteht, die *gemeinsame* Wohlfahrt zu fördern. Auch die Wirtschaftsordnung muss laut Art. 94 Abs. 2 BV darauf ausgerichtet sein, die Wohlfahrt zu mehren. Dazu haben nach Art. 94 Abs. 3 BV Bund und Kantone günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft zu schaffen.¹⁷⁴⁴ Antidiskriminierungsrechtliche Massnahmen

¹⁷⁴⁰ PÄRLI, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 99.

¹⁷⁴¹ Vgl. die Ausführungen zu Gerechtigkeit, Gleichheit und Diskriminierungsverboten oben im Abschnitt D.

¹⁷⁴² Vgl. die Ausführungen zu Gerechtigkeit, Gleichheit und Diskriminierungsverboten oben im Abschnitt D.

¹⁷⁴³ Vgl. RAWLS, S. 83.

¹⁷⁴⁴ Vgl. dazu auch die Botschaft Neue Bundesverfassung BBl 1997 I 295, wonach der Sinn günstiger Rahmenbedingungen in der Förderung der allgemeinen Wohlfahrt besteht.

sind davon nicht ausgenommen, denn auch sie dienen der Wohlfahrt aller.¹⁷⁴⁵ Eine Rechtsordnung, die Schwächere benachteiligt, steht diesem Gedanken diametral entgegen und ist schädlich. Es ist ausserdem in Erinnerung zu rufen, dass Antidiskriminierungsrecht einen Wettbewerbsvorteil für die Schweiz mit sich bringt und daher im Interesse der gemeinsamen Wohlfahrt liegt: Die Förderung von Inklusion und letztlich die Beseitigung toxischer Vorurteile sind Medizin, um den viel beklagten Fachkräftemangel zu lindern. Dasselbe gilt erst recht für Diskriminierungsverbote. Das Antidiskriminierungsrecht hat somit grosse Bedeutung, wenn es darum geht, eine für alle Marktteilnehmer nützliche soziale Gerechtigkeit zu realisieren.

Wo, wenn nicht im Zivilrecht, lässt sich soziale Gerechtigkeit besser verwirklichen? Abgründe, wie JAUN sie zu erkennen glaubt, wohnen einem Antidiskriminierungsgesetz nicht inne. Ganz im Gegenteil, ein bestehender Abgrund wird dadurch überwunden!

Vorliegend wird ausserdem nicht bloss die Einführung eines Diskriminierungsverbots, sondern vielmehr ein spezialgesetzliches Regelwerk befürwortet, das spezifische flankierende Bestimmungen vorsieht, die zur Wirksamkeit des Diskriminierungsverbots beitragen. In Teilen der Literatur wird die Einführung eines Antidiskriminierungsgesetzes abgelehnt, weil befürchtet wird, ein bereichsübergreifender Inhalt desselben könnte *«[...] bereits Erreichtes in Frage stellen und etablierte Strukturen und Institutionen des Monitorings, der Beratung und Unterstützung schwächen [...]»*.¹⁷⁴⁶

Das hier vorgeschlagene Antidiskriminierungsgesetz ist allerdings nicht bereichsübergreifend, zumal es sich thematisch auf das Erwerbsleben beschränkt. Kollisionen mit anderen Spezialgesetzen – insbesondere mit dem Gleichstellungsgesetz – könnte durch die Implementierung eines Günstigkeitsprinzips begegnet werden. Dadurch wäre sichergestellt, dass aktuell bestehende Vorteile aus einem speziellen Gesetz sich nicht durch die Einführung eines weiteren Antidiskriminierungsgesetzes auflösen.¹⁷⁴⁷ Ein einsames Diskriminierungsverbot bliebe nach hier vertretener Auffassung hingegen ohne echten Nutzen, wenn es nicht durch flankierende gesetzliche Massnahmen begleitet wird. Gesetze mit reinem Symbol-

¹⁷⁴⁵ Vgl. UHLMANN, BS Kommentar BV, Art. 94 Rn. 18 ff., der Abs. 3 dieser Bestimmung weit auslegt und dazu alle staatlichen Handlungen zählt, die sich eignen, auf die Wirtschaft Einfluss zu nehmen.

¹⁷⁴⁶ KÄLIN/LOCHER, S. 104.

¹⁷⁴⁷ Dazu sogleich.

charakter sind abzulehnen. An der Einführung eines Antidiskriminierungsgesetzes führt nach hier vertretener Ansicht kein Weg vorbei.

Schliesslich ist noch auf die in Literatur und Politik anzutreffende Forderung nach einem verstärkten Kündigungsschutz zugunsten älterer Arbeitnehmer als Alternative zu einem spezifischen auf das Alter bezogenen Diskriminierungsverbot einzugehen.¹⁷⁴⁸ Im Rahmen einer parlamentarischen Initiative verlangte beispielsweise PARDINI die Verschärfung des bestehenden Kündigungsschutzes in Art. 336c OR, so dass ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer nicht kündigen könne, wenn dieser das 55. Altersjahr erreicht habe, mindestens zehn Dienstjahre ausweise und der Arbeitgeber bei der Kündigung nicht glaubwürdig begründen könne, dass die Kündigung nicht zur Substitution des betroffenen Arbeitnehmers durch eine kostengünstigere Arbeitskraft führe.¹⁷⁴⁹

Bestrebungen nach einer Verstärkung des Kündigungsschutzes sind nach hier vertretener Sicht kontraproduktiv im Kampf gegen Altersdiskriminierung: Die gesetzliche Klassifizierung einer bestimmten Altersgruppe als besonders schutzwürdig rückt diese in den Fokus, stigmatisiert sie und löst ageistische Reflexe aus. Ausserdem ist zu bedenken, dass sich dienstältere, über 55-jährige Arbeitnehmer aufgrund einer solchen oder ähnlichen Regelung naheliegenderweise davor scheuten, einen Stellenwechsel vorzunehmen, weil sie bei einer Neuanstellung das Privileg eines verschärften Kündigungsschutzes verlieren würden.¹⁷⁵⁰ Dieser drohende Verlust ist nicht zu unterschätzen, denn er kann auch dazu führen, dass ältere Arbeitnehmer eher noch bereit sind, am Arbeitsplatz erlebte Benachteiligungen stillschweigend hinzunehmen, anstatt sich nach einer neuen Arbeitsstelle umzusehen. All dies ist nicht im Sinne einer wirksamen Antidiskriminierungspolitik. Von einem Diskriminierungsverbot gehen solche Nachteile nicht aus, weshalb ein solches einem verschärften Kündigungsschutz vorzuziehen ist.

Vor diesem Hintergrund folgen zunächst einige konzeptionelle Überlegungen. Die Varianten denkbarer Diskriminierungsverbote reichen von einem allgemeinen und unbeschränkt anwendbaren Diskriminierungsverbot, das alle verpönten Distinktionsmerkmale umfasst und dazu bestimmt ist, in sämtlichen Lebensbereichen beachtet zu werden, bis hin zu einem spezifischen Diskriminierungsverbot, das

¹⁷⁴⁸ HUMBERT, S. 883 f.; Parlamentarische Initiative Pardini Corrado 16.489, «Sichere Arbeit für ältere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter» vom 14. Dezember 2016.

¹⁷⁴⁹ PI Pardini (16.489), Kündigungsschutz, 2016.

¹⁷⁵⁰ PÄRLI, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, S. 112 mit weiteren Ausführungen und Hinweisen zu diesem Thema.

ausschliesslich vor Benachteiligungen basierend auf einem bestimmten Merkmal in konkreten Lebensbereichen schützt.

Es gilt daher, zunächst ganz grundsätzliche konzeptionelle Weichenstellungen vorzunehmen (II.). Dazu werden der Geltungsbereich eines möglichen Antidiskriminierungsgesetzes sowie die zu schützenden Merkmale festgelegt. Ebenso sind die zu verbotenden Diskriminierungsformen zu definieren. Ferner ist darüber zu befinden, ob das Diskriminierungsverbot mit einem Rechtfertigungskatalog versehen werden soll und gegebenenfalls wie ein solcher Katalog inhaltlich auszugestalten ist. Und es ist schliesslich zu überlegen, ob ein solches Regelwerk auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe einzuführen ist.

Das Diskriminierungsverbot muss ausserdem inhaltlich eben jene Schwächen beseitigen, die in Zusammenhang mit dem landesrechtlichen Diskriminierungsverbot festgestellt wurden. Es genügt nicht, bloss eine einzelne Bestimmung einzuführen, die Diskriminierung verbietet. Vielmehr muss das Diskriminierungsverbot von Normen begleitet und gestützt werden, um insbesondere seine unmittelbare Wirkung und Durchsetzbarkeit zu gewährleisten. Es werden daher diverse das Diskriminierungsverbot flankierende Massnahmen vorgeschlagen (III.)

II. Konzeptionelle Überlegungen zum Diskriminierungsverbot

1. Geltungsbereich

Grundsätzlich liesse sich an ein allgemeines und damit bereichsübergreifendes, zivilrechtliches Diskriminierungsverbot denken. Soll das Diskriminierungsverbot jedoch mit einem Rechtfertigungskatalog versehen werden, erfordert dies zwangsläufig eine Eingrenzung des Geltungsbereichs. Wie nachstehend noch dargelegt wird, ist ein Rechtfertigungskatalog durchaus sinnvoll, weshalb auch der Geltungsbereich limitiert werden sollte – was hier mit der Einschränkung auf den Bereich des Erwerbslebens auch gefordert wird.

Das Diskriminierungsverbot sollte dabei in sämtlichen Phasen des zivilrechtlichen Erwerbslebens gelten.¹⁷⁵¹ Dies bedeutet, dass es in der Bewerbungsphase

¹⁷⁵¹ Eine Ausdehnung eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes auf den Bereich öffentlich-rechtlicher Anstellungsverhältnisse wäre begrüssenswert. Das öffentlich-rechtliche Personalrecht ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit, weshalb dies nicht weiter thematisiert wird; vgl. dazu die Ausführungen zum Forschungsgegenstand oben in B. § 2.

(einschliesslich der Stellenausschreibung selbst) sowie in der Anstellungs- und Beendigungsphase beachtet werden müsste.

Ausserdem sollte das Diskriminierungsverbot nicht bloss akzessorischer Natur sein und sich damit auf die Geltendmachung bestimmter Rechte im Bereich des Erwerbslebens beschränken. Vielmehr sollte es als bereichsspezifisches, selbständiges Diskriminierungsverbot konzipiert werden.

2. Verpönte Merkmale

Es stellt sich die Frage, welche Einzelmerkmale und Merkmalskombinationen unter Schutz zu stellen sind. Soll das Regelwerk auf Gesetzesstufe implementiert werden, hat es zunächst den durch das verfassungsmässige Diskriminierungsverbot vorgegebenen Rahmen zu respektieren. Das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV enthält einen nicht abschliessenden Katalog sensibler Merkmale. Als sensible Merkmale gelten solche, die persönlichkeitsstiftend und unabänderlich sind beziehungsweise deren Abänderung den Merkmalsträgern nicht zuzumuten ist und die zugleich über ein Stigmatisierungspotential verfügen.¹⁷⁵² Insofern ist ein privatrechtliches Diskriminierungsverbot von Verfassung wegen auf den Schutz sensibler Merkmale begrenzt. Allerdings beschränkt sich dieser Schutz nicht alleine auf jene in der Verfassung ausdrücklich erwähnten Merkmale. Ein zivilrechtliches Diskriminierungsverbot sprengte daher nicht den verfassungsmässigen Rahmen, wenn es Merkmalskombinationen, wie sie intersektionelle Diskriminierungen voraussetzen, als verpönte Merkmale miteinbeziehen würde. Vorausgesetzt bliebe jedoch, dass die Merkmalskombination für sich genommen ein sensibles Merkmal konstituierte.

Soweit es um die Einführung eines zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots geht, ist nicht unumstritten, ob dieses einen offenen Merkmalskatalog beinhalten sollte. WALDMANN lehnt dies ausdrücklich ab und führt dazu aus, ein privatrechtliches Diskriminierungsverbot solle nicht über die in Art. 8 Abs. 2 BV explizit aufgeführten Merkmale hinausgehen.¹⁷⁵³ Er begründet dies unter anderem damit, dass das Zustandekommen eines Vertrags auch durch Sympathien und Antipathien entschieden werde und es kaum je klar sei, worauf diese gründeten. Andererseits – so WALDMANN – würden durch eine Erweiterung der verpönten Merkmale Unsicher-

¹⁷⁵² WALDMANN, BS Kommentar BV, Art. 8 Rn. 65.

¹⁷⁵³ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 415 ff.

heiten geschaffen, denn es sei dem Privaten nicht zuzumuten, sich einem Kandidaten gegenüber «blind» zu stellen.¹⁷⁵⁴

Folgte man dieser Meinung, müssten Merkmalskombinationen von einem zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot ausgenommen werden. Dies ist unbefriedigend. WALDMANNs Argumenten lässt sich zudem Folgendes entgegenhalten: Es mag wohl zutreffen, dass nicht immer offensichtlich ist, worauf Antipathien oder Sympathien gründen. Diese Frage jedoch beschlägt die Beweisthematik und somit das Prozessrecht. Das Prozessrecht dient dem materiellen Recht.¹⁷⁵⁵ Nicht das Prozessrecht, sondern die gesellschaftlichen Interessen geben im Wesentlichen das materielle Recht vor.¹⁷⁵⁶ Materiellrechtliche Innovationen sollten jedenfalls nicht aufgrund eines antizipierten Versagens des dem materiellen Recht subordinierten Prozessrechts verhindert werden. Ohnehin lässt sich die tatsächliche Beweisbarkeit alleine schon angesichts der Fülle an möglichen Sachverhaltskonstellationen nie vorwegnehmen.

Auch die von WALDMANN ins Feld geführte Unsicherheit ist nach hier vertretener Ansicht kein ausreichender Grund für ein im Vergleich zum verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot abgespecktes, zivilrechtliches Diskriminierungsverbot. Es wurde argumentiert, dass sowohl die Bundesverfassung in Art. 8 Abs. 2 BV als auch das Völkerrecht mit Art. 14 EMRK z.B. intersektionelle Diskriminierungen grundsätzlich verbieten. Diese verfassungsmässige und völkerrechtliche Vorgabe muss auch unter Privaten realisiert werden.

Ein merkmalsoffenes Diskriminierungsverbot ist somit zu befürworten. Dieser Standpunkt findet auch in der Literatur Unterstützung, die – zwar in anderem Zusammenhang, nämlich der Gleichstellung der Geschlechter – sich ebenfalls für ein «allgemeines» Diskriminierungsverbot ausspricht.¹⁷⁵⁷

3. Diskriminierungsformen

Eine bedeutende Schwäche im Schweizer Antidiskriminierungsrecht ist darin zu sehen, dass sich nicht alle Erscheinungsformen von Diskriminierung in der Schweizer Rechtsprechung widerspiegeln. Dies betrifft insbesondere die mehrdimensionale und die statistische Diskriminierung. Dasselbe trifft zudem auf die

¹⁷⁵⁴ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 415 ff.

¹⁷⁵⁵ HAAS/MROSE, Rn. 2.4.

¹⁷⁵⁶ Vgl. RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rn. 518 ff.

¹⁷⁵⁷ HOTZ, S. 16 f.

Diskriminierung durch Belästigung zu, die immerhin bezogen auf Geschlechterdiskriminierung in das GlG Eingang gefunden hat.

Ein Diskriminierungsverbot verbietet optimalerweise alle Diskriminierungsformen und umschreibt dabei die einzelnen Erscheinungsformen im Sinne einer Legaldefinition. Dadurch würde die Handhabung des Diskriminierungsverbots wesentlich erleichtert werden. Die Richtlinie 2000/78/EG sieht beispielsweise solche Legaldefinitionen für bestimmte Diskriminierungsformen vor.

Ein weiteres Argument dafür, die verschiedenen Diskriminierungsformen zu benennen und zu definieren, besteht in der verhaltenssteuernden Funktion des Rechts.¹⁷⁵⁸ Der Nutzen von Antidiskriminierungsrecht kann schliesslich auch darin bestehen, Stereotypen und Vorurteile ins Bewusstsein zu rücken und die Gesellschaft so dazu zu bringen, ihre Verhaltensweisen zu überdenken und bestenfalls zu ändern.

4. Rechtfertigung

4.1. Wie sind der Rechtfertigung Grenzen zu setzen?

Es wird stets Konstellationen geben, in denen sich eine Benachteiligung rechtfertigen lässt. Ein Diskriminierungsverbot kann nicht absolut gelten. Die zentrale Frage ist, wann eine Benachteiligung aufgrund des Alters gerechtfertigt ist.

Die zivilrechtlichen Generalklauseln (Art. 2 ZGB, Art. 28 ZGB, Art. 328 OR oder Art. 336 OR), aus denen sich ein arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot ableiten lässt, bieten keine klaren Leitplanken, an denen sich sowohl die Gerichte als auch Arbeitgeber im Rahmen von Rechtfertigungsfragen orientieren können. Auch die Rechtsprechung zum zivilrechtlichen Diskriminierungsverbot weist dogmatischen Nachholbedarf auf, denn es ergibt sich aus ihr weder ein einheitlicher Diskriminierungsbegriff noch lässt sich ein Prüfschema extrapolieren, mit dem sich systematisch untersuchen liesse, ob einer potentiell diskriminierenden Benachteiligung die notwendige Rechtfertigung abgeht. Die Folge davon sind erhebliche Rechtsunsicherheiten.

Wie ist diesem Problem zu begegnen? Soll das Diskriminierungsverbot mit einem Rechtfertigungskatalog versehen werden, der zulässige Rechtfertigungstatbestände abschliessend aufzählt? Soll dieser Katalog lediglich beispielhaften Charakter

¹⁷⁵⁸ RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rn. 85 ff.

haben? Sollen gar keine Rechtfertigungsgründe aufgeführt werden, oder wäre es sinnvoll, wenigstens Vorgaben für ein Rechtfertigungs-Prüfschema zu machen?

Die Schwierigkeit im zivilrechtlichen Bereich besteht darin, dass sich jeweils verschiedene Grundrechtspositionen gegenüberstehen: Auf der einen Seite steht das Grundrecht auf eine diskriminierungsfreie Behandlung und auf der anderen Seite findet sich häufig die Vertragsfreiheit oder auch die Meinungsfreiheit.¹⁷⁵⁹ Es gilt daher, eine Balance zwischen den grundrechtlich geschützten Positionen zu finden. Welches Mass an Antidiskriminierungsschutz schafft einen gerechten Ausgleich? Ist eine blossе Präferenz eine genügende Rechtfertigung, die durch die Wirtschaftsfreiheit derart weitgehenden Schutz verdient, dass sie das Grundrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung verdrängt? Braucht es nicht vielmehr objektive Gründe, die eine Benachteiligung rechtfertigen, wenn es um sensible Merkmale geht?

Es sind verschiedene Antworten denkbar. Eine Variante ist es, keine Leitplanken bezüglich möglicher Rechtfertigungen vorzusehen. Das in Art. 3 Abs. 1 GlG statuierte Diskriminierungsverbot beispielsweise beinhaltet keine Vorschriften darüber, wann eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts gerechtfertigt ist. Eine einzige Ausnahme findet sich in Art. 3 Abs. 3 GlG, laut dem angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichheit keine Diskriminierung darstellen und folglich eine Benachteiligung rechtfertigen können.

Die andere Variante wäre, einen abschliessenden Rechtfertigungskatalog zu formulieren. Dies hätte den Vorteil, dass der Rechtfertigungskatalog als Ergebnis einer vorweggenommenen Güterabwägung zwischen den sich gegenüberstehenden Grundrechtspositionen dem Richter die eigene Güterabwägung erleichterte. Ebenso schaffte ein Rechtfertigungskatalog Rechtssicherheit, zumal dann leichter abzuschätzen ist, ob ein Verhalten einer Diskriminierung entspricht. Ein Nachteil eines Rechtfertigungskatalogs liegt jedoch in seiner Starrheit.

Die dritte, vermittelnde Variante ist eine Mischlösung zwischen einem expliziten Rechtfertigungstatbestand und Leitplanken als Orientierungshilfe insbesondere für die Rechtsprechung. Die Richtlinie 2000/78/EG ist beispielhaft für eine solche Mischlösung. Sie enthält einen Rechtfertigungskatalog, der jedoch nicht absolut zu verstehen ist, denn die Gerichte sind gleichwohl gehalten, in bestimmten Bereichen eine eigene Güterabwägung vorzunehmen. Die Richtlinie sieht einerseits einen sehr eng gefassten Rechtfertigungstatbestand vor, wenn es um wesentliche

¹⁷⁵⁹ Siehe dazu insbesondere das einleitende Plädoyer für die Einführung eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes oben in I. § 2. I.

und entscheidende berufliche Anforderungen geht.¹⁷⁶⁰ Soweit es um Benachteiligungen in Zusammenhang mit nationalrechtlichen Zielen insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung geht, gibt die Richtlinie andererseits bloss Beispiele vor, mit denen sich eine Benachteiligung eventuell rechtfertigen liesse.¹⁷⁶¹ Sie lassen sich daher auch als potentielle Rechtfertigungsargumente beschreiben. Angesichts dieser durch die Richtlinie 2000/78/EG gesetzten Leitplanken ist immerhin klar, dass es dem Geist der Richtlinie 2000/78/EG widerspräche, bloss subjektive Präferenzen eines Arbeitgebers oder solcher von Kunden als ausreichenden Rechtfertigungstatbestand unter dem Deckmantel der Vertrags- oder Meinungsfreiheit zuzulassen.¹⁷⁶²

Die Richtlinie 2000/78/EG geht noch einen Schritt weiter, indem sie bezüglich Rechtfertigungen zwischen unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligungen unterscheidet. Während im Bereich unmittelbarer Benachteiligungen die Rechtfertigungstoleranz schmal ist, ist diese umgekehrt in Bereichen mittelbarer Benachteiligungen etwas breiter, denn für Letztere genügt es, wenn der Benachteiligung ein objektives Ziel zugrunde liegt und die Benachteiligung für die Zwecke der Zielerreichung geeignet, erforderlich sowie verhältnismässig ist.¹⁷⁶³ Die Rechtfertigungsgründe bezüglich mittelbarer Benachteiligungen werden somit nicht in ein enges Rechtfertigungskorsett geschnürt.

Durch die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung fällt es auch leichter, differenzierte Rechtfertigungsmassstäbe zu entwickeln: Bei mittelbaren Benachteiligungen geht es in der Regel ja grundsätzlich nicht darum, z.B. eine bestimmte Alterskategorie gezielt zu benachteiligen. Vielmehr wird eine neutrale Regelung aus einem bestimmten Grund eingeführt mit der Folge, dass dadurch eine vergleichsweise überproportionale Betroffenheit einer bestimmten Gruppe resultiert.¹⁷⁶⁴ Insofern scheint es gerade für diese Diskriminierungsform notwendig zu sein, ein grösseres Mass an Rechtfertigungsflexibilität einzuräumen, als dies für direkte Diskriminierungen der Fall ist.

Entbehrte das Diskriminierungsverbot allerdings richtungweisender Angaben, kann dies tatsächlich jene von WALDMANN befürchtete und unerwünschte Unsi-

¹⁷⁶⁰ Art. 4 Abs. Richtlinie 2000/78/EG, dazu oben in H. § 3. II. 6.4.

¹⁷⁶¹ Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG, dazu oben in H. § 3. II. 6.5.

¹⁷⁶² Beispielhaft das Urteil des EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bouagnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt H. § 3. II. 6.2.

¹⁷⁶³ Dazu oben in H. § 3. II. 6.1.

¹⁷⁶⁴ Dazu ganz allgemein oben in F. § 4. II.

cherheit zur Folge haben, welche die Handhabung eines Diskriminierungsverbots in der Rechtswirklichkeit erheblich erschweren würde.¹⁷⁶⁵ Es ist daher nach hier vertretener Ansicht erforderlich, das Diskriminierungsverbot mit einer spezifischen Rechtfertigungsstruktur zu versehen.

Nachstehend wird eine Mischlösung vorgeschlagen. Diese sieht sowohl für mittelbare als auch für unmittelbare Benachteiligungen eine grundlegende Rechtfertigungsstruktur vor (4.2.). Zusätzlich soll diese Rechtfertigungsstruktur im Bereich direkter Benachteiligungen durch einen strikten *Numerus clausus* an Rechtfertigungstatbeständen komplettiert werden (4.3.). Anschliessend werden zur Veranschaulichung zwei Beispiele aufgeführt (4.4.–4.5.).

4.2. Allgemeine Rechtfertigungsstruktur

Die beiden Diskriminierungsverbote in Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 14 EMRK weisen eine ähnliche Rechtfertigungsstruktur auf. Benachteiligungen müssen danach ganz allgemein einem legitimen Ziel dienen, und sie müssen gemessen an diesem Ziel geeignet und erforderlich sowie für den Einzelnen zumutbar sein.¹⁷⁶⁶ Im Bereich von Art. 8 Abs. 2 BV reichen nur gewichtige und *öffentliche* Interessen als legitimes Ziel.¹⁷⁶⁷

Damit ist auch gesagt, dass die Rechtfertigung von Benachteiligungen unter Privaten nicht nach dem gleichen Massstab beurteilt werden kann. WALDMANN vertritt mit Blick darauf, dass sich ein Diskriminierungsverbot am Verfassungsrecht lediglich zu orientieren hat.¹⁷⁶⁸ Der Rechtfertigungsmassstab entspricht folglich nicht zwingend jenem für öffentlich-rechtliche Belange. Gleichwohl empfiehlt es sich aus Gründen der Rechtssicherheit und der Handhabung des Diskriminierungsverbots, die im Rahmen einer Rechtfertigung einzuhaltenden Prüfschritte grundsätzlich jenen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 8 Abs. 2 BV entwickelten anzugleichen. Dies drängt sich schon deshalb auf, weil sich Art. 8 Abs. 2 BV grundsätzlich dazu eignet, auf das Verhältnis zwischen privaten Akteuren übertragen zu werden.¹⁷⁶⁹

¹⁷⁶⁵ Vgl. WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 415 ff.

¹⁷⁶⁶ In Bezug auf Art. 14 EMRK oben G. § 3. I. 4.6; in Bezug auf Art. 8 Abs. 2 BV oben G. § 3. II. 1.6.

¹⁷⁶⁷ BGE 138 I 217, E. 3.3.5.

¹⁷⁶⁸ WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 412.

¹⁷⁶⁹ PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 712 mit weiteren Hinweisen; vgl. WALDMANN, Gleichheitssatz, S. 400.

Eine Rechtfertigung könnte daher in zivilrechtlichen Verhältnissen folgendermassen geprüft werden:

Legitimes Ziel: Die benachteiligende Massnahme seitens des Arbeitgebers muss auf ein legitimes Ziel gerichtet sein. Es ist offensichtlich, dass der Arbeitgeber nicht gehalten ist, auf die Verwirklichung eines öffentlichen Interesses hinzuwirken. Folglich müssen objektive und nachvollziehbare unternehmerische Interessen der benachteiligenden Massnahme zugrunde liegen.

Auch öffentliche Interessen wie z.B. Inklusion durch Diversität können ein legitimes Ziel sein. Solchenfalls ist jedoch zu fordern, dass diese Interessen ihre Grundlage im nationalen Recht finden, denn es sollte nicht im Belieben privatrechtlicher Akteure stehen, öffentliche Interessen eigenmächtig zu definieren und schlimmstenfalls als Ausrede für eine tatsächlich diskriminierende Praxis zu missbrauchen.¹⁷⁷⁰

Kein legitimes Ziel begründen hingegen Kostenersparnisse durch Einflussnahme auf die betriebliche Altersstruktur. Ein solches Vorbringen würde struktureller Diskriminierung Vorschub leisten, denn es ist notorisch bekannt, dass mit zunehmendem Alter auch die Lohnnebenkosten steigen. Eine Massenentlassung¹⁷⁷¹ beispielsweise, die gerade ältere Arbeitnehmer unter dem Vorwand einer Kostenersparnis trifft, könnte sich so gesehen als diskriminierend erweisen.

Ebenfalls kein legitimes Ziel ist die blosser Berücksichtigung von Kundenwünschen.¹⁷⁷² Eine pluralistische Gesellschaft muss Diversität aushalten. Dies gilt auch für Unternehmenskunden.

Geeignetheit: In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob das Anknüpfen an das jeweilige Kriterium tatsächlich geeignet ist, das verfolgte legitime Ziel zu verwirklichen.

¹⁷⁷⁰ Siehe dazu die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs zum Rechtfertigungsgrund in Zusammenhang mit nationalrechtlichen Zielen insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung nach Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG. Auch hier fordert der EuGH stets, dass das jeweilige öffentliche Interesse im Recht selber angelegt sei: EuGH v. 5.7.2012, Rs. C-141/11, *Hörnfeldt*, ECLI:EU:C:2012:421, Rn. 21; EuGH v. 21.7.2011, *Fuchs (C-159/10)*, *Köhler (C-160/10) v Land Hessen*, ECLI:EU:C:2011:508, Rn. 39 mit zahlreichen Hinweisen sowie Rn. 52; EuGH v. 16.10.2007, Rs. C-411/05, *Palacios de la Villa*, ECLI:EU:C:2007:604, Rn. 53 ff.; EuGH v. 12.10.2010, Rs. C-45/09, *Rosenblatt*, ECLI:EU:C:2010:601, Rn. 38. Anders jedoch die – nach hier vertretener Auffassung – unter einer Fehlinterpretation der Rechtsprechung des EuGH zustande gekommene Rechtsprechung in der Schweiz: BGer 4A_399/2013, Urteil vom 17. Februar 2014, E. 3.4.

¹⁷⁷¹ Als Massenentlassungen werden hier Vorgänge im Sinne von Art. 335d ff. OR verstanden.

¹⁷⁷² Siehe dazu z.B. EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bouagnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 14 ff. und Rn. 42.

Basiert ein benachteiligender Entscheid z.B. beim Einsatz von Algorithmen auf blossen Korrelationen, ist zu evaluieren, inwiefern die Korrelation einen kausalen Zusammenhang zwischen der Benachteiligung und der Erreichung des unternehmerischen Interesses indiziert. Im Rahmen von *People Analytics* sind insbesondere auch die der Korrelation zugrundeliegende Datenqualität sowie der Programmcode des Algorithmus zu berücksichtigen. Lässt sich bereits hier feststellen, dass diese mit Vorurteilen und Stereotypen kontaminiert sind, ist die Massnahmeneignung infrage gestellt. Lässt die Korrelation ausserdem mangels ausreichender wissenschaftlicher Indikation keinen kausalen Zusammenhang vermuten oder basiert der Entscheid lediglich auf einer Präferenz oder einer Assoziation, ist nach hier vertretener Ansicht nicht von einer Massnahmeneignung auszugehen.¹⁷⁷³

Erforderlichkeit: Weiter ist zu prüfen, ob sich das mit der Massnahme verfolgte Ziel auch ohne Anknüpfung an das ausgewählte Merkmal realisieren lässt und ob die allenfalls vorhandene Alternative für den Arbeitgeber wirtschaftlich zumutbar ist.

Ziel-Mittel-Relation: Zuletzt ist abzuwägen zwischen dem Ziel und der Wirkung, welche die Massnahme für den Benachteiligten hat. Hier gilt es zu beurteilen, ob das mit der Benachteiligung verfolgte Ziel in einem akzeptablen Verhältnis zur erlittenen Benachteiligung steht. Dabei ist insbesondere die Bedeutung zu berücksichtigen, die das mit der Benachteiligung verfolgte Ziel für die Arbeitgeberin hat. Diese Bedeutung bedarf einer bestimmten Erheblichkeit. Die Bequemlichkeit oder die Beschleunigung der Rekrutierungsprozesse genügt nach hier vertretener Ansicht diesem Erfordernis nicht, denn deren Bedeutung für den Arbeitgeber wiegt geringer als das Interesse des Einzelnen an diskriminierungsfreier Behandlung.

4.3. Spezieller *Numerus clausus* für unmittelbare Benachteiligungen

4.3.1. Begründung für einen *Numerus clausus*

Nach hier vertretener Ansicht kann es im Bereich des zivilrechtlichen Erwerbslebens nur zwei zulässige Gründe geben, die eine Ungleichbehandlung unmittelbar gestützt auf das Alter rechtfertigen:

Erstens, das Gesetz schreibt eine Ungleichbehandlung vor, z.B. im Sinne einer sozialpolitischen Massnahme oder aus Rücksicht auf den *ordre public*. Oder, *zweitens*, zwischen dem Alter und einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung wird ein kausaler Zusammenhang vermutet.

Die Ausstattung des Diskriminierungsverbots mit diesen beiden Rechtfertigungsgründen würde sich inhaltlich der Richtlinie 2000/78/EG annähern: Betrachtet man die Richtlinie 2000/78/EG, zeigt sich, dass Massnahmen im Bereich des *ord-*

¹⁷⁷³ Bzgl. Korrelationen oben E. § 2. IV und zur Rechtfertigungsthematik im Allgemeinen oben F. § 3. IV.

re public im Recht des Mitgliedstaates vorgeschrieben sein müssen¹⁷⁷⁴ und Massnahmen, mit denen vorgegeben wird, ein nationalrechtliches Ziel insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung zu verfolgen, dem Grundsatz nach im Gesetz angelegt sein müssen.¹⁷⁷⁵ Damit steht es den zivilen Arbeitgebern nicht frei, den *ordre public* oder die legitimierenden sozialpolitischen Motive nach ihrem eigenen Gutdünken zu definieren und als Legitimationsbasis einer Benachteiligung vorzuschieben.

Auch der Rechtfertigungsgrund einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung findet sich in der Richtlinie 2000/78/EG wieder.¹⁷⁷⁶ Er erlaubt es, jene Kandidaten zu rekrutieren, die sich für die Aufgaben am besten eignen. Damit wird auch der Wirtschaftsfreiheit Rechnung getragen. Für die Aufnahme dieses Rechtfertigungsgrunds in den hier vorgeschlagenen Rechtfertigungskatalog spricht im Übrigen auch das IAO-Übereinkommen Nr. 111. Dieses bezieht sich zwar nicht auf das Alterskriterium, aber immerhin auf andere verpönte Merkmale. Die Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung aufgrund dieser Merkmale soll nach Art. 1 Abs. 2 des Übereinkommens nur dann keine Diskriminierung darstellen beziehungsweise gerechtfertigt sein, wenn sie hinsichtlich einer bestimmten Beschäftigung in den Erfordernissen dieser Beschäftigung begründet ist. Es ist nicht einzusehen, weshalb dieser Grundsatz nicht gleichermassen auch für das Alterskriterium gelten sollte.

4.3.2. Gesetzliche Vorgaben im Speziellen

Gesetzliche Vorgaben müssen eingehalten werden. Schreibt das Gesetz beispielsweise für bestimmte Berufe Altersgrenzen vor, dann muss auch der zivile Arbeitgeber diese beachten. Ebenso denkbar sind sozialpolitische Massnahmen zur Förderung besonders benachteiligter Gruppen wie z.B. Quoten.¹⁷⁷⁷

Es ist dann nicht Sache des Arbeitgebers oder des Gerichts, die Eignung oder Verhältnismässigkeit solcher gesetzlichen Vorgaben zu hinterfragen. Dem müssen sich vielmehr die Politik und der Gesetzgeber stellen, an die der Appell gerichtet

¹⁷⁷⁴ Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG, dazu oben H. § 3. II. 6.3.

¹⁷⁷⁵ Zu den nationalrechtlichen Zielen insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung siehe Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG, dazu oben H. § 3. II. 6.5.

¹⁷⁷⁶ Art. 4 Richtlinie 2000/78/EG, dazu oben H. § 3. II. 6.4.

¹⁷⁷⁷ Siehe z.B. in der Schweiz Art. 734 f OR, der unter bestimmten Voraussetzungen eine Begründungspflicht vorschreibt, sofern nicht jedes Geschlecht zu mindestens zu 30 % im Verwaltungsrat und zu 20 % in der Geschäftsleitung vertreten ist.

ist, Schematisierungen in Bezug auf das Alter nur so weit zuzulassen, als entweder eine ausreichende Korrelation zwischen dem Altersmerkmal und dem beabsichtigten Gesetzeszweck nachgewiesen ist oder die Inklusion bestimmter Altersgruppen nach gezielten Fördermassnahmen verlangt. Selbstredend muss die Berufung auf das Altersmerkmal auch im Rahmen einer Schematisierung insgesamt verhältnismässig sein.

Darüber hinaus ist zu fordern, dass die Rechtsgrundlage, auf die sich Arbeitgeber im Rahmen einer Benachteiligung abstützen können, hinreichend konkret formuliert ist. Damit würde in Teilen von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen: Der Gerichtshof lässt es mit Blick auf nationalrechtliche Ziele insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung genügen, wenn eine Benachteiligung sich mit sozialpolitischen Motiven des jeweiligen Mitgliedstaats begründen lässt, soweit dieses Motiv im Gesetz nur schon «angelegt» ist. Das heisst, die Massnahme an sich muss nicht als solche in der Rechtsgrundlage konkretisiert sein.¹⁷⁷⁸

Dies ist kritisch zu sehen und nach hier vertretener Auffassung abzulehnen: Ein solch grosses Mass an zugestandener Flexibilität öffnet Tür und Tor für den Missbrauch sozialpolitischer Motive als Vorwand für Benachteiligungen. Es wäre z.B. ungerechtfertigt, wenn ein Arbeitgeber Diversität als Vorwand nutzte, um die Altersstruktur in seinem Unternehmen zugunsten einer Kostenersparnis zu trimmen. Die Lenkung sozialer Gerechtigkeit auf der Ebene des Rechts muss Sache des Gesetzgebers bleiben und darf nicht privatrechtlichen Akteuren überlassen werden.

4.3.3. Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung im Speziellen

Zunächst ist der Rechtfertigungsgrund der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung vom Rechtfertigungsgrund gesetzlicher Vorgaben abzugrenzen. Gesetzliche Vorgaben z.B. im Bereich des *ordre public* können sich durchaus mit wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen überschneiden. Der entscheidende Unterschied ist allerdings darin zu sehen, dass die *ordre public*-Vorgaben sich aus dem Recht ergeben müssen.¹⁷⁷⁹ Das Recht kann beispielsweise Vorschriften vorsehen betreffend die Anforderungen an das Per-

¹⁷⁷⁸ Siehe die Ausführungen zu Art. 6 Richtlinie 2000/78/EG und die Rechtsprechung in Zusammenhang mit nationalrechtlichen Zielen insbesondere aus den Bereichen der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik sowie der beruflichen Bildung oben H. § 3. II. 6.5.

¹⁷⁷⁹ Mit Blick auf Art. 2 Abs. 5 Richtlinie 2000/78/EG vgl. die Rechtssache *Prigge*, EuGH v. 13.9.2011, Rs. C-447/09, *Prigge*, ECLI:EU:C:2011:573, Rn. 57 ff.

sonal im Bereich des Luftverkehrs, um dadurch die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten.¹⁷⁸⁰ Demgegenüber sind entscheidende und wesentliche berufliche Anforderungen nicht zwingend gesetzlich vorgeschrieben, sondern können sich aus dem Kontext eines konkreten Stellenprofils ergeben.

Zum Rechtfertigungsgrund der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung im Einzelnen:

Im Rahmen dieses Rechtfertigungsgrundes geht es darum, dass das Alter als Stellvertreterkriterium für eine bestimmte Eigenschaft herangezogen wird, die als wesentliche und entscheidende Anforderung angesehen wird. Es wird dann eine Korrelation zwischen dem Alter und der gesuchten Eigenschaft hergestellt. Dies beispielsweise dann, wenn gestützt auf das Alter Annahmen über die Leistungsfähigkeit getroffen werden.

Ob die Benachteiligung in solchen Konstellationen gerechtfertigt ist, entscheidet sich anhand einer doppelten Rechtfertigungsprüfung. In dieser muss sich einerseits zeigen, dass die gesuchte Eigenschaft tatsächlich einer wesentlichen Anforderung entspricht. Andererseits muss sich das Abstellen auf das Alter als Stellvertreterkriterium als geeignete, erforderliche und verhältnismässige Massnahme erweisen, die Rückschlüsse auf die gesuchte Eigenschaft erlaubt.

Es ist demnach zu prüfen, ob die Korrelation einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Alter und der gesuchten Eigenschaft indiziert. Weist die Korrelation nicht auf einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Alter und der gesuchten Eigenschaft hin oder sind bereits die Datenauswahl und/oder – im Falle von Algorithmen – der Programmcode mit Vorurteilen kontaminiert, dann eignet sich die Korrelation nicht als Basis einer Rechtfertigung.

Ergibt es sich, dass sich das Alter als Stellvertreterkriterium eignet, muss überdies die Verhältnismässigkeit geprüft werden. Unverhältnismässig ist das Abstellen auf eine Korrelation beispielsweise dann, wenn es zumutbar ist, stattdessen den Einzelfall konkret zu betrachten.

¹⁷⁸⁰ Vgl. z.B. die für Piloten geltenden Altersgrenzen gemäss FCL.065 der Verordnung (EU) Nr. 1178/2011 der Kommission vom 3. November 2011 zur Festlegung technischer Vorschriften und von Verwaltungsverfahren in Bezug auf das fliegende Personal in der Zivilluftfahrt gemäss der Verordnung (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L311 vom 25. November 2011, S. 1), welche die Schweiz mit Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (in Kraft getreten am 1. Juni 2002), SR 0.748.127.192.68, übernommen hat.

Vom Rechtfertigungsgrund der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung sind jene Konstellationen zu unterscheiden, in denen das Alter eben nicht als Stellvertreterkriterium für eine bestimmte gesuchte Eigenschaft herangezogen wird. Zieht die Kundschaft beispielsweise jüngeres statt älteres Personal vor, könnte ein Arbeitgeber im Rahmen eines Rekrutierungsprozesses dazu neigen, das Alter als wesentliche berufliche Anforderung einzustufen, und meinen, die Selektionierung nach Alter sei gerechtfertigt. Dies wäre jedoch falsch. Das Alter entspricht hier von vornherein eben keinem Stellvertreterkriterium. Kundenwünsche sind ausserdem kein hinreichender Rechtfertigungsgrund, da sie lediglich einer diskriminierungsrechtlich irrelevanten Präferenz entsprechen.¹⁷⁸¹ Das Alter selber kann im Sinne dieses Rechtfertigungsgrundes nie einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung entsprechen.

4.4. Beispiel 1: Der nach dem Alterskriterium filternde Algorithmus

Wie verhält es sich nun z.B. im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens, in dem die eingegangenen Bewerbungsdossiers gezielt nach dem Alter der Bewerber durch einen Algorithmus sortiert werden und anschliessend nur jene Kandidaten zum Bewerbungsgespräch eingeladen werden, die ein bestimmtes Alter nicht überschritten haben?

Der blosser Umstand, dass ein Algorithmus den Bewerbungsprozess beschleunigt, liefert noch keinen Hinweis auf eine Diskriminierung. Das durch ihn umgesetzte Programm hingegen könnte potentiell diskriminierend sein. Dies hängt davon ab, ob es sich rechtfertigt, das Alter als Selektionskriterium heranzuziehen.

In einem ersten Schritt ist zunächst zu prüfen, welches Ziel der Arbeitgeber durch die Selektion anhand des Alters verfolgt. Denkbar ist z.B., dass der Arbeitgeber keine älteren Kandidaten einstellen will, weil er glaubt, ältere Personen seien weniger leistungsfähig als jüngere Arbeitnehmer. Die Selektion nach Alter dient folglich der Sicherstellung einer Stellenbesetzung mit leistungsfähigem Personal. Das Alter gilt somit als Stellvertreterkriterium für eine vermutete Leistungsfähigkeit.

Ein weiteres, eventuell angestrebtes Ziel kann in einer möglichst effizienten und kostengünstigen Gestaltung des Bewerbungsverfahrens bestehen. Die Selektion nach Alter vereinfacht das Bewerbungsverfahren und der Einsatz des Algorithmus verspricht eine Kostenersparnis. Schliesslich wäre es bei einer grossen Vielzahl von Bewerbern möglicherweise nicht wirtschaftlich, wollte man die individuelle

¹⁷⁸¹ Siehe dazu z.B. EuGH v. 14.3.2017, Rs. C-188/15, *Bouagnaoui*, ECLI:EU:C:2017:204, Rn. 14 ff. und Rn. 42.

Leistungsfähigkeit jedes einzelnen Bewerbers separat prüfen. Wie sogleich gezeigt wird, betrifft dies allerdings weniger die Frage nach der Eignung des Alterskriteriums für das angestrebte Ziel, sondern vielmehr die beiden nachfolgenden Fragen, mit denen über die Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Massnahme Rechenschaft abgelegt wird.

Die erste Frage im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung lautet also: Liegt ein legitimes Ziel vor? Indem der Arbeitgeber darauf abzielt, die leistungsstärksten Bewerber auszulesen, verfolgt er einen sachlichen und daher auch legitimen Zweck, der mit einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung in Verbindung steht.

Die zweite Frage ist, ob sich die Differenzierung nach Alter dazu eignet, die leistungsfähigeren Kandidaten von den weniger leistungsfähigen abzusondern. Bloss subjektive Erfahrungswerte können die Massnahmeneignung nicht belegen, denn der Zweck eines Diskriminierungsverbots liegt ja gerade darin, Vorurteile zu beseitigen. Vielmehr bedarf es aussagekräftiger Statistiken, die – bezogen auf die konkrete Tätigkeit – einen kausalen Zusammenhang zwischen dem Alter und der Leistungsfähigkeit indizieren. Gelingt dieser Nachweis nicht, scheitert die Rechtfertigung bereits an der Eignungsfrage und es wäre die Selektion nach Alter als diskriminierend zu qualifizieren.

Gelingt der Eignungsbeweis, kommt die dritte Ebene der Rechtfertigungsprüfung zum Zuge. Sie bezieht sich auf die Erforderlichkeit der Massnahme, in der danach gefragt wird, ob mildere Mittel bestehen, um dasselbe Ziel zu erreichen. Hier beginnt die diffizile Güterabwägung zwischen dem Anspruch auf diskriminierungsfreie Behandlung und der Achtung des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit. Ganz grundsätzlich wäre ein denkbares milderer Mittel der Einsatz eines nicht verpönten Kriteriums anstelle des Altersmerkmals, das ebenso gut Aufschluss geben könnte über die Leistungsfähigkeit eines Bewerbers.

Zudem muss die latente Gefahr von Generalisierungsunrecht berücksichtigt werden, die mit dem Einsatz von Korrelationen einhergeht. Diese Gefahr kann durch Eignungstests beseitigt werden. Bedient sich der Arbeitgeber einer Korrelation, so will er damit den Rekrutierungsprozess vermutlich möglichst effizient gestalten, woraus er sich letztlich eine Kostenersparnis verspricht. Dieses Interesse muss gegen den Anspruch auf Beseitigung von Generalisierungsunrecht abgewogen werden. Lassen sich Eignungstests nur mit erheblichem Aufwand, z.B. aufgrund einer grossen Menge an Bewerbern, durchführen und ist dies zeitlich und finanziell für den Arbeitgeber nicht zumutbar, dann geht das diesbezügliche Interesse des Arbeitgebers nach hier vertretener Auffassung jenem des Bewerbers an

einzelfallweiser Beurteilung vor. Dies muss umso mehr gelten, je aussagekräftiger die Korrelation ist, auf die sich der Arbeitgeber in seinem Personalentscheid abstützt.

Es ist ein fließender Übergang zwischen der Prüfebene der Massnahmenerfordlichkeit und dem letzten Prüfschritt der individuellen Zumutbarkeit der Massnahme. Bereits im Zuge der Betrachtung, ob allenfalls ein Eignungstest als milderes Mittel in Erwägung zu ziehen ist, wurde den opponierenden Interessen zwischen Arbeitgeber und Bewerber Rechnung getragen. Dabei wurde festgestellt, dass je nach Ausgangslage die Gefahr eines Generalisierungsunrechts für den einzelnen Bewerber zumutbar sein muss, soweit die Interessen des Arbeitgebers überwiegen.

4.5. Beispiel 2: Benachteiligung geknüpft an Berufserfahrung oder Qualifikationen

Berufserfahrung oder Ausbildungsnachweise können grundsätzlich einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung entsprechen. Insofern dient die Selektion nach diesen Kriterien einem legitimen Zweck. Es wird zudem nicht unmittelbar an das Alterskriterium angeknüpft, sondern es wird vielmehr ein neutrales Kriterium in den Vordergrund gerückt. Gleichwohl können Berufserfahrung und Qualifikationen bestimmte, insbesondere jüngere Altersgruppen indirekt benachteiligen, weil regelmässig ältere Altersgruppen über mehr Berufserfahrung oder akademische Qualifikationen verfügen.¹⁷⁸² Es ist daher im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu untersuchen, ob die gesetzten Stellenanforderungen den konkreten Anforderungen Rechnung tragen oder insgesamt übertrieben sind.

Dem Arbeitgeber steht es zwar zu, sich für den besten Kandidaten zu entscheiden, der unter anderem auch die grösste Berufserfahrung und quantitativ die meisten Qualifikationen ausweisen kann. Es geht jedoch nicht an, im Rahmen des Bewerbungsverfahrens indirekt jüngere Bewerber zu benachteiligen, indem der Arbeitgeber Anforderungen stellt, die in keinem Verhältnis zum tatsächlichen Stellenprofil stehen. In der Praxis finden sich immer wieder solche Beispiele: So ist es schwer nachvollziehbar, weshalb ein Bewerber für eine Anstellung im Bereich von Rechtsdienstleistungen, die notabene keine Tätigkeit im Bereich der Wissenschaft oder des Anwaltsmonopols mit sich bringt, über ein Anwaltspatent sowie «vorzugsweise» über einen Dokortitel verfügen muss und dabei gleichzeitig (beziehungsweise «und/oder») noch einen Auslandsaufenthalt mit LL.M.-Abschluss

¹⁷⁸² Dazu auch PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung, Rn. 1382.

vorweisen und schliesslich auch noch mindestens fünf Jahre Berufserfahrung nachweisen sollte.¹⁷⁸³

Derart über jedes vernünftige Mass hinausgehende und übertriebene Anforderungen benachteiligen jüngere Bewerber, die möglicherweise die notwendige Berufserfahrung mit sich bringen, aber noch keine Gelegenheit hatten, weitere z.B. über den Universitätsabschluss hinausgehende Jahre in Aus- und Weiterbildung zu investieren. Die gestellten Anforderungen eignen sich zudem ganz offensichtlich nicht für eine optimale Kandidatenlese, da sie nicht auf die konkreten Anforderungen des Stellenprofils abgestimmt sind. Die jüngeren Kandidaten werden so einer fairen Bewerbungschance beraubt. Solche Auswüchse bar jeglicher Vernunft lassen sich nicht rechtfertigen und entsprechen daher einer mittelbaren Diskriminierung.

5. Verankerung auf Gesetzesstufe

Das Diskriminierungsverbot ist mitsamt seinen flankierenden Massnahmen¹⁷⁸⁴ in die Erlassform eines Bundesgesetzes zu kleiden: Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind nach Art. 164 Abs. 1 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (lit. b) und die Rechte und Pflichten von Personen (lit. c). Ein Diskriminierungsverbot und die dazu gehörenden flankierenden Massnahmen zählen zu diesen wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen, denn durch sie würden Rechte und Pflichten formuliert.

Die Forderung einer gesetzlichen Verankerung des Diskriminierungsverbots findet zudem Sukkurs in der von KÄLIN und LOCHER abgegebenen Empfehlung in ihrer Studie über den Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen. Sie befürworten darin ausdrücklich die Einführung eines Diskriminierungsverbots im Zivilgesetzbuch als Ergänzung zu den Persönlichkeitsrechten nach Art. 27 ff. ZGB.¹⁷⁸⁵

¹⁷⁸³ Dieses Beispiel entspricht einer tatsächlichen Stellenausschreibung einer Schweizer Versicherungsgesellschaft. Es wird bewusst darauf verzichtet, den Namen der Gesellschaft zu nennen, da ein Anprangern nicht Ziel dieser Arbeit ist.

¹⁷⁸⁴ Zu den flankierenden Massnahmen sogleich unten I. § 2. III.

¹⁷⁸⁵ KÄLIN/LOCHER, S. 102.

III. Flankierende Massnahmen zum Diskriminierungsverbot

Nachstehend werden einige weitere materiellrechtliche (1.) und verfahrensrechtliche (3.) Aspekte, die ein Diskriminierungsverbot flankieren könnten, grobkursorisch angesprochen. Schliesslich werden mögliche Massnahmen ausserhalb des materiellrechtlichen oder verfahrensrechtlichen Spektrums vorgeschlagen (2.).

Da zwischen der Altersdiskriminierung und der Geschlechterdiskriminierung und somit auch zwischen der Richtlinie 2000/78/EG und dem Gleichstellungsgesetz eine Verwandtschaft besteht, werden im Folgenden nebst den Evaluationen zur Richtlinie teilweise auch die Erfahrungen aus dem Gleichstellungsgesetz berücksichtigt, um damit den Nutzen bestimmter Massnahmenvorschläge besser bewerten zu können.

1. Materiellrechtlich

1.1. Günstigkeitsprinzip

Es ist nicht auszuschliessen, dass ein neues, zivilrechtliches Diskriminierungsverbot mitsamt eigenen Haftungsgrundlagen in Konkurrenz stünde zu anderen, bereits bestehenden diskriminierungsrechtlichen Haftungssystemen, wie z.B. dem Behindertengleichstellungsgesetz¹⁷⁸⁶ oder dem Gleichstellungsgesetz.

Diese Problematik liesse sich durch ein Günstigkeitsprinzip auflösen:¹⁷⁸⁷ Lässt sich ein Diskriminierungsfall unter verschiedene zivilrechtliche Diskriminierungsverbote subsumieren, dann soll es dem präsumtiven Diskriminierungsopfer freigestellt sein, sich auf jenes diskriminierungsrechtliche Haftungssystem zu berufen, das ihm die günstigste Ausgangslage verschafft.

Abzulehnen ist nach hier vertretener Ansicht hingegen eine Kumulation verschiedener diskriminierungsrechtlicher Ansprüche, soweit durch sie dasselbe Unrecht finanziell ausgeglichen werden soll. So wäre es nicht angezeigt, einer im Zuge ihrer Entlassung nach Art. 3 GIG diskriminierten Person den entgangenen Lohn sowohl gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG als auch gestützt auf ein weiteres diskriminierungsrechtliches Haftungssystem zweimal zu ersetzen. Dies käme einer

¹⁷⁸⁶ Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG) vom 13. Dezember 2002, SR 151.3.

¹⁷⁸⁷ Ein solches Günstigkeitsprinzip kennt man z.B. bereits im Bereich von Gesamtarbeitsverträgen. Hier ist es nach Art. 357 Abs. 2 OR zulässig, abredeweise zugunsten der Arbeitnehmer von unabdingbaren gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen abzuweichen.

Doppelliquidation für dasselbe Unrecht gleich. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob die Diskriminierung auf ein Merkmal A sowie ein Merkmal B zurückgeführt werden kann. Soweit das Unrecht die Folge einer diskriminierenden Tateinheit ist, ist auch das Unrecht stets dasselbe: Es wurde diskriminiert aufgrund eines Merkmals A oder B. Es ist dann Sache des präsumtiven Opfers, zu entscheiden, gestützt auf welches Haftungssystem es seine Ansprüche geltend machen will. Die Logik dahinter ist, dass Diskriminierung ein Angriff gegen die Würde darstellt. Erfolgt der Angriff durch das Heranziehen einer Merkmalskombination oder mehrerer einzelner, sich gegenseitig konkurrenzierender Merkmale, bedeutet dies nicht, dass multiple Angriffe stattgefunden haben. Vielmehr ist dann von einer Intensivierung eines einzigen Angriffs gegen die Würde auszugehen. Bleibt es bei einem einmaligen Vorgang, ist demnach die Würdeverletzung auch nur einmal mit den Mitteln der verfügbaren Haftungssysteme auszugleichen. Die Intensität des Angriffs ist immerhin bei der Bemessung des Ausgleichs zu berücksichtigen, dies z.B. im Rahmen der Festlegung einer Genugtuungsleistung. Zur Veranschaulichung ein weiteres Beispiel: Kündigt ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, weil er ein alter Mann ist und zudem einer bestimmten Ethnie angehört, dann hat dies nicht zur Folge, dass der Arbeitnehmer den Anspruch auf Entschädigung gestützt auf eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336a Abs. 2 OR von bis zu sechs Monatslöhnen auf das Dreifache (also auf 18 Monatslöhne) kumulieren kann, weil drei Merkmale (Alter, Geschlecht und Ethnie) den Ausschlag zur Kündigung gegeben haben. Die Tatsache aber, dass der Arbeitgeber mit drei Merkmalen ein krass diskriminierendes Verhalten an den Tag gelegt hat, sollte jedoch im Zuge der Festlegung der Entschädigungshöhe Berücksichtigung finden.

Eine Kumulation von Ansprüchen ist jedoch im Einzelfall dann nicht auszuschliessen, wenn der Zweck der jeweiligen Haftungssysteme unterschiedlich ist. Ausserdem soll es nicht ausgeschlossen sein, für die Geltendmachung diskriminierungsrechtlicher Ansprüche alternativ sich sowohl auf das eine als auch auf das andere Haftungssystem zu berufen.

1.2. Verschuldensunabhängige Haftung

Nach der völkerrechtlichen und verfassungsmässigen Konzeption der Diskriminierungsverbote bildet das Verschulden kein tatbestandliches Element der Diskriminierung.¹⁷⁸⁸ Dasselbe gilt auch für das in der Richtlinie 2000/78/EG beziehungsweise in Art. 21 Abs. 1 GRC enthaltene Diskriminierungsverbot.¹⁷⁸⁹

¹⁷⁸⁸ Bzgl. Art. 14 EMRK siehe G. § 3. I. 4.5.1.; bzgl. Art. 8 Abs. 2 BV siehe G. § 3. II. 1.5.1.

¹⁷⁸⁹ Zur Richtlinie 2000/78/EG siehe oben H. § 3. II. 5.1.

Demgegenüber knüpft das Schweizer Recht *de lege lata* die zivilrechtliche Diskriminierungshaftung je nach Ausgangslage entweder an eine gescheiterte Exkulpation des Schädigers nach Art. 97 Abs. 1 OR oder an den Nachweis eines Verschuldens gemäss Art. 41 OR durch den Geschädigten beziehungsweise das Diskriminierungsopfer.¹⁷⁹⁰ Dieses subjektive Tatbestandselement widerspricht der völkerrechtlichen und verfassungsmässigen Diskriminierungskonzeption.

De lege ferenda ist daher für Diskriminierungsfälle eine verschuldensunabhängige Haftung für Schadenersatz- oder Genugtuungsansprüche (oder dergleichen) einzurichten. Die verschuldensunabhängige Haftung ist dabei nicht mit einer Kausalhaftung zu verwechseln, denn eine Haftung soll erst dann bestehen, wenn eine Benachteiligung nicht gerechtfertigt werden kann. Dem Beschuldigten muss es also offenstehen, das ihm zur Last gelegte Verhalten zu rechtfertigen.

Der Nachweis einer Rechtfertigung ist dabei von jenem des Verschuldens zu unterscheiden. Im Unterschied zum Verschuldensnachweis muss die Rechtfertigungsprüfung zeigen, inwiefern mit der Benachteiligung ein zulässiges Ziel verfolgt wurde und die Benachteiligung vor diesem Hintergrund geeignet, erforderlich und zumutbar war. Immerhin können die subjektiven Motive jener Person, der eine Diskriminierung vorgeworfen wird, im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung den entscheidenden Ausschlag geben. Dies beispielsweise dann, wenn die Rechtfertigungsprüfung daran scheitert, weil sich zeigt, dass mit der Benachteiligung schlicht einer Präferenz gefolgt wurde, und es dann auf der Hand liegt, dass keine hinreichende Rechtfertigungsbasis vorhanden ist.

1.3. Begründungspflicht bei Bewerbungsablehnung

Ein abgewiesener Bewerber wird regelmässig über die Motive einer erteilten Absage mutmassen. Eine schriftliche Begründungspflicht kann diesem Zustand Abhilfe verschaffen. Auch das Gleichstellungsgesetz räumt einem abgewiesenen Bewerber in Art. 8 Abs. 1 GlG das Recht ein, vom Arbeitgeber eine schriftliche Begründung für die Absage zu verlangen, soweit der abgewiesene Bewerber eine Diskriminierung geltend macht.

Die Begründungspflicht kann eine geänderte Beweislastverteilung, wie sie weiter unten vorgeschlagen wird, jedoch nicht ersetzen. Dass eine Diskriminierung offenkundig und schriftlich eingestanden wird, dürfte kaum vorkommen.¹⁷⁹¹ Der

¹⁷⁹⁰ Siehe dazu die Ausführungen zu Beweis und Rechtsfolgen in G. § 3. III.

¹⁷⁹¹ Siehe auch die Würdigung zu Art. 8 GlG von UEBERSCHLAG, Kommentar GlG, Art. 8 Rn. 26 f.

praktische Nutzen einer Begründungspflicht ist daher mit Blick auf die Beweisproblematik vernachlässigbar. Gleichwohl dürfte ihr eine verhaltenssteuernde Wirkung zukommen, zumal die Begründungspflicht den Druck zu diskriminierungsfreiem Verhalten erhöhen dürfte.

1.4. Rechtsfolgen

1.4.1. Kein Kontrahierungszwang bei Bewerbungsabsage

Die Richtlinie 2000/78/EU lässt offen, welche Sanktionsmassnahmen gegen Diskriminierung zu ergreifen sind, solange diese wirksam, verhältnismässig und abschreckend sind.¹⁷⁹² Ein Kontrahierungszwang als Sanktion ist daher nicht ausgeschlossen.¹⁷⁹³ Ein Kontrahierungszwang infolge einer diskriminierenden Bewerbungsablehnung ist nach hier vertretener Auffassung jedoch nicht praxistauglich. Dies, weil selbst das zwangskontrahierte Arbeitsverhältnis anschliessend gültig gekündigt werden kann.¹⁷⁹⁴ Selbst ein gegen eine Anschlusskündigung eingerichteter Kündigungsschutz wäre kaum effektiv, zumal ein Kündigungsschutz unmöglich für unbestimmte Zeit gelten kann.¹⁷⁹⁵ Abgesehen davon wird ein zu Diskriminierung neigender Arbeitgeber nie um alternative Kündigungsgründe verlegen sein, weshalb die Effektivität eines solchen Kündigungsschutzes zweifelhaft ist. Ausserdem stellt sich die Frage, ob es Sinn ergibt, eine bereits im Bewerbungsverfahren diskriminierte Person über Zwangskontrahierung weiterhin einem Arbeitgeber auszusetzen, der schon zu erkennen gegeben hat, den Bewerber diskriminieren zu wollen.

Von einem Kontrahierungszwang zu unterscheiden ist ein allfälliger Kündigungsschutz, wie ihn das Schweizer Gleichstellungsgesetz in Art. 10 kennt und der infolge einer Diskriminierungsbeschwerde gewährt wird. Ein solcher Kündigungsschutz hat mit der Verhinderung von Viktimisierung zu tun, weshalb darauf sogleich eingegangen wird.

¹⁷⁹² Art. 17 Richtlinie 2000/78/EG.

¹⁷⁹³ MOHR, Kommentar zu RL 2000/78/EG, Art. 17 Rn. 7.

¹⁷⁹⁴ Siehe dazu die Ausführungen oben G. § 3. III. 7.

¹⁷⁹⁵ Vgl. dazu auch Art. 10 Abs. 1 GIG, der zwar einen Kündigungsschutz im Nachgang einer Diskriminierungsbeschwerde vorsieht, dennoch aber eine Kündigung auf begründeten Anlass hin zulässt.

1.4.2. Schutz vor Viktimisierung

Von eminenter Bedeutung ist der Schutz vor Viktimisierung. Einen solchen schreibt Art. 11 Richtlinie 2000/78/EG den EU-Mitgliedstaaten explizit vor. Der Zweck besteht darin, Arbeitnehmer vor arbeitgeberseitigen Retorsionen infolge einer Diskriminierungsbeschwerde oder mit Blick auf die Einleitung eines diskriminierungsrechtlichen Verfahrens hin zu schützen.

Im zivilrechtlichen Arbeitsrecht der Schweiz besteht mit dem Schutz vor Rachekündigungen nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ein Viktimisierungsschutz. Eine Rachekündigung erwiese sich nämlich als missbräuchlich und hätte eine Entschädigung von maximal sechs Monatslöhnen zur Folge.¹⁷⁹⁶ Ein Kündigungsschutz, wie er speziell in Art. 10 GIG für bestimmte Diskriminierungskonstellationen vorgesehen ist, besteht hingegen nicht.

Nun liesse sich mit denselben Argumenten, wie sie in Zusammenhang mit der Ablehnung eines Kontrahierungszwangs infolge einer abgewiesenen Bewerbung vorgebracht wurden, vertreten, ein auf eine diskriminierende Entlassung anwendbarer Kündigungsschutz ergebe ebenso wenig Sinn.¹⁷⁹⁷ Die Ausgangslage ist hier jedoch eine andere: Im Gegensatz zum Bewerber, der auf Stellensuche ist, besteht hier bereits ein Arbeitsverhältnis. Entsprechend dem Zweck des Schutzes vor Viktimisierung sollen sich Arbeitnehmer, die sich einer diskriminierenden Praxis ausgesetzt sehen, ohne Angst vor einem Stellenverlust für ihre Rechte einsetzen können. Dies entspricht dem primären Zweck des Kündigungsschutzes in Art. 10 GIG.¹⁷⁹⁸ Es gilt also zu beurteilen, ob eine solche Massnahme auch in Bezug auf Altersdiskriminierung sinnvoll sein könnte:

Der Kündigungsschutz nach GIG zielt darauf ab, Rachekündigungen zu verhindern, und gilt für die Dauer eines innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens sowie auf sechs Monate darüber hinaus.¹⁷⁹⁹ Der Arbeitnehmer kann wahlweise die Kündigung anfechten oder eine Entschädigung nach Art. 336a OR geltend machen.¹⁸⁰⁰ Ficht er die Kündigung erfolgreich an, fällt sie mit Wirkung *ex tunc* dahin und das Arbeitsverhältnis bleibt trotz Kündigung bestehen.¹⁸⁰¹

¹⁷⁹⁶ Art. 336a Abs. 2 OR sowie statt vieler GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rn. 641 ff.

¹⁷⁹⁷ Zum Thema Kontrahierungszwang siehe oben G. § 3. III. 7.

¹⁷⁹⁸ Botschaft zum GIG, BBl 1993 1307.

¹⁷⁹⁹ Art. 10 Abs. 1 und 2 GIG.

¹⁸⁰⁰ Art. 10 Abs. 1 und 4 GIG.

¹⁸⁰¹ UEBERSCHLAG, Kommentar GIG, Art. 10 Rn. 42.

Der Nutzen des Kündigungsschutzes nach GIG ist in Teilen der Literatur umstritten. Nebst dem, dass die Dauer des Kündigungsschutzes teilweise als zu kurz kritisiert wird, bestehen gemäss UEBERSCHLAG sowie WETZSTEIN/WOLFENSBERGER offenbar kaum Anhaltspunkte für einen tatsächlichen Nutzen des Kündigungsschutzes oder der Kündigungsaufhebung nach Art. 10 GIG.¹⁸⁰² Diesen Befund betreffend die Kündigungsaufhebung und Wiedereinstellung scheint auch der Forschungsbericht von LEMPEN/VOLODER zu bestätigen. Der Bericht befasste sich mit den 81 Urteilen des Bundesgerichts, die gestützt auf das Gleichstellungsgesetz zwischen 2004 und 2019 ergangen sind.¹⁸⁰³ Lediglich vier dieser Urteile befassten sich mit dem Kündigungsschutz nach Art. 10 GIG und nur in einem einzigen Fall hatte die Arbeitnehmerpartei – wenn auch erfolglos – effektiv um Aufhebung der Kündigung und Wiedereinstellung begehrt.¹⁸⁰⁴

Die Möglichkeit einer Kündigungsaufhebung fristet in der Schweiz ein Schattendasein. Worauf dies zurückzuführen ist, darüber lässt sich nur spekulieren. WETZSTEIN/WOLFENSBERGER meinen, dies habe sicher auch mit der in Art. 10 GIG enthaltenen Wendung des «*begründeten Anlasses*» zu tun, der eine alternative Rechtfertigungsmöglichkeit zulässt und damit eine gültige Kündigung selbst in der Sperrfrist ermöglicht.¹⁸⁰⁵ Es ist zudem nicht auszuschliessen, dass das Aufhebungsrecht in der Beratung schlicht nicht erkannt wird. Für Letzteres gibt es allerdings – soweit ersichtlich – keine stichhaltigen Indizien. Im Gegenteil, das Thema Diskriminierung ist gegenwärtig omnipräsent, und es ist eher davon auszugehen, dass dieser Themenbereich sowohl in der juristischen Lehre als auch in der Beratung durchaus angekommen ist.¹⁸⁰⁶ Einleuchtender erscheint vielmehr, dass eine Person, die unter den Vorzeichen einer Diskriminierung entlassen wurde, schlicht nicht mehr für diesen Arbeitgeber tätig sein will und sich daher im Prozess stattdessen für die finanzielle Remedur entscheidet.

Es besteht folglich kein erkennbarer tatsächlicher Nutzen eines Viktimisierungsschutzes, der auf den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses gerichtet ist. Nach

¹⁸⁰² Siehe dazu die Würdigung zu Art. 10 GIG in UEBERSCHLAG, Kommentar GIG, Art. 10 Rn. 82 ff., sowie jene von WETZSTEIN/WOLFENSBERGER, Stämpfli Handkommentar GIG, Art. 10 Rn. 25 f.

¹⁸⁰³ LEMPEN/VOLODER, S. 25.

¹⁸⁰⁴ LEMPEN/VOLODER, S. 26; BGer 4A_178/2010, Urteil vom 14. Mai 2010, E. 3.4.

¹⁸⁰⁵ WETZSTEIN/WOLFENSBERGER, Stämpfli Handkommentar GIG, Art. 10 Rn. 26.

¹⁸⁰⁶ Anderer Meinung jedoch KÄLIN/LOCHER, S. 103, die aber – zumindest mit Blick auf die Anwaltschaft – ihren Standpunkt nicht mit handfesten Indizien untermauern.

hier vertretener Ansicht wäre es stattdessen sinnvoller, die in Art. 336a Abs. 2 OR vorgeschriebene Entschädigungsobergrenze von sechs Monatslöhnen aufzuheben.

1.4.3. *Levelling Up* als Grundsatz

Es stellt sich die Frage, ob die gegen eine erlittene Diskriminierung bereitgestellte Remedur eine Korrektur an das Niveau der bevorzugten Gruppe bewirken soll (so genanntes «*levelling up*»).¹⁸⁰⁷ Es wurde gezeigt, dass im EU-Recht auch in Bezug auf Streitigkeiten unter Privaten grundsätzlich eine Korrektur nach oben vorgenommen wird. Ein «*levelling down*» ist allerdings nicht ausgeschlossen, nämlich dann, wenn das Landesrecht seine eigenen Regeln so ändert, dass im Einzelfall keine Anpassung nach oben stattfinden kann.¹⁸⁰⁸

Dasselbe sollte auch für das Schweizer Antidiskriminierungsrecht gelten. Nach hier vertretener Ansicht verdient daher – wo immer möglich – die Korrektur nach oben *grundsätzlich* den Vorzug (so genanntes «*levelling up*»). Dafür spricht, dass Diskriminierungen nach Schweizer Verständnis dann realisiert werden, wenn die Würde verletzt wird. Ist diese verletzt, wird das Unrecht nicht schon dadurch ausgeglichen, dass Privilegien der bevorzugten Person oder Gruppe beseitigt werden («*levelling down*»).¹⁸⁰⁹ Mit einer Anpassung nach unten würde nicht die diskriminierende Person, sondern eine unbeteiligte Drittperson oder Gruppe den Preis für zugefügtes Unrecht zahlen. Gegen ein «*levelling down*» spricht ausserdem die Gefahr einer Viktimisierung, der sich die Benachteiligten ausgesetzt sehen könnten, wenn den Bevorzugten infolge einer Diskriminierungsbeschwerde Privilegien entzogen würden.

Das Konzept «*levelling up*» sollte auf finanzielle Leistungen, die Gestaltung der Arbeitsbedingungen sowie die Allokation von Aus- und Weiterbildungsressourcen beschränkt werden. «*Levelling up*» führt demzufolge nach dem hier einggenommenen Standpunkt nicht dazu, dass beispielsweise aus einer abgelehnten Bewerbung ein Anspruch auf Anstellung entsteht.

In zeitlicher Hinsicht wären mit Blick auf Arbeitsbedingungen und die Zuteilung von Aus- und Weiterbildungsressourcen die Anpassungen *ex nunc et pro futuro* vorzunehmen. Geht es hingegen um eine finanzielle Anpassung (wie z.B. für Lohn oder Gratifikationen), wäre ein korrigierender Ausgleich auch für bereits zurück-

¹⁸⁰⁷ Allgemein zum Thema «*levelling up*» D. § 2 mit weiteren Hinweisen; sowie zur Würde siehe oben G. § 3. II. 1.3.

¹⁸⁰⁸ Siehe dazu oben im Abschnitt H. § 3. III. 4.2.

¹⁸⁰⁹ Vgl. FREDMAN, *Discrimination Law*, S. 21.

liegende Zeiten zu gewähren, das heisst *ex tunc et pro futuro*. Dazu wären jedoch die finanziellen Auswirkungen auf das betroffene Unternehmen sowie das öffentliche Interesse an dessen Überleben zu berücksichtigen.¹⁸¹⁰ Besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse am Fortbestand eines Unternehmens (z.B. aufgrund Systemrelevanz) und führte ein rückwirkender und künftiger Ausgleich dazu, dass ein Konkurs eines solchen Unternehmens unvermeidlich wäre, dann ist zwar gleichwohl nicht vom Grundsatz des «*levelling up*» abzuweichen, aber es muss immerhin eine Lösung gefunden werden, durch die der Konkursfall abgewendet werden kann. Dem in einer solchen diskriminierungsrechtlichen Konstellation berufenen Gericht sollten dazu zwei gesetzlich zu verankernde Handlungsmöglichkeiten offenstehen:

Erstens, die künftige Ausschüttung eines Unternehmensgewinns sowie die Entrichtung von echten oder unechten Gratifikationen nach Art. 322d OR¹⁸¹¹ an höhere leitende Angestellte¹⁸¹² können so weit untersagt werden, als dadurch die Anpassung nach oben *pro futuro* sichergestellt wird. Zweitens, zur Deckung eines rückwirkenden Ausgleichs können die im Zeitraum der diskriminierenden Ereignisse an höhere leitende Angestellte oder einen Verwaltungsrat entrichtete, echte sowie unechte Gratifikationen als Haftungssubstrat für den vorzunehmenden Ausgleich herangezogen werden: Verantwortungsträger sollen in einer solchen Notsituation für die Verfehlungen ihrer Unternehmung mit ihrem persönlichen Vermögen einstehen müssen. Die Rückwirkung sollte jedenfalls an die geltende Verjährungsfrist gebunden werden, womit auch der Rechtssicherheit Rechnung getragen würde.

1.4.4. Schärfere finanzielle Sanktionen

Die EU-rechtlichen Vorgaben zu Sanktionen im Sinne von Art. 17 Richtlinie 2000/78/EG könnten der Schweiz Modell stehen. Danach müssen Sanktionen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein. Gerade dies wird im Evaluationsbericht der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2021 als Schwachstelle im Recht der Mitgliedstaaten identifiziert und zum Anlass genommen für eine

¹⁸¹⁰ Vgl. zum EU-Recht EuGH v. 8.4.1976, Rs. 43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56, Rn. 69/70–74/75, in dem der EuGH die rückwirkenden finanziellen Auswirkungen berücksichtigte.

¹⁸¹¹ Vgl. zum Begriff echte und unechte Gratifikation BGer 4A_327/2019, Urteil vom 1. Mai 2020, E. 3.

¹⁸¹² Zum Begriff des höheren leitenden Angestellten vgl. Art. 9 Abs. 1 ArGV 1 sowie konkretisierend dazu BGer 4A_38/2020, Urteil vom 22. Juli 2020, E. 4.7.1.

künftige «sorgfältigere Überwachung» der diesbezüglichen Umsetzung der Richtlinie.¹⁸¹³

Das in der Schweiz geltende Sanktionsregime im Bereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots ist gemessen an den Richtlinienanforderungen ungenügend, denn es schafft keine ernstzunehmende Abschreckungskulisse. Genugtuungssummen gehen kaum über einen vierstelligen Bereich hinaus und die Entschädigung für den Kündigungsmisbrauch ist von vornherein auf sechs Monatslöhne limitiert. Zudem ist das Schadensquantitativ im Zuge einer Anstellungsdiskriminierung in der Regel vernachlässigbar, da es sich auf das negative Vertragsinteresse beschränkt. Demgegenüber reflektiert das Schadensquantitativ ausserhalb von Anstellungsdiskriminierungen das positive Vertragsinteresse, das in der Regel die wesentlich grössere Summe als das negative Interesse ausmacht. Aber auch dieses dürfte in vielen Fällen aus Arbeitgebersicht auf ein erträgliches Mass reduziert sein und daher kaum eine abschreckende Wirkung entfalten.¹⁸¹⁴

Die Geringfügigkeit des Gesamtquantitativs *de lege lata* führt im Ergebnis zu einer Bagatellisierung der erlittenen Unbill. Arbeitgeber dürften sich dadurch kaum gedrängt sehen, antidiskriminierungsrechtliche Standards einzuhalten. Hinzu kommt, dass aus Sicht eines Diskriminierungsopfers die Prozessrisiken in keinem akzeptablen Verhältnis zum Gesamtquantitativ stehen.¹⁸¹⁵

De lege ferenda sollte die infolge des rechtlich definierten Schadensbegriffs tendenziell geringfügige Schadenersatzleistung durch umso höhere Entschädigungsbeziehungsweise Genugtuungsleistungen kompensiert werden. Zu denken wäre auch an eine Mindestsumme, dessen Betrag beispielsweise im Rahmen einer diskriminierenden Bewerbungsablehnung oder Kündigung an den entgangenen Lohn gekoppelt würde. Dadurch könnte auch einer etwaigen richterlichen Zurückhaltung entgegengetreten werden, die in der Praxis mit tiefen Genugtuungssummen die Abschreckungsfunktion auszuhöhlen droht. Von betragsmässigen Limiten soll-

¹⁸¹³ Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 30.

¹⁸¹⁴ Zum Ganzen siehe die Ausführungen zum Thema «*Beweis und Rechtsfolgen*» oben G. § 3. III.

¹⁸¹⁵ Es wurde denn auch im Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 9, beanstandet, dass die «*Aussicht auf eine geringe Entschädigung*» potentielle Diskriminierungsopfer von der Geltendmachung ihrer Rechte abhalten könnte.

te hingegen abgesehen werden. Eine betragsmässige Beschränkung ist auch nach der Rechtsprechung des EuGH mit der Richtlinie 2000/78/EG unvereinbar.¹⁸¹⁶

Ebenso sind Bussen insbesondere für jene Fälle vorzusehen, in denen kein konkretes Diskriminierungsopfer auszumachen ist. Dies wird beispielsweise dann zutreffen, wenn ein Verband es sich zur Aufgabe gemacht hat, gegen diskriminierende Praktiken wie z.B. diskriminierende Stellenausschreibungen und dergleichen vorzugehen. In solchen Fällen gelangt nicht ein individuelles Opfer ans Gericht, sondern es klagt ein Verband gestützt auf ein ihm zugestandenes Verbandsklagerecht.¹⁸¹⁷ Aufgrund der fehlenden Aktivlegitimation hat der Verband weder einen eigenen Genugtuungs- noch einen eigenen Schadenersatzanspruch. Immerhin sollen dafür Bussen ausgesprochen werden können.

Für die Anordnung von Bussen sollte nach hier vertretener Ansicht keine spezielle verwaltungsrechtliche Behörde installiert werden. Vielmehr sollte diese Zuständigkeit den Zivilgerichten im Rahmen des Zivilprozesses zufallen. Schon heute räumt die Zivilprozessordnung den Zivilgerichten Bussenkompetenzen ein, so z.B. in Art. 258 Abs. 1 ZPO in Zusammenhang mit Besitzesstörungen. Dies sollte in zivilrechtlichen Diskriminierungsfällen nicht anders sein, verfügen doch die Zivilgerichte in zivilen Angelegenheit ohnehin über die erforderlichen fachlichen Kompetenzen, die sie zur Beurteilung genau solcher Diskriminierungsfälle und damit zur Anordnung von Bussen befähigen.

2. Weitere denkbare Sanktionen

Sanktionen, die ein Diskriminierungsverbot flankieren können, beschränken sich jedoch nicht zwingend auf finanzielle Positionen. Der Kreativität sind grundsätzlich keine Grenzen gesetzt. Dazu zwei weitere mögliche Massnahmen:

2.1. Beteiligung der Belegschaft an Massnahmenformulierung

Eine nachhaltige Verhaltensänderung könnten auch angeordnete Seminare bewirken, in denen eine im Betrieb festgestellte Diskriminierung thematisiert wird und in denen unter Teilnahme der Belegschaft konkrete und verbindliche innerbetriebliche Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung erarbeitet werden. Die Einhaltung solcher Massnahmen könnte durch eine externe Stelle geprüft werden. Erweist sich die Umsetzung als mangelhaft, wären weitere Massnahmen ins Auge

¹⁸¹⁶ EuGH v. 2.8.1993, Rs. C-271/91, *M.H. Marshall*, ECLI:EU:C:1993:335, Rn. 30–32.

¹⁸¹⁷ Dazu sogleich unten I. § 2. III. 3.3.

zu fassen, wie z.B. die Formulierung neuer Antidiskriminierungsmassnahmen, Bussen etc.

Der Einbezug der Belegschaft ist nach hier vertretener Ansicht wichtig, weil Diskriminierung ein facettenreiches Phänomen ist und nicht immer auf eine einzige Ursache oder eine Person zurückgeführt werden kann.¹⁸¹⁸ Es ist folglich nicht auszuschliessen, dass auch Teile der Belegschaft eine wesentliche Rolle in einem Diskriminierungsakt spielen. Die vorgeschlagenen Seminare würden dazu beitragen, dass ein reflektiver Prozess in Gang gesetzt wird, in dem auch der Belegschaft Gelegenheit gegeben wird, ihr eigenes Verhalten einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

Die aktive Beteiligung der Belegschaft an der Massnahmenformulierung eignet sich ausserdem dazu, die Akzeptanz gegenüber diesen Massnahmen und der nachfolgenden externen Umsetzungskontrolle zu erhöhen. Nicht zu unterschätzen ist zudem das ihr innewohnende Abschreckungspotential. Denn einerseits beinhaltet sie einen Canossagang des Arbeitgebers, der gezwungen ist, vor der Belegschaft das Vorliegen einer Diskriminierung einzugestehen. Andererseits bindet die Massnahme wohl in erheblichem Masse Arbeitskräfte, was den Arbeitgeber teuer zu stehen kommt.

2.2. Öffentliches Anprangern

Der Evaluationsbericht der Europäischen Kommission für das Jahr 2021 nennt auch die Veröffentlichung eines Fehlverhaltens als mögliche Sanktion.¹⁸¹⁹ «Prangerlisten», in denen fehlbare und rechtskräftig verurteilte Arbeitgeber öffentlich zur Schau gestellt werden, sind auch in der Schweiz im Bauwesen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit bekannt.¹⁸²⁰ Über die tatsächliche Abschreckungswirkung dieser Listen bestehen – soweit ersichtlich – keine belastbaren Auswertungen. Das Anprangern sollte nicht zuletzt auch daher im Sinne der Verhältnismässigkeit nur als *ultima ratio* für jene Fälle in Betracht gezogen werden, in denen dem betreffenden Arbeitgeber krasse diskriminierende Praktiken nachgewiesen werden können und angesichts der konkreten Umstände davon auszugehen ist, dass selbst heftige Sanktionen ohne verhaltenskorrigierenden Nutzen blieben. Von einem allzu

¹⁸¹⁸ Siehe zum Thema *Ageism* oben E. § 2. II.

¹⁸¹⁹ Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 12.

¹⁸²⁰ Art. 13 Abs. 3 Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005, SR 822.41.

leichtfertigen Einsatz eines solchen Druckmittels ist hingegen abzuraten, da dies nach hier vertretener Meinung das Wohlwollen der Arbeitgeber im Kampf gegen Diskriminierung zu vermindern drohte.

3. Verfahrensrechtlich

3.1. Beweislast

Die in Art. 8 ZGB statuierte Beweislastverteilungsregel ist für potentielle Diskriminierungsopfer ein grosses Hindernis bei der Durchsetzung antidiskriminierungsrechtlicher Ansprüche.

Die mit Blick auf das Vorliegen einer Diskriminierung zu beweisenden Tatsachen liegen in der Regel ausserhalb der Sphäre des Diskriminierungsopfers. So hat beispielsweise eine Person, die infolge einer algorithmischen Entscheidung benachteiligt wurde, keinen Zugriff auf den dem Algorithmus zugrundeliegenden Programmcode. Auch wenn ein Zugriff bestünde, sind die algorithmisch erzeugten Ergebnisse derart opak, dass selbst ihre Schöpfer sie kaum nachvollziehen können.¹⁸²¹ Angesichts dessen wäre es nicht sachgerecht, das Risiko der Beweislosigkeit in die Sphäre potentieller Opfer zu stellen.

Es ist daher wenig erstaunlich, dass das GlG mit Art. 6 eine Beweislasteileichterung vorsieht, indem es in bestimmten abschliessend aufgezählten Konstellationen eine Diskriminierung vermutet, soweit eine solche glaubhaft gemacht wurde. In der Schweiz scheinen sich Anwaltschaft und Gerichte darüber einig zu sein, dass eine bereichsübergreifende Beweislasteileichterung zugunsten von Diskriminierungsopfern deren Zugang zur Justiz erleichtern würde.¹⁸²² Ausserdem hat auch der Sachverständigenausschuss der IAO mit Blick auf das IAO-Übereinkommen Nr. 111 schon in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass er für die Umsetzung des Diskriminierungsverbots die Auferlegung der Beweislast auf jene Person bevorzuge, welche die Diskriminierung zu verantworten habe.¹⁸²³ Auch die EU schreibt den Mitgliedstaaten in Art. 10 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG die Installation einer solchen Beweislastverteilungsregel in ihrem nationalen Recht vor.

Vor diesem Hintergrund ist eine gleichgelagerte Beweislastverteilungsregel, wie sie schon im Gleichstellungsgesetz sowie in der Richtlinie 2000/78/EG bekannt ist, für ein neues Diskriminierungsverbot *de lege ferenda* angezeigt. Der vom Bun-

¹⁸²¹ Vgl. MALORNY, S. 172 mit weiteren Hinweisen.

¹⁸²² KÄLIN/LOCHER, S. 67 f.

¹⁸²³ IAO-Konferenz, 1996, Rn. 29.

desrat bisher dagegen vorgebrachte Einwand, wonach die Einführung einer generellen Beweislasteilechterung in Diskriminierungsfällen einen Konsens voraussetzt, «[...] dass Opfer von Diskriminierung stärker geschützt werden müssen als beispielsweise Opfer von missbräuchlicher Kündigung [...]», hält einer näheren Betrachtung nach hier vertretener Ansicht nicht stand:¹⁸²⁴

Tatsächlich ist es so, dass eine diskriminierende Kündigung auch eine missbräuchliche Kündigung ist.¹⁸²⁵ Insofern bestünde keine Besserstellung. Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass ein Arbeitnehmer, dessen Entlassung sich als diskriminierend erweist, im Vergleich zu Arbeitnehmern in anderen Missbrauchs-konstellationen beweismässig privilegiert würde. Dies ist jedoch gesamt betrachtet hinzunehmen:

Die Beweislasteilechterung würde sich auf Diskriminierungen in sämtlichen Phasen des Erwerbslebens beziehen und damit nicht nur auf die Entlassung, sondern auch auf die Bewerbung. Gerade in dieser Phase sieht sich ein potentielles Diskriminierungsopfer mit erheblichen Beweisschwierigkeiten konfrontiert, zumal die beweisereheblichen Tatsachen sich in der Sphäre des Arbeitgebers befinden.

Nun lässt sich dagegen einwenden, ein Diskriminierungsopfer, das sich noch in einem Arbeitsverhältnis befinde, sehe sich nicht mit denselben Beweisschwierigkeiten konfrontiert wie ein Stellenbewerber. Dies, weil es aufgrund der Nähe zum Arbeitgeber eher noch dazu imstande sei, die Vorgänge, die zur Kündigung führten, zu dokumentieren. Es wäre daher nicht gerechtfertigt, für solche eine Beweislasteilechterung vorzusehen. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass eine beweismässige Ungleichbehandlung zwischen angestellten und nicht angestellten Diskriminierungsopfern die Handhabung einer neuen Beweislastregulierung erschwerte. Hingegen ist die beweismässige Privilegierung von Diskriminierungsopfern innerhalb des Kreises der Arbeitnehmer, denen missbräuchlich gekündigt wurde, akzeptabel, zumal die übrigen nicht diskriminierten, wohl aber aus anderen Gründen missbräuchlich entlassenen Arbeitnehmer insgesamt über ausreichende Beweisressourcen verfügen. Die beweismässige Privilegierung wiegt folglich nach hier vertretener Auffassung weniger schwer als die sperrige Handhabung einer themenbezogenen Beweislasteilechterung, die zwischen Angestellten und Nichtangestellten unterscheidet.

Die hier vorgeschlagene Lösung bietet einen gangbaren Mittelweg, denn es handelte sich nicht um eine Beweislastumkehr, bei der eine Diskriminierung bereits

¹⁸²⁴ Bericht des Bundesrats zu Postulat Naef (12.3543), 2016, S. 18.

¹⁸²⁵ Siehe dazu oben G. § 3. II. 2.5.

vermutet wird, wenn eine solche nur schon *behauptet* wird. Viel eher handelte es sich um eine sphärengerechte, geteilte Beweislastverteilung, in der immerhin zunächst eine Diskriminierung *glaubhaft* gemacht werden muss. Dabei darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass nur schon die Glaubhaftmachung Schwierigkeiten bereiten kann. Der Mittelweg würde daher nicht alle Schleusen für die ungehemmte Geltendmachung irgendwelcher Begehrlichkeiten öffnen. Eine Flut von Diskriminierungsklagen würde ausserdem trotz Umsetzung der Beweisregel nach Art. 10 Richtlinie 2000/78/EG selbst in den EU-Mitgliedstaaten nicht beobachtet.¹⁸²⁶

3.2. Kostenloses und vereinfachtes Verfahren

Diskriminierungsrechtliche Beschwerden sollten allgemein in einem von Gerichtskosten befreiten Schlichtungs- und Entscheidungsverfahren beurteilt werden, so wie dies nach Art. 113 Abs. 2 lit. a beziehungsweise Art. 114 lit. a ZPO bei Streitigkeiten nach Gleichstellungsgesetz vorgesehen ist. Zudem sollte, gleichermassen wie dies gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. a ZPO für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz gilt, das vereinfachte Verfahren auf Fälle betreffend Altersdiskriminierung zur Anwendung gelangen.¹⁸²⁷ Dadurch würde dem Bedürfnis eines erleichterten Zugangs zur Justiz Rechnung getragen.¹⁸²⁸

3.3. Verbandsklage

Das Verbandsklagerecht ist eine wichtige Massnahme zur Realisierung eines Diskriminierungsverbots.¹⁸²⁹ Auch die Richtlinie 2000/78/EG sieht in ihrem Art. 9 Abs. 2 ein Verbandsklagerecht vor. Im Schweizer Recht besteht in Art. 7 GlG ein spezielles und in Art. 89 ZPO ein allgemeines Verbandsklagerecht, das jedoch sachlich auf Persönlichkeitsverletzungen beschränkt ist. Gestützt auf das allgemeine Verbandsklagerecht nach Art. 89 Abs. 2 ZPO kann eine drohende Verletzung verboten (lit. a) und eine bestehende Verletzung beseitigt (lit. b) werden und schliesslich kann auch die Widerrechtlichkeit einer Verletzung festgestellt werden

¹⁸²⁶ Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2008), S. 9.

¹⁸²⁷ Zu den praktischen Schwierigkeiten, die sich aus einer objektiven Klagehäufung von Ansprüchen mit nicht diskriminierungsrechtlichem Inhalt ergeben können, vgl. WETZSTEIN/WOLFENBERGER, Stämpflis Handkommentar GlG, Art. 10 Rn. 15 ff.

¹⁸²⁸ Vgl. Evaluationsbericht der Europäischen Kommission betreffend Richtlinie 2000/78/EG (2021), S. 9.

¹⁸²⁹ Vgl. NAGUIB/PÄRLI, Errungenschaften und Kritik, Rn. 1307 f.

(lit. c). Das spezialgesetzliche Verbandsklagerecht in Art. 7 GIG geht demgegenüber weniger weit. Nach diesem kann ein Verband lediglich auf Feststellung einer Diskriminierung klagen.¹⁸³⁰

Da das allgemeine Verbandsklagerecht in Art. 89 Abs. 3 ZPO einen Vorbehalt zugunsten spezialgesetzlicher Bestimmungen – wie eben jener gemäss Art. 7 GIG – vorsieht, hat dies zur Folge, dass für eine Verbandsklage nach Art. 89 ZPO im Anwendungsbereich des GIG kein Raum bleibt.¹⁸³¹

Vor diesem Hintergrund ergibt ein spezialgesetzliches Verbandsklagerecht mit Blick auf Altersdiskriminierung nur dann Sinn, wenn dieses über jene in Art. 89 ZPO zugestandenem Rechte hinausgeht, nämlich das Verboten, die Beseitigung oder die Feststellung einer Widerrechtlichkeit. Zu denken wäre etwa an ein eigenständiges Recht auf Erlass spezifischer Sanktionen.

IV. Fazit zum Diskriminierungsverbot und zu den flankierenden Massnahmen

Gesamt betrachtet wird hier die Einführung eines bundesgesetzlichen und unter Privaten unmittelbar wirksamen zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots empfohlen, das sich durch eine Merkmalsoffenheit auszeichnet, explizit vor sämtlichen Diskriminierungsformen schützt, in allen Phasen des Erwerbslebens gilt, ein besonderes Augenmerk auf die Rechtfertigungsstruktur legt und insbesondere hinsichtlich direkter Diskriminierungen einen *Numerus clausus* an Rechtfertigungsgründen vorschreibt, durch den sich Benachteiligungen einzig aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorgaben oder einer wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung legitimieren lassen.

Diesem Diskriminierungsverbot soll durch diverse flankierende Massnahmen, die zusammen mit dem Diskriminierungsverbot in dasselbe bundesgesetzliche Regelwerk zu integrieren sind, zum Durchbruch verholfen werden.

In materiellrechtlicher Hinsicht ist dabei zunächst sicherzustellen, dass aus Diskriminierungen resultierende Haftungsansprüche verschuldensunabhängig ausgestaltet werden. Der Nutzen einer schriftlichen Begründungspflicht für abgewiesene Bewerber wurde als gering bewertet, so dass darauf verzichtet werden kann. Ebenso wird ein Kontrahierungszwang für abgewiesene Bewerber abgelehnt. Mit

¹⁸³⁰ Art. 7 Abs. 1 GIG.

¹⁸³¹ VÖGELI GALLI, Kommentar GIG, Art. 7 Rn. 35 f.

Blick auf den Schutz vor Viktimisierung wurde die Kündigungsanfechtung im Speziellen diskutiert und unter Berücksichtigung der Erfahrungen mit dem GlG, das eine solche Anfechtung vorsieht, argumentiert, dass auch darauf verzichtet werden kann. Das Hauptaugenmerk sollte auf finanzielle Sanktionen gerichtet werden. Diese sollten betragsmässig nicht limitiert sein und sollten bestenfalls eine an den entgangenen Lohn gekoppelte Mindestsumme vorsehen. Benachteiligungen während des Erwerbslebens sollten ausserdem im jeweiligen Einzelfall durch ein so genanntes «levelling up» ausgeglichen werden.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist der Beweisnot potentieller Diskriminierungsopfer mit einer Beweislasteilerleichterung, wie sie auch schon im GlG bekannt ist, beizukommen. Der Zugang zur Justiz soll zudem durch ein kostenloses und vereinfachtes Verfahren erleichtert werden. Eine spezialgesetzliche Verbandsklage wird hingegen nur so weit als sinnvoll erachtet, als die den Verbänden zugestandenen Rechte über die bereits in Art. 89 ZPO statuierten Rechte hinausgehen.

Über den materiellrechtlichen und verfahrensrechtlichen Bereich hinaus wurden zwei weitere flankierende Massnahmen empfohlen. Nach der ersten soll ein wegen Diskriminierung verurteilter Arbeitgeber in Zusammenarbeit mit seiner Belegschaft Massnahmen zur Vermeidung solcher Diskriminierungen formulieren müssen, und die Umsetzung dieser Massnahmen sollte von einer externen Stelle kontrolliert werden. Schliesslich wurde auch das öffentliche Anprangern als absolute *ultima ratio* für besonders krasse Fälle und renitente Arbeitgeber empfohlen.

§ 3 Massnahmen im Bereich der Diskriminierungsprävention

I. KI und Algorithmen: Zertifizierung und spezielle Beweislastregelung

Die Diskriminierungsgefahren, die vom Einsatz von Algorithmen beziehungsweise von künstlicher Intelligenz ausgehen, sind ausgewiesen, und es wird im Schrifttum daher vertreten, dass dringender Regulierungsbedarf besteht.¹⁸³²

Es wurde zwar aufgezeigt, dass der Datenschutz einen grossen Beitrag zur Diskriminierungsprävention leistet. Die datenschutzrechtlichen Instrumente *de lege ferenda* vermitteln jedoch keinen Anspruch auf Offenlegung eines Algorithmus

¹⁸³² Vgl. STYPINSKA, Überschrift Nr. 6.

und damit der ihm zugrundeliegenden Daten. Den Betroffenen bleiben daher der Algorithmus und sein Bewertungssystem sowie insbesondere die durch den Algorithmus bearbeiteten Daten und deren Datenqualität verborgen.¹⁸³³ Es ist auch nicht auszuschliessen, dass selbst jene, welche die Algorithmen einsetzen, nicht wissen, wie der Entscheid beziehungsweise die Entscheidungsempfehlung zustande kommt.¹⁸³⁴

Nur schon die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung dürfte potentiellen Opfern selbst angesichts einer Beweislast erleichterung, wie sie in der Richtlinie 2000/78/EG den EU-Mitgliedstaaten vorgeschrieben wird, schwer gelingen: Ohne Zugang zum Algorithmus sowie den durch ihn bearbeiteten Daten fehlt es an der fundamentalen Faktenbasis, die eine Glaubhaftmachung des eigenen Standpunkts voraussetzt.¹⁸³⁵ Ausserdem könnten Geschäftsgeheimnisse und Grundrechte Dritter einer Offenlegung der Daten entgegenstehen.¹⁸³⁶

Der Umgang mit neuen Technologien und der Schutz vor Diskriminierung erfordern eine kreative Gesetzgebung, welche die Interessen aller Akteure berücksichtigt, ohne dabei Innovationen zu behindern.¹⁸³⁷ Ein solcher Ansatz wird hier mit Blick auf das oben geschilderte Problem präsentiert:

Wenn der Nutzen aus dem Einsatz eines Algorithmus beim Arbeitgeber liegt, dann sollte er gleichermassen auch für die daraus entstehenden Gefahren eintreten. Es wäre daher nicht sachgerecht, die Gefahr einer Beweislosigkeit der Sphäre potentieller Diskriminierungsopfer zu überbürden. Der Einsatz eines Algorithmus oder von KI lässt sich mit dem Betrieb eines Fahrzeugs vergleichen: Auch der Fahrzeughalter muss grundsätzlich für die aus dem Betrieb seines Fahrzeugs entstehenden Schäden eintreten (Betriebsgefahr).¹⁸³⁸ Warum sollte das bezogen auf die Beweisproblematik nicht auch in ähnlicher Weise für Algorithmen beziehungsweise KI (fortan zusammen «Technologie») gelten? Wie liessen sich nun die Inte-

¹⁸³³ Zum Ganzen oben G. § 4. II. 5.

¹⁸³⁴ Vgl. MALORNY, S. 172 mit weiteren Hinweisen.

¹⁸³⁵ Vgl. HACKER, S. 1169.

¹⁸³⁶ KASPER, S. 202 f.; HACKER, S. 1179.

¹⁸³⁷ Vgl. OECD Empfehlung zu künstlicher Intelligenz, Präambel.

¹⁸³⁸ Vgl. Art. 58 Abs. 1 Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19. Dezember 1958, SR 741.01. Die Analogie hinkt zwar in dem Sinne, dass in Art. 58 Abs. 1 SVG keine Beweislastregelung betreffend den eingetretenen Schaden aufgestellt wird. Jedoch muss das Verkehrsoffer immerhin keinen Verschuldensnachweis erbringen und erfährt dadurch eine Beweislast erleichterung.

ressen potentieller Diskriminierungsopfer sowie der Arbeitgeber unter einen Hut bringen?

Zu denken wäre etwa an ein *amtliches* Zertifizierungsverfahren, in dem die Technologie sowie die zugrundeliegenden Daten auf ihr Diskriminierungspotential geprüft werden.¹⁸³⁹ Wird der Datensatz laufend erneuert/ergänzt und/oder passt sich die eingesetzte Technologie gewonnenen Erkenntnissen an, müsste das Zertifizierungsverfahren sinnvollerweise in regelmässigen Abständen durchgeführt werden. Der Vorteil aus einem solchen Zertifizierungsverfahren wäre, dass die Offenlegungspflicht nicht gegenüber einem Privaten bestünde, sondern gegenüber einer Behörde, womit auch dem legitimen Bedürfnis zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen Rechnung getragen werden könnte. Welche Wirkungen soll nun ein solches amtliches Zertifizierungsverfahren auslösen?

Zunächst sollte zwischen Nutzer und Endnutzer der Technologie unterschieden werden. In Anlehnung an Art. 3 Ziff. 4 des Verordnungsentwurfs der EU zur Künstlichen Intelligenz¹⁸⁴⁰ gelten hier als Nutzer natürliche oder juristische Personen, die ein KI-System im beruflichen Kontext verwenden. Als Endnutzer werden demgegenüber jene Personen bezeichnet, die von den Ergebnissen der eingesetzten Technologie betroffen sind, wie z.B. ein Stellenbewerber.¹⁸⁴¹

Es liesse sich nun an eine Wirkung denken, bei der ein gültig ausgestelltes Zertifikat die Vermutung schafft, dass keine Diskriminierungsgefahr von der eingesetzten Technologie und der ihr zugrundeliegenden Datenbasis ausgeht. Will ein in einem konkreten Fall betroffener Endnutzer gleichwohl diese Vermutung umstossen, soll ihm die Möglichkeit zustehen, die Technologie behördlich untersuchen zu lassen. Lässt sich dann keine Diskriminierung nachweisen, müsste der Endnutzer die (wohl teuren) Kosten der behördlichen Untersuchung selber übernehmen. Bestätigt die Untersuchung hingegen den Verdacht des Endnutzers, sollte der Nutzer die Kosten des Prüfverfahrens tragen.

In der umgekehrten Konstellation, in der eben kein gültiges Zertifikat vorhanden ist, müsste die gegenteilige Vermutung gelten, wonach die Technologie tatsächlich

¹⁸³⁹ Ein solches Verfahren wird etwa von GERARDS/XENIDIS, S. 145 f., empfohlen; ähnlich auch HACKER, S. 1184, der staatlich verordnete *«algorithmic audits»* empfiehlt.

¹⁸⁴⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union vom 21. April 2021, COM(2021) 206 final.

¹⁸⁴¹ ANGELA MÜLLER, EuZ, S. A5.

diskriminiert. Solchenfalls müsste der Nutzer durch ein auf eigene Kosten nachgeholtes Zertifizierungsverfahren den Beweis des Gegenteils erbringen. Die Kosten dieses Verfahrens würden unabhängig vom Ausgang der Untersuchung dem Nutzer auferlegt. Durch diese Kostentragungsregel würde der Anreiz des Nutzers, die von ihm eingesetzte Technologie prüfen zu lassen, zusätzlich verstärkt:

Wird ein Zertifikat ausgestellt, profitiert der Nutzer wenigstens von einer Vermutung zu seinen Gunsten, und es lassen sich im Diskriminierungsverfahren günstigenfalls weitere Kosten abwenden. Das Zertifikat schreckte ausserdem vor Diskriminierungsvorwürfen ab, indem dem Endnutzer ein finanzielles Verfahrensrisiko auferlegt wird, wenn er dennoch eine Diskriminierung beweisen möchte. Verfügt der Nutzer hingegen über kein Zertifikat, entfallen nicht nur diese Vorteile, sondern er muss auch bei der erstbesten Beanstandung der Technologie das Zertifizierungsverfahren ohnehin auf eigene Kosten nachholen.

Eine spezielle Ausgangslage besteht dort, wo KI eingesetzt wird. Diese zeichnet sich nämlich durch ihre dynamische Weiterentwicklung aus. Mit anderen Worten kann sich die verwendete KI-Technologie auch im Sekundentakt ändern. Die Schwierigkeit besteht nun darin, den algorithmischen und datenmässigen *Status quo* z.B. im Zeitpunkt einer Bewerbung zu reproduzieren und auf ihr Diskriminierungspotential hin zu untersuchen. Nach der hier vorgeschlagenen Lösung muss diese Problematik konsequenterweise ebenfalls der Sphäre des Nutzers zugeordnet werden: Der Nutzer muss nachweisen können, dass der Algorithmus beziehungsweise die KI im relevanten Zeitpunkt bezogen auf das relevante Kriterium (oder die relevanten Kriterien) nicht diskriminierte. Gelingt ihm dies nicht, hat er die Folgen daraus zu tragen.

Die hier vertretene Lösung trägt den beiderseitigen Bedürfnissen Rechnung: Einerseits werden die Diskriminierungsrisiken durch den Einsatz eines zertifizierten Algorithmus reduziert und die Beweislasten und Kostenrisiken in Bezug auf die nachträgliche Untersuchung der Technologien sphärengerecht verteilt. Andererseits wird die seitens des Nutzers bestehende Pflicht zur Wahrung allfälliger Geschäftsgeheimnisse angemessen berücksichtigt. Dem Einwand, wonach ein Zertifizierungsverfahren hohe Kosten verursachen würde, ist zu entgegnen, dass der Einsatz von Algorithmen Rentabilität verspricht. Dabei ist es nur richtig, wenn ein Teil dieser Rentabilität für Massnahmen abgeschöpft wird, um Gefahren abzuwenden, die durch den Einsatz dieser Technologien entstehen.

Für die hier empfohlene Massnahme spricht zudem, dass auch der Verordnungsentwurf der EU zur Künstlichen Intelligenz einen ähnlichen Ansatz vorsieht. Dieser verlangt für so genannte «Hochrisiko-KI-Systeme» eine Konformitätsbewer-

tung, in der unter anderem die von der KI ausgehenden Risiken in Bezug auf Grundrechte zu bewerten sind. Laut diesem Entwurf gelten KI-Systeme in den Bereichen Beschäftigung und Personalmanagement explizit als «Hochrisiko-KI-Systeme».¹⁸⁴² Wird ein KI-System beispielsweise für die Personalselektion oder für den Entscheid über eine Beförderung eingesetzt, muss der Anbieter eines solchen KI-Systems dieses einem aufwendigen Konformitätsbewertungsverfahren unterziehen, bei dessen Bestehen ebenfalls ein Zertifikat ausgestellt wird.¹⁸⁴³ Hinzu kommen auch weitgreifende Daten-Governance-, technische Dokumentations- sowie Aufzeichnungspflichten.¹⁸⁴⁴

Will man hingegen von einem Zertifizierungsverfahren und einer damit verknüpften differenzierten Beweislast- und Kostenverteilung gänzlich absehen, dann müsste nach dem hier eingenommenen Standpunkt konsequenterweise eine strenge Beweislastumkehr zulasten des Nutzers eingeführt werden. Nach dieser würde die Nutzung der Technologie per se die Vermutung einer Diskriminierung schaffen. Dies, weil der von der Technologie betroffene Endnutzer effektiv keine realistische Chance hat, eine Diskriminierung zu beweisen oder nur schon glaubhaft zu machen. Da der Endnutzer im Gegensatz zum Nutzer keine ökonomischen Vorteile aus der Technologie für sich beanspruchen kann, dafür aber die Gefahr einer Diskriminierung hinnehmen muss, ist es nach hier vertretener Ansicht konsequent und sachrichtig, wenn der Nutzer die Kosten für die gerichtliche Untersuchung der Technologie zu tragen hat. Dies auch dann, wenn sich zeigt, dass sich durch den Einsatz der Technologie tatsächlich keine Diskriminierung realisiert hat.

Würde hingegen keine der hier vorgeschlagenen Massnahmen eingeführt, bedeutete dies, dass das von modernen Technologien ausgehende Diskriminierungspotential faktisch hingenommen würde. Ein solcher Zustand ist aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht inakzeptabel und auch angesichts der sowohl durch das Völkerrecht als auch durch die Bundesverfassung auferlegten Pflicht, Massnahmen zum Schutze vor Diskriminierung zu ergreifen (*duty to protect*), unhaltbar.¹⁸⁴⁵

¹⁸⁴² Art. 6 Abs. 2 Verordnungsentwurf der EU zur Künstlichen Intelligenz iVm Anhang III Ziff. 4.

¹⁸⁴³ Art. 19 Verordnungsentwurf der EU zur Künstlichen Intelligenz; für eine Übersicht darüber vgl. ANGELA MÜLLER, EuZ, S. A8.

¹⁸⁴⁴ Art. 10–12 Verordnungsentwurf der EU zur Künstlichen Intelligenz.

¹⁸⁴⁵ Zu den Schutzpflichten siehe oben im Abschnitt G. § 2. III.

II. Anonymisiertes Bewerbungsverfahren

1. Positive Erfahrungen

Eine probate Antwort auf Vorfelddiskriminierungen im Rahmen des Anstellungsprozesses ist die Einrichtung eines anonymisierten Bewerbungsverfahrens.¹⁸⁴⁶ Heute übliche Angaben wie Name, Adresse, Zivilstand, Geburtsdatum sowie das Bewerbungsfoto werden dabei nicht bekanntgegeben. Daten zu den Beschäftigungsphasen werden durch die Beschäftigungsdauer ersetzt. Und es werden auch keine Angaben dazu gemacht, wann Ausbildungen abgeschlossen wurden, sondern nur, *dass* ein bestimmter Abschluss vorhanden ist. Dadurch können Rückschlüsse über das Alter oder sonstige Merkmale eines Bewerbers unterdrückt und eine Objektivierung im Bewerbungsverfahren sichergestellt werden. Ausserdem lassen sich so Benachteiligungen beispielsweise aufgrund einer mit dem Namen in Verbindung gebrachten Herkunft, mit der Wohnadresse vermuteten Sozialisierung oder mit dem Alter (oder dem Aussehen) angenommenen Leistungsfähigkeit vermeiden.

Anonymisierte Bewerbungsverfahren wurden sowohl in der Schweiz als auch im Ausland verschiedentlich erprobt.¹⁸⁴⁷ Besonders bemerkenswert ist ein in Deutschland durchgeführtes Pilotprojekt, weil in diesem nebst Namen oder Geschlecht auch das Alter als Kriterium einschliesslich aller Daten, die darüber Rückschlüsse erlauben, ausgeblendet wurden.¹⁸⁴⁸ Am Pilotprojekt waren acht Unternehmen beteiligt, davon vier weltweit tätige Konzerne, drei öffentliche Verwaltungen sowie ein mittelständisches Unternehmen.¹⁸⁴⁹ Über einen Zeitraum von zwölf Monaten hinweg wurden insgesamt 8'550 anonymisierte Bewerbungen durchgeführt.¹⁸⁵⁰

¹⁸⁴⁶ NAEGELE/DE TRAVENIER/HESS, S. 80, die sich für einen «*age-blind promotion and hiring process*» aussprechen (frei übersetzt: ein Bewerbungsverfahren ohne Bekanntgabe des Alters); vgl. auch Interpellation Gabriela Suter 21.3869, «Anonymisierte Bewerbungsverfahren als Massnahme gegen Diskriminierung im Arbeitsmarkt» vom 17. Juni 2021.

¹⁸⁴⁷ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 1.

¹⁸⁴⁸ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 4 f.; im Gegensatz dazu wurden im Rahmen des Schweizer Pilotprojekts eher Daten betreffend den Migrationshintergrund ausgeblendet, nicht jedoch über das Alter, vgl. HEINIMANN/MARGREITER, S. 7 f.

¹⁸⁴⁹ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 4.

¹⁸⁵⁰ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 2 f.

Ziel war es, die Umsetzbarkeit und Wirkung anonymisierter Bewerbungsverfahren zu evaluieren.¹⁸⁵¹

Das Bewerbungsverfahren wurde zweistufig gestaltet. In einem ersten Schritt erhielten die Personalverantwortlichen vollständig anonymisierte Bewerbungen. Je nach Unternehmen wurden dafür unterschiedliche Methoden gewählt. Eine Methode war z.B. ein standardisiertes Bewerbungsformular, in dem die Bewerber ihre Angaben über eine Online-Maske eintrugen. Nach einer anderen Variante wurden die sensiblen Daten in den Unterlagen der Bewerber schlicht geschwärzt.¹⁸⁵² Erst mit der Einladung zum Bewerbungsgespräch wurden die vollständigen Bewerbungsunterlagen für die Personalverantwortlichen freigegeben.¹⁸⁵³

Der Schlussbericht zieht eine durchwegs positive Bilanz: Die Umsetzung stelle für die Mehrheit der Personalverantwortlichen *«kein Problem»* dar, heisst es darin. Für die Anonymisierung habe sich insbesondere das anonymisierte Bewerbungsformular als empfehlenswerte Lösung erwiesen, so der Schlussbericht weiter.¹⁸⁵⁴ Ebenfalls positiv werteten die Arbeitgeber den Reputationsgewinn (*«employer branding»*), der mit diesem Effort zur Eliminierung von Diskriminierung einhergeht.¹⁸⁵⁵

Das Verfahren wurde zudem insofern als wirksam bewertet, als durch Anonymisierung tendenziell Chancengleichheit für alle Bewerber geschaffen wird.¹⁸⁵⁶ Zwar hat eine Mehrheit der am Pilotprojekt beteiligten Unternehmen schon im Vorfeld Massnahmen zur Förderung von Diversität ergriffen, weshalb diese Unternehmen einer *«positiven Auswahl»* entsprechen. Dennoch gehen die Autoren des Schlussberichts davon aus, dass *«[...] bei weniger engagierten Organisationen die Unterschiede zwischen den Bewerbungsverfahren signifikanter wären»*¹⁸⁵⁷ – was so verstanden werden kann, dass bei zu Diskriminierung neigenden Unternehmen erst recht positive Effekte aus einem anonymisierten Bewerbungsverfahren zu erwarten sind.

Gegen ein solches zweistufiges Verfahren liesse sich einwenden, es verlagere die Diskriminierung lediglich von der initialen Bewerbung in die nachfolgende

¹⁸⁵¹ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 2.

¹⁸⁵² KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 5.

¹⁸⁵³ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 6.

¹⁸⁵⁴ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 45.

¹⁸⁵⁵ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 46.

¹⁸⁵⁶ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 47.

¹⁸⁵⁷ KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 47.

Phase beziehungsweise in das Bewerbungsgespräch.¹⁸⁵⁸ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass Diskriminierungen das Resultat unbewusster kognitiver Vorgänge sind.¹⁸⁵⁹ Diese manifestieren sich meist als Vorfelddiskriminierungen im Entscheid über die Einladung zu einem Bewerbungsgespräch.¹⁸⁶⁰ Es ergibt daher durchaus Sinn, diese kognitiven Reflexe durch Anonymisierung in der ersten Bewerbungsphase auszuschalten, um dadurch die Chancen auf eine Einladung zu einem Bewerbungsgespräch und damit auch auf eine Anstellung zu erhöhen.

Ein zweistufiges anonymes Bewerbungsverfahren könnte auch für die Schweiz Modell stehen. Der unter der Federführung von LÜDERS von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Deutschland, herausgegebene Leitfaden für Arbeitgeber liefert wertvolle Hinweise zur praktischen Umsetzung dieser Antidiskriminierungsmaßnahme.¹⁸⁶¹

2. Umsetzung durch Gesetzesvorschrift?

Das anonyme Bewerbungsverfahren ist ein vielversprechendes Instrument zur Bekämpfung von Diskriminierung. Es stellt sich gleichwohl die Frage, ob es Sinn ergibt, ein solches Verfahren gesetzlich vorzuschreiben.

Gegen ein gesetzlich vorgeschriebenes anonymes Bewerbungsverfahren wird vorgebracht, es eigne sich nicht für alle Tätigkeitsfelder.¹⁸⁶² Ausserdem entfele der Anreiz, mit dem sich Arbeitgeber positiv von anderen abheben könnten, indem sie sich als Diversität förderndes Unternehmen durch diskriminierungsfreie Bewerbungsverfahren preisen könnten (*«employer branding»*) – ganz nach dem Motto: Wenn niemand diskriminiert, dann ist Nichtdiskriminierung nichts Besonderes.¹⁸⁶³

Letzteres Argument ist nicht stichhaltig. Der von den Unternehmen für das *«employer branding»* als vorteilhaft empfundene Kontrasteffekt zu anderen Unterneh-

¹⁸⁵⁸ Vgl. KRAUSE/RINNE/ZIMMERMANN, Anonymous job applications in Europe, S. 15.

¹⁸⁵⁹ Krings/Kluge, S. 138.

¹⁸⁶⁰ KRAUSE/RINNE/ZIMMERMANN, Anonymous job applications in Europe, S. 15 mit weiteren Hinweisen.

¹⁸⁶¹ Vgl. Antidiskriminierungsstelle des deutschen Bundes (Hrsg.), Leitfaden anonyme Bewerbungsverfahren, Berlin, 2014.

¹⁸⁶² KRAUSE/RINNE/ZIMMERMANN, Anonymous job applications in Europe, S. 17, nennen Sport, Kunst oder Führung als Beispiele, in denen sich ein anonymes Bewerbungsverfahren nicht eignet.

¹⁸⁶³ Zum *«employer branding»* als speziellem Vorteil siehe KRAUSE ET AL., Schlussbericht Pilotprojekt, S. 46.

men baut darauf, dass andere möglicherweise diskriminieren, weil sie eben kein anonymes Bewerbungsverfahren zur Anwendung bringen. Folglich wird Kapital geschlagen aus diskriminierenden Praktiken, die sich andernorts zutragen. Das ist unmoralisch und insofern ist das Entfallen des Anreizes «*employer branding*» kein valables Argument dafür, von einer gesetzlichen Vorschrift zur Durchführung anonymer Bewerbungsverfahren abzusehen.

Demgegenüber ist nicht auszuschliessen, dass Anonymität nicht für alle erdenklichen Tätigkeitsbereiche zielführend ist. Dies allerdings dürfte nur wenige Bereiche betreffen. Diese Bereiche könnten z.B. auf dem Verordnungsweg von einer Pflicht zur anonymen Bewerbung ausgenommen werden.

Insgesamt bestehen nach hier vertretener Ansicht keine triftigen Gründe, anonyme Bewerbungsverfahren nicht auf Gesetzesstufe vorzuschreiben. Das anonyme Bewerbungsverfahren ist ein wirksames und durchaus verhältnismässiges Antidiskriminierungs-Instrument.

III. Das Arbeitszeugnis als Vollzeugnis sowie die Referenzauskunft gehören verboten

Das Arbeitszeugnis als Vollzeugnis ist nach dem hier eingenommenen Standpunkt nicht nur abzuschaffen, sondern es sind sowohl das Ausstellen als auch das Einfordern von Vollzeugnissen durch Arbeitgeber zu verbieten:

Nach Art. 330a OR hat sich das Vollzeugnis über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers auszusprechen.¹⁸⁶⁴ Davon zu unterscheiden ist die Arbeitsbestätigung, die bloss über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses Auskunft erteilt.¹⁸⁶⁵ Inhaltlich müssen Arbeitszeugnisse im Wesentlichen drei Grundsätzen entsprechen. Sie müssen zunächst vollständig sein und der Wahrheit entsprechen. Und schliesslich muss das Vollzeugnis wohlwollend formuliert werden, so dass es das wirtschaftliche Fort-

¹⁸⁶⁴ Art. 330a Abs. 1 OR; vgl. zudem MÜLLER/THALMANN, S. 14, sowie PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 330a Rn. 4 ff. mit jeweils weiteren Ausführungen dazu.

¹⁸⁶⁵ MÜLLER/THALMANN, S. 17.

kommen des Arbeitnehmers fördert.¹⁸⁶⁶ Codierte Formulierungen sind nach der herrschenden Lehre verboten.¹⁸⁶⁷

Das Vollzeugnis wird im Rekrutierungsverfahren herangezogen, weil sich Personalverantwortliche aus den darin enthaltenen Aussagen eine Prognose darüber versprechen, ob der Bewerber zu ihrer Unternehmung passt. In der Praxis jedoch erweist sich das Vollzeugnis als gänzlich unzuverlässiger Indikator für die tatsächliche Eignung eines Kandidaten: Vollzeugnisse sind anfällig für Vorurteile und Fehlinterpretationen. Vollzeugnissen verschiedener Arbeitgeber geht ausserdem aufgrund asynchronen Sprachausdrucks die Vergleichbarkeit ab. Vollzeugnisse und Referenzen stehen zudem dem Gedanken eines fairen Arbeitswettbewerbs diametral entgegen. Der unfair Bewertete ist genötigt, sein Vollzeugnis wie eine schwere, zurückbindende Kette hinter sich herzuschleifen, während seine Mitbewerber leichtfüssig einer Anstellung entgegenzueilen. Und zuletzt verhindern sie faktisch ein essentielles Persönlichkeitsrecht, nämlich das Recht auf Vergessen. Dazu nun im Einzelnen:

Das Vollzeugnis ist ein Bewertungsinstrument, dessen Inhalt einerseits durch Vorurteile und Stereotypen geprägt und andererseits mit derselben vorurteilsbehafteten Brille durch Dritte gelesen und interpretiert werden kann. In der Literatur finden sich z.B. Hinweise, wonach Männern tendenziell bessere Empfehlungsschreiben ausgestellt werden.¹⁸⁶⁸ Auch *Ageism* beeinflusst die Evaluation der Arbeitsleistung.¹⁸⁶⁹ Es ist daher naheliegend, dass das Alter eines Arbeitnehmers den Inhalt des Vollzeugnisses negativ beeinflussen kann. In Vollzeugnissen besteht jedenfalls ausreichend Raum, in dem sich altersbasierte Vorurteile oder Stereotypen niederschlagen können. Dies insbesondere dort, wo Leistungen objektiv nicht messbar sind. Die Wertschätzung des Arbeitnehmers bei Arbeitskollegen und Kunden beispielsweise ist nicht objektiv quantifizierbar.

Hinzu kommt, dass sich aus einem bestimmten Sachverhalt, dessen Ursprung in Vorurteilen und Stereotypen liegt, Reflexwirkungen im Vollzeugnis ergeben können. Wie ist beispielsweise eine Konstellation zu würdigen, in der eine junge Kundschaft ältere Arbeitnehmer in Kundenfeedbacks regelmässig schlecht be-

¹⁸⁶⁶ BGE 144 II 345, E. 5.2.1.

¹⁸⁶⁷ PORTMANN/RUDOLPH, BS Kommentar OR, Art. 330a Rn. 7; MÜLLER/THALMANN, S. 64 ff. mit Beispielen.

¹⁸⁶⁸ AGTHE/SPÖRRLE, S. 17.

¹⁸⁶⁹ NAEGELE/DE TAVERNIER/HESS, S. 74, die darlegen, dass *Ageism* auch die Evaluation der Arbeitsleistung beeinflusse; ebenso BAL/REISS/RUDOLPH/BALTES, S. 689–690 und S. 693; vgl. auch KRINGS/KLUGE, S. 131 f.

wertet? Obwohl die Ursache nicht unbedingt auf ein schlechtes Verhalten oder eine mindere Arbeitsqualität des älteren Arbeitnehmers zurückzuführen ist, wird sich dies gleichwohl negativ im Vollzeugnis auswirken müssen – beispielsweise unter dem Aspekt der Wertschätzung. Wendet man nämlich die obigen Grundsätze konsequent an, dann müsste im Arbeitszeugnis erwähnt werden, dass der Arbeitnehmer möglicherweise von Arbeitskollegen geschätzt wurde, nicht so sehr aber von den Kunden. Schweigt sich das Zeugnis nun über die Wertschätzung der Kunden aus, weil eine negative Formulierung nicht gerade wohlwollend daherkommt, dann ist das Zeugnis nicht vollständig. Nur schon diese Unvollständigkeit gibt in einem späteren Rekrutierungsverfahren Anlass zu Spekulationen, die sich nachteilig auf die Anstellungschancen auswirken können.

Es lässt sich weiter an eine andere Situation denken, in der beispielsweise ein älterer Arbeitnehmer von der jüngeren Belegschaft ausgegrenzt wird, sich daher vermehrt zurückzieht und sich daraus schlimmstenfalls sogar noch eine veritable Mobbing-Situation¹⁸⁷⁰ entwickelt. Auch dies wird einen negativen Effekt auf das Vollzeugnis haben. Man wird kaum ohne Schamesröte im Gesicht wahrheitsgemäss bestätigen können, der Arbeitnehmer sei allseits geschätzt worden. Fernab jeglicher Realität wäre es dann zu fordern, die Hintergründe des Rückzugs im Zeugnis darzulegen. Einerseits liessen sich lange Ausführungen dazu wiederum zum Nachteil des Arbeitnehmers auslegen. Andererseits wird ein Arbeitgeber im Arbeitszeugnis kaum eingestehen, dass er selber zumindest eine Mitschuld an der eingetretenen Situation trägt.

Gerade im letzten Beispiel wird ein sonderbarer Aspekt deutlich: Vollzeugnisse sind das Produkt eines voreingenommenen Beurteilungsverfahrens, in dem der Arbeitgeber als Partei auftritt und zugleich in quasi-richterlicher Funktion über den Arbeitnehmer ein Urteil abgibt. Dieses Ungleichgewicht lässt sich selbst durch das Beschreiten des nachgelagerten Rechtswegs nicht korrigieren. Kein Richter kann letztlich wahrheitswidrige Wertschätzung per Urteil forcieren. Was subjektiv nicht vorhanden ist, ist objektiv selbst vor den Schranken eines Gerichts nicht durchsetzbar.

Besonders pointiert macht sich dieses Machtungleichgewicht regelmässig im Abschlussatz von Vollzeugnissen bemerkbar. Beliebte und wertgeschätzte Arbeitnehmer werden darin häufig mit dem Ausdruck von Bedauern verabschiedet. Findet

¹⁸⁷⁰ Nach der vom Bundesgericht verwendeten Definition gilt als Mobbing ein systematisches, feindliches, über einen längeren Zeitraum anhaltendes Verhalten, mit dem eine Person an ihrem Arbeitsplatz isoliert, ausgegrenzt oder gar von ihrem Arbeitsplatz entfernt werden soll (BGer 8C_251/2017, Urteil vom 22. Juni 2017, E. 5.1).

sich hingegen kein solches Bedauern über den Fortgang des Arbeitnehmers, entstehen unweigerlich Mutmassungen darüber, ob das Arbeitsverhältnis streitbelastet war. Vorangegangene lobpreisende Ausführungen über die Leistungen des Arbeitnehmers erscheinen im Handumdrehen in einem anderen Licht und werden schlimmstenfalls in Zweifel gezogen. Aus der Sicht eines Rekrutierungsverantwortlichen ist dann nämlich nicht auszuschliessen, dass bestimmte Passagen im Zeugnis vor Gericht erstritten wurden oder Teil einer Einigung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bildeten. Dieser Aspekt ist daher so bemerkenswert, weil kein Richter den Arbeitgeber zu Bedauern verurteilen kann. Der Abschlussatz ist in der Praxis daher häufig nichts anderes als der Lackmустest dafür, ob der Kandidat nun beliebt war oder nicht, und ob er allenfalls eine Anstellungschance verdient oder eben nicht.

Überhaupt haben Vollzeugnisse eine ganze Industrie ins Leben gerufen, die sich damit beschäftigt, Arbeitszeugnisse insbesondere auf jene Inhalte hin zu analysieren, die nicht ausdrücklich verschriftlicht wurden. Mit anderen Worten wird versucht, jene vermeintlich zwischen den Zeilen verborgenen Aussagen auszulegen. Oder anders ausgedrückt: Es wird ein Phantomzeugnis völlig spekulativen Inhalts bewertet. Einem solchen Vorgang kann kein verlässlicher prognostischer Wert beschieden sein.

Selbst die Auslegungsergebnisse der Rekrutierer zum schriftlich Vorhandenen entsprechen nicht immer dem, was der Arbeitgeber tatsächlich zum Ausdruck bringen wollte. Beispielsweise kann ein Arbeitgeber mit der Wendung «volle Zufriedenheit» durchaus ehrlich meinen, dass es nichts gab, was seine Zufriedenheit zusätzlich hätte steigern können. In der Praxis aber hat sich etabliert, dass genau dies durch die Wendung «vollste Zufriedenheit» ausgedrückt wird. Abgesehen davon, dass dies sprachlicher Unsinn ist,¹⁸⁷¹ ist damit auch gesagt, dass Zeugnisse ausgestellt von verschiedenen Arbeitgebern keine Vergleichbarkeit gewährleisten und auch die Interpretation der Zeugnisse in höchstem Mass fehleranfällig ist. Gerade die fehlende Vergleichbarkeit verträgt sich nicht mit der arbeitsmarktlichen Konkurrenzsituation, in der sich Stellenkandidaten untereinander befinden, und umso schwerer muss dies bei älteren Stellensuchenden wiegen, die ohnehin schon gegen Vorurteile ankämpfen müssen, wenn es darum geht, eine Neuanstellung zu finden.¹⁸⁷²

¹⁸⁷¹ Es kann kein Superlativ zu «voll» geben. Entweder ist etwas voll oder es ist es eben nicht.

¹⁸⁷² Zu den Schwierigkeiten bei der Stellensuche siehe oben C. § 2.

Angesichts der zweifelhaften Aussagekraft von Vollzeugnissen überrascht es nicht, dass selbst namhafte Unternehmungen immer häufiger auf die Sichtung von Vollzeugnissen im Bewerbungsverfahren verzichten und sogar explizit Forderungen laut werden, Vollzeugnisse abzuschaffen.¹⁸⁷³

Schliesslich gilt es, noch einem weiteren Aspekt Beachtung zu schenken, nämlich dem Recht auf Vergessen nach Art. 28 ZGB. Selbst wenn ein Zeugnis schlechte Leistungen oder schlechtes Verhalten wahrheitsgetreu attestiert, ist zu berücksichtigen, wie weit zurück die Geschehnisse liegen. Ein Rekrutierer kann (und muss) nicht wissen, in welcher Lebenssituation sich ein Bewerber beispielsweise vor zehn oder mehr Jahren befand und wie sich diese Lebenssituation z.B. infolge eines Schicksalsschlags auf die damalige berufliche Leistungsfähigkeit oder das Verhalten auswirkte. Trotzdem haftet dem Betroffenen ein schlechtes Zeugnis wie ein Stigma während seines gesamten Berufslebens an. Seine Chancen auf ein Anstellungsgespräch werden durch ein solches deutlich reduziert: Reicht er das Zeugnis nicht ein, setzt er sich naturgesetzlich dem Verdacht aus, etwas verbergen zu wollen. Reicht er es dennoch ein, mindern sich angesichts der Konkurrenz seine Anstellungschancen erheblich. Das Informationsinteresse des Arbeitgebers an lange zurückliegenden Tatsachen wiegt jedoch ungleich weniger als das völkerrechtlich garantierte Recht des Stellensuchenden an der Teilnahme am Arbeitsmarkt.¹⁸⁷⁴ Faktisch wird dem Bewerber das Recht auf Vergessen abgesprochen und zu Unrecht wird ihm so das berufliche Fortkommen erschwert.

Der administrative und vor allem der durch Rechtsstreitigkeiten verursachte Aufwand ist erheblich und steht in keinem auch nur ansatzweise angemessenen Verhältnis zum tatsächlichen Nutzen von Vollzeugnissen. Sie bieten keinerlei Gewähr für eine gute Kandidatenlese. Einzig Assessments im Auswahlverfahren und anschliessend die Probezeit ermöglichen eine ernstzunehmende qualitative Beurteilung der Eignung eines Kandidaten.

¹⁸⁷³ NZZ am Sonntag vom 31. Oktober 2021, «Firmen sind Arbeitszeugnisse egal»; Welt vom 21. Juli 2017.

¹⁸⁷⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 122 III 449, E. 3.b: Streitgegenständlich war ein Pressebeitrag, in dem eine um Jahre zurückliegende Zuchthausstrafe erwähnt wurde. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass mit dem Verhindern des mit dem Lauf der Dinge eintretenden normalen Vergessens das Ziel der Resozialisierung vereitelt würde. Ähnlich verhält es sich auch hier: Das ständige Eingeholtwerden durch die Vergangenheit verunmöglicht einen Neustart. Zum völkerrechtlichen Aspekt vgl. Art. 6 UNO-Pakt I.

All dies muss umso mehr für Referenzauskünfte gelten. Die Referenzauskunft bietet ebenso grossen Raum für Vorurteile und Stereotypen. Zusätzlich erschwerend kommt aber hinzu, dass im Unterschied zum Vollzeugnis der Inhalt einer Referenzauskunft für den Betroffenen praktisch immer intransparent bleibt.¹⁸⁷⁵

IV. Präventivmassnahmen im Bereich der Fürsorgepflichten

Der Arbeitgeber hat Präventivmassnahmen zu ergreifen, um Diskriminierungsfälle zu verhindern. Unklar bleibt dabei sowohl, was konkret verhindert werden soll, zumal der Diskriminierungsbegriff nicht ausreichend konturiert ist, als auch, welcher Art die Massnahmen tatsächlich sein sollen.¹⁸⁷⁶

KÄLIN/LOCHER weisen in ihrem Bericht ausserdem darauf hin, dass es allgemein an einer Sensibilisierung über Diskriminierungsprobleme fehle.¹⁸⁷⁷ In einem ersten Schritt sollten Arbeitgeber folglich darüber aufgeklärt werden, was Diskriminierung im Rechtssinn überhaupt ist und in welchen Erscheinungsformen sie sich zutragen kann. Sinnvollerweise können erst danach in einem zweiten Schritt innerbetriebliche Massnahmen gegen Diskriminierungen getroffen werden.

Nebst einer Sensibilisierung wäre ein weiteres mögliches Präventionsmittel z.B. eine Pflicht, Antidiskriminierungsmassnahmen in die Betriebsordnung aufzunehmen. Dazu wären gesetzliche Anpassungen sinnvoll: Aktuell werden Betriebsordnungen nach Art. 37 Abs. 4 ArG entweder zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmervertreter vereinbart oder direkt vom Arbeitgeber nach Anhörung der Arbeitnehmer erlassen. Die Betriebsordnung wird dabei vorgängig einem Genehmigungsverfahren durch die zuständigen kantonalen Behörden unterzogen.¹⁸⁷⁸ Deren Prüfungsbefugnis beschränkt sich auf zwei Aspekte, nämlich die Einhaltung des Verfahrens zum Erlass der Betriebsordnung sowie die Gesetzeskonformität der Betriebsordnung mit zwingenden Vorschriften des Arbeitsgesetzes und ihrer Verordnungen.¹⁸⁷⁹ Nicht vorgesehen ist jedoch eine dahingehende materielle In-

¹⁸⁷⁵ Vgl. zu Genugtuungsansprüchen und unzutreffenden Referenzauskünften PORTMANN, S. 585 f.

¹⁸⁷⁶ Siehe dazu das Zwischenfazit zum Thema Diskriminierungsprävention G. § 4. IV.

¹⁸⁷⁷ KÄLIN/LOCHER, S. 103.

¹⁸⁷⁸ Art. 39 Abs. 1 ArG.

¹⁸⁷⁹ EMMEL, Kurzkommentar ArG, Art. 39 Rn. 1, sowie MÜLLER/MADUZ, Orell Füssli Kommentar ArG, Art. 39 Rn. 1.

haltskontrolle, ob die in der Betriebsordnung formulierten Massnahmen in tatsächlicher Hinsicht überhaupt dazu geeignet sind, einen Beitrag zur Einhaltung der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht zu leisten.

Neu könnte daher der Beizug eines qualifizierten Antidiskriminierungsbeauftragten zur Konsultation im Erlassverfahren vorgeschrieben werden. Dadurch würde sich die Rolle der Behörden ändern, indem sie punktuell und unmittelbar an der Ausarbeitung der Betriebsordnung beteiligt wären. Im Rahmen ihrer konsultativen Partizipation könnten sie Empfehlungen unterbreiten. Es bestünde jedoch keine Pflicht, die Empfehlungen anzunehmen. Der Vorteil wäre, dass ein Spezialist dazu beitragen könnte, Massnahmen zu erarbeiten, die den betrieblichen Besonderheiten Rechnung tragen. Auch im Rahmen dieses Konsultationsprozesses würde zwangsläufig sowohl arbeitgeber- als auch arbeitnehmerseitig eine Sensibilisierung für Diskriminierungsproblematiken stattfinden.

Eine Schwäche an diesem Vorschlag ist darin zu sehen, dass der Erlass einer Betriebsordnung nach heutigem Stand nur für industrielle Betriebe obligatorisch ist.¹⁸⁸⁰ Insofern müsste die Betriebsordnungspflicht auf alle Betriebe ausgeweitet werden. Art. 37 Abs. 2 ArG bietet mit Blick darauf immerhin einen Ausweg, denn er räumt dem Bundesrat die Kompetenz ein, auch nichtindustrielle Betriebe zum Erlass einer Betriebsordnung zu verpflichten.

§ 4 Massnahmen im Bereich der Inklusion

I. Förderung Arbeitsmarkteteiligung

1. Gesetzliche Verankerung bestimmter Massnahmen aus dem Impulsprogramm

Es wurde gezeigt, dass von der Arbeitslosenversicherung Ausgesteuerte und nicht von Invalidität bedrohte Personen zwischen Stuhl und Bank fallen, weil sie die vom jeweiligen Sozialversicherungszweig vorgesehenen Unterstützungsmassnahmen nicht in Anspruch nehmen können.¹⁸⁸¹ Ferner ist das vom Bundesrat in

¹⁸⁸⁰ Art. 37 Abs. 1 ArG iVm Art. 5 ArG.

¹⁸⁸¹ Siehe dazu oben die Würdigung betreffend die Förderung der Arbeitsmarkteteiligung G. § 5. I. 3.

die Wege geleitete Impulsprogramm zur besseren Mobilisierung des inländischen Arbeitskräftepotentials zeitlich befristet.¹⁸⁸²

Angesichts dessen wären nach hier vertretener Ansicht spezifische Massnahmen des Impulsprogramms zu erweitern und gesetzlich zu verankern. Dadurch liessen sich nicht nur Lücken im bestehenden Recht schliessen, sondern es würde dadurch insbesondere ein Beitrag zur Erschliessung des wirtschaftlichen Potentials älterer Ausgesteuerter geleistet.

Konkret sind die kostenlose Standortbestimmung, Potenzialanalyse und Laufbahnberatung für Erwachsene über 40 Jahre beizubehalten.¹⁸⁸³ Ferner ist an den zusätzlichen Arbeitsmarktintegrationsmassnahmen (z.B. Coaching, Beratung oder Mentoring) für schwer vermittelbare Stellensuchende festzuhalten.¹⁸⁸⁴ Schliesslich ist auch am erleichterten Zugang zu Bildungs- und Beschäftigungsmassnahmen für ausgesteuerte Personen über 60 Jahren nach Art. 59d AVIG festzuhalten.¹⁸⁸⁵ Dieser Zugang sollte überdies allen Ausgesteuerten zugestanden werden.

2. Kontrollvorschriften im ÜLG

Am geltenden ÜLG wurde bemängelt, dass die Entrichtung von Überbrückungsleistungen nicht an Kontrollvorschriften geknüpft ist.¹⁸⁸⁶ Der Bundesrat begründete dies – verkürzt zusammengefasst – damit, dass die anspruchsberechtigten ausgesteuerten Personen ohnehin schon grosse Schwierigkeiten hätten, eine Stelle zu finden, und wenn sie dann doch eine fänden, dann wären die Anstellungsbedingungen regelmässig nicht existenzsichernd.¹⁸⁸⁷

Diese Haltung entspricht einer Kapitulationserklärung gegenüber diskriminierenden Praktiken. Auch ältere Menschen sollen mit allen Kräften darum bemüht sein, sich in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Das Feld kampflos der Diskriminierung zu überlassen, nutzt weder der Gesellschaft noch den Betroffenen selbst. Im Gegenteil, es entspricht einer kontraproduktiven Duldungshaltung gegenüber Diskriminierung. Das Verschwinden ausgesteuerter, älterer Personen aus dem Arbeitsmarkt kann ausserdem nicht zu einer Verhaltensänderung in der Gesellschaft beitragen.

¹⁸⁸² Siehe dazu die Würdigung zum bundesrätlichen Massnahmenpaket G. § 5. V. 3.

¹⁸⁸³ Entspricht Massnahme 3 gemäss SECO Faktenblatt Fördermassnahmen.

¹⁸⁸⁴ Entspricht Massnahme 5 gemäss SECO Faktenblatt Fördermassnahmen.

¹⁸⁸⁵ Entspricht Massnahme 6 gemäss SECO Faktenblatt Fördermassnahmen.

¹⁸⁸⁶ Zum Thema Überbrückungsrenten siehe oben G. § 5. V. 2.

¹⁸⁸⁷ Siehe die Würdigung zum Massnahmenpaket des Bundesrats G. § 5. V. 3.

Es wird daher die Einführung von Kontrollvorschriften im ÜLG empfohlen. Zusätzlich sollten Leistungsbezüger analog zu Art. 16 AVIG dazu verpflichtet werden, ihnen zumutbare Arbeit anzunehmen.

II. Aus- und Weiterbildung im bestehenden Arbeitsverhältnis

1. Plädoyer für Massnahmen im Bereich Aus- und Weiterbildung

Ältere Arbeitnehmer gelangen seltener in den Genuss von arbeitgeberseitig finanzierten Aus- und Weiterbildungen.¹⁸⁸⁸ Will man verhindern, dass ältere Arbeitnehmer den Anschluss an den Arbeitsmarkt verlieren, dann ist dazu die Förderung von Aus- und Weiterbildungen ein wichtiges Instrument. Das Alter ist kein Hinderungsgrund, denn selbst Hochaltrige sind ohne Weiteres imstande, sich neues Wissen und neue Fähigkeiten anzueignen und sich damit beruflich weiterzuentwickeln.¹⁸⁸⁹ Lebenslanges Lernen ist daher ein essentielles und probates Mittel, um ältere Personen möglichst lange im Arbeitsmarkt zu halten, weil dadurch ihre Produktivität und Konkurrenzfähigkeit gesteigert werden kann.¹⁸⁹⁰ Umso bedauerlicher ist es, dass Arbeitnehmer ihre Erwerbstätigkeit aufgeben, weil sie sich den Anforderungen nicht mehr gewachsen fühlen oder weil ihre beruflichen Fähigkeiten schlicht nicht mehr gefragt sind.¹⁸⁹¹

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang ausserdem die arbeitgeberseitig geschuldete Fürsorgepflicht, sowohl dem Erhalt der Berufs- und Beschäftigungsfähigkeit als auch der Gesundheit des Arbeitnehmers Sorge zu tragen.¹⁸⁹² Aus der Medizin ist bekannt, dass neue geistige Anreize und stetiges Trainieren der kognitiven Fähigkeiten dazu beitragen, die intellektuellen Kapazitäten zu erhalten

¹⁸⁸⁸ Vgl. dazu im Allgemeinen LÖSSBROEK/RADL, S. 2171 f., sowie mit Blick auf die Schweiz im Speziellen oben Abschnitt C. § 2 mit weiteren Hinweisen.

¹⁸⁸⁹ Siehe dazu insbesondere die Ausführungen zur Leistungsfähigkeit älterer Menschen im Abschnitt unter C. § 1. sowie den in UNO Wegleitung zum Aktionsplan Madrid auf S. 31 vertretenen Standpunkt: «*People of all ages have the capacity to learn new skills and undergo personal development [...]*» (frei übersetzt: «*Menschen jeden Alters haben die Fähigkeit, Neues zu lernen und sich persönlich zu entwickeln [...]*»).

¹⁸⁹⁰ UNO Aktionsplan Madrid, Ziff. 28 lit. c und Ziff. 40 lit. c Teil zwei; UNO Wegleitung zum Aktionsplan Madrid, S. 31; IAO-Empfehlung Nr. 162, Ziff. 5 lit. b Ziff. ii und iii; OECD Bericht zur Schweiz, 2014, S. 14 und 26 f.

¹⁸⁹¹ TRAGESER/HAMMER/FLIEDNER, S. 27, Figur 11.

¹⁸⁹² Zur Berufs- und Beschäftigungsfähigkeit siehe STIEGER, Rn. 159 ff.

und sogar zu steigern.¹⁸⁹³ Es lässt sich daher vertreten, Aus- und Weiterbildungen seien ein Aspekt der Fürsorgepflicht, indem sie sowohl zum Erhalt der Berufs- und Beschäftigungsfähigkeiten beitragen als auch einem kognitiven Abstumpfen entgegenwirkten beziehungsweise die kognitiven Fähigkeiten sogar noch verbesserten. Aus- und Weiterbildungen sind so gesehen in doppelter Hinsicht wertvoll.

Was die Weiterbildungskosten und damit die Investitionen ins Humankapital angeht, empfiehlt die OECD ausdrücklich eine bessere Aufteilung zwischen Betrieben und Erwerbspersonen.¹⁸⁹⁴ Die – für die Schweiz nicht unmittelbar verbindliche – IAO-Empfehlung Nr. 162 legt sogar nahe, älteren Arbeitnehmern bezahlten Bildungsurlaub für die berufliche Weiterbildung zu ermöglichen.¹⁸⁹⁵ Entgegen diesen Empfehlungen sieht das Schweizer Recht bloss eine arbeitgeberseitige Pflicht vor, Aus- und Weiterbildungen zu begünstigen.¹⁸⁹⁶ Die vom Arbeitnehmer für Aus- oder Weiterbildungen aufgewendete Zeit wird nur dann an die zu entlohrende Arbeitszeit angerechnet, soweit die Aus- oder Weiterbildung für die konkrete Arbeitstätigkeit notwendig ist oder durch den Arbeitgeber angeordnet wurde. Ein Anspruch auf bezahlten «Bildungsurlaub» besteht nicht.¹⁸⁹⁷

Dem könnte mit einer der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR nachempfundenen Pflicht zur Zahlung eines Bildungslohns begegnet werden (2.). Dadurch würde auch der oben erwähnten Empfehlung der OECD Nachachtung verschafft werden.¹⁸⁹⁸ Schliesslich bedarf es sozialversicherungsrechtlicher Anpassungen, damit Arbeitnehmer nicht aufgrund drohender Versicherungseinbussen entmutigt werden, länger andauernde Aus- oder Weiterbildungen anzutreten (3.).

2. Bildungslohn

Es könnte in bestehenden Arbeitsverhältnissen ein gesetzlich vorgeschriebener Bildungslohn vorgesehen werden. Dieser würde dabei definiert als eine in einem bestehenden Arbeitsverhältnis zu leistende geldwerte Kompensation für den mit der vertraglichen Arbeitszeit zusammenfallenden Zeitaufwand, der in Zusammenhang mit einer Aus- oder Weiterbildung steht, die weder durch den Arbeitgeber

¹⁸⁹³ Vgl. WILD-WALL/GAJEWSKI/FALKENSTEIN, S. 299 f.

¹⁸⁹⁴ OECD Bericht zur Schweiz, 2014, S. 27.

¹⁸⁹⁵ Vgl. IAO-Empfehlung Nr. 162, Ziff. 5 lit. b Ziff. iii.

¹⁸⁹⁶ Art. 5 Abs. 2 WeBiG.

¹⁸⁹⁷ Zu diesem Thema weiter oben im Abschnitt G. § 5. II. 2.1.

¹⁸⁹⁸ OECD Bericht zur Schweiz, 2014, S. 27.

angeordnet wurde noch für die Arbeitstätigkeit notwendig ist und daher keiner zu entlöhnenden Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entspricht. Der Bildungslohn wäre folglich nicht mit dem Arbeitslohn zu verwechseln, bei dem Lohn im Austausch gegen eine Arbeitsleistung entrichtet wird.

Der Bildungslohn könnte analog zur Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR ausgestaltet werden. Dies würde bedeuten, dass ein Anspruch auf Bildungslohn frühestens dann bestünde, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen wurde.¹⁸⁹⁹ Ferner würde er je Dienstjahr für eine *angemessene Dauer* während einer bildungsbedingten Absenz entrichtet.¹⁹⁰⁰ Dazu im Einzelnen:

Bei unverschuldeten, krankheitsbedingten Arbeitsverhinderungen bemisst sich die angemessene Dauer praxismässig nach den Lohnfortzahlungsskalen, die eine Abstufung nach Dienstjahren vorsehen, nach der die angemessene Dauer umso länger ausfällt, je länger das Arbeitsverhältnis besteht. Eine ähnliche Abstufung nach Dienstjahren könnte auch für den bezahlten Bildungslohn vorgesehen werden. Problematisch wäre daran zwar, dass dadurch in der Regel jüngere Arbeitskollegen benachteiligt würden, zumal sie meist weniger Dienstjahre ausweisen können und daher auch von einer geringeren Dauer an bezahltem Bildungsurlaub profitierten. Dies muss aber nicht zwingend so sein, denn es ist nicht auszuschliessen, dass auch eine jüngere Person tatsächlich über mehr Dienstjahre verfügt als ein neu eingetretener älterer Berufskollege. Die Unterscheidung nach Dienstjahren ist nach hier vertretener Ansicht angebracht, denn sie berücksichtigt auch die Loyalität des Arbeitnehmers zum jeweiligen Arbeitgeber. Loyalität darf sich bezahlt machen.

Obwohl zwischen dem Konzept eines Bildungslohns und jenem der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR insofern eine Parallele besteht, als sie die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers konkretisieren,¹⁹⁰¹ ist gleichwohl dem jeweils unterschiedlichen Schutzzweck Rechnung zu tragen. Die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR entspricht einer sozialpolitischen Massnahme, die dem Arbeitnehmer in einer Phase, in der er keinen Lohn erzielen kann, ein Einkommen ga-

¹⁸⁹⁹ *Per analogiam* zu Art. 324a Abs. 1 OR.

¹⁹⁰⁰ *Per analogiam* zu Art. 324a Abs. 2 OR.

¹⁹⁰¹ Zur Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR als Teil der Fürsorgepflicht GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rn. 426; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 324a/b Rn. 5.

rantiert.¹⁹⁰² Beim Bildungslohn verhält es sich anders. Der Arbeitnehmer möchte freiwillig eine Aus- oder Weiterbildung antreten und könnte daher ohne weiteres in derselben Zeit einen Lohn gegen Arbeitsleistung erzielen. Es wäre somit nicht angezeigt, auf den Bildungslohn denselben Massstab nach Art. 324a OR anzuwenden. Es sollten daher einige Einschränkungen vorgenommen werden:

Erstens sollten sowohl die im betreffenden Dienstjahr bezogenen arbeitgeberseitig finanzierten berufsnotwendigen Weiterbildungen berücksichtigt werden als auch jene, die zum Erhalt der Berufs- und Beschäftigungsfähigkeit des Arbeitnehmers beigetragen haben. Letztere dienen dem Erhalt der Anstellungschancen auf dem Arbeitsmarkt und gehen folglich über das hinaus, was für die konkrete Arbeitstätigkeit tatsächlich notwendig ist.¹⁹⁰³ Die Konsequenz daraus ist, dass sich der Arbeitnehmer auch solche vom Arbeitgeber finanzierten Aus- oder Weiterbildungen anrechnen lassen muss, die nicht für die konkrete Arbeitstätigkeit erforderlich sind. Der Anspruch auf Bildungslohn liesse sich demnach mit einem Topf vergleichen, der zu Beginn des Dienstjahres leer ist. Das Topfvolumen entspricht dabei der angemessenen Dauer, für die Bildungslohn zu entrichten ist. Der Topf kann gefüllt werden sowohl mit notwendigen Aus- oder Weiterbildungen als auch mit solchen, die dem Erhalt der Berufs- oder Beschäftigungsfähigkeit dienen. Der Arbeitnehmer hat jedenfalls Anspruch darauf, dass dieser Topf gefüllt wird.

Als zweite Einschränkung ist die Dauer der im jeweiligen Jahr bezogenen Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR zu berücksichtigen. Die im betreffenden Dienstjahr in Anspruch genommene Lohnfortzahlung sowie der bezogene Bildungslohn sollten nach hier vertretener Ansicht in Summe nicht die für die Lohnfortzahlung geltende angemessene Dauer überschreiten. Die Kumulation aus beiden Ansprüchen könnte zu allzu grossen unternehmerischen Belastungen führen.

Und schliesslich, drittens, müsste der Bildungslohn nicht der arbeitsvertraglichen Lohnhöhe entsprechen, wie er grundsätzlich während der Lohnfortzahlungspflicht geschuldet wird. Es könnte gesetzlich auch bloss ein Bruchteil des arbeitsvertraglichen Lohns als Bildungslohn definiert werden.

Schliesslich hat der Arbeitgeber korrelierend zum Bildungslohn den Bildungsurlaub zu gewähren. Das heisst, der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer mindestens für die mit dem Bildungslohn festgelegte angemessene Dauer von seiner Arbeitsleistungspflicht zu dispensieren.

¹⁹⁰² GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rn. 426; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar Art. 319–362 OR, Art. 324a/b Rn. 5.

¹⁹⁰³ Vgl. STIEGER, Rn. 166.

3. Sozialversicherungsrechtliche Massnahmen bei längerer Weiterbildungsdauer

Den mit länger andauernden Weiterbildungen drohenden Versicherungseinbussen könnte mit folgenden Massnahmen entgegengewirkt werden:¹⁹⁰⁴

Unfallversicherung: Dauert die Aus- oder Weiterbildung länger als 31 Tage und endet dann der Anspruch auf mindestens den halben Lohn gemäss Art. 3 Abs. 2 UVG, soll es dem Arbeitnehmer ermöglicht werden, die Versicherung unter Entrichtung einer reduzierten Versicherungsprämie bis zum Abschluss der Aus- oder Weiterbildung weiterzuführen. Dadurch würde einerseits die in Art. 3 Abs. 3 UVG vorgesehene maximale Verlängerungsdauer von sechs Monaten zugunsten der effektiven Aus- beziehungsweise Weiterbildungsdauer ausgehebelt und andererseits würde mit der Prämienenkung in sozialpolitischer Hinsicht der Einkommenseinbusse Rechnung getragen.

Berufliche Vorsorge: Art. 33a Abs. 1 BVG bestimmt, dass Versicherte, deren Lohn sich nach dem 58. Altersjahr um höchstens die Hälfte reduziert, die Vorsorge für den bisherigen Verdienst verlangen können, soweit das Reglement der Vorsorgeeinrichtung dies vorsieht.

Diese Bestimmung wäre dahingehend anzupassen, dass sowohl das darin statuierte Mindestalter als auch die vorgegebene maximale Lohnreduktion aufgehoben werden. Es muss jeder Person unabhängig von ihrem Alter und ihrem Einkommen möglich sein, während einer Aus- oder Weiterbildung ihren bisherigen Lohn uneingeschränkt in der beruflichen Vorsorge weiterversichern zu lassen.

Entfällt das Versicherungsobligatorium, weil z.B. die erforderliche Eintrittsschwelle von einem Jahreslohn über 22'050 CHF nicht erzielt wird, besteht schliesslich die Möglichkeit einer Versicherung nach Art. 47 BVG, in der die bisherige Versicherung bei der angestammten Vorsorgeeinrichtung (soweit reglementarisch vorgesehen) oder einer Auffangeinrichtung fortgeführt werden kann.

¹⁹⁰⁴ Zu den sozialversicherungsrechtlichen Aspekten im Rahmen von Weiterbildungen oben G. § 5. II. 2.2.

III. Altersgerechte Arbeitsbedingungen

1. Arbeitsgesetzliche Schutzvorschriften für ältere Arbeitnehmer?

Es wurde gezeigt, dass das Arbeitsgesetz keinen spezifischen Schutz zugunsten älterer Arbeitnehmer vorschreibt und dass die individuell geschuldete Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR diesen fehlenden Schutz nur beschränkt kompensiert.¹⁹⁰⁵ Es stellt sich umso mehr die Frage, ob es sinnvoll ist, spezifische, gesetzliche Schutzmassnahmen für ältere Personen einzuführen.

In Anlehnung an die in Ziff. 13 IAO-Empfehlung Nr. 162 enthaltenen Vorschläge könnte etwa eine Reduktion der wöchentlichen Arbeitsstunden für schwere körperliche Arbeit, eine Flexibilisierung der Präsenzzeiten oder die Limitierung von Überstunden und Überzeit ins Auge gefasst werden. Die genannten Massnahmen führen jedoch dazu, dass die Einsatzmöglichkeiten einer bestimmten Altersgruppe beschränkt wird.

Gegen einen altersspezifischen, arbeitsgesetzlichen Schutz ist einzuwenden, dass ein starrer, nach schematischen Vorschriften typisierender Altersprotektionismus dem individuellen Alterungsprozess nicht gerecht wird.¹⁹⁰⁶ Er verletzt ausserdem den Gleichheitssatz, denn das bloss Erreichen eines kalendarischen Alters gebietet nicht per se eine Ungleichbehandlung.¹⁹⁰⁷ Zudem würde einer bestimmten Altersgruppe pauschaler Schonungsbedarf unterstellt, wodurch *ageistischen* Vorurteilen fruchtbarer Boden bereitet wird. Die Schonung der Älteren könnte ausserdem von jüngeren Arbeitnehmern als ungerechte Privilegierung empfunden werden, was in Missgunst gegenüber der geschützten Altersgruppe umschlagen könnte. Dies erst recht dann, wenn die jüngere Altersgruppe die von Rechts wegen reduzierte Beschäftigungsfähigkeit älterer Kollegen kompensieren muss. Auch dies würde *ageistischem* Verhalten zusätzlichen Auftrieb verleihen. Und schliesslich könnten schützende Vorschriften von der bevorteilten Altersgruppe selbst als stigmatisierend angesehen werden. Sie könnten schlimmstenfalls sogar dazu führen, dass Angehörige der geschützten Altersgruppen selber von sich meinen, ab einem bestimmten Alter per se weniger leistungsfähig zu sein (so genannte *self-fulfilling prophecy*).¹⁹⁰⁸

¹⁹⁰⁵ Siehe dazu die Würdigung zum arbeitsgesetzlichen Schutz und zur Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR im Abschnitt G. § 5. III. 3.

¹⁹⁰⁶ Zur Alterung als individuellem Vorgang siehe dazu oben C. § 1.

¹⁹⁰⁷ Zur Gleichheit im Allgemeinen siehe oben D. § 3.

¹⁹⁰⁸ Zur «*self-fulfilling prophecy*» vgl. GHOSHEH, S. 35.

Dem könnte freilich entgegnet werden, die Jugendarbeitsschutzverordnung sehe bereits einen typisierenden Schutz zugunsten einer bestimmten Altersgruppe vor, und es müsse daher doch möglich sein, gleichermassen einen spezifischen Schutz für ältere Arbeitnehmer einzurichten. Diese Sicht verkennt aber, dass die Ausgangslage Jugendlicher eine andere ist als jene älterer Erwachsener. Jugendliche befinden sich in einer für die Entwicklung ihrer Persönlichkeit entscheidenden Lebensphase.¹⁹⁰⁹ Es kommt nicht von ungefähr, dass dieser besondere Schutz auf Verfassungsebene in Art. 11 BV verankert ist. Der Zweck dieses Sonderschutzes ist unter anderem darin zu sehen, dass Kindern untereinander Chancengleichheit gewährt wird.¹⁹¹⁰ Die Chancengleichheit dürfte beispielsweise dann infrage gestellt sein, wenn ein Kind regelmässig Nachtschichten leistet und sich dabei gleichzeitig auf Prüfungen vorbereiten muss. Insofern bestehen zwischen Jugendlichen und Älteren unterschiedliche Schutzbedürfnisse. Das Argument, wonach gestützt auf das Vorhandensein einer Jugendarbeitsschutzverordnung ein ähnlicher Schutz für ältere Arbeitnehmer legitimiert werden kann, ist somit nach hier vertretener Ansicht nicht stichhaltig.

Gesamtbetrachtet werden hier *keine* speziellen, arbeitsgesetzlichen Schutzvorschriften zugunsten älterer Arbeitnehmer empfohlen. Auch eine gesetzlich befohlene Schonung älterer Arbeitnehmer, die schwere körperliche Arbeiten verrichten, ist nach hier vertretener Ansicht nicht angezeigt: Ein Arbeitnehmer, der körperlich nicht mehr in der Lage ist, dieselben Arbeiten im gleichen Ausmass auszuführen wie seine jüngeren Arbeitskollegen, muss entweder eine Reduktion seines Arbeitspensums ins Auge fassen oder sich Gedanken zu seiner Laufbahngestaltung machen. Über die bestehenden gesetzlichen Schutzvorkehrungen hinaus ist es jedoch nach dem hier eingenommenen Standpunkt nicht die Aufgabe des Arbeitsrechts, die Anstellung jener Arbeitnehmer zu bewahren, die sich – aus welchen Gründen auch immer – ausserstande sehen, jene Aufgaben zu erfüllen, für die sie angestellt wurden.¹⁹¹¹

¹⁹⁰⁹ BGE 126 II 377, E. 5.b.

¹⁹¹⁰ BGE 126 II 377, E. 5.b, sowie die weitergehenden Ausführungen in REUSSER/LÜSCHER, SG Kommentar BV, Art. 11 Rn. 1 ff.

¹⁹¹¹ Zu den Schutzvorkehrungen zählen beispielsweise der Kündigungsschutz nach Art. 336c OR und die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR.

2. «Altersgerechte» Laufbahngestaltung

Gerade in beruflichen Feldern, in denen die Dauer der Erwerbstätigkeit naturgemäss begrenzt ist, wie z.B. für schwere körperliche Arbeiten, drängt sich eine Laufbahngestaltung auf, die einen Wechsel in andere Bereiche erleichtern soll.¹⁹¹² Eine «altersgerechte» Laufbahnplanung richtet den Blick in die Zukunft und ist frühzeitig zu unternehmen und berücksichtigt den Alterungsprozess (daher auch «altersgerecht»¹⁹¹³). Standortbestimmungen und Potentialanalysen sind dazu wichtige Hilfsmittel.¹⁹¹⁴

Eine gesetzlich statuierte Pflicht des Arbeitgebers, aktiv zur Laufbahnplanung beizutragen, besteht nicht.¹⁹¹⁵ Eine solche wäre zumindest aus Arbeitgebersicht kaum sinnvoll, denn sie setzte zumindest die Absicht des Arbeitnehmers voraus, längerfristig für denselben Arbeitgeber tätig zu sein. Die Realität ist jedoch eine andere: Stellenwechsel sind heute keine Seltenheit mehr und erfolgen, im Gegenteil, häufig bereits nach kurzer Anstellungsdauer.¹⁹¹⁶ Eine Pflicht, wonach der Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern als Laufbahnberater tätig werden müsste, entspräche zudem schlicht nicht dem Wesen eines Arbeitsverhältnisses. Ausserdem verfügt der Arbeitgeber nicht notwendigerweise über die erforderlichen Expertisen, um den Arbeitnehmer unabhängig und seriös in dieser Angelegenheit beraten zu können. Angesichts der Fürsorgepflichten lässt sich immerhin vertreten, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht ohne Not in seiner Karrieregestaltung im Wege stehen darf.

Die Planung des beruflichen Werdegangs liegt jedoch in der Verantwortung des Arbeitnehmers selbst. Er tut gut daran, frühzeitig jene Schritte zu unternehmen, die seiner langfristigen beruflichen Weiterentwicklung entsprechen. Solche Schritte können z.B. Weiterbildungen sein, aber auch unternehmensinterne Bewerbungen für bestimmte Positionen (z.B. eine Rolle mit Personalführung statt körperlicher Arbeit).

Eine erfolgreiche, eigenverantwortliche Laufbahnplanung droht jedoch ohne professionelle Unterstützung zu scheitern. Mangelnde Kenntnisse über berufliche Optionen und Perspektiven oder das Unvermögen des Arbeitnehmers, das eigene

¹⁹¹² MÜHLENBROCK, S. 40.

¹⁹¹³ MÜHLENBROCK, S. 71 f.

¹⁹¹⁴ MÜHLENBROCK, S. 71 f.

¹⁹¹⁵ Es finden sich – soweit ersichtlich – auch keine Anhaltspunkte, wonach sich eine solche Pflicht unter die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR subsumieren liesse.

¹⁹¹⁶ Vgl. BfS Medienmitteilung zur beruflichen Mobilität 2018–2019.

Potential realistisch einschätzen zu können, sind nur einige der Gründe, an denen eine eigenständige Laufbahnplanung Schiffbruch erleiden könnte.

Aktuell wird Arbeitnehmern ab dem 40. Altersjahr im Rahmen des zeitlich befristeten Impulsprogramms die Möglichkeit geboten, eine kostenlose Standortbestimmung, Potentialanalyse und Laufbahnberatung in Anspruch zu nehmen.¹⁹¹⁷ Vor diesem Hintergrund wäre daher zu überlegen, diese provisorische Massnahme gesetzlich zu verstetigen. Optimalerweise wird dann die aktuell noch geltende Altersschanke von 40 Jahren zugunsten bestimmter Berufe mit starker körperlicher Belastung (wie z.B. Pflegepersonal, Bauarbeiter oder Polizisten) aufgehoben. Dadurch würden Arbeitnehmern aus diesen Berufsgattungen schon frühzeitig berufliche Perspektiven eröffnet. Zusätzlich sollten die Arbeitgeber dazu verpflichtet werden, ihre Arbeitnehmer über eine solche Beratungsmöglichkeit aufzuklären. Dafür spricht, dass Arbeitgebern schon heute ähnliche Aufklärungspflichten im Bereich des Vorsorge- und Versicherungsrechts aufgetragen sind.¹⁹¹⁸

IV. AHV und berufliche Vorsorge

1. Erhöhung des Renten- beziehungsweise Referenzalters und Angleichung der Rentenkorridore

Es wird empfohlen, das aktuelle Rentenalter beziehungsweise das künftige Referenzalter in beiden Versicherungssystemen, AHV und berufliche Vorsorge, anzuheben. Speziell mit Blick auf die berufliche Vorsorge sollte das Mindestrücktrittsalter von aktuell 58 Jahren an jenes der AHV angeglichen werden und jene Sonderbestimmung, die eine Unterschreitung des Mindestrücktrittsalters im Zuge von Restrukturierungen erlaubt, sollte aufgehoben werden. Dazu was folgt:

Mit der Annahme des Reformprojekts «*AHV 21*» wird¹⁹¹⁹ künftig sowohl für die AHV als auch für die berufliche Vorsorge ein für beide Geschlechter nivelliertes Referenzalter von 65 Jahren gelten.¹⁹²⁰ Angesichts der demographischen Entwick-

¹⁹¹⁷ SECO Faktenblatt Fördermassnahmen, Massnahme 3.

¹⁹¹⁸ Art. 331 Abs. 4 OR; Art. 72 Abs. 2 UVV; Art. 3 Abs. 3 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908, SR 221.229.1.

¹⁹¹⁹ Es bleibt jedoch das Abstimmungsresultat infolge des gegen das Reformprojekt «*AHV 21*» ergriffenen fakultativen Referendums abzuwarten; Verfügung der Bundeskanzlei über das Referendum zur «*AHV 21*», BBl 2022 1059.

¹⁹²⁰ Siehe dazu die Ausführungen in Bezug auf die AHV oben G. § 5. IV. 2.1.2 und in Bezug auf die berufliche Vorsorge siehe oben G. § 5. IV. 2.2.2.

lung und der deutlich gestiegenen Lebenserwartung ist dieses Referenzalter zu tief und müsste gemessen an der ursprünglich vorgesehenen Dauer einer arbeitsbefreiten Lebensphase von 10 Jahren¹⁹²¹ auf 70 Jahre angehoben werden.¹⁹²² Es bestehen aber auch weitere Gründe, das Referenzalter anzuheben:

Zwischen dem gesetzlich festgelegten Renteneintrittsalter und Benachteiligungen aufgrund des Alters besteht ein Zusammenhang, weil mit der Annäherung an dieses Alter ein Stigma stetig abnehmender Arbeitsproduktivität einhergeht.¹⁹²³ Dieses Vorurteil begünstigt nicht alleine arbeitgeberseitige Benachteiligungen, sondern es kann sich in eine «*self-fulfilling prophecy*» verkehren, so dass Personen in zeitlicher Nachbarschaft eines Rentenalters von sich selbst glauben, sie seien zu alt, um weiterhin einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.¹⁹²⁴ Auch finanzielle Erwägungen seitens der Rekrutierer berücksichtigen das Rentenalter, denn je geringer die Anzahl mutmasslich verbleibender Arbeitsjahre eines Bewerbers ist, umso schmaler sind die Aussichten darauf, einen Gewinn aus der Investition in das jeweilige Humankapital zu realisieren, und entsprechend unattraktiver erscheint dann die Bewerbung eines älteren Kandidaten.¹⁹²⁵

Mit der Erhöhung des Rentenalters beziehungsweise des Referenzalters werden zwar nicht zwangsläufig die ihm anhaftenden negativen Altersbilder abgeschafft, und es ist nicht auszuschliessen, dass sich diese stattdessen bloss auf die nächsthöhere Altersgruppe übertragen. Gleichwohl dürfte der Nutzen aus der Erhöhung des Rentenalters grösser sein als jener aus einem Verharren im *Status quo*. Bestenfalls nämlich wird die bisherige dem Rentenalter sich nähernde Altersgruppe von *ageistischen* Zerrbildern befreit oder zumindest etwas entlastet, so dass sich wenigstens für diese Gruppe verbesserte Chancen im Arbeitsmarkt erhoffen lassen. Für die heute im Bewerbungsprozess notorisch benachteiligten älteren Stellensuchenden¹⁹²⁶ verblieben zudem aus Sicht der Rekrutierer mehr Arbeitsjahre, um ihre Personalinvestition zu «amortisieren». Und schliesslich geht aus der For-

¹⁹²¹ Vgl. Botschaft 2. Entwurf AHVG, BBl 1946 II 432.

¹⁹²² BfS Tabelle Lebenserwartung, 2000–2021, laut der die Lebenserwartung von Männern bei 81,6 Jahren und jene der Frauen bei 85,7 Jahren liegt.

¹⁹²³ Vgl. BRAUN-DUBLER/FREI/KADERLI/ROTH, S. 8 mit zahlreichen weiteren Hinweisen. Siehe dazu im Allgemeinen auch die Ausführungen weiter oben im Abschnitt E. § 2.

¹⁹²⁴ Vgl. «*Global Report on Ageism*», WHO, 2021, S. 52; GHOSHEH, S. 35, der die «*self-fulfilling-prophecy*» allerdings in Zusammenhang mit dem Glauben an die eigene Fähigkeit, Neues zu lernen, anspricht.

¹⁹²⁵ OESCH, *Discrimination in the hiring of older jobseekers*, S. 9.

¹⁹²⁶ Siehe dazu im Allgemeinen auch die Ausführungen weiter oben im Abschnitt E. § 2.

schungsliteratur hervor, dass eine Erhöhung des Rentenalters mit einer Zunahme der Dauer der Erwerbstätigkeit korreliert.¹⁹²⁷

BRAUN-DUBLER ET AL. anerkennen zwar, dass aus einer Erhöhung des Rentenalters auch so genannte «*Spill-over*»-Effekte resultieren könnten, z.B. in Form von höheren Arbeitslosenquoten.¹⁹²⁸ Diese Sichtweise ist nach hier vertretener Ansicht jedoch zu relativieren. Mit dem befürchteten «*Spill-over*»-Effekt zu tun hat auch das so genannte «*lump-of-labor fallacy*»¹⁹²⁹. Dieser bezeichnet im Wesentlichen die Annahme, wonach die Anzahl Arbeitsplätze limitiert ist.¹⁹³⁰ Gestützt darauf wird vertreten, der Zustrom älterer Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt könne zu einer Verdrängung jüngerer Arbeitnehmer führen. Dadurch nimmt in letzter Konsequenz auch die Arbeitslosenquote zu. Diese Annahme bestätigt sich – soweit ersichtlich – in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur nicht.¹⁹³¹ Studien zeigen, dass die Frühverrentung älterer Arbeitskräfte keinen besonderen Effekt auf die Beschäftigung jüngerer Arbeitnehmer hat.¹⁹³² Ganz im Gegenteil, es bestehen Hinweise darauf, dass es sich gerade umgekehrt verhält: In sorgfältig aufgearbeiteten, länderübergreifenden, je separaten und unabhängigen Studien zeigen KALWIJ/KAPTEYN/DE VOS sowie GRUBER/MILLIGAN/WISE auf, dass eine grössere Teilnahme älterer Arbeitnehmer am Arbeitsmarkt tendenziell sogar eine Beschäftigungszunahme junger Arbeitnehmer bewirkt.¹⁹³³

¹⁹²⁷ BRAUN-DUBLER/FREI/KADERLI/ROTH, S. 176 mit zahlreichen weiteren Hinweisen insbesondere auf LALIVE/MAGESAN/STAUBLI, S. 45, die anhand der Erhöhung des Rentenalters von Frauen in der Schweiz die längere Verweildauer im Arbeitsmarkt nachwiesen.

¹⁹²⁸ BRAUN-DUBLER/FREI/KADERLI/ROTH, S. 176.

¹⁹²⁹ Vgl. WALKER, S. 279 f.

¹⁹³⁰ Vgl. WALKER, S. 279 f.

¹⁹³¹ GRUBER/MILIGAN/WISE, S. 74; JOUSTEN/LEFÈBVRE/PERELMAN/PESTIEAU, S. 29; KALWIJ/KAPTEYN/DE VOS, S. 345 und S. 356; allgemein dazu WOOD, S. 176 ff., der aufzeigt, dass eine Zunahme der Arbeitskräfte generell eine Zunahme des Stellenangebots mit sich bringt, sowie aus der Literatur zum Thema *Ageism* siehe NAEGELE/DE TRAVENIER/HESS, S. 73 mit weiterem Hinweis.

¹⁹³² KALWIJ/KAPTEYN/DE VOS, S. 356; JOUSTEN/LEFÈBVRE/PERELMAN/PESTIEAU, S. 29, die am Beispiel Belgiens aufzeigen, dass eine frühe Verrentung keinen Einfluss auf die Beschäftigung junger Menschen hat.

¹⁹³³ KALWIJ/KAPTEYN/DE VOS, S. 356, deren Studie auf den Daten aus 22 OECD-Staaten basiert, sowie GRUBER/MILIGAN/WISE, S. 74, die sich ihrerseits auf Daten aus zwölf Staaten stützen, von denen neun europäische Staaten sind.

Auch der in der Botschaft zur Reform «AHV 21» vorgetragene Einwand, laut dem die Erhöhung des Referenzalters eine Senkung der realen Einkommen zur Folge habe,¹⁹³⁴ hinkt nach hier vertretener Ansicht: Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht substituieren ältere Arbeitnehmer die jüngeren Arbeitnehmer nicht.¹⁹³⁵ Dies bedeutet, dass eine Zunahme des Arbeitsangebots durch ältere Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Einfluss auf die Lohnkurve der jüngeren Arbeitnehmer hat. Dies, weil die Jüngeren nicht zwingend als direkte Konkurrenten der Älteren auf dem Arbeitsmarkt auftreten. Selbst wenn man von einer Konkurrenzsituation zwischen Jung und Alt ausginge und meinte, diese münde infolge üblicher Marktmechanismen in einer Senkung der Lohnkurve zulasten jüngerer Arbeitnehmer, so erweist sich auch diese Annahme als nicht über jeden Zweifel erhaben: Die Immigration ausländischer Arbeitskräfte führt ebenfalls zu einer Zunahme des Arbeitskräfteangebots und vermag grundsätzlich die im Inland bereits vorhandenen Ressourcen zu substituieren. Demzufolge müsste die Immigration eine Lohnsenkung im Inland zur Folge haben. In der Literatur wird jedoch vertreten, dass durch Immigration die Löhne *längerfristig* steigen.¹⁹³⁶ Es ist nicht einzusehen, warum das mit Blick auf eine Rentenaltererhöhung anders sein sollte.

Aktuell wird im Rahmen der Renteninitiative darüber diskutiert, das Rentenalter in einem ersten Schritt auf das 66. Altersjahr anzuheben und in einem zweiten Schritt an die durchschnittliche Lebenserwartung zu knüpfen.¹⁹³⁷ Obwohl der Bundesrat die Initiative zur Ablehnung empfohlen hat, anerkennt er doch immerhin, dass daraus eine längere Verweildauer im Arbeitsmarkt resultieren kann.¹⁹³⁸ Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen ist die Initiative nach hier vertretener Ansicht sinnvoll.

Zusätzlich ist nach dem hier eingenommenen Standpunkt das in der beruflichen Vorsorge zulässige Mindestrücktrittsalter mit jenem in der AHV zu synchronisieren. Dies hätte in der beruflichen Vorsorge eine Anhebung des Mindestrücktrittsalters von derzeit 58 Jahren zur Folge. Diese Forderung erhält auch Sukkurs seitens der Forschungsliteratur, in der ebenfalls explizit und sogar prioritär die Anhebung des in der beruflichen Vorsorge statuierten Mindestrücktrittsalters empfohlen wird.¹⁹³⁹

¹⁹³⁴ Vgl. Botschaft zur Stabilisierung der AHV, BBl 2019 6418.

¹⁹³⁵ KALWIJ/KAPTEYN/DE VOS, S. 356.

¹⁹³⁶ BORJAS, S. 190.

¹⁹³⁷ Botschaft zur Renteninitiative, BBl 2022 1711, S. 2.

¹⁹³⁸ Zum Ganzen siehe Botschaft zur Renteninitiative, BBl 2022 1711, S. 2–6.

¹⁹³⁹ SCHALTEGGER/LEISIBACH/SCHMID, S. 93.

Insbesondere ist auch jene Sonderbestimmung in Art. 1i Abs. 1 und Abs. 2 lit. a BVV 2¹⁹⁴⁰ ersatzlos abzuschaffen, wonach das Mindestrücktrittsalter aufgrund von Restrukturierungen unterschritten werden darf: Von ihr geht nämlich die Gefahr aus, dass gerade ältere Arbeitnehmer im Zuge einer Restrukturierung eher entlassen werden als jüngere, denn es liegt auf der Hand, dass das Gewissen eines Arbeitgebers weniger schwer wiegen dürfte, einen älteren Arbeitnehmer im Wissen darum zu entlassen, dass dieser in den Genuss einer Rente gelangt. Die Streichung dieser Bestimmung soll solchen altersbedingten Benachteiligungen vorbeugen.

2. Keine Abschaffung oder Erschwerung des Rentenvorbezugs

Es wurde festgestellt, dass die Versicherten in der AHV und insbesondere in der beruflichen Vorsorge sich eher für einen Vorbezug der Altersleistungen entschliesen. Damit scheiden zahlreiche Personen vorzeitig aus dem Arbeitsmarkt aus, was nicht im Sinne einer erstrebenswerten Inklusion ist.¹⁹⁴¹

Es ist nicht auszuschliessen, dass ein Anteil der Vorbezüge auf Benachteiligungen aufgrund des Alters oder sogar auf Altersdiskriminierungen zurückzuführen ist. Die Ursachen sind nicht restlos geklärt. Würde gleichwohl der Rentenvorbezug sowohl in der AHV als auch in der beruflichen Vorsorge erschwert oder sogar abgeschafft, bestünde die Gefahr, nichts anderes als Symptom- statt Ursachenbekämpfung zu betreiben. Es sollte zudem nicht ausser Acht gelassen werden, dass mit den nach der Annahme der Reform «AHV 21» künftigen Kombinationsvarianten zwischen Vorbezug, Teilbezug und Aufschub je nach Einzelfall die Option z.B. zu einem Teil-Vorbezug zu einem längeren Verbleib im Arbeitsmarkt verhelfen kann.

Nach dem hier eingenommenen Standpunkt wird daher keine Abschaffung oder Erschwerung des Rentenvorbezugs empfohlen.

3. Beibehalten und Erhöhung des Freibetrags in der AHV

In den Beratungen über die Reform «AHV 21» war der Freibetrag nicht unumstritten.¹⁹⁴² Es war daher nicht klar, ob an diesem festgehalten werden soll. Der nun im Zuge der Umsetzung des Reformprojekts publizierte Vorentwurf zu den

¹⁹⁴⁰ Dies iVm Art. 1 Abs. 3 BVG und Art. 13 Abs. 3 nBVG.

¹⁹⁴¹ In Bezug auf die AHV dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.3 und hinsichtlich der beruflichen Vorsorge siehe oben G. § 5. IV. 2.2.3.

¹⁹⁴² Dazu oben G. § 5. IV. 2.1.3. c.

Anpassungen an der Verordnung zum AHVG sieht den Freibetrag weiterhin in unverändertem Umfang von 16'800 CHF pro Jahr und Arbeitsverhältnis vor.¹⁹⁴³

Dies stimmt zwar zuversichtlich, und es würde tatsächlich überraschen, wenn der Bundesrat auf den Freibetrag zurückkommen und ihn aufheben würde. Trotz positiver Prognose lässt sich das Schicksal des Freibetrags aktuell trotzdem nicht mit endgültiger Sicherheit vorhersagen.

Es ist jedenfalls zu empfehlen, diesen weiterhin beizubehalten. Der Freibeitrag erzeugt nämlich einen in doppelter Hinsicht positiven Effekt: Einerseits bewirkt er ein höheres Nettoeinkommen und schafft damit einen Anreiz, trotz Erreichen des Rentenalters weiterhin berufstätig zu bleiben. Andererseits führt der Freibetrag auch zu einer realen Senkung des Arbeitgeberbeitrags in der AHV, wodurch die Anstellung älterer Personen etwas attraktiver wird. Zusätzlich ist auch eine Erhöhung desselben in Erwägung zu ziehen, um dadurch die beschriebenen positiven Effekte zu verstärken.

4. Beiträge aus beruflicher Vorsorge (Lohnnebenkosten)

Aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht wären niedrigere Arbeitgeberbeiträge für ältere Arbeitnehmer im Vergleich zu jenen ihrer jüngeren Kollegen vorteilhaft, weil damit die Gefahr einer Benachteiligung der Älteren wegen höherer Lohnnebenkosten beseitigt würde. Es lassen sich in diesem Zusammenhang zwei Hebel ausmachen: die Altersgutschriftensätze sowie die Beitragsparität.

Es wurde gezeigt, dass die Altersgutschriftensätze zwar nicht mit den effektiven Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen für die berufliche Vorsorge übereinstimmen müssen. Allerdings orientieren sich die zu entrichtenden Beiträge in der Praxis durchaus an diesen Altersgutschriftensätzen, weshalb mit dem Alter steigende Sätze regelmässig auch höhere Lohnnebenkosten mit sich bringen.¹⁹⁴⁴ Die Reform «*BVG 21*» verspricht in dieser Hinsicht etwas Linderung, zumal ein einheitlicher Altersgutschriftensatz von 14 % ab dem 44. Altersjahr gelten soll. Ausgehend von der beschriebenen Praxis würden die aus der beruflichen Vorsorge erwachsenden Lohnnebenkosten in der Tendenz für über 50-Jährige nicht höher ausfallen als jene der jüngeren Arbeitnehmer ab 44 Jahren. Obwohl verschiedene Studien zum Schluss gelangen, dass die bestehende Staffelung der Altersgutschriftensätze kei-

¹⁹⁴³ Vorentwurf zur Verordnungsänderung AHVV, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92108.html> (zuletzt besucht am 16. Mai 2023).

¹⁹⁴⁴ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.1. c.

nen nachweislichen Einfluss auf die Anstellung älterer Personen habe,¹⁹⁴⁵ ist die mit dem Reformvorhaben angepeilte Anpassung aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht sicherlich nicht schädlich. Angesichts politischer Opposition ist zum aktuellen Zeitpunkt allerdings noch unklar, ob die beschlossenen Änderungen an den bestehenden Altersgutschriftensätzen tatsächlich in Kraft treten werden.¹⁹⁴⁶

Nebst den Altersgutschriftensätzen besteht ein zweiter Hebel, nämlich die Beitragsparität. Beitragsparität nach Art. 66 Abs. 1 BVG bedeutet nicht, dass Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge jeweils identisch sein müssten, sondern einzig, dass der Arbeitgeber *insgesamt* gleich viel an Beiträgen zu entrichten hat wie das *Kollektiv* seiner Arbeitnehmer. Vorsorgeeinrichtungen verfügen somit über ein grosses Ermessen, soweit es um die Gestaltung der Beiträge ihrer Versicherten geht.¹⁹⁴⁷

Die Beitragsparität erlaubt daher eine «Umverteilung» der Arbeitgeberbeiträge dergestalt, dass junge Arbeitnehmer sich aus Arbeitgebersicht verteuerten und umgekehrt ältere Arbeitnehmer als günstiger erschienen. Oder mit anderen Worten: Der *Arbeitnehmeranteil* könnte bei den Jüngeren weiterhin tiefer sein als jener der Älteren, während gleichzeitig der *Arbeitgeberanteil* bei den Jüngeren grösser und bei den Älteren geringer ausfiele. Eine weitere Variante wäre etwa die Nivellierung der Arbeitnehmerbeiträge über alle Altersgruppen hinweg. Dementsprechend liessen sich auch die Arbeitgeberbeiträge gleichmässig auf alle Altersgruppen verteilen. Solche Anpassungen können jedoch nach hier vertretener Meinung nachteilige Effekte mit sich bringen:

Werden beispielsweise die Arbeitgeberbeiträge bei den jüngeren Altersgruppen erhöht, sinken deren Anstellungschancen infolge höherer Lohnnebenkosten. Und in der Variante der Nivellierung der Arbeitnehmeranteile müssten die jüngeren Altersgruppen aufgrund der Erhöhung ihres Arbeitnehmeranteils eine Netto-Lohneinbusse in Kauf nehmen.

Ebenso zu beachten ist die Vorsorgefinanzierung. Der Finanzierungsbedarf einer Vorsorge bleibt nämlich trotz Verschiebungen der Beitragslast grundsätzlich unverändert. Steuern ältere Altersgruppen weniger zur Sicherstellung der Vorsorgefinanzierung bei, dann muss dies umso mehr durch jüngere Altersgruppen aufgefangen werden. Andernfalls drohte die Finanzierung in Schieflage zu geraten.

¹⁹⁴⁵ HEVENSTONE/NEUENSCHWANDER, S. 66 f.; SHELDON/CUENI, S. 113.

¹⁹⁴⁶ Gegen die Reform «BVG 21» wurde das Referendum ergriffen. Die Referendumsfrist läuft am 6. Juli 2023 ab (BBl 2023 785). Der Ausgang des Referendums konnte terminlich für diese Arbeit nicht mehr berücksichtigt werden.

¹⁹⁴⁷ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.1. c.

Hier fallen nun zwei Aspekte jüngerer Altersgruppen besonders ins Gewicht: die häufiger bei jüngeren Altersgruppen anzutreffenden Stellenwechsel¹⁹⁴⁸ sowie die Tatsache, dass jüngere Arbeitnehmer – in der Regel – weniger verdienen als ältere Berufskollegen. Wechseln jüngere Arbeitnehmer die Arbeitsstelle, dann brechen gleichzeitig auch die auf diese Gruppe entfallenden Arbeitgeberbeiträge weg. Dies ist für ein Vorsorgewerk insbesondere dann schädlich, wenn die Arbeitgeberbeiträge für die jüngere Altersgruppe höher sind als jene für die ältere. Ausserdem wiegte die für den Ausgleich zur Gewährleistung der Vorsorgefinanzierung anfallende Belastung bei den niedrigeren Einkommen der Jüngeren umso schwerer.

Höhere Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge als Kompensationsmassnahme zum Ausgleich der Vorsorgefinanzierung bewirkten somit im Ergebnis eine Netto-Lohneinbusse zulasten jüngerer Altersgruppen sowie eine Verteuerung der Jüngeren aus Arbeitgebersicht – eine nachteilige Doppelbelastung also auf den Schultern junger Arbeitnehmer. Angesichts dessen wäre nicht nur die Gerechtigkeit solcher Anpassungen im Rahmen der Beitragsparität infrage gestellt. Sie schafften ausserdem ein potentielles Reizelement, an dem sich ein Generationenkonflikt entzünden könnte. Damit wäre nichts gewonnen im Kampf gegen Altersdiskriminierung.

Es wird sich somit weisen müssen, ob die mit der Reform «*BVG 21*» vorgesehene Anpassung der Altersgutschriftensätze tatsächlich in Kraft tritt und ob diese Anpassung einen längerfristigen antidiskriminierungsrechtlichen Nutzen bewirken wird. Von antidiskriminierungsrechtlichen Massnahmen in der Gestalt von Änderungen an den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen im Rahmen der Beitragsparität wird nach hier vertretener Ansicht jedenfalls abgeraten.

5. Weiterversicherung in der beruflichen Vorsorge

Es wurde gezeigt, dass es den Vorsorgeeinrichtungen der beruflichen Vorsorge auch nach der Annahme der Reform «*AHV 21*» weiterhin überlassen ist, in ihren Reglementen die Weiterversicherung des bisherigen Verdienstes im Rahmen eines Teilaltersrücktritts oder einer Reduktion des Arbeitspensums gemäss Art. 33*b* BVG vorzusehen.¹⁹⁴⁹ Für die Versicherten besteht somit kein gesetzlicher Anspruch auf eine Weiterversicherung. Dies ist bedauerlich, würde doch die Weiterversicherung zusätzliche und für den Zweck der Inklusion vorteilhafte Flexibilisierungsmöglichkeiten mit sich bringen. Es wird daher empfohlen, den in der beruflichen Vorsorge Versicherten einen Anspruch auf Weiterversicherung einzuräumen.

¹⁹⁴⁸ Vgl. BfS Medienmitteilung zur beruflichen Mobilität 2018–2019.

¹⁹⁴⁹ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.1. b.

VI. Tabellarische Übersicht über die Massnahmenvorschläge

Ebenen	Massnahmen
Diskriminierungsverbot	Einführung eines Rahmengesetzes, das ein zivilrechtliches Diskriminierungsverbot mitsamt flankierenden Massnahmen vorsieht (insb. Beweislastverteilungsregeln und Sanktionen)
Diskriminierungsprävention	Zertifizierung von Algorithmen verknüpft mit Beweislastenregel Anonymisiertes Bewerbungsverfahren Abschaffung von Vollzeugnissen und Referenzen Betriebsordnung: Aufnahme antidiskriminierungsrechtlicher Massnahmen und Beizug eines Diskriminierungsbeauftragten im Zuge der Konsultation
Inklusion	Gesetzliche Aufnahme diverser Massnahmen aus dem bundesrätlichen Impulsprogramm und Einführung von Kontrollvorschriften im ÜLG Einführung eines Bildungslohns sowie Weiterversicherungsmöglichkeit UVG/BVG während Aus- oder Weiterbildung Informationspflicht der Arbeitgeber bzgl. allfälligen gesetzlichen Anspruchs auf Laufbahnberatung Angleichung Mindestrücktrittsalter, Anhebung Rentenalter/Referenzalter und Streichung von Art. 1/ Abs. 1 und Abs. 2 lit. a BVV 2 Beibehalten und Erhöhung Freibetrag nach Art. 6 ^{quater} Abs. 1 AHV Anpassung Art. 33b BVG: Anspruch auf Weiterversicherung bisherigen Verdienstes

ANTIDISKRIMINIERUNGSRRECHT

J. Schlussbetrachtungen

§ 1 Rückblick auf Ausgangsfrage und Ausgangslage

Die vorliegende Arbeit stellte sich der Frage, welche rechtlichen Massnahmen die Schweiz auf den Gebieten des privaten Arbeitsrechts und des Sozialversicherungsrechts ergreifen soll, um Altersdiskriminierung im Erwerbsleben zu bekämpfen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung des Schweizer Rechts mit jenem der Europäischen Union sollte dazu wesentliche Erkenntnisse liefern.

Nachdem zunächst der Forschungsgegenstand definiert wurde,¹⁹⁵⁰ folgten in einem nächsten Schritt allgemeine Betrachtungen zur tatsächlichen Benachteiligung aufgrund des Alters sowie zu den allgemeinen rechtlichen Konzepten von Diskriminierung, aber auch zum Wesen der Gerechtigkeit. Es ergab sich im Wesentlichen folgendes Bild:¹⁹⁵¹

Benachteiligungen aufgrund des Alters sind im Erwerbsleben Realität. Ältere Menschen sehen sich mit Vorurteilen konfrontiert, die teilweise reflexartig und unbewusst zustande kommen. *Ageistische* Reflexe kompromittieren Personalentscheidungen in allen Phasen des Arbeitslebens. Mit dem Einsatz neuer KI-basierter Technologien droht zusätzlich eine Perpetuierung gesellschaftlichen Fehlverhaltens, weil sich dieselben Vorurteile sowohl in den Daten als auch im Programmcode der Algorithmen niederschlagen (so genannter «*Bias*»). Es besteht daher eine erhebliche Gefahr einer diskriminierungsmässigen Kontamination KI-produzierter Ergebnisse, die infolge einer potentiell unendlichen Reproduktion dieser Vorurteile zu einem zusätzlichen Skalierungseffekt derselben beitragen.

Die gesamtgesellschaftlichen Folgen sind beträchtlich und werden zusätzlich verschärft durch eine demographische Veränderung, die eine stark alternde Gesellschaft infolge deutlich gestiegener Lebenserwartung und parallel dazu abnehmender Geburtenrate mit sich bringt. Man möchte meinen, der bestehende Fachkräftemangel verschaffe älteren Stellensuchenden bessere Anstellungschancen. Doch ebendies trifft nicht zu. Vielmehr verstärkt Altersdiskriminierung den ohnehin schon bestehenden Fachkräftemangel – dies mit der Folge, dass der Gesellschaft zusätzliches Arbeitskräfte- und Wirtschaftspotential entgeht.¹⁹⁵²

¹⁹⁵⁰ Siehe oben Abschnitt B.

¹⁹⁵¹ Zum Ganzen siehe dazu die beiden Abschnitte C und D.

¹⁹⁵² Siehe dazu die Ausführungen oben im Abschnitt C. § 3.

Viele Vorurteile gegenüber älteren Menschen sind nicht berechtigt. Insbesondere wurde gezeigt, dass die kognitive Leistungsfähigkeit des Menschen auch im hohen Alter mit jener junger Menschen grundsätzlich vergleichbar bleibt. Es besteht daher kaum ein Grund, davon auszugehen, ältere Menschen seien weniger lernfähig oder geistig in geringerer Masse leistungsfähig. Der Alterungsprozess ist ein individueller Vorgang. Umso kritischer müssen Verallgemeinerungen in Bezug auf das Alter gesehen werden.¹⁹⁵³

Gerade die Bekämpfung von Altersdiskriminierung erweist sich als besonders schwierig. Dies ist nicht zuletzt auch der speziellen Charakteristik des Alters geschuldet, die im Wesentlichen darin besteht, dass jeder über ein Alter verfügt und bestenfalls die verschiedenen Altersphasen selber durchläuft. Die Akzeptanz von Benachteiligungen aufgrund des Alters scheint allgemein grösser zu sein, als dies bei anderen persönlichkeitsstiftenden Merkmalen der Fall ist, wie z.B. bei den Kriterien Geschlecht, Hautfarbe oder Religion. Auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung manifestiert sich diese höhere Toleranz in der Ansicht, wonach das Alter im Unterschied zu Geschlecht, Rasse oder Religion nicht an eine historisch schlechtergestellte oder politisch ausgegrenzte Gruppe anknüpft.¹⁹⁵⁴ Ein weiteres Beispiel von Benachteiligungstoleranz in Bezug auf das Alterskriterium bot sich während der COVID-Pandemie, als die SAMW und die SGI in ihren Triagerichtlinien starre Altersgrenzen für die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen vorsahen.¹⁹⁵⁵

Das Alterskriterium ist aber auch deshalb ein spezielles, weil es häufig als Stellvertreterkriterium für vermutete Eigenschaften herangezogen wird. Diese Vermutungen basieren auf diffusen Assoziationen oder statistischen Korrelationen. Sie bilden das Kapital hochmoderner KI-Instrumente. Mit Korrelationen und Assoziationen lassen sich jedoch keine Aussagen treffen über die individuellen Fähigkeiten des Einzelnen. Die Gefahr von Generalisierungsunrecht ist daher in Bezug auf das Alterskriterium besonders latent.¹⁹⁵⁶

Zur Komplexität trägt ausserdem bei, dass Diskriminierungen sich in verschiedene Gewänder kleiden. Nebst den allgemein bekannten Formen der direkten und der indirekten Diskriminierung gilt es auch, multidimensionalen und statistischen

¹⁹⁵³ Siehe dazu die Ausführungen oben im Abschnitt C. § 1.

¹⁹⁵⁴ Siehe dazu die Ausführungen oben im Abschnitt G. § 3. II. 1.6.2.

¹⁹⁵⁵ Siehe dazu die Ausführungen oben im Abschnitt A.

¹⁹⁵⁶ Siehe dazu insbesondere die Ausführungen oben im Abschnitt F. § 4. V.

Diskriminierungen sowie anderen Formen, wie jene der Belästigung, Beachtung zu schenken.¹⁹⁵⁷

Nach dem hier vertretenen Gerechtigkeitsverständnis, in dem Gleichheit und Diskriminierungsverbote Hand in Hand im Kern die Würde des Menschen wahren und zur Chancen- und Ergebnisgleichheit im Erwerbsleben beitragen, haben Verschiedenaltrige grundsätzlich als vergleichbar zu gelten. Ebenso bedingt dieses Gerechtigkeitsverständnis – in Bezug auf private Rechtsverhältnisse – grundsätzlich eine korrekturweise Beseitigung bestehender Benachteiligungen durch eine Anpassung des *Status quo* der Benachteiligten an das Niveau der Bevorzugten (so genanntes «levelling up»). Ebenso wurde vertreten, dass Grundrechten Dritter, wie jenen der Meinungs- oder Wirtschaftsfreiheit, kein Vorrang gegenüber Diskriminierungsverboten zukommt.¹⁹⁵⁸

Vor diesem Hintergrund wurde danach gefragt, inwiefern das Schweizer Arbeits- und Sozialversicherungsrecht vor Diskriminierungen aufgrund des Alters in Bezug auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse schützt. Dazu wurden vorfrageweise Überlegungen angestellt, wie sich das zu untersuchende Antidiskriminierungsrecht überhaupt definiert. Es wurde argumentiert, dass dieses aus drei Säulen besteht: Diskriminierungsverboten, Diskriminierungsprävention und Inklusionsmassnahmen.

Die erste Säule befasst sich mit dem Verbot von Altersdiskriminierung an sich. Dazu gehören einschlägige Diskriminierungsverbote aus dem Völker- und dem Bundesverfassungsrecht sowie zivilrechtliche Bestimmungen und Rechtsinstitute, die sich als Vehikel für die Umsetzung der Diskriminierungsverbote eignen. Es wurde untersucht, welche Anforderungen die Diskriminierungsverbote aufstellen, vor welchen Diskriminierungsformen sie schützen und inwiefern das Zivilrecht diese Verbote umsetzt. Ebenso wurden Beweisfragen und Rechtsfolgen etwaiger Diskriminierungen thematisiert.

Im Rahmen der zweiten Säule, der Diskriminierungsprävention, wurde der Frage nachgegangen, inwiefern das Recht diskriminierende Praktiken in ihrer Entstehung verhindert. Hier wurden Aspekte des Datenschutzes sowie arbeitgeberseitige Fürsorgepflichten einer Betrachtung unterzogen.

Die dritte Säule schliesslich, die Inklusion, stellt auf die Förderung der Arbeitsmarktbeteiligung älterer Personen ab. Dazu gehören Betrachtungen zum spezi-

¹⁹⁵⁷ Siehe dazu oben den Abschnitt F. § 4.

¹⁹⁵⁸ Siehe oben Abschnitt D.

fischen Nutzen von Massnahmen aus der Arbeitslosenversicherung und der Invaliditätsversicherung sowie des Massnahmenpakets des Bundesrats zur Förderung des inländischen Arbeitskräftepotentials. Wichtig erschien auch die Frage nach der Förderung von Aus- und Weiterbildungen im Erwerbsleben. Auch altersgerechte Arbeitsbedingungen wurden als ein Aspekt identifiziert, der dem Erhalt und damit der Förderung der Arbeitsmarktteilnahme dient. Thematisch zur dritten Säule gehörten sodann auch Fragen zum Rentenalter, in denen untersucht wurde, inwiefern die mit dem Rentenalter zusammenhängenden gesetzlichen Regelungen einen längeren Verbleib im Arbeitsleben ermöglichen beziehungsweise Anreize zur Fortsetzung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit über das Rentenalter hinaus schaffen. Und schliesslich wurde auch der Frage nachgegangen, ob Beiträge aus der beruflichen Vorsorge einen Kostenfaktor darstellen, die zur Meidung von Anstellungsverhältnissen mit älteren Berufstätigen führen könnten.

§ 2 Zusammenfassung der Ergebnisse

Ausgehend von einem breitgefassten antidiskriminierungsrechtlichen Corpus, der aus arbeitsrechtlichen- und sozialversicherungsrechtlichen Normen besteht, wurde das Schweizer Recht in Bezug auf die oben erwähnten Säulen und deren Subkategorien hin analysiert, wobei der Schwerpunkt auf Diskriminierungsverbote gelegt wurde. Es ergab sich dabei zusammengefasst Folgendes:

I. Diskriminierungsverbot

Es wurde gezeigt, dass der bestehende rechtliche Rahmen und die dazugehörige Rechtspraxis in der Schweiz keinen ausreichenden Schutz vor Altersdiskriminierung gewährleisten. Die Schweiz kennt kein spezifisches, bezogen auf das Alterskriterium unmittelbar drittwirksames Diskriminierungsverbot. Die einschlägigen völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote (insbesondere Art. 14 EMRK) sowie jenes nach Art. 8 Abs. 2 BV verfügen zwar grundsätzlich über das Potential, die hier thematisierten Diskriminierungsformen abzudecken. Es bleiben jedoch zahlreiche Fragen unbeantwortet. Unklar ist insbesondere, wie intersektionelle Diskriminierungen, statistische Diskriminierungen oder Belästigungen in der Rechtspraxis bewertet würden. Das den Diskriminierungsverboten innewohnende Potential ist daher nicht ausgeschöpft. Mit Blick auf das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV wurde ausserdem kritisiert, dass das Bundesgericht in seiner Recht-

sprechung die Rechtfertigungshürde bezogen auf altersbasierte Benachteiligungen jenem tieferen Niveau angleicht, der für den allgemeinen Gleichheitssatz massgebend ist. Schliesslich entfalten weder die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote noch jenes nach Art. 8 Abs. 2 BV unmittelbare Drittwirkung, weshalb Private sich in zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen nicht auf diese Verbote berufen können.

Auf der zivilrechtlichen Ebene werden die aus dem verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot bekannten Rechtfertigungsstrukturen verwässert. Es findet beispielsweise keine Auseinandersetzung mit der Frage statt, welchem Ziel eine altersbasierte Benachteiligung konkret dienen soll und ob diese für die Zwecke der Zielerreichung ein probates Mittel ist, das insgesamt verhältnismässig ist. Noch weniger wird danach gefragt, ob das Alter überhaupt als Stellvertreterkriterium taugt beziehungsweise ob zwischen dem Alter und einer vermuteten Eigenschaft ein kausaler Zusammenhang besteht oder ob sich der Zusammenhang wenigstens aus einer wissenschaftlich fundierten Korrelation oder einer bloss diffusen Assoziation ergibt. Das Ausbleiben dieser entscheidenden Fragen ist umso problematischer, als moderne in Personalangelegenheiten den Ton angegebende Technologien Korrelationen kapitalisieren und dabei selbst möglicherweise durch einen *Bias* kontaminiert sind.

Nebst dem wurden insbesondere die geltende Beweislastverteilungsregel sowie die Geringfügigkeit der bei Diskriminierungen drohenden Sanktionen als Problempunkte identifiziert, die einem wirksamen Antidiskriminierungsschutz entgegenstehen. Hinzu kommt, dass das zivilrechtliche Haftungssystem nach den hier einschlägigen Bestimmungen (z.B. Art. 97 OR) und dem Rechtsinstitut *culpa in contrahendo* stets ein Verschulden voraussetzt. Dies steht jedoch in einem konzeptionellen Widerspruch zu den im Völkerrecht und in der Bundesverfassung festgelegten Diskriminierungsverboten, die ihrerseits kein Schuldement im Diskriminierungstatbestand vorsehen.¹⁹⁵⁹

Das EU-Recht ist verglichen zum Schweizer Recht in dieser Hinsicht fortschrittlicher. In der Richtlinie 2000/78/EG werden speziell bezogen auf die Bekämpfung von Altersdiskriminierung im Erwerbsleben Mindestanforderungen aufgestellt, welche die EU-Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechtsordnungen umsetzen müssen. Nebst einem Diskriminierungsverbot und einem *Numerus clausus* an zulässigen Rechtfertigungen für unmittelbare Diskriminierungen schreibt die Richtlinie z.B. auch ein Viktimisierungsverbot sowie eine Beweislastverteilungsregel

¹⁹⁵⁹ Siehe zum Ganzen das Zwischenfazit aus der Analyse des Schweizer Rechts betreffend Diskriminierungsverbot oben im Abschnitt G. § 3 IV.

zugunsten potentieller Diskriminierungsopfer vor. Ebenso wird von den Mitgliedsstaaten verlangt, dass nationalrechtliche Sanktionen eine abschreckende Wirkung vor diskriminierenden Praktiken erzeugen. Das in der Richtlinie enthaltene Diskriminierungsverbot bildet eine Teilmenge des primärrechtlichen Art. 21 Abs. 1 GRCh, das – im Gegensatz zum verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot der Schweiz – für sich unmittelbare Drittwirkung entfaltet. Seit seiner Einführung wirkte sich die Richtlinie insgesamt positiv auf die Bekämpfung von Altersdiskriminierung aus.¹⁹⁶⁰

Vor diesem Hintergrund wurde die Einführung eines in sämtlichen Phasen des Erwerbslebens unter Privaten unmittelbar wirksamen, zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots gefordert. Dieses zeichnete sich insbesondere aus durch eine grundsätzliche Merkmalsoffenheit, die Vorgabe einer verbindlichen Rechtfertigungsstruktur sowie einen *Numerus clausus* an zulässigen Rechtfertigungsgründen für unmittelbare Diskriminierungen. Das Diskriminierungsverbot sollte in ein Bundesgesetz eingebettet werden, das überdies flankierende Massnahmen beinhaltet, die dem Diskriminierungsverbot zu seinem Durchbruch verhelfen sollen. Zu diesen flankierenden Massnahmen gehören unter anderem die Beweislasteasenerleichterung zugunsten potentieller Diskriminierungsopfer, der vereinfachte Zugang zur Justiz durch kostenlose und vereinfachte Verfahren, der Ausgleich von Benachteiligungen durch ein grundsätzliches «levelling up», die verschuldensunabhängige Ausgestaltung etwaiger Haftungsansprüche und – unabhängig von Haftungsansprüchen – unlimitierte finanzielle Sanktionen.¹⁹⁶¹

II. Diskriminierungsprävention

Mit Blick auf die Diskriminierungsprävention standen arbeitgeberseitige Fürsorgepflichten sowie das nDSG im Fokus.

Hier zeigte sich, dass das nDSG wertvolle Instrumente in der Gestalt von Auskunfts-, Informations- sowie Einwilligungspflichten vorsieht. Besonders bemerkenswert sind die Bestimmungen zum *Profiling*, der automatisierten Bearbeitung von Personendaten. Hier wird von den Betroffenen eine ausdrückliche Einwilligung verlangt, soweit vom *Profiling* ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte ausgeht. Die Auskunfts- und Informationspflichten gehen allerdings nicht so weit, dass durch sie die «Öffnung der algorithmischen Black Box» durch-

¹⁹⁶⁰ Siehe zum Ganzen das Fazit zum Rechtsvergleich oben im Abschnitt H. § 6. XI.

¹⁹⁶¹ Siehe dazu oben im Abschnitt I. § 2.

gesetzt werden kann, was aber gerade im Falle einer potentiellen Diskriminierung durch den Einsatz von Algorithmen oder KI sinnvoll wäre.

Im Übrigen wurde festgestellt, dass der Arbeitgeber gestützt auf sowohl Art. 328 Abs. 1 OR als auch Art. 6 ArG in bestehenden Arbeitsverhältnissen dazu verpflichtet ist, seine Arbeitnehmer vor Diskriminierung zu schützen. Allerdings bleibt unklar, vor welchen Diskriminierungsformen zu schützen ist und welche Anforderungen gegebenenfalls an die Rechtfertigung einer altersbasierten Benachteiligung zu stellen sind.¹⁹⁶²

Die erste Präventivmassnahme betrifft *People Analytics* und das von ihr ausgehende Diskriminierungspotential. Der Einsatz von Algorithmen oder KI sollte einem vorgängigen und freiwilligen Zertifizierungsverfahren unterstellt werden, in dem das dem Algorithmus beziehungsweise der KI sowie den verwendeten Daten und dem Programmcode innewohnende Diskriminierungspotential geprüft wird. Dieser Problematik soll dadurch begegnet werden, dass Entscheide und Empfehlungen nicht zertifizierter Technologien im Bereich von *People Analytics* vermutlich als diskriminierend zu gelten haben. Die aus einem Zertifikat fliessende Nichtdiskriminierungsvermutung ist jedoch nicht unumstösslich. Ein Betroffener wird immer noch die Technologie beanstanden und amtlich untersuchen lassen können. Stellt sich dann aber heraus, dass die Technologie – wie es das Zertifikat vermuten liess – tatsächlich kein relevantes Diskriminierungspotential ausweist, dann soll jener die Kosten der Untersuchung tragen, der die zertifizierte Technologie beanstandet hat.¹⁹⁶³

Als weitere Präventivmassnahmen wurden ausserdem die Einführung anonymisierter Bewerbungsverfahren, die Abschaffung von Vollzeugnissen und Referenzauskünften sowie die Aufnahme von betrieblichen Antidiskriminierungsmassnahmen in die Betriebsordnung vorgeschlagen:

Gerade das anonymisierte Bewerbungsverfahren erscheint als besonders sinnvoll, zumal dazu bereits positive und praktische Erfahrungen gemacht wurden.¹⁹⁶⁴ Auch das Verbot von Vollzeugnissen und Referenzen muss als wichtiges – wenn auch nicht auf Anhieb offensichtliches – Anliegen angesehen werden. Dies, weil sich in ihnen Stereotypen und Vorurteile festsetzen können. Die Abschaffung von Vollzeugnissen und Referenzen ist nicht zuletzt auch deshalb gerechtfertigt, weil der

¹⁹⁶² Siehe zum Ganzen das Zwischenfazit zum Thema Diskriminierungsprävention oben im Abschnitt G. § 4. IV.

¹⁹⁶³ Dazu oben im Abschnitt I. § 3. I.

¹⁹⁶⁴ Dazu oben im Abschnitt I. § 3. II.

Schaden, den sie bei den Betroffenen anzurichten drohen, den ohnehin schon zweifelhaften Nutzen von Vollzeugnissen und Referenzen bei Weitem überwiegt.¹⁹⁶⁵

Die Ausarbeitung von Antidiskriminierungsmaßnahmen und deren Integration in die Betriebsordnung werden optimalerweise durch einen qualifizierten Antidiskriminierungsbeauftragten begleitet, der mit konsultativer Stimme dem Betrieb zur Seite steht. Daraus sollen nicht alleine auf den Betrieb zugeschnittene verpflichtende Antidiskriminierungsmaßnahmen hervorgehen. Ebenso sehr soll mit diesem Vorgehen für eine Sensibilisierung gesorgt und das eigene Verhalten kritisch überdacht werden. Durch die Beteiligung des Personals an diesem Prozess soll ausserdem eine grössere Akzeptanz für die gemeinsam erarbeiteten Massnahmen gewährleistet werden.¹⁹⁶⁶

III. Inklusion

Im Rahmen der dritten Säule, der Inklusion, wurden insgesamt fünf Aspekte thematisiert: Förderung der Arbeitsmarkteteiligung, Bildung, altersgerechte Arbeitsbedingungen, Rentenalter/Flexibilisierungen und Beiträge an die berufliche Vorsorge.

Es wurde unter anderem gezeigt, dass die bestehenden sozialversicherungsrechtlichen Vorkehren den Bedürfnissen älterer Personen, die ihre Stelle verloren haben oder denen ein Arbeitsverlust droht, nur unzureichend entgegenkommen. Gerade Ausgesteuerte fallen bei den in der Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie der Invalidenversicherung vorgesehenen Massnahmen zwischen Stuhl und Bank. Das bundesrätliche Impulsprogramm schliesst immerhin diverse Lücken, weshalb die gesetzliche Verankerung einzelner Massnahmen aus dem derzeit noch laufenden Impulsprogramm sinnvoll wäre.¹⁹⁶⁷

Der ausgesteuerten Personen ab dem 60. Altersjahr zustehende Anspruch auf Überbrückungsleistungen nach ÜLG ist derzeit an keine Kontrollvorschriften geknüpft. Es wurde daher empfohlen, solche nun einzuführen, damit Leistungsbezüger dazu angehalten werden, ihnen zumutbare Arbeit anzunehmen. Dadurch soll verhindert werden, dass Leistungsbezüger sich aus dem Arbeitsmarkt zurück-

¹⁹⁶⁵ Dazu oben im Abschnitt I. § 3. III.

¹⁹⁶⁶ Dazu oben im Abschnitt I. § 3. IV.

¹⁹⁶⁷ Dazu oben im Abschnitt I. § 4. I. 1.

ziehen und diskriminierenden Praktiken das Feld schlicht widerstandslos überlassen.¹⁹⁶⁸

Inklusion hat auch zu tun mit dem Erhalt der individuellen Wettbewerbsfähigkeit im Arbeitsmarkt. Aus- und Weiterbildungen sind in dieser Hinsicht ein zentrales Element. Aus dem Völkerrecht lässt sich eine Verpflichtung herleiten, einen bezahlten «Bildungsurlaub» vorzusehen. Im Schweizer Arbeitsrecht bestehen jedoch – abgesehen von einer allgemein gehaltenen Pflicht, Aus- und Weiterbildungen zu begünstigen, und der Entlohnung lediglich der für angeordnete oder berufsnotwendige Aus- und Weiterbildungen aufgewendeten Arbeitszeit – keine weitergehenden Ansprüche.¹⁹⁶⁹ Der bezahlte «Bildungsurlaub» ginge folglich weiter, weil er unabhängig von einer arbeitgeberseitigen Anordnung oder einer Berufsnotwendigkeit eine Vergütungspflicht für jene Abwesenheitszeiten vorsähe, in denen der Arbeitnehmer einer Aus- oder Weiterbildung nachgeht.

Vor diesem Hintergrund wurde daher eine Lösung vorgeschlagen, wonach der Arbeitgeber in Anlehnung an die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a Abs. 1 OR während nicht angeordneter und beruflich nicht notwendiger Aus- und Weiterbildungszeiten den Lohn oder zumindest einen Teil davon für eine angemessene Dauer entrichtet. Zudem sollen diverse Anpassungen in den Bereichen des UVG und des BVG sicherstellen, dass Arbeitnehmer selbst bei länger andauernden Aus- und Weiterbildungen den ihnen bisher im Arbeitsverhältnis zugestandenen Versicherungsschutz bewahren können.¹⁹⁷⁰

Ferner wurde festgestellt, dass im Schweizer Arbeitsrecht keine spezifischen Bestimmungen zum Schutz älterer Arbeitnehmer bestehen. Entgegen der IAO-Empfehlung Nr. 162 wurde im Rahmen dieser Arbeit vertreten, dass es kontraproduktiv wäre, für ältere Arbeitnehmer spezifische Schutznormen einzuführen, wie sie z.B. für Jugendliche in der Jugendschutzverordnung vorgesehen sind. Solche Vorschriften würden nach hier vertretener Ansicht *ageistische* Reflexe aktivieren, die Stigmatisierung der Älteren fördern und zur so genannten «*self-fulfilling prophecy*» beitragen, nach der Ältere dazu neigen könnten, wegen einer gesetzlich vermuteten Schutzbedürftigkeit dem Glauben an eigenen Leistungsabfall zu verfallen. Ebenfalls nicht zu unterschätzen wäre die mögliche negative Auswirkung auf das Verhältnis zwischen den Generationen, wenn insbesondere jüngere Arbeitnehmer aufgrund gesetzlicher Vorgaben zum Schutz von Älteren

¹⁹⁶⁸ Dazu oben im Abschnitt I. § 4. I. 2.

¹⁹⁶⁹ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. II.

¹⁹⁷⁰ Dazu oben im Abschnitt I. § 4. II.

deren Leistungsausfall kompensieren müssen. Sinnvoller erscheint dagegen eine «alternsgerechte» Laufbahngestaltung, in der frühzeitig die beruflichen Weichen gestellt werden – dies gerade in den Berufen, in denen aufgrund grosser körperlicher Belastung offensichtlich ist, dass diese nicht bis ins hohe Alter ausgeübt werden können. Die «alternsgerechte» Laufbahngestaltung obliegt allerdings der Eigenverantwortung des Arbeitnehmers. Es wurde jedoch angeregt, dass die heute noch im Impulsprogramm vorgesehene Standort- und Potentialanalyse in ein Gesetz überführt wird. Diesfalls sollte Arbeitgebern immerhin die Pflicht auferlegt werden, ihre Arbeitnehmer auf dieses Beratungsangebot hinzuweisen.¹⁹⁷¹

Ausgehend vom ursprünglichen Gedanken, wonach die Alters- und Hinterlassenenversicherung eine arbeitsbefreite Lebensphase von zehn Jahren ermöglichen sollte, wurde erwogen, dass das Rentenalter beziehungsweise das künftige Referenzalter angesichts der stark gestiegenen Lebenserwartung in beiden Vorsorgesystemen zu tief ist. Und schliesslich wurden der in der beruflichen Vorsorge verglichen mit der AHV breitere Rentenkorridor beginnend ab dem 58. Altersjahr sowie die aktuell bestehenden Möglichkeiten zum Rentenvorbezug und -aufschub kritisiert.¹⁹⁷²

Aus Inklusionsperspektive ist daher – nach dem hier eingenommenen Standpunkt – mit Blick auf die AHV und die berufliche Vorsorge das Rentenalter beziehungsweise das künftige Referenzalter zu erhöhen. Auch das derzeit geltende Mindestrücktrittsalter in der beruflichen Vorsorge ist auf jenes in der AHV anzuheben. Damit verfügten beide Versicherungssysteme über dieselben Rentenkorridore.

Die Renteninitiative greift diese Thematik auf, indem sie das Rentenalter schrittweise erhöhen und später an die Lebenserwartung knüpfen will. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Initiative durchzusetzen vermag.¹⁹⁷³ Gesichert ist hingegen die mit Urnengang vom 25. September 2022 akzeptierte Reform «AHV 21», die eine Synchronisierung des Referenzalters beider Versicherungssysteme nach sich zieht und dieses mit 65 Jahren festlegt. Die berufliche Vorsorge sieht aber verglichen mit der AHV weiterhin einen breiteren Rentenkorridor vor, indem ihr Mindestrücktrittsalter bereits bei 58 Jahren liegt und im Falle von Restrukturierungen sogar unterschritten werden kann. Aus diesem Grund wurden die Angleichung des

¹⁹⁷¹ Dazu oben im Abschnitt I. § 4. III.

¹⁹⁷² In Bezug auf das ordentliche Rentenalter in der AHV siehe oben Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.3. a; und hinsichtlich der beruflichen Vorsorge siehe Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.3. a.

¹⁹⁷³ Siehe dazu die Ausführungen im Abschnitt I. § 4. IV. 1.

Mindestrücktrittsalters an jenes der AHV sowie die Aufhebung der bisher zulässigen Unterschreitung gefordert.¹⁹⁷⁴

Die mit der «AHV 21» in beiden Systemen vorgesehenen Flexibilisierungsmöglichkeiten zum Rentenbezug werden aufgrund ihrer neu geschaffenen Kombinationsmöglichkeiten nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich unterstützt. In Ergänzung dazu sollten die Vorsorgeeinrichtungen der beruflichen Vorsorge optimalerweise gesetzlich dazu verpflichtet werden, die Weiterversicherungsmöglichkeit, so wie sie heute in Art. 33b BVG grundsätzlich vorgesehen ist, den Versicherten anzubieten.¹⁹⁷⁵

Hinsichtlich der Beiträge an die berufliche Vorsorge schreibt das BVG keine konkreten nach Alter gestuften Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge vor. Allerdings nehmen die nach Alter gestaffelten Altersgutschriftensätze mit zunehmendem Alter grundsätzlich zu und bewirken in der Regel im Ergebnis höhere Lohnnebenkosten. Dies wird als nachteilig für die arbeitsmarktliche Konkurrenzfähigkeit älterer Personen empfunden.¹⁹⁷⁶ Die Reform «BVG 21» sieht in dieser Hinsicht eine Linderung vor, indem für die Altersgruppe ab 44 Jahren gleich hohe Altersgutschriftensätze eingeführt werden sollen. Dies ist aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings bleibt abzuwarten, ob das von der Opposition angekündigte Referendum gegen die Reform zustande kommt.¹⁹⁷⁷

Demgegenüber wurde vertreten, dass von konkreten Regulierungen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge im Rahmen der Beitragskollektivität abgesehen werden sollte: Eine Senkung der Arbeitgeberbeiträge zugunsten der in der Regel besserverdienenden älteren Arbeitnehmer müsste durch umso höhere Arbeitgeber- und möglicherweise auch Arbeitnehmerbeiträge bei den jüngeren Arbeitnehmern kompensiert werden, was bei dieser Altersgruppe eine Netto-Lohneinbusse zur Folge hätte und allenfalls sogar eine Verschlechterung der Anstellungschancen wegen höherer Lohnnebenkosten nach sich ziehen könnte.

Schliesslich bleibt noch der Freibetrag in der AHV von bisher monatlich 1'400 CHF, von dem berufstätige Rentner profitieren. Angesichts des Vorentwurfs zur Verordnung zum AHVG besteht die berechtigte Hoffnung, dass an diesem

¹⁹⁷⁴ Dazu oben im Abschnitt I. § 4. IV. 1.

¹⁹⁷⁵ Zum Ganzen siehe oben Abschnitt I. § 4. IV.

¹⁹⁷⁶ Zum Ganzen siehe Zwischenfazit zum Thema Inklusion oben im Abschnitt G. § 5. VI.

¹⁹⁷⁷ Die Referendumsfrist läuft am 6. Juli 2023 ab (BB1 2023 785). Der Ausgang des Referendums konnte terminlich für diese Arbeit nicht mehr berücksichtigt werden.

auch im Zuge der Reform «AHV 21» festgehalten wird.¹⁹⁷⁸ Ein Beibehalten und zudem eine Erhöhung desselben würden nach hier vertretener Ansicht einen positiven Beitrag zur beruflichen Inklusion leisten. Dadurch nämlich würde ein Anreiz geschaffen, über das Rentenalter hinaus berufstätig zu bleiben.¹⁹⁷⁹

§ 3 Ausblick

Es tut sich einiges im Bereich der AHV und der beruflichen Vorsorge. Zu nennen sind die Renteninitiative¹⁹⁸⁰ sowie die beiden Reformen «AHV 21» und «BVG 21». Darauf wurde schon verschiedentlich an entsprechender Stelle eingegangen, weshalb auf diese Ausführungen verwiesen wird.¹⁹⁸¹ Im Sinne eines Ausblicks ist dennoch hervorzuheben, dass einzig die gesetzlichen Anpassungen infolge des Urnengangs zur «AHV 21» gesichert sind und daher in naher Zukunft in Kraft treten werden. Die Erhöhung des Rentenalters entsprechend der Renteninitiative bleibt hingegen noch Zukunftsmusik, und mit Blick auf die von der Bundesversammlung beschlossene Anpassung der Altersgutschriftensätze bleibt abzuwarten, ob das Referendum gegen die Reform «BVG 21» tatsächlich zustande kommt und, falls ja, wie an der Urne darüber entschieden wird.¹⁹⁸²

Im Bereich der Gesetzgebung zu Algorithmen-basierter Technologie ist die Schweiz noch im Hintertreffen. Abgesehen vom in Kürze in Kraft tretenden nDSG und von seinen Vorschriften zur automatisierten Verarbeitung von Personendaten (so genanntes «Profiling») bestehen derzeit noch keine Regelungen, mit denen sich der von diesen Technologien ausgehende *Bias* wirksam bekämpfen liesse.

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist die – angesichts der jüngsten Entwicklungen rund um Applikationen wie ChatGPT¹⁹⁸³ – von Nationalrat Marcel Dobler im März 2023 ergriffene Initiative. Mit seinem Postulat «*Rechtslage der künstlichen Intelligenz. Unsicherheiten klären, Innovation fördern!*» forderte er

¹⁹⁷⁸ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.2.

¹⁹⁷⁹ Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.1.3. c.

¹⁹⁸⁰ Botschaft zur Renteninitiative, BBl 2022 1711, S. 2.

¹⁹⁸¹ Dazu oben im Abschnitt in Bezug auf die AHV G. § 5. IV. 2.1.2; und in Bezug auf die berufliche Vorsorge siehe Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.2.

¹⁹⁸² Dazu oben im Abschnitt G. § 5. IV. 2.2.2.

¹⁹⁸³ ChatGPT ist eine künstliche Intelligenz, die mit dem Menschen in Form eines Dialogs interagiert: <https://openai.com/blog/chatgpt> (zuletzt abgerufen am 16. Mai 2023).

den Bundesrat unter anderem dazu auf, Lücken im Gesetz sowie in der Rechtspraxis in Bezug auf KI zu identifizieren.¹⁹⁸⁴ Der Bundesrat beantragte jedoch die Ablehnung des Postulats und verwies dabei im Wesentlichen auf die von ihm formulierten «*Leitlinien (Künstliche Intelligenz) für den Bund*» sowie diverse weitere Gefässe zum Informations- und Wissensaustausch.¹⁹⁸⁵

Die vom Bundesrat erwähnten Leitlinien legen allerdings Lücken offen. Zwar geht aus ihnen hervor, dass das von modernen Technologien ausgehende Diskriminierungspotential durchaus bekannt ist.¹⁹⁸⁶ Es fehlen darin jedoch Antworten darauf, wie in Diskriminierungsfällen mit technologiebasierten Korrelationen und Assoziationen umzugehen ist beziehungsweise wie diese rechtlich zu bewerten sind und welche Anforderungen an sie zu stellen sind, damit sie als Rechtfertigungsbasis für Benachteiligungen taugen. Zwar sind Leitlinien naturgemäss nie detailliert und spezifisch. Die Tatsache jedoch, dass dieser Aspekt überhaupt keine Erwähnung findet, zeigt nach hier vertretener Ansicht, dass entgegen der Ansicht des Bundesrats noch viel mehr getan werden muss, um Problemstellungen rund um KI anzupacken. Es sollte in einem ersten Schritt ausserdem nicht schon darum gehen, Antworten auf bereits vorgefasste Fragen zu finden. Die Technologien sind derart neu, dass nicht von vornherein offensichtlich ist, welche Implikationen überhaupt von ihnen ausgehen. Vielmehr sollte es zunächst darum gehen, die sich stellenden Fragen zu ermitteln. Dies geschieht sinnvollerweise durch eine interdisziplinäre Beteiligung verschiedener Interessengruppen. Das Postulat eröffnet daher eine Chance zur Aufarbeitung themenübergreifender und damit auch antidiskriminierungsrechtlicher Belange. Es bleibt daher zu hoffen, dass der Nationalrat das Postulat gutheisst.

Mit Blick auf KI ist festzustellen, dass die EU bereits einen Schritt weiter gegangen ist als die Schweiz, indem sie einen Verordnungsentwurf zur Regulierung Künstlicher Intelligenz mit grossem Detailgrad erarbeitet hat.¹⁹⁸⁷ Allerdings liefert dieser Verordnungsentwurf ebenfalls keine Antworten auf die Fragestellung nach der diskriminierungsrechtlichen Bewertung von Korrelationen und Assoziationen.

¹⁹⁸⁴ Postulat Marcel Dobler 23.3201, «Rechtslage der künstlichen Intelligenz. Unsicherheiten klären, Innovation fördern!» vom 16. März 2023.

¹⁹⁸⁵ Antwort des Bundesrats auf das Postulat Dobler (23.3201), Rechtslage künstliche Intelligenz.

¹⁹⁸⁶ Leitlinien des Bundesrats «Künstliche Intelligenz», S. 2.

¹⁹⁸⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union vom 21. April 2021, COM(2021) 206 final.

Immerhin aber existieren darin Vorschriften, die eine Konformitätsbewertung verlangen für so genannte «Hochrisiko-KI-Systeme», zu denen laut Entwurf auch die hier interessierenden *People-Analytics*-Technologien zählen.¹⁹⁸⁸ Im Zuge der Konformitätsbewertung werden die Risiken bezüglich der Grundrechte analysiert und bewertet. Dies ist ein durchaus fortschrittlicher Ansatz, der im Übrigen auch Ähnlichkeiten zu dem in dieser Arbeit getroffenen Vorschlag über die Zertifizierung von Algorithmen-basierter Technologien aufweist.¹⁹⁸⁹

¹⁹⁸⁸ Art. 6 Abs. 2 Verordnungsentwurf der EU zur Künstlichen Intelligenz iVm Anhang III Ziff. 4.

¹⁹⁸⁹ Dazu oben im Abschnitt I. § 3. I.

K. Schlusswort

Das Recht kann nicht alle gesellschaftlichen Probleme lösen. Es lässt sich beispielsweise nicht verhindern, dass Menschen teilweise willkürlich oder gestützt auf unbewusste Instinkte Entscheide fällen. Die Realität setzt der praktischen Wirksamkeit des Rechts Grenzen.

Dennoch wäre es falsch, die Arme vor den sich stellenden Problemen zu verschränken. Das Strassenverkehrsgesetz beispielsweise vermag auch nicht alle Übertretungen zu verhindern, und dennoch würde niemand bei gesundem Menschenverstand ernsthaft behaupten, es könne deswegen getrost auf dieses Gesetz verzichtet werden. Dies, weil dem Recht *per se* schon eine nicht zu unterschätzende soziale Lenkungswirkung zukommt.¹⁹⁹⁰

Die hier vorgeschlagenen Massnahmen sollen unter anderem dazu führen, dass beispielsweise ein Arbeitgeber sich davor hüten wird, unbedacht irgendeine KI einzusetzen, wenn er sich nicht zuvor darüber vergewissert hat, dass von ihr kein Diskriminierungspotential ausgeht. Generell wird sich ein Arbeitgeber bei Personalentscheidungen, in denen das Alterskriterium eine Rolle spielt, fragen müssen, warum konkret das Alterskriterium ausschlaggebend sein soll: Liegt es an einer Korrelation oder doch bloss an einer diffusen Assoziation? Oder handelt es sich schlicht um eine Präferenz? Ist das Alterskriterium für den verfolgten Zweck geeignet? Und überhaupt: Ist der verfolgte Zweck ein legitimer? Gelingt es dem Recht, nur schon diese Fragen ins Bewusstsein zu rücken, dann ist damit schon viel gewonnen im Kampf gegen Altersdiskriminierung.

¹⁹⁹⁰ Vgl. NAGUIB/PÄRLI, Was wir damit meinen, Rn. 33.

**SCHRIFTEN ZUM ARBEITS- UND SOZIALVERSICHERUNGSRECHT
ETUDES EN DROIT DU TRAVAIL ET DES ASSURANCES SOCIALES
SERIES IN LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW**

Cette collection a pour vocation de rassembler des écrits scientifiques de haute qualité dans les domaines du droit du travail et du droit des assurances sociales. Plurilingue, elle participe à la richesse des échanges académiques dans toute la Suisse, et au partage des connaissances dans les domaines dont elle traite.

In dieser Reihe werden qualitativ hochwertige wissenschaftliche Schriften zu arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Themen veröffentlicht. Dank der Mehrsprachigkeit trägt die Reihe zum akademischen Austausch in der ganzen Schweiz bei und fördert das Disziplinen übergreifende Verständnis für das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht.

Bekämpfung von Altersdiskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Unter Berücksichtigung sozialversicherungsrechtlicher Aspekte und Bezugnahme zum Recht der EU

Die vorliegende Arbeit stellt sich der Frage, welche rechtlichen Massnahmen auf den Gebieten des privaten Arbeitsrechts und des Sozialversicherungsrechts ergriffen werden sollten, um Altersdiskriminierung insbesondere gegenüber älteren Personen im Erwerbsleben zu bekämpfen. Zu diesem Zweck setzt sich die Dissertation zunächst mit dem Phänomen «Ageism» und seinen Ursachen auseinander. Gestützt auf daraus gewonnenen Erkenntnissen wird anschliessend ein Antidiskriminierungsmodell entwickelt, das Diskriminierungsverbote sowie Massnahmen der Prävention und Inklusion vorsieht. Ausgehend von diesem Modell werden das Schweizer Antidiskriminierungsrecht analysiert und Teile davon mit relevantem EU-Recht verglichen. Schliesslich werden verschiedene rechtliche Massnahmen formuliert.

ISBN 978-3-03891-679-6

