



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Arbeits- und Sozialversicherungsrecht: Austausch Wissenschaft und Praxis

Prof. Dr. Kurt Pärli, 7. November 2018

Agenda

- 1 Begrüssung
- 2 Vorstellung aktueller Forschungs- und Publikationsprojekte
- 3 Sie sind gefragt – welche Themen und Fragestellungen beschäftigen Sie?
- 4 Altersdiskriminierung
 - Kurze Einführung Kurt Pärli
 - Referat Frau Heidi Joos, Avenir50plus
 - Diskussion

Agenda

1 Begrüssung

2 Vorstellung aktueller Forschungs- und Publikationsprojekte

3 Sie sind gefragt – welche Themen und Fragestellungen beschäftigen Sie?

4 Altersdiskriminierung

- Kurze Einführung Kurt Pärli
 - Referat Frau Heidi Joos, Avenir50plus
 - Diskussion
-

Aktuelle Forschungsprojekte (Auswahl):

- **SNF Projekt «Arbeitsverhältnisse unter sozialhilferechtlichen Bedingungen: Rechtlicher Rahmen, Verbreitung und Regulierung(slücken)»**
 - In diesem Projekt werden die verfassungs- und arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen, die konkrete rechtliche Ausgestaltung, die tatsächliche Verbreitung und die sozialpolitischen Funktionen von sozialhilferechtlichen Beschäftigungsverhältnissen untersucht, sowie allenfalls notwendige, adäquate Regelungsergänzungen für diese Beschäftigungsverhältnisse geprüft.
 - <https://thirdlabourmarket.ius.unibas.ch/de/>
- **«Die Zukunft des sozialen Dialogs und des Tripartismus vor dem Hintergrund der Digitalisierung der Wirtschaft»**
 - Studie über die Zukunft der Sozialpartnerschaft und den Tripartismus in der Schweiz im Kontext der Digitalisierung der Wirtschaft.
 - <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/suche.html#P%C3%A4rli> (unter «Dokumente»)
- **Mitherausgeber und Autor des Basler Kommentars zum UVG**
- **Mitautor des Basler Kommentars zum ATSG**

Aktuelle Publikationsprojekte (Auswahl):

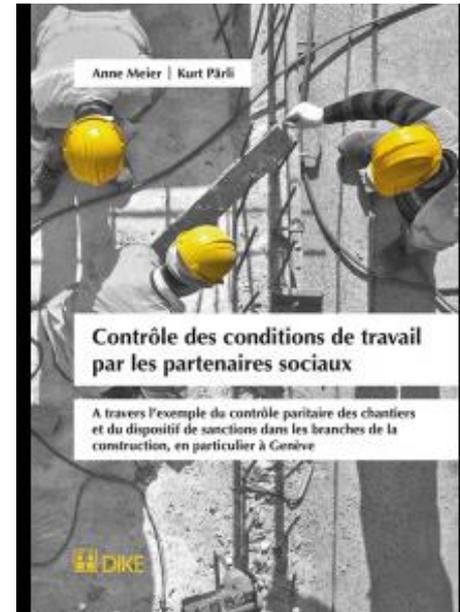
- Bücher



Entsendegesetz,
Stämpfli Hand-
kommentar, Bern 2018
(Mitarbeit: Cornelia
Junghanss, Salome
Schärer)



Sharing Economy –
teilen statt besitzen,
Zürich, 2018 (zusammen
mit von Stokar et. al)



Contrôle des conditions
de travail par les
partenaires sociaux,
Zürich, 2017, (zusam-
men mit Anne Meier)

Aktuelle Publikationsprojekte (Auswahl):

- **Beiträge in Zeitschriften**

Abgeschlossene Publikationen:

- Altersdiskriminierung – von der Anstellung bis zur Kündigung (in: ARV/DTA, 2018, S. 1-12)
- Observation von Versicherten - Der Gesetzgeber auf Abwegen (in: recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, 02/2018, S. 120-122)
- Presenteeism, Its Effects and Costs: A Discussion in a Labour Law Perspective (in: International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2018, S. 53-75)
- Spannungsfeld paritätische Verwaltung und Schweigepflicht, in: Schweizer Personalvorsorge (SPV) 01-2018, S. 82-84 (Grundlage des Beitrages bildete ein entsprechendes Rechtsgutachten)
- Tattoos und Piercings in der Pflege aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Pflegerecht 1 (2018), Jg.7, S. 34-36.

Laufende Publikationen:

- Kündigungsschutz – ein Menschenrecht (erscheint in: AJP Aktuelle Juristische Praxis, 12/2018)
- The Swiss Posting of Workers Act and the Free Movement of Services between Switzerland and the European Union (erscheint im European Journal for Labour Law, 2019)

- **Beiträge in Sammelbänden**

- Datenschutz im Arbeitsverhältnis (in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich, 2018, S. 685-724)

Komplette Liste aller Publikationen abrufbar auf: <https://ius.unibas.ch/de/personen-252/kurt-paerli/publikationen/>

Aktuelle Masterarbeiten (Auswahl)

- «Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte des Arbeitsverhältnisses im Stundenlohn»
- «Interessensvertretung der Sportler im kollektiven Arbeitsrecht im Schweizer & US-Sport»
- «Die sozialversicherungsrechtliche Stellung selbständig Erwerbender»
- «Fürsorgepflicht und Treuepflicht – ein Rechtsvergleich von ausgewählten öffentlich- und privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen anhand des Schutzes der psychischen Gesundheit und der Meldung von Missständen»
- «Ergänzungsleistungen zur AHV/IV und Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei Bezügerinnen einer Teilrente der IV und bei nichterwerbstätigen Ehepartnern von EL-Bezügern»

Eine komplette Übersicht laufender und abgeschlossener Masterarbeiten kann unter folgendem Link eingesehen werden: <https://ius.unibas.ch/de/personen/kurt-paerli/betreute-arbeiten/>

Aktuelle Dissertationsprojekte

- «Geringfügige Beschäftigung in der Schweiz: arbeits-, sozial- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte»
- «Der Einfluss der Beschäftigungsformen 4.0 auf das schweizerische Arbeitsrecht, insbesondere die Arbeitgeberdefinition»
- «Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen auf deutsche Grenzgänger/innen nach erfolgter Kündigung in der Schweiz»
- «Arbeitsmigration in der Schweiz – Rechtliche Rahmenbedingungen im zeitlichen Vergleich und Auswirkungen auf das Einzelarbeitsverhältnis»
- «Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmenden während und nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses»
- «Zumutbare Arbeit in sozialhilferechtlichen Beschäftigungsprogrammen»
- «Die Durchsetzbarkeit arbeitsvertraglicher Konkurrenzverbote»
- «Diskriminierung durch Profiling und Data Mining? - Eine Analyse der Diskriminierungsrisiken und des Rechtsschutzes in Europa am Beispiel von „People Analytics«»
- «Das Mitarbeitergespräch aus rechtlicher Sicht»

Dissertation Derya Avyüzen

«Das Mitarbeitergespräch aus rechtlicher Sicht»

Masterarbeit Nic Frei

«Arbeit im Strafvollzug»

Masterarbeit Natascha-Livinia von Sury d'Aspremont

«Kündigungsschutz USA im Vergleich zur Schweiz»

Kommende Weiterbildungs- und Forschungsveranstaltungen der Professur für Soziales Privatrecht

- 2. Basler Sozialversicherungsrechtstagung am **7. Dezember 2018**: «Der Anspruch auf IV-Renten der Invalidenversicherung – Invaliditätsbegriff, Abklärungsmethoden, Schnittstellen zur UV, BV, EL, Sozialhilfe und zum Arbeitsrecht»
- 3. Basler Tagung zum Arbeitsrecht am **5. April 2019**: «Alles hat seine Zeit – Arbeitszeit, Ferien und Freizeit im Arbeitsrecht»
- «Tschudi-Symposium» am **16. Mai 2019**: «Ein Arbeits- und Sozialrechtler mit Weitblick – Symposium zum rechtswissenschaftlichen Wirken von Professor Hans-Peter Tschudi, 1913-2002»

Donnerstag, 16. Mai 2019, 13.20 bis 19 Uhr

13.20 – 13.30

Begrüssung

Prof. Kurt Pärli, Universität Basel

13.30 – 14.15

Das «Tschudi-Tempo» revisited: Hans-Peter Tschudis Beitrag zum Sozialstaatausbau der Nachkriegszeit

Prof. Martin Lengwiler, Universität Basel

14.15 – 15.00

Hans-Peter Tschudi und die Schweizer Sozialverfassung

Prof. Thomas Gächter, Universität Zürich

15.00 -15.20

Kaffeepause

La Pausa, Juristische Fakultät

15.20 – 16.05

Hans-Peter Tschudis Einfluss auf das Sozialversicherungsrecht

Dr. iur. Susanne Leuzinger, alt Bundesrichterin

16.05 – 16.50

Hans-Peter Tschudis Einfluss auf das Arbeitsrecht

Prof. Thomas Geiser, Universität St. Gallen

16.50 – 17.00

Kurze Pause

17.00 -18.00

Rückblick, Reflexion und Ausblick

Podiumsdiskussion mit den Referierenden und mit Gästen

u.a. Alt-Bundesrätin Ruth Dreifuss (angefragt)

Ab 18.00

Apéro

Foyer der Juristischen Fakultät

Was zeichnet uns aus?

Merkmale der Professur für Soziales Privatrecht

- Ausbildungsorientiert
 - Lehre
 - Nachwuchsförderung
- Wissenschaftliche fundiert
 - Grundlagenorientierte SNF-Projekte
 - Publikationen in nationalen und internationalen Zeitschriften / Verlagen
- Praxisorientiert
 - Kommentarreihen
 - Recht Aktuell Veranstaltungen
- Lokal verankert
 - Veranstaltungen wie diese
- Interdisziplinär
 - Z.B. Zusammenarbeit mit ASIM
- International
 - CH-Sektion der International Society for Labour Law and Social Security Law

Agenda

1 Begrüssung

2 Vorstellung aktueller Forschungs- und Publikationsprojekte

3 Sie sind gefragt – welche Themen und Fragestellungen beschäftigen Sie?

4 Altersdiskriminierung

- Kurze Einführung Kurt Pärli
 - Referat Frau Heidi Joos, Avenir50plus
 - Diskussion
-

Sie sind gefragt - welche Themen und Fragestellungen
beschäftigen Sie?

Agenda

1 Begrüssung

2 Vorstellung aktueller Forschungs- und Publikationsprojekte

3 Sie sind gefragt – welche Themen und Fragestellungen beschäftigen Sie?

4 Altersdiskriminierung

- Kurze Einführung Kurt Pärli
- Referat Frau Heidi Joos, Avenir50plus
- Diskussion



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Der arbeitsrechtliche Schutz älterer Arbeitnehmer/innen

Kurt Pärli

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Professur für Soziales Privatrecht

Inhaltsübersicht

- I) Situation älterer Arbeitnehmer/innen
- II) Grundsätzliches zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters
- III) Schutz älterer Arbeitnehmer/innen im «Lebenszyklus» eines Arbeitsverhältnisses
- IV) Fazit

I) Ausgangslage

- Altersdiskriminierung in der Arbeitswelt: gemäss Studien (weit) verbreitet
- Jüngere und ältere Arbeitnehmende betroffen
- Noch immer: Diskriminierende Stellenausschreibungen
- Ursachen der Altersdiskriminierung

Altersangaben in Stelleninseraten

Studie Universität Zürich:

- Inserate mit Altersangaben nehmen ab (2016: noch 4%)

Eigene Recherchen:

- v.a. Personalvermittler suchen gezielt Personen in bestimmten Alterssegmenten
- Inserate in Tageszeitungen/Anzeigern: mindestens 1 Inserat pro Tag mit Altersangabe

Wer ist gesucht:

- 19-25ig Jährige
 - 25-40ig Jährige
 - 30-40ig Jährige
 - 28-45ig Jährige
-
- Nie spezifisch gesucht: Personen über 40ig



Wie schützt das (Arbeits)recht ältere Arbeitnehmer/innen?

- Unterschied öffentliches Personalrecht / Privates Arbeitsrecht?
 - Grundrechtsbindung öffentlicher Arbeitgeber (Diskriminierungsverbot)
 - Vertragsfreiheit privater Arbeitgeber
- (Wann) Ist die Ungleichbehandlung von Arbeitnehmenden aufgrund ihres Alters zulässig (anerkannte Rechtfertigungsgründe)?
- Was gilt bei Diskriminierung bei Anstellung, Beschäftigungsdauer, (Zwangs-) Pensionierung, Kündigung?
- Seitenblick: Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters in der EU und in den USA

Inhaltsübersicht

- I) Ausgangslage (Diskriminierungsvorkommen, juristische Fragestellung)
 - II) Grundsätzliches zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters
 - III) Schutz älterer Arbeitnehmer/innen im «Lebenszyklus» eines Arbeitsverhältnisses
 - IV) Fazit
-

II) Grundsätzliches... Vorbemerkungen zum privaten Arbeitsverhältnis

Privatautonomie / Vertragsfreiheit

- Gilt grundsätzlich auch für das Arbeitsverhältnis

Typisch für das Arbeitsverhältnis

- Marktversagen, Korrektur notwendig
- Existenzielle Notwendigkeit, sich mit Arbeit den Lebensunterhalt zu verdienen
- Arbeit ist keine Ware (Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation, 1944)

Schutz der Arbeitnehmer/innen als Ganzes (nicht nur als Arbeitskraft)

- Schutz vor Ausbeutung, Gesundheitsgefährdung
- Persönlichkeit- und Diskriminierungsschutz (Würde, Gleichheit)

Erscheinungsformen der Altersdiskriminierung

Direkte (unmittelbare) Diskriminierung

- Benachteiligung durch Anknüpfung an ein Diskriminierungsmerkmal, z.B. Mindest- oder Höchstalter

Indirekte (mittelbare) Diskriminierung

- Benachteiligung durch Anknüpfung an ein vordergründig neutrales Merkmal, die Benachteiligung trifft Träger/innen eines Diskriminierungsmerkmal überproportional, Beispiele: Anknüpfung an Dienstjahre (jüngere Mitarbeitende i.d.R. benachteiligt)

Mehrfachdiskriminierung

- z.B. Verstärkung der Diskriminierung aufgrund einer Diskriminierung w/Geschlecht + Alter (+ z.B. Migrationshintergrund) oder Diskriminierung entsteht erst im Zusammenwirken der Merkmale

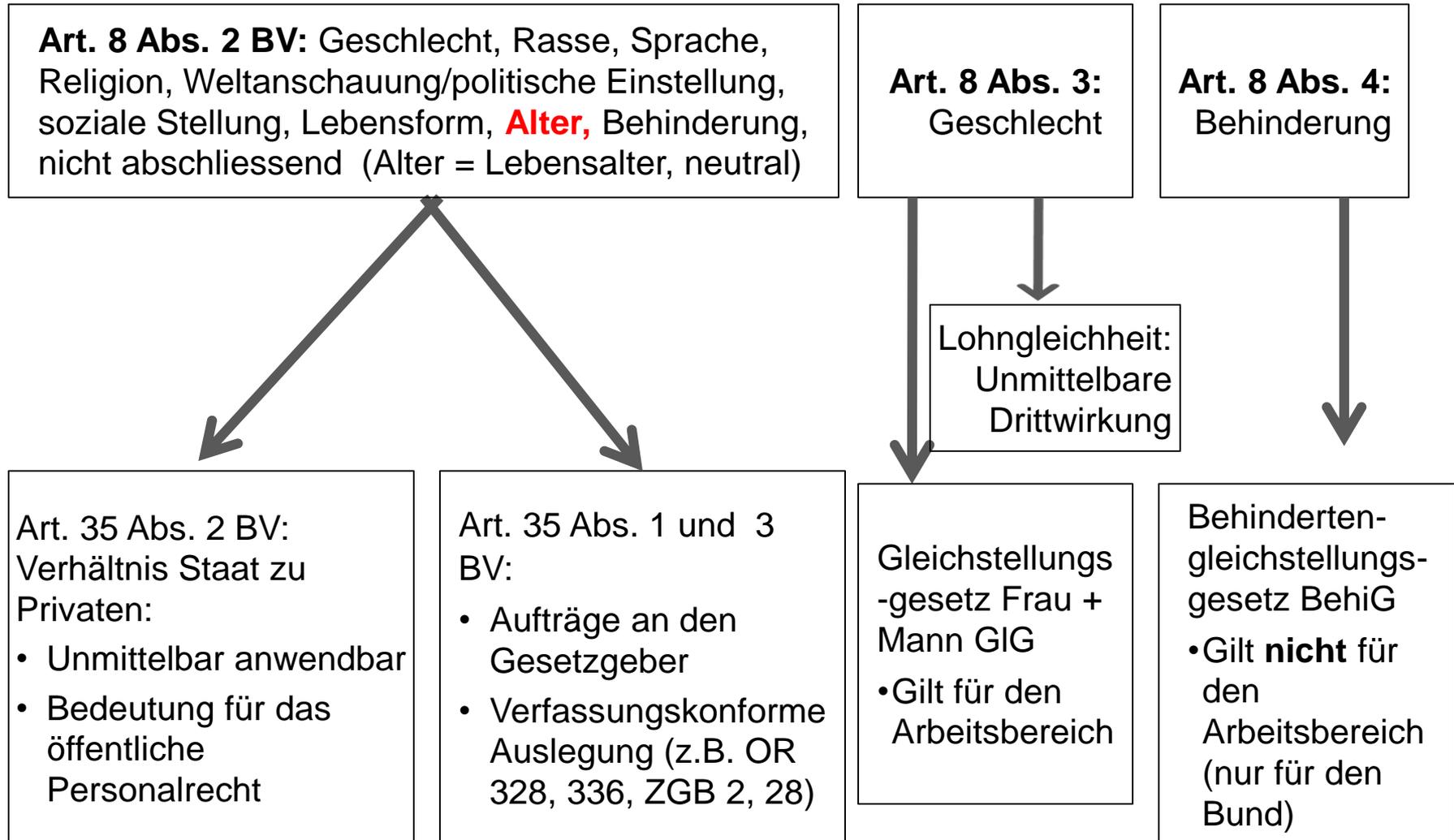
Statistische Diskriminierung

- z.B. durch generalisierende Annahmen über altersspezifische Eigenschaften

Alter als völkerrechtliches Diskriminierungsmerkmal?

- Keine ausdrückliche Nennung des Verbots der Altersdiskriminierung in den völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen
- noch keine «Altersdiskriminierungskonvention», aber es geht in diese Richtung... (u.a. Recht auf Arbeit für ältere Menschen)
- Alter als Diskriminierungsmerkmal im Völkerrecht: Unklar, ob nur «Alte» oder auch «Junge» geschützt sind

Verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote nach BV 8 II



Vertragsfreiheit als Schranke des Diskriminierungsverbotes?

- Vertragsfreiheit = Bestandteil der Privatautonomie
- Hoher Stellenwert in Lehre und Praxis
- Schutz durch die Verfassung (Art. 27 BV, Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit, Bedingung für die Wahrnehmung anderer Grundrechte wie z.B. die Eigentumsfreiheit)
- Schutzbereich: Arbeitsvertragliche Vertragsfreiheit gewährt Arbeitgebern Schutz vor staatlichen Diskriminierungsverboten und Gleichstellungsaufgaben
- Einschränkungen (BV 36): Gesetz, öffentliches Interesse oder überwiegendes Privatinteresse/Schutz der Grundrechte Dritter, Verhältnismässigkeit, Kerngehalt



BGE 129 III 276,

E., 3.1:

Soweit eine vertragliche Regelung vorliegt, ist vom Grundsatz der Vertragsfreiheit als einem der tragenden Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten auszugehen (...) Mit Bezug auf den vereinbarten Vertragsinhalt sind danach beliebige Differenzierungen zwischen den einzelnen Arbeitnehmenden erlaubt (...)

... Einschränkungen und Vorbehalte gegenüber einer Ungleichbehandlung von Angestellten des gleichen Arbeitgebers (...). Solche Einschränkungen lassen sich aber stets nur sehr punktuell rechtfertigen (...). Es gehört zum Wesen der privatautonomen Vertragsfreiheit, selber zu bestimmen, welche Motive als "sachgemäss" anzusehen sind.

Zwischenbemerkung

Diskriminierungsschutz und Privatautonomie/Vertragsfreiheit:
Gegenspieler oder Partner?

Menschenwürde

Privatautonomie
Vertragsfreiheit

Diskriminierungsschutz

Weder Vertragsfreiheit noch
Diskriminierungsschutz sind
„naturegeben“

Gesetzlicher Schutz vor Altersdiskriminierung

Gleichstellungsgesetz GIG

- verbietet «nur» die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Umstritten: Alter + Geschlecht)

Arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Art. 328 OR und Art. 6 ArG

- schützt vor Diskriminierung wegen des Alters im Arbeitsverhältnis (keine Vorwirkung auf die Bewerbungsphase)
- bildet Grundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

Sachlicher Kündigungsschutz, Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

- Schutz vor Entlassung aus persönlichkeitsnahen Gründen wie dem Alter, ohne dass eine Rechtfertigung vorliegt
- Erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber Arbeitnehmer/innen mit langer Betriebszugehörigkeit (Bei Verletzung Missbräuchlichkeit der Kündigung)

Allgemeiner zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Art. 28 ZGB

- «Reduktion» einer Person auf ihr Alter: (keine) Persönlichkeitsverletzung?

Ausserhalb des GIG:

- keine Verfahrenserleichterungen, keine Pönalentschädigungen

Gesetzlicher Schutz vor Altersdiskriminierung

Gleichstellungsgesetz GIG

- verbietet «nur» die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (Umstritten: Alter + Geschlecht)

Arbeitsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Art. 328 OR und Art. 6 ArG

- schützt vor Diskriminierung wegen des Alters im Arbeitsverhältnis (keine Vorwirkung auf die Bewerbungsphase)
- bildet Grundlage des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz

Sachlicher Kündigungsschutz, Art. 336 Abs. 1 lit. a OR

- Schutz vor Entlassung aus persönlichkeitsnahen Gründen wie dem Alter, ohne dass eine Rechtfertigung vorliegt
- Erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber Arbeitnehmer/innen mit langer Betriebszugehörigkeit (Bei Verletzung Missbräuchlichkeit der Kündigung)

Allgemeiner zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Art. 28 ZGB

- «Reduktion» einer Person auf ihr Alter: (keine) Persönlichkeitsverletzung?

Ausserhalb des GIG:

- keine Verfahrenserleichterungen, keine Pönalentschädigungen

Exkurs: Schutz vor Altersdiskriminierung in den USA und in der EU bzw. den EU-Mitgliedstaaten

USA, ADEA: Age Discrimination in Employment Act

- Vor direkter und indirekter Altersdiskriminierung geschützt sind (nur) Arbeitnehmende ü40ig
- Verbot der Kündigung oder Nichtanstellung wegen des Alters
- Verbot, einen Arbeitnehmer allein wegen seines Alters zu benachteiligen (Entgelt, Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, Arbeitsbedingungen oder Vergünstigungen)
- Altersabhängige Stellenausschreibungen sind verboten
- Rechtfertigungsgründe für altersspezifische Ungleichbehandlung: u.a. objektive berufliche Anforderungen
- Rechtsfolgen: Hohe Entschädigungen, auch Wiedereinstellungen, Verhaltensvorschriften an Arbeitgeber (ADEA = öffentliche Interessen)

Europäische Union

- Teilweise Adaption des Konzeptes des US-Anti-Diskriminierungsrechts
- Geschütztes Merkmal: Lebensalter
- Rahmenrichtlinie 2000/78/EG: Umfassendes arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot u.a. aufgrund des Alters (= Umsetzung in Mitgliedstaaten)

Diskriminierungsverbot wegen des Alters (RL 2000/78/EG)

Erlaubt:

1. Ungleichbehandlung wegen des Alters, die einem nach Art. 6 RL 2000/78/EG zulässigen Ziel dient.
Solche Ziele sind:
 - Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung
 - Die Mittel zur Erreichung dieser Ziele müssen verhältnismässig sein
2. Ungleichbehandlung wegen des Alters, wenn das Alter eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. (Art. 4 RL 2000/78/EG)

Verboten:

Ungleichbehandlung wegen des Alters, ohne dass 1. oder 2. vorliegt

Rechtsprechung des EuGH zur Altersdiskriminierung nach RI 2000/78/EG

Seit 2005 gibt es heute zahlreiche EuGH-Urteile

Themen (u.a.):

Altersgrenzen für Pensionierungen, z.B.

- Kollektivvertrag mit zwingendem Rücktrittsalter 60ig für Piloten ist diskriminierend
- Rücktrittsalter 65ig für Piloten ist eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund des Alters

Höchstalter für den Eintritt in bestimmte Berufe

- 30ig Jahre für den Feuerwehrdienst im Bundesland Hessen ist gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund des Alters
- 35ig Jahre für den Polizeidienst im Baskenland ist ebenfalls gerechtfertigte Ungleichbehandlung
- 30ig Jahre für den Polizeidienst in der Region Asturien ist diskriminierend (unverhältnismässig)

Besoldungssysteme, z.B.

- Nichtberücksichtigung von Dienstjahren unter 18 bzw. 25ig für Fragen des Kündigungsschutzes und der Lohnhöhe ist diskriminierend

Inhaltsübersicht

I) Situation älterer Arbeitnehmer/innen

II) Grundsätzliches zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters

III) Schutz älterer Arbeitnehmer/innen im «Lebenszyklus» eines Arbeitsverhältnisses

IV) Fazit

III) Bewerbung / Anstellung

Praxis: Ungleichbehandlung aufgrund des Alters ist “Standard”

Gerichtsfälle? Fast keine ...

Obergericht Zürich, LA 150046, 23.11.2015

- Bewerbung eines 51igjährigen Mannes als Finanzbuchhalter
- Absage mit dem Hinweis, man suche eine Person die maximal 40igjährig ist
- Arbeitsgericht und Obergericht lehnen Klage ab
- Die Nichtberücksichtigung sei (u.a.) keine Persönlichkeitsverletzung

Gründe für die fehlende Gerichtspraxis

Fehlender gesetzlicher Diskriminierungsschutz aufgrund des Alters bei der Anstellung

Vergleich mit Gleichstellungsgesetz (Geschlecht):

- Anstellungsdiskriminierungsfälle, siehe www.gleichstellungsgesetz.ch

EU/USA:

- Zahlreiche Fälle wegen Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Alters
- Z.B. Lufthansa muss Schadensersatz wegen Altersdiskriminierung zahlen – Arbeitsgericht Frankfurt, Az. 11 Ca 8952/06

Ungleichbehandlung während des Arbeitsverhältnisses (Vertrag / Arbeitgeberin)

Praxis

- vertraglich vereinbarte Ungleichbehandlung aufgrund des Alters bei Lohn- und Arbeitsbedingungen
- Ungleichbehandlung bei freiwilligen Leistungen und bei der Ausübung des Weisungsrechts

Rechtslage

- Vertragsfreiheit und ihre Schranken (Art. 19/20 OR)
- Fürsorgepflicht / Persönlichkeitsschutz, Art. 328 OR, Art. 6 Arbeitsgesetz (im Ergebnis: Diskriminierungsschutz aufgrund des Alters)
- Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz

Gerichtsentscheide

- Keine (privatrechtlichen) Fälle zu Lohnunterschieden aufgrund des Alters
- Fürsorgepflichtverletzungen: Relevant bei Kündigungen

Auflösung des Arbeitsverhältnisses / Kündigung

Praxis

- Entlassung älterer Arbeitnehmer/innen wegen ihres Alters
- «Zwangspensionierungen» im Sinne Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des gesetzlichen Pensionsalters üblich, zum Teil auf der Grundlage von GAV's vorher)

Rechtslage

- Koalitionsfreiheit, Vertragsfreiheit einschliesslich Kündigungsfreiheit
- Schutz vor missbräuchlicher Kündigung, Art. 336 Abs. 1 lit. a OR
 - Alter ist Teil unserer Persönlichkeit
 - Rechtfertigungsprüfung (Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, Beeinträchtigung Zusammenarbeit)
 - Verletzung der Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden (Bger)
 - Verletzung Gebot der schonenden Rechtausübung (Bger)

Gerichtsentscheide

- Tendenz der Gerichte zu erhöhter Fürsorgepflicht gegenüber älteren Arbeitnehmenden mit vielen Dienstjahren (Details nächste Folie)
- Kündigung wegen Erreichen Pensionierungsalter nicht missbräuchlich (Bger 4A_399/2013 vom 17.2.2014)

Pensionierung im Gefängnis: BGE 139 I 180

Sachverhalt:

Ein Insasse verlangte eine Befreiung von der Arbeitspflicht im Vollzug mit Hinweis auf Erreichung des 65igsten Altersjahr

Bundesgericht lehnt dies ab, Begründung in Erwägung 1.8:

- Das Rechtsinstitut der Altersrente ist nicht in das Vollzugssystem übertragbar, da die Arbeit im Vollzug nicht dazu dient, den Lebensunterhalt zu bestreiten. Angesichts ihres Zwecks ist die Arbeitspflicht im Vollzug altersunabhängig

Bundesgerichtsentscheide zu missbräuchlichen Entlassungen älterer Arbeitnehmer

- BGE 132 III 115 (Entlassung eines 63 Jährigen nach 44 Dienstjahren ohne Vorgespräch ist missbräuchlich)
- Bger 4A_72/2008 vom 2.4.2008 (Entlassung eines 57Jährigen nach 33 Dienstjahren aus wirtschaftlichen Gründen nicht missbräuchlich)
- Bger 4A_419/2008 vom 29.1.2008 (Entlassung eines 56 Jährigen nach 27 Dienstjahren nicht missbräuchlich)
- Bger 4A_558/2012 vom 18.2.2013 (Entlassung eines 64 Jährigen mit 12 Dienstjahren missbräuchlich trotz abnehmender Arbeitsmotivation),
- Bger 4A_384/2014 vom 12.11. 2014 (Entlassung eines 59igjährigen mit 11 bzw. 35 Dienstjahren trotz ungenügender Leistung missbräuchlich, vorgängige Verwarnung blieb aus) siehe nächste Folie

Bger 4A_384/2014

Sachverhalt

- B. war während 35 Jahren grundsätzlich zufriedenstellend und loyal als Key-Account-Manager für A. tätig.
- 2007: Burn-out von B., Bemühungen der A., B. wieder im Unternehmen zu integrieren.
- B. konnte ohne Lohnkürzung gewisse Führungsaufgaben abgeben.
- 2010 zeichnete sich zweiter Erschöpfungszustand ab: A. richtete entgegen ihrer Betriebsübung ein Home-Office für B. ein.
- Zur Verbesserung des Arbeitsklimas fanden verschiedene Gespräche und Teamveranstaltungen statt und wurde ein "act of commitment" vereinbart. B. wurde zudem ein Mitarbeiter zur Seite gestellt, der bei EDV-Problemen behilflich sein sollte.
- Da trotz dieser Massnahmen nicht alle Konflikte ausgeräumt werden konnten und die Arbeitsleistungen nicht gut waren, stellte A. am **11. Februar 2010** die Kündigung in Aussicht.
- Am **16. Februar 2010** kündigte sie das Arbeitsverhältnis und stellte den Arbeitnehmer bis zum Ende der sechsmonatigen Kündigungsfrist per sofort frei.

Aus dem Entscheid des Bger:

- Es ist zwar anzuerkennen, dass die AG nicht untätig geblieben war und aktiv versucht hatte, die Konflikte zu beheben und das Stresspotenzial zu verringern (E. 5.2).
- Die Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR sei jedoch bei älteren Arbeitnehmern mit langer Beschäftigungsdauer erweitert (E. 4.2.1 und 4.2.2).
- Die AG habe nie klar signalisiert, dass für sie die gerügten Mängel einen Schweregrad aufweisen würden, der bei Nichtbehebung eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen würde.
- Vor der Kündigung wäre die Arbeitgeberin daher gehalten gewesen, den Arbeitnehmer in einem Gespräch nachdrücklich auf die Folgen seiner Unterlassungen hinzuweisen und ihm mit Fristansetzung und Zielvereinbarung eine letzte Chance einzuräumen, seiner Arbeitspflicht in genügendem Masse nachzukommen (E. 5.2).
- Eine solche Verwarnungspflicht fliesse aus der erweiterten Fürsorgepflicht und dem Grundsatz der schonenden Rechtsausübung (E. 5.2).

Inhaltsübersicht

- I) Ausgangslage (Diskriminierungsvorkommen, juristische Fragestellung)

- II) Grundsätzliches zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot aufgrund des Alters

- III) Schutz älterer Arbeitnehmer/innen im «Lebenszyklus» eines Arbeitsverhältnisses

- IV) Fazit

IV) Fazit

Faktische Benachteiligung älterer Arbeitnehmenden beim Zugang zu Stellen und bei Entlassungen

Erhebliche Konsequenzen für die Betroffenen bei Stellenverlust im fortgeschrittenen Alter (Schmälerung der Altersleistungen)

Pensionierungen nicht immer freiwillig, Zwangsruhestand (nicht im Gefängnis...)

Würdigung des heutigen rechtlichen Schutzes:

- Praktische kein Schutz vor Anstellungsdiskriminierung (Gerichte könnten mutiger sein)
- Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmende durch Rechtsfortbildung (Privilegierung älterer Arbeitnehmenden diskriminierend?)
- Gesetzliche Regelung sinnvoll (verstärkter Kündigungsschutz ohne Schutz vor Anstellungsdiskriminierung wenig sinnvoll)

Avenir50plus – Frau Heidi Joos

Frau Joos ist Geschäftsführerin des Verbandes Avenir50plus. Ebenfalls ist sie Coach BSO (Berufsverband für Coaching, Supervision und Organisationsentwicklung) und Trainerin SVEB (Schweizerischer Verband für Weiterbildung).

Der Verband Avenir50plus vertritt die Interessen von Erwerbslosen, Ausgesteuerten, Sozialhilfeempfangenden und von Altersdiskriminierung Betroffenen auf politischen, sozial- und arbeitsmarktbehördlichen, arbeitgebenden und diversen anderen Ebenen.

Aktuell setzt sich Avenir50plus gegen die Annahme des Gesetzes zur Überwachung von Versicherten ein.

Weiterführende Informationen: <http://avenir50plus.ch/>

Apéro

Wir freuen uns, Sie nun zum Apéro **im Foyer** begrüßen zu dürfen.

Nächste Veranstaltung

Die nächste Veranstaltung der Reihe «Austausch Wissenschaft und Praxis» findet am **4.Dezember 2019** statt. Nähere Informationen folgen zeitnah.