

# **CH\_VB <td class="metadataCell">150000122</td> vom 3. Dezember 2008**

Bundesverwaltung, 2008-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_\\_td\\_class\\_\\_metadataCell\\_\\_150000122\\_\\_td\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb__td_class__metadataCell__150000122__td_)

FR: CH\_VB <td class="metadataCell">150000122</td> du 3 décembre 2008

IT: CH\_VB <td class="metadataCell">150000122</td> del 3 dicembre 2008

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ausgangslage

### **E. 2**

Das Verbot der Altersdiskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV

#### **E. 2.1**

Das Verbot der Altersdiskriminierung als Teilgehalt des Diskriminierungsverbots nach Art. 8 Abs. 2 BV

##### **E. 2.1.1**

Bedeutung und Inhalt des Diskriminierungsverbots Art. 8 Abs. 2 BV verankert das Diskriminierungsverbot. Diese Bestimmung zählt einige Kriterien beispielhaft auf, die als rechtliche Unterscheidungskriterien unzulässig sind. Gemäss dieser Bestimmung darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Diese Norm gibt in angepasster Form den Inhalt von Art. 4 Abs. 1 zweiter Satz aBV wieder.<sup>10</sup> Eine Diskriminierung liegt vor, «wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder sonst als minderwertig behandelt wurde. [...] Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht.»<sup>11</sup>

Mit dem Bundesgericht und der herrschenden Lehre ist auch der Verfasser der Ansicht, dass Art. 8 Abs. 2 BV über den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 BV hinausgeht,<sup>12</sup> wonach das Diskriminierungsverbot nicht «bloss» die negative Formulierung des Gleichbehandlungsgebots darstellt, sondern es ist als besonders qualifizierte Kategorie von Ungleichheit zu verstehen, das eines besonderen Schutzes bedarf.<sup>13, 14</sup> Dies muss zur Folge haben, dass eine ungleiche Behandlung in diesen Bereichen «einer

##### **E. 2.1.2**

Persönlicher Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots Das Diskriminierungsverbot untersagt Angriffe auf die Wertschätzung aller Menschen, mithin auch auf Angehörige von

Gruppen, die bisher nicht benachteiligt worden sind.<sup>21</sup> Es gilt aber kein absolutes Anknüpfungsverbot. So erachtet das Bundesgericht eine Ungleichbehandlung, die an ein verpöntes Merkmal anknüpft als suspekt, aber unter der Voraussetzung einer qualifizierten Rechtfertigung als zulässig.<sup>22</sup> Damit folgt das Bundesgericht weder dem Konzept des Anknüpfungs- noch des Benachteiligungsverbots, sondern verfolgt eine vermittelnde Position.<sup>23, 24</sup>

## **E. 2.2**

### **Altersdiskriminierungsverbot**

#### **E. 2.2.1**

Werdegang In Art. 8 Abs. 2 BV ist u.a. als verpöntes Merkmal, das als rechtliches Unterscheidungskriterium unzulässig ist, auch das Alter aufgeführt. Dieses Kriterium war im Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates von 1995 noch nicht enthalten. Die explizite Erwähnung des Alters wurde in der Vernehmlassung

#### **E. 2.2.2**

Begriff der Altersdiskriminierung Art. 8 Abs. 2 BV statuiert ein ausdrückliches Verbot der Altersdiskriminierung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt eine Diskriminierung dann vor, wenn eine Person allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe rechtsungleich behandelt wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht.<sup>29</sup> Die Konturen des Altersdiskriminierungsverbotes sind im Grundsatz noch wenig herausgearbeitet worden.<sup>30</sup> Die bisherigen Ausführungen bezogen sich insbesondere auf Altersbeschränkungen für öffentliche Ämter.<sup>31</sup>

Das Diskriminierungsverbot wegen des Alters schliesst eine Ungleichbehandlung nicht in jedem Fall aus. Ungleichbehandlungen, die an das Kriterium des Alters anknüpfen, erfordern jedoch eine qualifizierte Rechtfertigung und dürfen nicht einfach auf das Unterscheidungsmerkmal oder die Eigenschaft abstellen, die die diskriminierte Gruppe definiert.<sup>32</sup>

Das Bundesgericht sowie die wohl herrschende Lehre gehen dabei davon aus, dass in Bezug auf das Alter – gegenüber dem allgemeinen Gleichheitsgebot – keine wesentlich höheren Anforderungen an die Rechtfertigung einer allfälligen (diskriminierenden) Ungleichbehandlung gelten.<sup>33</sup> Damit liegt der geforderte Grad der Rechtfertigung wohl zwischen demjenigen der bei einem fraglichen Eingriff in den allgemeinen Rechtsgleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV und demjenigen der bei Eingriffen in die nach Art. 8 Abs. 2 BV als besonders schützenswert zu betrachtenden Merkmale (Rasse, Geschlecht, Religion), bei denen ein grundsätzliches Anknüpfungsverbot herrscht, gilt.<sup>34</sup> Oder wie Waldmann treffend formuliert: «Mit Bezug auf den für Differenzierungen nach dem Alter anzuwendenden Prüfungsstandard hat die neue Bundesverfassung also eine materielle Neuerung geschaffen, indem solche Ungleichbehandlungen neu einer qualifizierten Begründungspflicht unterliegen.»<sup>35</sup>

#### **E. 2.2.3**

Persönlicher Geltungsbereich der Altersdiskriminierung Die Frage, wer sich auf den Schutz des Alters berufen kann, ist in der Lehre bisher nicht eindeutig geklärt. Nach der einen Ansicht bezweckt die Erwähnung des Alterskriteriums in Art. 8 Abs. 2 BV den Schutz der Jungen und Alten.<sup>39</sup> Diese Auffassung wird mit Verweis auf die parlamentarischen Beratungen begründet. Nach einer anderen Ansicht können sich alle Personen, gleich welchen Alters, auf das Verbot der Altersdiskriminierung berufen.<sup>40</sup>

Aus dem Verlauf der parlamentarischen Beratungen kann indessen nicht geschlossen werden, dass die Altersdiskriminierung auf Kinder und Jugendliche einerseits und Alte andererseits eingeschränkt werden sollte. Diese Alterskategorien wurden im Ständerat nicht erwähnt<sup>41</sup> und im Nationalrat nur beispielhaft angesprochen um zu illustrieren, dass der Begriff des Alters verschiedene Altersbereiche umfasse.<sup>42</sup> Auch aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 BV, der vom Alter schlechthin spricht, kann nicht auf eine Eingrenzung auf bestimmte Altersgruppen geschlossen werden,<sup>43</sup> zumal die Verfassung spezielle Bestimmungen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen<sup>44</sup> oder von älteren Menschen<sup>45</sup> kennt.<sup>46</sup> Der Verfasser des vorliegenden Gutachtens vertritt daher die Ansicht, dass sich nicht nur spezifische Personengruppen, sondern Personen jeglichen Alters auf das Verbot der Altersdiskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV berufen können.<sup>47</sup> Das Verbot schützt daher nicht nur Ältere vor der Benachteiligung

### **E. 3**

Sind die altersspezifischen Lohngarantien nach Art. 52a Abs. 2 BPV mit dem Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar?

#### **E. 3.1**

Quantitative Auswirkungen

Die Regelung in Art. 52a Abs. 2 BPV knüpft an das Alter eine besondere Rechtsfolge: Hat die betroffene Person im Zeitpunkt der Neubewertung ihrer Funktion das 55. Altersjahr zurückgelegt, wird bei einer Tieferbewertung der bisherige massgebende Jahreslohn nicht dem der neuen Funktion entsprechenden Jahreslohn angepasst. Die Übergangsfrist von zwei Jahren, wie sie für die übrigen Bundesangestellten gilt, findet keine Anwendung.

Das hat zur Folge, dass spätestens nach zwei Jahren vergleichbare Arbeit unterschiedlich entlohnt wird. Nach dem Sozialplan für die Bundesverwaltung gilt eine Tieferbewertung von bis zu drei Lohnklassen als zumutbar. Vergleicht man die in Art. 36 BPV enthaltenen Höchstbeträge der Lohnklassen, wird die Grösse der Unterschiede deutlich. Der Unterschied bei einer Rückstufung um drei Lohnklassen beträgt zwischen 11 Prozent bei den unteren,<sup>53</sup> 13 Prozent bei den mittleren,<sup>54</sup> 15 Prozent bei den hohen<sup>55</sup> und durchschnittlich 23 Prozent bei den höchsten Lohnklassen.<sup>56</sup> Im Laufe der Zeit kann dann eine gewisse Angleichung der Löhne erfolgen, indem denjenigen Bundesangestellten, die von dieser Lohngarantie profitieren konnten, kein Teuerungsausgleich ausgerichtet wird und sie auch von einer Lohnentwicklung nach Art. 39 BPV ausgenommen sind.

#### **E. 3.2**

Zeitliche Auswirkungen

Die in Art. 52a Abs. 2 BPV vorgesehene Regelung ist nicht auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt, sondern wirkt sich auch rentenmässig über das Ausscheiden aus dem Bundesdienst hinaus aus: Ein Verzicht auf die lohnmassige Anpassung an die neue, tiefere Funktion bedeutet, dass damit auch die spätere

Rentenleistung nicht betroffen wird, sondern im bisherigen Umfang bestehen bleibt. Hingegen führen Lohnrückstufungen als Folge der Tieferbewertung von Funktionen zu einer weniger hohen Rentenleistung, solange das Leistungsprimat gilt, wonach die Altersrente als Prozentsatz des letzten versicherten Lohnes festgelegt wird.<sup>57</sup> Nach der Einführung des Beitragsprimates werden sich die Renten künftig nach den geleisteten Arbeitgeber- und Arbeitnehmer-Beiträgen richten. Damit hat diese Lohngarantie auch unter der Herrschaft des Beitragsprimats über die Pensionierung hinaus, bis ans Lebensende, ihre Wirkung, indem die Rente wegen des höheren Lohnes grösser ausfallen wird.<sup>58</sup> Die Besoldungsdifferenz als Folge der Regelung in Art. 52a Abs. 2 BPV perpetuiert sich rentenmässig also auch nach dem Ausscheiden aus dem Bundesdienst und ist daher von weitreichender zeitlicher Bedeutung.

### E. 3.3

#### Vorliegen einer Diskriminierung

Damit verletzt Art. 52a Abs. 2 BPV das Verbot der Altersdiskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV, indem eine Regelung ausschliesslich an ein verpöntes Merkmal anknüpft mit unterschiedlichen Rechtsfolgen. Dadurch werden die über 55-jährigen privilegiert, und gleichzeitig sämtliche jüngeren Angestellten diskriminiert.<sup>59</sup> Nachfolgend gilt es nun zu prüfen, ob sich diese Regelung auf Rechtfertigungsgründe abstützen kann. Zuerst muss aber die Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage geklärt werden.

Die Frage, ob es sich bei der fraglichen Norm um eine Fördermassnahme<sup>60</sup> handelt, kann bereits an dieser Stelle verneint werden. Solche Massnahmen bezwecken die Beseitigung der Ungleichbehandlung faktisch diskriminierter Gruppen, mithin zur Herstellung auch tatsächlicher Nichtdiskriminierung. Liegt aber gerade keine Schlechterstellung vor, erweisen sich solche Massnahmen eo ipso als unzulässig. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Gruppe der über 55-jährigen in der Bundesverwaltung diskriminiert würde,<sup>61</sup> müssten sich solche Massnahmen am gleichen Rechtfertigungsmassstab messen lassen, wie dies nachfolgend für die festgestellte Altersdiskriminierung durchgeführt wird, führt doch eine Privilegierung oder eben Fördermassnahme einer Altersgruppe zwangsläufig auf der anderen Seite zu einer Diskriminierung einer anderen Altersgruppe. Am Resultat würde sich also nichts ändern.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Zum Abschluss der Wintersession wurde am 20.12.2006 das Bundesgesetz über die Pensionskasse des Bundes (Publica-Gesetz) sowie Änderungen des Bundesgesetzes über die Pensionskasse des Bundes (PKB-Gesetz) gutgeheissen. Damit wird mutmasslich im Verlaufe des Jahres 2008 der Primatwechsel eingeführt werden

(<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00609/00648/index.html?lang=de>).

<sup>58</sup> Dies wird noch dadurch verstärkt, indem Art. 25 Publica-Gesetz für alle aktiven Versicherten, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes das 55., aber noch nicht das 65. Altersjahr vollendet haben, eine statische Besitzstandsgarantie vorsieht. D.h., die beim Zeitpunkt des Primatwechsels über 55-jährigen Versicherten kommen in den Genuss einer statischen, frankenmässig festgelegten Leistungsgarantie von 95 Prozent der Ansprüche, die sie nach geltendem Recht mit dem vollendeten 62. Altersjahr beanspruchen könnten. Stichtag dieser Besitzstandsgarantie bildet die Überführung der Versicherten in das Beitragsprimat. Ist der bei der Pensionierung nach den neuen Bestimmungen errechnete Anspruch höher als der festgelegte Garantieanspruch, wird die Rente nach neuem Recht ausgerichtet. <sup>59</sup> «Die Diskriminierung muss sich nicht gezielt und direkt gegen Angehörige

bestimmter Personengruppen richten. Sie kann sich auch daraus ergeben, dass andere wegen einer persönlichen Eigenschaft bevorzugt werden [...]. Auch durch eine Privilegierung in Anknüpfung an ein verpöntes persönliches Merkmal wird unmittelbar diskriminiert, nämlich durch direkte Benachteiligung der Nichtprivilegierten.» (Hangartner, Diskriminierung, S. 106). 60 Sog. affirmative action. 61 Was aber ernsthaft kaum jemand behaupten wird. 62 Führt hingegen eine Fördermassnahme nicht gleichzeitig zu einer Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV, genügt zur Rechtfertigung der entsprechende Massstab, der für das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 400

### **E. 3.4**

Zur Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage

Ob altersspezifische Lohngarantien in einem formellen Gesetz oder auch unterhalb desselben auf Verordnungsebene statuiert werden dürfen, hängt vom Kriterium der Wichtigkeit ab: Nach Art. 164 Abs. 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form der Bundesgesetzgebung zu erlassen.<sup>63</sup> Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte oder über die Rechte und Pflichten von Personen. Diese Rechtsetzungsbefugnisse dürfen nicht delegiert werden, sondern sind dem Gesetzgeber vorbehalten (Art. 164 Abs. 2 BV).<sup>64</sup>

Art. 52a Abs. 2 BPV führt zu einer Einschränkung der Rechtsgleichheitsgarantie und des Diskriminierungsverbots. Die wirtschaftlichen Folgen für die benachteiligten Altersgruppen sind erheblich und ihre Rechtsstellung wird daher sowohl in quantitativer als auch in zeitlicher Hinsicht stark betroffen. Es handelt sich somit um eine wichtige Bestimmung im Sinne des Art. 164 Abs. 1 BV, die in einem Bundesgesetz hätte erlassen werden müssen.<sup>65</sup>

Auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin kann das Bundesgericht<sup>66</sup> Verordnungen des Bundesrats vorfrageweise auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit prüfen. Bei unselbständigen Verordnungen, die sich auf eine gesetzliche Delegation stützen, prüft es, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, befindet das Gericht auch über die Verfassungsmässigkeit der unselbständigen Verordnung.<sup>67</sup>

Art. 15 Abs. 1 BPG bestimmt die Kriterien, nach denen der Lohn der Bundesangestellten festzusetzen ist (Funktion, Erfahrung und Leistung). Es handelt sich um eine Grundsatzbestimmung, die keine detaillierte Lohnregelung enthält. Die Grundsätze der Lohnfestlegung werden an den Bundesrat zur Regelung in den Ausführungsbestimmungen delegiert.<sup>68</sup> Die Beachtung des Gebotes der Rechtsgleichheit bleibt aber vorbehalten, wie der Bundesrat in seiner Botschaft ausdrücklich feststellte.<sup>69</sup> Das Gesetz selber ermächtigt den Bundesrat nicht explizit zur Abweichung von den verfassungsrechtlichen Geboten der Rechtsgleichheit und des Diskriminierungsverbots.<sup>70</sup> Art. 52a Abs. 2 BPV sprengt demnach den Rahmen der dem Bundesrat durch das BPG delegierten Kompetenzen.

Damit fehlt es der Bestimmung von Art. 52a Abs. 2 BPV an einer genügenden gesetzlichen Grundlage, und sie darf demgemäss mit Blick auf das Diskriminierungsverbot nicht angewendet werden. Nachfolgend soll trotzdem geprüft werden, ob allenfalls ausreichende

Rechtfertigungsgründe vorliegen. Dies für den Fall, dass den vorstehenden Ausführungen nicht gefolgt würde.

Abs. 1 BV) gilt, womit keine qualifizierte Begründung erforderlich ist, sondern lediglich sachliche Gründe reichen aus. Vgl. Kälin, S. 112; Hangartner, Diskriminierung, S. 115 f.; Schweizer, Rz. 60. 63 Sog. materieller Gesetzesbegriff; vgl. Säegger, S. 290, Rz. 444. 64 Säegger, S. 296 f., Rz. 483 ff. 65 Vgl. dazu Hangartner, Bemerkungen zu BGE 131 II 361, S. 1416 f; BGE 131 II 361 E. 7.4 S. 385 ff. 66 Aber auch jede andere Gerichtsinstanz ist zur Beachtung der BV und insbesondere zur Verwirklichung der Grundrechte verpflichtet (Art. 5, 35 und 191 BV). So gesehen ist der Entscheid der PRK vom 7. September 2006 [PRK 2006-014] sehr problematisch, da er sich mit der Verfassungsmässigkeit von Art. 52a Abs. 2 BPV nicht auseinandersetzt, und diese Bestimmung unbesehen anwendet. 67 BGE 131 II 13 E. 6.1 S. 25 f. 68 Art. 15 Abs. 3 i.V.m. Art. 37 Abs. 1 BPG. 69 Botschaft zum BPG, S. 1617. 70 Im Unterschied dazu ermächtigte etwa Art. 31a Abs. 4 lit. a aLwG den Bundesrat ausdrücklich dazu, eine Altersgrenze betr. der Ausrichtung von Direktzahlungen in der Landwirtschaft einzuführen; vgl. dazu BGer 2A.346/2002 Urteil vom 03. Dezember 2002. E. 2.2, der sich zu Art. 8 Abs. 2 BV gar nicht geäußert hat. An diese Entscheidung ist das Bundesgericht in Anwendung von Art. 191 BV gebunden (vgl. BGer, E. 2.5.2). Gemäss LwG vom 29. April 1998, i.K. seit 1. Januar 1999, muss der Bundesrat für den Bezug von allgemeinen Direktzahlungen als auch von Ökobeiträgen u.a. eine Altersgrenze bestimmen.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 401

### **E. 3.5**

#### Rechtfertigungsgründe

Art. 52a Abs. 2 BPV selber enthält keinen Hinweis auf das Ziel, das mit der Sonderregelung für die über 55-jährigen erreicht werden soll. Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung lässt vermuten, dass die frühere Regelung in Ziff. 8 Abs. 2 des Sozialplanes für die Bundesverwaltung, wonach bei Angestellten die Rückstufung nicht vollzogen wird, wenn sie das 57. Altersjahr vollendet haben, auf die Verordnungsebene heraufgestuft werden sollte. Das erlaubt die Gewährleistung der nominellen Lohngarantie nicht nur bei Umstrukturierungen und Reorganisationen, die den Abbau von Arbeitsplätzen vorsehen, sondern auch in anderen Fällen. Die Heraufstufung lässt damit vermuten, dass es dem Verordnungsgeber primär darum ging, den älteren Angestellten generell eine Lohngarantie zu gewähren. Ob man dies als sozialen Grund bezeichnen mag, erscheint allerdings fraglich. Wäre die Lohngarantie für die untersten Lohnklassen normiert worden, oder degressiv zu deren Gunsten, hätte man mit Fug und Recht von sozialen Gründen sprechen können. In casu liegt aber einfach eine einseitige pauschale Begünstigung der älteren Angestellten vor.

Mit der Einführung des Bundespersonalgesetzes<sup>71</sup> sollte das bisher detailliert und starr festgeschriebene Lohnsystem durch verstärkte Leistungsentlohnung und Marktorientierung abgelöst werden.<sup>72</sup> Das BPG schliesst im Rahmen der verfassungsrechtlichen Garantie der Rechtsgleichheit die Berücksichtigung sozialer Gründe bei der Lohnfestlegung aber nicht aus. Das Lohnsystem des Bundes berücksichtigt daher nicht nur die Grundsätze der Anforderungs- und der Leistungsgerechtigkeit, sondern auch jenen der Sozialgerechtigkeit.<sup>73</sup>

Soziale Gründe vermögen indessen nur dann eine Altersdiskriminierung zu rechtfertigen, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und das Gebot der Verhältnismässigkeit beachten.<sup>74</sup> Dies gilt ganz grundsätz- lich für alle Rechtfertigungsgründe.<sup>75</sup>

71 Vom 24. März 2000 (BPG), SR 172.220.1. 72 Botschaft des Bundesrates vom 14. Dezember 1998 zum neuen Bundespersonalgesetz, BBl 1999 1597, hier 1616. 73 Botschaft des Bundesrates vom 14. Dezember 1998 zum neuen Bundespersonalgesetz, BBl 1999 1597, hier 1616 f. In der Botschaft zum Bundespersonalgesetz vom 14. Dezember 1998 wird ausgeführt, dass das bisher detailliert und starr festgeschriebene Lohnsystem mit der Einführung des BPG durch verstärkte Leistungs- löhnung und Marktorientierung abgelöst werden soll. Dabei soll der Lohn nach den Kriterien Funktion, Erfa- hrung und Leistung festgesetzt werden. Damit erfülle das BPG die grundsätzlichen Anforderungen an ein Lohnsystem: Anforderungsgerechtigkeit, Sozialgerechtigkeit und Leistungsgerechtigkeit. Die Ausführungsbestim- mungen sollen die einzelne Gewichtung vornehmen sowie insbesondere den Höchstlohn sowie den Mindes- tanteil des Funktionslohnes regeln und damit die gesetzliche Normierung konkretisieren. Der variable Leistung- santeil soll dabei gegenüber dem Erfahrungsanteil und auf Kosten der Automatismen deutlich ausgebaut wer- den. Ausserdem soll sich der Lohn auch nach dem Markt richten. Weiter wird noch explizite auf den Art. 4 aBV hingewiesen, der für den Bundesgesetzgeber zu beachten sei. 74 Schmidt, S. 249; Schweizer, Rz. 55, fordert grundsätzlich im Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 2 BV legitime öffentliche Interessen und eine Verhältnismässigkeitsprüfung. Die Altersdiskriminierung beurteilt er als einfa- cher zu rechtfertigen, als andere Diskriminierungstatbestände (wie Rasse, Geschlecht, Religion), Rz. 54; ähn- lich Hangartner, Altersgrenzen, S. 342. 75 Dabei muss geprüft werden, «ob die Differenzierung einem diskriminierungsfreien Ziel entspricht und ob ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Differenzierungsziel und dem verwendeten Differenzierungskriterium besteht» (Waldmann, Jusletter, Rz. 33). «Dieses Prüfungsprogramm läuft im Ergebnis auf die Anwendung ei- ner - freilich auf die Struktur der Rechtsgleichheit zugeschnittenen - Verhältnismässigkeitsprüfung hinaus, wie sie namentlich auch in der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK geläufig ist.» (Waldmann, Jusletter, Fn 32). In diesem Zusammenhang muss betont werden, dass diese qualifizierte Begründungspflicht es verbie- tet, «für die Beurteilung der Zulässigkeit von Differenzierungen auf in der gesamten Rechts- und Staatsordnung zum Ausdruck kommende Gerechtigkeitsprinzipien abzustellen, wie dies im Kontext des allgemeinen Gleich- heitssatzes üblich ist.» (Waldmann, Jusletter, Rz. 33).

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 402

### **E. 3.5.1**

Prüfungsprogramm Damit ergibt sich das Prüfungsprogramm, zur Beantwortung der Frage, ob in einem konkreten Fall eine Alterdiskriminierung vorliegt, und wenn eine solche besteht, ob diese gerechtfertigt ist, und damit ausnahmsweise zulässig.<sup>76</sup>

a) Knüpft die fragliche Regelung<sup>77</sup> an das Kriterium Alter an?<sup>78</sup>

Oder führt eine Regelung, die nicht explizite an das Kriterium Alter anknüpft, dazu, dass im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige einer Altersgruppe gegenüber je- nen einer anderen Altersgruppe erheblich benachteiligt werden?<sup>79</sup>

b) Auf welcher Normstufe befindet sich die fragliche Regelung?

Auf Verfassungsebene ist grundsätzlich jede Regelung hinzunehmen; auf Bundesgesetzesebene ebenfalls;<sup>80</sup> auf Verordnungsebene nur, wenn sich eine fragliche Regelung auf eine klare und eindeutige Delegationsnorm in einem Gesetz im formellen Sinn abstützen kann. Dieser Frage wurde bezogen auf Art. 52a Abs. 2 BPV bereits unter 3.4 vorstehend vertieft nachgegangen.

c) Bestehen sachliche Gründe, welche diese Regelung als gerechtfertigt erscheinen lassen?<sup>81</sup> Sind diese mit der Ungleichbehandlung verfolgten Ziele zulässig?<sup>82</sup>

Sachliche Gründe, die eine Altersdiskriminierung rechtfertigen könnten, müssen ihrerseits legitime Ziele verfolgen, die nicht selbst diskriminierend sein dürfen. Zu denken ist dabei insbesondere an solche, die sich aus biologischen Gründen ergeben,<sup>83</sup> aus Gründen der Verkehrssicherheit,<sup>84</sup> daneben aber auch beispielsweise an solche, die im Interesse einer ausgeglichenen Beschäftigungspolitik, dem Arbeitsmarkt oder der beruflichen Bildung liegen.<sup>85, 86</sup>

76 BGE 126 V 70 E. 4.c/aa S. 73 («Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein» (mit Verweis auf Art. 36 Abs. 1-3 BV)); Hangartner, Bemerkungen zu BGE 131 II 361, S. 1416; Kälin, S. 112; Kälin/Caroni, S. 80; Rieder, S. 97; vgl. zur ganzen Thematik der Beeinträchtigung von Grundrechten, und dabei insbesondere bei den Gleichheitsrechten, Schefer, Beeinträchtigung von Grundrechten, S. 106 ff.; Hangartner, Bemerkungen zu BGE 131 II 361, S. 1416. 77 «Liegt eine rechtlich relevante Ungleichheit vor? Stimmen im konkreten Fall zwei oder mehrere Sachverhaltselemente miteinander überein, werden sie aber trotz dieser Vergleichbarkeit unterschiedlich behandelt, und hat die Unterscheidung eine Benachteiligung zum Ziel oder zur Folge?» (Kälin, S. 112). 78 Direkte Altersdiskriminierung. Wobei auch eine Fördermassnahme resp. eine Privilegierung zugunsten einer bestimmten Altersgruppe vorliegen kann, die jedoch zwingend zu einer Diskriminierung einer anderen Altersgruppe führen muss, was wiederum zur ersten Frage zurückführt. 79 Indirekte Altersdiskriminierung. 80 Vorbehalt Völkerrecht, Art. 191 BV. Siehe zum Ganzen Schweizer, Art. 191 Rz. 22 ff. 81 Legitimes öffentliches Interesse, mit einem gewissen Gewicht, das nicht seinerseits diskriminierend ist. Im Anwendungsbereich nach Art. 8 Abs 1 BV wäre zu prüfen, ob dieses Ziel im Einklang mit der Werteordnung der BV steht. 82 D.h. sind diese verfassungs- und völkerrechtskonform. 83 Z.B. Schulobligatorium ab und bis zu einem bestimmten Alter. 84 Ungleichbehandlungen nach dem Alter kommen beispielsweise im Strassenverkehrsrecht vor, im Interesse der Verkehrssicherheit, wo es um Leib und Leben der Verkehrsteilnehmer geht (Aushändigung Lernfahr- und Führerausweis erst ab einem Mindestalter, Art. 14 Abs. 2 SVG i.V.m. Art. 5 VZV; Fahrzeuglenker haben ab dem 70. Altersjahr alle zwei Jahre eine vertrauensärztliche Kontrolluntersuchung zu bestehen, Art. 7 Abs. 3 lit. b VZV). BGE 127 III 129 E. 3. S.130 ff. (Anordnung einer Kontrollfahrt). Diese Gründe sind offenkundig berechtigt, nimmt doch im Alter statistisch belegbar die Sehkraft und das Gehör ab. 85 Ausdrücklich Ziff. 25 der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. 86 Als weitere Gründe wären noch zu erwähnen: Sämtliche Regelungen betr. Pensionierungsalter (als Rechtswohlthat verstanden, in deren Genuss sämtliche Menschen kommen, sofern sie das jeweilige Pensionierungsalter erreichen; bei Regelungen, die ein Verbot der weiteren Tätigkeit nach der Pensionierung beinhalten, könnten wiederum Gründe der

Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik angeführt werden). Beschränkungen von Direktzahlungen bis zum ordentlichen Pensionierungsalter (siehe BGer 2A.346/2002 Urteil vom 3. Dezember 2002, E. 2.2, der sich zu Art. 8 Abs. 2 BV aber gar nicht äussert, da der Art. 31a Abs. 4 lit. a aLwG den

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 403

Zulässig wären daher beispielsweise Massnahmen, die verhindern, dass vorab älteren Mitarbeitern gekündigt wird, die jüngeren Mitarbeitern Mindest-Anfangslöhne gewährleisten und dadurch sog. «Working-poor» verhindern, oder die altersspezifische Ausbildungsangebote avisieren. Nicht legitim wären demgegenüber Massnahmen, die bereits bestehende Ungleichheiten verfestigen oder verstärken, oder auf tradierten Vorstellungen und Stereotypen basieren.<sup>87</sup>

d) Kann diese Regelung auch mit Blick auf die Verhältnismässigkeit bestehen?

Die Massnahmen müssen für die Zielerreichung geeignet und erforderlich sein. Namentlich ist immer zu prüfen, ob Massnahmen, die am Kriterium des Alters anknüpfen, notwendig sind, oder ob nicht andere, für die diskriminierte Gruppe mildere, Möglichkeiten zur Verfügung stehen.<sup>88</sup> Zudem müssen diese für die diskriminierte Gruppe zumutbar sein, mithin ist die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung zu beurteilen.

### **E. 3.5.2**

Ist die Altersdiskriminierung von Art. 52a Abs. 2 BPV gerechtfertigt? Nachfolgend soll nun dieses Prüfungsprogramm auf die Fragestellung dieses Gutachtens konkret angewendet werden.

a) Anknüpfungskriterium Alter

Art. 52a Abs. 2 BPV knüpft ganz offensichtlich an das Kriterium Alter an, mit unterschiedlichen Rechtsfolgen.

b) Normstufe

Wie bereits unter Ziffer 3.4 dargelegt, fehlt es der Bestimmung von Art. 52a Abs. 2 BPV an einer genügenden gesetzlichen Grundlage, und sie darf daher nicht angewendet werden. Nachfolgend soll trotzdem geprüft werden, ob allenfalls ausreichende Rechtfertigungsgründe vorliegen. Dies für den Fall, dass dieser Ansicht nicht gefolgt würde.

c) Sachliche Gründe + d) Verhältnismässigkeit

Die unter c) und d) aufgeführten Voraussetzungen sollen jeweils betr. eines möglichen sachlichen Grundes abgehandelt werden. Da in casu betreffend den dem Erlass von Art. 52a Abs. 2 BPV zugrunde liegenden Motiven keine näheren Angaben gemacht worden sind, muss von Annahmen ausgegangen werden, d.h. von denkbaren möglichen Gründen.

aa) Unzumutbarkeit der Rentenanpassung an den neuen massgebenden Jahreslohn

Ein Grund könnte darin liegen, dass den über 55-jährigen Bundesangestellten keine Einbusse ihrer erwarteten Rente zugemutet werden soll. Vorab sei wiederholt, dass diese Sichtweise in dieser Deutlichkeit nur solange Bestand hat, als dass zur Berechnung der

## Altersrente das System des Leistungs-

Bundesrat ausdrücklich dazu ermächtigte, eine Altersgrenze betr. der Ausrichtung von Direktzahlungen in der Landwirtschaft einzuführen; gemäss LwG vom 29. April 1998, i.K. seit 1. Januar 1999, muss der Bundesrat für den Bezug von allgemeinen Direktzahlungen als auch von Ökobeiträgen u.a. eine Altersgrenze bestimmen); auch diesbezüglich könnten wiederum Gründe der Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik angeführt werden. Gleiches gilt für die Altersgrenzen zur Zulassung zu einem staatlich bewilligten Beruf, und ähnliches Mehr.

Bei allen diesen Fällen resp. Gründen gilt es aber zu bedenken, dass sich diese an der Verhältnismässigkeitsprüfung zu messen haben (sind diese wirklich geeignet und erforderlich zur Zielerreichung [wobei dieses selbst legitim und diskriminierungsfrei sein muss], und ist die beabsichtigte Beschränkung für die betroffene Altersgruppe zumutbar, mithin erweist sich der Eingriffszweck als verhältnismässig im Vergleich zur Eingriffswirkung).<sup>87</sup> Wie beispielsweise ältere Mitarbeiter seien weniger leistungsfähig. Es gibt Belege dafür, dass die Produktivität zwar mit zunehmendem Alter quantitativ zurückgeht, die Qualität der geleisteten Arbeit hingegen zunimmt (Posner, S. 156 ff., 180 ff.). Solche Typisierungen müssen sich stets auf statistische Werte abstützen können, um zulässig zu sein (vorbehältlich der Erfüllung der weiteren Voraussetzungen).<sup>88</sup> Oder solche, die nicht auf das Alter abstellen, und das fragliche Ziel ebenso oder jedenfalls annähernd so gut zu erreichen vermögen.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 404

primats gilt. Hingegen wird nach dem Beitragsprimat nicht auf die Höhe des letzten versicherten Lohnes abgestellt, sondern die einbezahlten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge, verzinst und multipliziert mit dem versicherungsmathematisch festgelegten Umwandlungssatz, ergeben die Altersrente. Insofern führt zwar eine Lohngarantie für die über 55-jährigen Bundesangestellten zu höheren Rentenzahlungen,<sup>89</sup> jedoch hängt die Höhe der Rente nicht mehr in dem Ausmass wie noch unter der Herrschaft des Leistungsprimats vom letzten vor der Pensionierung erhaltenen Lohn ab. Mit der Umstellung der Bundespensionskasse vom Leistungs- zum Beitragsprimat – wie das soeben vom Parlament beschlossen worden ist<sup>90</sup> – fällt damit ein wesentlicher Teil der Erheblichkeit dieser Begründung der Ungleichbehandlung dahin. Zudem wirkt sich die Privilegierung von Art. 52a Abs. 2 BPV durchschnittlich 29 Jahre aus, womit sie nahezu von unbegrenzter Dauer ist.<sup>91</sup> Somit erweist sich dieser Grund nicht als sachlich und insbesondere auch nicht als verhältnismässig. Hier sei aber noch auf die besondere Problematik der Zeit bis zum Inkrafttreten des Publica-Gesetzes per mutmasslich Mitte 2008 eingegangen. Während dieser Übergangszeit von ca. eineinhalb Jahren, wäre denkbar, den erwähnten sachlichen Grund als zulässig zu betrachten, wie auch die Verhältnismässigkeit als gewahrt angesehen werden könnte, vorbehältlich der Frage der Zumutbarkeit für die betroffene Gruppe. Diesbezüglich wäre an eine (Übergangs-) Regelung zu denken, die sämtlichen Angestellten während beispielsweise zwei Jahren eine Weiterversicherung des bisherigen Lohnes bei Lohnreduktionen infolge Funktionswechsel gewährt, allenfalls degressiv ausgestaltet.<sup>92</sup>

In diesem Zusammenhang sei aber auch auf den neuen Art. 25 Publica-Gesetz hingewiesen,<sup>93</sup> der mit Blick auf Art. 8 Abs. 2 BV ebenfalls eine problematische Regelung

darstellt,<sup>94</sup> und vertiefter Betrachtung bedürfte.<sup>95</sup> Zumindest bewirkt diese Norm aber eine geringere Verletzung des Altersdiskriminierungsverbotes, mit entsprechend erweiterten Rechtfertigungsmöglichkeiten, da diese Garantie «nur» zu einer Privilegierung betr. der Rente, nicht aber des Lohnes führt. Von dieser Bestimmung ausgehend<sup>96</sup>, wird offensichtlich, dass die Lohngarantie des Art. 52a Abs. 2 BPV eine erhebliche Auswirkung auch auf die Höhe der Altersrente hat. Eine solche Kombination führt damit zu einer zweifachen Privilegierung der über 55-jährigen Bundesangestellten. Der Art. 52a Abs. 2 BPV wurde per 1. Januar 2005 in Kraft gesetzt. Die Botschaft zum Publica-Gesetz wurde am 23. September 2005 verabschiedet. Diese nimmt keinen Bezug zu dieser Norm, und auch in den Beratungen der eidgenössischen Räte wurden soweit ersichtlich keine entsprechenden Äusserungen oder gar Bezüge hergestellt. Daher muss davon ausgegangen werden, dass der Art. 25 Publica-Gesetz als eigenständige Norm ohne Bezug zu Art. 52a Abs. 2 BPV erlassen wurde und damit nicht als rechtfertigender sachlicher Grund für letztere dienen kann.

Selbst bei einer anderen, m.E. unzutreffenden Betrachtungsweise, wonach der Art. 52a Abs. 2 BPV mit Blick auf die Garantie des Art. 25 Publica-Gesetz erlassen worden sei, würde eine Rechtfertigung an der Verhältnismässigkeitsprüfung scheitern. Zwar wäre eine solche Massnahme allenfalls als geeignet zu betrachten, nicht aber als erforderlich. Es liessen sich mildere, für die betroffene Gruppe weniger diskriminierende und damit zumutbarere Eingriffe finden. So stellt die diskutierte Möglichkeit

89 Ein geringeres Einkommen führt bei allen Angestellten letztlich zu einer verminderten Altersrente. Dies gilt aber bei allen Betroffenen gleichermassen. 90 Zum Abschluss der Wintersession wurde am 20.12.2006 das Bundesgesetz über die Pensionskasse des Bundes (Publica-Gesetz) sowie Änderungen des Bundesgesetzes über die Pensionskasse des Bundes (PKB-Gesetz) gutgeheissen; vgl. dazu auch Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 23. Dezember 2005. 91 Vom 55. bis zum 65. Altersjahr Lohn wirksam, und danach Renten wirksam durchschnittlich bis zum 84. Altersjahr ([http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/atlas\\_de\\_la\\_vie\\_apres\\_50\\_ans/sante\\_et\\_bien\\_etre/blank/esperance\\_de\\_vie\\_a\\_65\\_ans.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/atlas_de_la_vie_apres_50_ans/sante_et_bien_etre/blank/esperance_de_vie_a_65_ans.html)). 92 Siehe zu diesem Gedanken der Weiterversicherung des bisherigen Lohnes die Ausführungen auf der folgenden Seite. Es sei aber auch betont, dass kein Vertrauensschutz für eine bestimmte Altersrente besteht. Diesbezüglich sei vergleichend auch auf die Situation eines privatrechtlich Angestellten hingewiesen. 93 Vgl. Fn 58. 94 Trotzdem wurde in der Botschaft zum Publica-Gesetz diesbezüglichen der Frage nach der Vereinbarkeit mit der Rechtsgleichheit und dem Diskriminierungsverbot keine Beachtung geschenkt. Offenbar war man sich der Relevanz und Brisanz des Themas nicht bewusst. 95 Allerdings befindet sich diese Norm auf Gesetzesstufe und ist damit anzuwenden, Art. 191 BV. 96 Diese wird mutmasslich Mitte 2008 in Kraft treten.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 405

der Weiterversicherung des bisherigen Lohnes bei Lohnreduktionen infolge Funktionswechsel bzw. Herabsetzung des Beschäftigungsgrades eine geringere Diskriminierung dar.<sup>97</sup> Wobei auch diese Regelung, beschränkt auf Angestellte ab einem gewissen Alter, mit Blick auf Art. 8 Abs. 2 BV problematisch erscheint. Zudem wirkt sich eine solche Regelung während durchschnittlich 19 Jahren aus.<sup>98</sup> Trotzdem ist aber hier denkbar, das berechtigte Vertrauen auf die über Jahrzehnte in Aussicht gestellte Altersrente,

zumindest als sachlich vertretbaren Grund anzusehen und die darge- stellte Massnahme als geeignet und erforderlich zur Zielerreichung zu betrachten.<sup>99</sup> Zudem wäre eine solche Massnahme für die dadurch diskriminierte Gruppe wohl auch zumutbar, sofern beispielsweise eine generelle, allenfalls gemäss Einkommen degressiv ausgestaltete Regelung beschränkt auf max. fünf Jahre eingeführt würde. Eine solche zeitliche Befristung stellt m.E. eine *conditio sine qua non* dar, widrigenfalls der Art. 8 Abs. 2 BV verletzt wäre. Eine solche Regelung wäre aber in jedem Fall mit Blick auf den diskutierten Zweck eine mildere Massnahme im Vergleich zu derjenigen in Art. 52a Abs. 2 BPV. M.E. wäre aber eine solche Lösung im Publica-Gesetz und nicht in der BPV zu normieren, auch mit Blick auf die Delegationsgrundsätze. Hier gilt es zu betonen, dass Fragen der Altersvorsorge auch im entsprechenden Gesetz zu regeln sind.

Abgesehen davon steht die Beibehaltung des bisher massgeblichen versicherten Verdienstes für die über 55-jährigen Bundesangestellten nicht in direktem Zusammenhang mit Fragen der Beschäfti- gungspolitik, des Arbeitsmarktes oder der beruflichen Bildung.<sup>100</sup> Mit Hinweis allein auf das Alter las- sen sich finanzielle Vorteile für die Zeit nach dem Ausscheiden aus dem Bundesdienst nicht rechtferti- gen.

Sollte es dem Verordnungsgeber mit der Rentengarantie um die Vermeidung von Armut im Alter ge- gangen sein, unterlässt Art. 52a Abs. 2 BPV die erforderliche Differenzierung, wie sie aufgrund der Lohnklassen und des effektiv ausbezahlten Lohnes vorgenommen werden müsste.<sup>101</sup> Zudem gibt es zwar eine Altersarmut, es gibt aber ganz grundsätzlich eine Armut in der Schweiz, wobei die Altersska- tegorien der 20-39-jährigen mehr davon betroffen sind.<sup>102</sup>

Damit komme ich zum Schluss, dass dieser sachliche Grund zumindest fragwürdig ist, es diesem aber resp. der entsprechenden Umsetzung in Art. 52a Abs. 2 BPV offensichtlich an der Erforderlichkeit fehlt, da mildere Massnahmen denkbar sind, und sich zudem diese Regelung für die Betroffenen als nicht zumutbar erweist. Einzig denkbar wäre es, bezüglich dieses Grundes die auf Seite 17 am Ende der ersten Hälfte dargelegte Übergangsregelung zu erlassen.

<sup>97</sup> Jurius, Jusletter 12. Dezember 2005, Rz. 4; Pressemitteilung des EDI vom 09. Dezember 2005 ([http://www.edi.admin.ch/dokumentation/medienmitteilungen/00788/051209\\_massna hmen\\_d.pdf](http://www.edi.admin.ch/dokumentation/medienmitteilungen/00788/051209_massna hmen_d.pdf); Massnah- menpaket zu Gunsten der Arbeitsmarktbeteiligung älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer). <sup>98</sup> Bei einem angenommenen Durchschnittsalter von 84 Jahren. ([http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/atlas\\_de\\_la\\_vie\\_apre s\\_50\\_ans/sante\\_et\\_bien\\_etre/blank /esperance\\_de\\_vie\\_a\\_65\\_ans.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/regionen/atlas_de_la_vie_apre s_50_ans/sante_et_bien_etre/blank /esperance_de_vie_a_65_ans.html)). Auch wenn die Lebenserwartung der heute 50-jährigen bei ca. 80 Jahren liegt, ergibt dies immer noch eine durchschnittliche Rentendauer von 15 Jahren. ([http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index /regionen/atlas\\_de\\_la\\_vie\\_apres\\_50\\_ans/sante\\_et\\_bien\\_etre/blank /esperance\\_de\\_vie\\_a\\_50\\_ans.html](http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index /regionen/atlas_de_la_vie_apres_50_ans/sante_et_bien_etre/blank /esperance_de_vie_a_50_ans.html)). <sup>99</sup> Ein z.B. 60-jähriger Angestellter hätte nur noch fünf Jahre um seine Alterssicherung den neuen gesetzlichen Gegebenheiten anzupassen. Hier liegt auf den ersten Blick gesehen effektiv eine unterschiedliche Situation vor. Gleichzeitig muss aber auch darauf hingewiesen werden, dass kein Vertrauensschutz für eine bestimmte Altersrente besteht, und dass die jüngeren Angestellten, infolge eines geringeren Lohnes wohl auch nicht in der Lage sind, eine entsprechende höhere Rente auf privatem Wege zu realisieren. Im Sinne der Gleichbe- rechtigung wäre damit denkbar, dieselbe Regelung auf alle Angestellten anzuwenden, begrenzt z.B. auf fünf Jahre. <sup>100</sup> Zudem sei darauf hingewiesen, dass kein verfassungsmässiger Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen

Lohneinstufung oder des einmal festgelegten Lohnanstiegs besteht (BGer 2P222/2003, E. 4.3 Urteil vom 06.02.2004 mit weiteren Hinweisen). 101 Art. 52a Abs. 3 BPV sieht lediglich für die obersten Lohnklassen (ab LK 32) die Möglichkeit einer Gegenan- nahme vor. Nach Wissen des Autors wurde aber vom Bundesrat noch keine entsprechende Regelung erlas- sen. 102Vgl. dazu die Nationale Armutsstudie 1992: ([http://www.psych.unizh.ch/sozpsy/teach/ss01/hrs/soz\\_ungleichheit.pdf](http://www.psych.unizh.ch/sozpsy/teach/ss01/hrs/soz_ungleichheit.pdf)).

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 406

bb) Ausgleich für Nachteile auf dem Arbeitsmarkt

Das Alter als solches kann einen Nachteil auf dem Arbeitsmarkt bedeuten. Ältere Arbeitnehmer gelten oft als weniger leicht vermittelbar. Massnahmen, die auf eine Beseitigung dieser - allenfalls bestehen- den - faktischen Ungleichheit auf dem Arbeitsmarkt abzielen, sind daher nicht grundsätzlich als unzu- lässig zu betrachten. Soweit also Art. 52a Abs. 2 BPV einen Ausgleich dafür schaffen will, dass Ange- stellte ab einer gewissen Altersgrenze möglicherweise über eine geringere Marktfähigkeit verfügen und daher die Tieferbewertung ihrer Funktion hinnehmen müssen, ohne ihre Arbeitsstelle wechseln zu können, wäre diese Absicht nicht als zum vorneherein illegitim anzusehen.

Die Vermittlungsfähigkeit auf dem Arbeitsmarkt hängt indessen nicht allein vom Alter der betroffenen Person ab. Ebenso massgebend sind weitere Faktoren wie Vorbildung, berufliche Erfahrung und Funktion, absolvierte Aus- und Weiterbildungen, sprachliche Fähigkeiten und persönliche Flexibilitäten (Arbeitsort, Entlohnungshöhe). Während die Vermittlungsfähigkeit auch bei jüngeren Arbeitnehmern eingeschränkt sein kann, führen gerade die berufliche Erfahrung und Funktion, oft auch ein ausgebaut- tes Beziehungsnetz, zu einer verbesserten Vermittlungsfähigkeit im Alter.

Die Annahme, über 55-jährige seien auf dem Arbeitsmarkt grundsätzlich schwieriger zu vermitteln als übrige Altersgruppen, erscheint daher in ihrer Allgemeinheit nicht als haltbar. Voraussetzung dafür, ein solches Motiv als sachlichen Grund zuzulassen, wären entsprechende gesicherte statistische Da- ten.<sup>103</sup> Weiter muss beachtet werden, dass eine solche Lohngarantie leicht dazu führen kann, dass ältere Angestellte dadurch schwerer vermittelbar werden, da insbesondere ein Wechsel innerhalb der Bun- desverwaltung wohl erschwert wird. Eine gesetzliche Regelung, die auf die Steigerung der Vermittlungsfähigkeit hinwirkt, darf daher nicht einzig an das Kriterium des Alters anknüpfen, sondern muss auch weitere massgebende Faktoren berücksichtigen. Diese notwendige Differenzierung fehlt in Art. 52a Abs. 2 BPV. Zudem erweist sich diese Massnahme weder als geeignet noch als zumutbar für die diskriminierte Gruppe.<sup>104</sup>

Damit erweist sich dieser Grund als untauglich.

cc) Soziale Gründe («Alter»)

In den Entscheiden zur Lohngleichheit resp. -diskriminierung betreffend Art. 8 Abs. 3 BV hat das Bun- desgericht das Kriterium des Alters immer wieder als sachlich zulässigen Grund<sup>105</sup> erwähnt. Gleichzei- tig wird aber jeweils darauf hingewiesen, um eine unterschiedliche Entlohnung rechtfertigen zu kön- nen, genüge es nicht, wenn der Arbeitgeber irgendeinen Grund anführe; er müsse vielmehr beweisen, dass er ein objektives Ziel verfolge, das einem echten unternehmerischen Bedürfnis entspreche, und dass die Diskriminierung geeignet sei, das Ziel unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zu errei-

chen.<sup>106</sup> Zudem müssten diese Gründe für die konkrete Arbeitsleistung und die Lohngestaltung durch den Arbeitgeber wesentlich sein.<sup>107</sup> Weiter muss beachtet werden, dass dieses Kriterium jeweils neben zahlreichen anderen erscheint, ohne dabei besonders reflektiert zu werden, es wird einfach Textbaustein mässig übernommen. Zudem stammt diese Rechtsprechung noch aus der Zeit als der Art 8 Abs. 2 BV noch nicht existierte.<sup>108</sup> Weiter muss bedacht werden, dass es sich dabei immer um die Frage nach sachlichen Gründen für die Lohngestaltung mit Blick auf die Geschlechterdiskriminierung resp. -gleichheit handelte, und nicht um eine Diskriminierung mit Blick auf das Alter; bei ersterer lässt das Bundesgericht sachliche Gründe

<sup>103</sup>Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 734 f.; die verfügbaren Daten weisen jedoch gerade in eine andere Richtung. Siehe Fn 113. <sup>104</sup>Eine Lohngarantie ist keine Arbeitsplatzgarantie, und kann zu einem erheblichen Lohnunterschied für dieselbe Tätigkeit führen, welche für die betroffene Gruppe insbesondere mit Blick auf die Arbeitsmotivation als unzumutbar erscheint. <sup>105</sup>«Aus sozialen Rücksichten», was dies konkret auch immer heissen mag, wird doch daneben auch oft das Kriterium der «familiären Belastung» erwähnt. Wobei dieser Grund immer nebst zahlreichen anderen erwähnt wird. <sup>106</sup>BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f.; 126 III 395 E. 3b/ee (nicht publ.). <sup>107</sup>BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f.; 127 III 207 E. 3c S. 213 f.; 125 III 368 E. 5 S. 374. <sup>108</sup>BGE 127 III 207 E. 3c S. 214 (mit Verweisen auf Entscheide vor dem Jahre 2000), 131 I 105 (mit Verweisen auf Entscheide vor dem Jahre 2000).

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 407

genügen,<sup>109</sup> bei letzteren hingegen fordert es eine besonders qualifizierte Begründung.<sup>110</sup> Ferner sei betont, dass es sich dabei um ein Kriterium unter vielen handelt, und mitnichten um ein singuläres für eine Lohngarantie ausreichendes. In casu hat das Alter direkt nichts mit der konkreten Arbeitsleistung oder der Lohngestaltung zu tun. Zudem handelt es sich um ein singuläres Kriterium. Weiter erweist sich die Diskriminierung als nicht geeignet, das Ziel unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zu erreichen. Es kann dazu auf die Ausführungen unter aa) und bb) verwiesen werden. Eine Lohngarantie alleine auf das Kriterium Alter abzustützen erweist sich daher als wenig sachlich und unverhältnismässig.<sup>111</sup> Aus sozialen Gründen wäre, wenn schon, denkbar, den tieferen Einkommen generell eine Garantie zu gewähren oder degressive Abstufungen vorzunehmen.<sup>112</sup>

dd) Weitere Gründe

Soweit es dem Ordnungsgeber um die Vermeidung von Arbeitslosigkeit unter älteren Angestellten gegangen wäre, müsste die vorgesehene Bestandesgarantie als untaugliche Massnahme betrachtet werden, da sie das Jahresgehalt und nicht die Arbeitsstelle gewährleistet.<sup>113</sup>

Auch ein Entgegenkommen für eine langjährige Tätigkeit beim Bund kann für die Sonderregelung in Art. 52a Abs. 2 BPV nicht bedeutsam sein, da die zeitlich unlimitierte Lohngarantie selbst für Angestellte zum Tragen kommt, die über wenig Dienstjahre verfügen.<sup>114</sup>

Weiter besteht das berechnete Interesse des Arbeitgebers, Mitarbeiter mit grossem Erfahrungsschatz und Know-How durch finanzielle Anreize zu binden, nicht generell in einer Alterskategorie und dürfte dem Ordnungsgeber bei Erlass der Regelung kaum

vorgeschwebt haben.

Schliesslich könnte es dem Verordnungsgeber um den Vertrauensschutz auf die Beibehaltung des bisherigen Lohnes gegangen sein. Ein solches Motiv wirkt mit Blick auf die Intention des (Bundespersonal-)Gesetzgebers, aber auch unter Berücksichtigung der Bundesgerichtspraxis<sup>115</sup> sowie der Entwicklungslage des Bundespersonalrechts<sup>116</sup> wenig stichhaltig, überholt und unverhältnismässig.<sup>117</sup>

### **E. 3.6**

#### **Würdigung**

Die Regelung in Art. 52a Abs. 2 BPV knüpft an das Alter unterschiedliche Rechtsfolgen, die sowohl in quantitativer als auch in zeitlicher Hinsicht beträchtliche Folgen haben.

Abgesehen von der fehlenden

109BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f.; 127 III 207 E. 3b in fine; 125 III 368 E. 4 S. 372 f. Teilweise wendet das Bundesgericht auch noch die Verhältnismässigkeitsprüfung an. Vgl. dazu Epiney/Duttwiler, S. 55. 110BGE 126 V 70 E. 4c/bb S. 73 f.; BGE 126 II 377 E. 6a S. 393; 129 I 392 E. 3.2.2 S. 398. 111Damit erweist sich bereits der Zweck als diskriminierend, und zudem auch nicht notwendig und zumutbar für die Betroffenen. 112M. Müller, S. 845 ff. 113Schaut man zudem die Statistiken an (SAKE 2005, Schweizerische Arbeitskräfteerhebung 2005, Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 2006), fällt auf, dass die Altersgruppe der 55-jährigen und älter bloss eine Erwerbslosenquote von 3,4 % aufweisen, was in etwa dem Schnitt der beiden Vergleichsgruppen davor (25-39 Jahre: 4,3 %; 40-54 Jahre: 3,3 %) entspricht, aber nicht einmal der Hälfte der Gruppe der 15-24-jährigen (8,8 %) (vgl. dazu die SAKE 2005). Damit erweist sich dieses Motiv als völlig haltlos und ungeeignet. 114Zudem wird dieser Aspekt bereits über das Kriterium der Erfahrung berücksichtigt. 115«Es besteht kein verfassungsmässiger Anspruch auf die Beibehaltung der bisherigen LohnEinstufung oder des einmal festgelegten Lohnanstiegs» (2P.222/2003 E. 4.3 mit weiteren Verweisen). 116Vgl. dazu z.B. EFD, Rohstoff vom 30. November 2006, Stand der Querschnittsprojekte der Bundesverwaltungssreform, S. 3, wo sogar die Ablösung des BPG durch das OR diskutiert, dann aber eine Revision des BPG beschlossen wurde. In diesem Zusammenhang sei nur auf die Kündigungsbestimmungen im OR mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten ab einer Dauer des Arbeitsverhältnisses von 10 Jahren hingewiesen (Art. 335c OR; vom zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr besteht eine Kündigungsfrist von bloss zwei Monaten). Siehe auch Entscheid der PRK vom 7. September 2006 [PRK 2006-014], E. 4.d S. 9. 117Insbesondere unzumutbar gegenüber den anderen Altersgruppen, die sich genauso gut auf einen Vertrauensschutz berufen könnten.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 408

gesetzlichen Grundlage, sind m.E. keine hinreichenden Gründe zu erkennen, die die konkret getroffene Ungleichbehandlung der verschiedenen Altersgruppen zu rechtfertigen vermöchten. Zudem wird in jedem Fall das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Als besonders problematisch erachte ich nicht nur den pauschalen, undifferenzierten Ansatz der Regelung, sondern auch dessen finanzielles und zeitliches Ausmass. Ich gelange daher zum Schluss, dass Art. 52a Abs. 2 BPV das Verbot der Altersdiskriminierung verletzt und keine genügenden Rechtfertigungsgründe vorliegen. Die Regelung erweist sich daher als

nicht verfassungskonform. An dieser Stelle sei der Vollständigkeit halber pro memoria auf die m.E. denkbare Möglichkeit des Erlasses einer kurzen Übergangsregelung wie auf Seite 17 erste Hälfte i.f. dargelegt hingewiesen.

4. Sind die altersspezifischen Lohngarantien nach Art. 52a Abs. 2 BPV mit dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV vereinbar?

#### **E. 4**

Sind die altersspezifischen Lohngarantien nach Art. 52a Abs. 2 BPV mit dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV vereinbar?

#### **E. 4.1**

Allgemeines zu Art. 8 Abs. 1 BV

Im verwaltungsinternen Verfahren, das der Einführung von Art. 52a Abs. 2 BPV voranging, wurde seitens einer Verwaltungsstelle die Vereinbarkeit mit dem Rechtsgleichheitsgebot in Frage gestellt. Aus diesem Grund, und auch für den (unzutreffenden) Fall, dass davon ausgegangen würde, das Altersdiskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) gelange in casu nicht zur Anwendung, oder eine Verletzung liege nicht vor, rechtfertigen sich im Rahmen des vorliegenden Gutachtens einige Ausführungen auch dazu.

Art. 8 Abs. 1 BV garantiert «in allgemeiner Weise die Gleichbehandlung der Menschen durch alle staatlichen Organe.»<sup>118</sup> Das Rechtsgleichheitsgebot gilt dabei unbestrittenermassen sowohl für die Rechtsetzung als auch die Rechtsanwendung.<sup>119</sup> Dabei ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich (Gleichheitsgebot), Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich (Differenzierungsgebot) zu behandeln.<sup>120</sup> Das Rechtsgleichheitsgebot wird verletzt, wenn ein Erlass rechtliche Unterscheidungen trifft, «für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist oder Unterscheidungen unterlässt die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.»<sup>121</sup> Dabei kennt die Rechtsgleichheit im Unterschied zu den Freiheitsrechten keine zulässigen Einschränkungen; «es gibt also nicht noch die Möglichkeit, einen Eingriff zu rechtfertigen, sofern die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind.»<sup>122</sup> Dabei wird nach neuerer Lehre<sup>123</sup> zwischen zwei zulässigen Differenzierungsarten unterschieden. Einerseits solchen, die ihren Grund in tatsächlichen Unterschieden haben,<sup>124</sup> und andererseits sol-

<sup>118</sup>J.P. Müller, Grundrechte, S. 396 f. <sup>119</sup>Vgl. statt vieler BGE 121 II 198 E. 4a S. 204; G. Müller, Rz. 30. <sup>120</sup>BGE 125 I 173 E. 6b S. 178. <sup>121</sup>G. Müller, Rz. 30; vgl. statt vieler BGE 125 I 173 E. 6b S. 178; 131 I 1 E. 4.2 S. 6 f. Weiter gilt es zu beachten, dass das Bundesgericht dem Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum zugesteht. («Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Spielraum der Gestaltung»), BGE 127 V 448 E. 3b S. 454 f.; BGer 2P.77/2000 Urteil vom 30. November 2000, E. 3.a («Vorausgesetzt ist, dass sich der unbegründete Unterschied oder die unbegründete Gleichstellung auf eine wesentliche Tatsache bezieht»). «Nicht jede tatsächliche Verschiedenheit erlaubt eine Ungleichbehandlung. Nur bei einem erheblichen tatsächlichen Unterschied ist sie zulässig. Was als erheblicher Unterschied zu gelten hat, bestimmt sich deshalb nach der herrschenden Rechtsauffassung, bzw. den herrschenden Wertanschauungen. Bei der Ermittlung dieser Wertanschauungen können Hilfsmittel zu einer grösseren Objektivität beitragen, z.B. das Aufzeigen schweizerischer

Gesetzgebungstendenzen, die in der Literatur allgemein gebilligt werden» (Häfelin/Haller, Rz. 758 f.); gleich: Weber-Dürler, Rz. 13. 122Weber-Dürler, Rz. 15. 123Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 72 f. mit Hinweisen; J.P. Müller, Grundrechte, S. 399 f.; Schefer, Beeinträchtigung von Grundrechten, S. 107 ; G. Müller, N 32a. 124Jede Differenzierung, mithin jede Ungleichbehandlung ist bezüglich den tatsächlichen Verhältnissen, die den Regelungsstatbestand bilden, sachlich zu begründen, es ist aufzuzeigen, inwiefern die getroffene Differenzierung gerechtfertigt ist (J.P. Müller, Grundrechte, S. 397).

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 409

chen, die in externen Regelungszielen gründen.<sup>125</sup> Die erste Gruppe ist direkter Ausfluss des Rechts- gleichheitsgebotes, das nachgerade fordert, dass rechtliche Differenzierungen die zugrunde liegenden Unterschiede in ihrem Verhältnis tatsächengerecht abbilden. Die zweite Gruppe umfasst diejenigen Regelungsfälle, bei denen als Grund für die Ungleichbehandlungen nicht primär tatsächliche Ungleichheiten gesehen werden, sondern es werden mit diesen Ungleichbehandlungen externe Ziele verfolgt.<sup>126</sup> Die Prüfungsmethode zur Feststellung, ob die Differenzierung zulässig ist, unterscheidet sich. Während bei der ersten Gruppe, wie ausgeführt, primär ein sachlicher oder vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen genügt,<sup>127</sup> wird bei der zweiten Gruppe eine eigentliche Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen.<sup>128</sup> Es wird geprüft, ob die Unterscheidung der erfassten Sachverhalte geeignet und erforderlich ist, das beabsichtigte Ziel zu erreichen,<sup>129</sup> «die Ungleichbehandlung (...) mit Blick auf das angestrebte Regelungsziel<sup>130</sup> verhältnismässig und insbesondere für die Schlechtergestellten zumutbar»<sup>131</sup> ist,<sup>132</sup> d.h. es muss abgewogen werden, ob die Interessen an der Verwirklichung des Regelungsziels die Zurückdrängung der entgegenstehenden Interessen an rechtsgleicher Behandlung zu rechtfertigen vermögen.<sup>133</sup> Das Bundesgericht prüft bei solchen Fallkonstellationen – so weit ersichtlich – bisher lediglich, ob ein sachlicher Grund für die getroffene Regelung besteht.

Ein besonders zu erwähnender Fall der Verfolgung externer Ziele betrifft den Gesetzgebungsauftrag von Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV.<sup>134</sup> Hier werden mittels Gesetz «allgemeine Ungleichheiten auf einer abstrakten Ebene zum Anlass genommen, Einzelne ungleich zu behandeln, die im konkreten Fall jedoch in den relevanten Gesichtspunkten gleich sind.»<sup>135</sup> Auch bei dieser Konstellation wird die Zulässigkeit solcher normativer Massnahmen unter Heranziehung des Verhältnismässigkeitsprinzips geprüft,<sup>136</sup> oder anders gesagt, die praktische Konkordanz zwischen den teilweise antagonistischen Positionen von Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV (Differenzierungsverbot) und Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV (Egalisierungsgebot) wird unter Heranziehung einer auf die Struktur des Gleichheitssatzes zugeschnittenen Verhältnismässigkeitsprüfung zu erreichen versucht.<sup>137</sup> Die Stringenz und Überprüfbarkeit der Entscheide führt m.E. dazu, dass der neueren Lehre zu folgen ist, dies zumindest bei den Fällen, wo mit der Verfolgung externer Ziele Fördermassnahmen bezweckt werden.

Fazit: Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass das allgemeine Gleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV keine absolute, sondern «bloss» eine relative Gleichbehandlung fordert. Abweichungen von

125 Dabei werden primär externe Ziele verfolgt, und es geht nicht um eine realitätsgerechte Abbildung einer tatsächlichen Ungleichheit. 126 Schefer, Beeinträchtigung von Grundrechten, S. 107; J.P. Müller, Grundrechte, S. 399; Schweizer, Rz. 40. Dabei muss sich eine solche Ungleichbehandlung nach Art. 36 Abs. 1 BV auf ein Gesetz abstützen können. 127 Wobei eine rechtliche Differenzierung im Gesetz an einen erheblichen tatsächlichen Unterschied anknüpfen muss. Vgl. dazu Weber-Dürler, Rz. 11. 128 Rhinow, Rz. 1655; Schweizer, Rz. 40. 129 J.P. Müller, Grundrechte, S. 399. 130 Diese Ziele müssen ihrerseits legitim sein, was evident ist (J.P. Müller, Grundrechte, S. 399); Schweizer, Rz. 40. 131 J.P. Müller, Grundrechte, S. 400. 132 BGE 125 I 21 E. 3d/cc S. 32 (betraf allerdings einen Fall nach Art. 8 Abs. 3 BV). 133 J.P. Müller, Grundrechte, S. 400; G. Müller, Rz. 32a. 134 «Das Gesetz sorgt für ihre [Mann und Frau] rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit.» 135 Schefer, Beeinträchtigung von Grundrechten, S. 106. 136 «Dabei kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip entscheidende Bedeutung zu. Das Bundesgericht steht somit im Einklang mit der vorherrschenden Doktrin, die sich mehrheitlich am System der «praktischen Konkordanz» orientiert (BGE 131 II 361 E. 5.3 S. 374 ff.; 125 I 21 E. 3d/cc S. 32). «Aus dem Prinzip der praktischen Konkordanz folgt, dass keines der entgegenstehenden Prinzipien und der darin zum Ausdruck kommenden Anliegen völlig zu Lasten des anderen verwirklicht werden darf.» (BGE 125 I 21 E. 3d/cc S. 32). Siehe auch BGE 131 II 361 E. 5.3 S. 375. 137 BGE 131 II 361 E. 5.3 S. 375; 125 I 21 E. 3d/cc S. 32. Häfelin/Haller, Rz. 789; G. Müller, Rz. 137c.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 410

diesem Gleichheitsgebot erfordern aber sachliche respektive vernünftige Gründe, um zulässig zu sein.<sup>138</sup> Damit sind auch indirekte Diskriminierungen<sup>139</sup> verboten.<sup>140</sup>

#### **E. 4.2**

Das Rechtsgleichheitsgebot und Art. 52a Abs. 2 BPV

Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV verlangt u.a. im öffentlichen Dienstrecht die gleiche Entlohnung für vergleichbare Arbeit.<sup>141</sup> Die Behörden sind aber innerhalb der Grenzen des Willkürverbotes und des Rechtsgleichheitsgebots befugt, aus der Vielzahl der denkbaren Beurteilungskriterien für die Besoldung diejenigen auszuwählen, die massgebend sein sollen.<sup>142</sup> Diesbezüglich steht den Behörden ein weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>143</sup> «Ungleichbehandlungen müssen sich aber vernünftig begründen lassen bzw. sachlich haltbar sein.»<sup>144</sup> So ist es zulässig, wenn Besoldungsunterschiede auf objektive Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung, Familienlasten, Qualifikation, Art und Dauer der Ausbildung, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortlichkeiten zurückzuführen sind.<sup>145</sup> Unterschiede in der Besoldung dürfen aber kein unvertretbares Mass annehmen,<sup>146</sup> was im Einzelfall zu bestimmen ist. Das Bundesgericht setzt einen strengeren Massstab an, wenn einzelne Angehörige einer Bedienstetenkategorie trotz gleicher Aufgabe gegenüber anderen Angehörigen der gleichen Kategorie ungleich behandelt werden. Die Rechtsprechung belässt den zuständigen Behörden demgegenüber einen weiteren Ermessensspielraum, wenn es um den Vergleich zwischen Bediensteten mit unterschiedlichen oder bloss bedingt vergleichbaren Aufgaben geht.<sup>147</sup> Auch Rückstufungen sind grundsätzlich zulässig, soweit die vermögensrechtlichen Ansprüche keine wohlverworbenen Rechte darstellen und weder das Rechtsgleichheitsgebot noch das Willkürverbot verletzt werden.<sup>148</sup>

Ob ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Rechtsgleichheit vorliegt, beurteilt sich nicht nur nach dem quantitativen Ausmass eines Lohnunterschiedes. Das Bundesgericht hat klar zu verstehen gegeben, dass Besoldungsdifferenzen einer zeitlichen Befristung unterliegen müssen, um vor dem Gleichbehandlungsgebot bestehen zu können.<sup>149</sup> Eine Regelung kann sich daher nicht nur dann als verfassungswidrig herausstellen, wenn sie dem Umfang nach ein unvertretbares Mass annimmt, sondern auch zeitlich ein bestimmtes Ausmass überschreitet.<sup>150</sup>

Wie unter Ziff. 3.1 bereits dargelegt, kann Art. 52a Abs. 2 BPV erhebliche Auswirkungen auf die Entlohnung derselben Arbeit haben. Die quantitativen kombiniert mit den zeitlich unbefristeten Auswirkungen<sup>151</sup> übersteigen m.E. mit Blick auf die Bundesgerichtspraxis per se ein noch vertretbares Mass an besoldungsmässiger Ungleichbehandlung. Auf die Berechnung prozentmässiger oder nomineller

<sup>138</sup>Weber-Dürler, Rz. 15. <sup>139</sup>Nach dem Bundesgericht liegt eine indirekte Diskriminierung vor, «wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts ohne sachliche Rechtfertigung gegenüber jenen des anderen erheblich benachteiligt.» (vgl. statt vieler BGE 125 I 71 E. 2a S. 79). <sup>140</sup>Weber-Dürler, Rz. 17. <sup>141</sup>BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107; 123 I 1 E. 6c S. 8. <sup>142</sup>BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107; 123 I 1 E. 6c S. 8. <sup>143</sup>BGE 131 I 105 E. 3.7 S. 110; 123 I 1 E. 6c S. 8 mit Hinweisen. <sup>144</sup>BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107. <sup>145</sup>BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107; 123 I 1 E. 6a-c S. 7f.; 124 II 436 E. 7 S. 440 f. <sup>146</sup>BGE 118 Ia 245 E. 5d S. 258; BGer 2P.222/2003 Urteil vom 6. Februar 2004, E. 4.3. <sup>147</sup>Vgl. die Übersicht im Urteil des bernischen Verwaltungsgerichts vom 13. Juni 2005 (VGE 21669-21676), publiziert in BVR 2006/2, S. 58 ff., hier 65 ff. <sup>148</sup>BGer 2P.222/2003 Urteil vom 6. Februar 2004, E. 4.3 mit zahlreichen Hinweisen. <sup>149</sup>Gl.M. Hangartner, Diskriminierung, S. 115 f. <sup>150</sup>BVR 2006/2, S. 69. So erachtete das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Besitzstandswahrung für bisher Angestellte Differenzen von 7-15 % als haltbar, da sie zeitlich, auf 5 Jahre befristet waren (BGer 2P.222/2003 Urteil vom 6. Februar 2004, E. 4.6 und 4.7). <sup>151</sup>So gilt diese Regelung bis zu 10 Jahren (55-jährige werden in 10 Jahren ordentlich pensioniert), hat aber mit Blick auf die dadurch bewirkte entsprechende Differenz in der Höhe der Altersrenten Auswirkungen bis ans Lebensende der dadurch Begünstigten.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 411

Unterschiede im Einzelfall kann daher verzichtet werden.<sup>152</sup> Art. 52a Abs. 2 BPV erweist sich daher auch mit dem verfassungsrechtlichen Rechtsgleichheitsgebot nicht als vereinbar. Selbst wenn man anderer Ansicht wäre, müsste von einer Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes ausgegangen werden. Das Bundesgericht betrachtet zwar Lohnunterschiede, die sich aus sozialen Gründen (Alter, familiäre Belastungen) ergeben als zulässig, dies aber nur dann, sofern diese Aspekte wirklich wesentlich bzw. den effektiven Grund für die Ungleichbehandlung darstellen. Diese führen aber trotzdem zu Diskriminierungen, wenn ihnen ein ungerechtfertigtes, zu hohes Gewicht beigemessen wird.<sup>153</sup> Bei Art. 52a Abs. 2 BPV ist als einziger Grund für die Lohngarantie das Kriterium «Alter» aufgeführt,<sup>154</sup> und zudem gilt dies nur für bisherige Angestellte, deren Funktion tiefer bewertet wurde. Damit werden externe Ziele verfolgt, die sich sachlich nicht rechtfertigen lassen,<sup>155</sup> und weder geeignet, noch erforderlich sind noch für die anderen

Angestellten zumutbar.<sup>156</sup>

Anders zu entscheiden wäre allenfalls, wenn eine generelle Lohngarantie eingeführt worden wäre, mit einer zeitlichen Befristung. Das Bundesgericht ist in solchen Fällen sehr zurückhaltend, entsprechende Normierungen als verfassungswidrig zu erklären,<sup>157</sup> und hält es für zulässig, «im Falle von Schlechterstellungen im Sinne einer vorübergehenden oder dauerhaften Besitzstandsgarantie gewisse Vorteile zu erhalten und die einschränkenden Vorschriften ausschliesslich auf das neu eingestellte Personal anzuwenden, [...] solange die Unterschiede in der Besoldung kein unvertretbares Mass annehmen.<sup>158</sup>

Der Vollständigkeit halber sei auch hier erwähnt, dass es an einem formellen Gesetz resp. einer entsprechenden Delegationsnorm für Art. 52a Abs. 2 BPV fehlt. Auch daher ist das Rechtsgleichheitsgebot verletzt.

### **E. 4.3**

Führt Art. 52a Abs. 2 BPV zu einer verpönten indirekten Diskriminierung?

Die fragliche Bestimmung von Art. 52a Abs. 2 BPV erwähnt als Kriterium das Alter, nicht aber das Geschlecht. Damit stellt sich noch die Frage, ob allenfalls eine indirekte (Geschlechter-) Diskriminierung vorliegt und damit Art. 8 Abs. 3 BV verletzt wird. Das Bundesgericht geht von einer solchen aus, «wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts ohne sachliche Rechtfertigung gegenüber jenen des anderen erheblich benachteiligt.»<sup>159</sup> In casu ist zu prüfen, ob sich

<sup>152</sup>Für die generellen Berechnungen sei auf Ziffer 3.1 verwiesen. <sup>153</sup>Seiler, S. 130. Oder wie das Bundesgericht ausführt: «In der Regel vermögen objektive Gründe im umschriebenen Sinne etwa Ausbildung, Alter, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, Aufgabenbereich, Leistung oder Risiken [...] jedoch eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen, wenn sie für die konkrete Arbeitsleistung und Lohngestaltung auch wirklich wesentlich sind und entsprechend konsequent die Löhne derselben Arbeitgeberin beeinflussen» (BGE 125 III 368 E. 5 S. 373 ff.). BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f. <sup>154</sup>Dieses Kriterium ist zudem für die konkrete Arbeit irrelevant und auch sozial nicht geboten.

<sup>155</sup>Das Alter ist für die Arbeit in casu nicht wesentlich, und erweist sich als einziges Kriterium von Art. 52a Abs. 2 BPV als überbewertet. <sup>156</sup>BGer 4C.57/2002 Urteil vom 10. September 2002, E. 2.2 («Denn die [...] zur Rechtfertigung der Lohndifferenz angeführten Gründe stehen weder mit der Arbeitsleistung noch mit einer allfälligen starken Verhandlungsposition und der folgenden Lohnentwicklung in Zusammenhang. [...] Aus sozialen Gründen könnten im Übrigen nur Lohnbestandteile zur Rechtfertigung unterschiedlicher Entlohnung von Mann und Frau anerkannt werden, welche existenzielle Bedürfnisse eines Arbeitnehmers oder dessen Familie zu finanzieren bestimmt sind, für die der übliche, leistungsabhängige Lohn nicht ausreicht.») <sup>157</sup>BGer 2P.222/2003 Urteil vom 6. Februar 2004, wo es ausführt, dass der Art. 8 Abs. 1 BV zwar verlange, «dass im öffentlichen Dienstrecht gleiche oder gleichwertige Arbeit gleich entlohnt wird», «innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind die Behörden aber befugt, aus der Vielzahl der denkbaren Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Besoldung von Beamten massgebend sein sollen». (BGer 2P.222/2003 Urteil vom 6. Februar 2004, E. 4.1. Das Bundesgericht übt dabei eine gewisse Zurückhaltung aus. (BGE 129 I 161 E. 3.5 S. 167). Dabei anerkennt

«die Rechtsprechung grundsätzlich sogar die unbefristete Weiterführung einer Besitzstandsgarantie» (BGer 2P.222/2003 Urteil vom 6. Februar 2004, E. 4.7). 158BGE 118a 245 E. 5d S. 257. Bestätigt in BGer 2P.222/2003 Urteil vom 6. Februar 2004, E. 4.3. 159BGE 125 I 71 E. 2a S. 79; 124 II 409 E. 7 S. 425; 125 II 385 E. 3b S. 387.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 412

in der fraglichen Alterskategorie wesentlich mehr Männer als Frauen befinden, verglichen mit der Gruppe der übrigen Bundesangestellten. Da in casu leider keine statistischen Angaben verfügbar sind, empfiehlt es sich die SAKE Werte beizuziehen, die sich auf die ganze erwerbstätige Bevölkerung der Schweiz beziehen, was mit Blick auf die grosse Anzahl der Bundesangestellten sicherlich zulässig und repräsentativ ist. Dieser Statistik lässt sich entnehmen, dass die Altersgruppe der 55-64-jährigen 574'000 Erwerbstätige umfasst, davon 327'000 Männer und 247'000 Frauen, was einem Männeranteil von 57 Prozent entspricht.<sup>160</sup> Bereits diesen Zahlen kann entnommen werden, dass die hier interessierende Altersgruppe nicht in einem für die Annahme einer indirekten Diskriminierung ausreichenden Umfang<sup>161</sup> wesentlich mehr Männer als Frauen umfasst.

Letztlich ist noch zu klären, ob allenfalls eine indirekte individuelle Diskriminierung vorliegt. Verdient eine Frau bei gleichwertiger Arbeit weniger als ein Mann, müssen dafür als Rechtfertigung sachliche Gründe vorliegen, widrigenfalls von einer indirekten Diskriminierung ausgegangen wird. Grundsätzlich genügt es, wenn ein sachlich nicht gerechtfertigter Lohnunterschied zu einer Person des anderen Geschlechts besteht,<sup>162</sup> auch wenn beide einem geschlechtsneutralen Beruf angehören. Der Lohngleichheitsanspruch und mit ihm das GIG ist auch anwendbar, «wenn eine Frau gleich bezahlt wird wie bestimmte Männer, aber schlechter als andere Männer.»<sup>163</sup> Als sachliche Gründe<sup>164</sup> für Lohnunterschiede, die als nicht diskriminierend erachtet werden, gelten etwa Ausbildung, Alter, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, Aufgabenbereich, Leistung oder Risiken,<sup>165</sup> «sofern diese Aspekte wirklich wesentlich sind bzw. den effektiven Grund für die Ungleichbehandlung darstellen. Auch diese objektiven Gründe können freilich zu Diskriminierungen führen, wenn ihnen ein ungerechtfertigtes, zu hohes Gewicht beigemessen wird.»<sup>166</sup> «Es muss sich also um erhebliche, den Wert der Arbeit tatsächlich beeinflussende Gründe handeln. Im Wesentlichen geht es darum, den Nachweis zu erbringen, dass trotz Anschein der Gleichwertigkeit diese effektiv nicht gegeben ist bzw. die bestehende Lohndifferenz der unterschiedlichen Wertigkeit angemessen ist.»<sup>167</sup>

Die fragliche Regelung von Art. 52a Abs. 2 BPV gilt für sämtliche Angestellten gleichermaßen, sowohl Männer wie auch Frauen können davon profitieren.

Damit besteht m.E. nach keine individuelle indirekte Diskriminierung.<sup>168</sup>

Zusammenfassend komme ich zum Schluss, dass mit der fraglichen Regelung keine indirekte Diskriminierung mit Blick auf die Geschlechtergleichheit bewirkt wird.

## 5. Schlussbemerkungen

Das verfassungsrechtlich explizit verankerte Verbot der Altersdiskriminierung ist noch relativ jung. Seine Aufnahme in den Verfassungstext verleiht ihm aber eine Bedeutung, die über die allgemeine Garantie der Rechtsgleichheit nach Art. 8 Abs. 1 BV hinausgeht. Das gilt insbesondere für die Rechtsetzung auf allen Stufen, welche grundsätzlich altersneutral auszugestalten ist. Aber auch die rechts-

160Der Anteil der Männer an der gesamten erwerbstätigen Bevölkerung entspricht 54.7 %, derjenige der Frauen

#### **E. 5**

Siehe auch Ziff. 8 Sozialplan für die Bundesverwaltung vom Februar 2002.

#### **E. 6**

Art. 52a Abs. 2 BPV: «Muss die Funktion einer Person, die das 55. Altersjahr zurückgelegt hat, tiefer bewertet werden, so wird die Lohnklasse im Arbeitsvertrag sofort angepasst. Der Lohn bleibt unverändert und wird vom Teuerungsausgleich und von einer Lohnentwicklung nach Artikel 39 ausgenommen, bis er den Betrag nicht mehr übersteigt, der auf Grund der Funktionsbewertung und der Personalbeurteilung gerechtfertigt ist. Artikel 40 bleibt vorbehalten.»

#### **E. 7**

Der Bundesrat kann den Lohn einer angestellten Person, die vor der Neubewertung ihrer Funktion das 55. Altersjahr zurückgelegt hat und in der Lohnklasse 32 oder höher eingereiht war, nach zwei Jahren anpassen, sofern der Höchstbetrag der neuen Lohnklasse mehr als 10 Prozent unter demjenigen der bisherigen Lohnklasse liegt.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 394

desverfassung (BV)<sup>8</sup> bezweifelt. Auf eine eingehende Überprüfung der Verfassungsmässigkeit wurde im Rahmen des verwaltungsinternen Verfahrens gleichwohl verzichtet.

Die Möglichkeit zur Tieferbewertung der Funktion von Bundesangestellten ist als Folge der eingangs erwähnten Sanierungsmassnahmen von erheblicher praktischer Bedeutung.<sup>9</sup>

Das vorliegende Gutachten geht nun der Frage nach, ob die zeitlich unlimitierte Lohngarantie für eine bestimmte Altersgruppe von Angestellten verfassungskonform ist oder nicht. Dabei wird die Regelung von Art. 52a Abs. 2 BPV darauf hin überprüft, ob diese das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte Verbot der Altersdiskriminierung verletzt oder nicht. Zuerst wird auf das Erfordernis einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage im Sinne des Art. 164 BV eingegangen. Ergänzend wird auch geprüft, ob eine Verletzung des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebotes (Art. 8 Abs. 1 BV) vorliegt.

2. Das Verbot der Altersdiskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV

#### **E. 8**

SR 101.

#### **E. 9**

Siehe z.B. Solothurner Tagblatt vom 08.12.2006, S. 2.

#### **E. 10**

BBl 1997 I 142 f.; BGE 126 II 377 E. 6.a. S. 392 f.

#### **E. 11**

BGE 126 II 377 E. 6.a S. 392 f.; 129 I 217 E. 2.1 S. 223 f.; 129 I 232 E. 3.4.1 S. 239 f.; 129 I 392 E. 3.2.2 S. 397 f.; 131 V 9 E. 3.4.3 S. 15 f.; 132 I 167 E. 3 S. 169 f.; BGer 2P.77/2000

Urteil vom 30. November 2000, E. 4b; J.P. Müller, Diskriminierungsverbote, S. 110; Kälin/Caroni, S. 76 f.

Oder kurz: «Das Diskriminierungsverbot hat seine zentrale Bedeutung als Verbot, jemanden wegen Eigenschaften, die er nicht ändern kann oder deren Änderung nicht zumutbar ist, zu benachteiligen; eine solche Benachteiligung wird als Herabwürdigung empfunden» (Hangartner, Diskriminierung, S. 102).

#### **E. 12**

BGE 129 I 220 E. 1.1. S. 220 f.; Rieder, S. 93.

#### **E. 13**

BGer I 68/2002 Urteil vom 18. August 2005, E. 5.2.1; vgl. dazu auch Rhinow, Grundzüge, Rz. 1690, der davon spricht, dass die Aufzählung in Abs. 2 diesem Verbot «Sinn, Zielrichtung und Substanz» gibt, so dass es gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz ein eigenes Gepräge erhält.

#### **E. 14**

Rieder, S. 89 ff.; BBl 2004 2140, 2145; Amtl. Bull. SR 33; Schweizer, Rz. 51; Waldmann, Jusletter, Rz. 33; Landolt, S. 620; Hangartner, Diskriminierung, S. 113; Bericht des Bundesrates über Altersschranken, Ziff. 6.1.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 395

besonders qualifizierten Begründungspflicht»<sup>15</sup> untersteht.<sup>16</sup> Sie darf nicht einfach an das Unterscheidungsmerkmal anknüpfen, an die Eigenschaft, welche die diskriminierte Gruppe definiert.<sup>17</sup>

Dabei sind die verschiedenen in Art. 8 Abs. 2 BV aufgeführten Diskriminierungsverbote höchst heterogen. Entsprechend unterschiedlich ist denn auch die Schutzintensität und damit die Anforderung an mögliche Rechtfertigungsgründe für einen Eingriff.<sup>18</sup>

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich das rechtlich geschützte Interesse direkt aus Art. 8 Abs. 2 BV ergibt.<sup>19</sup>

Der Art. 8 Abs. 2 BV verbietet zudem auch eine indirekte Diskriminierung.<sup>20</sup>

#### **E. 15**

Durch den Verfasser hervorgehoben, BGE 126 V 70 E. 4c/bb S. 73 f.; BGE 126 II 377 E. 6a S. 393; BGer 2P.77/2000 Urteil vom 30. November 2000, E. 4.b. Zum Erfordernis der qualifizierten Rechtfertigung vgl. auch AB 1998 [Separatdruck] S. 37, Votum Rhinow, Berichterstatter.

#### **E. 16**

Schefer, Beeinträchtigung von Grundrechten, S. 109; Hangartner, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 2P.190/2004, S. 618; Guckelberger, S. 613 f.; Schweizer, Rz. 48, 55; Rieder, S. 97.

#### **E. 17**

BGE 126 V 70 E. 4c/bb S. 73; vgl. auch BGE 126 II 377 E. 6a S. 393. BGE 131 V 9 E. 3.4.3 S. 15 f.; BGer 2P.190/2004 Urteil vom 24. November 2004, E. 6.1.2; Waldmann,

Diskriminierungsverbot, S. 741 f.; Häfelin/Haller, Rz. 776.

#### **E. 18**

Schefer/Rhinow, S. 3 (die von einem fließenden Übergang zwischen allgemeinem Gleichheitssatz und den Verboten der Diskriminierung im Hinblick auf die Intensität des gewährleisteten Schutzes sprechen); Weber-Dürler, Rz. 26; Schweizer, Rz. 63; Schefer, Beeinträchtigung von Grundrechten, S. 109; Schefer, Grundrechte in der Schweiz, S. 254; Hangartner, Diskriminierung, S. 116.

#### **E. 19**

BGE 129 I 217 E. 1.1 S. 220.

#### **E. 20**

Rhinow, Rz. 1697; Häfelin/Haller, Rz. 776; BGE 126 II 377 E. 6c S. 393 f.; BGE 132 I 167 E. 3 S. 169 f.; BGer 2P.77/2000 Urteil vom 30. November 2000, E. 4.d.

#### **E. 21**

Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 482.

#### **E. 22**

BGE 129 I 217 E. 1.1 S. 223 f.; 126 II 377 E. 6.a. S. 392 f.; BGer 2P.77/2000 Urteil vom 30. November 2000, E. 4.d; BGE 131 V 9 E. 3.4.3 S. 15 f.

#### **E. 23**

Das Anknüpfungsverbot verbietet dem Gesetzgeber per se, eine Ungleichbehandlung an eines der in Art. 8 Abs. 2 BV aufgeführten Merkmale anzuknüpfen; dieser Schutz gilt symmetrisch (Schweizer, Rz. 48; J.P. Müller, Grundrechte, S. 412, 414, 416; Schefer/Rhinow, S. 4; Schefer, Kerngehalte von Grundrechten, S. 485 f.). Das Benachteiligungsverbot hingegen verbietet die Benachteiligung der geschützten Personengruppe; dieser Schutz ist daher asymmetrisch (Schefer, Kerngehalte von Grundrechten, S. 486; Schefer/Rhinow, S. 5; Schweizer, Rz. 48).

#### **E. 24**

Die neuere Lehre schlägt vor, je nach den in Frage stehenden Diskriminierungsverboten zu differenzieren (Schefer, Kerngehalte von Grundrechten, S. 490 ff.; Weber-Dürler, Rz. 26; Schweizer, Rz. 48, 54, 63).

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 396

von zwei politischen Parteien,<sup>25</sup> dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund und mehreren Organisationen<sup>26</sup> verlangt. Der Bundesrat berücksichtigte dieses Anliegen in seinem Verfassungsentwurf von 1996 jedoch nicht und wies stattdessen darauf hin, dass es sich bei der Auflistung der Diskriminierungstatbestände um keine abschliessende Liste handle, die folglich einer Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung offen stehe.<sup>27</sup> Das Kriterium des Alters fand erst als Ergebnis der parlamentarischen Verhandlungen Eingang in den Verfassungstext.<sup>28</sup>

#### **E. 25**

Sozialdemokratische Partei der Schweiz, Grüne.

**E. 26**

Vornehmlich aus den Bereichen Frauen, Familien und Jugend. Vgl. die detaillierte Zusammenstellung der Vernehmlassungsergebnisse, Bern 1996, S. 48 E. 1.

**E. 27**

Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S. 143.

**E. 28**

Der Nationalrat lehnte am 18. März 1998 einen Minderheitsantrag IV, der die Diskriminierungstatbestände um jenen des Alters erweitern wollte, mit 86 zu 69 Stimmen ab (AB 1998 N Separatdruck S. 176). In der Differenzbereinigung sprach sich der Ständerat am 18. Juni 1998 für die Erwähnung des Alters aus. Der Vertreter des Bundesrates hatte keinerlei Einwände dagegen (AB 1998 S Separatdruck S. 155). Die Fassung des Ständerates wurde vom Nationalrat am 23. September 1998 übernommen (AB 1998 N Separatdruck S. 415 f.).

**E. 29**

BGE 126 II 377 E. 6 S. 392 f.; Votum Rhinow, AB 1998 S Separatdruck S. 36.

**E. 30**

Siehe aber Waldmann, Diskriminierung, S. 17 f., 732 ff.

**E. 31**

Schefer, Kerngehalte von Grundrechten, S. 491. Vgl. für Ausführungen betr. Altersbeschränkungen bei politischen Mandaten, den Bericht des Bundesrates über Altersschranken auf kantonaler und kommunaler Ebene für Mitglieder der Exekutive und der Legislative vom 21. April 2004, BBl 2004 2113 ff. sowie Schefer/Rhinow, Zulässigkeit von Altersgrenzen für politische Ämter aus Sicht der Grundrechte, Jusletter 7. April 2003; Kettiger, Zur rechtlichen Problematik von Altersgrenzen für öffentliche Ämter, Jusletter 19. August 2002.

**E. 32**

Votum Rhinow, AB 1998 S Separatdruck S. 37; BGE 126 V 70 E. 4c/bb S. 73; 126 II 377 E. 6.a S. 393; 129 I 217 E. 2.1 S. 224; 130 I 352 E. 6.1.2 S. 357.

**E. 33**

BGer 2A.292/2004 Urteil vom 7. Juni 2004, E. 2.2.2.; Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 327 f.; J.P. Müller, Die Diskriminierungsverbote, S. 120 f.; Schweizer, Rz. 54; Grisel, N 152; Bericht Bundesrat, Ziff. 6.1.

**E. 34**

Rieder, S. 97; Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 327, 334 f., 733.

**E. 35**

Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 732.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 397

Für das Verbot der Altersdiskriminierung bedeutet dies konkret: Rechtliche Regelungen sind grundsätzlich altersneutral auszugestalten. Soweit sie ausnahmsweise an das

Kriterium des Alters unterschiedliche Rechtsfolgen anknüpfen, gelten sie als fragwürdig oder suspekt<sup>36</sup> und bedürfen daher einer qualifizierten Rechtfertigung.<sup>37</sup> Sie sind nur dann zulässig, wenn sie sachlich begründet und für die Erreichung des angestrebten Ziels geeignet, notwendig und für die betroffene Personengruppe zumutbar sind. Es müssen dabei qualifizierte Gründe für das öffentliche Interesse und für das Bestehen der Verhältnismässigkeitsprüfung vorliegen.<sup>38</sup>

#### **E. 36**

Schweizer, Rz. 48.

#### **E. 37**

Hangartner, Diskriminierung, S. 102; Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 732; BGE 126 V 70 E. 4c/bb; BGE 126 II 377 E. 6a S. 393. Bericht des Bundesrates, Ziff. 6.1.

#### **E. 38**

Bericht des Bundesrates, S. 2140; Botschaft über eine neue Bundesverfassung, S.133 f.; Hangartner, Art. 5 BV, Rz. 33 ff.

#### **E. 39**

Aubert/Mahon, S. 83; Auer/Malinverni/Hottelier, Rz. 1088; Rhinow, Rz. 1721; Schefer/Rhinow, S. 5 ff.

#### **E. 40**

Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 717; Hangartner, Altersgrenzen, S. 342; Hangartner, Diskriminierung, S. 103 f.; Rieder, S. 95 f.

#### **E. 41**

AB 1998 S Separatdruck, S. 155, Votum Inderkum.

#### **E. 42**

AB 1998 N Separatdruck S. 155, Votum Gysin.

#### **E. 43**

Zudem lassen sich in der Geschichte keine systematisch benachteiligten Altersgruppen feststellen (Waldmann, Jusletter, Rz. 25). Das Diskriminierungsverbot ist darauf gerichtet, die Würde aller Menschen vor Beeinträchtigungen zu schützen (Waldmann, Jusletter, Rz. 26).

#### **E. 44**

Art. 11 BV.

#### **E. 45**

Art. 111 f. BV.

#### **E. 45.3**

%. <sup>161</sup>Dieser liegt bei einem Anteil über 70 %; vgl. dazu Epiney/Duttwiler, S. 50. BGE 125 II 530 E. 2 S. 532; 125 II 385 E. 3 S. 387. Seiler unterscheidet dabei Männerberufe von Frauenberufen, und fordert für erstere einen Anteil von «etwa 80-90 %», damit ein Beruf als typisch männlich angesehen werden kann, für letztere 70-75 % (Seiler, S. 125). <sup>162</sup>BGE 127 III 207 E. 5e S. 217. <sup>163</sup>Seiler, S. 123. BGE 127 III 207 E.4b S. 214 f. <sup>164</sup>Das heisst aber auch, dass es nicht einer besonders qualifizierten Rechtfertigung bedarf. BGE 130 III

145 E. 5.2 S. 164 f.; 127 III 207 E. 3b in fine; 125 III 368 E. 4 S. 372 f. 165BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f.; 127 III 207 E. 3c S. 213 f.; 125 III 368 E. 5 S. 372 f.; 124 II 409 E. 3c S. 421. 166Seiler, S. 130. Oder wie das Bundesgericht ausführte: «In der Regel vermögen objektive Gründe im umschriebenen Sinne jedoch eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen, wenn sie für die konkrete Arbeitsleistung und Lohngestaltung auch wirklich wesentlich sind und entsprechend konsequent die Löhne derselben Arbeitgeberin beeinflussen» (BGE 125 III 368 E. 5 S. 372 f.). 167Stauber-Moser, S. 1361. 168Soweit ersichtlich wurde diese Frage noch nie thematisiert.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 413

anwendenden Behörden haben dieses Verbot zu beachten und zu dessen Verwirklichung beizutragen.

Dabei sind ungleiche Behandlungen wegen des Alters nicht gänzlich ausgeschlossen, anders als beispielsweise bei der Rasse, wonach die Rassenzugehörigkeit alleine keinen zulässigen Grund für eine Schlechterbehandlung sein kann. Allerdings sind Ungleichbehandlungen wegen des Alters nur beschränkt möglich, sofern sie einem legitimen Ziel dienen und sich als verhältnismässig erweisen. Dabei ist von einer im Vergleich zu Art. 8 Abs. 1 BV erhöhten Rechtfertigungsintensität auszugehen.

Art. 52a Abs. 2 BPV erweist sich als nicht konform sowohl mit dem verfassungsrechtlich verankerten Gebot der Rechtsgleichheit als auch mit dem Diskriminierungsverbot. So sind keine hinreichenden Gründe zu erkennen, die die konkret getroffene Ungleichbehandlung der verschiedenen Altersgruppen zu rechtfertigen vermöchten. Zudem entsprechen diese auch nicht den Kriterien der Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit. Weitergehend verletzt die Bestimmung die verfassungsrechtlichen Delegationsgrundsätze, wonach wichtige Bestimmungen durch den Gesetzgeber erlassen werden müssen; damit fehlt es an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage.

Art. 52a Abs. 2 BPV sollte vom Bundesrat als kompetenter Behörde aufgehoben<sup>169</sup> und bis dahin durch die zuständigen Verwaltungsstellen nicht mehr angewendet werden.<sup>170</sup>

Quellen:

- Mündliche Besprechungen mit Herrn Dr. Thomas Säggerer - Bundesverfassung, einschlägige Gesetze und Verordnungen - Bundesgerichtsentscheide - Diverse Literatur - Bundesblatt, Botschaften - Berichte, Gutachten

<sup>169</sup>Und allenfalls durch eine kurze Übergangsregelung ersetzt werden, vgl. dazu S. 17 am Ende der ersten Hälfte. <sup>170</sup>Intertemporalrechtlich wäre ein revidierter Art. 52a Abs. 2 BPV sofort anwendbar, ist doch bei zeitlich offenen Dauerschuldverhältnissen – wie beim öffentlichen Anstellungsverhältnis – neues Recht sofort anwendbar, auch wenn der dauerhafte Sachverhalt durch eine vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingetretene Tatsache ausgelöst wurde. Zur Bestimmung des anwendbaren materiellen Rechts ist dabei grundsätzlich auf den Zeitpunkt, in welchem sich die relevanten Tatsachen abgespielt haben, abzustellen. Für die Tieferbewertung wäre dies der Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung betreffend Rückstufung resp. Tieferbewertung. Damit würde ein revidierter Art. 52a Abs. 2 BPV für alle zukünftigen Fälle einer Tieferbewertung zur Anwendung gelangen. Für die bereits verfügbaren Tieferbewertungen (unter gleichzeitiger Festschreibung der Lohngarantie im Arbeitsvertrag) der das 55. Altersjahr zurückgelegten

Angestellten bleibt wohl der heutige Art. 52a Abs. 2 BPV die massgebende Bestimmung; dies auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes. Vgl. dazu Entscheid der PRK vom 07. September 2006 [PRK 2006-014], E. 5 S. 10.

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 2008.27 - Vereinbarkeit des ab einem bestimmten Alters vorgesehenen Verzichtes auf Lohnanpassungen nach Tieferbewertungen der Funktion mit der verfassungsrechtlichen Rechtsgleichheitsgarantie, Gutachten vom 27.12.2006 mit Ergänzungen vom 31.3.200... In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2008 Année Anno Band - Volume Volume Seite 390-413 Page Pagina Ref. No 150 000 122 Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert. Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale. Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.

#### **E. 46**

«Alter» ist eine neutrale Formulierung, da dieses ganz allgemein die Lebensdauer eines Menschen bezeichnet, die seit der Geburt verstrichen ist (Pulver, N 308). In diesem Zusammenhang ist auch auf die besondere Bedeutung des Wortlauts infolge der Neuheit des Textes hinzuweisen, vgl. dazu Tschannen, S. 238 («Trotzdem kann in einem bestimmten Sinn von einem Bedeutungszuwachs des Verfassungswortlauts gesprochen werden.»).

#### **E. 47**

Gl. A. Hangartner, Diskriminierung, S. 103; Hangartner, Altersgrenzen, S. 341 f.; Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 717, 733. «Nach herrschender Auffassung und Praxis schützen jedoch völkerrechtliche Diskriminierungsverbote alle Menschen vor entwürdigender Behandlung aufgrund bestimmter personenbezogener Merkmale.» (Waldmann, Jusletter, Rz. 28). Sinngemäss auch so Weber-Dürler, Rz. 24; Rhinow, Rz. 1721.

Ein symmetrischer Ansatz gilt im Übrigen auch betr. Art. 8 Abs. 3 BV (vgl. dazu Epiney/Duttwiler, S. 41 f.). Dies ergibt sich zudem implizite auch aus BGE 126 V 70 E. 4.c/cc S. 74. Das Bundesgericht hat sich bisher soweit ersichtlich betr. dieses Merkmals nie einschränkend geäussert.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 398

gegenüber Jüngeren, sondern auch umgekehrt; ja es schützt ganz grundsätzlich jede denkbare Altersgruppe vor einer Benachteiligung gegenüber einer anderen.<sup>48</sup>

Soweit gewisse Altersgruppen eines spezifischen Schutzes bedürfen, kann dem dadurch Rechnung getragen werden, dass erhöhte Voraussetzungen zur Annahme einer qualifizierten Rechtfertigung verlangt werden.<sup>49</sup> Ob ein spezifischer Schutz erforderlich ist, kann jedoch nur im konkreten Sachzusammenhang beurteilt werden. Die Annahme einer generellen Schutzbedürftigkeit der Personengruppe der älteren oder betagten Mitmenschen ist jedoch angesichts ihrer Einflussnahme auf staatliche Entscheidungsprozesse,

ihr demographisches Übergewicht gegenüber den anderen Generationen sowie ihre sozialstaatliche Absicherung nicht angezeigt.<sup>50</sup> Das bedeutet auch, dass Fördermassnahmen<sup>51</sup> zugunsten dieser Personengruppe nicht einfach zulässig sind, sondern qualifiziert begründet werden müssen und das Diskriminierungsverbot der dadurch gleichzeitig benachteiligten Altersgruppen nicht verletzen dürfen, resp. die entsprechenden Eingriffsvoraussetzungen zu beachten haben (vgl. Ziff. 2.2.2).<sup>52</sup>

3. Sind die altersspezifischen Lohngarantien nach Art. 52a Abs. 2 BPV mit dem Verbot der Altersdiskriminierung vereinbar?

#### **E. 48**

Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 717; dieser Autor spricht davon, dass es sich beim Alter um ein persönlichkeitsbezogenes Merkmal handelt, «das je nach Sachbereich und örtlichem sowie zeitlichem Kontext für Angehörige einer jeden Altersgruppe zum stigmatisierenden Identitätsfaktor werden kann. Angesichts des Schutzzweckes von Art. 8 Abs. 2 BV, auch potentielle Angriffe auf die Menschenwürde zu erfassen, ist es geradezu geboten, das Alter schlechthin zum sensiblen Merkmal zu erklären.»

#### **E. 49**

Waldmann, Diskriminierungsverbot, S. 717.

#### **E. 50**

Vgl. auch J. P. Müller, Diskriminierungsverbote, S. 119 f. <sup>51</sup> Sog. affirmative action, vgl. auch Hangartner, Diskriminierung, S. 115; G. Müller, Rz. 137b f. <sup>52</sup> Das Bundesgericht fordert bei Fördermassnahmen im Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 3 BV grundsätzlich ein Gesetz im formellen Sinn (BGE 131 II 361 E. 7.4. S. 385 ff.); vgl. auch die Besprechungen von Hangartner in: AJP 2005 S. 1414 ff. sowie von Kägi-Diener in: AJP 2006 S. 107 ff). Die Delegationsnormen werden an einem sehr strengen Massstab gemessen, da solche politisch heikle Fragen eines eingehenden politischen Diskurses und einer verstärkt demokratischen Legitimation bedürfen (BGE 131 II S. 361 E. 7.4. S. 385 ff.). Ebenso wird eine eingehende Prüfung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gefordert (BGE 131 II 361 E. 5.3 f. S. 374 ff.). Rhinow, Rz. 1710 f., Rz. 1655 f.

Diese Grundsätze sind auf Art. 8 Abs. 2 BV zu übertragen. Zudem muss eine aktuelle, tatsächliche gesellschaftliche Schlechterstellung bestehen, damit solche Massnahmen überhaupt zulässig sein können. Schweizer, Rz. 60. 53 Bis LK 13. 54 LK 14-23. 55 LK 24-31. 56 LK 32-38. Berechnet jeweils auf 100% (Höchstbeträge) der Beurteilungsstufe A.

Gutachten Thomas F. Grütter

VPB/JAAC/GAAC 2008, Ausgabe vom 3. Dezember 2008 399

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.