

Die Vorinstanz hielt vielmehr fest, dass «wie dem Kündigungsschreiben zu entnehmen ist, wurde dem damals 70-jährigen Kläger gekündigt, weil er das Pensionierungsalter längst erreicht hatte und weil eine öffentlich-rechtliche Anstellung ab 1. Januar 2012 ausgeschlossen war und eine privatrechtliche Weiterbeschäftigung aus Gründen der Gleichbehandlung mit öffentlich-rechtlich Angestellten ausser Betracht fiel». Daraus ergibt sich, dass der eigentliche Grund für die Kündigung das Alter von A. war.

**3.4** Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beschwerdegegnerin wurde somit objektiv durch das Alter von A. begründet. Eine ordentliche Kündigung bei Erreichen des Pensionsalters ist – vorbehaltlich besonderer Umstände – nicht missbräuchlich. Soweit A. in diesem Zusammenhang eine Diskriminierung aufgrund des Alters (Art. 8 Abs. 2 BV) ausmacht, übergeht er, dass er sich im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis nicht auf unmittelbar diesen grundrechtlichen Schutz berufen kann. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass der Europäische Gerichtshof, der sich gestützt auf die Richtlinie 2000/78 auch im Hinblick auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse schon öfters mit der Frage beschäftigten musste, ob Altersgrenzen eine Diskriminierung wegen des Alters beinhalteten, wiederholt festgehalten hat, solche Regelungen würden dem «legitimen sozialpolitischen Ziel» entsprechen, eine ausgewogene Altersstruktur zu schaffen und im Interesse einer Verteilung der Beschäftigung zwischen den Generationen die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer zu fördern. Entsprechend verneinte er eine Diskriminierung.

*Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 17. Februar 2014 (4A\_399/2013)*

## Urteil

# Zuschlag für freiwillig erfolgte Nachtarbeit

Nimmt der Arbeitgeber in Kauf, dass seine Mitarbeiter Nachtarbeit leisten, obwohl er dies nicht angeordnet hat, sind die normalen Zuschläge zu bezahlen. Es genügt nicht, dass der Arbeitgeber Nachtarbeit als unerwünscht erklärt. Er muss das Verbot auch durchsetzen. An der Belastung durch die Nachtarbeit ändert sich nichts, auch wenn sie nicht angeordnet wurde.

## Sachverhalt

Den von A. verlangten Zuschlag für Nachtarbeit wies das Landgericht ab. Die Y. AG habe A. bezüglich der Nachtarbeit mehrmals abgemahnt und diese mithin nicht angeordnet. Daher sei kein Zuschlag geschuldet.

## Aus den Erwägungen

**4.1** A. beruft sich auf eine Zeugenaussage, wonach Y. froh gewesen sei, wenn die Arbeitnehmer länger gearbeitet hätten. Ein anderer Zeuge habe angegeben, mehrere hätten schon um 4.00 Uhr gearbeitet. Ein weiterer Zeuge habe bestätigt, die meisten Mitarbeiter hätten schon um 5.00 Uhr angefangen und bis 22.00/23.00 Uhr gearbeitet. Teilweise seien Mitarbeiter sogar nach geleisteten Überstunden telefonisch wieder zur Arbeit zurückgeholt worden. A. macht geltend, er sei nicht der Einzige gewesen, der jeweils vor 6.00 Uhr mit der Arbeit begonnen habe, wogegen Y. nichts einzuwenden gehabt habe. Erst nachdem zwei Mitarbeiter Forderungen gestellt hätten, sei ihr bewusst geworden, dass Nachtarbeit mit einem Zuschlag von 50 Prozent des Stundenlohns zu entschädigen sei. Ab diesem Zeitpunkt habe sie A. ermahnt, nicht mehr vor 5.00 Uhr mit der Arbeit zu beginnen. Die Aussage, er sei mehrmals ermahnt worden, stamme von drei Mitgliedern der Betriebsleitung, die nicht objektiv

seien. Sein Vorgesetzter habe nur ausgesagt, A. habe eigenmächtig manchmal vor 6.00 Uhr mit der Arbeit begonnen. Zudem sehe weder das Arbeitsgesetz noch der LGAV vor, dass für freiwillig erfolgte Nachtarbeit kein Zuschlag zu zahlen wäre.

**4.2** Selbst wenn Y. froh gewesen sein sollte, dass die Arbeitnehmer länger arbeiteten, folgt daraus in tatsächlicher Hinsicht nicht, dass sie die Nachtarbeit angeordnet hätte. Als Anordnung wäre es dagegen zu qualifizieren, falls Mitarbeiter nach geleisteten Überstunden telefonisch wieder zur Arbeit zurückgeholt worden sein sollten. Diese Aussage bezieht sich allerdings offensichtlich nicht auf den Arbeitsbeginn. Damit gelingt es A. nicht, die Feststellung, die Nachtarbeit sei nicht angeordnet, sondern freiwillig geleistet worden, als offensichtlich unhaltbar auszuweisen. Dafür spricht auch die von A. angeführte Aussage seines Vorgesetzten, der angab, A. habe «eigenmächtig» gehandelt. Zu prüfen bleibt die Frage, ob dies die geltend gemachten Ansprüche ausschliesst, wie die kantonalen Instanzen annehmen.

**4.2.1** Nach Art. 10 Abs. 1 ArG gilt die Arbeit von 6 Uhr bis 20 Uhr als Tagesarbeit und die Arbeit von 20 Uhr bis 23 Uhr als Abendarbeit. Beides ist bewilli-



Illustration: Livia Lüthi

**4.2.2** Auch wenn der Arbeitgeber die Nachtarbeit nicht angeordnet hat, treten deren nachteilige Folgen auf. Wenn es betrieblich nicht notwendig ist, soll (auch freiwillig) keine Nachtarbeit geleistet werden. Wenn der Arbeitnehmer mit Wissen des Arbeitgebers regelmässig Nachtarbeit leistet, stehen ihm die im Gesetz oder LGAV als Ausgleich dafür vorgesehenen Ansprüche zu, auch wenn der Arbeitgeber die Nachtarbeit nicht angeordnet haben sollte. Die Frage, ob der Arbeitnehmer den Zuschlag auch beanspruchen kann, wenn er entgegen der ausdrücklichen Weisung des Arbeitgebers Nachtarbeit leistet, kann offen bleiben. Sie stellt sich nur für die Zeit, nachdem eine entsprechende Weisung oder Abmahnung erfolgt ist, und unter der Voraussetzung, dass ihr nicht bloss formaler Charakter zukommt, sondern Nachachtung verschafft wird. Der Arbeitgeber kann die Zuschläge für Nachtarbeit nicht verweigern, wenn er diese trotz Abmahnung faktisch duldet. (...)

Selbst wenn aber bereits zu Beginn Weisungen bestanden haben oder Abmahnungen erfolgt sein sollten, hätte deren Missachtung keinerlei Konsequenzen seitens der Arbeitgeberin nach sich gezogen. Dies würde aber bedeuten, dass diese die Nachtarbeit trotz der formellen Abmahnung faktisch geduldet hat. Daher ist der Nachzuschlag jedenfalls geschuldet.

*Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 19. Dezember 2013 (4A\_434/2013)*

gungsfrei. Untersagt ist hingegen die Beschäftigung von Arbeitnehmern ausserhalb der betrieblichen Tages- und Abendarbeit (Nachtarbeit; Art. 16 ArG). Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit bedürfen der Bewilligung (Art. 17 Abs. 1 ArG).

Insbesondere setzt die Bewilligung dauernder Nachtarbeit deren Unentbehrlichkeit aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen voraus (Art. 17 Abs. 2 ArG). Das Arbeitsgesetz dient dem Arbeitnehmerschutz, insbesondere in gesundheitlicher und sozialer Hinsicht. Die Bestimmungen über die Nachtarbeit und die Dauernachtarbeit bezwecken mithin in erster Linie, Gesundheitsstörungen und übermässige Belastungen des familiären und sozialen Lebens

beim Arbeitnehmer zu vermeiden. Das Arbeitsgesetz setzt für die Nachtarbeit das Einverständnis der Arbeitnehmer voraus (Art. 17 Abs. 6 ArG), macht die Zulässigkeit der Nachtarbeit aber nicht einzig davon abhängig. Der Schutz der Arbeitnehmer wäre erheblich eingeschränkt, wenn davon durch individuelle oder allenfalls kollektive Zustimmung jederzeit abgewichen werden könnte, zumal die einzelnen Arbeitnehmer unter Umständen einem erheblichen Druck von Seiten des Arbeitgebers oder allenfalls der Gruppe der übrigen Arbeitnehmer ausgesetzt sein könnten. Der Lohnzuschlag nach Art. 17b ArG ist auch dann geschuldet, wenn die Bewilligung zur Nachtarbeit nicht eingeholt wurde.

Darf ein in der Personalkommission aktiver Mitarbeitender aus wirtschaftlichen Gründen entlassen werden?  
Was ist bei der Zustellung von Pensionskassenausweisen an die Arbeitnehmenden zu beachten?  
Antworten finden Sie in:

## SAE 2013

### Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheide

Ideal für Juristen und Personalverantwortliche,  
die mit arbeitsrechtlichen Fragen konfrontiert sind.



SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND  
UNION PATRONALE SUISSE  
UNIONE SVIZZERA DEGLI IMPRENDITORI

Bestellungen:  
bestellungen@arbeitgeber.ch  
www.arbeitgeber.ch  
Telefon: +41 (0)44 421 17 17