

*Urteil*

## Kündigung wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit

Wird einem gewählten Arbeitnehmervertreter gekündigt, muss der Arbeitgeber beweisen, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hat. GAV-Bestimmungen sind darauf zu überprüfen, ob sie zusätzliche Sanktionen für den Fall einer Entlassung vorsehen.

### Sachverhalt

X. & Cie, Kollektivgesellschaft mit Sitz in Genf, stellte die in Genf ansässige A. auf den 18. November 2005 als temporäre Verkaufsmitarbeiterin ein.

Wie die Gewerkschaft Z. hatte auch X. den für sämtliche Mitarbeitenden von X. geltenden Rahmenarbeitsvertrag des Detailhandels 2008–2010 unterzeichnet. Art. 17.2 dieses Vertrages lautet wie folgt: «Mitarbeitende dürfen aufgrund ihrer Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter, Gewerkschaftsdelegierte oder Mitglieder der Personalkommissionen nicht diskriminiert werden.»

A. war Mitglied der Gewerkschaft Z. Sie vertrat Z. unter anderem in Sitzungen der paritätischen Kommission des Rahmenarbeitsvertrages des Genfer Detailhandels sowie in tripartiten Sitzungen. An der Weihnachtsfeier mit den Familien des Personals vom 10. Dezember 2006 trug sie eine Plakette, die den gewerkschaftlichen Konflikt über den Abendverkauf thematisierte. Anfang 2007 verteilte sie im Innern des Geschäfts Flugblätter, was ihr nach Beschwerden von Kolleginnen und Kollegen eine Verwarnung von X. eintrug, deren Berechtigung von Z. angefochten wurde. Im Dezember 2008 wurde sie zur Präsidentin der Genfer Sektion von Z. gewählt. In einer Zeit gespannter Beziehungen zwischen der Gewerkschaft Z. und X. wurde A. als Mitglied der Personalkommission vorgeschlagen, welche die Z. in den Geschäften X. bilden wollte.

Das Verhalten von A. bei der Arbeit gab Anlass zur Kritik. Anlässlich zweier Beurteilungsgespräche im Jahr 2008 hielt ihr Vorgesetzter unter anderem fest, ihre Beziehungen zu den meisten Kolleginnen und Kollegen seien schlecht,

sie habe Kommunikationsschwierigkeiten, und es falle ihr schwer, Kritik von ihren Vorgesetzten zu akzeptieren. Sie sei zwar sehr zuvorkommend, wenn jemand Probleme mit dem Arbeitgeber habe, werde von ihren Kolleginnen und Kollegen sowie von ihren direkten Vorgesetzten jedoch als autoritär und arrogant empfunden. Die Personalchefin bestätigte, A. würde ihre Kolleginnen und Kollegen beschimpfen. Der Verkaufsleiter erklärte, zwei Kolleginnen von A. seien von ihr nach eigenen Angaben herablassend und geringschätzig behandelt worden, worauf eine von ihnen sogar mit Schlafproblemen zu kämpfen gehabt habe. Ihr Vorgesetzter sagte aus, sie habe systematisch alles bestritten und keinerlei Anregungen akzeptiert.

In einem Artikel, der am 24. Dezember 2008 in der Tribune de Genève erschien, erklärte A., die ohne Hinweis auf ihre gewerkschaftliche Tätigkeit als Verkäuferin in einem Genfer Warenhaus präsentiert wurde: «Es stimmt nicht, dass wir uns freiwillig für die Arbeit an gewissen Abenden zur Verfügung stellen. Die meisten Geschäfte zwingen den wöchentlichen Arbeitsplan auf. In gewissen Wochen kürzen sie die Arbeitszeit willkürlich, was uns zwingt, diese Stunden im Abendverkauf zu leisten (...).»

Mit Schreiben vom 18. Februar 2009 erhielt A. von X. die Entlassung auf den 30. April 2009. Begründet wurde diese mit ihrem Verhalten am Arbeitsplatz und ihrer Erklärung gegenüber der Zeitung, die dem Ansehen des Unternehmens geschadet habe.

### Aus den Erwägungen

**2.1** Die Parteien hatten einen Einzelarbeitsvertrag geschlossen (Art. 319 Abs. 1



OR). X. hat das Arbeitsverhältnis mit A. ordentlich gekündigt (Art. 335 und 335c OR).

A. behauptet, diese Kündigung sei missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1, lit. b OR (Kündigung, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt), Art. 336 Abs. 2, lit. a OR (Kündigung, weil der Arbeitnehmer einem Arbeitnehmerverband angehört oder eine gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig ausübt) und Art. 336 Abs. 2, lit. b OR (Kündigung, während der Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist).

Um zu beurteilen, ob die Bedingungen einer dieser Bestimmungen erfüllt sind, ist zunächst der tatsächliche Kündigungsgrund zu ermitteln; dabei handelt es sich um eine Tatsachenfrage, und die Beweislast liegt beim Arbeitnehmer als Kläger. Kann der Arbeitnehmer jedoch nachweisen, dass die Kündigung ausgesprochen wird, während er gewählter Arbeitnehmervertreter in einer betrieblichen oder in einer dem Unternehmen angeschlossenen Einrichtung ist, muss der Arbeitgeber beweisen, dass er einen begründeten Anlass zur Kündigung hatte (Art. 336 Abs. 2, lit. b OR). Bestehen mehrere tatsächliche Kündigungsgründe und sind einige von ihnen nicht zulässig, ist – ebenfalls durch Feststellung der Tatsachen – zu ermitteln, ob die Kündigung auch ohne die unzu-



Illustration: Livia Lüthi

lässigen Gründe hätte ausgesprochen werden können.

Sind die Bedingungen einer der angeführten Bestimmungen erfüllt, so darf nicht daraus abgeleitet werden, dass die Kündigung nichtig oder anfechtbar ist und dass der Arbeitnehmer weiterhin Anspruch auf seinen Lohn hat. Eine missbräuchliche Kündigung gibt dem Arbeitnehmer nur Anspruch auf die in Art. 336a OR vorgesehene Entschädigung.

Eine Verbindung mit einem Anspruch auf Genugtuung nach Art. 49 OR kann nur dann in Erwägung gezogen werden, wenn der Arbeitnehmer eine Verletzung seiner Persönlichkeit erlitten hat, die sich deutlich von derjenigen unterscheidet, die sich bereits aus einer missbräuchlichen Kündigung ergeben hat. Im vorliegenden Fall geht aus den kantonalen Feststellungen nicht hervor, dass A. eine andere Verletzung ihrer Persönlichkeit als diejenige erlitten hat, die sich aus der Kündigung ergibt, sodass sie bei einer missbräuchlichen Kündigung nur

Anspruch auf die in Art. 336a OR vorgesehene Entschädigung hat.

Damit aber eine solche Entschädigung gewährt werden kann, muss der Arbeitnehmer die in Art. 336b OR verankerten Fristen beachtet haben. Dabei handelt es sich um Verwirkungsfristen, weshalb ihre Nichteinhaltung zum Verlust des Anspruchs führt.

Vorerst ist die Frage zu klären, ob diese Fristen eingehalten wurden.

**2.2** Vermutlich zur Umgehung dieses Problems behauptet A., die Kündigung sei ganz nichtig (Art. 20 OR), weil sie gegen Art. 17.2 des anwendbaren Gesamtarbeitsvertrages verstosse.

Es stellt sich somit ein Problem der Auslegung der geltend gemachten Bestimmung.

Aus der angerufenen Bestimmung geht hervor, dass die Diskriminierung oder Entlassung von Mitarbeitenden aufgrund ihrer Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter, Gewerkschaftsdelegierte oder Mitglieder der Personalkommissionen untersagt ist. Es ist jedoch festzustellen, dass in dieser Bestimmung keinerlei Sanktionen für den Fall ihrer Verletzung vorgesehen sind. Im konkreten Entlassungsfall soll die Bestimmung die Arbeitnehmervertreter, die Gewerkschaftsdelegierten und die Mitglieder der Personalkommissionen bei ihrer Tätigkeit schützen. Dasselbe Anliegen findet man in Art. 336 Abs. 2, lit. a und b OR. Ist keine besondere Sanktion vorgesehen, so muss man annehmen, dass diese Bestimmung den gesetzlichen Schutz, der bereits in Art. 336 Abs. 2, lit. a und b OR verankert ist, ergänzen oder präzisieren soll. Man darf deshalb die erwähnte Bestimmung nicht dahin gehend auslegen, dass die Parteien die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von dagegen verstossenden Kündigungen gewollt ha-

ben; in Wirklichkeit handelt es sich um eine Ergänzung, die sich in das Rechtssystem einordnet, sodass bei ihrer Verletzung nur die in Art. 336a OR vorgesehene Sanktion zu gewärtigen ist. Da damit ohne weitere Präzisierung des Verfahrens oder der Sanktion nur das Rechtssystem ergänzt wird, ist davon auszugehen, dass auch Art. 336b OR anwendbar ist.

**2.3** Deshalb ist in jedem Fall zu prüfen, ob A. die Verfahrensregeln von Art. 336b OR beachtet hat.

Wer gestützt auf Art. 336 und 336a OR eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der kündigenden Partei schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). In der Tat wurde festgestellt, dass A. durch Vermittlung ihrer Gewerkschaft diese Frist eingehalten und Einsprache gegen die Kündigung erhoben hat. Diese Frage wird im Übrigen nicht bestritten.

Einigen sich die Parteien (wie im vorliegenden Fall) nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen; wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt (Art. 336b Abs. 2 OR).

Es wurde aber festgestellt, dass A. nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, das im Entlassungsschreiben auf den 30. April 2009 festgelegt worden war, eine Klage anhängig gemacht hat.

*Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts, 1. November 2012 (4A\_316/2012) (Übersetzung aus dem Französischen)*

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