

**02**  
**23****legalis brief**  
**Fachdienst**  
**Arbeitsrecht**  
**Regesten****Anwendungsbereich des AVE LMV auf «Mischbetriebe»,  
missbräuchliche Rache Kündigung****OGer AG ZOR.2022.49 vom 28.06.2023**AVE LMV, **Art. 336 OR**

A war ab 1. März 2008 bei der B als Chauffeur angestellt. Er machte Ansprüche aus Mehrstunden und wegen missbräuchlicher Kündigung geltend. Ein Anspruch aus Mehrstunden wurde gestützt auf die Jahreszeitvorgaben im Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV). Umstritten war, ob der Betriebsteil «Transporte» der B dem LMV unterstand resp. in Frage stand, ob die B bzw. ihr Betriebsteil «Transporte» während des fraglichen Zeitraums unter den Geltungsbereich der Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe fiel (AVE LMV; Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe vom 15. Januar 2013 [BBl 2016 5031], vom 14. Juni 2016 [BBl 2016 5031] sowie vom 6. Februar 2019 [BBl 2019 1445]).

Das OGer AG erwog, dass die B als «Mischbetrieb» mindestens zeitweise vom AVE LMV erfasst war. Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt ein GAV für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer. Anders dann, wenn ein Unternehmen mehrere Betriebe umfasst, welche unterschiedlichen Branchen angehören, oder innerhalb ein und desselben Betriebes mehrere Teile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbständigkeit aufweisen (sog. echter Mischbetrieb). Mangels rechtsgenügender Bestreitung durch die B galt als erstellt, dass die B in den Jahren 2015 bis 2019 überwiegend in Bereichen des Bauhauptgewerbes tätig war. Zudem vermochte die B nicht nachzuweisen, dass der angebliche Betriebsteil «Transporte» eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbständigkeit aufwies. Da mithin ein «*unechter Mischbetrieb*» vorlag, waren die Transportleistungen als integrierender Bestandteil der Grundleistung (Aushub, Abbruch etc.) zu betrachten, die dem LMV unterstehen und von der AVE erfasst wurden.

Die Vorinstanz erwog des Weiteren, dass die von der B geltend gemachten Kündigungsgründe der Umstrukturierung und der unzureichenden Leistungen nicht substantiiert dargelegt worden seien und als Vorwand erschienen. Auffallend sei auch, dass den anderen beiden Arbeitnehmern, die ebenfalls Ansprüche aus dem LMV geltend gemacht hätten, gekündigt worden sei. Die Chronologie der Ereignisse, insbesondere hinsichtlich des Schreibens des klägerischen Rechtsvertreters vom 31. Oktober 2019 betreffend Verjährungsunterbrechung im Hinblick auf allfällige Forderungen aus Überstundenentschädigung und die kurz darauf am 19. November 2019 ausgesprochene Kündigung, indiziere viel eher einen Zusammenhang mit den vom Kläger erhobenen Beanstandungen hinsichtlich der Überstunden und der Anwendung des LMV. Die Vorinstanz hatte daher zurecht eine missbräuchliche Kündigung angenommen, wenn auch (wie das OGer zutreffend feststellte) fälschlicherweise unter dem Tatbestand der Vereitelung statt der Rache Kündigung (**Art. 336 OR**).

Marco Kamber