

Zutritts- und Informationsrechte für Gewerkschaften im Betrieb

Juni 2017
Dr. iur. Luca Cirigliano
RA MLaw Beatriz Vacotto
Prof. Dr. iur. Marcel Niggli, MLaw Stefan Maeder
Prof. Dr. iur. Kurt Pärli
Prof. Dr. Antoine Lyon-Caen
Prof. Dr. Wolfgang Däubler

Inhalt

Ohne Zutritts- und Informationsrechte der Gewerkschaften keine funktionierende Sozialpartnerschaft	5
Dr. iur. Luca Cirigliano, SGB-Zentralsekretär	
Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail: un élément fondamental de la liberté syndicale.....	8
RA MLaw Beatriz Vacotto, Bureau International du Travail/BIT	
Gutachten betreffend Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit	18
Prof. Dr. iur. Marcel Alexander Niggli/MLaw Stefan Maeder, Universität Fribourg.....	
Betriebliches Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag.....	35
Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, Universität Basel	
Sur les droits d'accès et d'information des syndicats Réflexions à partir de l'expérience française	46
Antoine Lyon-Caen, Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre	
Gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb Deutsche Erfahrungen –	53
Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen	

Ohne Zutritts- und Informationsrechte der Gewerkschaften keine funktionierende Sozialpartnerschaft

Dr. iur. Luca Cirigliano, SGB-Zentralsekretär

Einleitung

Der SGB hat im Dezember 2014 eine Tagung zu den Zutritts- und Informationsrechten der Gewerkschaften¹ organisiert. Einige der daselbst gehaltenen Referate sind im Jahre 2015 publiziert worden². Diese Aufsätze finden sich nun hier zusammengestellt. Sie beleuchten das Thema aus völker-, grund- und arbeitsrechtlicher, aber auch rechtsvergleichender Perspektive.

Die Informations- und Zutrittsrechte von Gewerkschaften zum Betrieb bzw. zum Arbeitsplatz der Arbeitnehmenden lassen sich aus einer ganzen Reihe von Bestimmungen ableiten, wie das vorliegende SGB-Dossier zeigt. Es sind dies Art. 28 Bundesverfassung (BV) sowie die einschlägigen ILO-Konventionen Nr. 87, 98 und 135. Auch die EMRK ermöglicht im Rahmen von Art. 11 (Recht auf Vereinigungsfreiheit) den Arbeitnehmenden Tätigkeiten, welche für ihre Gewerkschaftsaktivitäten notwendig sind. Dazu gehört vorrangig die Information und Organisation in den Betrieben.

Ziel des vorliegenden Dossiers ist es, die grundrechtlichen Aspekte der Zutritts- und Informationsrechte der Gewerkschaften in den Betrieben, inkl. den elektronischen Zugang, darzustellen. Dies erfolgt u.a. aus der Perspektive der einschlägigen Menschenrechte, des Arbeitsrechts aber auch des Strafrechts, insbesondere, was die Frage angeht, ob den Arbeitgebern die Instrumente von Art. 186 StGB (Hausfriedensbruch) zur Verfügung stehen, um Gewerkschaftsvertreter von Information und Zutritt abzuhalten.³

Die im Dossier gegebenen Beispiele aus Deutschland und Frankreich können hierzulande als Inspiration dienen.

Definition der Zutritts- und Informationsrechte

Zutritts- und Informationsrechte von Gewerkschaften in den Betrieben sind breit auszulegen. Es kann sich dabei z.B. um das Verteilen von Flyern auf Firmenparkplätzen, um das Auflegen von Broschüren in Pausenräumen, um das Anbringen von Informationen an Pinwänden oder das persönliche Gespräch auf dem Firmenareal handeln. Auch das Aufsuchen der Arbeitnehmenden an ihrem Arbeitsplatz gehört dazu, ebenso die Verwendung von elektronischen Hilfsmitteln, insbesondere der Gebrauch von Intranet oder Mailverteiler⁴. Gerade die elektronische Kommunika-

¹ Vgl. insbesondere zu den immer wichtigeren Informationsrechten der Gewerkschaft durch moderne Kommunikationstechnologien Geneviève Ordolli, Utilisation d'Internet et de l'intranet par les syndicats et les représentants élus des travailleurs, in : Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Internet au travail, Zürich/Genf 2014, S. 205 ff.

² Es handelt sich um die folgenden Beiträge:

Kurt Pärli, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, in: AJP/PJA 2014, S. 1454 ff.;

Beatriz Vacotto, Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail: un élément fondamental de la liberté syndicale, in : AJP/PJA, S. 1433 ff.;

Marcel Alexander Niggli/Stefan Maeder, Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, in: AJP/PJA 2014, S. 1463 ff. ;

Wolfgang Däubler, Gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb – deutsche Erfahrungen, in: AJP/PJA 2014, S. 1441 ff.

Antoine Lyon-Caen, Sur les droits d'accès et d'information des syndicats, in: AJP/PJA 2014, S. 1448

³ *Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan*, Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, in: AJP 2014, S. 1463 ff.

⁴ Vgl. hierzu auch die Definition in Fn. 1.

tion (Stichwort „Digitalisierung“) wird künftig für die Gewerkschaften noch an Bedeutung gewinnen. Dabei geht es auch darum, Telearbeitende, Angestellte von Plattform-Anbietern oder Home-Office-Arbeitende zu erreichen.

Rahmenbedingungen aus Völkerrecht und nationalem Recht

ILO-Recht

Mindestens drei Konventionen und Empfehlungen müssen im Rahmen der Zutritts- und Informationsrechte erwähnt werden. In erster Linie ist Übereinkommen 87 über die Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechts zu nennen. Danach haben Arbeitnehmende (natürlich auch Arbeitgeber) das Recht, ohne vorherige Genehmigung Organisationen ihrer Wahl zu bilden. Sie können diese Organisationen auch in Dachverbänden vereinen, mit der einzigen Bedingung, dass dies statutenkonform ist.

Diese Garantie, sich in den Betrieben zu organisieren und Gewerkschaften zu gründen, sich also Satzungen zu geben und Mitglieder zu werben, und dies geschützt vor behördlichem Eingriff, hat aber logischerweise auch eine horizontale Wirkung (Drittwirkung) zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Denn ohne die Möglichkeit der Arbeitnehmenden, sich mit ihren Gewerkschaften auszutauschen, kann es keine Informationen zum Beitritt (oder Austritt bzw. Wechsel) in eine Gewerkschaft geben. Ohne Zutritt- bzw. Informationsrechte der Arbeitnehmenden kann keine Gründung oder Vernetzung überbetrieblicher Gewerkschaften stattfinden.

Übereinkommen 87 garantiert explizit das Recht, dass sich Arbeitnehmende in Gewerkschaften Satzungen und Regeln verleihen, dass sie Vertreter wählen und ihre Geschäftsführung und sonstige Tätigkeiten organisieren. Diese Bestimmung gewährt auch das Recht auf Zugang zu den Arbeitsplätzen und Austausch von Informationen eben den Gewerkschaften, die den Arbeitnehmenden dabei zur Seite stehen.

Zu berücksichtigen sind auch die Konvention Nr. 135 sowie die Empfehlung Nr. 143 über Arbeitnehmervertreter. Diese halten fest, dass den Arbeitnehmendenvertretungen sowie den Gewerkschaftsvertretern, die nicht im Unternehmen arbeiten, Zugang zu den nötigen Räumlichkeiten im Betrieb zu geben ist, um einen förderlichen Austausch mit ihren (potentiellen) Mitgliedern zu führen. Das Übereinkommen Nr. 135 hat die Schweiz zwar noch nicht ratifiziert. Dessen Bestimmungen sind jedoch insofern auch für die Schweiz wichtig, weil sie die zuständigen ILO-Normenanwendungsorganen bei der Interpretation von Übereinkommen 87 und 98 zu Rate ziehen. Das gilt ebenso für den EGMR.

EMRK und Zutrittsrechts- und Informationsrechte

Der EGMR legt Art. 11 EMRK im Lichte völkerrechtlicher Normen aus, die ebenfalls den Schutz der Gewerkschaftsrechte bezwecken (namentlich der erwähnten ILO-Übereinkommen). In den Entscheidungen des Ausschusses für die Vereinigungsfreiheit, welcher die Normenkontrolle für die ILO übernimmt, wird das Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb als Bestandteil der Gewerkschaftsrechte angesehen. In diesem Sinne wird der EGMR bei einschlägigen Sachverhalten Art. 11 EMRK im Lichte der oben erwähnten ILO-Übereinkommen und -Empfehlungen bzw. der sich darauf abstützenden Rechtsprechung interpretieren und entsprechend entscheiden.⁵

⁵ Einschlägige EGMR-Entscheide zu konkreten Fällen sind soweit ersichtlich nicht gefällt worden, vgl. jedoch zur grundsätzlichen Breite des Schutzbereichs der Gewerkschaftsfreiheit durch Art. 11 EMRK das Urteil des EGMR v. 12.11.2008, Appl. No. 34503/97 (Grosse Kammer), Demir und Baykara/Türkei, Rz 146.

Zutritts- und Informationsrechte aus BV

Dem Staat erwachsen nicht nur aus ILO- und EMRK-Übereinkommen positive Schutzpflichten. Die Gewerkschaftsfreiheit, insbesondere auch das Recht auf Streik, werden auch von der Bundesverfassung in Art. 28 garantiert. Die BV statuiert u.E., dass der Staat die Vereinsfreiheit nicht nur nicht aktiv hemmen darf, sondern dass er im Bereich der Gewerkschaftsfreiheit auch nicht untätig zusehen darf, wie Private dieses Recht durch Zwang beeinträchtigen oder gar verhindern.⁶

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Bereich von Zutritts- und Informationsrechten ist mager und wenig konsistent: Ob ein Gewerkschaftsfunktionär aus Art. 28 ein Zutrittsrecht zum Betrieb, etwa zur Verteilung von Flugblättern, ableiten kann, wurde in BGer 5P.482/2002 (5.5.2003), E. 4.2 f. z.B. offengelassen. In BGer 6B_758/2011 (24.9.2012), E. 1.3.4 wurde dagegen ausgeführt, dass ein Zutrittsrecht von GewerkschafterInnen zu den Betrieben bei Vorbereitungen zu einem möglichen Streik zu gewähren sei, jedoch nicht um Informationen zu einem neu in Kraft getretenen GAV zu verteilen.⁷

Ausdruck der Koalitionsfreiheit ist auch, dass es den Sozialpartnern frei steht, Bestimmungen über die Rolle der Gewerkschaften einschliesslich des Rechts auf Zutritt zum Betrieb in den GAV aufzunehmen und so die Zutritts- und Informationsrechte zu konkretisieren. Jedoch besteht das Zutritts- und Informationsrecht ohne weiteres aus Völker- und Bundesverfassungsrecht, wie oben gezeigt. Das gewerkschaftliche Zutrittsrecht kann also nicht durch einen GAV unverhältnismässig eingeschränkt oder gar verboten werden. Zulässig sind vielmehr GAV-Regelungen, die gewerkschaftliche Zutrittsrechte ausdrücklich festlegen oder die Verfahren der Ausübung konkretisieren und präzisieren. Solche Verfahren (z.B. Anmeldung vor einem Besuch, Information über die Inhalte von allfälligen Kommunikationen, etc.) dürfen aber nicht einem Veto- oder Zensurrecht durch den Arbeitgeber gleichkommen.

Fazit

Die in diesem Dossier zusammengestellten Aufsätze zeigen, dass GewerkschafterInnen Zutritts- und Informationsrechte aus verschiedenen Grundlagen, insbesondere aus Grundrechten, zustehen. Sie können aus physischem Zugang zum Arbeitsplatz bestehen aber auch aus Zugang zu elektronischen Kommunikationsmitteln wie Intranet und Mailverteiler. Sie können durch GAV präzisiert, jedoch nicht übermässig erschwert oder gar verboten werden. Weiter zeigen die hier versammelten Aufsätze, dass ein verhältnismässig ausgeübtes Zutrittsrecht dem Arbeitgeber keine Möglichkeit gibt, missliebige gewerkschaftliche Tätigkeiten durch die Anrufung strafrechtlicher Mittel, z.B. des Art. 186 StGB, verhindern zu lassen.

⁶ Abderhalden, Vereinsfreiheit, 148 ff.

⁷ 6B_758/2011 [24.9.2012], E. 1.3.2-1.3.4 und dazu die Ausführungen insbesondere in Marcel Alexander Niggli/Stefan Maeder, Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, in: AJP/PJA 2014, S. 1463 ff.

Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail : un élément fondamental de la liberté syndicale

RA MLaw Beatriz Vacotto¹, Bureau International du Travail (BIT)

Résumé

Pour l'Organisation internationale du Travail, la protection de la liberté syndicale s'accompagne d'une série de « droits dérivés » considérés comme essentiels pour assurer son exercice effectif. Parmi ces droits, il y a celui des représentants syndicaux d'accéder aux lieux de travail.

Même si ce n'est pas évident à première vue, l'entrave à l'exercice de ce droit, loin de constituer un aspect secondaire, peut avoir des conséquences importantes sur le respect de la liberté syndicale et de la négociation collective.

C'est ce que c'est nous montrons dans cet article, en examinant le cas suisse et à la lumière de la jurisprudence élaborée par les organes de contrôle de l'OIT.

Introduction

La liberté syndicale est un droit fondamental universellement reconnu. De nos jours, rares sont ceux qui remettent en cause ce précepte, d'ailleurs inscrit dans des instruments clé tels que la Déclaration de l'OIT sur les droits et principes fondamentaux au travail de 1998. Mais quand il s'agit de la mise en œuvre de ce droit et des restrictions dont il peut faire l'objet, les législations et les pratiques varient considérablement, y compris dans les pays les plus développés.

Les instruments adoptés par l'Organisation Internationale du Travail (OIT) en la matière protègent la liberté syndicale de façon générale et prévoient une série de « droits dérivés » considérés comme essentiels pour assurer son exercice effectif.

Le colloque juridique organisé le 27 juin à Berne par l'Union syndicale suisse (USS) (Droit d'accès aux entreprises et à l'information des syndicats) nous a permis de nous pencher sur l'un de ces « droits dérivés », à savoir, le droit des représentants syndicaux d'accéder aux lieux de travail.

Nous nous proposons de montrer que ce droit d'accès aux lieux de travail est protégé par le droit international du travail et que l'entrave à son exercice, loin de constituer un aspect secondaire, peut entraîner des conséquences importantes sur le respect de la liberté syndicale et de la négociation collective.

Dans ce but, nous examinerons tout d'abord le contenu des conventions et recommandations de l'OIT pertinentes. Nous aborderons ensuite la jurisprudence développée tant par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (ci-après la Commission d'experts) que par le Comité de la liberté syndicale. Nous nous attarderons enfin, avant de conclure, sur le cas de la Suisse².

¹ MLaw, avocate. Spécialiste principale en matière de normes internationales du travail et questions juridiques, Bureau d'activités pour les travailleurs du Bureau International du Travail. Les opinions exprimées dans ce document sont faites à titre personnel et n'engagent pas le Bureau International du Travail.

² Dans le cadre de notre étude il importe de rappeler que le système normatif de l'OIT comprend d'une part, l'adoption de normes internationales du travail et, d'autre part, la supervision de leur application. La Conférence internationale du travail de l'OIT – composée des représentants des gouvernements, des travailleurs et des employeurs des Etats membres- adopte des conventions et des recommandations. Alors que les premières sont des traités internationaux, les deuxièmes contiennent des orientations non contraignantes. Le sys-

Droit d'accès aux lieux de travail dans les instruments normatifs de l'OIT

Au moins trois conventions et une recommandation doivent être mentionnées dans le cadre de notre étude. Il s'agit tout d'abord de la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948³, d'après laquelle : *Les travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations, à la seule condition de se conformer aux statuts de ces dernières.*

Cette garantie, socle de la liberté syndicale, est complétée par une protection contre l'ingérence des autorités publiques concernant le droit des organisations de travailleurs et d'employeurs *d'élaborer leurs statuts et règlements administratifs, d'élire librement leurs représentants, d'organiser leur gestion et leur activité, et de formuler leur programme d'action.* Comme nous le verrons plus loin, c'est cette disposition qui contient, pour les organes de contrôle, le droit d'accès aux lieux de travail.

Il importe de mentionner ensuite la Convention n° 135 concernant les représentants des travailleurs, 1971, d'après laquelle: *1. Des facilités doivent être accordées, dans l'entreprise, aux représentants des travailleurs, de manière à leur permettre de remplir rapidement et efficacement leurs fonctions. 2. A cet égard, il doit être tenu compte des caractéristiques du système de relations professionnelles prévalant dans le pays ainsi que des besoins, de l'importance et des possibilités de l'entreprise intéressée. 3. L'octroi de telles facilités ne doit pas entraver le fonctionnement efficace de l'entreprise intéressée.* La volonté d'assurer un équilibre entre les droits des travailleurs et l'intérêt des employeurs s'affiche ici clairement.

Notons que l'application des dispositions de la convention n° 135 peut être assurée par voie de législation, de conventions collectives ou de toute autre manière qui serait conforme à la pratique nationale⁴. Si une combinaison de ces divers éléments sera souvent nécessaire, la négociation collective occupera à cet égard un rôle primordial.

La Convention n° 135 ne contenant pas de détails sur le sens du terme « facilités », il faut se référer à l'instrument qui l'accompagne, la Recommandation n° 143 concernant les représentants des travailleurs, 1971. Sur le sujet qui nous occupe, celle-ci énonce que *Les représentants des travailleurs dans l'entreprise devraient avoir accès à tous les lieux de travail lorsque leur accès à ces lieux est nécessaire pour leur permettre de remplir leurs fonctions de représentation.*

En outre, elle précise que : *(1) Les représentants syndicaux qui ne sont pas employés eux-mêmes dans une entreprise, mais dont le syndicat compte des membres dans le personnel de celle-ci, devraient avoir accès à cette entreprise. (2) La fixation des conditions de cet accès à l'entreprise*

tème de contrôle de l'OIT associe un mécanisme basé sur l'envoi de rapports par les gouvernements – contrôle régulier- à la possibilité de porter plainte en cas de non-respect d'une convention ratifiée ou des principes de la liberté syndicale –contrôle spécial. Dans le cadre du contrôle régulier, les rapports gouvernementaux ainsi que les commentaires envoyés par des organisations des travailleurs ou d'employeurs sur la mise en œuvre des conventions ratifiées sont examinés par un organe composé d'experts indépendants : la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. Le rapport annuel publié par celle-ci fait à son tour l'objet d'une discussion tripartite au sein de la Commission d'application des normes de la Conférence internationale du travail. Dans le cadre du contrôle spécial en matière de liberté syndicale, les plaintes relatives au non-respect de ce droit sont examinées par un comité tripartite du Conseil d'administration, présidé par une personnalité indépendante : le Comité de la liberté syndicale. L'examen de ces rapports ainsi que de nombreuses plaintes présentées par des syndicats a permis tant à la Commission d'experts qu'au Comité de développer une jurisprudence aussi vaste que riche dans tous les domaines du droit international du travail et tout particulièrement en matière de liberté syndicale.

³ La convention n° 87 compte 153 ratifications ; la convention n° 135 en a reçu 85 et la convention n° 98, 164. La Suisse a ratifié les conventions n° 87 et 98 mais pas la convention n° 135.

⁴ BIT: Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail (Genève, 2004), p. 9.

devrait relever des méthodes d'application mentionnées aux paragraphes 1 et 3 de la présente recommandation⁵.

Enfin, la Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, consacre la protection des travailleurs contre les actes de discrimination antisyndicale. En ce sens elle prévoit que : 2. *Une telle protection doit notamment s'appliquer en ce qui concerne les actes ayant pour but de: (...) (b) congédier un travailleur ou lui porter préjudice par tous autres moyens, en raison de son affiliation syndicale ou de sa participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail.*

L'accès aux lieux de travail étant une activité syndicale légitime dont l'exercice est protégé par les Conventions n° 87 et 135, aucun travailleur ne devrait subir de préjudice comme conséquence de la mise en œuvre de ce droit. Cependant, comme nous le verrons plus loin, cette protection n'est pas toujours assurée dans la pratique.

Nous examinerons ci-après, sans prétention d'exhaustivité, certaines des questions examinées par les organes de contrôle concernant le droit d'accès aux lieux de travail.

Droit d'accès aux lieux de travail dans la jurisprudence des organes de contrôle

a) Principe général

L'accès aux lieux de travail fait partie du droit des syndicats d'organiser des activités et de formuler leur programme d'action. La commission d'experts a affirmé à cet égard que « la liberté syndicale implique pour les organisations de travailleurs et d'employeurs le droit d'organiser en toute liberté leurs activités et de formuler les programmes d'action visant à défendre tous les intérêts professionnels de leurs membres, dans le respect de la légalité. Cela comprend en particulier le droit de tenir des réunions syndicales, le droit des dirigeants syndicaux d'avoir accès aux lieux du travail et de communiquer avec les membres de la direction, certaines activités politiques des organisations ainsi que le droit de grève et, plus généralement, toute activité relative à la défense des droits des membres »⁶ (c'est nous qui soulignons).

L'analyse des travaux de la commission relatifs à l'application de conventions n° 87 et 135 nous permet d'affirmer que les références à l'existence des problèmes dans la législation concernant le droit d'accès aux lieux de travail ne sont pas très fréquentes. En effet, d'après les informations fournies à la commission par les gouvernements des pays ayant ratifié ces conventions, la mise en œuvre de ce droit semble, de façon générale, être réglée à travers la négociation collective⁷. C'est donc souvent suite à des commentaires formulés par des syndicats qu'elle a été appelée à se pencher sur la question.

Le Comité de la liberté syndicale, pour sa part, a dû examiner plusieurs plaintes sur le sujet qui nous occupe et, ce faisant, il a développé une jurisprudence importante. Ainsi, il a affirmé à plusieurs reprises le principe selon lequel « les représentants des travailleurs devraient disposer des

⁵ Para. 1 : L'application des dispositions de la recommandation pourra être assurée par voie de législation nationale, de conventions collectives ou de toute autre manière qui serait conforme à la pratique nationale. Para. 3: La législation nationale, les conventions collectives, les sentences arbitrales ou les décisions judiciaires pourront déterminer le type ou les types de représentants des travailleurs qui devraient avoir droit à la protection et aux facilités visées par la présente recommandation.

⁶ BIT: Donner un visage humain à la mondialisation : étude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, 2008, Conférence internationale du Travail, session, Genève, 2012, rapport III (1B), para. 128.

⁷ Informations envoyées dans le cadre des rapports articles 22 de la Constitution de l'OIT sur l'application des conventions nos 87 et 135.

facilités nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, y compris le droit de pénétrer dans les lieux de travail »⁸ et ceci tant par rapport au secteur privé qu'en ce qui concerne le secteur public⁹. Le comité a mis en exergue l'importance de ce droit en déclarant que « *pour que le droit syndical ait vraiment un sens*, les organisations de travailleurs doivent être en mesure de promouvoir et de défendre les intérêts de leurs membres en bénéficiant des facilités nécessaires au libre exercice des activités liées à la représentation des travailleurs, incluant l'accès aux lieux de travail des membres du syndicat¹⁰ (c'est nous qui soulignons). Autrement dit, sans les facilités nécessaires et sans accès aux lieux de travail par les représentants syndicaux, le droit syndical pourra difficilement être exercé.

Le comité a recueilli dans ses principes certains éléments de la Recommandation n° 143. Ainsi, il a précisé que le droit d'accès aux lieux de travail devrait donner accès à tous les lieux de travail dans l'entreprise lorsque l'accès à ces lieux est nécessaire pour permettre aux représentants des travailleurs de remplir leurs fonctions de représentation¹¹. Quant à la finalité de cet accès le comité a indiqué que celle-ci consiste à permettre aux syndicats de « communiquer avec les travailleurs dans le but de les informer des avantages que la syndicalisation peut présenter pour eux »¹².

La question de l'existence d'un droit général d'accès aux lieux de travail a été soulevée par le Congrès des syndicats du Royaume Uni (TUC)¹³. En 2009, la commission d'experts a pris note du fait que « Des droits limités en matière d'accès ne sont accordés que dans le cadre réglementé de la reconnaissance des votes conformément à la procédure légale de reconnaissance mais, même dans ce cas, l'employeur ne peut être tenu en définitive d'autoriser l'accès de ses locaux, tant les droits de propriété reconnus dans la législation britannique du travail sont puissants ». Elle a ensuite demandé au gouvernement de « renforcer la possibilité pour les syndicats d'avoir accès aux lieux de travail, en particulier dans le cadre des procédures disciplinaires et de réclamations »¹⁴.

b) Accès des représentants syndicaux non employés dans l'entreprise

Pour la commission d'experts, l'accès des représentants syndicaux extérieurs à l'entreprise pourrait être conditionné au fait que le syndicat ait au moins un membre dans l'entreprise. Pour sa part, sur la base de la Recommandation n° 143, le comité a considéré que les dirigeants syndicaux qui ne sont pas employés eux-mêmes dans une entreprise, devraient avoir accès à l'entreprise quand le syndicat qu'ils représentent compte des membres parmi le personnel de celle-ci¹⁵. Cette protection s'étend bien évidemment aux anciens salariés ayant été licenciés.

⁸ BIT: La liberté syndicale: Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT (Genève, 2006), cinquième édition, para. 1102.

⁹ Ibid., para. 1109.

¹⁰ Ibid., para 1106.

¹¹ Ibid., para. 1104.

¹² Ibid., para. 1103.

¹³ Le TUC a déclaré que « les responsables syndicaux ne disposent pas de ce droit d'accès pour organiser leurs activités et informer les travailleurs des avantages de la syndicalisation sur les lieux de travail où les syndicats sont reconnus mais plutôt de facilités limitées pour leur permettre d'exercer les activités relatives aux droits de consultation par rapport aux licenciements collectifs pour des motifs économiques et aux mutations dans les entreprises». Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (ci-après CEACR), demande directe sur l'application de la Convention no. 87 par le Royaume Uni, 2009, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2299044.

¹⁴ Ibid. En 2011, la commission semble s'être satisfaite des informations fournies par le gouvernement. Celui-ci s'est référé notamment à l'entrée en vigueur d'une version révisée du Recueil de règles pratiques concernant le congé aux fins de l'accomplissement des obligations et activités syndicales que fournit des conseils au sujet du droit d'accès. Voir : CEACR, demande directe sur l'application de la Convention n° 87 par le Royaume Uni, 2011, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2322477.

¹⁵ BIT: La liberté syndicale : Recueil, op.cit., para. 1105.

Quand le syndicat n'a pas des membres au sein de l'entreprise, les représentants syndicaux devraient pouvoir mener des activités de promotion telles que la distribution de tracts ou l'organisation des réunions avec les travailleurs à l'extérieur de celle-ci.

Le cas de l'Allemagne est un bon exemple à cet égard. Dans les années quatre-vingt, suite à un arrêt de 1981 de la Cour constitutionnelle fédérale¹⁶, la Confédération des syndicats allemands (DGB) a indiqué à la commission d'experts que, à son avis, l'arrêt avait eu « comme incidence de dénier aux délégués syndicaux étrangers à une entreprise (...) le droit d'accès sur les lieux de travail »¹⁷. La commission avait demandé au gouvernement de garantir que les délégués syndicaux, même extérieurs à une entreprise, puissent avoir accès aux lieux de travail dans une entreprise s'ils l'estiment nécessaire. En 1995, la commission a pris note d'une décision de la Cour fédérale de mars 1992 et a observé « qu'il en résulte qu'un syndicat est représenté dans une entreprise, sans restriction aucune, dès lors qu'un seul de ses travailleurs y est affilié, l'anonymat dudit travailleur étant préservé. La commission a estimé, à la lumière des informations disponibles, que les dispositions de la convention ne semblaient plus être remises en cause »¹⁸. Le problème a ainsi été considéré comme étant réglé même si la DGB estimait qu'à son avis la question n'était toujours pas résolue¹⁹.

Le droit d'accès des représentants des travailleurs extérieurs à l'entreprise revêt une importance particulière dans certains contextes tels que les zones franches d'exportation. Examinant cette question au Sri Lanka, la commission d'experts a rappelé qu'il est essentiel que les représentants des travailleurs, y compris ceux qui ne sont pas employés eux-mêmes dans une entreprise, aient accès aux entreprises pour qu'ils puissent s'acquitter de leurs fonctions promptement et efficacement²⁰. Le comité, pour sa part, a eu l'occasion d'examiner la situation particulière des secteurs agricole, minier et des travailleurs domestiques et d'affirmer qu'il conviendrait de prendre les mesures nécessaires pour assurer aux syndicats et aux responsables syndicaux la liberté d'accès aux travailleurs des secteurs agricole et minier ainsi qu'aux travailleurs domestiques, aux fins de mener des activités syndicales normales, bien que dans les locaux des employeurs²¹.

c) Autorisation préalable pour avoir accès aux lieux de travail

Des problèmes de conditions trop strictes d'obtention du droit d'accès ont été signalés par la Confédération internationale des syndicats libres (CISL) et le Conseil australien des syndicats (ACTU) à propos de l'Australie. La commission, considérant que les conditions restrictives qui ré-

¹⁶ CEACR, observation sur l'application de la Convention n° 87 par l'Allemagne, 1989, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2077773. La DGB avait expliqué que « la Cour avait considéré que la protection constitutionnelle du droit syndical et donc des activités des syndicats ne s'applique qu'au noyau central (Kernbereich). En conséquence, les activités syndicales ne jouissent de cette protection constitutionnelle que si elles sont considérées comme indispensables au maintien et à la sauvegarde de l'existence même du syndicat. (...) Une telle interprétation conduit à une situation dans laquelle seuls les travailleurs directement employés par l'entreprise peuvent s'adonner à des activités syndicales dans une entreprise. Ceci risque de conduire au déni du droit syndical dans les entreprises où les syndicats n'ont encore aucun travailleur syndiqué ou bien où leurs travailleurs syndiqués, quand ils en ont, n'osent pas se faire connaître par crainte de discrimination ou de représailles de la part de l'employeur. Enfin, si dans une entreprise il n'y a qu'un seul travailleur syndiqué, en application de cet arrêt, toutes les activités syndicales et les activités de recrutement dans cette entreprise devraient être confiées à ce seul travailleur. »

¹⁷ Ibid.

¹⁸ CEACR, observation sur l'application de la Convention n° 87 par l'Allemagne, 1995, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2133829.

¹⁹ Ibid.

²⁰ CEACR, demande directe sur l'application de la Convention n° 135 par le Sri Lanka, 2003, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2212867.

²¹ BIT: La liberté syndicale : Recueil, op.cit., para. 1108.

gissaient la délivrance d'une autorisation²² pouvaient constituer un grave obstacle à l'exercice du droit d'accès aux lieux de travail, a prié le gouvernement d'amender la législation afin de la mettre en conformité avec la Convention n° 87. En outre la commission, signalant que les entretiens des syndicalistes sur les lieux de travail ne devraient pas être limités aux salariés qui remplissent les conditions requises mais devraient également permettre d'informer les travailleurs des avantages potentiels de la syndicalisation ou d'une convention collective, a également prié le gouvernement de modifier la législation afin de ne pas restreindre artificiellement la catégorie de salariés avec laquelle un représentant syndical peut s'entretenir²³. Le lien entre le droit d'accès et la négociation collective est ici mis en lumière.

d) Respect du bon fonctionnement de l'entreprise

Les discussions tripartites autour de l'élaboration de la Convention n° 135 ont conduit à l'adoption d'un texte qui vise à garantir la protection des droits des travailleurs tout en assurant le bon fonctionnement de l'entreprise. A cet égard, le comité, sur la base de la Recommandation n° 143, a considéré que l'accès aux lieux de travail doit se faire en « respectant pleinement les droits de propriété et les droits de la direction » et sans entraver le fonctionnement efficace de l'entreprise. S'agissant des difficultés de trouver un équilibre entre ces deux éléments, le droit d'accès d'une part et le respect du bon fonctionnement de l'entreprise de l'autre, le comité a, à plusieurs reprises, encouragé les organisations de travailleurs concernés et l'employeur à chercher à conclure des accords de manière à ce que l'accès au lieu de travail durant les heures de travail et en dehors de celles-ci soit reconnu aux organisations de travailleurs sans porter préjudice au fonctionnement de l'entreprise, de l'administration ou de l'institution publique concernée²⁴. La négociation de bonne foi entre les parties reste donc le moyen privilégié pour obtenir un accord satisfaisant pour les deux parties.

Il est évident que dans certaines activités telles que l'élaboration de produits chimiques ou l'énergie nucléaire, l'accès des représentants syndicaux à tous les lieux de travail peut poser des problèmes par rapport à la sécurité au sein d'une entreprise. A cet égard, suite à une plainte présentée contre le Brésil, observant que « l'accompagnement des dirigeants syndicaux par du personnel de sécurité peut être considéré dans certaines circonstances comme nécessaire, mais qu'une telle mesure ne devrait donner lieu à une quelconque ingérence dans les affaires internes des syndicats ou dans la capacité des représentants syndicaux de communiquer librement avec les travailleurs afin de les informer des avantages que la syndicalisation peut présenter pour eux », le comité a prié le gouvernement d'assurer que les agents syndicaux bénéficient des facilités

²² La commission constate à ce propos que pour exercer leurs droits d'accéder à un lieu de travail afin de rencontrer les travailleurs, les représentants syndicaux doivent obtenir une autorisation spéciale qui peut être refusée (et aussi révoquée ou suspendue) dans certains cas, à savoir: s'ils ont été reconnus coupables d'une infraction à une loi relative aux relations professionnelles ou s'ils ont été condamnés à une amende en vertu de la loi sur les relations professionnelles ou de toute autre loi régissant les relations professionnelles (art. 742(2)(b) et (d) de la loi sur les relations professionnelles). En outre, le service responsable peut refuser l'autorisation s'il considère que celui qui en fait la demande n'est pas « une personne appropriée et compétente » en raison de tout fait qu'il juge important à cet égard (art. 742(1) et (2)(h) de la loi sur les relations professionnelles).

²³ CEACR, demande directe sur l'application de la Convention n° 87 par l'Australie, 2006, disponible sur http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2271443. En 2010, la commission a noté qu'en vertu de la loi sur le travail équitable, un responsable syndical doit posséder un permis d'entrée de l'Agence du travail équitable australien (FWA) afin de bénéficier du droit d'accès à certains lieux de travail et qu'elle permet aux responsables syndicaux de tenir des discussions avec des travailleurs qui sont membres d'un syndicat, ou susceptibles de l'être, et d'accéder aux lieux de travail afin d'enquêter sur des infractions présumées à la loi ou aux textes d'application de la loi. Un amendement à cette loi a été adopté en 2013 introduisant un certain nombre de modifications à ce droit d'accès et a reçu un accueil favorable de la part de l'ACTU.

²⁴ BIT: La liberté syndicale : Recueil, op.cit., para. 1109.

tés nécessaires afin de communiquer librement avec les travailleurs, sans ingérence de l'employeur et sans présence de l'employeur ou de gardes de sécurité²⁵.

Il convient de souligner enfin que la question de l'utilisation du courrier électronique pour communiquer avec des affiliés, étroitement liée à l'accès aux lieux de travail, a fait l'objet d'une recommandation du comité dans un cas concernant le Pérou. Le comité a affirmé que « les représentants des travailleurs devraient disposer des facilités nécessaires à l'exercice de leurs fonctions, y compris le droit d'accéder à la messagerie électronique utilisée par l'employeur pour communiquer avec les travailleurs. Rappelant que l'accès aux facilités des employeurs ne devrait pas se faire au détriment du bon fonctionnement de l'établissement concerné, le comité a suggéré que les modalités pour l'utilisation de la messagerie électronique par le syndicat fassent l'objet d'une négociation entre les parties »²⁶.

e) Actes de discrimination antisyndicale

La question des réactions essuyées par des dirigeants syndicaux dans le cadre de l'exercice du droit d'accès aux lieux de travail a été abordée par le Comité dans un cas concernant les Etats-Unis. A ce sujet, le comité, exprimant « sa préoccupation devant les menaces d'arrestation préférées contre des représentants syndicaux et l'expulsion de ces représentants des lieux où ils avaient pris contact avec les travailleurs de l'entreprise, a indiqué que de telles intimidations ou menaces ne peuvent évidemment qu'entraîner un climat défavorable aux activités syndicales légitimes, et en particulier celles visant à affilier les travailleurs. Le comité a rappelé qu'une attitude indûment ou exagérément formaliste est incompatible avec des relations de travail harmonieuses »²⁷. Ce cas nous rappelle que les travailleurs devraient être protégés de façon effective contre tout acte de discrimination antisyndicale lié à l'exercice du droit d'accès aux lieux de travail. Il illustre en outre l'existence d'un lien étroit entre le respect de ce droit et la faculté pour les syndicats de communiquer avec les travailleurs et mener des activités de recrutement et d'information.

Droit d'accès aux lieux de travail en Suisse

Le Tribunal fédéral suisse, dans un arrêt du 24 septembre 2012, statuant sur un cas concernant le droit d'accès aux lieux de travail s'est prononcé comme suit :

« Le propriétaire d'une entreprise dispose lui-même de la garantie de la propriété (cf. art. 26 Cst., 641 CC). Il est ainsi libre de déterminer à qui il entend donner accès à son entreprise. La liberté syndicale ne saurait déployer un effet direct et immédiat à l'encontre du propriétaire au point de faire passer au second plan son droit de propriété. *Un droit d'accès à l'entreprise ne s'interprète pas comme étant une composante indispensable de la liberté syndicale* consacrée par l'art. 28 de la Constitution fédérale. A défaut de toute autre réglementation dans l'ordre juridique suisse, la liberté syndicale ne saurait en elle-même fonder un droit d'accès à une entreprise, tout du moins hors du contexte d'une grève licite, cette dernière configuration étant ici réservée (voir supra, consid. 1.3.2 in fine) » (c'est nous qui soulignons).

Le Tribunal a ainsi confirmé la condamnation pour violation de domicile de cinq dirigeants syndicaux ayant distribué des tracts dans le parking d'un restaurant dans le but d'informer les travail-

²⁵ Comité de la liberté syndicale, cas n° 2470 (Brésil), rapport 344, mars 2007, para. 386, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2909926.

²⁶ Comité de la liberté syndicale, cas n° 2910 (Pérou), rapport No. 367, mars 2013, para. 1072, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3112095.

²⁷ Comité de la liberté syndicale, cas n° 1523 (Etats-Unis), rapport n° 284, novembre 1992, para. 194, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901959.

leurs de l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention collective dans le secteur de la restauration. Les dirigeants avaient été contraints de quitter les lieux suite à l'intervention de la police. Pour l'USS, cet arrêt ne ferait qu'approfondir l'incertitude concernant la protection du droit d'accès aux lieux de travail²⁸.

Les conséquences de cet arrêt pour l'exercice de la liberté syndicale en Suisse ne semblent pas encore avoir été étudiées par les organes de contrôle de l'OIT. Cependant, à la lumière des instruments internationaux et des principes examinés plus haut, il est probable qu'elles puissent poser des problèmes de conformité avec la Convention n° 87.

Si cet arrêt est relativement récent, une étude des commentaires de la commission d'experts par rapport à la Suisse nous permet de conclure que les entraves à l'exercice du droit d'accès aux lieux de travail ne sont pas nouvelles. En effet, le problème a été soulevé pour la première fois en 2002 par l'USS dans le cadre de l'application de la Convention n° 87²⁹. En 2005, « notant que l'USS se réfère dans ses commentaires à des procédures judiciaires en cours ou à des jugements concernant des entraves à l'accès des dirigeants syndicaux aux lieux de travail, la commission a prié le gouvernement de communiquer ses observations à cet égard³⁰ ».

Après avoir réitéré sa demande en 2007³¹ et avoir pris note de nouvelles informations concrètes fournies par l'USS et la Confédération Syndicale Internationale (CSI) ainsi que des commentaires du gouvernement selon lesquels « il ne s'immisce pas dans les attributions du pouvoir judiciaire et que les tribunaux suisses n'ont pas l'obligation de transmettre leurs arrêts au gouvernement », la commission a rappelé en 2009 que le droit, en vertu de l'article 3 de la convention, pour les organisations de travailleurs et d'employeurs d'organiser en toute liberté leurs activités et de formuler les programmes d'action visant à défendre tous les intérêts professionnels de leurs membres, dans le respect de la légalité, comprend en particulier le droit de tenir des réunions syndicales et le droit des dirigeants syndicaux d'avoir accès aux lieux de travail et de communiquer avec les membres de la direction. La commission a demandé au gouvernement de communiquer toute information, y compris les décisions et jugements, concernant les cas d'entrave à l'accès des syndicats aux lieux de travail³².

En 2011³³ et en 2013³⁴ respectivement, la commission a pris note de nouveaux cas d'entraves à la présence de syndicats sur les lieux de travail concernant notamment l'administration publique d'un canton ainsi que les secteurs de la restauration et de la grande distribution. Elle a noté également la réponse du gouvernement indiquant « ne pas vouloir se prononcer sur des jugements rendus sur la question par les instances judiciaires en raison du principe de la séparation des pouvoirs ». La commission rappelant à chaque fois le principe énoncé précédemment a demandé au gouvernement « d'assurer le plein respect de ce principe ».

²⁸ Voir, entre autres, <https://www.plaidoyer.ch/article/d/le-tf-doit-assurer-lacces-des-syndicats-aux-travailleurs-dans-les-entreprises/> et <http://www.uss.ch/themes/travail/droits-syndicaux/article/details/les-experts-laffirmation-les-syndicats-ont-le-droit-dacceder-aux-lieux-de-travail/>.

²⁹ La Suisse a ratifié les conventions n° 87 et 98 mais n'a pas ratifié la Convention n° 135.

³⁰ CEACR, demande directe sur l'application de la Convention n° 87 par la Suisse, 2005, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2239838.

³¹ CEACR, demande directe sur l'application de la Convention n° 87 par la Suisse, 2007, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2272718.

³² CEACR, demande directe sur l'application de la Convention n° 87 par la Suisse, 2009, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2299198.

³³ CEACR, demande directe sur l'application de la Convention n° 87 par la Suisse, 2011, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2334805.

³⁴ CEACR, demande directe sur l'application de la Convention n° 87 par la Suisse, 2013, disponible sur : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3084254.

Dans ses commentaires l'USS a fait notamment état du fait que des syndicalistes avaient fait l'objet d'interdictions générales d'accès aux lieux de travail, y compris le parking ; de nombreuses plaintes pour violation de domicile portées à l'encontre de syndicalistes et des pratiques d'après lesquelles non seulement le fait de distribuer de tracts mais également celui de les recevoir serait sanctionné au sein d'une entreprise. L'USS a mis l'emphase également sur les conséquences pour la négociation collective du déni du droit d'accès aux lieux de travail, ce droit étant considéré clé tant pour informer les travailleurs du contenu des conventions collective en vigueur que pour permettre de veiller à leur correcte application. Enfin, lors du Colloque organisé par l'USS certains participants ont évoqué les difficultés voire l'impossibilité de mobiliser les travailleurs pour faire grève sans le droit d'accès des dirigeants syndicaux aux lieux de travail.

La commission d'experts a invité donc le gouvernement suisse depuis des années à prendre les mesures nécessaires pour assurer le plein respect du droit d'accès aux lieux de travail en conformité avec la Convention n° 87. S'il est vrai que le gouvernement est tenu de respecter la séparation des pouvoirs, il n'est pas moins vrai que le Tribunal fédéral a signalé l'absence de « toute autre réglementation dans l'ordre juridique suisse » comme une des raisons qui l'empêchait de conclure que la liberté syndicale en elle-même était suffisante pour fonder un droit d'accès à une entreprise. Dans ce contexte, le moment est peut-être propice pour adopter des mesures spécifiques qui permettent d'éliminer toute incertitude quant à l'existence et la protection de ce droit.

Il est à noter que depuis 2005 la commission d'experts a formulé ses commentaires concernant la Suisse au moyen d'une demande directe, document qui est seulement communiqué au gouvernement et n'est pas publié dans son rapport. Compte tenu du temps écoulé depuis le premier commentaire de l'USS et la portée des difficultés auxquels font face les syndicalistes suisses pour exercer le droit d'accès aux lieux de travail, il est probable que la commission soit portée à regarder de plus près cette question lors du prochain examen de l'application de la Convention n° 87 par la Suisse.

Conclusions

L'analyse préalable nous permet de conclure en premier lieu que le droit des représentants syndicaux d'accéder aux lieux de travail est protégé par le droit international du travail. Cette protection est explicite dans la Recommandation n° 143 et implicite dans la Convention n° 87.

En deuxième lieu, cette protection est renforcée par le travail des organes de contrôle de l'OIT pour qui le droit d'accès aux lieux de travail fait partie du droit des syndicats d'organiser leurs activités et de formuler leur programme d'action. C'est en outre un des moyens nécessaires pour que le droit syndical puisse effectivement être exercé.

En troisième lieu, comme nous l'avons dit, l'entrave à l'exercice du droit d'accès, loin de constituer un aspect secondaire, peut avoir des conséquences importantes sur le respect de la liberté syndicale et de la négociation collective. En effet, ces entraves sont susceptibles de générer des difficultés pour communiquer avec les affiliés à un syndicat et pour promouvoir l'affiliation de nouveaux membres. Elles peuvent empêcher les dirigeants syndicaux d'informer les travailleurs des avantages de la négociation collective ainsi que du contenu d'une convention collective en vigueur, et faire obstacle à la supervision de sa bonne mise en œuvre. De telles entraves peuvent également rendre difficile voire impossible la mobilisation des travailleurs pour exercer le droit de grève. Enfin, l'intimidation des dirigeants syndicaux qui cherchent à exercer le droit d'accès aux lieux de travail, en raison de l'intervention de la police pour les chasser et de poursuites judiciaires à leur encontre peuvent créer un climat défavorable aux activités syndicales légitimes, et sont incompatibles avec des relations de travail harmonieuses.

Cela étant dit, dans le but de favoriser l'harmonie au travail, le droit d'accès aux lieux de travail doit s'exercer dans le respect de la propriété privée et sans nuire au bon fonctionnement de l'entreprise. Nous l'avons vu, la négociation collective reste le moyen privilégié pour trouver un équilibre entre ces deux éléments même si, dans certaines circonstances, l'adoption d'un cadre législatif clair peut s'avérer nécessaire.

Enfin, le cas de la Suisse illustre à cet égard le fait que l'adoption de mesures pour garantir l'exercice du droit d'accès peut contribuer à l'existence de relations de travail harmonieuses et au plein respect du droit fondamental à la liberté syndicale.

Bibliographie

BIT: *Droit syndical de l'OIT. Normes et procédures* (Genève, 1995).

BIT: *La liberté syndicale: Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT* (Genève, 2006), cinquième édition.

BIT: *Liberté syndicale et négociation collective: étude d'ensemble des rapports sur la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949*, Conférence internationale du Travail, 81e session, Genève, 1994, rapport III (4B).

BIT: *Donner un visage humain à la mondialisation : étude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, 2008*, Conférence internationale du Travail, session, Genève, 2012, rapport III (1B).

BIT: *Les syndicats et l'OIT: Manuel d'éducation ouvrière* (Genève, 1990), deuxième édition.

Gravel, E.; Duplessis, I.; Gernigon, B.: *Le Comité de la liberté syndicale: quel impact depuis sa création?* (Genève, BIT, 2001).

BIT: *Droits fondamentaux au travail et normes internationales du travail* (Genève, 2004).

BIT: *Protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et facilités à leur accorder*, Conférence internationale du Travail, 54^e session, Genève, 1970, rapport VIII (2).

BIT: *Protection des représentants des travailleurs dans l'entreprise et facilités à leur accorder*, Conférence internationale du Travail, 56^e session, Genève, 1971, rapport V (2).

Gutachten betreffend Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit

Prof. Dr. iur. Marcel Alexander Niggli¹/ MLaw Stefan Maeder², Universität Fribourg

I FRAGESTELLUNG

Im Zusammenhang mit gewerkschaftlicher Tätigkeit ergibt sich immer wieder die Situation, dass ein (zumindest vermeintlicher) Inhaber des Hausrechts den Gewerkschaftsfunktionären ein Hausverbot i.S.v. Art. 186 StGB³ erteilt.

Dieses Gutachten befasst sich mit folgenden Fragen:

1. Wer ist berechtigt, ein Hausverbot auszusprechen?
2. In welchen Konstellationen kann sich ein Gewerkschaftsfunktionär auf einen Rechtfertigungsgrund für die Verletzung des Hausrechts berufen?
3. In welchen Konstellationen ist das ausgesprochene Hausverbot rechtswidrig und also unbeachtlich?

II STELLUNGNAHME

A. Berechtigung, ein Hausverbot auszusprechen

Das Hausverbot nach Art. 186 StGB

Nach Art. 186 StGB wird derjenige auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, der gegen den Willen des Berechtigten in ein Haus, in eine Wohnung, in einen abgeschlossenen Raum eines Hauses oder in einen unmittelbar zu einem Hause gehörenden umfriedeten Platz, Hof oder Garten oder in einen Werkplatz unrechtmässig eindringt oder, trotz der Aufforderung eines Berechtigten, sich zu entfernen, darin verweilt.

Vorliegend soll nur der Begriff des Berechtigten näher erläutert werden, insbesondere die Frage, ob ein Generalunternehmer Träger des Hausrechts sein kann.

Der Berechtigte gem. Art. 186 StGB

Berechtigter i.S.v. Art. 186 StGB ist derjenige, dem die Verfügungsgewalt über das geschützte Objekt, d.h. in den hier interessierenden Fällen über den Werkplatz zusteht. Dabei ist unerheblich, ob diese Verfügungsgewalt auf einem dinglichen oder obligatorischen Recht oder auf einem öffentlichrechtlichen Verhältnis beruht.⁴ Oftmals ist es nur einzelfallweise möglich, den Berechtigten zu bestimmen, Beispiele aus der Lehre und der Praxis des Bundesgerichts können aber als Auslegungshilfe dienen:

- Berechtigter an einer Mietwohnung ist der Mieter, nicht der Eigentümer des Hauses;⁵ ebenso verhält es sich beim Pächter;⁶

¹ Professor an der Universität Freiburg Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie Privat: Blvd. de Pérolles 15. 1700 Freiburg, Universität: Lehrstuhl für Strafrecht und Rechtsphilosophie. Av. Beauregard 13. 1700 Freiburg Mail: marcel.niggli@unifr.ch. Web: www.unifr.ch/ius/niggli

² MLaw, Rechtsanwalt. Lektor für Strafrecht, Universität Freiburg.

³ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

⁴ BGE 103 IV 162, 163; 90 IV 74, 76; BSK StGB—DELNON/RÜDY, Art. 186 N 19; DONATSCH, III, 476 f.

⁵ BGE 83 IV 154, 156 f.

- Berechtigter eines Einzelzimmers ist der Mieter dieses Zimmers, nicht der Wohnungsmieter oder der Eigentümer des Hauses;⁷
- Berechtigter eines Hotelzimmers ist der Hotelgast, nicht der Eigentümer des Hotels.⁸

In all diesen Fällen ist es mithin diejenige Person, die den in Frage stehenden Raum tatsächlich nutzt. Im Vordergrund steht also die konkrete, tatsächliche Nutzung, die einem blossen rechtlichen Anspruch vorgeht. In Bezug auf Werkplätze stellt sich die Situation komplex dar. Sie ist am ehesten in Analogie zu einem Mehrfamilienhaus mit Mietern zu beurteilen:

Einer Generalunternehmung, die zwar in einem Vertragsverhältnis zur Bauherrschaft steht, die aber die Bauarbeiten auf einem Werkplatz an Subunternehmer weitergegeben hat und selbst vor Ort keine Arbeiten ausführt, kann keine Verfügungsmacht über das geschützte Objekt zukommen. Sie kann entsprechend auch kein Hausverbot aussprechen.

Ebenfalls kein Hausrecht über den Werkplatz dürfte i.d.R. der Eigentümerschaft des Grundstückes, auf dem sich der Werkplatz befindet, zukommen: Auch sie hat in der Bauphase – analog zum Untermietvertrag – nicht die Verfügungsmacht über diesen Werkplatz, sondern die dort tätigen Bauunternehmungen (die allenfalls in einem Vertragsverhältnis zur Generalunternehmung stehen).⁹ Dies gilt zweifellos auch und gerade dort, wo diese Subunternehmungen bzw. deren Mitarbeiter selber von Art. 186 StGB geschützte Objekte auf dem Werkplatz haben, wie bspw. eine Baubaracke. Selbst wenn man der Bauherrschaft das Hausrecht für den übrigen Werkplatz einräumen würde, könnte sie den Besuchern dieser Baracken den Zugang dazu nicht verbieten.¹⁰

Freilich kann der Wille des Berechtigten auch durch einen Vertreter (bspw. die Generalunternehmung) zum Ausdruck gebracht werden,¹¹ doch müssten dieser Wille und die Vertretungsbefugnis belegt werden können. Eine entsprechende

Vermutung besteht jedenfalls nicht. Entsprechend steht die Strafantragsberechtigung einzig dem Träger des Hausrechts selber zu.¹²

B. Koalitionsfreiheit und gewerkschaftliche Tätigkeit

Bevor nachfolgend auf die Rechtfertigungsgründe und die rechtswidrige Ausübung des Hausrechts eingegangen werden kann, ist zuerst die verfassungsrechtliche Ausgangslage – soweit sie aus strafrechtlicher Perspektive relevant ist – darzulegen.

1 Verfassungsrechtliche Grundlage

a. Art. 28 BV

Die verfassungsrechtliche Grundlage der gewerkschaftlichen Tätigkeit bildet

⁶ BGE 112 IV 31.

⁷ DONATSCH, III, 477; BSK StGB---DELNON/RÜDY, Art. 186 N 19.

⁸ Vgl. BGE 118 IV 319.

⁹ A.M. OGer ZH, I. Strk., 8.3.2010, SB090793, Ziff. II.3.2.

¹⁰ Analog zum Eigentümer eines Mehrfamilienhauses, der wohl über das Hausrecht bezüglich Hauseingang, Treppenhaus und Gang etc. verfügt, einem Besucher eines Mieters den Zutritt aber nicht verbieten kann, vgl. DONATSCH, III, 477; PK StGB---TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 186 N 9.

¹¹ DONATSCH, III, 477; PK StGB---TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 186 N 14.

¹² DONATSCH, III, Fn 289; PK StGB---TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 186 N 17; BSK StGB-DELNON/RÜDY, Art. 186 N 41; RIEDO, Diss., 207 f.

Art. 28 BV, die Koalitionsfreiheit:

1 Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sowie ihre Organisationen haben das Recht, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten oder fernzubleiben.

2 Streitigkeiten sind nach Möglichkeit durch Verhandlung oder Vermittlung beizulegen.

3 Streik und Aussperrung sind zulässig, wenn sie Arbeitsbeziehungen betreffen und wenn keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen.

4 Das Gesetz kann bestimmten Kategorien von Personen den Streik verbieten.

Auf Seiten der Arbeitnehmer bedeutet Koalitionsfreiheit zunächst einmal das Recht, sich zu Gewerkschaften zusammenzuschliessen.¹³ Sie ermöglicht es den Grundrechtsträgern zum **Schutz ihrer Interessen** ihre Kräfte zu bündeln und ihre soziale Potenz zu steigern.¹⁴ Das ist in der „*relativ ohnmächtige Stellung des atomisierten Arbeitnehmers*“¹⁵ begründet, dem durch die Organisation seiner Interessen im Kollektiv die Möglichkeit gegeben werden muss, im Kampf um die Arbeitsbedingungen auch nur annähernde Waffengleichheit zu erreichen.¹⁶ Da-runter sind nicht nur Tarifverhandlungen¹⁷ betreffend Lohn, sondern auch weiterer Arbeitsbedingungen wie bspw. Sicherheit am Arbeitsplatz zu verstehen.

Als äusserstes Mittel sieht die Verfassung vor, dass Arbeitskämpfmassnahmen wie der Streik zulässig und damit grundrechtlich geschützt sind.¹⁸ Für einen rechtmässigen Streik werden üblicherweise vier Voraussetzungen genannt:¹⁹

- Die Massnahme muss gem. dem Wortlaut von Art. 28 Abs. 3 BV „Arbeitsbeziehungen betreffen“.
- Nach dem Wortlaut dürfen weiter „keine Verpflichtungen entgegenstehen, den Arbeitsfrieden zu wahren oder Schlichtungsverhandlungen zu führen“ (Art. 28 Abs. 3).
- Die Massnahme wird als letztes Mittel eingesetzt und darf nicht unverhältnismässig sein (vgl. Art. 28 Abs. 2 BV).
- Der Arbeitskampf muss (im Fall des Streiks) von einer tariffähigen Organisation getragen werden.²⁰

Gerade die letzte dieser vier Voraussetzungen, wonach der Arbeitskampf von einer tariffähigen Organisation getragen werden muss, verdeutlicht die kollektive Seite der Koalitionsfreiheit:²¹ „*Nur Träger des kollektiven Arbeitsrechts, mithin Arbeitnehmerorganisationen, können einen Streik beschliessen (...)*“²² Grundrechtsträger sind demnach (auch) die Gewerkschaften.²³

¹³ SGK BV---VALLENDER/HETTICH, Art. 28 N 1.

¹⁴ BIAGGINI, BV, Art. 28 N 4.

¹⁵ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1094.

¹⁶ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1094.

¹⁷ Dazu MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1089 ff.

¹⁸ Statt vieler MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1091 f.; PORTMANN, AJP 2007, 352; BGE 132 III 122, 133.

¹⁹ Zum Ganzen BIAGGINI, BV, Art. 28 N 14; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1096 ff.; WENGER, Diss., 16 ff.; WAEBER, plädoyer 2006, 65 ff.; BGE 132 III 122, 133 f.

²⁰ Vgl. BGE 132 III 122, 134.

²¹ Vgl. BGE 132 III 122, 134.

²² BGer, I. ZRA, 5.3.2003, 5P.482/2002, E. 3.1; ebenso BGE 125 III 277, 283 f.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1092 und 1094 m.w.H.; WENGER, Diss., 14; SGK BV---VALLENDER/HETTICH, Art. 28 N 29.

²³ BIAGGINI, BV, Art. 28 N 9; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1094; PORTMANN, AJP 2007, 353 f.

b. Neutralitätspflicht des Staates

Der Staat muss sich in Arbeitskonflikten grundsätzlich *neutral* verhalten. Er darf den Arbeitskampf insbesondere nicht durch strafrechtliche Normen funktions-unfähig machen.²⁴

Die Tragweite des Neutralitätsgebots ist zwar nicht in allen Einzelheiten geklärt. Polizeiliche Massnahmen zum Schutz von Leib und Leben, Eigentum und öffentlicher Sicherheit beispielsweise sollen unter den allgemeinen Voraussetzungen polizeilichen Handelns grundsätzlich zulässig sein, doch darf die Polizei klarerweise nicht gegen den Streik als solchen vorgehen.²⁵ Das Streikrecht rechtfertigt mithin gewisse strafrechtlich tatbestandsmässige Handlungen, nämlich diejenigen, die für seine Ausübung unentbehrlich sind: *„Bezüglich des Tatbestands des Hausfriedensbruchs (Art. 186 StGB) ist (...) ein Rechtfertigungsgrund anzunehmen, soweit das Verweilen der Streikenden (oder von Streikposten) z.B. auf dem Fabrikareal für die Durchführung eines zulässigen Streiks unentbehrlich ist.“*²⁶

Damit wird auch deutlich, dass sich die Frage nach der Direktwirkung der Koalitionsfreiheit unter Privaten aus strafrechtlicher Sicht gar nicht stellt: Wenn es um eine Bestrafung wegen Hausfriedensbruchs geht, stehen sich nicht zwei Private gegenüber, sondern einerseits der Staat als Träger des Strafanspruchs und andererseits derjenige, der tatbestandsmässig handelt. Der Strafanspruch steht dem Staat direkt und aus eigener Kraft zu, weil seine Gesetze verletzt werden; er handelt nicht als Stellvertreter des konkreten Opfers. Wenn und so weit sich der Staat in einer Arbeitskampsituation neutral zu verhalten hat, kann er aber nicht gleichzeitig seine Strafgewalt ausüben. Dass es sich bei Art. 186 StGB um ein Antragsdelikt handelt und dass die Tatbestandsmässigkeit nur vorliegt, wenn der Hausfriedensbrecher gegen den Willen des Berechtigten gehandelt hat, ändert daran nichts. Die Einwilligung gilt auch bei anderen Delikten gegen Individualrechtsgüter als Rechtfertigungsgrund, und beim Strafantrag handelt es sich „nur“ um eine Prozessvoraussetzung.²⁷ D.h. das Antragsersfordernis zeigt nicht etwa ein Individualinteresse der konkret verletzten Person an, für die der Staat die Strafverfolgung übernimmt. Vielmehr gibt es – gerade umgekehrt – der konkret betroffenen Person die Möglichkeit, den staatlichen Strafanspruch zu beschränken bzw. ihm Einhalt zu gebieten.

Umgekehrt ergibt sich aus der bundesgerichtlichen Anerkennung von Art. 28 Abs. 3 BV als Rechtfertigungsgrund im Streik, dass die Verfassungsbestimmung als Abwehrrecht gegen den Staat direkt angerufen werden kann.

c. Tätigkeit der Gewerkschaften unterhalb der Schwelle zum Streik

Arbeitskampf beginnt nicht erst mit dem Streik, vielmehr ist Streik das äusserste Mittel. Es gibt zahlreiche Vorstufen, die aber vorausgesetzt sind, damit das verfassungsrechtlich garantierte Mittel des Streiks im äussersten Fall eingesetzt werden kann. Das beginnt auf Arbeitnehmerseite bereits mit der Gründung von Gewerkschaften und Mitgliederwerbung, denn ohne das ist die Ausübung einer kollektiven Koalitionsfreiheit unmöglich.

Wenn aber das (immer kollektive) Streikrecht geschützt ist, dann müssen auch die mildereren, im Hinblick auf den möglicherweise an Intensität bis zum Streik zunehmenden Arbeitskampf unentbehrlichen Vorstufen (bzw. notwendige Durchgangsstadien) geschützt sein, weil ohne sie das Streikrecht de facto vereitelt würde. Andernfalls könnte das Streikrecht und der Arbeitskampf insgesamt ausgehebelt werden, indem zwar nicht gegen einen bestehenden Streik vorgegangen wird, aber als Massnahmen gleicher Wirkung schon im Vorfeld die Voraussetzungen so gestaltet

²⁴ BGE 125 III 277, 280; BIAGGINI, BV, Art. 28 N 19; PORTMANN, AJP 2007, 352.

²⁵ BIAGGINI, BV, Art. 28 N 19; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1090, 1095.

²⁶ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1095.

²⁷ BSK StGB—RIEDO, Vor Art. 30 N 21 ff.

werden, dass der Streik unmöglich wird. Wenn beispielsweise einer Gewerkschaft verboten würde, Mitglieder zu werben, wäre ein kollektives Streikrecht damit faktisch eliminiert.

Entsprechend scheint wenig sachgerecht, wenn das Bundesgericht wie in BGer, StrA, 24.9.2012, 6B_758/2011 (**Fall „Chevrier“**) zwischen Streiksituation und Nichtstreiksituation apodiktisch unterscheidet: *„Le Tribunal fédéral a déjà admis qu'en cas de grève, certaines mesures de combat syndical pouvaient être licites au titre d'ultima ratio [ATF 132 III 122 consid. 4.5.4; cf. aussi ATF 134 IV 216 consid. 5.1.1 et 5.1.2]. En l'occurrence, la question du droit d'accès d'un syndicat à une entreprise s'inscrit en dehors du cadre d'une grève, de sorte que cette configuration particulière doit être réservée, sans qu'il soit nécessaire d'y répondre ici.“*²⁸

Richtigerweise müssen auch die für die allfällige spätere Ausübung des Streikrechts notwendigen „Vorbereitungshandlungen“ von der Koalitionsfreiheit in dem Sinne erfasst werden, dass sich der Staat dabei neutral zu verhalten hat. Er darf dem Arbeitgeber nicht durch das Strafrecht ermöglichen, das Streikrecht bereits im Vorfeld auszuschalten. Was in der entsprechenden Phase *notwendiges und mildestes Mittel* ist, damit die verfassungsmässig garantierten kollektiven Rechte im Arbeitskampf nicht vereitelt werden, kann nicht strafbar sein. In den nachfolgenden Abschnitten soll erläutert werden, was das appliziert auf die strafrechtliche Dogmatik bedeutet.

2 Internationales Recht

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle nur zu erwähnen, dass die Koalitionsfreiheit überdies auch Teilgehalt der Vereinigungsfreiheit nach Art. 11 EMRK²⁹, Art. 22 UNO-Pakt II³⁰ und Art. 8 UNO-Pakt I³¹ ist.³² Ebenfalls spezifisch mit der Koalitionsfreiheit befassen sich die ILO-Übereinkommen Nr. 87³³, 98³⁴ und 151³⁵, die für die Schweiz verbindlich sind.³⁶ Zwar hat das Bundesgericht in neueren Entscheiden festgehalten, dass die ILO-Übereinkommen trotz Ratifikation keine Direktwirkung entfalten,³⁷ doch ist das aus strafrechtlicher Sicht wiederum unbeachtlich, weil es um ein Abwehren des Staates bzw. dessen Strafanspruchs geht.³⁸

Dazu ist im Übrigen auch anzumerken, dass der EGMR für die Auslegung von Art. 11 EMRK auf *„relevant nonconventional material“* zurückgreift, wozu nebst der Europäischen Sozialcharta explizit auch die ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 gehören, wie auch die entsprechende Spruchpraxis des Ausschusses für die Vereinigungsfreiheit für diese ILO-Übereinkommen.³⁹

In seiner Rechtsprechung zu Art. 11 EMRK hat der EGMR bereits 2002 festgehalten: *„ (...) the essence of a voluntary system of collective bargaining is that it must be possible for a trade union*

²⁸ BGer, StrA, 24.9.2012, 6B_758/2011, E. 3.1.

²⁹ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

³⁰ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2).

³¹ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.1).

³² MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1087 m.w.H.; s.a. PORTMANN, AJP 2007, 354 ff.

³³ ILO-Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (SR 0.822.719.7).

³⁴ ILO-Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen vom 1. Juli 1949 (SR 0.822.719.9).

³⁵ ILO-Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst vom 27. Juni 1978 (SR 0.822.725.1).

³⁶ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1087; zum Ganzen auch SGK BV---VALLENDER/HETTICH, Art. 28 N 8---11.

³⁷ BGer, StrA, 24.9.2012, 6B_758/2011, E. 1.3; BGer, I. ZRA, 13.9.2005, 4C.422/2004, E. 3.

³⁸ Siehe oben Ziff. II.B.1.b.

³⁹ So in EGMR, 2.7.2002, Wilson, National Union of Journalists and Others vs. The United Kingdom, Appl. Nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, N 30---38.

*which is not recognised by an employer to take steps including, if necessary, organising industrial action, with a view to persuading the employer to enter into collective bargaining with it on those issues which the union believes are important for its members" interests.*⁴⁰

2008 anerkannte der EGMR das *Recht* auf Kollektivverhandlungen als Teil von Art. 11 EMRK,⁴¹ und ein Jahr später nahm er das *Streikrecht* in den Katalog der wesentlichen Elemente der Koalitionsfreiheit auf. Er begründet dies wieder u.a. mit den einschlägigen ILO-Übereinkommen und der Europäischen Sozialcharta.⁴² Selbst wenn Sanktionen für die Teilnahme an einem Streiktag auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, erachtete der EGMR solche Sanktionen als Beeinträchtigung des Streikrechts und Verletzung von Art. 11 EMRK: Solche Sanktionen genügten den Anforderungen von Art. 11 Abs. 2 EMRK nicht, wonach die Ausübung der Koalitionsfreiheit nur eingeschränkt werden darf, wenn dies in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.⁴³

Im Fall *Sisman und andere gegen die Türkei* hat der EGMR vor Kurzem ebenfalls eine Verletzung von Art. 11 EMRK festgestellt: Mitarbeitende eines Steuerbüros, die aktive Gewerkschafter waren, hängten in Verwaltungsräumlichkeiten Plakate mit Aufrufen zur Teilnahme an den jährlichen Demonstrationen zum 1. Mai auf. Sie taten dies nicht am Anschlagbrett, das für die Gewerkschaften reserviert war. Daraufhin wurden sie mit Lohnabzügen disziplinarisch sanktioniert, welche später in Verwarnungen umgewandelt wurden.⁴⁴ Der EGMR hielt fest, dass durch die Disziplinarsanktionen die in Art. 11 EMRK garantierte Koalitionsfreiheit beeinträchtigt sei.⁴⁵ *„(...) la Cour rappelle qu'eu égard à la place éminente de la liberté d'association dans une société démocratique, un individu ne jouit pas de cette liberté si les possibilités de choix ou d'action qui lui restent se révèlent inexistantes ou réduites au point de n'offrir aucune utilité (...). Or, en l'espèce, elle relève que la sanction incriminée, si minime qu'elle ait été, est de nature à dissuader les membres de syndicats d'exercer librement leurs activités (...).“*⁴⁶

Damit zeigt sich einerseits, dass der EGMR Art. 11 EMRK als Abwehrrecht auch unterhalb der Streikschwelle anerkennt, was mit der hier vertretenen Auslegung von Art. 28 BV konsistent ist. Andererseits bestätigt der EGMR, dass die Koalitionsfreiheit und auch das Streikrecht nur unter den Bedingungen von Art. 11 Abs. 2 EMRK eingeschränkt werden dürfen. Damit ist namentlich letzteres weiter gefasst als nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung: So bezieht sich das Verhältnismässigkeitsgebot auf die *Einschränkung* des Streikrechts, nicht etwa auf den Streik selbst.⁴⁷ Die weitere Voraussetzung, wonach ein Streik von einer tariffähigen Organisation getragen werden muss, dürfte mit Art. 11 Abs. 2 EMRK ebenfalls nicht vereinbar sein.

⁴⁰ EGMR, 2.7.2002, *Wilson, National Union of Journalists and Others vs. The United Kingdom*, Appl. Nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, N 46

⁴¹ EGMR, 12.11.2008, *Demir and Baykara vs. Turkey*, Appl. No. 34503/97, N 154.

⁴² EGMR, 21.4.2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, Requête no 68959/01, N 24.

⁴³ EGMR, 15.9.2009, *Kaya et Seyhan c. Turquie*, Requête no 30946/04, N 24 ff.; vgl. auch FEL-TEN, Spannungsfeld, 240.

⁴⁴ EGMR, 27.9.2011, *Sisman et autres c. Turquie*, Requête no. 1305/05, N 6 ff.

⁴⁵ EGMR, 27.9.2011, *Sisman et autres c. Turquie*, Requête no. 1305/05, N 23.

⁴⁶ EGMR, 27.9.2011, *Sisman et autres c. Turquie*, Requête no. 1305/05, N 34.

⁴⁷ FELTEN, Spannungsfeld, 244.

C. Rechtfertigung durch gesetzlich erlaubte Handlung

Allgemeines

Mit der Marginalie „Gesetzlich erlaubte Handlung“ bestimmt Art. 14 StGB, dass wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, sich rechtmässig verhält, selbst wenn die Tat nach dem StGB oder einem andern Gesetz mit Strafe bedroht ist. Prinzipiell spricht nichts dagegen, dass eine Verfassungsbestimmung als Gesetz i.S.v. Art. 24 StGB verstanden wird,⁴⁸ weshalb sich die Frage stellt, ob Art. 28 BV i.V.m. Art. 14 StGB als rechtfertigende Wirkung haben kann.

1 Der Fall „Chevrier“

a. Sachverhalt

Das Bundesgericht hat sich in BGer, StrA, 24.9.2012, 6B_758/2011 (**Fall „Chevrier“**) mit der Frage auseinandergesetzt, ob Art. 28 BV i.V.m. Art. 14 StGB einen Hausfriedensbruch zu rechtfertigen vermag. Es lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Anfangs September 2009 wurden Gewerkschaftssekretäre beim Restaurant Chevrier vorstellig und wollten die Angestellten über die Änderungen im Landes Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV) informieren. Sie wurden vom Parkplatz des Restaurants weggewiesen. Mit E-Mail vom 16. September 2009 verweigerten die Restaurantbetreiber den Sekretären nun auch auf diesem Weg den Zutritt zu ihrem Betrieb. Am 7. Oktober 2009 begaben sich die Sekretäre auf den Parkplatz und klemmten den Fahrzeugen von Kunden und Angestellten Flyer betreffend die Erneuerung des L-GAV unter die Windschutzscheibe. Die Betreiber forderten sie auf, die Örtlichkeiten zu verlassen. Die Sekretäre weigerten sich und gingen erst nach Eintreffen der Polizei.

b. Würdigung der Argumentation des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat zuerst einmal festgehalten, dass es sich in diesem Fall nicht um Fragen im Zusammenhang mit einem Streik gehandelt habe, weshalb die dazu ergangene Rechtsprechung nicht anwendbar sei.⁴⁹ Wie aber bereits dargelegt, kann sich das Neutralitätsgebot für den Staat im Arbeitskampf nicht bloss auf den Streik beziehen: Es kann nicht richtig sein, durch ein Eingreifen des Staates über das Strafrecht Handlungen zu verhindern, die im Rahmen verfassungsmässig garantierter gewerkschaftlicher Tätigkeit notwendig und subsidiär sind.⁵⁰ Was die Notwendigkeit und Subsidiarität von einzelnen Fallkonstellationen betrifft, kann auf die Fallgruppen unter Ziff. II.E. verwiesen werden.

Weiter argumentierte das Bundesgericht, dass Art. 28 BV und die ILO-Konventionen nicht direkt anwendbar seien und von Einzelpersonen nicht angerufen werden könnten. Wie bereits ausgeführt setzt das voraus, dass Strafrecht fälschlicherweise als staatliche Durchsetzung konkreter Individualinteressen verstanden wird: In casu handelt es sich aber gerade nicht um ein Individualinteresse, sondern um die Abwehr des staatlichen Strafanspruchs, was das Bundesgericht im Zusammenhang mit Streik im Übrigen ja anerkannt hat. Im Rahmen des in Ziff. II.B.1.c. Dargelegten muss das aber auch für Sachverhalte unterhalb der Streikschwelle gelten, weil sonst das Streikrecht schon im Vorfeld vereitelt würde.

Schliesslich stellt das Bundesgericht⁵¹ die Koalitionsfreiheit der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV, Art. 641 ZGB) gegenüber. Der Eigentümer einer Unternehmung verfüge über die Eigentumsgarantie und er bestimme entsprechend frei, wem er Zugang zu seiner Unternehmung gebe. Die Koalitionsfreiheit könne gegenüber dem Eigentümer keine direkte und unmittelbare Wirkung entfalten, wonach dessen Eigentumsrecht in den Hintergrund zu treten hätte. Ein Zutrittsrecht zur

⁴⁸ Ebenso HOTTELIER, AJP 2013, 454.

⁴⁹ BGer, StrA, 24.9.2012, 6B_758/2011, E. 1.3.2.

⁵⁰ Siehe oben Ziff. II.B.1.b.

⁵¹ Gestützt auf die Ausführungen von WENGER, Diss, 73 f.

Unternehmung stelle sich nicht als eine unverzichtbare Komponente der Koalitionsfreiheit dar. Sie alleine vermöge kein Zutrittsrecht zu einer Unternehmung zu begründen, jedenfalls nicht ausserhalb des Kontextes eines rechtmässigen Streiks.⁵²

Das Bundesgericht spricht in diesen Ausführungen zweierlei an:

1. Es stellt zwei Grundrechte einander gegenüber und gibt der Eigentumsgarantie den Vorzug. Das verbindet unglücklicherweise zwei Ungenauigkeiten miteinander:
 - a. Das Hausrecht ist gerade nicht an das Eigentum gebunden, vielmehr ist derjenige Berechtigter i.S.v. Art. 186 StGB, dem die Verfügungsgewalt über das geschützte Objekt zukommt. Es kann sich der Eigentümer eines Hauses nicht auf sein Eigentumsrecht gegenüber dem Mieter berufen und etwa dessen Gäste mit einem Hausverbot belegen.⁵³ Insofern stösst die höchstrichterliche Argumentation ins Leere.
 - b. Aus strafrechtlicher Sicht geht es im Zusammenhang mit dem Hausverbot nicht um ein Zutrittsrecht. Ein solches wäre gegenüber dem Träger des Hausrechts durchsetzbar, bspw. wäre er gesetzlich verpflichtet, eine abgeschlossene Türe zu öffnen um den Zutrittsberechtigten einzulassen. Beim Hausverbot stellt sich hingegen eine völlig andere Frage, nämlich die, wann der Staat einen Strafanspruch hat gegenüber einem tatbestandsmässig handelnden Einzelnen, der sich für sein Handeln auf ein staatlich garantiertes Abwehrrecht (Koalitionsfreiheit) berufen darf und kann. Es handelt sich also nicht um die aus der Koalitionsfreiheit fliessenden Pflichten eines Eigentümers, sondern gerade umgekehrt um die Frage der rechtfertigenden Wirkung eines Abwehrrechtes (Koalitionsfreiheit) gegenüber dem Staat, der sich, wie ausgeführt, im Arbeitskampf neutral zu verhalten hat.⁵⁴
2. Das Bundesgericht erwähnt zumindest der Sache nach weiter die Subsidiarität: *„Un droit d'accès à l'entreprise ne s'interprète pas comme étant une composante indispensable de la liberté syndicale consacrée par l'Art. 28 Cst.“*⁵⁵ Dabei ist natürlich zutreffend und in der Sache unbestritten, dass das Bundesgericht Eingriffe unter Berufung auf Art. 14 StGB dem Verhältnismässigkeitsprinzip bzw. dem Subsidiaritätsprinzip unterstellt.⁵⁶ Wie bereits dargelegt, können indes auch gewerkschaftliche Tätigkeiten unterhalb der Streikschwelle unverzichtbar und also subsidiär sein, wenn die Koalitionsfreiheit als Grundrecht nicht bedeutungslos werden soll.⁵⁷

3 Fazit

Im Ergebnis erscheint die Argumentation des Bundesgericht im Fall „Chevrier“ jedenfalls ergänzungs- oder gar korrekturbedürftig. Auch ausserhalb von Streiksituationen kommt Art. 28 BV als Quelle für den Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB in Frage. Dabei ist aber auch klar, dass der Grundsatz der Subsidiarität gilt (vgl. dazu die Fallkonstellationen, Ziff. II.E.). Selbst wenn dem nicht gefolgt würde, wäre weiter der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen zu prüfen.

⁵² BGer, StrA, 24.9.2012, 6B_758/2011, E. 1.3.4.

⁵³ Siehe oben, Ziff. II.A.2.

⁵⁴ Siehe oben, Ziff. II.B.1.b.

⁵⁵ BGer, StrA, 24.9.2012, 6B_758/2011, E. 1.3.4.

⁵⁶ Z.B. BGer, StrA, 10.9.2009, 6B_560/2009, E. 3.5.1.; BSK StGB---SEELMANN, Art. 14 N 4; DO

⁵⁷ Siehe oben, Ziff. II.B.1.c.

D. Rechtfertigung durch Wahrung berechtigter Interessen

1 Allgemeines

Der gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgrund der Wahrung (manchmal auch „Wahrnehmung“) berechtigter Interessen hat im Ergebnis die Herstellung sozial erwünschter und gebilligter Zustände auf Kosten der Beeinträchtigung anderer Interessen zum Ziel. Es geht darum, die Ausübung allgemeiner Freiheitsrechte zu sichern,⁵⁸ typischerweise **Verfassungsprinzipien bzw. verfassungsmässig garantierte Freiheitsrechte**. Im Gegensatz zum Notstand (Art. 17 StGB) geht es hier also nicht um die Gefahrenabwehr, sondern um die Wahrnehmung einer allgemein positiv bewerteten sozialen Rolle.⁵⁹

Damit der Rechtfertigungsgrund dem Strafrecht durch eine allgegenwärtig zulässige Interessenverrechnung nicht jede Kontur nimmt, hat die Rechtsprechung die Wahrung berechtigter Interessen als Rechtfertigungsgrund ähnlichen Restriktionen unterworfen wie den Notstand:⁶⁰ Einerseits müssen die verletzte Interessen geringer wiegen als die gewährten, und andererseits muss die Handlung notwendiges, angemessenes Mittel zur Erreichung des angestrebten berechtigten Zwecks sein. Weiter muss die Tat den einzig möglichen Weg darstellen,⁶¹ insbesondere dürfen keine legalen Mittel zur Verfügung stehen:

„Voraussetzung für den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen ist daher grundsätzlich, dass zuvor der Rechtsweg mit legalen Mitteln beschritten und ausgeschöpft worden ist (BGE 115 IV 75 E. 4b S. 80; BGE 94 IV 68 E. 2 S. 71). Im Übrigen muss die inkriminierte Handlung ein zum Erreichen des angestrebten berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel darstellen und offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht.“⁶²

Wenn das geltende Recht einen Interessenkonflikt bereits geregelt hat, bleibt kein Raum für diesen Rechtfertigungsgrund.⁶³ Dasselbe gilt, wenn das geltende Recht bestimmte prozedurale Entscheidungsgrundlagen vorschreibt.⁶⁴ Insgesamt legt das Bundesgericht bei der Anerkennung dieses Rechtfertigungsgrundes grosse Zurückhaltung an den Tag;⁶⁵ der Ausnahmecharakter dieser Rechtsfigur ist unbestritten.⁶⁶

Zusammengefasst müssen folgende Punkte kumulativ erfüllt sein für die Annahme berechtigter Interessenwahrung:

1. Das gewährte berechnete Interesse muss das verletzte Interesse offenkundig überwiegen;
2. Die Handlung muss angemessenes Mittel zur Erreichung des angestrebten berechtigten Zwecks sein;
3. Die Handlung muss notwendiges Mittel zur Erreichung des angestrebten berechtigten Zwecks sein, es darf kein anderes (insbesondere legales) Mittel zur Verfügung stehen;
4. Ein Interessenkonflikt darf nicht abschliessend gesetzlich geregelt sein; und
5. Es darf keine prozedurale Entscheidungsgrundlage gesetzlich vorgesehen sein.

⁵⁸ STRATENWERTH, AT I, § 10 N 60.

⁵⁹ BSK StGB---SEELMANN, Art. 14 N 25.

⁶⁰ PK StGB---TRECHSEL/JEAN---RICHARD, Art. 14 N 13

⁶¹ RIKLIN, AT, § 14 N 71.

⁶² BGE 127 IV 6, E. 3.3. Die Ausschöpfung des Rechtswegs kann freilich nur verlangt werden, wenn das überhaupt möglich ist; DONATSCH/TAG, I, 265.

⁶³ Vgl. BGE 120 IV 208, E. 3.a.

⁶⁴ BSK StGB---SEELMANN, Art. 14 N 26.

⁶⁵ BSK StGB---SEELMANN, Art. 14 N 26 u. 28 mit Kasuistik.

⁶⁶ RIKLIN, AT, § 14 N 70.

2. Berechtigtes Interesse an gewerkschaftlicher Tätigkeit

Aus dem in Ziff. II.B. Gesagten ergibt sich, dass ein berechtigtes Interesse an der gewerkschaftlichen Tätigkeit besteht: Sinn der verfassungsmässigen und auch staatsvertraglich garantierten Koalitionsfreiheit ist es u.a., dass die strukturell schwächeren Arbeitnehmer⁶⁷ durch die Bündelung ihrer Kräfte in Form von Gewerkschaften den Schutz ihrer Interessen verfolgen können. Es geht darum, sozial gewünschte und gebilligte Zustände bzw. Arbeitsbedingungen zu schaffen, worunter nebst Lohnfragen auch bspw. Sicherheit am Arbeitsplatz zu zählen ist. Insofern kommt die Ausübung gewerkschaftlicher Tätigkeit prinzipiell als berechtigte Interessenwahrung in Frage,⁶⁸ wobei die übrigen Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes anhand von verschiedenen Fallkonstellationen zu prüfen sind.

E. Fallkonstellationen

1 Vorbemerkung

Die gewerkschaftliche Tätigkeit lässt sich in drei Bereiche unterteilen: Werbung von Mitgliedern und Information, Kontrollfunktion der Gewerkschaft und Aktionen sowie Mobilisierungen im Arbeitskampf. Nachfolgend sollen typische Beispiele dieser gewerkschaftlicher Tätigkeiten auf Interessenlage, Angemessenheit einer Hausrechtsverletzung und Subsidiarität untersucht werden. Freilich bleibt die Würdigung im Einzelfall vorbehalten.

2 Werbung und Information

a. Hinweise auf Gewerkschaft und deren Tätigkeit

- Berechtigtes, überwiegendes Interesse: Das Interesse, sich im von Art. 186 StGB erfassten Bereich aufzuhalten ist berechtigt, weil Art. 28 BV Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern das Recht gibt, sich zum Schutz ihrer Interessen zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu bilden und solchen beizutreten oder fernzubleiben. Wäre Werbung und Information unmöglich, würde dadurch das Grundrecht ausgehöhlt. Das Interesse des Berechtigten wiegt offensichtlich weniger schwer, da er kaum ein rechtlich schützenswertes Interesse an der Unwissenheit seiner Arbeitnehmer bzgl. gewerkschaftlicher Tätigkeit haben kann. Nur dazu würde sein Interesse an der Ausübung des Hausrechts aber dienen.
- Angemessenheit des Mittels: Eine Störung der Betriebsabläufe scheint eher fraglich, womit typischerweise auch der Eingriff minimal sein dürfte. Eine abschliessende Beurteilung (und damit letztlich auch die Interessenabwägung und die Verhältnismässigkeitsprüfung) sind jedoch nur im Einzelfall möglich. Diese Einzelfallprüfung hat nach strafprozessualen Prinzipien zu erfolgen, d.h. eine Störung müsste nachgewiesen und belegt werden können, so sie behauptet wird.
 - Notwendigkeit des Mittels (Subsidiarität):
- Die Werbung von Neumitgliedern ist für Gewerkschaften nur vor Ort möglich, da sie ja keine Adressen o.ä. der Nichtmitglieder besitzen.
- Müssten Gewerkschaftsmitglieder Zuhause aufgesucht werden, könnte nur noch ein Bruchteil erreicht werden, was die Arbeit der Gewerkschaft faktisch verunmöglichte.
- Zugänge zu kontrollieren und z.B. Fahrzeuge bei der Ausfahrt einer Baustelle anzuhalten, um zu werben und zu informieren, ist kaum möglich.

⁶⁷ BIAGGINI, BV, Art. 28 N 3; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1094.

⁶⁸ Ebenso ANDERMATT, plädoyer 2004, 46; WAEBER, plädoyer 2006, 69.

- Bei gewissen Berufen ist ausserhalb des Arbeitsplatzes gar nicht erkennbar, wer zur Kundenschaft gehört und wer zur Arbeit geht oder von der Arbeit kommt, bspw. Verkaufspersonal im Detailhandel.
- Es kommt vor, dass Bauarbeiter auf der Baustelle leben. Ob das der Fall ist, kann nur vor Ort festgestellt werden. Ebenso ist Kontakt zu diesen nur vor Ort möglich.

b. Information der Arbeitnehmer über GAV/LMV

- Berechtigtes, überwiegendes Interesse: Die Durchsetzung von Gesamtarbeitsverträgen (GAV) oder Landesmantelverträgen (LMV) obliegt den Vertragspartnern (vgl. bspw. Art. 12 Abs. 2 LMV Bauhauptgewerbe). Es besteht also ein erhebliches Interesse daran, dass die betroffenen Arbeitnehmer ihre Rechte aus den Verträgen kennen, andernfalls der damit angestrebte Zweck illusorisch würde. Das Interesse des Berechtigten wiegt offensichtlich geringer, da er kaum ein rechtlich schützenswertes Interesse an der Unwissenheit seiner Arbeitnehmer bzgl. der gesamtarbeitsvertraglich vereinbarten Bedingungen haben kann. Nur dazu würde sein Interesse an der Ausübung des Hausrechts aber dienen.
- Angemessenheit des Mittels: Typischerweise dürfte der Eingriff minimal sein, denn eine Störung der Betriebsabläufe scheint eher fraglich. Eine abschliessende Beurteilung (und damit letztlich auch die Interessenabwägung und die Verhältnismässigkeitsprüfung) sind jedoch nur im Einzelfall möglich. Diese Einzelfallprüfung hat nach strafprozessualen Prinzipien zu erfolgen, d.h. eine Störung müsste nachgewiesen und belegt werden können, so sie behauptet wird.
- Notwendigkeit des Mittels (Subsidiarität): Analog zu E.2.a., Hinweise auf Gewerkschaft und deren Tätigkeit.

3 Kontrollfunktion der Gewerkschaft

a. Kontrolle und Durchsetzung GAV/LMV---Bestimmungen

- Berechtigtes, überwiegendes Interesse: Die Durchsetzung von Gesamtarbeitsverträgen (GAV) oder Landesmantelverträgen (LMV) liegt bei den Vertragspartnern (vgl. bspw. Art. 12 Abs. 2 LMV Bauhauptgewerbe). Da die Kontrollorgane der paritätischen Kommission notorisch unterdotiert sind, können sie die Kontrollfunktion nicht wahrnehmen. Auf Arbeitnehmerseite besteht daher ein erhebliches Interesse daran, dass Gewerkschaften diese Kontrollfunktion ausüben. Zudem haben praktisch nur die Gewerkschaften Personal mit den notwendigen Sprachkompetenzen, um mit Leuten verschiedenster Nationen bspw. auf einer Baustelle zu kommunizieren. Die Teams sind entsprechend zusammengestellt. Das wäre mit den wenigen Kontrolleuren der paritätischen Kommissionen gar nicht möglich. Demgegenüber kann im Rahmen einer Sozialpartnerschaft kaum ein rechtlich schützenswertes Interesse des Arbeitgebers daran bestehen, dass Vertragsverletzungen nicht durch Kontrollorgane festgestellt werden. Nur dazu würde aber sein Interesse an der Ausübung des Hausrechts dienen, was in der Interessenabwägung klar zu seinen Ungunsten zu werten ist.
- Angemessenheit des Mittels: Auch hier scheint eine Störung der Betriebsabläufe eher fraglich, womit typischerweise auch der Eingriff minimal sein dürfte. Eine abschliessende Beurteilung (und damit letztlich auch die Interessenabwägung und die Verhältnismässigkeitsprüfung) sind deshalb nur im Einzelfall möglich. Diese Einzelfallprüfung hat nach strafprozessualen Prinzipien zu erfolgen, d.h. eine Störung müsste nachgewiesen und belegt werden können, so sie behauptet wird.
 - Notwendigkeit des Mittels (Subsidiarität):

- Die Arbeitnehmer haben vor und nach Arbeitsbeginn kaum Zeit, um mit den Gewerkschaftssekretären über die Arbeitsbedingungen zu sprechen. Pausen sind kurz und es besteht üblicherweise das Problem, dass Arbeiter in der Pause von Vorgesetzten überwacht werden, was zur Angst führt, bei kritischen Äusserungen durch Arbeitgeber sanktioniert zu werden. Aussagen, die Vertragsverletzungen aufdecken, sind freier und offener während der Arbeitszeit. Daher kann die Kontrollfunktion mit Gesprächen nur am Arbeitsplatz sinnvoll erfolgen.
- Ein Augenschein, durch den Vertragsverletzungen erkannt werden können, ist nur vor Ort möglich (Bsp.: Sind sanitäre Einrichtungen gem. Art. 13 Zusatzvereinbarung zum LMV Bauhauptgewerbe über die Unterkünfte der Arbeitnehmer und die Hygiene und Ordnung auf Baustellen [«Unterkunftsvereinbarung»] vorhanden?).
- Bei Schichtarbeit können die Arbeitnehmer nur während der Arbeit oder in ihren Baracken erreicht werden
- Die Zuordnung der Arbeitnehmer zu dem für sie einschlägigen GAV/LMV ist nur auf der Baustelle möglich, da viele gar nicht wissen, welchem Vertrag sie angehören. Das lässt sich praktisch nur bei der Arbeit feststellen. Es kommt sogar vor, dass Bauarbeiter auf der Baustelle leben. Ob das der Fall ist, kann nur vor Ort festgestellt werden. Ebenso ist Kontakt zu diesen Arbeitnehmern nur vor Ort möglich.
- Festgestellte Mängel müssen zur Behebung vor Ort besprochen werden können.
- Die überwiegende Mehrheit der Kontrollen durch die Paritätischen Kommissionen erfolgen aufgrund von Hinweisen der Gewerkschaften.
- Effiziente Kontrollen sind nur möglich, wenn sich die Kontrollierenden nicht Stunden oder Tage vorher anmelden müssen, da ansonsten Zeit bleibt, den Zweck der Kontrolle zu vereiteln.

b. Kontrolle Vorschriften Arbeitsgesetz

- Berechtigtes, überwiegendes Interesse: Nebst dem aus der Koalitionsfreiheit abgeleiteten Interesse der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften haben nach Art. 58 ArG⁶⁹ auch die Arbeitnehmerverbände ein Beschwerderecht gegen die aufgrund des ArG oder der dazugehörigen Verordnungen getroffenen Verfügungen. Insofern räumt ihnen der Gesetzgeber ein legitimes Interesse an der Durchsetzung der arbeitsrechtlichen Vorschriften ein. Demgegenüber kann kaum ein rechtlich schützenswertes Interesse des Arbeitgebers daran bestehen, dass Gesetzesverletzungen nicht durch Kontrollorgane festgestellt werden, und nur dazu würde seine Ausübung des Hausrechts dienen. M.a.W. geht es darum, dass Arbeitgeber mittels Hausverbot versuchen, rechtliche Ansprüche der Arbeitnehmer (Mindestarbeitsbedingungen, Gesundheitsschutz etc.) zu vereiteln, was in der Interessenabwägung zu ihren Ungunsten zu gewichten ist.
- Angemessenheit des Mittels: Wie bei der Kontrolle der GAV/LMV-Bestimmungen scheint eine Störung der Betriebsabläufe eher fraglich, womit typischerweise auch der Eingriff minimal sein dürfte. Eine abschliessende Beurteilung (und damit letztlich auch die Interessenabwägung und die Verhältnismässigkeitsprüfung) sind aber nur im Einzelfall möglich. Diese Einzelfallprüfung hat nach strafprozessualen Prinzipien zu erfolgen, d.h. eine Störung müsste nachgewiesen und belegt werden können, so sie behauptet wird.

⁶⁹ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz/ArG; SR 822.11).

- Notwendigkeit des Mittels (Subsidiarität): Die Einhaltung der Vorschriften kann nur vor Ort mittels Gesprächen und Augenscheinen kontrolliert werden kann. Als Beispiele können etwa Sicherheit und Gesundheitschutz auf der Baustelle dienen: Ist ein Gerüst im Winter vereist? Wie sind die Temperaturen bei den einzelnen Posten (es macht bspw. einen Unterschied, ob ein Arbeiter auf dem Dach dem Wind ausgesetzt oder innerhalb des Gebäudes bei erträglichen Temperaturen arbeiten muss)? Sind die Arbeiter adäquat ausgerüstet (Schutzkleidung)? Etc.

4 Aktionen und Mobilisierungen im Arbeitskampf

a. Umfragen und Protestaktionen im Zusammenhang mit GAV/LMV-Verhandlungen

- Berechtigtes, überwiegendes Interesse: Die Gewerkschaften sind die Vertragspartner, handeln aber im Interesse der Arbeitnehmer. Diese Interessen müssen sie zuerst feststellen, wozu Gespräche oder Umfragen nötig sind, ansonsten die Interessenwahrnehmung i.S.v. Art. 28 BV nicht stattfinden kann. Es ist gerade der Sinn der Koalitionsfreiheit, durch das kollektive Element die Kräfte der atomisierten Arbeitnehmer zu bündeln und damit zu potenzieren. Gleichzeitig können diese Gespräche Vorbereitung für einen Streik oder andere legitime Aktionen im Arbeitskampf sein. Dahinter hat das Interesse des Trägers des Hausrechts zurückzutreten.
- Angemessenheit des Mittels: Durch die Gespräche und Umfragen dürfte der Arbeitsablauf in aller Regel kaum gestört werden. Eine behauptete Störung im Einzelfall müsste nach strafprozessualen Prinzipien nachgewiesen und belegt werden. Protestaktionen kommen erst zum Zuge, wenn Verhandlungen zu scheitern drohen. Da bei gescheiterten Verhandlungen sogar ein Streik verhältnismässig sein kann, muss in dieser Phase auch die Protestaktion unter Verletzung des Hausrechts als angemessenes Mittel gelten.
 - Notwendigkeit des Mittels (Subsidiarität):
- Umfragen sind aus den gleichen Gründen wie bei Information und Werbung nur am Arbeitsplatz, z.B. auf der Baustelle, möglich (vgl. Ziff. II.E.2).
- Für Protestaktionen ist – wie für den Nutzen der Koalitionsfreiheit auf Arbeitnehmerseite insgesamt – das Kollektiv entscheidend. Nur durch Bündelung der Kräfte haben die strukturell unterlegenen Arbeitnehmer eine Chance, annähernde Waffengleichheit zu erreichen. Dieses Kollektiv kann nur vor Ort, am Arbeitsplatz, mobilisiert und gebildet werden.
- Die Präsenz der Gewerkschaften bildet einen Gegenpol zum Druck der Arbeitgeber auf die Arbeitnehmer. Da dieser Druck am Arbeitsort ausgeübt wird, braucht es den Gegenpol ebenfalls vor Ort.
- Schutz vor Repression und insbesondere Aufklärung der Arbeitnehmer über die Rechtslage als Gegenargument gegen angedrohte Nachteile sind nur vor Ort möglich.

b. Vorbereitung Streik

- Berechtigtes, überwiegendes Interesse: Der Streik ist legitimes, von der BV anerkanntes Mittel der Arbeitnehmer im Arbeitskampf. Es besteht deshalb auch ein legitimes Interesse an seiner Vorbereitung, was ein dauernder Prozess ist⁷⁰. Dahinter hat das Interesse des Trägers des Hausrechts zurückzutreten.

⁷⁰ Siehe oben, Ziff. II.B.1.b.

- Angemessenheit des Mittels: Da bei gescheiterten Verhandlungen oder Vermittlungsversuchen sogar ein Streik verhältnismässig ist, muss in diesen Situationen bzw. im Vorfeld die Streikvorbereitung unter Verletzung des Hausrechts als angemessenes Mittel gelten.
 - Notwendigkeit des Mittels (Subsidiarität):
- Es verhält sich gleich wie bei den Protestaktionen im Zusammenhang mit GAV/LAV-Verhandlungen (siehe oben Ziff. II.E.4.a.)

5 Fazit

Aus den vorstehend erläuterten Gründen erscheint in den diskutierten Fällen eine Verletzung des Hausrechts in der Regel gerechtfertigt, entweder als gesetzlich erlaubte Handlung i.S.v. Art. 14 StGB oder aufgrund Wahrung berechtigter Interessen. Freilich gilt dies nur, soweit die in Frage stehende Tätigkeit *im Einzelfall* angemessen und subsidiär ist. Kann der Zweck ebenso gut auch ohne Verletzung des Hausrechts erreicht werden, bleibt ein Hausfriedensbruch rechtswidrig. Die angestrebten (legalen und legitimen) Zwecke ohne Betreten der Räumlichkeiten, Gebäude oder Werkplätze zu erreichen, dürfte indes im Regelfall nicht möglich sein. In solchen Fällen kommt das Hausverbot einer Vereitelung dieser Zwecke gleich, weil eine Zweckerreichung bei Bestehen eines Hausverbotes *ohne* Verletzung des Hausrechts praktisch unmöglich wird. Damit finden wir uns im Bereich der Güterabwägung, die sich nur im konkreten Einzelfall vornehmen lässt. Zum einen müsste im konkreten Einzelfall belegt werden, wie die erwähnten kollektivarbeitsrechtlichen Funktionen tatsächlich wahrgenommen und Ziele erreicht werden könnten, ohne das Hausrecht zu tangieren. Soll das strafrechtlich abgesicherte Hausrecht nicht inhaltsleerer Formalismus sein, sondern schützenswerte Interessen absichern, muss umgekehrt eine im Rahmen des Verhältnisses Arbeitgeber – Arbeitnehmer behauptete Störung der Betriebsabläufe durch die Arbeitnehmer--- bzw. Gewerkschaftsvertretung nicht nur abstrakt behauptet, sondern konkret belegt und nachgewiesen werden.

F. Rechtswidrige Ausübung des Hausrechts?

Typischerweise werden Hausverbote gegenüber Gewerkschaftsfunktionären erst dann ausgesprochen, wenn Verletzungen der Mindestarbeitsbedingungen oder von Sicherheitsvorschriften festgestellt werden. Dadurch wird von Seiten des Hausrechtsträgers versucht, zu verhindern, dass weitere Vertragsverletzungen oder Gesetzesverstösse aufgedeckt werden.

Fraglich ist damit, ob durch die Verhängung eines Hausverbots und der Ausübung des Hausrechts mit dem Ziel, Arbeitnehmerrechte zu vereiteln und gewerkschaftliche Tätigkeit zu verunmöglichen, nicht rechtswidrig gehandelt wird. Verstösst die Ausübung des Hausrechts selbst gegen das Recht⁷¹ und erfüllt bspw. einen Straftatbestand, so erscheint die Anwendung von Art. 186 StGB ausgeschlossen.

In Frage kommt die Nötigung nach Art. 181 StGB: Danach macht sich unter anderem strafbar, wer jemanden durch Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkungen seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun oder zu unterlassen.

Das Verhängen eines Hausverbots verlangt vom Betroffenen, entweder den geschützten Bereich nicht zu betreten, oder – sofern er sich bereits darin befindet – ihn wieder zu verlassen. Verlangt wird also in der ersten Variante ein Unterlassen, in der zweiten Variante ein Tun. Wird ein Hausverbot verhängt, so enthält das (zumindest) implizit auch die Drohung, im Widerhandlungsfalle

⁷¹ Betreffend Diskriminierungsverbot bereits SCHUBARTH, Kommentar, Art. 186 N 36.

eine Strafanzeige einzureichen bzw. die Polizei zu avisieren. Dies ist als Androhung eines ernstlichen Nachteils im Sinne der Bestimmung zu qualifizieren.⁷²

„La menace de déposer une plainte pénale doit être considérée comme la menace d'un dommage sérieux; en effet, un tel acte, dépendant de la volonté de l'auteur, provoque l'ouverture d'une procédure pénale qui est, pour la personne visée, une source de tourments et un poids psychologique considérable, de sorte que cette perspective est propre, pour un destinataire raisonnable, à l'amener à adopter un comportement qu'il n'aurait pas eu s'il avait eu toute sa liberté de décision.“⁷³

Damit ist der Tatbestand von Art. 181 StGB in diesen Fällen objektiv wie auch subjektiv erfüllt. Speziell zu begründen ist allerdings noch die Rechtswidrigkeit, denn nach herrschender Lehre und ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ergibt sich die noch nicht aus der Tatbestandsmässigkeit der Nötigung. Rechtswidrigkeit muss also positiv begründet werden.⁷⁴

„Unrechtmässig ist eine Nötigung, wenn das Mittel oder der Zweck der Drohung unerlaubt ist oder wenn das Mittel zum erstrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist.“⁷⁵

Das wäre hier der Fall: Wenn der Träger des Hausrechts ein Hausverbot ausspricht, damit bspw. keine Verletzungen von Mindestarbeitsbedingungen (z.B. Lohndumping) oder Sicherheitsvorschriften (z.B. fehlende Schutzkleidung) entdeckt werden, könnte argumentiert werden, dass schon der Zweck an sich rechtswidrig ist. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 16, nennen als Beispiel für einen rechtswidrigen Zweck die Vereitelung von Rechten des Betroffenen.

Auch wenn ein solcher Zweck noch als zulässig erachtet würde, dürfte indes seine Verknüpfung mit der Ausübung des Hausrechts rechtsmissbräuchlich sein. Es besteht kein sachlich gerechtfertigter Zusammenhang⁷⁶ zwischen der Ausübung des Hausrechts und der Verhinderung der Aufdeckung von Gesetzes- oder Vertragsverletzungen durch den Arbeitgeber.

Ist aber die Ausübung des Hausrechts eine rechtswidrige Nötigung, so kann sie nicht gleichzeitig zur Anwendung von Art. 186 StGB auf den Genötigten führen. Das würde bereits die Tatbestandsmässigkeit des Hausfriedensbruchs ausschliessen.

III ZUSAMMENFASSUNG

1. Träger des Hausrechts ist derjenige, dem die tatsächliche Verfügungsgewalt über das geschützte Objekt zukommt. Die Berechtigung i.S.v. Art. 186 StGB ist nicht an das Eigentum geknüpft. Auf einem Werkplatz ist derjenige Berechtigte, der den in Frage stehenden Raum tatsächlich nutzt. Ein Generalunternehmer, Bauherr oder Eigentümer, dem diese Eigenschaft nicht zukommt, ist nicht Träger des Hausrechts (vgl. Ziff. II.A.).
2. Aus der Koalitionsfreiheit von Art. 28 BV ergibt sich, dass sich der Staat in Arbeitskonflikten neutral zu verhalten hat. Er darf den Arbeitskampf insbesondere nicht mit strafrechtlichen Normen funktionsunfähig machen. So kann die Koalitionsfreiheit im Streikfall als Rechtferti-

⁷² BSK StGB---DELNON/RÜDY, Art. 181 N 31; PK StGB---TRECHSEL/FINGERHUTH, Art. 181 N 4 f.

⁷³ BGE 120 IV 17, 19.

⁷⁴ Z.B. BSK StGB---DELNON/RÜDY, Art. 181 N 56; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § 5 N 15; je m.w.H.

⁷⁵ BGE 129 IV 262, 264; s.a. BGE 129 IV 6, 15 f.; 122 IV 322, 326; 120 IV 17, 20; 106 IV 125, 129; 105 IV 120, 123.

⁷⁶ Vgl. BGE 106 IV 125, 129.

gungsgrund für Hausfriedensbruch dienen. Daraus kann gefolgert werden, dass die Koalitionsfreiheit in diesen Fällen als Abwehrrecht bzw. –mittel gegen den staatlichen Strafanspruch fungiert, tatbestandsmässiges Verhalten mithin rechtfertigt (vgl. Ziff. II.B.1.).

3. Wenn die Koalitionsfreiheit diesen Abwehrcharakter gegenüber dem staatlichen Strafanspruch im Streikfall hat, muss sie diesen Charakter auch unterhalb der Streikschwelle behalten. Mildere Vorstufen, die im Hinblick auf den möglicherweise an Intensität bis zum Streik zunehmenden Arbeitskampf notwendige Durchgangsstadien darstellen, müssen genauso von der Koalitionsfreiheit erfasst sein. Entsprechend kann die Koalitionsfreiheit als Rechtfertigungsgrund gegen den staatlichen Strafanspruch auch unterhalb der Streikschwelle angerufen werden (vgl. Ziff. II.B.1.c.).
4. Art. 28 BV kommt folglich als Quelle für eine Rechtfertigung durch gesetzlich erlaubte Handlung i.S.v. Art. 14 StGB in Frage. Die diesbezügliche anderslautende Argumentation des Bundesgerichts in BGer, StrA, 24.9.2012, 6B_758/2011 (Fall „Chevrier“) ist ergänzungs-•- bzw. korrekturbedürftig (vgl. Ziff. II.C.).
5. Der Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen beschlägt die Sicherung allgemeiner Freiheitsrechte. Sinn der Koalitionsfreiheit ist es, dass die strukturell unterlegenen Arbeitnehmer durch die Bündelung ihrer Kräfte in Form von Gewerkschaften den Schutz ihrer Interessen verfolgen können. Eine annähernde Waffengleichheit im Arbeitskampf und akzeptable Arbeitsbedingungen sind sozial gewünschte und gebilligte Zustände. Daher kommt die Ausübung gewerkschaftlicher Tätigkeit als berechtigte Interessenwahrung in Frage (vgl. Ziff. II.D.).
6. Die sich aus der typischen Tätigkeit von Gewerkschaften ergebenden Fallkonstellationen dürften in der Regel den Anforderungen der Rechtfertigungsgründe „gesetzlich erlaubte Handlung“ sowie „Wahrung berechtigter Interessen“ genügen. Natürlich sind insbes. die Verhältnismässigkeit und Subsidiarität im Einzelfall zu prüfen. Eine Störung der Betriebsabläufe dürfte bei der Prüfung aber nicht vermutet, sondern müsste nachgewiesen und belegt werden (vgl. Ziff. II.E.).
7. Unter Umständen kann die Ausübung des Hausrechts eine rechtswidrige Nötigung i.S.v. Art. 181 StGB darstellen, namentlich dann, wenn der damit verfolgte Zweck widerrechtlich oder die Verknüpfung von Zweck und Mittel rechtsmissbräuchlich sind. Dient der Einsatz des Hausrechts dazu, Gesetzesverstösse zu verstecken oder Rechte von Arbeitnehmern zu vereiteln, dürften dies rechtswidrige Zwecke sein. Subsidiär müsste diese Ausübung des Hausrechts auch als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden, da es am sachlich gerechtfertigten Zusammenhang zwischen Zweck und Mittel fehlt. Ist aber die Ausübung des Hausrechts eine rechtswidrige Nötigung, so kann sie nicht gleichzeitig zur Anwendung von Art. 186 StGB auf den Genötigten führen (vgl. Ziff. II.F.).

BIBLIOGRAPHIE

- | | |
|--------------------------|---|
| ANDERMATT, plädoyer 2004 | ARTHUR ANDERMATT, Die Gewerkschaften dürfen in die Betriebe, plädoyer 5/2004, 42---46. |
| BIAGGINI, BV | Giovanni Biaggini, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007. |
| BSK StGB---BEARBEITER | MARCELALEXANDER, NIGGLI/HANS, WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Strafrecht, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013. |
| DONATSCH, III | ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013. |
| DONATSCH/TAG, I | ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013. |

FELTEN, Spannungsfeld	ELIAS FELTEN, Im Spannungsfeld zwischen Gewerkschaftsfreiheit und Gewerkschaftsrecht. Zur Rechtsstellung der Gewerkschaften im kollektiven Arbeitsrecht, in: Brigitte Pellar (Hrsg.), Wissenschaft über Gewerkschaft. Analysen und Perspektiven, Wien 2013, 227---251.
HOTTELIER, AJP 2013	MICHEL HOTTELIER, Tribunal fédéral, Cour de droit pénal, 24.9.2012 (6B_758/2011), V., W. et consorts c. Ministère public du canton de Genève, A.A. et B.A., AJP 2013, 450-457.
MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte	JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008.
PK StGB---BEARBEITER	STEFAN TRECHSEL/MARK PIETH (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.
PORTMANN, AJP 2007	WOLFGANG PORTMANN, Das Streikrecht – Recht des Individuums oder des Verbandes? Eine Betrachtung des wilden Streiks nach schweizerischem Recht im Licht des UNO---Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, AJP 2007, 352---362.
RIEDO, Diss.	CHRISTOF RIEDO, Der Strafantrag, Diss. FR, Basel 2004.
RIKLIN, AT FRANZ RIKLIN,	Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I – Verbrechenlehre, 3. Aufl., Zürich 2007.
SCHUBARTH, Kommentar	MARTIN SCHUBARTH, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173-186 StGB, Bern 1984.
SGK BV---BEARBEITER	BERNHARD EHRENZELLER et al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008.
STRATENWERTH, AT I	GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011.
STRATENWERTH/JENNY/BOMMER,	BT I GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010.
WAEBER, plädoyer 2006	JEAN---BERNARD WAEBER, Droit de grève: exercice soumis à conditions, plädoyer 6/2006, 64---69.
WENGER, Diss.	SARAH WENGER, Zulässige Mittel im Arbeitskampf, Diss. BS, Bern 2007.

Betriebliches Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli¹, Universität Basel

I Einleitung

Ob sich ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb aus den einschlägigen ILO-Konventionen² und aus der Bundesverfassung ableiten lässt, ist unumstritten. Weder im Arbeitsvertragsrecht (Art. 319 ff OR³) noch im Arbeitsgesetz (ArG)⁴ oder im Mitwirkungsgesetz (MwG)⁵ findet sich eine ausdrückliche Bestimmung, die ein gewerkschaftliches Zutrittsrecht zum Betrieb festhält. Nach der wohl herrschenden arbeitsrechtlichen Lehre lässt sich ein Zutrittsrecht auch nicht gestützt auf die OR-Bestimmungen zum Gesamtarbeitsvertrag ableiten. Ein Zutrittsrecht bestehe, so schreiben etwa Streiff/Von Kaenel/Rudolph, weder zum Zwecke der Information und Mitgliederwerbung noch im Rahmen eines Streiks oder zur Vorbereitung eines Streiks⁶. Zwar kommen gewerkschaftsnahen Autoren/innen in ihren Analysen der GAV-Bestimmungen im OR zu gegenteiligen Schlüssen. Allerdings begründen sie ihre Position aus dem Verfassungsrecht⁷. In den folgenden Ausführungen wird jedoch die Herausforderung angenommen, ein Zutrittsrecht positivrechtlich aus dem schweizerischen Arbeitsrecht (auf Gesetzesstufe) zu begründen. Die Leserschaft ist eingeladen, den Autoren auf dieser „Spurensuche im Arbeitsrecht“⁸ zu begleiten und die gewonnen Erkenntnisse zu teilen oder ihnen zu widersprechen.

Unbestritten ist, dass ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) verankert werden kann. Im dritten Teil des Beitrages werden entsprechende Formulierungen in ausgewählten Gesamtarbeitsverträgen näher untersucht. Bei dieser Analyse ist auch zu berücksichtigen, ob das höherrangige *Völker- und oder Verfassungsrecht* allenfalls das Zutrittsrecht bereits gewährleistet. Wenn dies zutrifft, dann kann dieses Recht auf Gesetzesstufen bzw. in GAV's zwar *konkretisiert oder erweitert, nicht aber eingeschränkt* werden, denn entsprechend der Normenhierarchie im Arbeitsrecht darf ein GAV nicht gegen höherrangiges Recht verstossen⁹.

Bei der Frage eines Zutrittsrechts der Gewerkschaften zum Betrieb ist auch zu fragen, ob ein solches Recht lediglich auf die Betriebsräumlichkeiten im engeren Sinne beschränkt ist. Neuere Formen der Arbeitsorganisation wie „Home-Office“, „Cloud-Work“ und ganz allgemein die durch die Digitalisierung beschleunigte zunehmende Verwischen der Grenzen zwischen Arbeitsort und Wohnort sowie zwischen Arbeitszeit und Freizeit führen dazu, dass der Betrieb im klassischen Sinne gar nicht mehr der Ort ist, wo Arbeitnehmer/innen für gewerkschaftliche Informationen sinnvollerweise zu erreichen sind. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass aus gewerkschaftlichen

¹ Prof. Dr. iur., Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel.

² Siehe dazu den Beitrag von Beatrice Vacotto in diesem Heft, S. 8

³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220

⁴ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, SR 822.11

⁵ Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) vom 17. Dezember 1993, SR 822.14

⁶ Ullin STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf, 2012, N 7 zu Art. 357a OR.

⁷ So z.B. ARTHUR ANDERMATT, Koalitions- und Streikrecht, in: Arthur Andermatt et. al (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, S. 7-50, N 38.

⁸ Siehe II Spurensuche im Arbeitsrecht, S. 2 ff.

⁹ CHRISTIAN BRUCHEZ, Commentaire Art. 358 OR, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), Commentaire du contrat de travail, Bern, 2013, S. 1232.

Gewerkschaftskreisen auch die Forderung nach einem Recht auf *Zugang zum betrieblichen Internet* gefordert wird¹⁰. Die internationale Gewerkschaft „UNI-Globalunion“ verabschiedete einen Kodex „online rights@work“, der u.a. festhält, dass der Betriebsrat, die Gewerkschaft und ihre Vertreter berechtigt sind, die Kommunikationseinrichtungen im Unternehmen für die Zwecke der Betriebsrats- und Gewerkschaftsarbeit sowohl intern als auch extern zu nutzen. Dazu gehört gemäss dem Kodex auch das Recht, Gewerkschafts- und Betriebsratsinformationen an alle Beschäftigten zu senden, welche die vorhandenen elektronischen Kommunikationsmittel benutzen. Im Rahmen der Analyse ausgewählter GAV's wird in diesem Beitrag geprüft, ob und inwiefern diese Entwicklung auch bei den schweizerischen Sozialpartnern angekommen ist und entsprechende Bestimmungen in GAV's enthalten sind.

Sowohl bei der „Spurensuche“ im Arbeitsrecht als auch bei der Analyse der GAV's wird festzustellen sein, dass die Arbeitgeber auch anderen Akteuren Zutritt zu den Betrieben zu gewähren haben. Das betrifft zum einen Behörden im Rahmen des Vollzugs des ArG und zum anderen GAV-Vollzugsorgane sowie tripartite Kommissionen im Anwendungsbereich von Art. 360b OR. Die detaillierte Analyse der Zutrittsrechte dieser Akteure wird bei den nachfolgenden Kapiteln zwar jeweils kurz erwähnt, bildet jedoch *nicht den Fokus* der Ausführungen. Ziel des Beitrages ist vielmehr eine – allfällige – Verortung eines genuin gewerkschaftlichen Zutrittsrechts basierend auf Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsrechts.

II Spurensuche im Arbeitsrecht

A) Mitwirkungsgesetz

1. Zutrittsrecht gestützt auf den Vertretungsanspruch und die Mitwirkungsrechte?

Die im internationalen Vergleich bescheidenen Mitwirkungsrechte sind in der Schweiz im Mitwirkungsgesetz verankert. Art. 3 MwG verleiht einen gesetzlichen Anspruch auf Vertretung in Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Diese können „aus ihrer Mitte“ eine oder mehrere Vertretungen bestimmen. Gewerkschaftsvertreter/innen, die nicht dem Betrieb angehören, sind nicht wählbar¹¹. Auch eine vollständige Fremdvertretung, also z.B. die Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte nach MwG durch eine Gewerkschaft, ist im Gesetz nicht vorgesehen¹². Bei der Arbeitnehmervertretung handelt es sich gemäss Botschaft zum MwG um ein kollektives Organ der Belegschaft eines Betriebes¹³.

Die Rechte der Arbeitnehmervertretung (und der Arbeitnehmer/innen eines Betriebes, wo keine Arbeitnehmervertretung besteht) sind im dritten Abschnitt des Mitwirkungsgesetzes in den Art. 9 und 10 geregelt. Art. 9 MwG beinhaltet ein Informationsrecht über die Auswirkungen des Geschäftsgangs auf die Beschäftigung und die Beschäftigten und ein Recht auf rechtzeitige und umfassende Information über die Angelegenheiten, bei denen der Arbeitnehmervertretung Mitwirkungsrechte zustehen. Als besondere Mitwirkungsrechte werden in Art. 10 MwG mit Verweisen auf die entsprechende Gesetzgebung die folgenden Bereiche aufgeführt:

¹⁰ Siehe den Code „Online Rights@work“ der Gewerkschaft „Global Union“.

http://www.uniglobalunion.org/sites/default/files/attachments/pdf/OnlineRightsAtWork_DE-print.pdf

¹¹ THOMAS GABATHULER, Die Mitwirkung der Arbeitnehmenden, in: Arthur Andermatt et. al (Hrsg.), Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel, 2009, N 9.

¹² MAX FRITZ/CARLA SCHULER, Die Mitwirkung im Arbeitsverhältnis. Ein Handkommentar für die Praxis zum Mitwirkungsgesetz sowie zu weiteren mitwirkungsrelevanten Gesetzen, Zürich, 2012, S. 31.

¹³ Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992 (Sonderdruck 92.057; BBl 1992 V 520), FRITZ/SCHULER, S. 37.

- Fragen der Arbeitssicherheit im Sinne von Art. 82 des Unfallversicherungsgesetzes (UVG)¹⁴ und Fragen des Arbeitnehmerschutzes nach Art. 48 des ArG (Art. 10 lit. a MwG),
- Übergang von Betrieben im Sinne von Art. 333 und 333a OR (Art. 10 lit. b MwG),
- Massenentlassungen im Sinne der Art. 335d – g OR (Art. 10 lit. c MwG),
- Anschluss an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge und die Auflösung eines Anschlussvertrages (Art. 10 lit. d MwG).

Auch die besonderen Mitwirkungsrechte stehen grundsätzlich nur der Arbeitnehmervertretung oder wo es keine solche gibt den Arbeitnehmer/innen des Betriebes zu. Aus den allgemeinen und besonderen Mitwirkungsrechten allein lässt sich auf den ersten Blick nichts ableiten, was ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb rechtfertigen liesse.

Im vierten Abschnitt des Mitwirkungsgesetzes finden sich eine Reihe von Bestimmungen zur Zusammenarbeit zwischen der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmervertretung. Art. 11 MwG verlangt einerseits von beiden Seiten ein Verhalten nach Treu und Glauben und verpflichtet andererseits die Arbeitgeberin, die Arbeitnehmervertretung zu unterstützen, namentlich durch das zur Verfügung stellen von Räumen, Hilfsmitteln und administrativen Dienstleistungen. Auf den ersten Blick etwas weit hergeholt wäre eine Argumentation, wonach zu der vom Arbeitgeber zu gewährenden Unterstützung der Tätigkeit der Arbeitnehmervertretung auch gehöre, Gewerkschaften den Zutritt zum Betrieb zu ermöglichen, damit diese die Arbeitnehmervertretung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgabe unterstützen könnte. Ein solches Ergebnis lässt sich indes durch eine systematische Analyse der Gesamtheit der besonderen Mitwirkungsfelder und insbesondere des Klagerechts nach Art. 15 Abs. 2 MwG durchaus plausibel begründen. Als weitere Begründung eines so begründeten Rechts kann auf die in Art. 14 MwG verankerte Verschwiegenheitspflicht hingewiesen werden. Nach Art. 14 Abs.1 MwG gilt die Verschwiegenheitspflicht der Arbeitnehmervertretung nicht gegenüber betriebsfremden Personen, wenn diese mit der Wahrung der Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betraut sind. Es liegt auf der Hand, dass hier auch Gewerkschaften bzw. Gewerkschaftsvertreter gemeint sind. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Verschwiegenheitsverpflichtung nach Art. 14 Abs. 3 MwG auch für die Personen gilt, die durch die Arbeitnehmervertretung informiert werden dürfen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich den Bestimmungen im Mitwirkungsgesetz über die Arbeitnehmervertretung, zu den allgemeinen und besonderen Mitwirkungsrechte und zur Zusammenarbeit im Betrieb nicht eindeutig ein Recht auf ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften ableiten lässt. Ausgeschlossen erscheint ein solches Recht hingegen wie ausgeführt wurde auch nicht.

2. Aktivlegitimation der Gewerkschaften für die „Mitwirkungsklage“

Über Streitigkeiten, die sich aus dem Mitwirkungsgesetz oder aus vertraglichen Mitwirkungsordnungen ergeben, sind die für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zuständigen Instanzen zuständig (Art. 15 Abs. 1 MwG). Klageberechtigt sind nach Art. 15 Abs. 2 MwG die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie deren Verbände. Einschränkend hält das Gesetz fest, dass sich der Anspruch der Verbände auf *Feststellung* einer Verletzung des MwG beschränkt.

Die Konzeption der Klageberechtigung ist in mehrfacher Hinsicht aufschlussreich. Vorab fällt auf, dass die Arbeitnehmervertretung, der im MwG ansonsten eine prominente Stellung zugesprochen wird, nicht unter den Klageberechtigten aufgeführt ist. Dieser Umstand wird in der Lehre

¹⁴ Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20

kontrovers diskutiert¹⁵. Nach Wortlaut des Gesetzes ist die Rechtslage indes klar: Ein *Klagerecht* für die *Arbeitnehmervertretung ist nicht* vorgesehen. Auch aus den Materialien lässt sich nichts ableiten, was auf ein gesetzgeberisches Versehen hinweisen würde. Offensichtlich soll die *Klageberechtigung der Verbände* und damit auch der Gewerkschaften die *Lücke schliessen*, die durch die fehlende Klagemöglichkeit der betrieblichen Arbeitnehmervertretung notwendigerweise entsteht. Auch wenn sich die Klageberechtigung auf „Feststellung“ beschränkt, ermöglicht die Verbandsklage den Gewerkschaften die Wahrnehmung einer Ordnungsfunktion: Die Gewerkschaften können und sollen offensichtlich zum gedeihlichen Funktionen der gesetzlich vorgesehenen Mitwirkungsordnung beitragen. Es ist deshalb nur folgerichtig, wenn für die Klage nach Art. 15 Abs. 2 MwG gemäss BGE 123 III 176 kein zusätzliches Feststellungsinteresse notwendig ist. Gemäss Bundesgericht anerkennt das Gesetz ein Interesse der Verbände, „das Verhalten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gerichtlich auf seine Rechtmässigkeit hin überprüfen zu lassen (...)“¹⁶. Dass die Verbände, namentlich die Gewerkschaften, diese Kontrollfunktion wahrnehmen können, setzt jedoch eine Verbindung zu den Betrieben voraus. Es lässt sich nach der hier vertretenen Position durchaus vertreten, dass die Gewerkschaften, sollen sie die Ihnen zugedachte Funktion wahrnehmen, auch ein Zutrittsrecht zum Betrieb haben müssen.

B) Unfallversicherungsgesetz und Arbeitsgesetz

1. Arbeitssicherheit

Ein Teil der besonderen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmervertretung basiert auf Art. 82 UVG. Die Bestimmung regelt den Schutz vor Berufsunfällen und Berufskrankheiten. In Art. 82 Abs. 2 UVG ist festgehalten, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmenden zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten heranzuziehen hat. Die besonderen Mitwirkungsrechte im Sinne von Art. 10 lit. a MwG werden in der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV) ausgeführt. Nach Art. 6a VUV haben die Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmervertretung in allen Fragen betreffend der Arbeitssicherheit ein Mitspracherecht, das sowohl den Anspruch auf frühzeitige und umfassende Anhörung wie auch ein Vorschlagsrecht umfasst. Wenn die Arbeitgeberin die Vorschläge nicht umsetzen will, müsse er dies begründen (Art. 6a Abs. 2 VUV). Weiter mitwirkungsrelevant ist Art. 11e VUV, demnach beurteilen die Spezialisten der Arbeitssicherheit in Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber und *nach Anhörung der Arbeitnehmer oder ihrer Vertretung* die Gefahren im Betrieb für die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer.

2. Arbeitsschutz

Für die Durchsetzung der in Art. 6 ArG allgemein verankerten Pflicht der Arbeitgeber zum Schutz der Gesundheit und Persönlichkeit der Arbeitnehmer sieht das Arbeitsgesetz behördliche Kontrollen und Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmervertretung vor. Gegenüber den Vollzugsbehörden des ArG haben die Arbeitgeber einerseits eine Auskunftspflicht (Art. 45 Abs. 1 ArG) und andererseits auch die Pflicht, „den Vollzugs- und Aufsichtsorganen den Zutritt zum Betriebe, die Vornahme von Feststellungen und die Entnahme von Proben zu gestatten“. Durch das Zutrittsrecht der Behörden werden die Eigentums- und Besitzansprüche des Arbeit-

¹⁵ Für ein Klagerecht der Arbeitnehmervertretung plädieren: WALO ILG, Kommentar über das Bundesgesetz über die Information der Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz), Zürich, 1999, S. 98 f., GABATHULER (Fn 11), N 39, FRANK VISCHER, Kommentar zu Art. 37 ArG, N 27, in: Thomas Geiser/Adrian Von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern, 2005. Gegen ein Klagerecht sind: FRITZ/SCHULER (Fn 12), S. 79, ROLAND A. MÜLLER, Die Arbeitnehmervertretung, Bern, 1999, S. 234.

¹⁶ BGE 125 III 176, E. 1 „(...)Mit dieser Sonderregelung anerkennt das Gesetz ein Interesse der Verbände, das Verhalten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gerichtlich auf seine Rechtmässigkeit hin überprüfen zu lassen (...)“.

gebers beschränkt¹⁷. Dieser Eingriff ist notwendig, damit die zuständigen Behörden die ihnen kraft Gesetz auferlegte Aufgabe wahrnehmen können.

Nach Art. 48 Abs. 1 ArG stehen den Arbeitnehmenden Mitwirkungsrechte zu in allen Fragen des Gesundheitsschutzes (lit. a), bei der Organisation der Arbeitszeit und der Gestaltung der Stundenpläne (lit. d) sowie hinsichtlich der bei Nachtarbeit zu treffenden Massnahmen (lit. c). Die Mitwirkungsrechte für die genannten Bereiche umfassen den Anspruch auf Anhörung und Beratung im Vorfeld des Entscheids des Arbeitgebers und auf Begründung, wenn die Einwände der Arbeitnehmer oder deren Vertretung nicht berücksichtigt werden (Art. 48 Abs. 2 ArG). In der Verordnung 1 zum ArG (ArGV 1)¹⁸ und der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3)¹⁹ werden die Mitwirkungsrechte konkretisiert. So hält Art. 6 Abs. 1 ArGV 3 fest, dass die Arbeitnehmer oder ihre Vertretung im Betrieb über alle Fragen, welche die Gesundheitsvorsorge betreffen, frühzeitig und umfassend angehört werden müssen. Auch besteht ein Vorschlagsrecht. Art. 6 Abs. 2 ArGV 3 gewährt den Arbeitnehmern oder der betrieblichen Arbeitnehmervertretung auf Wunsch die Möglichkeit, bei Abklärungen und Betriebsbesuchen der Behörden dabei zu sein. Art. 71 ArGV 1 schliesslich sieht die vorgängige Information und den Beizug der Arbeitnehmenden oder der Arbeitnehmervertretung bei Besuchen der ArG-Vollzugsbehörden vor.

3. Funktional begründetes Zutrittsrecht für Gewerkschaften bei Fragen des Gesundheitsschutzes und der Arbeitssicherheit

Sowohl die allgemeinen wie auch die gerade näher beschriebenen besonderen Mitwirkungsrechte im Bereich Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit stehen der Arbeitnehmervertretung und wo keine solche besteht den Arbeitnehmenden des Betriebes zu. Mitwirkungsrechte für die *Gewerkschaften* sind ausdrücklich weder im MwG noch im UVG oder ArG vorgesehen. Ein gewerkschaftliches Zutrittsrecht lässt sich also nicht ohne Weiteres begründen. Die Analyse der einzelnen Bestimmungen des MwG, ArG und UVG und insbesondere deren Zusammenwirken zeigt indes, dass in der geltenden Ordnung durchaus Einflussmöglichkeiten auf das betriebliche Geschehen für Arbeitnehmerverbände vorgesehen sind.

Die Arbeitnehmenden eines Betriebes haben sowohl nach ArG und UVG einen Anspruch auf Anhörung und auch Konsultation. Es versteht sich von selbst, dass die *sachgerechte Wahrnehmung* dieser Aufgaben auch entsprechende Kenntnisse und Kompetenzen voraussetzt. Sind in einem Betrieb Gewerkschafter beschäftigt und nehmen diese auch (als gewählte Arbeitnehmervertreter) innerbetriebliche Mitwirkungsaufgaben wahr, so ist die *Schnittstelle* zwischen „Innen“ (= Betrieb) und „Aussen“ (Gewerkschaft als Fachorganisation auch für Fragen des Arbeitnehmergeundheitsschutzes) vorhanden. Wo es hingegen an einer gewerkschaftlichen Betriebsgruppe fehlt, muss die Gewerkschaft die Gelegenheit haben, den Beschäftigten Informationen über die im Gesetz vorgesehenen Mitwirkungsbereiche zukommen zulassen. Diese These wird durch die in Art. 15 Abs. 2 MwG verankerte Klagelegitimation der Verbände gestärkt. Die mit der *Klagebefugnis* verbundene *Kontrollfunktion* gegenüber den betrieblichen Mitwirkungsrechten setzt notwendigerweise eine Verbindung zwischen „Aussen“ und „Innen“ voraus. Damit die Gewerkschaften ihre Aufgaben wahrnehmen können, sind sie auf Mitglieder angewiesen. Grundsätzlich lässt sich ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften auch zum Zwecke der Mitgliederwerbung somit (auch) aus den besonderen Mitwirkungsrechten für die Arbeitnehmervertretung und die Arbeitnehmenden herleiten. Ebenso klar ist, dass bei der Ausübung des Zutrittsrechts die betrieblichen Interessen gewahrt werden müssen und das Zutrittsrecht je nach betrieblichen Interessen auch zeitlich und räumlich beschränkt aber nicht gänzlich verboten werden kann.

¹⁷ GABATHULER (Fn 11), S. 21.

¹⁸ Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000, SR 822.111

¹⁹ Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge) vom 18. August 1993, SR 822.113

C) Mitwirkungsrechte im Bereich der beruflichen Vorsorge

Im Bereich der Beruflichen Vorsorge verfügen die Arbeitnehmenden über vergleichsweise weitgehende Mitwirkungsrechte. Sofern der Arbeitgeber noch keine Vorsorgeeinrichtung hat, wählt er eine *im Einverständnis* mit dem Personal (Art. 11 Abs. 2 BVG²⁰). Dasselbe gilt auch im Falle eines Wechsels der Vorsorgeeinrichtung. Diese Form der Mitwirkung wird in der Lehre zu Recht als *eigentliche Mitbestimmung* bezeichnet²¹. Eine Entscheidung über die Wahl oder einen Wechsel der Vorsorgeeinrichtung kommt nur zu Stande, wenn sich Arbeitgeber und die Arbeitnehmenden des Betriebes einig sind. Bei Nichteinigung entscheidet ein neutraler Schiedsrichter.

Das Mitwirkungs- bzw. Mitbestimmungsrecht bezieht sich weiter auf die Ausgestaltung der beruflichen Vorsorge. Art. 51 BVG sieht vor, dass das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung paritätisch zusammengesetzt ist. Im Zusammenhang mit dem Wahlverfahren stellt sich die Frage, ob sich die Arbeitnehmenden durch externe Personen, beispielsweise durch Gewerkschaften, vertreten lassen dürfen. Das Gesetz beantwortet diese Frage nicht klar. In der Lehre und Praxis des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) wird vertreten, die Zulässigkeit externer Personen im paritätischen Organ bedürfe einer reglementarischen oder statutarischen Regelung²². Das Bundesverwaltungsgericht hielt in einer viel beachteten Entscheidung im Jahre 2007 fest, es sei unzulässig, den Stiftungsrat mit anderen als Arbeitgeber- oder Arbeitnehmervertretern zu besetzen²³. Im konkreten Fall ging es um die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes der Stifterin im Stiftungsrat, damit wurde, so das Bundesverwaltungsgericht, der Grundsatz der paritätischen Zusammensetzung verletzt²⁴.

Ausdrücklich lässt sich den BVG-Regelungen zur Mitwirkung und Mitbestimmung ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb nicht entnehmen. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass gerade in einer so komplexen Materie wie diejenige der Beruflichen Vorsorge die Arbeitnehmenden ihre gesetzlich garantierten Kooperationsrechte nur effektiv wahrnehmen können, wenn sie dabei durch gewerkschaftliche Interessenvertretung unterstützt werden. So gesehen lassen sich auch aus Art. 10 lit. d MwG in Verbindung mit den vorangehenden Mitwirkungs- und Mitbestimmungsnormen des BVG Argumente für ein funktional begründetes Zutrittsrecht entnehmen. Einschränkung ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der in Art. 51 BVG verankerte Anspruch auf paritätische Besetzung nicht unter den in Art. 10 lit. d MwG aufgeführten Mitwirkungsrechten im Bereich berufliche Vorsorge aufgeführt ist. Somit steht den Gewerkschaften bei Verletzung von Art. 51 BVG – anders als bei einer Verletzung von Art. 11 BVG – die Feststellungsklage nach Art. 15 Abs. 2 MwG nicht zu. Dies ändert aber nichts daran, dass die *paritätische Besetzung* des obersten Organs einer Vorsorgeeinrichtung eine *starke und fachkompetente Arbeitnehmervertretung* erfordert.

²⁰ Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982, SR 831.40

²¹ THOMAS GEISER, Aktuelle Gesetzgebung, Gerichtspraxis und internationaler Kontext, in: Ehrenzeller/Fuhrer/Geiser (Hrsg.) Die Mitwirkung in den Betrieben, St. Gallen 2009, S. 48 f.

²² THOMAS GÄCHTER/MAYA GECKELER-HUNZIKER, N 27 zu Art. 51 BV in: Schneider/Geiser/Gächter (Hrsg.), BVG und FZG, Stämpfli Handkommentar, Bern 2010.

²³ Bundesverwaltungsgericht vom 17.08.2008, Urteil C_2371/2006, Gewerkschaft X. & Kons. C BVG-Sammelstiftung der Rentenanstalt. Siehe dazu den Kommentar von HANS-ULRICH STAUFFER, AJP 2008, S. 123 ff.

²⁴ Bundesverwaltungsgericht C_2371/2006 (Fn) E. 2.

D) OR und Entsendegesetz

1. OR-Bestimmungen zur Massenentlassung und Betriebsübergang

Zu den besonderen Mitwirkungsrechten gehören nach Art. 10 lit. c MwG die in den Art. 333a OR und Art. 335f OR verankerten Konsultationsrechte der Arbeitnehmervertretung (oder der Arbeitnehmer in Betrieben ohne Arbeitnehmervertretung) beim Betriebsübergang und bei der Massenentlassung. Wie bei allen anderen MwG-Mitwirkungsrechten sind die Gewerkschaften nicht unmittelbar Adressaten dieser Rechte. Zu prüfen ist indes gleichwohl, ob sich ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften durch die der Arbeitnehmervertretung zugedachten Aufgaben rechtfertigen lässt.

Nach Art. 333a OR hat die Arbeitgeberin die Arbeitnehmervertretung (oder die Arbeitnehmenden) über einen geplanten Betriebsübergang rechtzeitig zu informieren. sofern und soweit sich der Übergang auf Arbeitsbedingungen auswirkt, besteht überdies eine Konsultationspflicht. Ziel der Konsultation ist, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerseite eine Einigung über die die Arbeitsverhältnisse betreffenden Änderungen des Betriebsübergangs erzielt werden kann²⁵. Bei Massenentlassungen schreibt Art. 335f OR ebenfalls eine Konsultationspflicht der Arbeitnehmervertretung (oder der Arbeitnehmenden) vor. Art. 335f Abs. 2 OR beinhaltet ausdrücklich das Recht der Arbeitnehmerseite, Vorschläge zu Vermeidung oder Milderung von Massenentlassungen zu unterbreiten. Nach nicht unumstrittener Lehre ist die Arbeitgeberseite verpflichtet, die Vorschläge zu prüfen und eine Ablehnung zu begründen²⁶. Die *Wahrnehmung der Konsultationsrechte erfordert eine hohe Sachkenntnis*. Es ist deshalb auch unbestritten, dass die Arbeitnehmervertretung externe Berater/innen, auch aus gewerkschaftlichen Kreisen, beziehen kann²⁷.

Bei den Rechtsfolgen einer unterlassenen Konsultation ist zwischen Betriebsübergang und Massenentlassung zu unterscheiden. Beim Betriebsübergang sind im Gesetz keine Rechtsfolgen vorgesehen, wenn die Arbeitgeberin ihre Informations- und Konsultationsrechte verletzt. Anders sieht Art. 336 Abs. 2 lit. c in Verbindung mit Art. 336a Abs. 3 OR vor, dass bei Massenentlassungen ohne Konsultation eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen geschuldet ist. In beiden Fällen stehen den Arbeitnehmenden und den Gewerkschaften, nicht aber der Arbeitnehmervertretung, die Klagerechte nach Art. 15 Abs. 1 bzw. Art. 15 Abs. 2 MwG zu. Die Gewerkschaften können also auch hier auf Feststellung der Nichteinhaltung der Konsultationsrechte klagen und so ihre Kontrollfunktion bei der Einhaltung der Mitwirkungsrechte wahrnehmen. Auch die Mitwirkungsrechten beim Betriebsübergang und bei der Massenentlassung stützen demnach die These eines arbeitsrechtlich begründeten Zutrittsrechts der Gewerkschaften zum Betrieb.

2. OR-Bestimmungen zur Fusion und zum Sozialplan

Konsultationsrechte enthält auch das Fusionsgesetz (FusG)²⁸, die allerdings nicht ausdrücklich unter den besonderen Mitwirkungsrechten nach Art. 10 MwG aufgeführt sind. Art. 28 Abs. 1 FusG verweist auf die Konsultationsbestimmungen bei der Betriebsübernahme. Anders als bei Art. 333a OR enthält das Fusionsgesetz auch eine Sanktion bei Verletzung der Konsultationspflicht. Nach 77 Abs. 2 FusG kann die Arbeitnehmervertretung gerichtlich Verweigerung der Eintragung der Fusion in das Handelsregister durchsetzen, wenn die Konsultationsrechte verletzt

²⁵ So überzeugend STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn 6), N 7 zu Art. 333a. A.A.: FRITZ/SCHULER (Fn 12), S. 54, hier wird vertreten, der Arbeitgeber sei nicht verpflichtet, über Vorschläge der Arbeitnehmerseite zu beraten oder deren Ablehnung zu begründen.

²⁶ So GABATHULER (Fn 11), N 63. A.A.: FRITZ/SCHULER (Fn 12), S. 62.

²⁷ Das ergibt sich auch aus Art. 14 MwG, wo die Verschwiegenheitspflicht auf von der Arbeitnehmerschaft beigezogene Dritte ausgedehnt wird.

²⁸ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003, SR 221.301

werden. Im Unterschied zu Streitigkeiten aus dem Mitwirkungsgesetz sind die Gewerkschaften zur Arbeitnehmerklage nach [FusG](#) nicht aktivlegitimiert²⁹.

Seit dem 1.1.2014 enthält Art. 335h bis Art. 335k OR erstmals eine in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen geltende allgemeine gesetzliche Sozialplanpflicht. Auf Voraussetzungen und den Inhalt der Sozialplanpflicht soll hier nicht weiter eingegangen werden³⁰. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert die in Art. 335i Abs. 3 und 4 OR verankerten Vorschriften über die vom Arbeitgeber zu berücksichtigenden Verhandlungspartner. Nach Art. 335i Abs. 3 OR verhandelt der Arbeitgeber mit den am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmerverbänden, wenn er Partei dieses Gesamtarbeitsvertrags ist (lit. a), mit der Arbeitnehmervertretung (lit. b) oder direkt mit den Arbeitnehmern, wenn es keine Arbeitnehmervertretung gibt (lit. c). Art. 335i Abs. 4 OR erlaubt den Arbeitnehmerverbänden, der Arbeitnehmervertretung oder den Arbeitnehmenden überdies, Sachverständige heranzuziehen, die gegenüber betriebsfremden Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Art. 335k OR sieht bei Nichteinigung der Parteien die Bestellung eines Schiedsgerichtes vor, dass verbindlich in der Sache entscheiden kann.

Die neu eingeführte Sozialplanpflicht stellt eine *Verstärkung der Arbeitnehmerrechte* dar. Die Verhandlungspflicht der Arbeitgeberin mit den am GAV beteiligten Gewerkschaften liegt auf der Hand. Damit diese ihre Interessenvertretung wirksam wahrnehmen kann, muss sie die Möglichkeit eines *effektiven Zugangs zu den Beschäftigten im Betrieb* bestehen und dies auch in Fällen, in denen der GAV eine gewerkschaftliches Zutrittsrecht nicht ausdrücklich vorsieht. Anders kann die Gewerkschaft die ihr vom Gesetz zugeordnete Rolle als Verhandlungspartnerin der Arbeitgeberin nicht wirksam wahrnehmen. Die Regelung in Art. 335i Abs. 4 OR (Beizug von Sachverständigen) zeigt ebenfalls den gesetzgeberischen Willen, den Gewerkschaften bei den Verhandlungen über einen Sozialplan eine wichtige Rolle einzuräumen³¹.

Die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden bei einer Fusion und diejenigen im Zusammenhang mit der neuen Sozialplanpflicht stellen weitere Indizien für die Existenz oder zumindest die Notwendigkeit eines gewerkschaftlichen Zutrittsrechts zum Betrieb dar.

3. Artikel 360b OR und Entsendegesetz

Als wichtiges Element der flankierenden Massnahmen, die im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsabkommen (FZA)³² der Schweiz mit der EU abgeschlossen wurden, hat der Gesetzgeber in Art. 360a und 360b OR den Erlass von Mindestlöhnen und die Einsetzung tripartiter Kommissionen vorgesehen. Diesen kommen nach Art. 360b Abs. 5 OR umfangreiche Kontrollfunktionen zu. So haben sie das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme in alle Dokumente, die für die Durchführung der Untersuchung notwendig sind. Im Entsendegesetz (EntsG)³³ werden die Befugnisse der tripartiten Kommissionen konkretisiert. Nach Art. 7 Abs. 2 EntsG haben die Arbeitgebenden den Kommissionen auf deren Wunsch alle Dokumente zuzustellen, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen der entsandten Arbeitnehmenden belegen. Weiter muss

²⁹ DANIEL EMCH, System des Rechtsschutzes im Fusionsgesetz. Materiell- und prozessrechtliche Überlegungen zu den Klagen des FusG bei Umstrukturierungen unter Beteiligungen von Aktiengesellschaften, Bern 2006, S. 304.

³⁰ Siehe zur Sozialplanpflicht u.a. Eva-Maria Bani, Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungsrecht auf das Arbeitsrecht, ArbR 2013, S. 79-102, OLIVIER HARI/HUBERT GMÜNDER, Das neue Sanierungsrecht, GesKR 2013 S. 570, JEAN-CHRISTOPH SCHWAB, Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h–k CO), DTA 2013 p. 281

³¹ Siehe dazu BANI (Fn 30), S. 94.

³² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681)

³³ Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz) vom 8. Oktober 1999, SR 823.20

der Arbeitgeber den Mitgliedern der tripartiten Kommissionen „jederzeit freien Zutritt zum Arbeitsplatz und den Verwaltungsräumen gewähren“. Die tripartiten Kommissionen können Kontrollaufgaben an Dritte, so auch an Gewerkschaften delegieren, die auf diesem Weg ein für Kontrollzwecke notwendiges Zutrittsrecht zum Betrieb erhalten.

III Zutrittsrechte in GAV's – Bestandesaufnahme und Analyse

A) Ausgangslage und Fragestellung

Ausdruck der Koalitionsfreiheit ist auch, dass es den Sozialpartnern frei steht, Bestimmungen über die Rolle der Gewerkschaften einschliesslich des Recht auf Zutritt zum Betrieb in den GAV aufzunehmen. Sofern und soweit ein gewerkschaftliches Recht sich bereits aus völkerrechtlichen Normen und/oder aus der Verfassung oder aus den geltenden Bestimmungen zur Mitwirkung ableiten lässt, darf das gewerkschaftliche Zutrittsrecht nicht gänzlich verboten oder unverhältnismässig eingeschränkt werden³⁴. Zulässig sind demgegenüber alle GAV-Regelungen, die (gegebenenfalls vorbestehende) gewerkschaftliche Zutrittsrechte ausdrücklich festlegen und insbesondere auch die Modalitäten der Ausübung konkretisieren.

Nachfolgend wird in ausgewählten GAV's untersucht, ob und in welcher Form sich Aussagen zu betrieblichen Zutrittsrechten von Gewerkschaften vorfinden. Naturgemäss finden sich in GAV's auch Bestimmungen über Aufgaben und Kompetenzen der GAV-Vollzugsorgane, die regelmässig paritätisch zusammengesetzt sind. Das diesen Organen zur Erfüllung ihrer Aufgabe ein Zutrittsrecht zum Betrieb gewährt wird, ist naheliegend. Beispiele findet sich in Art. 10 GAV für Branchen des Ausbaugewerbes in den Kantonen Basel-Land, Basel-Stadt, Solothurn³⁵ die folgende Bestimmung: „Die durch die ZPK (zentrale paritätische Kontrollstelle) eingesetzten Kontrolleure sind befugt, Betriebe bzw. Betriebsteile zu betreten, die unter den Geltungsbereich des GAV fallen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet ihnen Zutritt zum Betrieb zu gewähren“.

Vorliegend interessieren jedoch vor allem GAV-Lösungen, die den Gewerkschaften ganz allgemein und zum Zwecke der Mitgliederwerbung ein Zutrittsrecht zum Betrieb gewähren.

B) Ausgewählte GAV's

1. Allgemein verbindliche GAV's

Insgesamt wurden 42 Allgemein verbindlich erklärte GAV's näher analysiert³⁶. Die „Ausbeute“ der Recherche nach Bestimmungen zum Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb ist sehr mager, das folgende Bild zeigt:

- Ausdrückliche Verankerung des Zutrittsrechts (für die Paritätische Kommission): 3³⁷
- Explizite Verankerung des Koalitionsrechts: 3³⁸

³⁴ Dies würde gegen die Normenhierarchie im Arbeitsrecht verstossen, siehe Fn

³⁵ Quelle: <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/04318/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am

³⁶ Siehe die einzelnen GAV's auf der Internetseite des seco: <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 20.09.2014).

³⁷ Art. 47 GAV Ausbaugewerbe der Westschweiz, Art. 10, 10.2.1 GAV Branchen Ausbaugewerbe in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn und Art. 57 Abs. 6 GAV für das Schreiberberbe.

³⁸ Art. 21 GAV für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz, Art. 17 für die Schweizerische Betonwaren-Industrie und Art. 14 GAV für das Schweizerische Coiffeurgewerbe.

2. GAV der Metallbranche

Im GAV der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie³⁹ ist kein ausdrückliches Zutrittsrecht für Gewerkschafter zum Betrieb geregelt. Einer näheren Betrachtung verdienen jedoch die beiden folgenden Bestimmungen:

- Art. 3: Die beidseitige Koalitionsfreiheit ist gewährleistet.
- Art. 9 Abs. 1: Die Vertragsparteien begrüssen eine gegenseitige Information und Kontaktpflege zwischen Firmen und örtlicher Vertretung der Arbeitnehmerverbände

Es ist nicht wirklich überraschend, dass diese Bestimmungen durch die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände unterschiedlich ausgelegt werden. Während im Gewerkschaftskommentar⁴⁰ zu Art. 3 GAV steht, dass Werbung und Information integraler Teil der Koalitionsfreiheit bilden und somit das Zutrittsrecht der Gewerkschaften durch diese Bestimmungen gewährleistet ist äussert sich der Kommentar der Arbeitgeberverbände⁴¹ nicht zum Zutrittsrecht und es wird mehr die negative Koalitionsfreiheit betont.

3. GAV's mit Zutrittsrechten für Gewerkschaften

Lediglich in wenigen GAV's finden sich Bestimmungen, die ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb (ausserhalb der Ausübung von GAV-Vollzugsaufgaben) ausdrücklich festlegen. Art und Ausmass des Zutrittsrechts sind dabei ganz unterschiedlich geregelt. Es kommen sowohl Bestimmungen vor, die voraussetzungslos ein Zutrittsrecht garantieren, als auch solche, die ein Zutrittsrecht von der Zustimmung der Direktion abhängig machen.

Beispiele eher restriktiven Regelungen:

- Art. 16 (Vereinsfreiheit) des GAV der Coop Genossenschaft: „Die vertragsschliessenden Arbeitnehmerorganisationen können Einladungen zu Sitzungen und Versammlungen sowie Mitteilungen und Werbemittel an ihre Mitglieder an die dafür geeigneten Stellen anschlagen. Ebenso ist die Mitgliederwerbung erlaubt. In beiden Fällen ist die Einwilligung der/des Leitenden Personal innerhalb der entsprechenden Region notwendig“.
- Art. 37, Abs. 4 (Gewerkschaftliche Rechte) des GAV der Fenaco Genossenschaft: „Die am GAV beteiligten Gewerkschaften können nach Absprache mit dem zuständigen Fachbereich Personal, Mitteilungen an ihre Mitglieder, in den Betrieben an geeigneten Orten anbringen“.
- Art. 23, Abs. 6 (Reconnaissance de la fonction syndicale) des GAV Philip Morris Products S.A.: „La propagande en faveur du syndicat signataire, pendant la durée du travail, peut être faite par les membres de Unia branche tabac PMP SA avec l'accord de la Direction et dans le bureau mis à disposition à cet effet. Un membre de Unia branche tabac PMP SA est libéré à cette occasion pour servir de liaison entre les employés non syndiqués et les représentants de Unia branche tabac PMP SA“.

Beispiele für eher liberale Regelungen:

- Art. 22, Abs. 3 (Koalitions- und Vereinsrecht / Mitgliederwerbung) des GAV der Schweizer Schokoladenindustrie: „Den in einer vertragsschliessenden Gewerkschaft mitmachenden

³⁹ Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie, Vertragsperiode 1. Juli 2013 – 30 Juni 2018, Quelle: <http://www.sozialpartner.ch/download.html> (zuletzt besucht am 20.09.2014).

⁴⁰ Unia-Kommentar zum GAV, <http://www.gav-service.ch/FileSpooler.axd?fileid=10219> (zuletzt besucht am 20.09.2014).

⁴¹ Swissmen-Kommentar zum GAV, http://www.swissmem.ch/fileadmin/user_upload/Swissmem-Extra-net/GAVKommentar/Kommentar_Deutsch_2013.pdf (Zuletzt besucht am 20.09.2014).

Arbeitnehmenden ist es ausserhalb der Arbeitszeit im Unternehmen erlaubt, für den Beitritt zu einer Gewerkschaft Werbematerial zu verteilen“.

- Art. 10 Informationsrecht der Gewerkschaft, Gesamtarbeitsvertrag Sunrise42: Der Zugang zum Betrieb ist der syndicom nach vorgängiger Absprache mit Sunrise gewährt. Der syndicom stehen pro Jahr bis zu 3 Stunden zur Verfügung um die Mitarbeitenden während der Arbeitszeit zu informieren. Das Management der Sunrise ist berechtigt im Rahmen dieser Veranstaltungen seine Meinung zu äussern und die Haltung Sunrise darzulegen.
- Art. 10, Gesamtarbeitsvertrag Tankstellenshops Kanton St. Gallen: Schutzbestimmungen von Gewerkschaftsdelegierten und von Mitgliedern der Personal- / Betriebskommissionen. Vertragsschliessende Arbeitnehmerorganisationen können Einladungen zu Sitzungen und Versammlungen sowie Mitteilungen und Werbemittel an ihre Mitglieder an den vom Arbeitgeber bestimmten Stellen anschlagen. Ebenso ist Mitgliederwerbung erlaubt
- Protocoles de Partenariat sur l'exercice du droit syndical entre le syndicat Unia et les restaurants Domino's Pizza et ses succursales. Das Protokoll regelt:
 - art. 2 Libertés syndicales et droit d'expression des salariés
 - art. 3 accès auch local du personnel
 - art. 4 Communication et contenu des publications syndicales
 - art. 5 Affichage des communications syndicales

Eine Zwischenstellung nimmt Art. 9 Abs. 3 Art. 9, Abs. 3 (Koalitions- und Vereinsfreiheit) des GAV Globus, Herren Globus, Interio und Office World ein: Die Unternehmen haben zu den Arbeitnehmerverbände eine positive Einstellung. Sie geben die Zusicherung ab, dass sie die Mitgliederwerbung der vertragsschliessenden Arbeitnehmerverbände zulassen, sofern dadurch der Betrieb nicht gestört wird.

In keinem der untersuchten GAV finden sich Regelungen hinsichtlich des gewerkschaftlichen Zugangs zum betrieblichen Intranet oder anderen elektronischen Kommunikationsmitteln.

IV Zusammenfassendes Ergebnis

Die Suche im schweizerischen Arbeitsrecht nach einem gewerkschaftlichen Zutrittsrecht zum Betrieb führte erwartungsgemäss nicht zu einem klaren Ergebnis. Weder im Mitwirkungs- noch im Arbeitsgesetz findet sich eine ausdrückliche Norm, die ein gewerkschaftliches Zutrittsrecht garantiert. Die Analyse des Zusammenwirkens von Art. 10 MwG mit den einschlägigen Bestimmungen im ArG und UVG zum Gesundheitsschutz, Arbeitssicherheit und Arbeitsschutz sowie mit den OR-Regelungen zum Betriebsübergang, zur Massenentlassung und zum Sozialplan und den BVG-Bestimmungen belegen indes, dass ein *funktional mit den genannten Mitwirkungsbereichen zusammenhängendes Zutrittsrecht der Arbeitnehmerverbände zum Betrieb* anerkannt werden muss, damit die Mitwirkung den vom *Gesetz beabsichtigten Zweck* erfüllen kann. Ein so verstandenes Zutrittsrecht erfordert jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit und demokratischer Legitimation zwingend weiterer Konkretisierung durch den *Gesetzgeber*. Wie einzelne Beispiele zeigen, können Garantie und Modalitäten eines gewerkschaftlichen Zutrittsrechts auch in GAV's verankert werden. Davon ausgehend, dass ein Zutrittsrecht bereits völker- und verfassungsrechtlicher und im Sinne der hier vertretenen Position auch – zumindest als Grundsatz – im Gesetzesrecht, dann dürfen GAV-Regelungen das Zutrittsrecht nicht beschneiden sondern lediglich konkretisieren.

⁴² http://www.syndicom.ch/uploads/media/gav_2012_d.pdf (zuletzt besucht am 20.09.2014).

Sur les droits d'accès et d'information des syndicats

Réflexions à partir de l'expérience française

Antoine Lyon-Caen¹, Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre

1. Paradoxe

Il existe un paradoxe qui vaut, à l'orée de ce propos, d'être souligné. Le syndicat, comme forme d'organisation de travailleurs, est né dans, ou en *contemplation* de, ou en référence à des **lieux de travail**. Ce sont, si l'on veut, ses racines. C'est pourtant la **garantie** de sa présence active dans les lieux de travail qui a eu, dans de nombreux pays, le plus grand mal à être admise et reste encore contestée comme une exigence fondamentale.

Au-delà de ce paradoxe, il importe de ne jamais oublier que l'action syndicale requiert, pour exister et se développer, une connaissance - par les travailleurs, par leurs représentants - des conditions de travail, des attentes de chacun et de tous, des projets des maîtres de l'organisation productive. Elle requiert toutes sortes d'interaction avec les travailleurs. Elle requiert une forme ou une autre d'implantation et sa garantie. Bref, même si dans de nombreux pays, les syndicats ont aujourd'hui un rôle, macro social, leur « territoire » est constitué de lieux de travail. C'est-à-dire l'importance de leur présence active et garantie en ces lieux.

2. Grandes étapes du droit français

Le droit français dans ses différentes strates n'est pas le fruit d'activités savantes ou d'experts. Il doit beaucoup à des conjonctures politiques et au jeu des luttes sociales.

La grande loi de reconnaissance de la liberté syndicale, qui évoque les syndicats comme des associations professionnelles, la loi de 1884 est muette sur la présence syndicale dans les lieux de travail. Il est vrai que c'est une loi de liberté, donc brève, et non une loi d'organisation. C'est dans la période de 1945-1968 que se dessinent les grands traits actuels du droit des relations professionnelles. Le patronat français demeure profondément hostile à l'instauration de garanties légales de la présence syndicale dans l'entreprise, ce qui peut expliquer qu'en 1968, elles prennent une place éminente dans les revendications et les changements négociés en vue d'une adaptation de la législation. Hostile aux garanties d'implantation syndicale dans l'entreprise, le patronat accepte que les droits d'information sur les conditions de travail, la situation de l'entreprise et les projets de l'employeur, soient institués et confiés à une instance représentative élue par l'ensemble des travailleurs, le comité d'entreprise.

Lors du mouvement de mai 1968, les syndicats obtiennent l'engagement d'une négociation, annonciatrice d'une loi, portant sur l'exercice du droit syndical dans l'entreprise. La négociation débouchera sur une profonde révision des garanties de l'implantation et de l'activité syndicales dans les entreprises, œuvre de la loi du 27 décembre 1968. C'est avec cette loi qu'est formulée une proposition essentielle : « l'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises » (actuel article L 2141-11 du Code du travail).

En 1982 ces garanties, que l'on appelle parfois avec un d minuscule et au pluriel, les *droits syndicaux*, sont consolidées, notamment avec une formulation plus compréhensive de l'objet de l'activité syndicale et un essai pour assurer une ouverture de l'entreprise à des personnalités extérieures.

¹ Professeur à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense, Directeur d'études à l'EHESS

Enfin en 2008, à l'issue d'un processus complexe de négociation légiférante portant avant tout sur les conditions de la représentativité syndicale, c'est l'implantation dans l'entreprise des syndicats non représentatifs qui fait l'objet de dispositions particulières.

3. Plan.

Cette histoire retracée à très grands traits ne dit pas à elle seule comment ont été conçues les garanties de présence active du syndicat dans l'entreprise, et notamment les droits d'accès et d'information. Les choix sont assez originaux s'ils sont comparés avec les choix effectués dans des pays proches(I). Aujourd'hui, certaines fragilités apparaissent (II).

I. LES CHOIX

4. Pour préciser comment le droit français a conçu et organisé le droit d'accès aux lieux de travail et le droit d'information du syndicat, il y a lieu de croiser deux éléments. Le premier peut être désigné sous le terme de **structure**. Quels sont donc les choix de structure opérés dans le droit français pour l'action syndicale dans l'entreprise ? Le second élément a trait aux **garanties** dont sont assorties les activités syndicales dans l'entreprise ?

A. CHOIX DE STRUCTURE

5. Dualisme de la représentation.

Le droit français a consacré depuis les lendemains de la 2^{ème} guerre mondiale un dualisme de la représentation des intérêts des travailleurs. A côté, en effet, de la représentation syndicale, a été instituée et garantie une représentation à base électorale, représentation unitaire, selon la terminologie qu'utilisent certains, pour souligner que son investiture est l'œuvre de tous les salariés et que ce sont les intérêts de l'ensemble des travailleurs de l'entreprise qui sont ainsi pris en charge. En vérité l'entreprise, ou lorsqu'elle a une structure complexe, l'établissement, est le cadre d'implantation de plusieurs institutions de représentation à base électorale, les délégués du personnel (dès lors que l'établissement ou l'entreprise emploie plus de 10 salariés), le comité d'entreprise (dès lors que l'établissement ou l'entreprise occupe plus de 50 salariés) et le comité d'hygiène de sécurité et les conditions de travail (dans les établissements occupant plus de 50 salariés).

Alors que la liberté syndicale est reconnue et garantie depuis 1884, c'est la représentation élue qui, dans l'entreprise, a fait l'objet des premières dispositions destinées à assurer son implantation. Il y aurait beaucoup à dire sur le soin avec lequel le droit français a promu cette représentation électorale, qui doit à la vieille tradition des mouvements de délégués et des expériences de conseils, mais qui doit aussi à la défiance historique que le patronat français a manifestée à l'égard de possibles garanties données aux syndicats dans leurs activités dans les entreprises.

En tout cas, ce dualisme de la représentation des travailleurs dans l'entreprise, représentation à base électorale d'un côté, représentation syndicale, de l'autre, est à l'origine d'une distribution des rôles entre les deux types de représentation. A la représentation à base électorale, à titre principal au comité d'entreprise, ont été attribués les principaux droits d'information, qui ont connu un développement remarquable depuis plus d'un demi-siècle. Y sont associés des moyens, avant tout des ressources, avec l'institution d'une subvention de l'employeur au financement du comité d'entreprise, et le recours à des experts choisis par le comité et financés par l'employeur. A la représentation syndicale est reconnu le pouvoir de négocier les accords collectifs. Ainsi, formellement, il n'y a pas de concurrence entre les types de représentation, à raison d'une distribution entre eux des rôles. En pratique, bien sûr, les situations sont plus complexes.

6. Structure syndicale dans l'entreprise

Comment assurer le déploiement de l'activité syndicale dans l'entreprise ? Cette question invite à déterminer si, comment et jusqu'où la loi doit promouvoir l'activité syndicale dans les lieux de travail. Au nom d'une certaine conception de l'autonomie syndicale, toute intervention de la loi peut, parfois, être prônée. Dans cette vision, c'est à la force syndicale d'imposer sa présence dans l'entreprise et de définir les moyens dont dispose le syndicat pour agir.

Au nom d'une vision plus élaborée de la liberté syndicale, une intervention de la loi peut être justifiée, destinée à donner au syndicat et aux travailleurs des garanties de jouissance de cette liberté. Cette intervention présente, à certains titres, les traits d'une législation promotionnelle. C'est une telle intervention qu'illustre la loi du 27 décembre 1968. Pour établir les garanties de jouissance de la liberté syndicale, la loi a dû prendre parti sur la **forme** de la présence du syndicat dans l'entreprise. Comme il s'agit de garanties d'exercice d'une liberté, et que, parmi les composantes de cette liberté, prend place la libre détermination des formes et de l'organisation syndicale, la loi a choisi la voie de la plus grande réserve. Ne pouvant ni ne voulant imposer une forme au syndicat dans l'entreprise, elle a reconnu et garanti l'existence de la **section syndicale** d'entreprise, dont la définition est minimaliste. Il s'agit de l'ensemble des adhérents du syndicat. Il s'agit donc d'un groupe informel, auquel la loi ne confère pas la personnalité juridique, ce qui n'interdit pas au syndicat, si tel est son choix, de constituer un syndicat d'entreprise qui se confondra alors avec la section syndicale. C'est à cette section syndicale que la loi confère et garantit des moyens d'action (v. *infra* n°8).

7. Représentation du syndicat dans l'entreprise

Cette modestie nécessaire de la loi quant à la forme de présence du syndicat dans l'entreprise a une contrepartie. Il faut trouver une voie pour assurer au syndicat une capacité d'exprimer son point de vue, de prendre des initiatives, de s'engager dans l'entreprise. Telle est la raison d'être de l'institution d'une figure légale, le **délégué syndical**.

Le délégué syndical est le représentant du syndicat dans l'entreprise. C'est le syndicat qui le désigne. Il n'est pas élu, même si certains syndicats prévoient qu'il est élu par les membres de la section syndicale. Mais il doit être désigné parmi les travailleurs occupés dans l'entreprise. Il appartiendra donc à la collectivité des travailleurs dont le syndicat s'efforce d'exprimer et de faire valoir les intérêts.

Cette institution du délégué syndical résout, d'une manière originale, la question du droit d'accès du syndicat. Le délégué syndical, investi par le syndicat, est aussi membre de la collectivité des travailleurs. Sa présence régulière dans les lieux de travail à ce titre ne saurait souffrir de contestation. C'est au demeurant au délégué syndical que la loi garantit une liberté de mouvement dans l'entreprise (v. *infra*).

En 1968, l'institution du délégué syndical a été assortie de deux conditions. D'une part, le droit pour un syndicat de procéder à sa désignation n'a été garanti que dans les entreprises d'une certaine taille, les entreprises occupant plus de 50 salariés. D'autre part, ce droit a été réservé aux syndicats dits **représentatifs**.

Ces conditions ont, depuis lors, été revues pour permettre une extension de l'activité syndicale dans les entreprises plus modestes et pour permettre aux syndicats non représentatifs de faire leur preuve et accéder à la qualité représentative, qui suppose depuis une loi de 2008, de recueillir au moins 10% des voix exprimées lors des élections du comité d'entreprise. L'extension aux entreprises de taille plus modeste est proposée grâce à la possibilité ouverte au syndicat de désigner un délégué du personnel (élu dans les entreprises de plus de 10 salariés) comme délégué syndical. L'extension aux syndicats dépourvus de la qualité représentative est proposée grâce à

l'institution, toujours depuis une loi de 2008, du représentant de la section syndicale qui est aux syndicats non représentatifs ce qu'est le délégué syndical pour les syndicats représentatifs, à une différence près : le représentant de la section syndicale ne dispose pas, contrairement au délégué syndical, du pouvoir de négocier un accord collectif. La négociation collective reste ainsi une activité réservée aux syndicats représentatifs.

B. LES MOYENS GARANTIS

8. Typologie.

Dans la liste des moyens garantis par le droit français, il n'apparaît guère d'originalité. Le droit donne au syndicat dans l'entreprise et à la représentation élue des prérogatives pour **informer** les travailleurs de leur présence et de leurs activités, pour organiser les activités, pour **réunir** les militants et sympathisants, pour permettre aux représentants, qu'ils soient syndicaux ou élus, d'**exercer** leurs **responsabilités**, notamment en circulant dans l'entreprise, pour permettre aux représentants d'avoir les **connaissances** les plus fines sur les conditions de travail, la vie et la gestion de l'entreprise et se prononcer sur les uns et les autres.

L'originalité, si elle existe, est plutôt dans les détails. Ceux-ci doivent beaucoup aux choix de structure dont il a déjà été fait état (*v. supra* n°4 et s). Ajoutons que le régime des moyens du syndicat et de la représentation élue dans l'entreprise a longtemps suscité de très âpres débats. La jurisprudence a donc joué un rôle important dans sa confection, surtout avant 1982, date à laquelle, alors que les partis de gauche étaient parvenus au pouvoir, une loi a consolidé ces moyens d'action. Cette jurisprudence était autant civile que pénale, car le respect des garanties d'exercice du droit syndical dans l'entreprise et des prérogatives de la représentation élue fait l'objet de sanctions pénales.

9. Informations et réunions syndicales

L'affichage d'informations syndicales et la distribution de tracts sont garantis. Ils ont la prérogative de la section syndicale, c'est-à-dire des membres du syndicat dans l'entreprise. Dès lors, il est intéressant de relever que la diffusion de tracts peut se dérouler dans les locaux de l'entreprise, la loi précisant toutefois qu'elle n'est garantie qu'aux heures d'entrée et de sortie du personnel.

L'organisation de réunions dans l'entreprise et la qualité des personnes susceptibles d'y être conviées demeurent des sujets assez controversés. L'organisation d'une réunion syndicale dans l'enceinte de l'entreprise est garantie une fois par mois, mais la garantie légale ne joue que si la réunion se déroule hors du temps de travail et dans les locaux affectés à l'activité syndicale².

La section syndicale peut inviter et associer à ces réunions des « personnalités syndicales extérieures », c'est-à-dire tout militant ou responsable syndical, n'appartenant donc pas au personnel de l'entreprise. C'est seulement si cette personnalité extérieure n'est pas « syndicale » que l'accord de l'employeur est requis.

² Il ne saurait être question d'entrée ici dans le détail de la réglementation. La taille de l'entreprise importe, car la loi ne garantit un local propre à chaque syndicat que dans les grandes entreprises (plus de mille salariés). Tous les aménagements sont à la charge de l'employeur. Sur ce sujet, les accords collectifs de droit syndical ont un rôle pratique essentiel. L'objet syndical des réunions ne suscite plus des discussions aussi intenses qu'autrefois, car l'objet du syndicat est dorénavant entendu très largement.

10. Circulation dans l'entreprise

Autour de la figure du **représentant du personnel**, le droit français, avec une combinaison de la jurisprudence et de la loi, a progressivement construit un statut de la personne ayant mission d'assurer la défense des intérêts des travailleurs de l'entreprise. Ce statut est constitué de règles protectrices contre les initiatives de l'employeur qui tendraient à contrarier cette mission (mutations, sanctions, licenciements...). Ce statut est aussi constitué de règles garantissant positivement des capacités d'initiative et d'action du représentant du personnel. Au premier rang des représentants du personnel, prend place le délégué syndical. Comme membre de la section syndicale, il a la possibilité de collecter les cotisations, d'afficher les informations syndicales, d'organiser des réunions. Comme délégué syndical, au même titre que les autres représentants du personnel (dont les élus), il dispose d'« **heures de délégation** ». Durant ces heures variables selon la loi, en fonction de la taille de l'entreprise et aménagées, souvent par accord collectif, il peut **circuler** dans l'entreprise, pour citer la formule prévue à cette fin, « y prendre les contacts nécessaires à l'accomplissement de sa mission, notamment auprès d'un salarié à son poste de travail, sous réserve de ne pas apporter de gêne importante à l'accomplissement du travail des salariés »³.

La formule légale se prête à des interprétations diverses, mais comme il en va de l'exercice d'une mission syndicale, protégée par la Constitution et la loi, une interprétation restrictive n'est, en général, pas retenue. Le délégué syndical peut donc prendre contact, dans le même temps, avec plusieurs salariés et les échanges ne sont pas nécessairement brefs.

11. Droits d'information

Les droits d'information constituent, sans nul doute, les prérogatives qui ont connu le plus grand essor en législation depuis 1945.

Ces prérogatives sont, à titre principal, reconnues à la représentation à base électorale, c'est-à-dire au comité d'entreprise, avec ses deux modalités conçues pour s'adapter aux structures de l'activité productrice, le comité d'établissement et le comité de groupe. À défaut de comité d'entreprise, ces prérogatives reviennent aux délégués du personnel.

Le droit de l'Union européenne, qui a fait des droits d'information, un axe essentiel de l'harmonisation des législations des Etats membres, n'a pas affecté cette attribution des droits d'information, non pas au syndicat, mais aux institutions élues dans l'entreprise. L'harmonisation, en effet, a été conçue comme préservant les options structurelles des Etats membres. La figure du comité s'est plutôt renforcée de l'évolution du droit de l'Union européenne, avec l'institution d'un comité, le comité européen d'entreprise, comme structure, au moins subsidiaire, de représentation des intérêts des travailleurs occupés dans les entreprises et groupes à dimension européenne.

Ce n'est pas le lieu d'analyser l'expansion des droits d'information, dont les domaines, et les modalités connaissent de régulières extensions. Il suffit ici d'indiquer que le mouvement historique qui, en France, a consisté à renforcer le rôle des comités d'entreprise et, en particulier, leurs droits d'information ne passe plus désormais par un cantonnement des prérogatives de même ordre du syndicat. Dans les entreprises de taille importante, le délégué syndical représente le syndicat au comité d'entreprise et accède ainsi à toutes les informations destinées à ce dernier. Surtout le développement de la négociation collective d'entreprise s'accompagne de la reconnaissance, au profit du syndicat, de droits d'information, fonctionnels certes, mais très amples.

³ Art L2143-20 du code du travail. Cette formulation est reprise pour les représentants élus du personnel

12. Brèves conclusions

La question du droit d'accès du syndicat a en France été réglée par prétérition. Le syndicat pouvant désigner parmi les travailleurs un représentant appelé délégué syndical, lorsque le syndicat est représentatif ou représentant de la section syndicale, lorsqu'il n'est pas représentatif, le syndicat bénéficie ainsi d'une présence active dans l'entreprise.

Les droits d'information ont, traditionnellement, été reconnus à la représentation à base électorale, qui exerce à côté de la représentation syndicale mais cette distribution est surtout formelle.

II. LES FRAGILITÉS

13. Questions autour des lieux de travail

Les droits d'accès et d'information du syndicat sont progressivement confrontés à certaines évolutions dont certaines affectent la composition et la signification des lieux de travail.

Ces évolutions ont de possibles incidences sur les droits d'accès et d'information, pour partie exposés à une perte d'efficacité, mais dans le même temps, gagnant en légitimité.

A. LE DEFI DES FORMES D'ORGANISATION

14. Décomposition de l'entreprise

Droit d'accès et droit d'information rencontrent des obstacles, qui perturbent leur exercice efficace, lorsque le processus productif ne se déroule plus dans un lieu identifiable maîtrisé par une entreprise.

Un avant goût de ces obstacles est donné par les entreprises de service qui, pour satisfaire leur clientèle, envoient régulièrement des travailleurs exécuter leur travail dans les locaux des entreprises clientes, qu'il s'agisse d'assistance technique ou de nettoyage industriel, pour ne citer que des exemples bien connus.

Dans le contexte normatif français, une question surgit, qui revêt la formulation suivante : le délégué syndical désigné auprès de l'entreprise de service peut-il avoir accès aux locaux des entreprises clientes pour s'enquérir des conditions de travail et entrer en contact avec les travailleurs qui y exécutent leur travail ?

La question a été soumise à la plus haute juridiction judiciaire, saisie dans le cadre d'une action pénale, puisque, comme il a été indiqué, l'exercice du droit syndical dans l'entreprise fait l'objet d'une protection pénale. Faisant référence au droit et au devoir du délégué syndical de contrôler les conditions de travail des salariés où, qu'ils se trouvent employés, la Haute juridiction a énoncé positivement que « l'action syndicale peut s'étendre à l'ensemble du secteur soumis à l'autorité de l'employeur »⁴.

15. Décomposition des collectivités de travail

La décomposition des collectivités ne provient pas seulement de la complexité des formes d'organisation des entreprises. Elle provient aussi des changements qui affectent l'organisation du travail, avec notamment, le recul des horaires et rythmes collectifs, et plus généralement l'individualisation, sous ses formes variées, des rapports de travail.

⁴ v Cass. crim 5 octobre 1982 : Bull. crim n°207 ; v aussi Cour d'appel Douai 29 octobre 1987, Droit ouvrier 1988.24

Des dispositions, comme celles qui prévoient la distribution des tracts syndicaux aux heures d'entrée et de sortie du personnel paraissent bien peu adaptées à des organisations du travail comme celles qui se sont développées dans les assurances, les banques ou encore la grande distribution. Les modalités de l'action syndicale qu'envisage et garantit la loi ont, pour l'essentiel, été définies par référence à des collectivités sédentaires et soumises à des rythmes homogènes.

Ainsi s'explique sans peine l'importance qu'a prise dans la réflexion syndicale l'usage des technologies de l'information et de la communication. Cet usage ne va cependant pas sans soulever des difficultés, en raison notamment, des limites strictes qui s'imposent dans l'utilisation des adresses de messagerie électronique des salariés ou encore de la faculté qui doit être laissée à chaque salarié de manifester son accord ou son opposition à l'envoi de message syndical sur sa messagerie professionnelle.

Aussi, depuis une loi de 2004, la mise à disposition de tracts ou documents syndicaux sur un site syndical mis en place sur l'intranet de l'entreprise, ou par diffusion sur la messagerie électronique de l'entreprise est subordonnée à un accord collectif d'entreprise qui doit prévoir les conditions d'accès à l'intranet de l'entreprise ou à la messagerie professionnelle et les règles techniques visant à préserver le libre choix de tout salarié de recevoir ou non les messages ⁵

B. CONCEPTION DES LIEUX DE TRAVAIL

16. Lieux de travail : lieux privés ? lieux publics ?

Les résistances au droit d'accès des syndicats ont souvent cherché une légitimation dans l'assimilation des lieux de travail ou domicile ou encore, plus directement, dans le droit de propriété d'employeur.

La référence au domicile ne devrait, en vérité, pouvoir être utilisée que par les employeurs sans entreprise c'est-à-dire par les particuliers qui s'assurent du service de leur personne. Eux mis à part, il y a quelques abus de langage à prétendre que les lieux de travail constituent un domicile. De qui seraient-ils d'ailleurs le domicile ?

La référence à la propriété ne devrait pouvoir être conçue que de manière très modeste. Au demeurant, dans les conjonctures où en France, elle était invoquée pour contrarier les initiatives de travailleurs, notamment lors d'une grève avec occupation des locaux de travail, les juges, pour évaluer les comportements, ne font pratiquement plus référence au droit de propriété. Pourquoi la référence à la propriété ne peut-elle être que très faible ? Il ne faut pas oublier que les lieux de travail sont, par définition, affectés à un usage. Et par ailleurs, cet usage fait l'objet de contrôles, contrôles publics de multiples sortes, contrôles des institutions de représentation du personnel, et des experts qu'ils peuvent désigner. Autrement dit les lieux de travail ne constituent en rien des lieux où se manifestent intimité, vie privée, ou autres libertés de la personne juridique qui en a formellement la propriété ou la jouissance par contrat.

Il ne devrait pas être dit qu'ils sont des lieux privés. Sont-ce alors des lieux publics ? La qualification serait sans doute source d'autres malentendus. Ils ne sont pas, en effet, accessibles au public. Mais ceux qui les utilisent et en font des lieux de travail sont tenus de rendre compte de leur état et des conditions de ce qui s'y déroule. Ce sont aussi des lieux où se construisent et s'expriment légitimement des identités professionnelles. En ces sens, ils sont publics.

⁵ v article L2142-6 du Code du travail. Ce texte issu d'une loi (du 4 mai 2004) a été jugé conforme à la Constitution parce qu'il opère une conciliation entre différents droits fondamentaux (dont la liberté syndicale) qui n'est pas manifestement déséquilibrée (Conseil Constitutionnel 27 septembre 2013, décision n°2014-345 QPC)

Gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb

Deutsche Erfahrungen –

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I Die Ausgangssituation

Die Situation in Deutschland unterscheidet sich von der in vielen anderen Ländern. Die Interessenvertretung der Arbeitnehmer ist nicht allein Sache der Gewerkschaften, sondern liegt auch in der Hand der Betriebsräte. Während es kein „Gewerkschaftsgesetz“ gibt und deshalb die für die Gewerkschaften geltenden Grundsätze im Wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelt wurden, hat die Betriebsverfassung eine gesetzliche Ausgestaltung erfahren. Diese erfasst auch das Verhältnis zwischen Gewerkschaft und Betriebsrat und sieht in diesem Rahmen ein Zugangsrecht vor. In einem ersten Schritt ist auf dieses einzugehen (unten II). Soweit es nicht um die Kooperation mit dem Betriebsrat geht, stellt sich für die Gewerkschaft ähnlich wie in der Schweiz das Problem, ob und inwieweit die verfassungsrechtliche Garantie der Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG ein Zugangsrecht zum Betrieb umfasst und welche Grenzen dieses zu beachten hat (unten III). Außerdem ist darüber zu berichten, welche anderen Rechtsgrundlagen für ein Zugangsrecht erwogen wurden – sei es des nationalen Rechts (unten IV), sei es des internationalen Rechts (unten V).

II Das betriebsverfassungsrechtliche Zugangsrecht der Gewerkschaften

1. Die gesetzliche Regelung

§ 2 Abs. 2 BetrVG enthält eine im Kern eindeutige Vorschrift, die bestimmt:

„Zur Wahrnehmung der in diesem Gesetz genannten Aufgaben und Befugnisse der im Betrieb vertretenen Gewerkschaften ist deren Beauftragten nach Unterrichtung des Arbeitgebers oder seines Vertreters Zugang zum Betrieb zu gewähren, soweit dem nicht unumgängliche Notwendigkeiten des Betriebsablaufs, zwingende Sicherheitsvorschriften oder der Schutz von Betriebsgeheimnissen entgegenstehen.“

2. Die im Betrieb vertretene Gewerkschaft

Zum Zugang berechtigt ist jede „im Betrieb vertretene“ Gewerkschaft. Dafür genügt es, dass sie im Betrieb wenigstens ein Mitglied hat.¹ Nicht erforderlich ist, dass sie nach ihrer Satzung auch zum Abschluss von Tarifverträgen für diesen Betrieb zuständig ist, doch bleibt eine Mitgliedschaft unberücksichtigt, wenn sie den satzungsmäßigen Organisationsbereich offenkundig verletzt, wenn beispielsweise eine Gewerkschaft der Flugbegleiter Zugangsrechte zum Bodenbetrieb geltend machen würde, weil dort eines ihrer Mitglieder (z. B. aufgrund einer Versetzung) tätig ist.²

Die namentliche Benennung des Mitglieds kann für dieses nicht ungefährlich sein, wenn der Arbeitgeber der Gewerkschaft grundsätzlich ablehnend gegenüber steht.³ Die Rechtsprechung hat es deshalb zugelassen, dass die Gewerkschaft zum Beweis ihres Vertretenseins eine notarielle

¹ BAG 25.3.1992 – 7 ABR 65/90, DB 1993, 95 = AP Nr. 4 zu § 2 BetrVG 1972; ebenso die einhellige Meinung in der Literatur, s. die Nachweise bei Berg, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Kommentar zum BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 2 Rn. 79; Fitting, Kommentar zum BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 2 Rn. 43

² BAG 10.11.2004 – 7 ABR 19/04, NZA 2005, 426, 428 = AP Nr. 7 zu § 17 BetrVG 1972

³ Fitting § 2 Rn. 43.

„Tatsachenbescheinigung“ vorlegt, in der ohne Namensnennung bestätigt wird, dass ein Gewerkschaftsmitglied im Betrieb tätig ist.⁴ In der Bescheinigung müssen vier Dinge enthalten sein:

- Die fragliche Person hat sich durch Pass oder Personalausweis legitimiert,
- sie hat ihre Betriebszugehörigkeit belegt, indem sie eine zeitnahe Entgeltabrechnung vorlegte,
- sie hat ihre Gewerkschaftszugehörigkeit durch Vorlage eines Mitgliedsausweises belegt und
- ihr Monatsgehalt beträgt ungefähr X Euro, was es plausibel macht, dass es sich nicht um einen (aus der Betriebsverfassung ausgenommenen) leitenden Angestellten handelt.

Theoretisch wäre es auch möglich, einen Gewerkschaftssekretär vor Gericht als Zeugen zu vernehmen, der nicht nach dem Namen des Mitglieds gefragt wird, doch ist der Weg über den Notar der einfachere, zumal die BAG-Rechtsprechung auch vom Bundesverfassungsgericht bestätigt wurde.⁵

3. Grenzen des Zugangsrechts

Das Zugangsrecht besteht nicht für beliebige Zwecke, sondern nur „zur Wahrnehmung der in diesem Gesetz (d. h. im BetrVG) genannten Aufgaben“. Zu diesen zählt u. a. das Recht, eine Betriebsratswahl einzuleiten, die Teilnahme an Betriebsratsitzungen und Betriebsversammlungen sowie die Befugnis, die Einhaltung des BetrVG im Betrieb zu kontrollieren.⁶ Nicht erfasst sind allgemeine Informationen über die gewerkschaftlichen Forderungen und Aktivitäten, die Mitgliederwerbung, die Vorbereitung von Tarifverhandlungen und von Streiks. Es geht nur um die Kooperation mit dem Betriebsrat.

Die in § 2 Abs. 2 BetrVG genannten Grenzen (etwa Schutz von Betriebsgeheimnissen) spielen in der Praxis keine sehr große Rolle, was schon das weitgehende Fehlen gerichtlicher Entscheidungen deutlich macht. Allerdings hat die Rechtsprechung daneben die ungeschriebene Grenze des Rechtsmissbrauchs entwickelt.⁷ Hat ein Gewerkschaftsbeauftragter beispielsweise wiederholt seine Befugnisse überschritten und sich z. B. entgegen § 74 Abs. 2 BetrVG parteipolitisch betätigt, den Arbeitgeber beleidigt oder im Betrieb zu einem rechtswidrigen Streik aufgerufen, so kann ihm bei Wiederholungsgefahr der Zutritt verweigert werden.⁸ Die Gewerkschaft als solche behält jedoch ihr Zugangsrecht und kann eine andere Person in den Betrieb entsenden.

4. Gewerkschaftliche Betätigung durch einzelne Betriebsratsmitglieder

Die Tatsache, dass das Zugangsrecht beispielsweise nicht zu Zwecken der Mitgliederwerbung genutzt werden darf, ist dann von eher geringer Bedeutung, wenn Betriebsratsmitglieder gewerkschaftlich organisiert sind. Da sie nach § 74 Abs. 3 BetrVG das Recht haben, sich als Person wie andere gewerkschaftlich zu betätigen, können sie beispielsweise Material verteilen, das ihnen der Gewerkschaftsbeauftragte innerhalb oder außerhalb des Betriebs übergeben hat. Nur dann, wenn die Betriebsratsmitglieder nicht mit der Gewerkschaft kooperieren wollen oder wenn es keinen Betriebsrat gibt, ist es in der Praxis von Bedeutung, ob und unter welchen Voraussetzungen neben § 2 Abs. 2 BetrVG ein koalitionsrechtliches Zugangsrecht existiert.

⁴ BAG 25.3.1992 – 7 ABR 65/90, NZA 1993, 134 = DB 1993, 95 ff.

⁵ BVerfG 21.3.1994 – 1 BvR 1485/93, NZA 1994, 891

⁶ Eingehend dazu Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl. 2010, §§ 4 – 7 (Kreationsrechte, Teilnahme- und Beratungsrechte, Gestaltungsrechte und Kontrollrechte)

⁷ So bereits BAG 18.3.1964 – 1 ABR 12/63, AP Nr. 1 zu § 45 BetrVG (1952); BAG 14.2.1967 – 1 ABR 7/66, AP Nr. 2 zu § 45 BetrVG (1952)

⁸ Berg a. a. O. § 2 Rn. 90; Fitting § 2 Rn. 69; Koch, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, § 2 Rn. 5 (im Folgenden: ErfK-Bearbeiter)

III Das koalitionsrechtliche Zugangsrecht der Gewerkschaft

1. Art. 9 Abs. 3 GG als Rechtsgrundlage

A) Wortlaut

Die Koalitionsfreiheit hat in Art. 9 Abs. 3 GG eine recht bescheiden klingende Anerkennung gefunden. Wörtlich heißt es:

„Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig. Maßnahmen nach den Artikeln 12a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87a Abs. 4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden.“

Der Wortlaut begnügt sich in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG mit einer Garantie der individuellen Koalitionsfreiheit; lediglich in der 1968 eingefügten Notstandsklausel des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG ist angedeutet, dass die Vorschrift auch kollektive Betätigungsformen kennt. Das gegen jedermann geltende Beeinträchtungsverbot des Satzes 2 bedeutet, dass die Koalitionsfreiheit auch im Verhältnis zwischen Privaten zu beachten ist; sie hat unmittelbare Drittwirkung. Dies ist – soweit ersichtlich – bislang von niemandem bestritten worden. Insoweit besteht Übereinstimmung mit fast allen anderen Ländern und zahlreichen internationalen Konventionen.

B) Erstreckung auf die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat schon sehr früh die Möglichkeit zum Abschluss von Tarifverträgen als mitgarantiert angesehen und in der Entscheidung vom 18. November 1954 ausgeführt:⁹

„Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit betrifft nicht nur den Zusammenschluss als solchen, sondern den Zusammenschluss zu einem bestimmten Gesamtzweck, nämlich zu der aktiven Wahrnehmung der Arbeitgeber- (Arbeitnehmer-) Interessen. Dies bedeutet zugleich, dass frei gebildete Organisationen auf die Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen Einfluss nehmen, insbesondere zu diesem Zweck Gesamtvereinbarungen treffen können. Die historische Entwicklung hat dazu geführt, dass solche Vereinbarungen in Gestalt geschützter Tarifverträge mit Normativcharakter und Unabdingbarkeit abgeschlossen werden. Wenn also die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit nicht ihres historisch gewordenen Sinnes beraubt werden soll, so muss im Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG ein verfassungsrechtlich geschützter Kernbereich auch in der Richtung liegen, dass ein Tarifvertragssystem im Sinne des modernen Arbeitsrechts staatlicherseits überhaupt bereitzustellen ist und dass Partner dieser Tarifverträge notwendig frei gebildete Koalitionen sind.“

C) Die Bestimmung des „Kernbereichs“ und seiner Grenzen

Damit war einerseits ein großer Schritt getan, andererseits aber der Bestimmung des Kernbereichs der späteren Rechtsprechung und der sie beeinflussenden Literatur überlassen. Dies hatte Konsequenzen weniger im Tarifvertragsrecht, das ja durch das Tarifvertragsgesetz von 1949 eine gesetzliche Regelung erfahren hatte, sondern für sonstige Formen gewerkschaftlicher Betätigung. Das BAG vertrat beispielsweise im Anschluss an eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰ den Standpunkt, zum Kernbereich zähle nur, was für die Existenz und Betätigung der Gewerkschaft „unerlässlich“ sei. Gewerkschaftliche Vertrauensleute im Betrieb zu wählen,

⁹ BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52, BVerfGE 4, 96 unter C 2 b aa der Gründe

¹⁰ BVerfG 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, BVerfGE 57, 220

zähle nicht dazu, weil die Wahl auch in einem angemieteten Bus stattfinden könne.¹¹ Einen dem Arbeitgeber gehörenden Schutzhelm mit einem gewerkschaftlichen Emblem zu bekleben, sei gleichfalls von Art. 9 Abs. 3 GG nicht gedeckt, weil man diesen ja auch an der eigenen Kleidung befestigen könne.¹² Die Gewerkschaftszeitung an Mitglieder im Betrieb zu verteilen, sei ebenfalls nicht „unerlässlich“, weil man dies auch mit Hilfe der Post tun könne.¹³ Erst recht habe ein Gewerkschaftsbeauftragter kein Zugangsrecht zum Betrieb, um gewerkschaftliches Werbe- und Informationsmaterial zu verteilen, da auch die dort beschäftigten Mitglieder diese Aufgabe übernehmen könnten.¹⁴ Wenn sie dies taten, war es ihnen allerdings untersagt, Arbeitskollegen anzusprechen, deren Arbeitszeit noch nicht beendet war.¹⁵

Diese Minimierung der Koalitionsfreiheit mit Hilfe einer kleinlichen Kasuistik hat mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. November 1995¹⁶ ein Ende gefunden. Dabei stellte das Gericht klar, alle koalitionspezifischen Betätigungen einschließlich der Mitgliederwerbung würden in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG fallen. Dieser erfasse alle Betätigungen, die darauf gerichtet seien, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu wahren und zu fördern. Grenzen würden sich nur aus den grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitgebers, etwa seinem Recht auf wirtschaftliche Betätigung ergeben; insoweit müsse eine Abwägung erfolgen. Die Formel vom „Kernbereich“ sei missverstanden worden; sie umschreibe lediglich die Grenze, bis zu der hin eine im Interesse der Arbeitgebergrundrechte erfolgende Einschränkung gehen könne.

Der Wandel der Kernbereichslehre bringt aus Arbeitnehmersicht einen eindeutigen Rechtsfortschritt, der angesichts abgesunkener Mitgliederzahlen und einer geringer gewordenen Durchsetzungskraft nicht durch „gewerkschaftliche Gegenmacht“ erreicht wurde.¹⁷ Was die Gründe waren, lässt sich schwer aufklären, ohne die Vertraulichkeit des gesprochenen Wortes zu verletzen. In der Sache entschieden Richter, denen gewerkschaftsfeindliche Tendenzen fern lagen und die die kollektive Koalitionsfreiheit aus Gründen der rechtsdogmatischen Stringenz genau wie andere Grundrechte behandeln wollten.¹⁸

2. Konkrete Ausgestaltung des Zugangsrechts

Erst rund zehn Jahre später bekam das BAG Gelegenheit, über das koalitionsrechtliche Zugangsrecht zum Betrieb zu entscheiden.¹⁹ Anlass war ein Streit in einer großen IT-Firma, deren Betriebsrat keinen Kontakt zur Gewerkschaft haben wollte. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts wurden umgesetzt und das Zugangsrecht bejaht. Allerdings stieß seine prozessuale Durchsetzung auf Schwierigkeiten, da man angesichts der Ausnahmen, die entsprechend § 2 Abs. 2 BetrVG zu machen waren, nicht global „auf Gewährung des Zugangs zum Betrieb“ klagen könne. Die Gewerkschaft kann so nur aus aktuellem Anlass Anträge stellen, die einen genau umschriebenen Sachverhalt zum Gegenstand haben. In solchen Fällen kann dann aber vom Mittel der einstweiligen Verfügung Gebrauch gemacht werden.

¹¹ BAG 8.12.1978 – 1 AZR 303/77, DB 1979, 1043 = AuR 1979, 254

¹² BAG 23.2.1979 – 1 AZR 172/78, DB 1979, 1089

¹³ BAG 23.2.1979 – 1 AZR 540/77, DB 1979, 1185

¹⁴ BAG 19.1.1982 – 1 AZR 279/81, DB 1982, 1015

¹⁵ BAG 26.1.1982 – 1 AZR 610/80, DB 1982, 1327 = AuR 1982, 293 mit krit. Anm. Herschel

¹⁶ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 ff.

¹⁷ Diese als ausschließliche Kraft sehend Reinhard Hoffmann, Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht, Frankfurt/Main 1968

¹⁸ S. Heilmann AuR 1996, 121 („Koalitionsfreiheit als normales Grundrecht“)

¹⁹ BAG 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798; zustimmend LAG Niedersachsen 17.11.2008 – 11 SaGa 1433/08, NZA-RR 2009, 209

Eigentum, Betätigungsfreiheit und Hausrecht des Arbeitgebers stehen dem Zugangsrecht grundsätzlich nicht entgegen, doch verbieten sie ernsthafte Störungen der Arbeitsabläufe.²⁰ Einen Arbeitnehmer während seiner Arbeit anzusprechen, ist nicht generell verboten, da das Bundesverfassungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung ein Urteil des BAG aufgehoben hatte, das gerade ein solches Verbot angenommen hatte.²¹ Wie lange Gespräche mit Belegschaftsangehörigen dauern dürfen, hängt von den Umständen ab. Im Zusammenhang mit der Lektüre einer gewerkschaftlichen E-Mail hat das BAG jedenfalls anerkannt, dass kurze Gespräche, die auch über private Gegenstände üblich sind, die Arbeitspflicht nicht verletzen.²² Würde man bei gewerkschaftsbezogenen Gegenständen anders entscheiden, wäre dies eine gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verstoßende Benachteiligung.²³ Die schon vor längerer Zeit vom LAG Frankfurt/Main²⁴ angestellte Überlegung, Gespräche über Fußball könnten den Betriebsfrieden stärker stören als Gespräche über Politik, gelten im Verhältnis zu Gewerkschaftsthemen erst recht.²⁵ Von vorne herein scheidet eine Kollision mit der Arbeitspflicht dann aus, wenn „Vertrauensarbeitszeit“ praktiziert wird, der Einzelne also sowieso nur seine Aufgaben erfüllen, im Übrigen aber selbst über seine Arbeitszeit entscheiden kann.²⁶

Wie häufig darf die Gewerkschaft von ihrem Zugangsrecht Gebrauch machen? Das BAG hatte über „Baustellenbesuche“ der Industriegewerkschaft BAU zu entscheiden und erwies sich in diesem Punkt als recht zurückhaltend: Zwar sei die Baukolonne Teil des Bauunternehmens und gehöre daher zum „Betrieb“, doch genüge es, wenn einmal pro Halbjahr ein gewerkschaftlicher Besuch stattfinde, um neue Mitglieder zu werben.²⁷ Dieser müsse überdies in der Regel eine Woche vorher angekündigt werden. Häufigere Besuche seien nur aus besonderem Anlass möglich, der schwer zu finden ist, wenn es in dem fraglichen Betrieb noch gar keine Gewerkschaftsmitglieder gibt.

Die Instanzgerichte hatten sich mit der Frage zu befassen, in welchen betrieblichen Räumen sich der Gewerkschaftsvertreter aufhalten dürfe, um dort Gespräche zu führen und Material zu verteilen. Grundsätzlich könne die Gewerkschaft frei wählen, doch müsse sie auf Arbeitgeberinteressen Rücksicht nehmen. Dies spreche dafür, den Pausenraum und nicht Verkaufsräume und Werkstatt zu nutzen.²⁸

3. Versenden von E-Mails

Die Verweigerung des Zugangs verliert an Bedeutung, wenn es der Gewerkschaft möglich ist, die Arbeitnehmer per E-Mail an ihrem Arbeitsplatz zu erreichen. In der deutschen Rechtsprechung gab es lange Zeit nur eine Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein,²⁹ wonach es einem betriebsangehörigen Gewerkschaftsmitglied erlaubt sei, von seinem häuslichen PC aus E-Mails mit gewerkschaftlichen Inhalten an seine Arbeitskollegen zu senden. Am 20. Januar 2009 entschied das BAG,³⁰ die für den Betrieb tarifzuständige Gewerkschaft dürfe sich an Arbeitnehmer über de-

²⁰ S. Fn. 19.

²¹ BVerfG 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, BVerfGE 93, 352 ff.

²² BAG 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615, 618 Tz. 28: „Üblicherweise verbringen auch Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit zu Vergütungszwecken genau gemessen wird, kurze Anteile davon beim privaten Gespräch mit Kollegen oder bei sonstigen privaten Verrichtungen.“

²³ So auch Berg, a. a. O., § 2 Rn. 122 m. w. N. (Fn. 323)

²⁴ DB 1967, 430

²⁵ Ebenso Joachim, in: Posser/Wassermann (Hrsg.), Freiheit in der sozialen Demokratie, 1975, S. 263.

²⁶ Ebenso Brock, Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb nach Aufgabe der Kernbereichslehre durch das Bundesverfassungsgericht, 2002, S. 186; s. auch die oben Fn.22 wiedergegebene Aussage des BAG.

²⁷ BAG 22. 6. 2010 – 1 AZR 179/09, NZA 2010, 1365 = AuR 2011, 361 mit kritischer Anm. Däubler

²⁸ LAG Bremen 26.11.2013 – 1 Sa 74/13, ZTR 2014, 286; ebenso LAG Berlin-Brandenburg 3.8.2011 – 4 Sa 839/11, AuR 2012, 83

²⁹ Vom 1.12.2000 – 6 Sa 562/99, AuR 2001, 71

³⁰ 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615 = DB 2009, 1410

ren betriebliche E-Mail-Adressen wenden, um so über sich zu informieren und für einen Beitritt zu werben. Dies gelte auch, wenn die Nutzung des E-Mails für private Zwecke ausdrücklich untersagt sei. Das Eigentum des Arbeitgebers und sein Recht am Gewerbebetrieb müssten zurücktreten, wenn der E-Mail-Versand nicht zu „nennenswerten Betriebsablaufstörungen“ oder „spürbaren, der Gewerkschaft zuzurechnenden wirtschaftlichen Belastungen“ führe.³¹ Wie die Gewerkschaft die E-Mail-Adressen der Beschäftigten erlangt habe, sei im Rahmen eines Verfahrens zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft nicht zu prüfen.³²

IV Das koalitionsrechtliche Zugangsrecht – sonstige Rechtsgrundlagen auf nationaler Ebene

1. Der Tarifvertrag als Grundlage?

Insbesondere im Zeitraum zwischen der Entscheidung des BVerfG von 1981³³ und der Preisgabe der früheren Kernbereichslehre im Jahre 1995³⁴ hat man sich in Deutschland die Frage gestellt, ob ein Zugangsrecht nicht auch andere Rechtsgrundlagen als Art. 9 Abs. 3 GG haben könnte. Verschiedene Wege erwiesen sich als gangbar.

Denkbar und rechtlich unproblematisch ist der Fall, dass ein Tarifvertrag ein Zugangsrecht vorsieht. In einer neueren Entscheidung hatte das BAG über einen solchen Fall zu entscheiden; irgendwelche Bedenken ergaben sich nicht.³⁵ Der fragliche Tarifvertrag hatte allerdings nur den Arbeitsschutz betroffen, wo der Gewerkschaft ein Kontrollmandat eingeräumt worden war.

Weitergehend hat man die Überlegung angestellt, das Tarifsysteem umfasse nach der BAG-Rechtsprechung auch Streik und Aussperrung. Es sei deshalb naheliegend, auch andere Instrumente als mitgarantiert anzusehen, die für das Funktionieren des Tarifsystems nötig und sinnvoll sind. Nur aufgrund eines aus eigener Anschauung gewonnenen Eindrucks von der Stimmung in den Belegschaften könne die Gewerkschaft „realistische“ Forderungen erheben, nur dann, wenn sie die Beachtung des Tarifvertrags kontrollieren könne, werde der (automatisch mit einem Tarifvertrag verbundenen) Durchführungspflicht auch effektiv Rechnung getragen.³⁶ Ob es wirklich eine solche „Konnexgarantie“ gibt, ist höchststrichterlich nie entschieden worden.

2. Gewohnheitsrecht?

Weiter könnte man daran denken, ein gewohnheitsrechtliches Zugangsrecht zu Zwecken der Werbung und Information im Betrieb anzunehmen. Dies kommt allerdings auf Bundesebene von vorne herein nicht in Betracht, da die Meinungen insoweit – wie nicht zuletzt die Rechtsprechung zeigt – auseinander gegangen sind. Möglich ist jedoch, dass in bestimmten Branchen oder Regionen, mindestens aber in einzelnen Betrieben seit Jahrzehnten ein Zugangsrecht praktiziert und von allen Beteiligten als sinnvoll und notwendig akzeptiert wird. Genauso wie es ein unter dem

³¹ BAG 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615 Tz. 28; ebenso Buschmann, FS Nagel, 2007, S. 265; Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2013, Rn. 528; Fitting § 2 Rn. 85 a. E.; zustimmend auch ErfK-Dieterich/Linsenmaier Art. 9 GG Rn. 41; Richardi in: Derselbe (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 2 Rn. 162; a. A. Franzen in: Wiese/Kreutz/Oetker u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, Band 1, 10. Aufl. 2014, § 2 Rn. 93 (jedoch für Zulässigkeit im Falle von Vertrauensarbeitszeit).

³² BAG 20.1.2009 – 1 AZR 515/08, NZA 2009, 615 Orientierungssatz 3

³³ Oben Fn. 10

³⁴ Oben Fn. 16

³⁵ BAG 22.6.2010 – 1 AZR 179/09, NZA 2010, 1365.

³⁶ Näher Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, Rn. 431 ff.; Gröbing AuR 1981, 308, 311; Säcker, Inhalt und Grenzen des gewerkschaftlichen Zutrittsrechts zum Betrieb unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in der Seeschifffahrt, 1975, S. 24 ff.

Stichwort „Observanz“ bekanntes lokales Gewohnheitsrecht geben kann,³⁷ muss auch ein betriebs- und branchenbezogenes möglich sein. Es besteht kein Grund, einer Einheit, die geschriebenes Recht in Form von Kollektivverträgen hervorbringen kann, die Fähigkeit zur Entwicklung von Gewohnheitsrecht abzuspüren.³⁸ Im Einzelfall muss freilich die den Zutritt begehrende Gewerkschaft beweisen, dass nicht nur eine langjährige Übung besteht, sondern dass diese auch niemals ernstlich in Zweifel gezogen wurde.

3. Betriebliche Übung

Ein Zugangsrecht könnte sich weiter daraus ergeben, dass die Kommunikation mit Gewerkschaftsbeauftragten als „betriebsüblich“ anzusehen ist. Die Arbeitsverträge würden in einem solchen Fall durch die stillschweigende Befugnis ergänzt, sich als Arbeitnehmer von der Gewerkschaft im Betrieb selbst beraten zu lassen.³⁹ Möglich ist auch die weitergehende Abmachung, dass der Gewerkschaft entsprechend § 328 BGB als Vertrag zugunsten Dritter ein eigenständiges Recht auf vorübergehende Anwesenheit im Betrieb eingeräumt wird.

Gegenüber dem Gewohnheitsrecht bestehen zwei Unterschiede. Zum einen ist nicht erforderlich, dass dem Arbeitgeber ein Bindungswille nachgewiesen wird; er muss lediglich einen entsprechenden Vertrauenstatbestand bewusst gesetzt haben.⁴⁰ Zum zweiten ist eine Betriebsübung sehr viel leichter wieder zu beseitigen, da der Arbeitgeber mit den betriebsangehörigen Arbeitnehmern Abänderungsverträge schließen und ihnen gegenüber ggf. eine Änderungskündigung aussprechen kann.

V Das koalitionsrechtliche Zugangsrecht – Rechtsgrundlagen im Völkerrecht?

1. ILO-Übereinkommen

Die Gewerkschaften haben verschiedentlich den Versuch unternommen, ein koalitionsrechtliches Zugangsrecht aus dem (von Deutschland ratifizierten) ILO-Übereinkommen Nr. 135 abzuleiten. Das BAG erwies sich jedoch als wenig aufgeschlossen.⁴¹ Das Abkommen begründe keine unmittelbaren Rechtsansprüche, sondern bedürfe erst der innerstaatlichen Umsetzung. Diese sei in der Weise erfolgt, dass entsprechend Art. 4 des ILO-Übereinkommens Nr. 135 durch das Betriebsverfassungs- und das Personalvertretungsrecht das geforderte Maß an Schutz und Erleichterungen gewährt werde. Außerdem gehe es bei diesem Übereinkommen nur um betriebsangehörige Arbeitnehmervertreter, nicht aber um betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte.⁴² In der Entscheidung vom 28.2.2006⁴³ blieb das Übereinkommen unerwähnt, im Urteil vom 22.6.2010⁴⁴ wurde nur die frühere Argumentation wiederholt.

Die Auffassung des BAG vermag in keiner Weise zu überzeugen. Es trifft zwar zu, dass das Übereinkommen nicht pauschal mit einem innerstaatlichen Gesetz gleichgestellt werden darf, doch ist

³⁷ Zur Entstehung von Gewohnheitsrecht s. Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959/1960, §§ 38 - 40

³⁸ Davon geht auch Gamillscheg (Festschrift Hilger/Stumpf, 1983, S. 243 ff.) aus, der die Betriebsübung generell als betriebliches Gewohnheitsrecht einordnet.

³⁹ Zur Konstruktion der betrieblichen Übung als stillschweigender Ergänzung des Arbeitsvertrags s. BAG 24.3.1993 – 5 AZR 16/92, DB 1993, 1882; BAG 29.9.2004 – 5 AZR 528/03, AP Nr. 67 zu § 242 BGB Betriebliche Übung. Zum Diskussionsstand in der Literatur s. die Nachweise bei Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn. 124 ff.

⁴⁰ BAG 5.2.1971 – 3 AZR 28/70, AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

⁴¹ BAG 19.1.1982 – 1 AZR 279/81, DB 1982, 1015, 1016; BAG 22.6.2010 – 1 AZR 179/09, NZA 2010, 1365

⁴² BAG 19.1.1982 – 1 AZR 279/81, DB 1982, 1015, 1016

⁴³ BAG 28.2.2006 – 1 AZR 460/04, NZA 2006, 798

⁴⁴ 1 AZR 179/09, NZA 2010, 1365

es überall dort zu beachten, wo das innerstaatliche Recht dem Richter einen Auslegungsspielraum eröffnet: Hier hat er diejenige Lösung zu wählen, die die Bundesrepublik nicht in völkerrechtliche Schwierigkeiten bringt. Zu kritisieren ist weiter, dass das BAG nicht einmal des Text des Übereinkommens vollständig zur Kenntnis genommen hat. Zwar ermächtigt Art. 4 die einzelnen Staaten dazu, den im Übereinkommen vorgesehenen Schutz auf eine bestimmte Art von Vertretern zu beschränken. Davon ist jedoch kein Gebrauch gemacht worden, da sich weder das BetrVG noch die Personalvertretungsgesetze des Bundes und der Länder zum Problem autonomer Gewerkschaftsarbeit äußern; diese wird vielmehr in § 2 Abs. 3 BetrVG bzw. in § 2 Abs. 3 BPersVG ausdrücklich ausgeklammert. Doch davon ganz abgesehen: Das BAG übersieht die Vorschrift des Art. 5 des Übereinkommens Nr. 135, wonach das Vorhandensein „gewählter Vertreter“ nicht dazu benutzt werden darf, die Stellung der beteiligten Gewerkschaften oder ihrer Vertreter zu untergraben. Genau dies geschieht aber, wenn der Betriebsrat aufgrund seiner besonderen Nähe zu den Sachproblemen (und weil er überdies seine Aufgaben während der Arbeitszeit erfüllen kann) einen Informationsvorsprung entwickelt, der die gewerkschaftliche Interessenvertretung in betrieblichen Fragen zu einer zweitrangigen Angelegenheit werden lässt. Dies könnte nur dadurch vermieden werden, dass ein hauptamtlicher Gewerkschaftsvertreter zumindest zeitweise im Betrieb anwesend und damit gleichfalls Ansprechpartner der Beschäftigten sein darf.

Auch der Sachverständigenausschuss der ILO hat den Standpunkt vertreten, die (damalige) Ablehnung eines koalitionsrechtlichen Zugangsrechts durch die deutsche Rechtsprechung sei nicht mit den von der Bundesrepublik übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen vereinbar. Er hat deshalb die Bundesregierung schon vor ca. 30 Jahren zur Abhilfe aufgefordert und dabei das Zugangsrecht auf das Übereinkommen Nr. 87 gestützt.⁴⁵ Obwohl auch in der deutschen Literatur darauf verwiesen wurde,⁴⁶ hat das BAG weder seine Auffassung zum Übereinkommen Nr. 135 revidiert noch sich mit dem Übereinkommen Nr. 87 auseinander gesetzt.⁴⁷

2. Art. 11 EMRK

Die Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK hat durch die Rechtsprechung des EGMR in Sachen Demir und Baykara/Türkei⁴⁸ sowie in Sachen Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei⁴⁹ einen weitergehenden Inhalt bekommen. Zu den in dieser Vorschrift enthaltenen Rechten wurden auch die Möglichkeit zum Abschluss von Tarifverträgen und das Streikrecht gezählt – und zwar auch für Beamte, soweit sie keine hoheitlichen Aufgaben erfüllen.

Bemerkenswert ist insbesondere das methodische Vorgehen des Gerichtshofs, wonach die Europäische Menschenrechtskonvention eine „lebendige“ Natur habe⁵⁰ und im Lichte der heutigen Bedingungen ausgelegt werden müsse. Dabei sind für die Interpretation einzelner Bestimmungen die sich entwickelnden Normen des nationalen und des internationalen Rechts zu berücksichtigen. Bei der Entscheidung, ob eine bestimmte Regelung konventionswidrig sei, müsse zum einen die Gesamtheit der Bestimmungen in Betracht gezogen werden, die der jeweilige Staat zur Sicherung der Gewerkschaftsfreiheit ergriffen habe. Zum andern sei keine Maßnahme zu akzeptieren, die wesentliche Elemente der Gewerkschaftsfreiheit berühre, „ohne die diese Freiheit substanzlos würde.“⁵¹

⁴⁵ Mitgeteilt bei Lörcher AuR 1991, 97, 100

⁴⁶ Sarge/Gester AiB 1988, 228, 230 f.

⁴⁷ Zur selektiven Berücksichtigung des Arbeitsvölkerrechts s. Däubler, in: Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein. FS zum 25-jährigen Bestehen, 2006, S. 1183 ff.

⁴⁸ EGMR (Große Kammer) 12.11.2008 – 34503/97, AuR 2009, 269

⁴⁹ EGMR (3. Sektion) 21.4.2009 – 68959/01, AuR 2009, 274

⁵⁰ EGMR (oben Fn. 48) Tz. 68

⁵¹ EGMR (oben Fn. 48) Tz. 144

Bezieht man dies auf das koalitionsrechtliche Zugangsrecht, so ist Art. 11 EMRK durch die in Deutschland bestehende Rechtslage nicht verletzt, auch wenn ein einziger „Betriebsbesuch“ in einem halben Jahr an sich Bedenken erwecken könnte. Sie sind aber nicht durchschlagend, weil es daneben die zahlreichen Möglichkeiten gibt, die die Betriebsverfassung eröffnet. Bei der vom Gerichtshof gewollten ganzheitlichen Betrachtung müssten sie mitberücksichtigt werden, so dass die gewerkschaftliche Position (wohl) noch als der Konvention genügend angesehen würde. Anders verhält es sich für die Schweiz, wo die Rechte aus dem BetrVG nicht zur Verfügung stehen. Hier wird die gewerkschaftliche Freiheit in vielen Betrieben „substanzlos“, wenn die Gewerkschaft mit den Beschäftigten gar nicht in Verbindung treten kann.

Die Reihe SGB-Dossier. Bisher erschienen**Titres déjà publiés dans la série Dossier de l'USS**

- Berufliche Vorsorge III. Verwaltungskosten: Bedeutendes Sparpotenzial. März 2012, *avec résumé en français*.
- 88 *Conditions de travail et salaires dans l'horticulture. Août 2012.*
- 89 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2011. Aug. 2012. *Évolution des effectifs des syndicats en 2011. Sept. 2012.*
- 90 Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung nur für eine Minderheit. Zur wirtschaftlichen Lage der Rentner und Rentnerinnen in der Schweiz. September 2012. *Seule une minorité peut maintenir son niveau de vie antérieur. La situation économique des retraités et des retraitées en Suisse. Septembre 2012.*
- 91 Unternehmensbesteuerung: Unternehmen müssen Steuern zahlen – Steuergeschenke für Firmen sind volkswirtschaftlich falsch, *avec synthèse en français*. Oktober 2012
- 92 Der „liberale“ Arbeitsmarkt der Schweiz – Entzauberung eines Mythos. November 2012. *Le marché du travail « libéral » en Suisse – Une démythification. Novembre 2012.*
- 93 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2012/2013. Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB.Gewerkschaften. April 2013. *Négociations conventionnelles et salariales 2012/2013. Un aperçu des secteurs couverts par les syndicats de l'USS. Mai 2013.*
- 94 Halbierte Sozialpartnerschaft in der Schweiz. August 2013. *Le semi-partenariat social en Suisse. Août 2013.*
- 95 GAV in der Schweiz: Probleme, Handlungsbedarf, Lösungen. August 2013. *Les CCT en Suisse : problèmes, mesures requises, solutions. Août 2013*
- 96 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2012. Okt. 2013. *Évolution des effectifs des syndicats en 2012. Oct. 2013.*
- 97 Boni und wachsende Lohnschere. Oktober 2013.
- 98 Der Detailhandel. Schwache Lohnentwicklung trotz Produktivitätsschub, *avec résumé en français*. November 2013.
- 99 Kantonsfinanzen. Fragwürdige, schädliche Sparmassnahmen in den Kantonen. Eine ökonomische Analyse, Dezember 2013 *Finances cantonales. Programmes d'austérité douteux et préjudiciables dans les cantons. Une analyse économique. Décembre 2013*
- 100 Arbeitszeitkontrollieren statt Burnouts kurieren. Mangelhafter Vollzug der Arbeitszeiterfassung in den Kantonen, *avec l'introduction, conclusions et perspectives en français*. Januar 2014
- 101 12. SGB-Frauenkongress vom 15. und 16. November 2013. Gute Arbeit – gutes Leben! Pour de bonnes conditions de travail! Adesso e in futuro! Wir Frauen zahlen eure Krise nicht. April 2014. *12^e Congrès des femmes de l'USS des 15 et 16.11.2013. Gute Arbeit – gutes Leben! Pour de bonnes conditions de travail! Adesso e in futuro! Ce n'est pas aux femmes de payer la crise! Avril 2014.*
- 102 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2013/2014 ; Eine Übersicht aus dem Bereich der SGB-Gewerkschaften. April 2014. *Négociations conventionnelles et salariales 2013/2014; un aperçu des secteurs couverts par les syndicats de l'USS. Avril 2014.*
- 103 Ein starker Service Public – damit die Schweiz funktioniert. Reden der Tagung vom 27.2.2014. April 2014. *Des services publics forts pour une Suisse qui fonctionne ! Les interventions de la journée du 27.2.2014. Avril 2014.*
- 104 Was für die Lohngleichheit zu tun ist. Eine Analyse der Lohnunterschiede zwischen den Geschlechtern und der politischen Gegenmassnahmen. April 2014. *Que faire pour instaurer l'égalité de salaire entre les sexes ? Analyse des différences de salaire entre les femmes et les hommes et contre-mesures politiques. Juin 2014.*
- 105 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2013. Sept. 2014. *Évolution des effectifs des syndicats en 2013. Sept. 2014*
- 106 55. SGB-Kongress vom 23. – 24. Oktober 2014. Positionspapiere und Resolutionen. November 2014. *55^e Congrès de l'USS des 23 et 24 octobre 2014. Textes d'orientation et résolutions. Novembre 2014.*
- 107 SGB-Verteilungsbericht. Eine Analyse der Lohn-, Einkommens- und Vermögensverteilung in der Schweiz. Januar 2015, *avec résumé en français*.
- 108 Höhere Prämienverbilligungen gegen die Krankenkassen-Prämienlast. Eine Analyse der durchschnittlichen Prämienlast in der Schweiz und Vorschläge für den Ausbau der Prämienverbilligungen. Januar 2015, *avec résumé en français*.
- 109 Un projet européen disputé. Les débats de politique européenne des syndicats depuis les années 70. Mars 2015. *Existe uniquement en français.*
- 110 Vertrags- und Lohn-Verhandlungen 2014/15. *Négociations contractuelles et salariales 2014/15.* Mai 2015.
- 111 Fragwürdige Spar- und Steuerpolitik in den Kantonen. Eine ökonomische Analyse. Juni 2015. *Une politique cantonale d'austérité et fiscale contestable. Analyse économique. Août 2015*
- 112 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2014. Okt. 2015. *Évolution des effectifs des syndicats en 2014. Octobre 2015.*
- 113 Mehr Stellensuchende wegen Leistungsabbau bei den Sozialversicherungen. Dezember 2015. *Davantage de demandeurs et demandeuses d'emploi à cause du démantèlement des prestations des assurances sociales. Janvier 2016.*
- 114 Fragwürdige Spar- und Steuerpolitik in den Kantonen. Januar 2016. Eine ökonomische Analyse. *Une politique cantonale d'austérité et fiscale contestable. Analyse économique. Janvier 2016.*
- 115 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2015/2016. März 2016. *Négociations conventionnelles et salariales 2015/2016. Mars 2016.*
- 116 Lohnkontrollen – ein Reader. Juni 2016. *25 ans après la Grève des femmes - Les contrôles des salaires. Juin 2016.*
- 117 SGB-Verteilungsbericht 2016. Eine Analyse der Lohn-, Einkommens- und Vermögensverteilung in der Schweiz. Juli 2016. *Rapport 2016 de l'USS sur la répartition des salaires, des revenus et de la fortune en Suisse. Octobre 2016.*
- 118 Zur Mitgliederentwicklung der Gewerkschaften im Jahr 2015. Sept. 2016. *Évolution des effectifs des syndicats en 2015. Octobre 2016.*
- 119 USR III kostet jeden Haushalt mindestens 1000 Franken pro Jahr. Januar 2017, *avec résumé en français*.
- 120 Zwischen Strassburg und Genf: Die Bedeutung des Völkerrechts für das Arbeitsrecht. März 2017
- 121 Vertrags- und Lohnverhandlungen 2016/2017. März 2017. *Négociations conventionnelles et salariales 2016/2017. Mars 2017.*
- 122 Zutritts- und Informationsrechte für Gewerkschaften im Betrieb. Juni 2017

Nachbestellte Einzelnummern kosten Fr. 4.- pro Exemplar; Umfangreiche Nummern sind teurer, Fr. 10.- (inkl. Porto).

Chaque commande supplémentaire coûte 4 francs l'exemplaire ; pour les numéros plus volumineux, 10 francs/ex. (frais de port inclus).

Bestelltalon: Einsenden an SGB, z.H. Maria-Rosa d'Alessandris / Kathrin Kohler, 3000 Bern 23, Fax 031 377 01 02 oder per e-mail: info@sgb.ch

Talon de commande: à envoyer à l'USS, c/o Maria-Rosa d'Alessandris / Kathrin Kohler, 3000 Berne 23 ; télécopieur 031 377 01 02 ou par e-mail : info@sgb.ch

Ich bestelle folgendes Dossier: Nr. / N°Anzahl Ex. / Nombre d'ex.

Je commande les Dossiers suivants : Nr. / N°Anzahl Ex. / Nombre d'ex.

Name, Vorname / Nom, prénom:

Strasse / Rue:

Ort / Localité: