

## **Anmerkung zu BAG, Urteil v. 22. 6. 2010 – 1 AZR 179/09 -**

1. Das BAG hatte über die immer wichtiger werdende Frage zu entscheiden, ob und in welcher Weise eine Gewerkschaft Beauftragte in Betriebe entsenden darf, wo sie bisher kein einziges Mitglied hat. Im konkreten Fall ging es um ein Bauunternehmen, in dem auch kein Betriebsrat existierte. Das kollektive Arbeitsrecht war dort nur insoweit präsent, als der für allgemeinverbindlich erklärte Bundesrahmentarif Bau eingriff. Ansonsten war alles der Arbeitsvertragsfreiheit überlassen, ein wenig gezügelt durch staatliche Normen z. B. des Arbeitsschutzes, deren praktische Wirksamkeit allerdings nicht selten mit einem Fragezeichen zu versehen ist.

Das vorliegende Urteil hat es nicht einfacher gemacht, die „weißen Flecken“ in der Gewerkschaftslandschaft kleiner werden zu lassen oder gar zum Verschwinden zu bringen. Ein Besuch durch bis zu zwei Gewerkschaftsbeauftragte einmal in sechs Monaten ist kaum geeignet, effektiv zum Beitritt zu motivieren. Die Ankündigungsfrist von einer Woche tut ein Übriges, damit der Arbeitgeber mit etwaigen „Wackelkandidaten“ reden kann. Gerade im vorliegenden Fall hatten Bemühungen der IG BAU dazu geführt, dass 44 Mitarbeiter eine Erklärung unterschrieben, wonach die Besuche „überflüssig und lästig“ seien; man werde davon abgehalten, „die Frühstücks- und Mittagspausen in Ruhe zu verbringen.“ Wäre es nicht denkbar, eine solche Aktion „von oben“ anzuregen? Ist es wirklich nur eine Ausgeburt unschöner Phantasien, wenn sich vorstellt, im Betrieb könnte die Parole ausgegeben werden, wer mit den „Gewerkschaftsfritzen“ rede, verhalte sich illoyal und sollte sich eigentlich einen anderen Arbeitsplatz suchen? Natürlich kann man keineswegs generell mit solchen Reaktionen rechnen, aber gerade in Betrieben, wo es weder ein Gewerkschaftsmitglied noch einen Betriebsrat gibt, kann Ähnliches sehr wohl passieren.

2. Das „Halbjahres-Zugangsrecht“ ist entgegen BAG keineswegs eine notwendige Folge des geltenden Rechts. Das Gericht hat zwar eine große Zahl von möglichen Anspruchsgrundlagen geprüft, diese aber durchweg „minimalisierend“ ausgelegt. Mögliche Argumente für ein weiter gefasstes Zugangsrecht wurden im Urteilstext nicht angesprochen; ob sie in der Beratung eine Rolle spielten, weiß außer den beteiligten Richtern niemand. Von einem Dialog mit der Wissenschaft kann in diesem Fall nicht die Rede sein. Dies wird schon äußerlich

daran deutlich, dass es im ganzen Text lediglich zwei Literaturzitate gibt, die sich überdies nicht auf die Probleme des Zugangsrechts als solche beziehen; im Übrigen nahm das Gericht immer nur auf sich selbst und auf das BVerfG Bezug. Dies muss nicht kritikwürdig sein, wenn es in der Literatur keine relevanten Argumente gibt oder wenn diese bereits an anderer Stelle Gegenstand einer argumentativen Auseinandersetzung waren. Problematisch, ja gefährlich ist dies jedoch dann, wenn dadurch der Argumentationshaushalt verengt wird, weil man Einwände und Herausforderungen durch Nichtbeachtung wegschiebt und sich so jeder sachlichen Auseinandersetzung entzieht. Konsequenz zu Ende gedacht, würden sich Urteile in der Zukunft auf den Kernsatz beschränken „wie der Senat schon immer zutreffend entschieden hat“; die Möglichkeit, dass man vielleicht auch Unrecht gehabt oder einen Aspekt übersehen haben könnte, wäre dann eine rein theoretische, die ernsthaft zu behaupten sich nicht schicken würde. Die Akzeptanz der Entscheidungen würde bei einem solchen Vorgehen allerdings rapide abnehmen, woran niemandem gelegen sein kann.

Betrachten wir die Erwägungen des BAG in der von ihm gewählten Reihenfolge.

3. Als erstes wendet sich das BAG dem § 13 BRTV zu, dessen Wortlaut bestimmt: „Den Vertretern der Tarifparteien ist das Betreten der Unterkünfte und Sozialräume gestattet.“ Da im konkreten Fall der Zugang zu Baustellen strittig war, hätte es an sich genügt, auf diesen Unterschied hinzuweisen und sich weiteren möglichen Rechtsgrundlagen zuzuwenden. Dies tat das BAG jedoch nicht. § 13 BRTV enthalte nur ein „arbeitsschutzrechtlich bezogenes“ Zutrittsrecht, was sich aus dem Zweck der Vorschrift ergebe, die aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Gesamtzusammenhang folge. Im Einzelnen wird allerdings nur die Tarifgeschichte dargestellt; weshalb auch der (im Urteil nicht wiedergegebene) Wortlaut diese Auslegung nahelege sowie der nicht näher explizierte „Gesamtzusammenhang“, wird auch nicht andeutungsweise gesagt. Dies erstaunt umso mehr, als das BAG in ständiger Rechtsprechung bei der Auslegung von Tarifverträgen nach bestimmten Grundsätzen verfährt. Danach ist primär nach dem wirklichen Willen der Tarifparteien zu fragen, wie er im Wortlaut seinen Ausdruck gefunden hat. Lässt dieser keine eindeutigen Rückschlüsse zu, so ist zu untersuchen, ob der wirkliche Wille im Gesamtzusammenhang zum Ausdruck gekommen ist; nur ergänzend kann auch auf weitere Gesichtspunkte wie die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags oder die praktische

Handhabung zurückgegriffen werden (s. zuletzt BAG 20. 1. 2009 – 9 AZR 677/07 – NZA 2010, 296, 298 Tz 35). Der Wortlaut ist eindeutig und enthält keine spezifisch arbeitsschutzrechtliche Zwecksetzung. Dies bedeutet, dass die Unterkünfte und Sozialräume auch zu Zwecken der Werbung und Information aufgesucht werden könnten. Der Gesamtzusammenhang lässt gleichfalls die vom BAG angenommene Einengung nicht erkennen. Nur durch Rückgriff auf die „Tarifgeschichte“, die weit über die Entstehung des vorliegenden Tarifvertrags hinausreicht, lässt sich (in allerdings durchaus plausibler Weise) eine solche Auslegung begründen, doch darf man nach ihr nicht fragen, wenn man die sonst praktizierten Auslegungsgrundsätze des BAG ernst nimmt. Für die Praxis ist dieser „Exkurs“ insoweit von Bedeutung, als klargelegt ist, dass ein gewerkschaftliches Zugangsrecht auch durch Tarifvertrag begründet werden kann, dass dabei aber viel Sorgfalt auf die redaktionelle Arbeit verwandt werden muss, damit man nicht plötzlich mit einer unliebsamen Überraschung konfrontiert wird.

4. Die nächste Station des BAG ist recht kurz: Aus Art. 51 Abs.2 Satz 2 der brandenburgischen Landesverfassung ergebe sich kein eigenständiger Anspruch. Die wenig bekannte Vorschrift lautet: „Gewerkschaften haben nach Maßgabe der Gesetze das Recht auf Zutritt zu allen Betrieben, Unternehmen und Dienststellen.“ Für das BAG war die Formel „nach Maßgabe der Gesetze“ ausschlaggebend dafür, dass es sich nur um einen Programmsatz handle. Dies lässt sich durchaus anders sehen, weil damit auch ein Hinweis gemeint sein kann, dass man bei der Ausübung dieser Befugnis das Recht achten und beispielsweise nicht einfach zu beliebiger Zeit in einen Betrieb eindringen und dort das für richtig Gehaltene tun darf. Eine solche Auslegung liegt schon deshalb näher, weil bei der Verabschiedung der brandenburgischen Verfassung im Jahre 1992 niemand vernünftigerweise damit rechnen konnte, das Land werde in absehbarer Zukunft ein eigenes „Gewerkschaftszugangsgesetz“ verabschieden. Auch ist es hilfreich, sich ähnliche Formulierungen in anderen Verfassungen anzuschauen. Art. 14 Abs.1 Satz 1 GG garantiert beispielsweise das Eigentum und bestimmt in seinem Satz 2: „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt“. Würden diese fehlen oder Lücken aufweisen, käme niemand auf den Gedanken, wegen gesetzgeberischer Untätigkeit bleibe das Eigentum ohne Schutz. Auch die Streikgarantien in Frankreich und Italien lauten in (korrekter) deutscher Übersetzung ähnlich wie Art. 51 Abs.2 Satz 2: „Das Streikrecht wird im Rahmen der Gesetze,

die es regeln, ausgeübt“ (s. den Wortlaut in: Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten, Beck-  
Texte im dtv, 2. Aufl. 1990, Nr. 4 –Präambel- und Nr. 7 -Art. 40-). Obwohl in beiden Fällen  
die „regelnden Gesetze“ fast völlig fehlen, geht niemand davon aus, dass es sich um einen  
Programmsatz und nicht um ein subjektives Recht handle. Etwa mehr Aufmerksamkeit hätte  
die brandenburgische Verfassung durchaus verdient gehabt.

5. Auch das ILO-Übereinkommen Nr. 135 fand keine Gnade. Es schütze nur solche  
Arbeitnehmervertreter, die dem Betrieb angehörten. Auch begründe es keine unmittelbaren  
Rechtsansprüche, sondern verpflichte nur die „dazu berufenen“ innerstaatlichen Organe und  
Verbände, einen dem Übereinkommen entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Dass er  
auch selbst dazu berufen sein könnte, kam dem erkennenden Senat ersichtlich nicht in den  
Sinn. Das erstaunt, da die Gerichte überall dort, wo ihnen ein Spielraum zusteht, eine  
völkerrechtskonforme, also eine Lösung wählen müssen, die die Bundesrepublik nicht in  
völkerrechtliche Schwierigkeiten bringt (Eingehende Nachweise bei Lörcher, in: Däubler  
(Hrsg.), Arbeitskämpfe, 3. Aufl. 2011, § 10 Rn 17). Dies ist an anderer Stelle vom  
erkennenden Senat auch völlig zutreffend so festgestellt worden (BAG 19. 6. 2007 – 1 AZR  
396/06 – NZA 2007, 1055 Tz 24 = AuR 2007, 445 Ls). Am mangelnden Spielraum kann es  
nicht gelegen haben, da das BAG in Tz 32 seiner Entscheidung selbst betont, es bewege sich  
mangels gesetzlicher Regelung im Bereich der Rechtsfortbildung. Jedenfalls im  
Zusammenhang mit der inhaltlichen Bestimmung der aus Art. 9 Abs.3 GG herzuleitenden  
Rechte hätte deshalb das ILO-Übereinkommen Nr. 135 Beachtung finden müssen.

Aber ist das Übereinkommen Nr. 135 nicht doch auf innerbetriebliche Interessenvertreter  
beschränkt? Der Wortlaut ist eher unergiebig, doch wäre es sinnvoll gewesen, der  
Bestimmung seines Art. 5 etwas Aufmerksamkeit zu schenken. Dort findet sich die wichtige  
Regel, dass die Existenz sog. gewählter Vertreter, in Deutschland also der Betriebsräte, nicht  
dazu führen darf, die Stellung der Gewerkschaften im Betrieb zu untergraben. Nach  
deutschem Recht hat der Betriebsrat nicht nur eine große Sachnähe zu den Problemen,  
sondern kann seine Aufgaben auch während der Arbeitszeit erfüllen. Dies führt dazu, dass  
sich die Beschäftigten mit allen Alltagsproblemen an ihn wenden. Die Gewerkschaft würde  
insoweit zu einem völlig zweitrangigen Faktor, könnte sie für solche Zwecke überhaupt nicht  
zur Verfügung stehen. Solange gewerkschaftliche Vertrauensleute mangels Freistellung

hierfür nicht in Betracht kommen, verlangt Art. 5 die (zumindest gelegentliche) Anwesenheit eines hauptamtlichen Gewerkschaftsvertreters im Betrieb (näher Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 11. Aufl. 2010, Rn 430).

Keine Erwähnung fand die Tatsache, dass auch das ILO-Übereinkommen Nr. 87 ein gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb verlangt (dazu Lörcher AuR 1991, 97, 100) und dass die Aufsichtsinstanzen dasselbe für Art. 5 der Europäischen Sozialcharta annehmen (Digest 2008, 51). Zwar gilt der Grundsatz des „iura novit curia“, so dass das Gericht den Streitstoff grundsätzlich nach allen in Betracht kommenden Normen zu beurteilen hat und deshalb auch diese Ecke hätte ausleuchten müssen. Dennoch wäre es für die klagende Gewerkschaft sinnvoll gewesen, von sich aus diese Dinge auf den Tisch zu legen und nicht darauf zu warten, das BAG werde schon seinen wissenschaftlichen Apparat für die nötigen Recherchen in Gang setzen.

6. Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt auf der Herleitung des Zugangsrechts aus Art. 9 Abs.3 GG. Insoweit folgt das BAG seiner früheren Rechtsprechung (BAG 28. 2. 2006 – 1 AZR 460/04 – NZA 2006, 798 = AuR 2006, 153 Ls.). Während bei jener die Sachentscheidung an einem nach Ansicht des Gerichts zu weit geratenen Globalantrag scheiterte, bestand hier dieses Hindernis hier nicht. Das Gericht musste also abwägen zwischen der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit auf der einen und den Arbeitgebergrundrechten aus Art. 13, Art. 14 Abs.1 und Art. 12 Abs.1 GG auf der anderen Seite und dabei zu einem konkreten Ergebnis kommen. Dieses entnahm es der Wertung des § 43 Abs.4 BetrVG, wonach jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft die Einberufung einer Betriebsversammlung verlangen und an dieser auch teilnehmen kann, wenn im vorangegangenen Kalenderhalbjahr keine Betriebsversammlung stattgefunden hat. Hier müsse der Arbeitgeber – so das BAG (Tz 37) – den Zutritt betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter „ohne konkrete Angabe von Gründen“ dulden. Den Halbjahresrhythmus auch auf das Zugangsrecht zu übertragen, sei „einerseits typischerweise genügend, um für die eigene Sache zu werben“, andererseits würden betriebliche Belange nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt.

Im Grundsatz ist es sicherlich legitim, das „Abwägungsprogramm“ dadurch ein wenig nachvollziehbarer zu machen, dass man nach Beispielen sucht, wie in vergleichbaren Konstellationen verfahren wird. Hierfür ist § 43 Abs.4 BetrVG aber wenig geeignet. Er knüpft an eine Pflichtwidrigkeit an, nämlich an die Nichteinberufung von Betriebsversammlungen durch den Betriebsrat während eines gesamten Kalenderhalbjahres. Dies ist als Analogiebasis einigermaßen überraschend, da auch in einem Betrieb ohne Gewerkschaftsmitglieder und Betriebsrat nicht notwendigerweise Pflichtwidrigkeiten zu beklagen sind. Auch die Feststellung, hier könne der Gewerkschaftsbeauftragte ohne konkrete Angabe von Gründen in den Betrieb kommen, trifft so nicht zu: Er muss durchaus darauf hinweisen, dass er an einer Betriebsversammlung teilnehmen will. Der Arbeitgeber erfährt möglicherweise überhaupt nicht, dass es sich um eine von der Gewerkschaft initiierte Betriebsversammlung handelt. Vielmehr wird bei jeder Betriebsversammlung nach denselben Grundsätzen verfahren: Der Beauftragte verweist auf sein Teilnahmerecht; was er konkret vorhat, welche Intentionen er verfolgt, muss er dem Arbeitgeber nicht mitteilen. Wenn man schon eine „Anleihe“ beim Betriebsverfassungsrecht machen will, dann müsste man das gesetzliche Modell wählen: Es ist dem Arbeitgeber offensichtlich zumutbar, dass in jedem Vierteljahr eine Betriebsversammlung stattfindet, an der auch ein von außen kommender Gewerkschaftsvertreter teilnimmt.

Die Wertungen des BetrVG reichen allerdings weiter. Das Zugangsrecht nach § 2 Abs.2 BetrVG betrifft sämtliche betriebsverfassungsrechtlichen Aufgaben der Gewerkschaften (näher DKKW-Berg, BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 2 Rn 27 ff.), so dass sich bei enger Zusammenarbeit zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft durchaus jeden oder jeden zweiten Tag ein Gewerkschaftsbeauftragter im Betrieb aufhalten kann. Darin wird kein Verstoß gegen Arbeitgebergrundrechte gesehen. Welchen Grund gibt es, zu einem anderen Abwägungsergebnis dann zu kommen, wenn im Betrieb kein Betriebsrat gewählt wurde? Warum soll gerade dort, wo das System der Interessenvertretung defizitär ist, auch die gewerkschaftliche Präsenz drastisch zurückgeschraubt werden?

Die Anknüpfung an § 43 Abs.4 BetrVG hat die weitere Folge, dass eine Vorlauffrist zu wahren ist. Der Betriebsrat muss vor Ablauf von zwei Wochen die gewünschte Betriebsversammlung einberufen. Dies wird allerdings nicht direkt auf die hier gegebene

Konstellation übertragen. Vielmehr wird eine Regelfrist von einer Woche vorgesehen, die die Gewerkschaft bei der Ankündigung ihres Besuchs wahren muss. Für den Arbeitgeber genüge dies, um die nötigen organisatorischen Maßnahmen zu treffen, insbesondere für die Berücksichtigung seiner Sicherheits- und Geheimhaltungsinteressen zu sorgen. Die Divergenz zum betriebsverfassungsrechtlichen Zugangsrecht wird auf diese Weise noch etwas größer. Aus dem harmlosen Versuch, Gespräche zu führen und Werbematerial zu verteilen, wird eine Art „Staatsaktion“, die ein hohes Schutzbedürfnis des Arbeitgebers auslöst. Auch muss man sich fragen, weshalb sich Besuchergruppen (unter denen ja durchaus Menschen sein können, die etwas auskundschaften wollen) allenfalls am Vortag anmelden müssen, während die „gefährliche“ Gewerkschaft eine Wochenfrist wahren muss. Irgendwie ist da wertungsmäßig einiges durcheinander geraten.

Einen kleinen Ausweg gibt es noch. Verlangt die Gewerkschaft häufiger Zutritt, muss sie die Notwendigkeit weiterer betrieblicher Werbemaßnahmen im Einzelnen aufzeigen. Reicht es aus, wenn sie darauf verweist, beim letzten Mal seien alle Bemühungen vergeblich gewesen? Oder muss sie auf atypische Umstände wie eine vom Arbeitgeber initiierte Unterschriftenaktion hinweisen, um einen Sonderfall für sich in Anspruch zu nehmen? Darauf gibt das BAG keine Antwort. Sinnvollerweise wird die Gewerkschaft diesen Weg nicht gehen, sondern sich auf die Möglichkeit konzentrieren, die Wahl eines Betriebsrats in die Wege zu leiten. In diesem Zusammenhang steht ihr ein betriebsverfassungsrechtliches Zugangsrecht ohne Beschränkung auf bestimmte Intervalle zu.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen