

# **Gewerkschaftliches Zugangsrecht zum Betrieb**

## **- Deutsche Erfahrungen -**

von 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

Die namentliche Benennung des Mitglieds kann für dieses nicht ungefährlich sein, wenn der Arbeitgeber der Gewerkschaft grundsätzlich ablehnend gegenüber steht.<sup>3</sup> Die Rechtsprechung hat es deshalb zugelassen, dass die Gewerkschaft zum Beweis ihres Vertretenseins eine notarielle „Tatsachenbescheinigung“ vorlegt, in der ohne Namensnennung bestätigt wird, dass ein Gewerkschaftsmitglied im Betrieb tätig ist.<sup>4</sup> 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.

---

<sup>1</sup> 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

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

<sup>3</sup> Fitting § 2 Rn. 43.

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

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.<sup>5</sup>

### **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 Betriebsratssitzungen und Betriebsversammlungen sowie die Befugnis, die Einhaltung des BetrVG im Betrieb zu kontrollieren.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Die Gewerkschaft als solche behält jedoch ihr Zugangsrecht und kann eine andere Person in den Betrieb entsenden.

### **4. Gewerkschaftliche Betätigung durch einzelne Betriebsratsmitglieder**

---

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

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

<sup>7</sup> 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)

<sup>8</sup> 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)

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.

### **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 Beeinträchtigungsverbot 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:<sup>9</sup>

„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**

---

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

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 Bundesverfassungsgerichts<sup>10</sup> den Standpunkt, zum Kernbereich zähle nur, was für die Existenz und Betätigung der Gewerkschaft „unerlässlich“ sei. Gewerkschaftliche Vertrauensleute im Betrieb zu wählen, zähle nicht dazu, weil die Wahl auch in einem angemieteten Bus stattfinden könne.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Die Gewerkschaftszeitung an Mitglieder im Betrieb zu verteilen, sei ebenfalls nicht „unerlässlich“, weil man dies auch mit Hilfe der Post tun könne.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Wenn sie dies taten, war es ihnen allerdings untersagt, Arbeitskollegen anzusprechen, deren Arbeitszeit noch nicht beendet war.<sup>15</sup>

Diese Minimierung der Koalitionsfreiheit mit Hilfe einer kleinlichen Kasuistik hat mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. November 1995<sup>16</sup> 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

---

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

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

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

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

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

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

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

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 geringeren gewordenen Durchsetzungskraft nicht durch „gewerkschaftliche Gegenmacht“ erreicht wurde.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

## **2. Konkrete Ausgestaltung des Zugangsrechts**

Erst rund zehn Jahre später bekam das BAG Gelegenheit, über das koalitionsrechtliche Zugangsrecht zum Betrieb zu entscheiden.<sup>19</sup> 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.

---

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

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

<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> Würde man bei gewerkschaftsbezogenen Gegenständen anders entscheiden, wäre dies eine gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG verstoßende Benachteiligung.<sup>23</sup> Die schon vor längerer Zeit vom LAG Frankfurt/Main<sup>24</sup> angestellte Überlegung, Gespräche über Fußball könnten den Betriebsfrieden stärker stören als Gespräche über Politik, gelten im Verhältnis zu Gewerkschaftsthemen erst recht.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup>

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 stattfindet, um neue Mitglieder zu werben.<sup>27</sup>

---

<sup>20</sup> S. Fn. 19.

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

<sup>22</sup> 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.“

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

<sup>24</sup> DB 1967, 430

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

<sup>26</sup> 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.

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

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.<sup>28</sup>

### **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,<sup>29</sup> 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,<sup>30</sup> die für den Betrieb tarifzuständige Gewerkschaft dürfe sich an Arbeitnehmer über deren 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.<sup>31</sup> Wie

---

<sup>28</sup> 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

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

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

<sup>31</sup> 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).

die Gewerkschaft die E-Mail-Adressen der Beschäftigten erlangt habe, sei im Rahmen eines Verfahrens zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft nicht zu prüfen.<sup>32</sup>

#### **IV. Das koalitionsrechtliche Zugangsrecht – sonstige Rechtsgrundlagen auf nationaler Ebene**

##### **1. Der Tarifvertrag als Grundlage?**

Insbesondere im Zeitraum zwischen der Entscheidung des BVerfG von 1981<sup>33</sup> und der Preisgabe der früheren Kernbereichslehre im Jahre 1995<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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)

---

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

<sup>33</sup> Oben Fn. 10

<sup>34</sup> Oben Fn. 16

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

Durchführungspflicht auch effektiv Rechnung getragen.<sup>36</sup> Ob es wirklich eine solche „Konnexgarantie“ gibt, ist höchstrichterlich 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 Stichwort „Observanz“ bekanntes lokales Gewohnheitsrecht geben kann,<sup>37</sup> 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 abzusprechen.<sup>38</sup> 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

---

<sup>36</sup> 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.

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

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

Arbeitnehmer von der Gewerkschaft im Betrieb selbst beraten zu lassen.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup> 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

---

<sup>39</sup> 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.

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

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

Gewerkschaftsbeauftragte.<sup>42</sup> In der Entscheidung vom 28.2.2006<sup>43</sup> blieb das Übereinkommen unerwähnt, im Urteil vom 22.6.2010<sup>44</sup> 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 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

---

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

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

<sup>44</sup> 1 AZR 179/09, NZA 2010, 1365

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.<sup>45</sup> Obwohl auch in der deutschen Literatur darauf verwiesen wurde,<sup>46</sup> hat das BAG weder seine Auffassung zum Übereinkommen Nr. 135 revidiert noch sich mit dem Übereinkommen Nr. 87 auseinander gesetzt.<sup>47</sup>

## **2. Art. 11 EMRK**

Die Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK hat durch die Rechtsprechung des EGMR in Sachen Demir und Baykara/Türkei<sup>48</sup> sowie in Sachen Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei<sup>49</sup> 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 habe<sup>50</sup> 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.“<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> Mitgeteilt bei Lörcher AuR 1991, 97, 100

<sup>46</sup> Sarge/Gester AiB 1988, 228, 230 f.

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

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

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

<sup>50</sup> EGMR (oben Fn. 48) Tz. 68

<sup>51</sup> 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.