

# Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 2C\_499/2015 vom 6.9.2017, BGE 144 I 50

KURT PÄRLI\*/LAURA KUNZ\*\*

Schlagwörter: Zutrittsrechte, Gewerkschaften, Koalitionsfreiheit

## A. Einleitung

### I. Vorbemerkungen

Das Bundesgericht hat sich im Leitentscheid vom 6. September 2017 (BGE 144 I 50) erstmals über die im Schrifttum umstrittene Frage geäußert, ob gewerkschaftlichen Organisationen ein Zutrittsrecht zum Betrieb zusteht. Zu prüfen hatte das Bundesgericht die Zulässigkeit staatlicher Regelungen, welche die gewerkschaftlichen Zutrittsrechte zu Gebäuden der öffentlichen Verwaltung beschränkten. Dabei gelangte es zum überzeugenden Schluss, dass das Recht der Gewerkschaften auf Zugang zu Bauten der Verwaltung Bestandteil der verfassungs- und menschenrechtlich geschützten Koalitionsfreiheit sei.

Im Folgenden werden Sachverhalt, Instanzenzug und Erwägungen zusammenfassend wiedergeben. Danach erfolgt eine Würdigung der höchstrichterlichen Argumentation, die sich insbesondere auf den Inhalt und die Tragweite der verfassungsrechtlich garantierten und völkerrechtlich abgestützten Koalitionsfreiheit im Sinne von Art. 28 Bundesverfassung (nachfolgend: BV)<sup>1</sup> stützt. Im Lichte dieses wichtigen Urteils wird der – vom Bundesgericht ausdrücklich offengelassenen – Frage des *Zugangs von Gewerkschaftsvertretern im privaten Sektor* nachgegangen.

Der zwischenzeitlich in der amtlichen Sammlung aufgenommene Leitentscheid ist in italienischer Sprache verfasst, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf die in der Zeitschrift «Praxis» erschienenen Übersetzung stützen.<sup>2</sup>

---

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

\*\* BLaw, Studierende in Assistenzfunktion am Lehrstuhl Pärli (bis 7/2019).

1 SR 101.

2 BGE 144 I 50 = Pra 2019 Nr. 12, S. 155 ff.

## II. Sachverhalt, Instanzenzug, Entscheid

Dem BGE 144 I 50 liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Staatsrat des Kantons Tessins teilte den Personalverbänden der Kantonsangestellten mit Beschluss Nr. 6671 vom 29. November 2011 folgende Regelung betreffend die gewerkschaftlichen Zutrittsrechte mit:

1. «Der Zutritt zu den Verwaltungsgebäuden des Kantons für gewerkschaftliche Aktivitäten ist grundsätzlich nicht erlaubt.
2. Allfällige Gesuche für Treffen von Gewerkschaftsvertretern mit Staatsangestellten, die den genannten [sic] Verbänden angeschlossen sind, zu spezifischen arbeitsrechtlichen Fragen in den Sitzungsräumen der Kantonsverwaltung, die ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten stattfinden sollen, sind vorgängig an die Staatskanzlei zu richten.
3. Das Aufhängen von Plakaten sowie die Verteilung von Flugblättern und Zeitschriften sind möglich, wobei das Material vorgängig den Informationsdiensten und den Hauswarten der kantonalen Verwaltungsgebäude zu übergeben ist. Diese sorgen dann für die Auslage des Materials an den dafür vorgesehenen Orten.»<sup>3</sup>

Begründet wurde diese Regelung mit dem Argument, auf diese Weise würden sowohl die Interessen der kantonalen Verwaltung – Sicherstellung eines normalen Arbeitstages des Personals der kantonalen Verwaltung sowie Gewährung der notwendigen Diskretion zu Daten und Dokumenten in den Büros – und als auch diejenigen der Gewerkschaften – Kontaktpflege zu ihren Mitgliedern – angemessen berücksichtigt.

Der Schweizerische Verband des Personals öffentlicher Dienste SSP/VPOD (nachfolgend: Gewerkschaft VPOD) erhob am 16. Januar 2012 Beschwerde gegen diese Regelung beim kantonalen Verwaltungsgericht. Das kantonale Gericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 23. April 2015 ab. Das Gericht stützte seinen Entscheid auf der Argumentationslinie ab, dass das Zutrittsrecht zu den Gebäuden – abgesehen im Zusammenhang mit einem zulässigen Streik – keine unverzichtbare Prärogative der Koalitionsfreiheit darstelle. Damit bestehe auch kein Anspruch auf einen freien und beliebigen Zugang zu den Verwaltungsgebäuden. Die Gewerkschaftstätigkeit stelle eine bewilligungspflichtige Sondernutzung dar, deren Verweigerung nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstosse. Die Verweigerung einer generellen Bewilligung für den schrankenlosen Zugang zu jedem staatlichen Gebäude entspringe einer korrekten Interessensabwägung, die die verschiedenen Grundrechte berücksichtige. Konkret trage die Verweigerung dem öffentlichen Interesse an einem ordnungsgemässen Ablauf der Verwaltungstätigkeit Rechnung. Nebst den vom Staatsrat vorgebrachten Argumenten erachtete die Vorinstanz diese Regelung auch als Schutz der Meinungsfreiheit derjenigen, die nicht Mitglied einer Gewerkschaft sein wollen oder keine Informationen von diesen erhalten möchten.<sup>4</sup>

3 BGE 144 I 50 = Pra 2019 Nr. 12, S. 156.

4 BGE 144 I 50 E. 6.4.1 = Pra 2019 Nr. 12, S. 173.

Die Gewerkschaft VPOD erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, die mit Entscheid vom 6. September 2017 gutgeheissen wurde. Das Bundesgericht hob nach öffentlicher Beratung den Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts sowie den gesamten Beschluss des Staatsrats auf.

## B. Erwägungen des Bundesgerichts<sup>5</sup>

Das Bundesgericht prüft in den Erwägungen (nachfolgend: E.) 1.1 bis 1.6 die formellen Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, da erst bei deren Erfüllung die Beschwerde in materieller Hinsicht geprüft wird. Besonders erwähnenswert sind dabei die Ausführungen in den E. 1.3 und 1.4 hinsichtlich der Zulässigkeit der Beschwerde im Zusammenhang mit der heterogenen Rechtsnatur des Anfechtungsobjekts: Da die Bestimmungen Nr. 1 und Nr. 3 des Beschlusses von der Vorinstanz als Allgemeinverfügung qualifiziert wurden und der Bestimmung Nr. 2 einen Erlasscharakter zugesprochen wurde, hätten unterschiedliche Rechtsmittel ergriffen werden müssen. Insbesondere, so das Bundesgericht, wäre bezüglich der Bestimmung Nr. 2, mangels kantonalen Rechtsweges, erst innert dreissig Tage *nach* erfolgter amtlicher Publikation eine Anfechtung vor Bundesgericht zulässig gewesen. Das Bundesgericht erachtet die Beschwerde in diesem Punkt als verfrüht und weist darauf hin, dass es das Verfahren in diesem Punkt deshalb sistieren könnte. Es entscheidet sich jedoch zu einer anderen Lösung: Da die Beschwerdeführerin erst mit Urteilsverkündung von dieser Doppelnatur des Beschlusses Kenntnis erlangt hat und auch ihren Willen deutlich gemacht hat, den Beschluss in seiner Gesamtheit anzufechten, wird die gesamte Beschwerde im Sinne der Prozessökonomie als zulässig erachtet.

In E. 3.1 beschreibt das Bundesgericht, welche materielle Frage es im Wesentlichen zu beantworten gilt: die Vereinbarkeit von restriktiven Regelungen betreffend die Nutzung der Gebäude von Kantonen durch die Gewerkschaften mit der Koalitionsfreiheit, speziell wenn der Kanton nicht nur Eigentümer der Gebäude ist, sondern sie auch als Arbeitgeber verwaltet. In E. 3.2 nennt das Bundesgericht die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen. Sie argumentiert, dass der Beschluss des Staatsrats einem grundsätzlichen Zutrittsverbot zu den Verwaltungsgebäuden gleichkomme und auch die im Beschluss vorgesehenen Modalitäten eine unzulässige Verletzung der Koalitionsfreiheit nach Art. 28 BV darstelle. Demnach prüft das Bundesgericht als Erstes die Tragweite der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV.

---

5 Eine detailliertere Zusammenfassung der Erwägungen findet sich im Beitrag von KARL-MARC WYSS/FEDERICA STEFFANINI, Tessiner Regelung des gewerkschaftlichen Zutritts zu Verwaltungsgebäuden zu restriktiv, dRSK, publiziert am 31. Mai 2018.

In E. 4.1 setzt sich das Bundesgericht mit dem Schutzbereich der Koalitionsfreiheit auseinander, qualifiziert dieses als primäres Abwehrrecht gegenüber dem Staat, das auch eine gewisse indirekte Drittwirkung auf Arbeitsbeziehungen im privaten Sektor entfalte und konkretisiert sowohl dessen individuelle als auch die kollektive Komponente. In E. 4.2 zieht das Bundesgericht internationale Rechtsquellen heran, namentlich Art. 11 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (nachfolgend: EMRK)<sup>6</sup>, Art. 22 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (nachfolgend: UN-Pakt II)<sup>7</sup> sowie Art. 8 des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (nachfolgend: UN-Pakt I)<sup>8</sup>. Ebenfalls als relevant eingestuft werden die ILO-Abkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes vom 9. Juli 1948 (nachfolgend ILO-Abkommen Nr. 87)<sup>9</sup> sowie das ILO-Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (nachfolgend ILO-Abkommen Nr. 98)<sup>10</sup>. In E. 4.3 wird schliesslich das Meinungsspektrum der verschiedenen Lehrmeinungen zur spezifischen Frage, ob den Gewerkschaftsvertretern ein Zutrittsrecht zu den Gebäuden des Betriebs zustehe, dargelegt.<sup>11</sup>

Anschliessend (E. 5) erörtert das Bundesgericht die Tragweite der Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV in Konstellationen, in welchen der Staat gleichzeitig Arbeitgeber und Eigentümer ist. In den E. 5.1 bis 5.2 legt das Bundesgericht dar, dass es sich bis anhin nicht ausdrücklich zu dieser Frage geäussert habe: In Bezug auf das strafrechtliche Urteil 6B\_758/2011 vom 24. September 2012 handle es sich lediglich um einen spezifischen Anwendungsfall, in welchem betreffend die Frage eines Hausfriedensbruchs der Konflikt zwischen zwei Grundrechten – Eigentumsgarantie und Koalitionsfreiheit – gelöst werden musste. Weiter verweist das Bundesgericht auf BGE 132 III 122, in welchem die Rechtmässigkeit des Aufstellens friedlicher Streikposten während des

---

6 SR 0.101.

7 SR 0.103.2.

8 SR 0.103.1.

9 SR 0.822.719.7.

10 SR 0.822.719.9.

11 ARTHUR ÄNDERMATT, Die Gewerkschaften dürfen in die Betriebe, plädoyer 5/2004, S. 42–46, insb. S. 44 f.; JEAN-BERNHARD WAEBER, Droit de grève: exercice soumis à conditions, plädoyer 6/2006, S. 64–69, S. 69; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH, Art. 28 N 30 in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014; KURT PÄRLI, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, AJP/PJA 11/2014, S. 1454–1462, S. 1462; PATRICIA SCHIESS RÜTTIMANN, Art. 28 N 11 in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belsler/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015; SARAH WENGER, Zulässige Mittel im Arbeitskampf, in: Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht, 65/2007, Bern 2007, S. 72 ff.

Streiks anerkannt wurde (was einen Anwendungsfall der indirekten Drittwirkung der Koalitionsfreiheit auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse darstellt).

Im vorliegenden Fall gehe es nicht um die Frage der (indirekten) Drittwirkung, führt das höchste Gericht in E. 5.3 aus: vielmehr gelte es, den Umfang der Koalitionsfreiheit im Kontext einer öffentlichen Sache zu eruieren. Im Wesentlichen, so das Bundesgericht, sei zu klären, ob Art. 28 i.V.m. Art. 35 BV den Staat in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber und Eigentümer verpflichte, betreffend die Organisation seiner Tätigkeiten und der Zurverfügungstellung der Verwaltungsgebäude auch die gewerkschaftlichen Interessen zu berücksichtigen und ob der Staat damit vor allem auch Bedingungen zu schaffen habe, die die Existenz, freie Organisation und die Ausübung der Gewerkschaften gewährleisten.

Ausgehend davon, dass die Koalitionsfreiheit im Wesentlichen ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat darstelle und diesen verpflichte, die gewerkschaftlichen Tätigkeiten zu ermöglichen, führt das Bundesgericht in E. 5.3.1 und 5.3.2 aus, inwiefern dieser Schutz der gewerkschaftlichen Arbeit unabdingbar für die Existenz der Gewerkschaften und danach die materielle Verwirklichung der Koalitionsfreiheit sei. Dabei ruft es in Erinnerung, dass sich Gewerkschaften nur dann auf die Koalitionsfreiheit berufen können, wenn sie als Sozialpartner anerkannt werden.<sup>12</sup> Für die Gewährleistung einer «ausreichenden Repräsentativität» sei die Anwerbung neuer Mitglieder und die Kontaktpflege mit den bestehenden Mitgliedern ja gerade Voraussetzung. Ansonsten, so das Bundesgericht, «würde es sich um eine rein formale Freiheit handeln». In E. 5.3.3 erläutert das Bundesgericht, dass diese Ausführungen und die damit einhergehende Auslegung der Koalitionsfreiheit auch im Einklang mit den dargelegten internationalen Rechtsgrundlagen stünden, namentlich die ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98.

In E. 5.3.3.1 führt das Bundesgericht aus, dass die Klärung der direkten Anwendbarkeit dieser Abkommen keine Rolle spiele, da das Bundesgericht von sich aus zur Konkretisierung darauf verweisen könne und illustriert in E. 5.3.3.2, dass das insb. für Art. 3 des ILO-Abkommens Nr. 87 zutreffe. Des Weiteren seien die beiden Abkommen mit den Schutzziele der Art. 11 EMRK und Art. 21 UN-Pakt II identisch, deren direkte Anwendbarkeit vom Bundesgericht anerkannt worden sei. Im Lichte dieser Erwägungen kommt das Bundesgericht in E. 5.4 zum Schluss, dass das Recht der Gewerkschaftsvertreter auf Zutritt zu den Gebäuden des Staates, der sowohl Arbeitgeber als auch Eigentümer ist, zum Zweck der Mitgliederpflege bzw. Mitgliederakquise im öffentlichen Sektor einen wesentlichen Bestandteil der Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV bilde. Damit werde den Gewerkschaften die wirksame Möglichkeit auch in tatsächlicher Hinsicht garantiert, alle Aktivitäten auszuüben, die die Organisation funktionsfähig erhalten und zur Erreichung ihrer Ziele dienen.

---

<sup>12</sup> M.Verw. auf BGE 140 I 257 E. 5.2.1 und 5.2.2 = Pra 2015 Nr. 10, S. 91 f.

In E. 6.1 macht das Bundesgericht darauf aufmerksam, dass die Koalitionsfreiheit, wie jedes Grundrecht, nicht absolut gelte und unter Wahrung der in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen eingeschränkt werden könne. Bevor sich das Bundesgericht der Prüfung dieser Kriterien annimmt, qualifiziert es das Gebäude in E. 6.1, auf Grundlage der Lehre und Rechtsprechung zum öffentlichen Sachenrecht, als kantonales Verwaltungsvermögen. Weiter führt das Bundesgericht in E. 6.2.1 aus, dass die mit der Verwaltung betraute Stelle grundsätzlich berechtigt sei, die Tätigkeiten mittels einem Bewilligungs- oder Konzessionssystem einzuschränken, die nicht der ordentlichen Nutzung entsprechen. Diese Qualifikation wurde von den Beschwerdeführern indes auch nicht bestritten. Vielmehr, so das Bundesgericht in E. 6.2.2, gilt es im vorliegenden Urteil zu prüfen, ob die Modalitäten, mit denen der Tessiner Staatsrat die Nutzung regeln wollte, nicht gegen die dargelegte Tragweite der Koalitionsfreiheit verstossen habe. In E. 6.3 ruft das Bundesgericht in Erinnerung, dass der Kanton gemäss Art. 35 Abs. 2 BV nicht nur als Arbeitgeber, sondern auch dann, wenn es um die Nutzung seines eigenen Verwaltungsvermögens gehe, an die Grundrechte gebunden sei. Zudem komme in Konstellationen, wie der vorliegenden, in welchen die Ausübung eines Grundrechts die Nutzung einer öffentlichen Sache erfordert, zum ursprünglichen Abwehrcharakter der Rechte allmählich auch eine positive Tragweite hinzu, die auch ein sog. Leistungselement implizieren. Rechtsprechungsgemäss bestehe, führt das Bundesgericht weiter aus, in Konstellationen, in denen die Ausübung eines Grundrechts mit der Nutzung der öffentlichen Sache verbunden sei, die nicht über deren allgemeinen Zweck hinausgehe, ein unbedingter Anspruch auf Nutzung. Dieser Nutzung vorbehalten ist eine Einschränkung nach Art. 36 BV. Hingegen bestehe in Fällen einer intensiveren Nutzung ein durch die Rechtsprechung anerkannter bedingter, subjektiver Anspruch auf eine Bewilligung für eine gesteigerte Nutzung, sofern diese Bewilligung für die Ausübung der Freiheitsrechte auf öffentlichen Grund unerlässlich sei. Diese Rechtsprechung sei dann auch in Bezug auf das Verwaltungsvermögen ausgeweitet worden.

Anschliessend (E. 6.4) würdigt das Bundesgericht die drei Bestimmungen der Tessiner Regelung und qualifiziert diese zweifelsfrei als eine Beschränkung der Freiheit der Gewerkschaften, die der Kanton als Arbeitgeber und Eigentümer der Gebäude vornehme. Demnach wird geprüft, ob diese Beschränkung durch ein öffentliches Interesse zu rechtfertigen sei und der Verhältnismässigkeitsprüfung standhält. Die Gewährleistung des ordnungsgemässen Ablaufs der Verwaltungstätigkeit, wie namentlich die Sicherstellung der täglichen Arbeit des Personals der Kantonsverwaltung oder des Datenschutzes, stellt für das Bundesgericht fraglos ein valides öffentliches Interesse dar. Das Vorliegen der Verhältnismässigkeit wird aber verneint (E. 6.4.2.1). Ausschlaggebend für dieses Ergebnis sei der fehlende Spielraum des Kantons, um weitere Interessen berücksichtigen zu können. Dabei werde insb. nicht die dargelegte Tragweite der von Art. 28 BV gewährleisteten Koalitionsfreiheit beachtet. Obwohl die Bestim-

mungen Bedingungen für Ausnahmegenehmigungen des allgemeinen Zutritts vorsehen, seien diese Modalitäten zu restriktiv ausgefallen. Das Bundesgericht kritisiert dabei insb. die darin vorgesehene vorgängige Beschränkung der Treffen. Dadurch seien die Gewerkschaften nicht nur verpflichtet, den genauen Zweck der Treffen preiszugeben, sondern es werde auch die Anwerbung neuer Mitglieder verunmöglicht. Weiter sind die durch die Bestimmungen vorgesehene Modalitäten der Treffen zu einschränkend, so dass die Gewerkschaftsarbeit und damit einhergehend die Funktionsfähigkeit von Gewerkschaften klar beeinträchtigt würde. Die Begrenzung des Auslegens des gewerkschaftlichen Informationsmaterials verhindere zudem die Möglichkeit, den Kontakt mit den Mitgliedern zu pflegen. Durch Verweigerung der physischen Präsenz der Gewerkschaftsmitglieder werde das Zutrittsrecht seines Sinnes entleert und erscheine damit unverhältnismässig.<sup>13</sup> In E. 6.4.3 erörtert das Bundesgericht dann auch, wie die Modalitäten des Zutritts der Gewerkschaften in Zukunft ausgestaltet sein sollten. Das Bundesgericht heisst damit die Beschwerde gut (E. 7).

## C. Würdigung des Urteils

BGE 144 I 50 ging eine intensive Auseinandersetzung in der Lehre voraus. So erschien im Nachgang der vom Schweizerischen Gewerkschaftsbund veranstalteten Tagung zu den Zutritts- und Informationsrechten der Gewerkschaften ein Schwerpunktheft der *Aktuellen Juristische Praxis (AJP/PJA)*<sup>14</sup> zum Thema. Besonders umstritten ist das Zutrittsrecht der Gewerkschaftsfunktionäre, wenn die Arbeitgeberin ein Hausverbot ausgesprochen hat. Das höchste Gericht klärt mit diesem Entscheid zumindest, dass im öffentlichen Sektor das gewerkschaftliche Zutrittsrecht ein wesentliches Element der Koalitionsfreiheit darstellt. Wie die Rechtslage im Falle eines privaten Arbeitgebers zu entscheiden ist, hat sich das Bundesgericht dabei ausdrücklich vorbehalten.

## I. Einordnung in die bisherige Rechtsprechung

Der nun vorliegenden Leitentscheidung ging eine Reihe von Urteilen voraus, die hier kurz vorgestellt werden.<sup>15</sup>

- BGer, 5P482/2002 vom 5.5.2003, E. 4.2: Einem Gewerkschaftssekretär wurde der Zugang zum Firmenareal amtlich verboten. Das Bundesgericht fällt auf die Beschwerde des Gewerkschaftsfunktionärs hin einen Nichteintretens-

13 M.Verw. auf EGMR, Sisman und andere/Türkei, Urteil vom 27.9.2011, Nr. 1395/05, §§ 29 ff.

14 AJP/PJA 11/2014, Schwerpunktheft herausgegeben von Kurt Pärli und Luca Cirigliano.

15 Angelehnt an die detaillierte Zusammenstellung von ULIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7., vollständig überarbeitete und stark erweiterte Aufl., Zürich 2012, Art. 358 OR N 7.

- entscheid, da der einzelne Gewerkschafter nicht beschwert sei und die Frage nach einem gewerkschaftlichen Zutrittsrecht, wenn überhaupt, die Gewerkschaft als juristische Person und nicht den einzelnen Gewerkschafter betreffe.
- BG Bülach, GG090026 vom 6.10.2009 (unveröffentlicht): Das Zutrittsrecht wird in diesem Fall mit der Begründung verneint, dass, obwohl das Betreten der Baustelle während eines rechtmässigen Streiks eine Arbeitskampfmassnahme darstellen könne und damit in den Schutzbereich der Koalitionsfreiheit nach Art. 28 BV falle, liesse sich der Kontakt auch ausserhalb des Firmengeländes organisieren, weshalb die Massnahme als unverhältnismässig und rechtswidrig sei. Darüber hinaus liesse sich aus den ILO-Abkommen Nr. 87 und 98 kein Zutrittsrecht folgern. Der Gewerkschaftsfunktionär wurde demnach wegen Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) verurteilt.<sup>16</sup>
  - OG ZH, SB090793 vom 8.3.2010: Das Obergericht hob das Urteil des BG Bülach (GG090026) mit der Begründung, die Verurteilten haben sich in einem Sachverhaltsirrtum befunden, auf.<sup>17</sup>
  - Keine Anklage erhob die Staatsanwaltschaft Zürich gegen zwei Gewerkschafter, die trotz Hausverbot ein Baustellenareal betreten hatten. In den beiden Einstellungsverfügungen (G-1/2005/1826 vom 23.7.2009 und F-3/2007/7311 vom 7.11.2008) begründet die Staatsanwaltschaft ihren Entscheid damit, dass die Koalitionsfreiheit den Gewerkschaften das Recht gebe, für ihre Mitglieder in den Betrieben tätig zu sein.<sup>18</sup> Die Begründung wird indes von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH als arbeitsrechtlich haltlos qualifiziert.<sup>19</sup>
  - BGE 132 III 122 E. 4.4.1 = Pra 2006 Nr. 107. S. 745 f.: Das Bundesgericht räumt in diesem Entscheid die indirekte Drittwirkung der Koalitionsfreiheit auch auf die Arbeitsbeziehungen im privaten Sektor ein.
  - BGer, 6B\_758/2011 vom 24.9.2012, E. 1.2.3: Auch hier hatte sich das Bundesgericht wieder mit der Frage, ob die Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV i.V.m. Art. 14 StGB einen Hausfriedensbruch zu rechtfertigen vermag, zu beschäftigen. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass es sich nicht um eine Streiksituation gehandelt habe; deshalb sei die einschlägige Rechtsprechung nicht anwendbar. Auch Art. 28 BV sowie die einschlägigen ILO-Konventionen wären nicht direkt anwendbar und können nicht von Einzelpersonen angerufen werden. Schliesslich stellt das Bundesgericht die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV bzw. Art. 641 ZGB der Koalitionsfreiheit gemäss Art. 28 BV gegenüber und kommt zum Schluss, der Eigentumsgarantie sei der Vorzug zu gewähren. Die Koalitionsfreiheit entfalte keine

16 STREIFF/KAENEL/RUDOLPH (Fn. 15), Art. 358 OR N 7.

17 OGer ZH, I. Strk., 8.3.2010, SB090793, Ziff. III.1.7.2 ff.

18 THOMAS GABATHULER/IRÈNE SPIRIG, Die wichtigsten Entscheide im Arbeits- und Mietrecht, plädoyer 3/2010, S. 39–48, S. 43.

19 STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 16), Art. 357a OR N 7.



direkte und unmittelbare Wirkung gegenüber dem Eigentümer eines privaten Unternehmens. Das Zutrittsrecht zum Betrieb stelle keine unverzichtbare Komponente der Koalitionsfreiheit dar.

## II. Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Koalitionsfreiheit und einschlägiger völkerrechtlichen Normen

Wie dargestellt, ist die Frage des Zutrittsrechts in der Judikatur entweder nicht thematisiert oder aber höchst unterschiedlich beantwortet worden. Die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat sich im Urteil 6B\_758/2011 vom 24. September 2012 dagegen ausgesprochen, das Zutrittsrecht zu einem (in casu privaten) Betrieb als Bestandteil der Koalitionsfreiheit zu anerkennen. BGE 144 I 50 bildet somit einen Wendepunkt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, wenn auch (vorläufig) nur auf den öffentlichen Sektor bezogen.

Ausgangspunkt der Anerkennung eines Zutrittsrechts bilden der Schutzbereich und die Tragweite von Art. 28 BV. Der *abwehrrechtliche* Anspruch der Koalitionsfreiheit verbietet dem Staat, durch Hinderung der Gewerkschaftsvertreter am Betreten der Verwaltungsgebäude, wesentliche Aspekte der Koalitionsfreiheit zu beeinträchtigen. Zu den zentralen Inhalten der durch Art. 28 BV geschützten Gewerkschaftsrechten zählen namentlich die Anwerbung neuer Mitglieder, die Kontrolle der Anwendung eines bestehenden Gesamtarbeitsvertrages oder die Mobilisierung anlässlich eines potentiellen Streiks. Der Staat muss gewährleisten, dass Gewerkschaften ihre Tätigkeiten frei organisieren können. Die Berufung auf die Koalitionsfreiheit ist den Sozialpartnern vorbehalten, was wiederum voraussetzt, dass eine Gewerkschaft genügend repräsentativ zu sein hat, um als Sozialpartner anerkannt zu werden. Die Kontaktpflege zu bestehenden Mitgliedern und die Anwerbung neuer Mitglieder sind essenziell. Ansonsten, so das Bundesgericht, handle es sich bei der Koalitionsfreiheit lediglich um eine rein formale Freiheit.<sup>20</sup>

Das Bundesgericht beruft sich in seiner Argumentation auf die internationalen Rechtsgrundlagen und stellt diese «prominent und verbindlich in den schweizerischen Rechtsrahmen».<sup>21</sup> Dabei bezieht sich das höchste Gericht insbesondere auf die ILO-Abkommen Nr. 87 und 98. Die Frage, ob diesen Bestimmungen ein *self-executing* Charakter zukommt, wird offengelassen. Das Gericht weist aber darauf hin, dass der Bundesrat in seiner Botschaft vom 8. Mai 1974 über die Übereinkommen der ILO (insb. auch Nr. 87) betreffend ähnlicher Unterlassungspflichten, wie sie Art. 3 statuiert, angenommen hat, dass die in einem völkerrechtlichen Abkommen enthaltenen Verpflichtungen auf Unter-

20 M. Verw. auf BEATRIZ VACOTTO, Droit d'accès des représentants syndicaux aux lieux de travail: un élément fondamental de la liberté syndicale, AJP/PJA 11/2014, S. 1433–1440, S. 1440.

21 ADRIAN KAENEL/ROGER RUDOLPH, elektronischer Update-Service zum Praxiskommentar, N 7 zu Art. 357a, die Autoren stufen den Entscheid als «Zäsur» ein.

lassung in der internen Rechtsordnung der Vertragsstaaten direkt anwendbar seien und demnach keiner zusätzlichen Gesetzgebung bedürfen.<sup>22</sup> Diese Ausrichtung sei auch schon in BGE 129 I 113 E. 5.3<sup>23</sup> erkennbar. In diesem Urteil hat sich das Bundesgericht bei der Anerkennung eines Autonomiebereichs der Gewerkschaft gegenüber dem öffentlichen Arbeitgeber auf Art. 5 des ILO-Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst vom 27. Juni 1978<sup>24</sup> gestützt. Das Bundesgericht stellt sich damit auf den Standpunkt, dass es zur Auslegung auch auf nicht unmittelbar anwendbare Abkommen verweisen könne. Auch solche Bestimmungen sind rechtlicher Natur und verpflichten die Judikative, Exekutive und Legislative der Ratifikationsstaaten je in ihrem Kompetenzbereich.<sup>25</sup>

In diesem Zusammenhang ist auch auf BGE 137 I 305 hinzuweisen. Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Zuger Kantonsrat sprach sich gegen die Weiterführung der Kommission für Chancengleichheit von Frau und Mann aus. Gegen diesen Beschluss erhoben mehrere Parteien, Organisationen und Einzelpersonen Beschwerde, da nach ihrer Ansicht dieser Beschluss die Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV, § 5 Abs. 2 Verfassung des Kantons Zug<sup>26</sup> sowie des Art. 2 lit. a des UNO-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung (CEDAW)<sup>27</sup> verletze. Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, dass die genannten Rechtsgrundlagen zwar den Kanton verpflichten, einen Ersatz für die bisherige Kommission für Gleichstellung bzw. für die Chancengleichheit von Frau und Mann vorzusehen, wobei sich aber keine Verpflichtung daraus ableiten liesse, dass eine bestimmte institutionelle Massnahme zu ergreifen sei.<sup>28</sup> Das Bundesgericht stellte damit klar, dass das CEDAW-Übereinkommen Teil des schweizerischen Rechts ist, selbst hinsichtlich den Bestimmungen, die nicht unmittelbar als *self-executing* gelten.<sup>29</sup> Es zeigt sich somit, dass das oft zu wenig bekannte und lange Zeit unterschätzte internationale (Arbeits)Recht un-

22 Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die 57. und 58. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz und Botschaft über zwei Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation vom 8. Mai 1974, BBl 1974 S. 1633 ff., S. 1655.

23 BGE 129 I 113 = Pra 2004 Nr. 93, S. 88 ff.

24 SR 0.822.725.1.

25 Siehe dazu ausführlich: KURT PÄRLI, Einwirkungen des EU- und des internationalen Arbeitsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht, in: Kurt Pärli et al., Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völker- und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich, St. Gallen, Baden-Baden, 2017, S. 431 ff., insb. Rz. 1038 ff.

26 SR 131.218.

27 SR 0.108.

28 BGE 137 I 305 E. 7.

29 BGE 137 I 305 E. 6.5; siehe dazu auch die Urteilsbesprechung: REGULA KÄGI-DIENER in: AJP/PJA 3/2012, S. 400–403, S. 402 f.; ANDREAS ZÜND, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP/PJA 2013, S. 1349–1357, S. 1355 f.; KURT PÄRLI, BGE 137 I 305 – Auch eine Art «Haftungsfall», in: Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflichtrecht, Festschrift für Willi Fischer, 2016, S. 417–430.

geachtet einer allenfalls fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit durchaus eine Bedeutung hat.

Hinzuweisen ist auf das ILO-Übereinkommen Nr. 135 i.V.m. der Empfehlung Nr. 143 vom 24. Juni 1971.<sup>30</sup> Die Schweiz hat dieses Übereinkommen zwar nicht ratifiziert. Das Übereinkommen hält indes in seinem Art. 3 fest, dass im nationalen Recht als «Arbeitnehmervertreter» sowohl Gewerkschaftsvertreter oder von den Arbeitnehmenden des Betriebes gewählte Arbeitnehmer (unabhängig von der Gewerkschaft) bezeichnet werden können. Zum Verhältnis gewerkschaftlicher und betrieblicher Vertretung ist bemerkenswert, dass Art. 5 mögliche Konflikte zwischen diesen beiden Formen anspricht. Die Bestimmung hält fest, dass wenn in einem Betrieb sowohl Gewerkschaftsvertreter als auch gewählte Vertreter tätig sind, sichergestellt werden muss, dass die betriebliche Arbeitnehmervertretung nicht dazu benutzt werden kann, die Stellung der beteiligten Gewerkschaften zu untergraben. Weshalb das so ist, liegt auf der Hand. Angesichts der arbeitsvertraglichen bzw. personalrechtlichen Unterordnung kann die rein betriebsinterne Arbeitnehmervertretung leichter «gefügt» gemacht werden als eine gut organisierte Gewerkschaft. Die ILO als «Hüterin der Arbeitsrechte» anerkennt also auch im Übereinkommen Nr. 135 die Bedeutung der Gewerkschaften.

### **III. Noch zu entscheiden: Zutrittsrecht der Gewerkschaften zum privaten Betrieb**

Die Ausgangslage ist relativ einfach. Mit BGE 144 I 50 hat die öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts mit zeitgemässer Argumentation unter Berücksichtigung einschlägiger arbeitsvölkerrechtlichen Rechtsquellen und Literatur das Zutrittsrecht der Gewerkschaften als Bestandteil von Art. 28 BV und Art. 11 EMRK anerkannt. Die Einschränkungen des Rechts erwiesen sich im Tessiner-Fall als nicht zulässig. Die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts gewichtete im bereits erwähnten Urteil 6B\_758/2011 vom 24.9.2012 die Eigentumsfreiheit höher als die Koalitionsfreiheit. An dieser Bewertung kann im Lichte des neueren Entscheides und gerade angesichts der zunehmenden Bedeutung der EMRK auch in arbeitsprivatrechtlichen Streitigkeiten<sup>31</sup> nicht festgehalten werden.

Ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften lässt sich auch noch mit weiteren Argumenten rechtfertigen. Im Mitwirkungsgesetz (nachfolgend: MitwG)<sup>32</sup> sind

---

30 Übereinkommen Nr. 135 der Internationalen Arbeitsorganisation von 1971 über Schutz und Erleichterungen für Arbeitnehmervertreter im Betrieb.

31 KURT PÄRLI, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP/PJA 12/2015, S. 1671–1701; KURT PÄRLI, Die Bedeutung von Art. 11 EMRK für die Gewerkschaftsrechte, in: Eva-Maria Bäni/Angela Obrist (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, S. 435–463.

32 SR 822.14.

allgemeine und besondere Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden bzw. der Arbeitnehmervertretung verankert. Im MitwG ist primär die innerbetriebliche Mitwirkung geregelt. Es finden sich im MitwG und auch in anderen Erlassen, die dem Arbeitnehmerschutz dienen, Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber implizit anerkennt, dass Gewerkschaften für die effektive Umsetzung und Wahrnehmung der Informations- und Konsultationsrechte in den Bereichen Gesundheitsschutz, Massenerlassung und Betriebsübergang sowie bei den Mitbestimmungsrechten in der beruflichen Vorsorge eine wichtige Rolle zukommt.<sup>33</sup> Zwischen der Mitwirkung und Mitbestimmung und gewerkschaftlicher Interessenvertretung bestehen offensichtlich Schnittstellen. Damit die betriebliche Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben wahrnehmen kann, ist sie auf die fachliche Expertise der Gewerkschaften angewiesen. Es ist deshalb naheliegend, dass zwischen betriebsexterner Vertretung der Arbeitnehmerinteressen durch die Gewerkschaften und der betriebsinternen Arbeitnehmervertretung eine Verbindung bestehen muss. Den Gewerkschaften muss es deshalb erlaubt sein, in den Betrieben aktiv zu sein. Diese These wird durch die in Art. 15 Abs. 2 MitwG 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 und somit auf Mitgliederwerbung und -betreuung angewiesen.

Das auch in privatrechtlichen Verhältnissen anerkennende Recht der Gewerkschaften auf Zutritt zum Betrieb gilt selbstredend nicht absolut. Es ist klar, 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. Ein Zutrittsrecht der Gewerkschaftsvertreter kann etwa in Konstellationen verneint werden, in welchen das Betriebsgeheimnis gefährdet wird und kein hinreichender Bezug einer Gewerkschaft zum betreffenden Betrieb besteht, da die Gewerkschaft nicht in diesem Gebiet tätig ist oder der Ablauf des Betriebs durch eine störende Art und Weise des Zutritts beeinträchtigt wird. Aufgrund einer fehlenden umfassenden Regelung des gewerkschaftlichen Zutrittsrechts auf Gesetzesstufe haben sich aber sowohl die Arbeitgeber als auch die Gewerkschaftsvertreter nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)<sup>34</sup> zu verhalten.<sup>35</sup> Auch gilt es die gewerkschaftlichen Interessen und die Interessen der Ar-

---

33 Weiterführend zum Ganzen: PÄRLI, AJP/PJA 11/2014 (Fn. 11), S. 1454 ff.

34 SR 210.

35 THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, Rz. 895a.

beitgeber im Einzelfall gebührend zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen.

## D. Ausblick

Neuere Formen der Arbeitsorganisation wie «Home-Office», «Cloud-Work» und ganz allgemein die durch die Digitalisierung beschleunigte zunehmende Verwischung 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 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für gewerkschaftliche Informationen sinnvollerweise zu erreichen sind. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass aus Gewerkschaftskreisen auch die Forderung nach einem Recht auf *Zugang zum betrieblichen Internet* gefordert wird.<sup>36</sup> Gefordert wird das Recht, Gewerkschafts- und Betriebsratsinformationen an alle Beschäftigten zu senden, welche die vorhandenen elektronischen Kommunikationsmittel benutzen.<sup>37</sup> Es ist naheliegend, dass die Ausgestaltung des gewerkschaftlichen Zutrittsrechts zum Betrieb den Veränderungen in der Arbeitswelt Rechnung tragen muss.

### *Zusammenfassung*

Das Bundesgericht klärt in dieser neuen Entscheidung endlich, dass der Zutritt zum Betrieb auch Bestandteil der Gewerkschaftsrechte ist. Diese Auslegung beschränkt sich jedoch vorerst ausdrücklich auf den öffentlichen Sektor. In der Entscheidung wird auch das internationale Recht – nebst der EMKR und den UN-Pakten vor allem auch die einschlägigen ILO-Konventionen – angemessen berücksichtigt. Nach wie vor offen bleibt die Frage, ob den Gewerkschaftsvertretern auch im privaten Bereich ein Zutrittsrecht zusteht. Die Autoren sind der Ansicht, dass auch in diesen Konstellationen ein Zutrittsrecht der Gewerkschaften besteht. Dieses Recht gilt jedoch nicht absolut und ist immer einer Interessensabwägung zu unterziehen, die alle involvierten Interessen gebührend berücksichtigt.

---

36 [https://sev-online.ch/de/services/link\\_zum\\_recht/2019/die-gewerkschaften-haben-zutritts-und-informationsrechte-2019061206-4/](https://sev-online.ch/de/services/link_zum_recht/2019/die-gewerkschaften-haben-zutritts-und-informationsrechte-2019061206-4/) zuletzt besucht am 9. Juli 2019.

37 THOMAS KLEBE/PETER WEDE, Gewerkschaftsrechte auch per E-Mail und Intranet?, Arbeit und Recht, Vo 48, No 11 (2000), S. 447 ff.

*Résumé*

Dans cette nouvelle décision, le Tribunal fédéral a enfin précisé que l'accès à l'entreprise fait également partie intégrante des droits syndicaux. Mais pour le moment, cette interprétation est expressément limitée au secteur public. La décision tient également dûment compte du droit international – en plus de la CEDH et des pactes des Nations unies, en particulier les conventions pertinentes de l'OIT. La question de savoir si les représentants syndicaux ont également un droit d'accès dans la sphère privée reste sans réponse. Les auteurs sont d'avis que les syndicats ont également un droit d'accès dans ces constellations. Toutefois, ce droit ne s'applique pas de manière absolue et doit toujours faire l'objet d'une pondération des intérêts qui tienne dûment compte de tous les intérêts en jeu.