

Wolfgang Portmann

Information und Konsultation der Arbeitnehmerschaft – Anwendung, Umsetzung und Weiterentwicklung der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft*

1. Einleitung

Am 11. März 2002 haben das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft erlassen¹ (im Folgenden als Mitwirkungsrichtlinie oder MRL bezeichnet). Ziel dieser Richtlinie ist die Festlegung eines allgemeinen Rahmens mit Mindestvorschriften für das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer von in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen oder Betrieben.² Sie beruht unter anderem auf der Überlegung, dass es zu den besonderen Zielen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten gehört, den sozialen Dialog zwischen den Sozialpartnern zu fördern.³ Eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer wird als Vorbedingung gesehen für die erfolgreiche Bewältigung von Umstrukturierungsprozessen und für eine erfolgreiche Anpassung der Unternehmen an die im Zuge der Globalisierung der Wirtschaft – insbesondere durch die Entstehung neuer Formen der Arbeitsorganisation – geschaffenen neuen Bedingungen.⁴ Durch eine sachgemässe Information werden die Beschäftigten in die Lage versetzt, Risiken besser erkennen und auf neue Anforderungen flexibel reagieren zu können, beispielsweise durch Fortbildungen. Ausserdem ist die Beteiligung an der Suche nach der am wenigsten belastenden Lösung ein wichtiges Element zur Erlangung der sozialen Akzeptanz von Umstrukturierungsmassnahmen.⁵ Die Richtlinie ist Teil der gemeinschaftlichen Beschäftigungsstrategie, in deren Mittelpunkt die Begriffe „Antizipation“, „Prävention“ und „Beschäftigungsfähigkeit“ stehen.⁶

* Der vorliegende Beitrag entspricht der gleichnamigen Publikation in der Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, 167 ff.

¹ ABl. L 80 vom 23. März 2002, 29 ff.

² Art. 1 Abs. 1 MRL.

³ Erwägungsgrund (1) zur MRL.

⁴ Erwägungsgrund (9) zur MRL.

⁵ BERNADETTE SPREER, Die Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 2005, 187.

⁶ Vgl. Erwägungsgrund (10) zur MRL.

Die Mitwirkungsrichtlinie lässt andere Unterrichts-, Anhörungs- und Mitbestimmungsrechte, die in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen vorgesehen sind, unberührt.⁷ Vorbehalten bleiben auch die spezifischen Informations- und Konsultationsverfahren, die in Art. 2 der Richtlinie über Massenentlassungen⁸ und in Art. 7 der Richtlinie über die Mitwirkung beim Übergang von Unternehmen oder Betrieben⁹ vorgesehen sind, ebenso die Vorschriften der Richtlinien betreffend die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats.¹⁰ Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich nicht mit diesen Sonderbestimmungen.

Bei der Betrachtung nationaler Regelungen wird ein gewisses Schwergewicht auf die Mitwirkungsbestimmungen von Liechtenstein und der Schweiz gelegt. Die Arbeitsrechtsordnungen dieser beiden Länder stehen sich traditionell sehr nahe, weisen aber gerade im Bereich der Mitwirkung einige signifikante Unterschiede auf, da Liechtenstein im Gegensatz zur Schweiz Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraums und daher an die Mitwirkungsrichtlinie gebunden ist. Demgegenüber hat sich die Schweiz bloss im Sinne des sogenannten autonomen Nachvollzugs partiell an europäischen Vorgaben orientiert. Die Mitwirkungsgesetze beider Länder wurden bereits durch mehrere andere Richtlinien veranlasst¹¹ und stammen daher aus der Zeit vor dem Erlass der Mitwirkungsrichtlinie.¹² Während das schweizerische Mitwirkungsgesetz bisher kaum nennenswerte Änderungen erfahren hat, machte der Erlass der Mitwirkungsrichtlinie eine grössere Revision des liechtensteinischen Mitwirkungsgesetzes erforderlich.¹³

⁷ Dieser und die nachfolgenden Vorbehalte sind in Art. 9 Abs. 1–3 MRL niedergelegt.

⁸ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, *ABl. L 225 vom 12. August 1998*, 16 ff.

⁹ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, *ABl. L 82 vom 22. März 2001*, 16 ff.

¹⁰ Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, *ABl. L 254 vom 30. September 1994*, 64 ff.; Richtlinie 97/74/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zur Ausdehnung der Richtlinie 94/45/EG über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen auf das Vereinigte Königreich, *ABl. L 10 vom 16. Januar 1998*, 22 f.

¹¹ Art. 2 RL 75/129/EWG vom 17. Februar 1975 und Art. 1 RL 92/56/EWG vom 24. Juni 1992 betr. Massenentlassungen, Art. 6 RL 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 betr. Übergang von Unternehmen und Betrieben, RL 89/391/EWG vom 12. Juni 1989 betr. Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer.

¹² Das liechtensteinische Mitwirkungsgesetz wurde am 23. Oktober 1997 erlassen, das schweizerische am 17. Dezember 1993 und die Richtlinie am 11. März 2002.

¹³ Gesetz vom 14. Dezember 2005 betreffend die Abänderung des Gesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, *LGBl. 2006 Nr. 39*.

2. Anwendungsbereich

Die Mitwirkungsrichtlinie gilt je nach Wahl der Mitgliedstaaten entweder für Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat oder für Betriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat.¹⁴ Mit diesen Schwellenwerten sollen administrative, finanzielle und rechtliche Belastungen vermieden werden, die die Gründung und Entwicklung kleiner und mittlerer Unternehmen behindern könnten.¹⁵ Unternehmen im Sinne der Richtlinie sind öffentliche oder private Gebilde, die – unabhängig vom Verfolgen eines Erwerbszwecks – eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Als Betriebe gelten Unternehmenseinheiten, in denen kontinuierlich unter Einsatz personeller und materieller Ressourcen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird.¹⁶ Abweichende Bestimmungen der Mitgliedstaaten sind zulässig für die Besatzung von Hochseeschiffen und unter einschränkenden Voraussetzungen auch für Tendenzbetriebe.¹⁷ Die Mitwirkung wird durch Arbeitnehmervertreter wahrgenommen. Von der Richtlinie unberührt bleiben indessen nationale Regelungen, die Bestimmungen über die direkte Mitwirkung der Arbeitnehmer enthalten, solange diese sich in jedem Fall dafür entscheiden können, das Recht auf Unterrichtung und Anhörung über ihre Vertreter wahrzunehmen.¹⁸ Kommt es demnach mangels Initiative der Beschäftigten nicht zur Gründung einer Arbeitnehmervertretung, trifft den Arbeitgeber keine Pflicht, eine solche zu bestellen, womit auch die nach der Richtlinie vorgesehenen Informations- und Konsultationspflichten entfallen. Hat sich die Belegschaft hingegen entschlossen, in einem Unternehmen mit mindestens 50 Beschäftigten bzw. in einem Betrieb mit mindestens 20 Beschäftigten eine Arbeitnehmervertretung zu wählen, so trifft den Arbeitgeber eine Duldungspflicht.¹⁹ Die Methode, nach der die Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl berechnet werden, kann von den Mitgliedstaaten bestimmt werden.²⁰

Bei der Umsetzung von Art. 3 MRL geht es nach Auffassung der *Europäischen Kommission* in erster Linie um die Sicherstellung, dass die Arbeitnehmer ihr Recht auf Unterrichtung und Anhörung in allen unter die Richtlinie fallenden Unternehmen und Betrieben wirksam ausüben können. Dies setzt insbesondere die Einhaltung der nach Unternehmen oder Betrieb festgelegten Schwellenwerte und deren ordnungsgemäße Berechnung voraus.²¹ Fragwürdig erscheint insbesondere die Praxis einiger Mitgliedstaaten, aufgrund von Art. 3 Abs. 2 und 3 MRL in Bezug auf Tendenzbetriebe und

¹⁴ Art. 3 Abs. 1 MRL.

¹⁵ Erwägungsgrund (19) zur MRL.

¹⁶ Art. 2 lit. a und b MRL. Unter räumlichen Gesichtspunkten fallen selbstverständlich nur Unternehmen und Betriebe in Betracht, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

¹⁷ Art. 3 Abs. 2–3 MRL.

¹⁸ Erwägungsgrund (16) zur MRL.

¹⁹ MARTIN FRANZEN, *Europarecht und betriebliche Mitbestimmung*, FS Birk, Tübingen 2008, 100 f.; SPREER (Fn. 5), 44 ff.

²⁰ Art. 3 Abs. 1 MRL.

²¹ Mitteilung der Kommission vom 17. März 2008 an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Überprüfung der Anwendung der Richtlinie 2002/14/EG in der EU, KOM(2008) 146 endg, 5.

Hochseeschiffe von den Bestimmungen der Richtlinie abzuweichen, ohne spezifische Mitwirkungsbestimmungen für die betroffenen Unternehmen oder Arbeitnehmerkategorien erlassen zu haben.²²

In einem seiner seltenen Urteile zur Mitwirkungsrichtlinie hat der *Europäische Gerichtshof* entschieden, dass Art. 3 Abs. 1 MRL einer nationalen Regelung entgegensteht, die eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern – und sei es auch nur zeitweilig – bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl im Sinne dieser Vorschrift unberücksichtigt lässt.²³ Nach zutreffender Auffassung des Gerichts geht es hier nicht bloss um die Berechnungsmethode für die Schwellenwerte der Beschäftigtenzahl, sondern um die Definition des Arbeitnehmerbegriffs selbst.²⁴ Gemäss Art. 2 lit. d MRL sei Arbeitnehmer jede Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat als Arbeitnehmer aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts und entsprechend den einzelstaatlichen Gepflogenheiten geschützt ist.²⁵

Der Fall betraf *Frankreich*, das mit einem Notfallplan die besorgniserregende Beschäftigungssituation verbessern wollte. Um die Anstellung junger Arbeitskräfte durch die Unternehmen zu fördern, sollten unter anderem die Regelungen zur Berechnung der Beschäftigtenzahl für die Umsetzung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen geändert werden. Die massgebende Bestimmung sah vor, dass Arbeitnehmer, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unabhängig von ihrer vertraglichen Beziehung zum Unternehmen bei der Berechnung von dessen Beschäftigtenzahl nicht berücksichtigt werden.²⁶ Einige weitere Mitgliedstaaten haben bei ihren Umsetzungsmassnahmen nebst jungen Arbeitnehmern auch teilzeitbeschäftigte Frauen oder kurzzeitig beschäftigte Arbeitnehmer mit befristeten Arbeitsverträgen nicht berücksichtigt.²⁷

Der Anwendungsbereich der Mitwirkungsrichtlinie hat bei der Umsetzung durch *Liechtenstein* einen Niederschlag in Art. 2 und 3 MWG gefunden.²⁸ Das liechtensteinische Mitwirkungsgesetz findet auf Betriebe Anwendung, die ständig Arbeitnehmer beschäftigen und nicht der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben dienen. Die Arbeitnehmerschaft hat Anspruch auf eine Vertretung aus ihrer Mitte „in Betrieben (Unternehmen) mit mindestens 50 Beschäftigten“ und „in Betrieben, die einem Unternehmen

²² Ibid.

²³ EuGH, Urteil vom 18. Januar 2006, Rs. C-385/05, insb. Rz. 41.

²⁴ Ibid. Rz. 33.

²⁵ Ibid. Rz. 31.

²⁶ Ibid. Rz. 18–21.

²⁷ So die Feststellung in der Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 19. Februar 2009 zu der Anwendung der Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. C 76E vom 25. März 2010, 11 ff, Ziff. 4. Die Nichtberücksichtigung von Arbeitnehmern, die in befristeten Arbeitsverhältnissen von kurzer Dauer (weniger als neun Monate) angestellt sind, betrifft *Italien*, vgl. dazu Thematic Report 2010, Protection, Involvement and Adaptation, European Labour Law in Time of Crisis, Restructuring and Transition, hrsg. von ELLN – European Network of Legal Experts in the field of Labour Law, dealing with both individual and collective rights/aspects, Contract No. VC/2009/1385 & VC/2010/0121.

²⁸ Gesetz vom 23. Oktober 1997 über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerschaft in den Betrieben, Mitwirkungsgesetz, LR 822.11.

zuzurechnen und gleichzeitig eigenständige Steuersubjekte sind (Unternehmensteile), mit mindestens 20 Beschäftigten“. Bei Unternehmensteilen, die eigenständige Steuersubjekte darstellen, handelt es sich im Wesentlichen um liechtensteinische Betriebe, deren Mutterunternehmen nicht in Liechtenstein ansässig sind.²⁹ In Betrieben, die den Schwellenwert erreichen, bei denen jedoch keine Arbeitnehmervertretung bestellt wird, stehen die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft direkt zu.³⁰ Dasselbe gilt sogar hinsichtlich eines erheblichen Teils der Mitwirkungsrechte in Betrieben, die den Schwellenwert nicht erreichen.³¹ Diesbezüglich geht also das liechtensteinische Recht deutlich über die Anforderungen der Richtlinie hinaus. In Bezug auf die Methode, wie die Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl zu berechnen sind, bestimmt Art. 3 Abs. 2 MWG, dass die Anzahl der im Durchschnitt während der letzten zwei Jahre beschäftigten Arbeitnehmer massgebend ist. Teilzeitbeschäftigte und befristet angestellte Arbeitnehmer sind mitzuzählen, während Vertreter von beurlaubten oder kranken Arbeitnehmern, Leiharbeiter sowie vorübergehende Erhöhungen und Verringerungen der Beschäftigten unberücksichtigt bleiben.³² Was zu geschehen hat, wenn der Schwellenwert nach erfolgter Einrichtung einer Arbeitnehmervertretung wieder unterschritten wird, bleibt – wie schon nach der Richtlinie – ungeregt. Aus der Praxis wird von vereinzelten Versuchen von Arbeitgebern berichtet, die Einsetzung einer Arbeitnehmervertretung zu verhindern, indem sie mit der Reduzierung der Arbeitsplätze unter den massgebenden Schwellenwert bzw. mit der Aufspaltung des Unternehmens in zwei Teile drohten.

Die gesetzliche Regelung in der *Schweiz* weist einige markante Unterschiede zur liechtensteinischen Rechtslage auf, so insbesondere indem

- der Geltungsbereich der Mitwirkung auf private Betriebe beschränkt ist und demnach auch öffentliche Betriebe ohne Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben nicht erfasst werden;³³
- der Anspruch auf Vertretung nur in Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmern besteht,³⁴ also der nach der Richtlinie höhere Schwellenwert für Unternehmen auf Betriebe angewendet wird;
- das Gesetz keine Berechnungsmethode für den Schwellenwert vorgibt.

In einigen Ländern liegen die Schwellenwerte zum Teil erheblich tiefer, als sie nach Art. 3 Abs. 1 MRL müssten, so etwa in *Österreich* nur gerade bei 5 Arbeitnehmern.³⁵

²⁹ Bericht und Antrag der Regierung betr. die Teilrevision des Mitwirkungsgesetzes, BuA Nr. 65/2005, 24.

³⁰ Art. 3a Abs. 1 MWG.

³¹ Art. 3a Abs. 2 MWG.

³² Bericht und Antrag der Regierung (Fn. 29), 26 f.

³³ Art. 1 MitwG (Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, Mitwirkungsgesetz, SR 822.14).

³⁴ Art. 3 MitwG.

³⁵ § 40 Abs. 1 ArbVG (Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung, Arbeitsverfassungsgesetz).

Dies liegt auf der Linie des Europäischen Parlaments, das die Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl des Unternehmens oder Betriebs so geändert wissen möchte, dass nur Kleinstunternehmen vom Anwendungsbereich der Mitwirkungsrichtlinie ausgenommen wären.³⁶ In anderen Ländern findet eine fortgesetzte Debatte statt, ob die Schwelle nicht gesenkt werden sollte, insbesondere wenn diese wie z.B. in *Island* bei 50 Arbeitnehmern pro Unternehmen angesetzt ist, so dass verhältnismässig wenige Arbeitnehmer von der Unterrichtung und Anhörung profitieren können.³⁷

3. Vertretung der Arbeitnehmer

Nach der Mitwirkungsrichtlinie werden die vorgesehenen Mitwirkungsrechte von Arbeitnehmervertretern ausgeübt. Als Arbeitnehmervertreter werden „die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten vorgesehenen Vertreter der Arbeitnehmer“ bezeichnet.³⁸ Anders als nach der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat sind demnach Gründung und Zusammensetzung der Arbeitnehmervertretung nicht gemeinschaftsweit vereinheitlicht.³⁹ Aus dem Begriff des Arbeitnehmervertreters sind indessen einige Mindestanforderungen abzuleiten: Vertreter in diesem Sinne kann nur sein, wer von der gesamten Belegschaft eines Unternehmens oder Betriebs zur Wahrnehmung von deren Interessen für einen im Voraus bestimmten Zeitraum legitimiert und dessen Bestellung vom Willen des Arbeitgebers unabhängig ist.⁴⁰

Nach den Vorstellungen des Europäischen Parlaments ist das Mandat eines Arbeitnehmervertreters während der Arbeitszeit wahrzunehmen und als solches zu bezahlen.⁴¹ Die Mitgliedstaaten müssen den Arbeitnehmervertretern eine Geheimhaltungspflicht hinsichtlich vertraulicher Informationen auferlegen⁴² und Verletzungen angemessen sanktionieren.⁴³ Ferner haben die Mitgliedstaaten den Arbeitnehmervertretern bei der Ausübung ihrer Funktion einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten zukommen zu lassen, die es ihnen ermöglichen, die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrzunehmen.⁴⁴

Nach dem Befund der *Europäischen Kommission* geniessen die Arbeitnehmervertreter in allen Mitgliedstaaten einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten im Sinne der Mitwirkungsrichtlinie. Zu diesem Zweck sichern die Mitgliedstaaten den Arbeitnehmervertretern vor allem das Recht auf bezahlte Freistellung und den Schutz

³⁶ Vgl. dazu die Entschliessung des Europäischen Parlaments (Fn. 27), Ziff. 15.

³⁷ Thematic Report (Fn. 27), 46. Ähnliches wird auch in Bezug auf das *Vereinigte Königreich* geltend gemacht.

³⁸ Art. 2 lit. e MRL.

³⁹ KARL RIESENHUBER, *Europäisches Arbeitsrecht*, Heidelberg usw. 2009, § 27 Rz. 10.

⁴⁰ FRANZEN (Fn. 19), 104.

⁴¹ Vgl. dazu die Entschliessung des Europäischen Parlaments (Fn. 27), Ziff. 15.

⁴² Art. 6 Abs. 1 MRL.

⁴³ Dieser Aspekt wird ebenfalls von Art. 8 Abs. 2 MRL erfasst.

⁴⁴ Art. 7 MRL.

vor Benachteiligung oder Diskriminierung durch den Arbeitgeber bei der Ausübung ihrer Funktion oder auch noch nach Ablauf ihres Mandats.⁴⁵ Der besondere Schutz der Arbeitnehmervertreter nach Art. 7 MRL hat in einigen Ländern dazu geführt, dass sie gegenüber Arbeitnehmervertretern mit anderen Aufgaben begünstigt werden.⁴⁶

In einem Urteil aus dem Jahr 2010 hat der *Europäische Gerichtshof* entschieden, dass die Richtlinie nicht verlangt, Arbeitnehmervertretern einen verstärkten Kündigungsschutz zu gewähren. Jedoch hat jede zur Umsetzung durch Gesetz oder Kollektivvertrag vorgesehene Massnahme den in der Richtlinie vorgesehenen Mindestschutz zu wahren.⁴⁷ Der von einer Kündigung betroffene Arbeitnehmervertreter muss im Rahmen geeigneter Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren überprüfen lassen können, ob der Grund für seine Entlassung nicht in seiner Eigenschaft oder der Ausübung seiner Funktion als Arbeitnehmervertreter liegt.⁴⁸

Die Regelungen der Arbeitnehmervertretung in *Liechtenstein* und der *Schweiz* sind sich sehr ähnlich.⁴⁹ In Bezug auf die Bestellung ist ein zweistufiges Verfahren charakteristisch. In einem ersten Schritt wird durch eine geheime Abstimmung geklärt, ob die Belegschaft eines Betriebs überhaupt eine Arbeitnehmervertretung wünscht. In *Liechtenstein* ist diese Abstimmung obligatorisch, wenn der Betrieb den massgebenden Schwellenwert erreicht,⁵⁰ während sie in der *Schweiz* nur auf Verlangen eines Fünftels der Arbeitnehmer stattzufinden hat.⁵¹ Im zweiten Schritt ist dann, sofern die Mehrheit der Stimmenden eine Arbeitnehmervertretung befürwortet hat, die eigentliche Wahl durchzuführen, die den Grundsätzen einer freien und allgemeinen Wahl zu genügen hat.⁵² Die Grösse der Arbeitnehmervertretung wird von der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite gemeinsam festgelegt, wobei aber mindestens drei Personen vorzusehen und im Übrigen der Grösse und Eigenart des Betriebs Rechnung zu tragen ist.⁵³ Beide Rechtsordnungen sehen ein umfassendes Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zugunsten der Arbeitnehmervertreter vor.⁵⁴ Dennoch wird aus der Praxis von einigen Fällen berichtet, in denen Arbeitgeber versucht haben, die bereits erfolgte Einsetzung einer Arbeitnehmervertretung im Unternehmen oder Betrieb dadurch rückgängig zu machen, dass Arbeitnehmervertreter benachteiligt, insbesondere bei allgemeinen Lohnerhöhungen übergangen wurden. Ferner ist daran zu erinnern, dass der Schutz gegen missbräuchliche Kündigungen nur in einem Anspruch auf eine finanzielle Entschädigung, nicht aber auf eine Wiedereinstellung besteht, was

⁴⁵ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 7.

⁴⁶ Vgl. KOM(2008) 146 (Fn. 21), 9.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 11. Februar 2010, Rs. C-405/08, insb. Rz. 66.

⁴⁸ Ibid. Rz. 59.

⁴⁹ Grundlegend für die Schweiz: ROLAND A. MÜLLER, Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999, 120 ff.; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, zur Zeit im Druck, insb. § 5.

⁵⁰ Art. 4 Abs. 1 MWG.

⁵¹ Art. 5 Abs. 1 MitwG; in Betrieben mit mehr als 500 Beschäftigten genügt ein Quorum von 100.

⁵² *Liechtenstein*: Art. 4 MWG; *Schweiz*: Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 MitwG. Nach liechtensteinischem Recht muss die Wahl überdies zwingend geheim und schriftlich erfolgen.

⁵³ *Liechtenstein*: Art. 5 MWG; *Schweiz*: Art. 7 MitwG.

⁵⁴ *Liechtenstein*: Art. 10 MWG; *Schweiz*: Art. 12 MitwG.

auch für Arbeitnehmervertreter gilt.⁵⁵ Indem der Schutz der Arbeitnehmervertreter gegen Diskriminierung auf die Zeit nach Beendigung ihres Mandats ausgedehnt wird und auch Personen, die sich zur Wahl in eine Arbeitnehmervertretung stellen, in den Schutzbereich einbezogen werden, gehen das liechtensteinische und das schweizerische Recht über die Anforderungen der Richtlinie hinaus.⁵⁶ Gleiches gilt in Bezug auf die Geheimhaltungspflicht, die nicht bloss im Interesse der Unternehmen oder Betriebe statuiert wird, sondern auch auf die persönlichen Angelegenheiten von Beschäftigten ausgedehnt wird, und die nicht nur die Arbeitnehmervertreter bindet, sondern auch den Arbeitgebern auferlegt wird.⁵⁷

In den verschiedenen europäischen Ländern sieht man sehr unterschiedliche Systeme, was die Träger der Mitwirkungsrechte betrifft. Diese können Arbeitnehmervertretungen auf Unternehmens- oder Betriebsebene, Gewerkschaften oder die Arbeitnehmer eines Unternehmens oder Betriebs direkt sein. In einigen Staaten stehen die Mitwirkungsrechte entweder den Gewerkschaften oder den Arbeitnehmervertretungen zu (monistische Systeme wie beispielsweise in *Schweden* oder *Liechtenstein*), während sie in anderen Staaten sowohl den Gewerkschaften wie auch den Arbeitnehmervertretungen zukommen (dualistische Systeme z.B. in *Polen* und der *Slowakei*). In monistischen Systemen besteht die Gefahr, dass die Interessen der Arbeitnehmer zu wenig wahrgenommen werden können, wenn mitwirkungsberechtigte Arbeitnehmervertretungen nicht existieren und existierende Gewerkschaften nicht mitwirkungsberechtigt sind. In dualistischen Systemen fällt den Gewerkschaften oft eine wichtige Rolle zu. Nach *bulgarischem Recht* etwa muss der Arbeitgeber (neben den Arbeitnehmern) auch alle in einem Unternehmen auftretenden Gewerkschaften informieren und konsultieren, unabhängig davon, ob sie als repräsentativ zu betrachten sind oder nicht. In *Irland* können die gewerkschaftlich organisierten und die nicht organisierten Arbeitnehmer je ihre eigenen Repräsentanten wählen. Das Hauptproblem der dualistischen Systeme liegt in Abgrenzungsschwierigkeiten bzw. Kompetenzkonflikten zwischen Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretungen. Zu Kompetenzkonflikten kann es auch dort kommen, wo es – wie in *Luxemburg* – verschiedenartige Organe der Arbeitnehmervertretung mit sich zum Teil überschneidenden Aufgabenbereichen gibt. Dies scheint auch in *Ungarn* und *Polen* ein Problem zu sein.⁵⁸

⁵⁵ *Liechtenstein*: § 1173a Art. 47 i.V.m. Art. 46 Abs. 2 lit. b ABGB; *Schweiz*: Art. 336a i.V.m. Art. 336 Abs. 2 lit. b OR.

⁵⁶ Art. 7 MRL im Vergleich zu *Liechtenstein*: Art. 10 Abs. 2 MWG; *Schweiz*: Art. 12 Abs. 2 MitwG.

⁵⁷ Art. 6 Abs. 1 MRL im Vergleich zu *Liechtenstein*: Art. 11 Abs. 2 lit. b MWG; *Schweiz*: Art. 14 Abs. 2 lit. b MitwG.

⁵⁸ Vgl. zum Ganzen Thematic Report (Fn. 27), 47.

4. Bedeutung von Kollektivverträgen

Kollektivverträgen kommt nach der Mitwirkungsrichtlinie insofern eine bedeutsame Rolle zu, als die Mitgliedstaaten ihre Umsetzungspflicht im Kernbereich der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer nicht nur durch den Erlass eigener Vorschriften erfüllen können, sondern auch indem sie sicherstellen, dass die Sozialpartner entsprechende gemeinsame Bestimmungen aufstellen.⁵⁹ Mit anderen Worten kann die Richtlinie in Bezug auf die Mitwirkungsrechte entweder durch staatliches Recht oder durch Kollektivverträge umgesetzt werden. Die Mitgliedstaaten können es den Sozialpartnern auf geeigneter Ebene, einschliesslich Unternehmens- oder Betriebsebene, überlassen, „nach freiem Ermessen und zu jedem beliebigen Zeitpunkt im Wege einer ausgehandelten Vereinbarung die Modalitäten für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer festzulegen“.⁶⁰ Besonders bemerkenswert ist, dass die Sozialpartner dabei sogar von den Vorgaben abweichen dürfen, welche gemäss der Richtlinie für die Umsetzung durch staatliches Recht gelten.⁶¹ Das schliesst die Möglichkeit ein, dass die Sozialpartner hinter den Mindeststandards von Art. 4 MRL zurückbleiben und insbesondere die Gegenstände der Unterrichtung und Anhörung beschränken.⁶² Vorausgesetzt wird dazu lediglich, dass die allgemeinen Grundsätze von Art. 1 MRL eingehalten und allfällige staatliche Einschränkungen beachtet werden. Inhaltliche Unterschiede der verschiedenen, in einem Mitgliedstaat abgeschlossenen Kollektivverträge sind dabei in Kauf zu nehmen.⁶³

Anlässlich der Überprüfung der Umsetzung hat die *Europäische Kommission* festgestellt, dass in den Regelungen einiger Mitgliedstaaten ein Hinweis im Sinne von Art. 5 MRL fehlt, wonach die Sozialpartner die in Art. 1 MRL genannten Grundsätze einhalten müssen, wenn sie von den in Art. 4 MRL festgelegten Mitwirkungsbestimmungen abweichen. Einige Kollektivverträge sind insofern mangelhaft, indem sie eine reine Befragung der Arbeitnehmer nach ihrer Meinung anstelle einer echten Anhörung im Sinne der Richtlinie vorsehen oder indem sie keine Durchsetzungsmassnahmen umfassen.⁶⁴ Mitgliedstaaten, in denen der Schutz der Arbeitnehmervertreter traditionell durch Kollektivverträge gesichert wird, benötigen einen zusätzlichen Schutz für die Arbeitnehmervertreter im Fall eines Scheiterns der Verhandlungen.⁶⁵

Nach einem Urteil des *Europäischen Gerichtshofs* kann ein Arbeitnehmer (i.c. ein Arbeitnehmervertreter) auch dann den Schutz eines die Richtlinie umsetzenden Kollektivvertrags geniessen, wenn er nicht Mitglied der vertragschliessenden Gewerkschaft

⁵⁹ Art. 11 Abs. 1 MRL.

⁶⁰ Art. 5 MRL. Erwägungsgrund (23) zur MRL hält ausserdem fest, die Mitgliedstaaten könnten den Sozialpartnern eine massgebliche Rolle zuweisen, „die es diesen ermöglicht, ohne jeden Zwang auf dem Wege einer Vereinbarung Modalitäten für die Unterrichtung und Anhörung festzulegen, die ihren Bedürfnissen und ihren Wünschen am besten gerecht werden“.

⁶¹ Art. 5 MRL.

⁶² RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 24.

⁶³ Solche Unterschiede werden durch das Konzept der Richtlinie als Mindeststandard ermöglicht und folgen aus der verschiedenen Verhandlungsstärke der Sozialpartner, DIRK SCHÄFER, *Der europäische Rahmen für Arbeitnehmermitwirkung*, Frankfurt a.M. 2005, 167.

⁶⁴ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 6.

⁶⁵ Vgl. dazu die Entschliessung des Europäischen Parlaments (Fn. 27), Ziff. 9.

ist.⁶⁶ Voraussetzung dazu ist, dass er unter den (persönlichen) Geltungsbereich des Kollektivvertrags fällt und die Vertragsbindung – beispielsweise durch Allgemeinverbindlicherklärung – auf ihn erstreckt wurde, was sich nach nationalem Recht entscheidet.⁶⁷ Der Kollektivvertrag muss den von ihm erfassten Arbeitnehmern einen wirksamen Schutz der Rechte gewährleisten, den ihnen die Richtlinie verleiht.⁶⁸ Die Möglichkeit, die Umsetzung der Richtlinie an die Sozialpartner zu delegieren, befreit die Mitgliedstaaten nicht von der Verpflichtung, durch geeignete Vorschriften sicherzustellen, dass alle Arbeitnehmer in vollem Umfang den Schutz aus der Richtlinie in Anspruch nehmen können. Das gilt natürlich auch dann, wenn der mangelnde Schutz eine sich aus dem nationalen Recht ergebende Folge fehlender Gewerkschaftszugehörigkeit ist.⁶⁹ Die Richtlinie verlangt nicht, dass der Schutz, der den Arbeitnehmern durch ein Umsetzungsgesetz oder durch einen zur Umsetzung der Richtlinie geschlossenen Kollektivvertrag gewährt wird, einheitlich ist.⁷⁰

Der Fall betraf *Dänemark*, nach dessen Rechtsordnung die Umsetzung der Mitwirkungsrichtlinie primär den Sozialpartnern überlassen wurde. Konkret ging es um einen zwischen dem Dänischen Gewerkschaftsbund und der grössten dänischen Arbeitgeberorganisation abgeschlossenen Kollektivvertrag über die Zusammensetzung und Tätigkeit der Betriebsräte.⁷¹ Auf Arbeitnehmer, die nicht in den Anwendungsbereich eines die Richtlinie umsetzenden Kollektivvertrags fallen, kommt das dänische Gesetz über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer zur Anwendung.⁷²

Ausser in *Dänemark* wurde den Sozialpartnern auch in *Belgien* und *Italien* die Umsetzung der Mitwirkungsrichtlinie in wesentlichem Umfang überlassen. Namentlich in *Italien* besteht insofern ein Problem, als viele Arbeitgeber nicht an einen Kollektivvertrag gebunden sind und daher den Informations- und Konsultationsvorschriften nicht unterworfen sind.⁷³ Dehnt ein Mitgliedstaat die Vertragsbindung auf Arbeitgeber oder Arbeitnehmer aus, die nicht Mitglied in einem vertragschliessenden Verband sind, muss dies in einer Weise erfolgen, die die Koalitionsfreiheit nicht verletzt. Gemeinschaftsrechtliche Voraussetzung ist stets, dass die Mindestvorschriften der Mitwirkungsrichtlinie eingehalten werden. Darauf ist insbesondere auch bei Kollektivverträgen zu achten, die vor dem Inkrafttreten der Mitwirkungsrichtlinie abgeschlossen wurden.

In *Liechtenstein* und der *Schweiz* ist keine Delegation an die Sozialpartner zur Umsetzung der Richtlinie erfolgt. Von einer solchen Delegation zu unterscheiden ist

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 11. Februar 2010, Rs. C-405/08, insb. Rz. 41–42.

⁶⁷ Ibid. Rz. 44.

⁶⁸ Ibid. Rz. 45.

⁶⁹ Ibid. Rz. 40.

⁷⁰ Ibid. Rz. 57 in Bezug auf Arbeitnehmervertreter, was sinnvollerweise auch für andere Arbeitnehmer gelten muss.

⁷¹ Die sogenannte „Samarbejdsaftale“.

⁷² Lov nr. 303 om information og høring af lønmodtagere vom 2. Mai 2005; vgl. zum Ganzen EuGH, Urteil vom 11. Februar 2010, Rs. C-405/08, Rz. 12–23.

⁷³ Thematic Report (Fn. 27), 45, der in diesem Zusammenhang auch *Lettland* und *Litauen* erwähnt.

die Rechtslage, dass von den landesgesetzlichen Mitwirkungsbestimmungen durch kollektivvertragliche Normen abgewichen werden darf,⁷⁴ und zwar zugunsten der Arbeitnehmerschaft von allen Vorschriften,⁷⁵ zu Ungunsten der Arbeitnehmerschaft hingegen nur von ausgewählten Bestimmungen, zu denen diejenigen über die Mitwirkungsrechte gerade nicht gehören.⁷⁶ Kollektivverhandlungen im Bereich der betrieblichen Mitwirkung haben vor allem die Frage zum Gegenstand, welche über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehenden Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft eingeräumt werden. So gehen etwa die Mitwirkungsrechte im liechtensteinischen Gesamtarbeitsvertrag für die Metallindustrie deutlich über die gesetzlichen Vorschriften hinaus. Art. 4.3 Abs. 1 schreibt beispielsweise zwingend die Bildung einer Arbeitnehmervertretung in Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern vor, und nach Art. 4.11 Abs. 1 werden pro Jahr bis zu drei freie bezahlte Tage gewährt, wenn sich ein Mitglied der Arbeitnehmervertretung zur Ausübung seiner Tätigkeit weiterbildet. Ähnliche Bestimmungen bestehen auch im Gesamtarbeitsvertrag für die Nichtmetallindustrie ohne Lastwagen und Banken.

5. Unterrichtung und Anhörung

Art. 4 bildet gewissermassen den Kern der Mitwirkungsrichtlinie, bei dem es um den Gegenstand und die Modalitäten der Mitwirkungsrechte geht. Die Artikelüberschrift „Modalitäten der Unterrichtung und Anhörung“ ist offensichtlich zu eng gewählt, da sich Abs. 2 mit der zentralen Frage beschäftigt, über welche Gegenstände die Arbeitnehmer zu unterrichten und anzuhören sind.⁷⁷ Ferner finden sich Bestimmungen über den Zeitpunkt, die Art und die inhaltliche Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte.⁷⁸ Das Recht auf Anhörung – unter der nach Art. 2 lit. g die Durchführung eines Meinungsaustauschs und eines Dialogs zwischen Arbeitnehmervertretern und Arbeitgeber zu verstehen ist – enthält einen Anspruch, mit dem Arbeitgeber zusammenzutreffen und eine mit Gründen versehene Antwort auf eine allfällige Stellungnahme zu erhalten.⁷⁹ Der Begriff der Anhörung im Sinne der Mitwirkungsrichtlinie geht somit deutlich über eine blossse Kenntnisnahme der Gegenmeinung hinaus.⁸⁰ Wo es um wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge geht, wird sogar das Erreichen einer Vereinbarung als Ziel genannt.⁸¹ Mit anderen Worten

⁷⁴ So auch in etlichen anderen Ländern wie *Finnland, Island, Rumänien, Schweden*, vgl. Thematic Report (Fn. 27), 46.

⁷⁵ Für das Verhältnis europäisches Recht – nationales Recht ist das Günstigkeitsprinzip in Art. 4 Abs. 1 MRL ausdrücklich vorgesehen.

⁷⁶ *Liechtenstein*: Art. 2a MWG; *Schweiz*: Art. 2 MitwG.

⁷⁷ RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 14. Diese Gegenstände können hier aus Platzgründen nicht aufgezählt werden; vgl. aber die unten wiedergegebenen, in Umsetzung der Richtlinie erlassenen Bestimmungen des liechtensteinischen Rechts.

⁷⁸ Art. 4 Abs. 3 und Abs. 4 lit. a MRL.

⁷⁹ Art. 4 Abs. 4 lit. d MRL.

⁸⁰ FRANZEN (Fn. 19), 99 f.; RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 12.

⁸¹ Art. 4 Abs. 4 lit. e i.V.m. Abs. 2 lit. c MRL.

besteht in diesen Fällen eine Verhandlungspflicht, nicht aber eine Kontrahierungspflicht; die Leitungsbefugnis des Arbeitgebers bleibt gewahrt.⁸² Unterrichtung und Anhörung gegen den Willen des Arbeitgebers haben zu entfallen, wenn nach objektiven Kriterien die Tätigkeit des Unternehmens oder Betriebs erheblich beeinträchtigt oder dem Unternehmen bzw. Betrieb Schaden zugefügt werden könnte.⁸³ Dabei ist indessen Sorge zu tragen, dass die Ausübung des Rechts der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung nicht durch ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Vertraulichkeitsklausel durch den Arbeitgeber beeinträchtigt wird.⁸⁴ Sinnvollerweise ist auch von einer Unterrichtung und Anhörung abzusehen, wenn es um Änderungen in der betrieblichen Organisation geht, die von einer Kontroll- oder Aufsichtsbehörde angeordnet wurden und daher vom Arbeitgeber zwingend zu befolgen sind.⁸⁵

Die *Europäische Kommission* hat beanstandet, dass die Umsetzungsvorschriften in einigen Mitgliedstaaten nur die Unterrichtung und keine Anhörung in denjenigen Fragen vorsehen, die die Beschäftigungssituation, die wahrscheinliche Beschäftigungsentwicklung und die entsprechenden antizipativen Massnahmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. b MRL betreffen. Ausserdem wird in einigen Mitgliedstaaten die Pflicht des Arbeitgebers nach Art. 4 Abs. 4 lit. d und e MRL, eine mit Gründen versehene Antwort auf Stellungnahmen der Arbeitnehmervertreter zu geben und Anhörungen mit dem Ziel durchzuführen, eine Vereinbarung zu erreichen, nicht ausdrücklich erwähnt.⁸⁶

In *Liechtenstein* bedarf es einer Unterrichtung über alle Angelegenheiten, deren Kenntnis eine Voraussetzung für die ordnungsgemässe Erfüllung der Aufgaben der Arbeitnehmervertretung ist, sodann auch (mindestens einmal jährlich) über die wirtschaftliche Situation des Betriebs und deren voraussichtliche Weiterentwicklung.⁸⁷ Eine Unterrichtung *und* Anhörung hat stattzufinden über die Beschäftigungslage, ihre voraussichtliche Entwicklung und allenfalls geplante antizipative Massnahmen (namentlich bei Bedrohung der Beschäftigung), ferner über grundlegende Änderungen in der Arbeitsorganisation, insbesondere bei Änderungen von bestehenden Arbeitsverträgen.⁸⁸

Die Regelung in der *Schweiz* unterscheidet sich davon insofern erheblich, als das Mitwirkungsgesetz nur ein Informationsrecht,⁸⁹ aber kein Recht auf Anhörung vorsieht.⁹⁰ Dem Informationsrecht selbst sind ausserdem engere inhaltliche Grenzen ge-

⁸² RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 21.

⁸³ Art. 6 Abs. 2 MRL.

⁸⁴ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 6 f. Als bedenklich erscheint es danach, durch spezifische Gesetze Informationen als vertraulich einzustufen, ohne die zugrunde liegenden Kriterien zu nennen und ohne deutlich zu machen, wieweit nach objektiven Kriterien ein legitimes Interesse des Unternehmens oder eine Gefährdung dieses Interesses besteht.

⁸⁵ Vgl. Erwägungsgrund (26) zur MRL.

⁸⁶ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 5.

⁸⁷ Art. 7 Abs. 1 lit. a und b MWG.

⁸⁸ Art. 7 Abs. 1 lit. c und d MWG.

⁸⁹ Art. 9 MitwG.

⁹⁰ Vorbehalten bleiben Anhörungs- bzw. Konsultationsrechte nach anderen Gesetzen.

zogen. Neben Angelegenheiten, deren Kenntnis Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben der Arbeitnehmervertretung ist, beschränkt es sich auf Auswirkungen des Geschäftsgangs auf die Beschäftigung und die Beschäftigten.⁹¹

Einige Länder gehen bei der Einräumung von Mitwirkungsrechten (insbesondere durch erweiterte Begriffe der Unterrichtung und Anhörung und deren Ausdehnung auf weitere Gegenstände) beträchtlich über die Anforderungen der Mitwirkungsrichtlinie hinaus und gewähren zum Teil eigentliche Mitbestimmungsrechte, so etwa *Deutschland*, *Luxemburg*, *Österreich* und *Schweden*, wogegen das *ungarische Verfassungsgericht* kürzlich ein Recht auf Mitbestimmung als verfassungswidrig verworfen hat.⁹² In Deutschland wurde eine Umsetzung der Mitwirkungsrichtlinie unter Hinweis auf die ausgeprägte Arbeitnehmermitwirkung nach dem Betriebsverfassungsgesetz für entbehrlich gehalten. In der Literatur wird aber auf verschiedene Umsetzungsdefizite hingewiesen, so namentlich in Bezug auf Art. 4 Abs. 2 lit. a MRL (Unterrichtung über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens oder Betriebs).⁹³ In verschiedenen Ländern bestehen Unklarheiten und Kontroversen in Bezug auf Zeitpunkt und Inhalt der Information und Konsultation, so beispielsweise in *Griechenland* und *Norwegen*.⁹⁴ Ein heikler Punkt scheint auch die Berufung der Arbeitgeber auf Art. 6 Abs. 2 MRL zu sein, wonach die Unterrichtungs- und Anhörungspflicht des Arbeitgebers entfällt, wenn nach objektiven Kriterien die Tätigkeit des Unternehmens oder Betriebs erheblich beeinträchtigt oder dem Unternehmen bzw. Betrieb Schaden zugefügt werden könnte.⁹⁵ Bemerkenswert ist, dass die Arbeitnehmer in *Irland* kein automatisches Recht auf Unterrichtung und Anhörung haben; vielmehr muss die Einleitung des Informations- und Konsultationsverfahrens von 10% der Belegschaft schriftlich verlangt werden.⁹⁶

6. Durchsetzung

Unter dem Titel „Durchsetzung der Rechte“ werden die Mitgliedstaaten für den Fall von Verstößen der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmervertreter gegen die Mitwirkungsrichtlinie dazu verpflichtet, einerseits geeignete Massnahmen wie namentlich Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zur Erfüllung der Verpflichtungen und andererseits wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen vorzusehen.⁹⁷

⁹¹ Art. 9 MitwG.

⁹² Thematic Report (Fn. 27), 49.

⁹³ RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 35 f.; FRANZEN (Fn. 19), 102 ff.

⁹⁴ Thematic Report (Fn. 27), 47.

⁹⁵ Von einer ausgedehnten Anwendung dieser Klausel wird etwa aus *Rumänien* berichtet. Unklarheiten hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs bestehen in der *Tschechischen Republik*. Gesetzliche Konkretisierungen des Geheimnisschutzes finden sich beispielsweise in *Finnland* und *Spanien*, wobei indessen die Vereinbarkeit der spanischen Regelung mit den Vorgaben der Mitwirkungsrichtlinie zweifelhaft erscheint, Thematic Report (Fn. 27), 49.

⁹⁶ Thematic Report (Fn. 27), 48.

⁹⁷ Art. 8 MRL.

- Art. 8 Abs. 1 MRL dient, wie auch Art. 6 Abs. 3 MRL, vor allem der Durchsetzung des unmittelbaren primären Anspruchs der Arbeitnehmervertreter auf Durchführung des Informations- und Konsultationsverfahrens.⁹⁸ Der ursprüngliche Vorschlag, der die Unwirksamkeit von Entscheidungen des Arbeitgebers vorsah, die ohne die vorgeschriebene Unterrichtung und Anhörung getroffen wurden, fand keinen Eingang in den Text der Mitwirkungsrichtlinie. Ob und inwieweit in solchen Fällen Unterlassungsansprüche gegen den Arbeitgeber aufgrund der Richtlinie bestehen, ist demnach in der Lehre umstritten.⁹⁹ Den nationalen Rechtsordnungen bleibt es auf jeden Fall unbenommen, einen Unterlassungsanspruch betreffend den beabsichtigten Vollzug von Entscheidungen im Sinne des Art. 4 Abs. 2 lit. c MRL vorzusehen.¹⁰⁰
- Als mögliche Sanktionen gegen den Arbeitgeber wegen Verletzung seiner Informations- und Konsultationspflichten sowie des Gebots zum Schutz der Arbeitnehmervertreter fallen insbesondere Schadenersatz, Entschädigung und Busse in Betracht. Da die Sanktionen nach der Richtlinie nicht nur wirksam und abschreckend, sondern auch angemessen sein müssen, dürfen sie nicht ein für die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers bedrohliches Ausmass erreichen, worauf besonders bei einer Vielheit von anspruchsberechtigten Arbeitnehmern zu achten ist. Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern, die aufgrund von Entscheidungen im Sinne des Art. 4 Abs. 2 lit. c MRL ohne vorgängige Unterrichtung und Anhörung entlassen wurden, lässt sich aus der Richtlinie selbst nicht begründen.¹⁰¹ Verstösse von Arbeitnehmervertretern gegen Pflichten aus der Richtlinie, insbesondere gegen das Vertraulichkeitsgebot, lassen sich namentlich durch Schadenersatz, Busse und allenfalls durch eine ausserordentliche Kündigung sanktionieren.

Nach Einschätzung der *Europäischen Kommission* sehen alle Mitgliedstaaten geeignete Verwaltungs- und Gerichtsverfahren vor, mit denen die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Richtlinie durchgesetzt werden kann. In den meisten Ländern obliegen Überwachung und Kontrolle der Arbeitsaufsicht. Die nationalen Umsetzungsmassnahmen sehen auch Verwaltungsstrafen oder in bestimmten Fällen strafrechtliche Sanktionen vor. Für den Fall, dass der Arbeitgeber Entscheidungen trifft, ohne die Unterrichtungs- und Anhörungspflichten zu erfüllen, sehen mehrere Mitgliedstaaten eine Suspendierung oder Nichtigerklärung derartiger Entscheidungen vor. In einigen Ländern muss der Arbeitgeber ausserdem die von den Beschäftigten im Falle einer Umstrukturierung erlittenen Nachteile ausgleichen.¹⁰²

⁹⁸ SCHÄFER (Fn. 63), 169.

⁹⁹ RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 33 f m.w.H.

¹⁰⁰ Vgl. SCHÄFER (Fn. 63), 169.

¹⁰¹ SCHÄFER (Fn. 63), 173.

¹⁰² KOM(2008) 146 (Fn. 21), 7.

Liechtenstein hat die Vorgaben der Richtlinie einzig durch die Möglichkeit zur Erhebung einer Zivilklage umgesetzt.¹⁰³ Die gleiche Regelung gilt grundsätzlich in der Schweiz.¹⁰⁴ Während beide Rechtsordnungen die Aktivlegitimation den Arbeitnehmern, dem Arbeitgeber und den Gewerkschaften zugestehen, bezeichnet das liechtensteinische Mitwirkungsgesetz konsequenterweise auch die Arbeitnehmervertretung als klageberechtigt.¹⁰⁵ Die früher bestehende Antrags- und Klageberechtigung des Amts für Volkswirtschaft wurde anlässlich der Revision von 2005 fallengelassen.¹⁰⁶

Die folgenden Beispiele zeigen, wie sehr die Durchsetzungssysteme in den einzelnen Ländern voneinander abweichen. So kann etwa in *Lettland* die Durchsetzung einzig durch Individualklagen erfolgen, während Gewerkschaften und anderen Arbeitnehmervertretungen keine entsprechende Legitimation zukommt. Demgegenüber fehlt in *Zypern* ein gesetzlicher Klagemechanismus, so dass die Durchsetzung der Mitwirkung weitgehend von einer Kooperation der Sozialpartner mit den staatlichen Behörden abhängt. In *Norwegen* obliegt die Durchsetzung der Informations- und Konsultationsvorschriften ausschliesslich dem Arbeitsinspektorat.¹⁰⁷ Im *Vereinigten Königreich* spielen Bussen für Verstösse der Arbeitgeber gegen Unterrichts- und Anhörungspflichten eine erhebliche Rolle. So wurde etwa die Weigerung einer Arbeitgeberin, die Wahl der Arbeitnehmervertreter anzusetzen, als schwere Pflichtverletzung betrachtet und mit einer Busse (penalty) von 55'000 £ geahndet.¹⁰⁸ In *Deutschland* steht die Frage im Zentrum, ob der Betriebsrat vom Arbeitgeber verlangen kann, einstweilen auf geplante Änderungen im Geschäftsbetrieb zu verzichten, bis das Konsultationsverfahren abgeschlossen ist. Die bisherige Rechtsprechung ist gespalten.¹⁰⁹ Beachtung gefunden hat eine neuere einstweilige Verfügung, mit der einer Arbeitgeberin gerichtlich untersagt wurde, die bereits begonnene Versetzung von ca. 410 Arbeitnehmern aus verschiedenen Abteilungen eines Betriebs in einen anderen Betrieb fortzuführen, solange kein Interessenausgleich zustande gekommen oder eine Einigungsstellenverhandlung hierüber abgeschlossen worden ist.¹¹⁰ Zur Begründung des – neben dem individualrechtlichen Nachteilsausgleichsanspruch zu gewährenden – Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats berief sich das Gericht unter anderem auf das Durchsetzungskonzept der Mitwirkungsrichtlinie.¹¹¹

¹⁰³ Art. 12 Abs. 1 MWG; vorbehalten bleibt die Zuständigkeit vertraglicher Schlichtungs- und Schiedsstellen.

¹⁰⁴ Art. 15 Abs. 1 MitwG.

¹⁰⁵ *Liechtenstein*: Art. 12 Abs. 1 MWG; *Schweiz*: Art. 15 Abs. 2 MitwG.

¹⁰⁶ Gesetz vom 14. Dezember 2005 betreffend die Abänderung des Gesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, LGBI. 2006 Nr. 39. Eine Begründung dafür lässt sich dem Bericht und Antrag der Regierung (Fn. 29), 44, nicht entnehmen.

¹⁰⁷ Thematic Report (Fn. 27), 48.

¹⁰⁸ *Amicus v MacMillan Publishers Ltd*, UKEAT/0185/07, Employment Appeal Tribunal, 24. Juli 2007. Eine verhältnismässig geringe Busse von 10'000 £ wurde einer Universität wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften anlässlich der Aushandlung einer Mitwirkungsvereinbarung bzw. der Bestellung der Arbeitnehmervertreter auferlegt, *Darnton v Bournemouth University*, UKEAT/0391/09, Employment Appeal Tribunal, 16. Dezember 2009.

¹⁰⁹ Thematic Report (Fn. 27), 48.

¹¹⁰ LAG München, 6 TaBVGa 6/08, 22. Dezember 2008.

¹¹¹ Beschlussgrund II/2/a/aa/bbb.

Eine wirksame Rechtsdurchsetzung hängt nicht nur vom zur Verfügung stehenden gesetzlichen Instrumentarium ab, sondern auch von seiner Handhabung in der Praxis. Diesbezüglich werden verschiedene Vorbehalte geäußert. Erschwernisse werden etwa gesehen im Mangel einer Kultur des sozialen Dialogs bzw. im Fehlen einer entsprechenden Tradition,¹¹² im mangelnden Bewusstsein der Arbeitnehmervertreter über ihre Rechte¹¹³ oder im zurückhaltenden Ergreifen von Sanktionen.¹¹⁴

7. Würdigung und Entwicklung

Die Mitwirkungsrichtlinie wird von den Mitgliedstaaten und den auf europäischer Ebene angesiedelten Sozialpartnern als angemessen und ausreichend flexibel bewertet. Ein Bedarf nach Überarbeitung und Klärung wird im Allgemeinen verneint.¹¹⁵ Auch die Wirtschafts- und Finanzkrise scheint keine besonderen Probleme im Zusammenhang mit der Mitwirkungsrichtlinie ausgelöst zu haben.¹¹⁶ Vor dem Hintergrund der obenstehenden Ausführungen geraten dennoch einige Bereiche ins Blickfeld, bei denen m.E. ein *Optimierungspotential* besteht. Dazu gehören:

- Die *Methode zur Berechnung der Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl*.¹¹⁷ Die Bestimmung dieser Methode wird nach Art. 3 Abs. 1 MRL vollständig den Mitgliedstaaten überlassen. Dass die Mitwirkungsrichtlinie den Mitgliedstaaten erhebliche Gestaltungsfreiräume gewährt, ist grundsätzlich positiv zu würdigen, da es kontraproduktiv wäre, gewachsenen und bewährten Kooperationsstrukturen nicht genügend Gewicht beizumessen. Diese Überlegung trifft jedoch auf die Methode zur Berechnung der Schwellenwerte nicht zu. Vielmehr hat diese unmittelbaren Einfluss auf den *Anwendungsbereich* der Richtlinie, der nach einem einheitlichen und verbindlichen Mindeststandard geregelt sein sollte. Wie ausgeführt hat Art. 3 Abs. 1 MRL verschiedene Mitgliedstaaten dazu veranlasst, besondere Arbeitnehmerkategorien wie junge, teilzeitlich oder befristet beschäftigte Arbeitskräfte von der Berechnung auszuschließen, was zu erheblichen Verschiebungen beim Anspruch auf Unterrichtung und Anhörung führen kann. Ob ausser den genannten Arbeitnehmerkategorien z.B. auch Leiharbeiter und Stellvertreter in die Berechnung einzubeziehen sind, welche Zeitspanne zur Ermittlung einer Durchschnittszahl beschäftigter Arbeitnehmer massgebend ist, wie bei Beschäftigtenzahlen zu verfahren ist, die den Schwellenwert sporadisch über- und unterschreiten, sind Fragen, deren einheitliche Beantwortung durchaus sinnvoll wäre.

¹¹² So beispielsweise in Lettland, Litauen, Polen.

¹¹³ Z.B. in Rumänien und Lettland.

¹¹⁴ Estland, Lettland. Vgl. zum Ganzen Thematic Report (Fn. 27), 48 f.

¹¹⁵ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 8 f.

¹¹⁶ Thematic Report (Fn. 27), 45.

¹¹⁷ Vgl. Ziff. II.

- Die *Einsetzung einer Arbeitnehmervertretung*.¹¹⁸ Von der Richtlinie unberührt bleiben nationale Regelungen, die Bestimmungen über die direkte Mitwirkung der Arbeitnehmer enthalten, solange diese sich in jedem Fall dafür entscheiden können, das Recht auf Unterrichtung und Anhörung über ihre Vertreter wahrzunehmen.¹¹⁹ Nichts einzuwenden ist gegen eine nationale Regelung, wonach eine Arbeitnehmervertretung nur eingesetzt wird, wenn dies von der Mehrheit der Arbeitnehmer eines Unternehmens oder Betriebs in einer Abstimmung befürwortet wird. Problematisch sind dagegen nationale Regelungen, nach denen schon die Abstimmung über die Einsetzung einer Vertretung nur stattfindet, wenn dies von einem bestimmten Teil der Belegschaft verlangt wird.¹²⁰ Die Verwirklichung des Rechts auf Vertretung setzt danach voraus, dass Arbeitnehmer bereit sind, unter Offenlegung ihrer Identität ein entsprechendes Begehren zu stellen, was besonders in Ländern mit einem schwachen Kündigungsschutz eine übermäßige Erschwerung der Rechtswahrnehmung bilden kann. Die Richtlinie sollte daher eine obligatorische Abstimmung über die Einsetzung einer Arbeitnehmervertretung verlangen, wenn das Unternehmen oder der Betrieb den massgebenden Schwellenwert erreicht¹²¹ und für diesen Fall nicht schon zwingend die Bestellung einer Arbeitnehmervertretung vorgesehen ist.

- Die *Umsetzung durch Kollektivvertrag*.¹²² Die Richtlinie kann in Bezug auf die Mitwirkungsrechte durch Kollektivverträge umgesetzt werden, wobei diese im Gegensatz zum staatlichen Recht sogar von den in Art. 4 MRL niedergelegten Bestimmungen über den Gegenstand und die Modalitäten der Unterrichtung und Anhörung abweichen dürfen, solange die Grundsätze von Art. 1 MRL gewahrt bleiben.¹²³ Art. 11 Abs. 1 MRL lässt zwar erkennen, dass letztlich die Mitgliedstaaten die Verantwortung für die Umsetzung der Richtlinie tragen, auch wenn diese durch den Abschluss von Kollektivverträgen erfolgt ist. Offensichtlich bestehen diesbezüglich aber ausgedehnte Regelungslücken in der Praxis.¹²⁴ Es sollte daher ausdrücklich vorgeschrieben werden, dass im ganzen Anwendungsbereich der Richtlinie subsidiäre staatliche Regelungen zur Verfügung stehen müssen für den Fall, dass die bestehenden Kollektivverträge entweder den Anforderungen der Richtlinie nicht genügen oder – insbesondere mangels Verbandszugehörigkeit von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern – teilweise keine Anwendung finden.

- Die *Initiative zur Unterrichtung und Anhörung*.¹²⁵ Wie erwähnt muss die Einleitung des Informations- und Konsultationsverfahrens nach irischem Recht von einem

¹¹⁸ Vgl. Ziff. III.

¹¹⁹ Erwägungsgrund (16) zur MRL.

¹²⁰ So auch das *schweizerische Recht* nach Art. 5 Abs. 1 MitwG.

¹²¹ So beispielsweise die Regelung in *Liechtenstein*, Art. 4 Abs. 1 MWG.

¹²² Vgl. Ziff. IV.

¹²³ Art. 5 MRL.

¹²⁴ Der Thematic Report (Fn. 27), 45, spricht von einem „relatively wide-spread problem“.

¹²⁵ Vgl. Ziff. V.

Teil der Belegschaft schriftlich verlangt werden.¹²⁶ Eine solche Regelung wird zwar von der Richtlinie nicht ausdrücklich ausgeschlossen, dürfte aber kaum ihrer Grundidee entsprechen. Eine Unterrichtung und Anhörung über bestimmte Umstände kann nur verlangen, wer bereits Vorkenntnisse über diese Umstände hat. An solchen wird es jedoch oft fehlen, wenn kein Informationsfluss von Seiten des Arbeitgebers stattfindet. Die Richtlinie sollte daher vorschreiben, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer aus eigener Initiative zu informieren und zu konsultieren hat.

- Die *Vertraulichkeit zugunsten des Arbeitgebers*.¹²⁷ Die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung und Anhörung entfällt grundsätzlich, wenn diese „nach objektiven Kriterien die Tätigkeit des Unternehmens oder Betriebs erheblich beeinträchtigen oder dem Unternehmen oder Betrieb schaden könnte“.¹²⁸ Die Vertraulichkeitsklausel als solche ist unentbehrlich zur Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen, lässt sich aber aufgrund ihrer offenen Formulierung auch zur ungerechtfertigten Umgehung von Unterrichtungs- und Anhörungspflichten instrumentalisieren. Zwar schreibt Art. 6 Abs. 3 MRL den Mitgliedstaaten „Rechtsbehelfsverfahren“ für den Fall der Informationsverweigerung vor. Werden indes nur wenig effiziente Durchsetzungsmassnahmen zur Verfügung gestellt oder werden die bestehenden Durchsetzungsmöglichkeiten (allenfalls gerade wegen ungewisser Erfolgsaussichten) faktisch nicht genutzt, kann es auf diese Weise zu einer weitgehenden Aushöhlung der Mitwirkungsrechte kommen. Mit einem höheren Konkretisierungsgrad der Vertraulichkeitsklausel könnte diesem Problem tendenziell entgegengewirkt werden.
- Die *Koordination mit anderen europäischen Mitwirkungsbestimmungen*.¹²⁹ Die Mitwirkungsrichtlinie regelt die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer im Allgemeinen, während weitere Erlasse besondere Bestimmungen dazu enthalten, so namentlich die Richtlinien 2001/23/EG (Mitwirkung beim Übergang von Unternehmen oder Betrieben), 98/59/EG (Massenentlassungen), 94/45/EG (Europäischer Betriebsrat), 2001/86/EG (Mitwirkung in der Europäischen Gesellschaft) und 2003/72/EG (Mitwirkung in der Europäischen Genossenschaft). Eine Gesamtwürdigung dieser Mitwirkungsbestimmungen lässt verschiedene Inkonsistenzen zu Tage treten,¹³⁰ die sich sachlich nicht begründen lassen und daher beseitigt werden sollten.¹³¹

¹²⁶ Thematic Report (Fn. 27), 48.

¹²⁷ Vgl. Ziff. V.

¹²⁸ Art. 6 Abs. 2 MRL.

¹²⁹ Vgl. Ziff. I.

¹³⁰ Darauf kann hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden.

¹³¹ Die Einschätzung dieser Frage ist kontrovers. Die meisten Mitgliedstaaten sehen keine Notwendigkeit, die Kohärenz zwischen den betroffenen Richtlinien zu verbessern. Der Europäische Gewerkschaftsbund möchte „Zweigleisigkeit“ in dem Sinne vermeiden, dass sich unterschiedliche Akteure mit der gleichen Angelegenheit befassen müssen, und fordert eine Anhebung des Standards der Richtlinie über Europäische Betriebsräte auf das Niveau der Mitwirkungsrichtlinie, KOM(2008) 146 (Fn. 21), 9. Das

Rechtspolitischer Natur sind die Fragen, ob die in Art. 3 Abs. 1 MRL vorgesehenen Schwellenwerte gesenkt und die in Art. 4 MRL verankerten Gegenstände der Unterrichtung und Anhörung weiter ausgedehnt werden sollten. Nach Ziff. 17 der *Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer* müssen die Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung der Arbeitnehmer in geeigneter Weise, unter Berücksichtigung der in den verschiedenen Mitgliedstaaten herrschenden Gepflogenheiten, weiterentwickelt werden.¹³² Dabei ist allerdings stets im Blickfeld zu behalten, dass Aufwand und Ertrag der Mitwirkung in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen und dass berechnete Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen nicht ausser Acht gelassen werden.

¹³² Erwägungsgrund (2) zur MRL. Die Gemeinschaftscharta wurde am 9. Dezember 1989 von damals allen EG-Mitgliedstaaten ausser dem Vereinigten Königreich unterzeichnet. Zwar besitzt sie weder die Qualität eines verbindlichen Rechtsaktes der EU noch ist sie ein völkerrechtlich verbindlicher Vertrag, dient aber trotzdem zusammen mit dem durch die Staats- und Regierungschefs zugleich gebilligten Aktionsprogramm zu ihrer Umsetzung der Kommission als Rechtfertigungsgrundlage für zahlreiche Richtlinien, vgl. dazu www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/104/teil2_de.htm#2 (Stand 1. Februar 2011).