
Isabelle Wildhaber
Dr. iur., LL.M.

**Entwicklungen im europäischen
Arbeitsrecht: Zur Neufassung
der Richtlinie über Europäische
Betriebsräte 2009/38/EG und zu deren
Auswirkungen für die schweizerische
Praxis**

Sonderdruck aus

ArbR 2009

Herausgegeben von
Jean-Fritz Stöckli

Nicht im Handel



Stämpfli Verlag AG Bern • 2009

Entwicklungen im europäischen Arbeitsrecht: Zur Neufassung der Richtlinie über Europäische Be- triebsräte 2009/38/EG und zu deren Auswirkungen für die schweizerische Praxis

Dr. iur. Isabelle Wildhaber, LL.M.

I.	Einleitung.....	12
II.	Anwendungsbereich und Stufenprinzip der EBR-RL.....	15
	1. Anwendungsvoraussetzungen gemäss EBR-RL 2009/38/EG	15
	2. Stufenprinzip	16
	a) Keine Anwendung der EBR-RL bei bereits geltenden Vereinbarungen (<i>pre-directive-</i> <i>agreements</i> , sog. PDA)	17
	b) Vereinbarung gemäss Art. 6 EBR-RL	18
	c) Subsidiäre Regelung gemäss Art. 7 EBR-RL	20
	3. Zugang zu notwendigen Informationen.....	20
	a) EuGH-Urteil <i>bofrost*</i>	21
	b) EuGH-Urteil <i>Kühne + Nagel</i>	21
	c) EuGH-Urteil <i>ADS Anker GmbH</i>	23
III.	Wesentliche Neuerungen der EBR-RL im Überblick	24
	1. Neuverhandlungen bei wesentlichen strukturellen Änderungen	24
	2. Einbindung von Gewerkschaften in den Verhandlungsprozess	25
	3. Verzahnung von grenzüberschreitender und nationaler Unterrichtung	26
	4. Zugang zu notwendigen Informationen.....	26
	5. Sonstige Änderungen	27
IV.	Auswirkungen der EBR-RL für die schweizerische Praxis	29
	1. EBR-pflichtige Unternehmen(sgruppen) mit Hauptsitz im EU-Raum und Tochtergesellschaften in der Schweiz.	29

2.	EBR-pflichtige Unternehmens(sgruppen) mit Hauptsitz in der Schweiz und Tochtergesellschaften im EU-Raum	30
3.	Fazit.....	31

I. Einleitung

Im Rahmen einer zunehmenden Verflechtung international operierender Unternehmen findet ein Prozess der länderübergreifenden Strukturierung von Unternehmen und Unternehmensgruppen statt. Die Verfahren zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer werden im nationalen Recht häufig nicht an die länderübergreifende Struktur der Unternehmen angepasst. Dies kann zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer führen, die von Entscheidungen ein und desselben Unternehmens bzw. ein und derselben Unternehmensgruppe betroffen sind. Wenn die wirtschaftlichen Aktivitäten sich in harmonischer Weise entwickeln sollen, so müssen Unternehmen und Unternehmensgruppen, die in mehreren Mitgliedstaaten tätig sind, die Arbeitnehmer angemessen informieren und konsultieren, wenn Entscheidungen, die sich auf die Arbeitnehmer auswirken, ausserhalb des Mitgliedstaats getroffen werden, in dem sie beschäftigt sind. Um zu gewährleisten, dass die Arbeitnehmer von Unternehmen und Unternehmensgruppen, die in mehreren Mitgliedstaaten tätig sind, in angemessener Weise unterrichtet und angehört werden, muss ein Europäischer Betriebsrat (nachfolgend «EBR») eingerichtet oder müssen andere geeignete Verfahren zur länderübergreifenden Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer geschaffen werden¹. Am 22. September 1994 hat deshalb der Europäische Rat die 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 (nachfolgend «EBR-RL») verabschiedet². Nach mehr als fünf Jahren ist das Verfahren zur Revision dieser Richtlinie im Jahr 2009 abgeschlossen worden. Am 5. Juni 2009 ist eine

¹ So die Begründung in den Erwägungsgründen 10-13 der RL 2009/38/EG.

² Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.9.1994 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 30.9.1994, 64ff.

Neufassung der EBR-RL, die Richtlinie 2009/38/EG, in Kraft getreten³. Sie hebt die bisherigen Richtlinien 94/45/EG und die damit zusammenhängenden Richtlinien 97/74/EG⁴ und 2006/109/EG⁵ allesamt auf. Sämtliche wesentlichen Strukturelemente, welche die EBR-RL kennzeichnen, bleiben erhalten, inklusive des nachfolgend beschriebenen Stufenprinzips. Dies bedeutet, dass weiterhin primär eine gemeinsame Vereinbarung über einen EBR oder die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer zwischen der zentralen Leitung des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe und einem sog. besonderen Verhandlungsgremium geschlossen werden soll. Eine solche Abrede geniesst Vorrang gegenüber den subsidiären gesetzlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Einsetzung eines EBR. Die Mitgliedstaaten haben nun zwei Jahre – also bis zum 5. Juni 2011 – Zeit, diese neue EBR-RL umzusetzen.

Die Rechte der Arbeitnehmer in der EBR-RL beschränken sich auf Unterrichtung und Anhörung – was in der schweizerischen Terminologie der Information und Konsultation entspricht – zu grenzüberschreitenden Themen. Die Arbeitnehmerschaft bzw. die Arbeitnehmervertreter oder Betriebsräte haben ausserdem einen Anspruch auf Zugang zu den Informationen, die zur Gründung eines EBR überhaupt erst erforderlich sind, wie dies der EuGH bereits mehrfach bestätigt hat⁶. Faktisch sind immer mehr Un-

³ Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5.2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (Neufassung), ABl L 122 vom 16.5.2009, 28ff.

⁴ Richtlinie 97/74/EG des Rates vom 15.12.1997 zur Ausdehnung der Richtlinie 94/45/EG über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung oder Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen auf das Vereinigte Königreich, ABl L 10 vom 16.1.1998, 22ff.

⁵ Richtlinie 2006/109/EG des Rates vom 20.11.2006 zur Anpassung der Richtlinie 94/45/EG des Rates über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen anlässlich des Beitritts Bulgariens und Rumäniens, ABl L 363 vom 20.12.2006, 416ff.

⁶ Erstmals EuGH vom 29.3.2001, Rs. C-62/99, *bofrost**, Slg. 2001 I 2579 = EuZW 2001, 275 = NZA 2001, 506 = BB 2001, 2219 (seinem deutschen Betriebsrat wollte Bofrost die Struktur des Unternehmens im Ausland nicht offenlegen; EuGH billigte jedoch den Arbeitnehmervertretern einen umfassenden Informationsanspruch zu, um Gründung eines EBR vorbereiten zu können). Siehe dazu unten S. 21.

ternehmen bereit, mit den EBR Abkommen zu schliessen⁷. Denn wenn Unternehmen die EBR-RL nicht einhalten, so drohen ihnen gewisse, von den Mitgliedstaaten vorgesehene Massnahmen (Art. 11 Abs. 2 EBR-RL), z.B. Geldbussen oder aber sogar zeitliche Verschiebungen ihres Restrukturierungsplans. So wurden schon Grossfusionen gebremst, weil die EBR nicht hinreichend informiert worden waren. Im November 2006 geschah dies im Fall der französischen Energieversorger Gaz de France und Suez. Der EBR von Gaz de France konnte die politisch umstrittene Fusion per einstweiliger Verfügung stoppen, weil seine Anhörungsrechte von der zentralen Leitung missachtet worden waren. Dies stellte eine der wichtigsten Gerichtsentscheidungen in der 15jährigen Geschichte der EBR-Gesetzgebung dar. Das Board Meeting, welches die Fusion genehmigen sollte, musste aufgeschoben werden⁸. Gaz de France focht diesen Aufschub bis zur französischen Cour de Cassation an, die mit Urteil vom 16. Januar 2008 bestätigte, dass der EBR zu einer bevorstehenden Fusion komplett informiert und konsultiert werden muss, bevor das Board Meeting stattfinden kann⁹. Dieser spektakuläre gerichtliche Erfolg, der die Fusion für anderthalb Jahre blockierte, ermöglichte es den Arbeitnehmervertretern von Gaz de France, im März 2008 einen transnationalen Interessenausgleich durchzusetzen. Auch der Zusammenschluss der Telekommunikationsausrüster Alcatel und Lucent verzögerte sich im April 2007 wegen der gerichtlichen Eingabe des EBR am Tribunal de Grande Instance de Paris und des Protests der internationalen Belegschaft, die zentrale Leitung sei ihren Unterrichts- und Anhörungspflichten über einen Restrukturierungsplan gemäss EBR-RL nicht ausreichend nachgekommen¹⁰. Es gibt

⁷ Siehe dazu AMANN, Verhandeln ohne Grenzen, FAZ vom 21.7.2007, C2 (zu den Verhandlungen von EBR und Management im amerikanischen Konzern GM bezüglich Fertigungsauftrags des neuen Astra in Europa).

⁸ Siehe dazu <www.epsu.org/a/2551>; Pressemitteilung der Gaz de France vom 15.12.2006, zu finden auf der Website <www.gdfsuez.com>, unter «pre-fusion press releases».

⁹ Gerichtsurteile zu finden bei <www.ewcdb.eu>, unter «national case law».

¹⁰ Siehe dazu das Gerichtsurteil, abrufbar bei <www.ewcdb.eu>, unter «national case law»; sowie die Kommentierung im EBR-News 2/2007, <www.ebr-news.de/022007.htm> (Die Rechte eines EBR auf Information und Konsultation gemäss EBR-RL standen dem in Frage stehenden «European Committee for Information and Dialogue» nicht zu, weil es sich um ein Gremium nach Art. 13, ein PDA, handelte. Dennoch kam das Gericht zu der Auffassung, die zentrale Leitung sei ihren Unterrichts- und Anhörungspflichten nicht ausreichend nachgekommen. Die Informationen müssen «komplett und präzise genug sein, um dem EBR

deshalb heute eine Tendenz zu verbindlichen Absprachen bezüglich des Informationsverfahrens und des Umgangs mit Restrukturierungen.

II. Anwendungsbereich und Stufenprinzip der EBR-RL

1. Anwendungsvoraussetzungen gemäss EBR-RL 2009/38/EG

Einen EBR bilden müssen **gemeinschaftsweit operierende Unternehmen und Unternehmensgruppen**. Das sind Unternehmen mit mindestens 1000 Arbeitnehmern in den Mitgliedstaaten und mit jeweils mindestens 150 Arbeitnehmern in mindestens 2 Mitgliedstaaten (Art. 2 Abs. 1 lit. a) sowie Unternehmensgruppen mit mindestens 1000 Arbeitnehmern in den Mitgliedstaaten, mindestens 2 der Unternehmensgruppe angehörenden Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten und mindestens je 150 Arbeitnehmern in mindestens 2 der der Unternehmensgruppe angehörenden Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten (Art. 2 Abs. 1 lit. c). Seit der EU-Osterweiterung beginnend am 1. Mai 2004 hat sich der Pool der Mitgliedstaaten und der Arbeitnehmer nochmals beträchtlich erweitert¹¹. Heute gilt die EBR-RL in allen Ländern des Europäischen Binnenmarktes, also im Vereinigten Königreich genauso wie in Norwegen, Island und Liechtenstein, nicht aber in der Schweiz. Kroatien und die Türkei werden die neue Richtlinie am Tag ihres Beitritts zur EU in die nationale Rechtsordnung übernehmen.

Die EBR-RL knüpft nicht an den Konzernbegriff an, sondern definiert die **Unternehmensgruppe** als Gruppe, die aus einem herrschenden Unternehmen und den von diesem abhängigen Unternehmen besteht (Art. 2 Abs. 1 lit. b). Entscheidend ist somit die Abhängigkeit eines oder mehrerer Unternehmen von einem anderen und somit die Möglichkeit beherrschender Einflussnahme durch ein anderes Unternehmen und indirekt die Möglichkeit einer einheitlichen Leitung¹². Nach Art. 3 Abs. 1 gilt als **herrschendes**

die Beschäftigungsentwicklung auf europäischem Niveau zu erklären und um einen Meinungsaustausch und Dialog mit dem Management angesichts voller Kenntnis der Fakten zu ermöglichen».).

¹¹ Siehe dazu <www.euro-betriebsrat/eb/114.php>.

¹² HROMADKA, Rechtsfragen zum Eurobetriebsrat, DB 1995, 1125ff, 1125.

Unternehmen ein Unternehmen, das z.B. aufgrund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben kann. Es kommt nicht darauf an, ob das herrschende Unternehmen einen eigenen Geschäftsbetrieb hat und ob es Arbeitnehmer beschäftigt. Erforderlich ist aber eine eigenständige unternehmerische Betätigung, die über die blossе Anlage und die damit verbundene Finanzverwaltung hinausgeht¹³. Unmassgeblich ist der Standort der zentralen Leitung, sodass die EBR-RL auch für Unternehmensgruppen gilt, die ihre zentrale Leitung in der Schweiz haben¹⁴.

Als **länderübergreifend** werden Angelegenheiten erachtet, die das Unternehmen oder die Unternehmensgruppe insgesamt oder aber mindestens zwei Mitgliedstaaten betreffen. Dazu gehören Angelegenheiten, die ungeachtet der Zahl der betroffenen Mitgliedstaaten für die europäischen Arbeitnehmer hinsichtlich der Reichweite ihrer möglichen Auswirkungen wichtig sind oder die die Verlagerung von Tätigkeiten zwischen Mitgliedstaaten betreffen¹⁵.

2. Stufenprinzip

Die EBR-RL achtet die Autonomie der Sozialpartner und wahrt den Grundsatz der Subsidiarität¹⁶. Sie lässt zum Einen die nationalen Repräsentationsformen ausdrücklich unberührt und schreibt zum Anderen die Bildung eines EBR nach festen Vorgaben erst als letzten von drei Schritten eines Stufenprinzips vor. Am freiesten waren die Sozialpartner, wenn sie die Verhandlungen vor Umsetzung der Richtlinie 94/45/EG in nationales Recht führten und abschlossen (nachfolgend i.). Sehr frei waren und sind sie auch danach, wenn sie sich auf eine freiwillige Vereinbarung gemäss Art. 6 EBR-RL einigen (nachfolgend ii.). Zu einer solchen Vereinbarung macht die EU-Richtlinie wenige verbindliche Vorgaben, die Parteien ha-

ben viel Spielraum für eigene Gestaltungen. Wenn sie sich innerhalb von drei Jahren nicht einigen können, so entsteht ein «EBR kraft Gesetz», der nach den gesetzlichen Mindestvorgaben arbeitet. Die Anwendung dieser subsidiären Vorschriften von Art. 7 EBR-RL (nachfolgend iii.) kommt in der Praxis kaum je zum Zug.

- a) Keine Anwendung der EBR-RL bei bereits geltenden Vereinbarungen (*pre-directive-agreements*, sog. PDA)

Die Bestimmungen der EBR-RL gelten nicht, wenn im Zeitpunkt der Umsetzung der ursprünglichen Richtlinie 94/45/EG in innerstaatliches Recht, also am 22. September 1996, bereits eine europäische Arbeitnehmervertretung bzw. ein entsprechendes Unterrichts- und Anhörungsverfahren (ein solches kann einen EBR als Gremium substituieren) bestand, welche den Anforderungen der Richtlinie genügen. Ein solches privilegiertes *pre-directive-agreement* im Sinne von Art. 13 der Richtlinie 94/45/EG musste also im Zeitpunkt der Umsetzung der ursprünglichen Richtlinie bereits in Kraft gesetzt sein. Das Gleiche kann gesagt werden für Vereinbarungen, welche gemäss Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 97/74/EG¹⁷ geschlossen worden sind.

Schweizerische und gemeinschaftsweit tätige Unternehmen standen demnach im Jahr 1994 vor der Situation, ein *pre-directive-agreement* gemäss Art. 13 der Richtlinie 94/45/EG treffen zu können. Durch präventives Verhalten konnten sie damit der Geltung der Richtlinie entgehen. Sie waren dann befreit davon, eine Vereinbarung gemäss Art. 6 zu schaffen oder die subsidiären Bestimmungen gemäss Art. 7 einzuhalten. Bei einem PDA waren die Unternehmen deshalb in der Art und Weise, wie sie einen EBR oder ein entsprechendes Verfahren errichten, sehr frei. Diese Freiheit und Flexibilität bei PDA hatte sowohl für schweizerische wie auch für gemeinschaftsweit tätige Unternehmen aus Arbeitgebersicht grosse Vorzüge¹⁸. Sie mussten nur eine Vereinbarung für alle Arbeitnehmer abschliessen, in der eine länderübergreifende Unterrichtung und Anhörung aller Arbeitnehmer

¹³ MÜLLER, Die EG-Richtlinie über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats und ihre Auswirkungen auf Schweizer Unternehmen, ArbR 1996, 89ff, 99.

¹⁴ HANDSCHIN, Die Schweiz als Sitzstaat eines Europäischen Betriebsrats, SZW 1995, 132ff, 132f. So auch explizit Erwägungsgrund 18 der RL 2009/38/EG.

¹⁵ Siehe Erwägungsgrund 16 und die neue Definition in Art. 1 Abs. 4 der RL 2009/38/EG.

¹⁶ SCHAUB, Europäisierung des deutschen Arbeitsrechts, NZA 1994, 769ff, 771f. Siehe Erwägungsgründe 19 und 20 der RL 2009/38/EG.

¹⁷ Siehe Fn. 4.

¹⁸ AENISHÄNSLIN, EU-Richtlinie über europäische Betriebsräte und ihre Auswirkung für schweizerische multinationale Unternehmen, in: Meyer-Marsilius/Schluep/Stauffächer (Hrsg.), Beziehungen Schweiz-EG: Abkommen, Gesetze, Richtlinien und Kommentare, Zürich 1995, 10.3/VI, 99ff, 107ff; WILLEMSEN/HOHNSTATT, Chancen und Risiken von Vereinbarungen gemäss Artikel 13 der «Euro-Betriebsrat»-Richtlinie, NZA 1995, 399ff.

vorgesehen ist. PDA sind auch nach Art. 14 der neugefassten EBR-RL privilegiert. Es ist jedoch zu beachten, dass sie neu einer Pflicht zur Neuverhandlung bei wesentlichen strukturellen Änderungen unterliegen¹⁹.

Die Wirksamkeit eines PDA ist nicht dadurch beeinträchtigt, dass ein Unternehmen seinen Hauptsitz in einem Drittstaat, z.B. der Schweiz, hat²⁰. Allerdings stellt sich dann die Frage, nach welchem Recht das PDA zu beurteilen ist²¹. Das PDA kann auch vorsehen, dass das Mitwirkungs-gremium seine Tagungen am Hauptsitz des Unternehmens in der Schweiz abhält²².

b) Vereinbarung gemäss Art. 6 EBR-RL

Wenn PDA nicht bzw. nicht rechtzeitig bis zum 22. September 1996 zustande kamen, sah die EBR-RL 94/45/EG dennoch eine Möglichkeit vor, auf die Besonderheiten des betreffenden Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe Bedacht zu nehmen und ein daraufhin zugeschnittenes Mitwirkungsmodell gemäss Art. 6 EBR-RL zu vereinbaren. Die neue Richtlinie 2009/38/EG behält diese Möglichkeit aufrecht. Da aber Art. 6 leicht abgeändert wurde²³, sieht Art. 14 eine «Übergangsfrist» vor, wonach bis zum 5. Juni 2011 Vereinbarungen gemäss Art. 6 der alten EBR-RL abgeschlossen werden können. Für geltende Art. 6-Vereinbarungen ist rechtlich noch nicht abschliessend geklärt, ob und an welchen Stellen die neue EBR-RL automatisch greift. Die Gewerkschaften vertreten hier unterschiedliche Positionen, weshalb der Europäische Gewerkschaftsbund gerade ein Rechtsgutachten erstellen lässt. Um sicher zu gehen, empfiehlt sich

¹⁹ Siehe dazu unten S. 24.

²⁰ Zu diesem Ergebnis kam auch die Arbeitsgruppe «Unterrichtung und Anhörung» der EU-Kommission in ihren Schlussfolgerungen zur Richtlinie, siehe BAUMANN, Schweiz und Europäische Betriebsräte – eine Zwischenbilanz, Die Volkswirtschaft 9/1997, 60.

²¹ Dabei ist nicht auszuschliessen, dass schweizerisches Recht gewählt wird, wenn gleich dies selten der Fall sein wird, siehe BAUMANN (FN. 20), 62; STÖCKLI, Betriebliche Arbeitnehmervertretung im schweizerischen und europäischen Recht, RdA 2001, Sonderbeilage zu Heft 5, 5ff, 8f. Anders HANDSCHIN (FN. 14), 136.

²² HANDSCHIN (FN. 14), 136; MÜLLER, Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999, 321; STÖCKLI (FN. 21), 8.

²³ Vgl. MELOT DE BEAUREGARD/BUCHMANN, Die neue Richtlinie über Europäische Betriebsräte, BB 2009, 1417ff, 1420; THÜSING/FORST, Europäische Betriebsräte-Richtlinie: Neuerungen und Umsetzungserfordernisse, NZA 2009, 408ff, 410.

eine genau überlegte, qualifizierte Nachverhandlung, wobei die neue Richtlinie als Mindestnorm gelten sollte²⁴.

Nach der allgemeinen Systematik der EBR-RL wird die länderübergreifende Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer durch ein System von Verhandlungen zwischen der zentralen Leitung und den Arbeitnehmervertretern gewährleistet. Hierzu wird in allen gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen auf Antrag gemäss dem Verfahren nach Art. 5 Abs. 1 EBR-RL ein EBR eingerichtet oder ein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung geschaffen. Nach der letztgenannten Bestimmung nimmt im Fall einer gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe die zentrale Leitung von sich aus oder auf schriftlichen Antrag von mindestens 100 Arbeitnehmern oder ihrer Vertreter aus mindestens zwei Betrieben oder Unternehmen in mindestens zwei Mitgliedstaaten Verhandlungen über die Einrichtung eines EBR bzw. über die Schaffung eines alternativen Unterrichts- und Anhörungsverfahrens auf (Art. 5 Abs. 1 EBR-RL). Zu diesem Zweck wird ein «besonderes Verhandlungsgremium» gemäss Art. 5 Abs. 2 EBR-RL eingerichtet, welches mit der zentralen Leitung, d.h. dem Organ, dem Vertretung oder Geschäftsführung zustehen, Verhandlungen zur Errichtung eines EBR oder zur Schaffung eines Unterrichts- und Anhörungsverfahrens aufnehmen soll und in einer schriftlichen Vereinbarung gemäss Art. 6 EBR-RL den Tätigkeitsbereich, die Zusammensetzung, die Befugnisse und die Mandatsdauer des EBR oder die Durchführungsmodalitäten eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer festlegen soll.

Dies ist nicht anders, wenn der Hauptsitz sich in einem Drittstaat wie der Schweiz oder der USA befindet. Es ist durchaus möglich, dass der EBR in der Schweiz seine Tagungen abhält und dort gegenüber der zentralen Leitung die Interessen der Arbeitnehmer wahrnimmt. Für einen solchen EBR muss aber das Recht eines Mitgliedstaates als anwendbares Recht vereinbart werden. Grundsätzlich hat nämlich die zentrale Leitung eines Unternehmens, das nicht in einem Mitgliedstaat seinen Sitz hat, einen Vertreter in der EU zu bestellen. Unterlässt die Unternehmensgruppe die Ernennung eines EU-Vertreters, ist derjenige Betrieb innerhalb der EU für die Errichtung des EBR verantwortlich, der am meisten Personen beschäftigt (Art. 4 Abs. 2 EBR-RL). Dieser Vertreter hat der Rechtsordnung eines Mitgliedstaats zu unterliegen²⁵. Es besteht also eine gewisse Wahlfreiheit in der Bestimmung des (fingierten) Ersatz-Hauptsitzes und damit wiederum des

²⁴ Siehe dazu EBR-News 2/2009, unter <www.ebr-news.de/022009.htm>.

²⁵ Siehe MÜLLER (FN. 22), 326; STÖCKLI (FN. 21), 9.

auf den EBR anwendbaren Rechts, wenn die Verhandlungen scheitern und eine vertragliche Festlegung des Betriebsrats nicht möglich ist²⁶.

c) Subsidiäre Regelung gemäss Art. 7 EBR-RL

Nur dann, wenn die zentrale Leitung Verhandlungen verweigert, wenn die zentrale Leitung und das besondere Verhandlungsgremium einen entsprechenden Beschluss fassen oder wenn binnen drei Jahren eine Vereinbarung gemäss Art. 6 EBR-RL nicht zustande kommt, so gelten unmittelbar die im Anhang zur Richtlinie niedergelegten subsidiären Vorschriften, welche die Einsetzung eines EBR vorsehen. Liegt der Hauptsitz in der Schweiz, so besteht wiederum kein Raum für die Anwendung schweizerischen Rechts und es gilt das Recht des Staates, in dem sich der zwingend zu benennende Vertreter befindet. Liegt die Tochtergesellschaft in der Schweiz, so kommt für Fragen, die nach dezentralem Recht geregelt werden, schweizerisches Recht zur Anwendung, insbesondere für Fragen des Arbeitnehmerbegriffs, der Wahlgrundsätze für die Arbeitnehmervertretung oder des Schutzes der Mitglieder der Arbeitnehmervertretung. Die Parteien verfügen über einen weit geringeren Verhandlungsspielraum als im Fall einer Vereinbarung gemäss Art. 6 EBR-RL oder einer PDA, weil viele Regelungen gemäss den im Anhang der EBR-RL enthaltenen Bestimmungen vorgegeben sind²⁷. Ab dem 5. Juni 2011 gelten automatisch die subsidiären Vorschriften der EBR-RL 2009/38/EG.

3. Zugang zu notwendigen Informationen

Aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der EBR-RL ist es unerlässlich, den betroffenen Arbeitnehmern Zugang zu bestimmten Informationen zu verschaffen, aufgrund deren sie feststellen können, ob sie einen Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen zwischen der zentralen Leitung und ihren eigenen Vertretern haben, denn ein derartiges Recht auf Information

²⁶ Art. 7 i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EBR-RL. Die Wahl soll im äussersten Fall rechtsmissbräuchlich sein gemäss HANDSCHIN (FN. 14), 134 (wenn die Wahl des EU-Vertreters offensichtlich im Hinblick auf das (Arbeitgeber-)günstige subsidiär anwendbare Recht erfolgt); STÖCKLI (FN. 21), 9.

²⁷ So STÖCKLI (FN. 21), 10.

stellt eine notwendige Voraussetzung für die Feststellung der EBR-Fähigkeit dar.

a) EuGH-Urteil *bofrost**

Der EuGH hat mit Urteil vom 29. März 2001 in der Sache *bofrost** festgehalten²⁸, dass Art. 11 Abs. 1 und 2 EBR-RL dahingehend auszulegen sind, dass ein Unternehmen, das zu einer Unternehmensgruppe gehört, auch dann zur Auskunftserteilung an die Organe der internen Arbeitnehmervertretung verpflichtet ist, wenn noch nicht feststeht, ob es sich bei der Unternehmensleitung, an die sich die Arbeitnehmer wenden, um die Leitung eines innerhalb der Unternehmensgruppe herrschenden Unternehmens handelt. Gehören die Daten über die Struktur oder die Organisation einer Unternehmensgruppe zu den Informationen, die zur Aufnahme von Verhandlungen zur Einrichtung eines EBR oder zur Schaffung eines Verfahrens zur länderübergreifenden Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer unerlässlich sind, so hat ein Unternehmen der Unternehmensgruppe diese Daten, soweit es über sie verfügt oder sie sich beschaffen kann, den Organen der internen Arbeitnehmervertretung auf Antrag zur Verfügung zu stellen. Auch die Übermittlung von Unterlagen, die zu demselben Zweck unerlässliche Informationen präzisieren und verdeutlichen, kann verlangt werden, soweit diese Übermittlung erforderlich ist, um den betroffenen Arbeitnehmern oder ihren Vertretern den Zugang zu den Informationen zu ermöglichen, anhand deren sie beurteilen können, ob sie die Aufnahme von Verhandlungen verlangen können.

b) EuGH-Urteil *Kühne + Nagel*

Die Durchsetzung dieses Informationsanspruchs kann kompliziert werden, wenn der Hauptsitz der Unternehmensgruppe in der Schweiz ist. Denn oftmals wird der schweizerische Hauptsitz vom verantwortlichen Vertreter im EU-Raum um notwendige Informationen gebeten werden, z.B. um Angaben über die durchschnittliche Gesamtzahl der Arbeitnehmer oder Informationen zur Frage, ob innerhalb einer Unternehmensgruppe eines der Unternehmen herrschend sei. Verweigert der Schweizer Hauptsitz die Herausgabe dieser Informationen, so vereitelt er indirekt den Richtlinien-

²⁸ EuGH vom 29.3.2001, Rs. C-62/99, *bofrost**, Slg. 2001 I 2579 = EuZW 2001, 275 = NZA 2001, 506 = BB 2001, 2219.

Zweck. Auch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben in Art. 11 MitwG ist es fragwürdig, durch Zurückhalten von notwendigen Informationen die Wahrnehmung von Ansprüchen der Arbeitnehmer auf Information und Konsultation zu verhindern. Es geht deshalb regelmässig ein mehr oder weniger sanfter Druck vom Vertreter in der EU auf die eigentliche zentrale Leitung im Drittstaat aus²⁹. Dieser Druck führt aber nicht immer zum Erfolg, wie das Beispiel Kühne + Nagel zeigt. Die Arbeitnehmervertreter im Speditionsunternehmen Kühne + Nagel versuchten seit 1996 vergeblich, einen EBR zu gründen. Sie scheiterten an der Abneigung des Hauptaktionärs und Firmengründers gegen jede Form von Arbeitnehmerbeteiligung, die sich schon bei der Verabschiedung des deutschen Mitbestimmungsgesetzes 1976 zeigte. Um damals die Bildung eines mitbestimmten Aufsichtsrates zu vermeiden, verlegte er den Firmensitz kurzerhand von Deutschland in die Schweiz. Dies war auch zur Vermeidung eines EBR vorteilhaft, denn die Zuständigkeit zur Weitergabe der notwendigen Informationen innerhalb der EU war umstritten.

Da sich die Muttergesellschaft der Gruppe und die zentrale Leitung in der Schweiz befanden, machte Kühne + Nagel in Deutschland geltend, dass sie den Informationsanspruch des Gesamtbetriebsrats nicht erfüllen könne, da die zentrale Leitung in der Schweiz sich weigere, die betreffenden Auskünfte zu erteilen. Sie selbst verfüge nicht über die entsprechenden Kenntnisse und das Auskunftsverlangen des Gesamtbetriebsrats sei daher auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Ausserdem würde die Anerkennung eines Auskunftsanspruchs gegenüber anderen Unternehmen der Gruppe einen schwer wiegenden Eingriff in die Unabhängigkeit der Schwesterunternehmen darstellen. Da der Hauptsitz in der Schweiz von einem Gesamtbetriebsrat in Deutschland nicht auf Herausgabe von Informationen belangt werden konnte, stellte sich die Frage, ob ein horizontaler Auskunftsanspruch gegen die in den Mitgliedstaaten gelegenen Unternehmen durchgesetzt werden kann.

Der EuGH hat diese Frage mit Urteil vom 13. Januar 2004 bejaht und damit die Informationspflicht der Geschäftsleitung Kühne + Nagel Deutschland AG in Hamburg als der gemäss EBR-RL zuständigen fingierten Vertretung bekräftigt³⁰. Der EuGH legte Art. 4 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 EBR-RL wie folgt aus: Befindet sich die zentrale Leitung einer gemeinschaftsweiten Unternehmensgruppe nicht in einem Mitgliedstaat (z.B. in

der Schweiz), so ist an ihrer Statt die fingierte zentrale Leitung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 UAbs. 2 dafür verantwortlich, dass den Arbeitnehmervertretern die Auskünfte erteilt werden, die zur Aufnahme der Verhandlungen zur Einrichtung eines EBR unerlässlich sind. Stellt die zentrale Leitung in der Schweiz der fingierten zentralen Leitung bestimmte Informationen nicht zur Verfügung, so ist letztere, um ihre Pflicht zur Unterrichtung der Arbeitnehmervertreter erfüllen zu können, gehalten, von den anderen in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen der Gruppe die Auskünfte zu verlangen, die zur Aufnahme der Verhandlungen zur Einrichtung eines solchen Organs unerlässlich sind, und hat einen Anspruch darauf, diese Auskünfte von ihnen zu erhalten. Die Leitungen der anderen in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen der Gruppe sind verpflichtet, der fingierten zentralen Leitung die betreffenden Informationen zur Verfügung zu stellen, soweit sie über sie verfügen oder sie sich beschaffen können.

Die EBR-Gründung bei Kühne + Nagel konnte trotz des EuGH-Urteils nicht vollzogen werden, weil die zentrale Leitung in der Schweiz allen europäischen Niederlassungen untersagte, die erforderlichen Informationen zu ihrer Schwestergesellschaft nach Deutschland zu liefern. Eine neuerliche Klagewelle führte am 31. Januar 2007 zu einem Urteil des Obersten Gerichtshofs in Österreich und am 8. Oktober 2008 zu einem Urteil in Stockholm zugunsten der Auskunftspflicht im Vorfeld der Gründung eines EBR. In der Slowakei steht ein ähnliches Urteil noch aus. Erst wenn alle drei Verfahren positiv abgeschlossen sind, kann der Gesamtbetriebsrat zur konstituierenden Sitzung einladen. Der Fall hat die Europäische Kommission bewogen, in der neuen EBR-RL Vorkehrungen gegen ein solches Verhalten zu treffen («Lex Kühne + Nagel»)³¹.

c) EuGH-Urteil *ADS Anker GmbH*

Im Urteil vom 15. Juli 2004 i.S. ADS Anker GmbH wurde der horizontale Auskunftsanspruch eines der Gruppe angehörenden Unternehmens gegenüber der in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen zentralen Leitung bestätigt³². Der Fall ADS Anker liegt ähnlich wie Kühne & Nagel. Auch das Unternehmen ADS Anker, Hersteller von Kassenabrechnungssystemen,

²⁹ MÜLLER (FN. 22), 317.

³⁰ EuGH vom 13.1.2004, Rs. C-440/00, *Kühne + Nagel*, Slg. 2004 I 787 = NZA 2004, 160 = BB 2004, 441 mit Anm. DÄUBLER = DB 2004, 605.

³¹ Art. 4 Abs. 4 der RL 2009/38/EG. Siehe dazu unten S. 26.

³² EuGH vom 15.7.2004, Rs. C-349/01, *ADS Anker*, Slg. 2004 I 6803 = NZA 2004, 1167 = EuZW 2004, 734 = ZESAR 2005, 43 mit Anm. MAYR.

mit komplexer Konzernstruktur und einer Muttergesellschaft in der Schweiz, verweigerte dem deutschen Betriebsrat Auskünfte, die erforderlich sind, um die Gründung eines EBR einleiten zu können. Hier jedoch verlangte der deutsche Betriebsrat die unerlässlichen Auskünfte weder von der zentralen Leitung noch von der fingierten zentralen Leitung. Stattdessen wurde der Auskunftsanspruch an ein untergeordnetes Unternehmen der Unternehmensgruppe gerichtet. Laut EuGH ist auch das möglich. In solchen Fällen muss eine in der EU ansässige zentrale Leitung oder fingierte zentrale Leitung dem untergeordneten Unternehmen die notwendigen Auskünfte erteilen. Die EBR-Gesetze der einzelnen EU-Länder sind so ausulegen, dass diese Pflicht gemeinschaftsweit besteht.

Die EBR-RL will sicherstellen, dass Beschäftigte eines EU-weit operierenden Unternehmens angemessen informiert und konsultiert werden. Damit die Arbeitnehmerseite ihren Anspruch auf Gründung eines EBR überhaupt feststellen kann, benötigt sie zunächst Informationen über die Gesamtzahl der Arbeitnehmer, deren Verteilung auf die verschiedenen EU-Mitgliedstaaten und die Betriebe des Unternehmens sowie die Anschriften der Arbeitnehmervertretungen der einzelnen Länder. Befindet sich die zentrale Leitung ausserhalb der EU und hat sie keinen Ansprechpartner innerhalb der EU benannt, so ist die Leitung mit den meisten Beschäftigten innerhalb der EU verpflichtet, die zur Einsetzung eines EBR erforderlichen Informationen oder Mittel bereitzustellen. Die anderen in der EU ansässigen Unternehmen haben die Pflicht, dem grössten Unternehmen alle Informationen zur Verfügung zu stellen. Schweizerische Unternehmenszentralen können in anderen Worten die Verantwortung für den Aufbau des EBR und die Bereitstellung von Mitteln an die Niederlassung in der EU mit der höchsten Anzahl von Arbeitnehmern delegieren. Diese wird damit automatisch zur fingierten zentralen Leitung für das Verfahren zur Errichtung eines EBR.

III. Wesentliche Neuerungen der EBR-RL im Überblick

1. *Neuverhandlungen bei wesentlichen strukturellen Änderungen*

Im Falle «wesentlicher struktureller Änderungen» in gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen werden Neuverhandlungen über eine Vereinbarung

zur grenzüberschreitenden Unterrichtung und Anhörung erforderlich, wenn dies die Unternehmensleitung oder mindestens 100 Arbeitnehmer bzw. deren Vertreter in mindestens zwei Unternehmen oder Betrieben in mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten verlangen (Art. 13). Die EBR-RL enthält aber keine Legaldefinition der «wesentlichen strukturellen Änderung». Erwägungsgrund 40 nennt Fusionen, Spaltung und den Erwerb von Unternehmen als Beispiele für wesentliche strukturelle Änderungen³³.

Die Pflicht zur Neuverhandlung besteht unabhängig davon, ob es sich um PDA, Vereinbarungen nach Art. 6 EBR-RL oder gesetzliche EBR handelt, es sei denn die Vereinbarung enthalte eine Anpassungsregelung für den Fall struktureller Veränderungen. PDA unterliegen damit im Fall einer strukturellen Änderung zukünftig erstmals der EBR-RL. Aus diesem Grund sollten Unternehmen, die PDA oder Vereinbarungen nach Art. 6 EBR-RL geschlossen haben und diese erhalten wollen, erwägen, eine entsprechende Anpassungsklausel in die bestehenden Vereinbarungen aufzunehmen. Der Begriff der wesentlichen strukturellen Änderung sollte dabei klar definiert werden und ein genaues Anpassungsverfahren sollte vorgesehen werden.

2. *Einbindung von Gewerkschaften in den Verhandlungsprozess*

Das besondere Verhandlungsgremium hat künftig das Recht, sich von Sachverständigen bzw. Vertretern der kompetenten anerkannten Gewerkschaftsorganisationen auf Gemeinschaftsebene unterstützen zu lassen (Art. 5 Abs. 4). Es ist aufgrund der stärkeren Einbindung von Gewerkschaften in den Verhandlungsprozess davon auszugehen, dass Verhandlungen mit der Arbeitnehmerseite in Zukunft komplexer und zeitaufwändiger werden. Allerdings ist der von Arbeitgeberern gefürchtete garantierte gewerkschaftli-

³³ Abzulehnen ist die Sichtweise des Berichterstatters *Bushill-Matthews*, dass auch der blosser Erwerb von Mehrheitsbeteiligungen eine strukturelle Änderung sein soll, siehe Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (Neufassung) (KOM [2008]0419 – C6-0258/2008 – 2008/0141[COD]), A6-0454/2008, 8. Vgl. kritisch THÜSING/FORST (FN. 23), 411.

che Zugang zu allen betrieblichen Informationen – wie z.B. im deutschen BetrVG – ausgeblieben³⁴.

3. *Verzahnung von grenzüberschreitender und nationaler Unterrichtung*

Die Neufassung sieht eine Abstimmung zwischen den europäischen und einzelstaatlichen Unterrichts- und Anhörungsprozessen vor. Diese soll vorzugsweise in einer Vereinbarung gemäss Art. 6 EBR-RL geregelt werden. Geschieht dies nicht, so finden Unterrichtung und Anhörung parallel im EBR und in den einzelstaatlichen Gremien statt, «wenn Entscheidungen geplant sind, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge mit sich bringen können» (Art. 12 Abs. 3).

4. *Zugang zu notwendigen Informationen*

Auskunftspflichten der zentralen Leitung und weiterer Unternehmensleitungen, welche den Zugang zu den notwendigen Informationen gewährleisten sollen, werden in der Neufassung der EBR-RL nunmehr explizit statuiert. Art. 4 Abs. 4 bestimmt, dass jede Leitung eines zu einer gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe gehörenden Unternehmens sowie die zentrale Leitung oder die fingierte zentrale Leitung des gemeinschaftsweit operierenden Unternehmens oder der gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe dafür verantwortlich ist, die für die Aufnahme von Verhandlungen gemäss Art. 5 erforderlichen Informationen zu erheben und an die Parteien, auf die die Richtlinie Anwendung findet, weiterzuleiten, insbes. die Informationen in Bezug auf die Struktur des Unternehmens oder der Gruppe und die Belegschaft. Somit haben die örtlichen Betriebs- oder Unternehmensleitungen die Verpflichtung, bei der zentralen Leitung Informationen und Unterlagen bezüglich der Arbeitnehmerzahlen sowie der Struktur des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe einzuholen («Lex Kühne + Nagel»). Diese Regelung legt fest, dass die Initiative zur Bereitstellung zur Errichtung eines EBR bei der Leitung liegt.

³⁴ Siehe dazu FUNKE, Die neue EU-Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat, DB 2009, 564ff, 565.

5. *Sonstige Änderungen*

Der Entwurf enthält verschiedene weitere Änderungen. So wird z.B. der Begriff der **Unterrichtung**³⁵ erstmals legal definiert und die bereits vorhandene Definition der **Anhörung**³⁶ wird präzisiert³⁷. Hierbei orientiert sich der europäische Gesetzgeber an bereits in anderen Richtlinien verwendeten Begriffen³⁸. Beachtenswert ist, dass den beiden Definitionen eine zeitliche Komponente hinzugefügt wurde. Demnach liegt eine ordnungsgemässe Unterrichtung bzw. Anhörung im Sinne der Richtlinie nur vor, wenn diese auch rechtzeitig stattgefunden hat. Dies überzeugt auf Grund der Funktion der EBR-RL, den Dialog auf länderübergreifender Ebene zu stärken³⁹.

³⁵ Erwägungsgrund 22, Art. 2 Abs. 1 lit. f: Die Übermittlung von Informationen durch den Arbeitgeber an die Arbeitnehmervertreter, um ihnen Gelegenheit zur Kenntnisnahme und Prüfung der behandelten Frage zu geben; die Unterrichtung erfolgt zu einem Zeitpunkt, in einer Weise und in einer inhaltlichen Ausgestaltung, die dem Zweck angemessen sind und es den Arbeitnehmervertretern ermöglichen, die möglichen Auswirkungen eingehend zu bewerten und gegebenenfalls Anhörungen mit dem zuständigen Organ des betreffenden gemeinschaftsweit operierenden Unternehmens oder der gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe vorzubereiten.

³⁶ Erwägungsgrund 23, Art. 2 Abs. 1 lit. g: Die Einrichtung eines Dialogs und der Meinungsaustausch zwischen den Arbeitnehmervertretern und der zentralen Leitung oder einer anderen, angemesseneren Leitungsebene zu einem Zeitpunkt, in einer Weise und in einer inhaltlichen Ausgestaltung, die es den Arbeitnehmervertretern auf der Grundlage der erhaltenen Informationen ermöglichen, innerhalb einer angemessenen Frist und unbeschadet der Zuständigkeiten der Unternehmensleitung zu den vorgeschlagenen Massnahmen, die Gegenstand der Anhörung sind, eine Stellungnahme abzugeben, die innerhalb des gemeinschaftsweit operierenden Unternehmens oder der gemeinschaftsweit operierenden Unternehmensgruppe berücksichtigt werden kann.

³⁷ Siehe dazu FUNKE (FN. 34), 564f; MELOT DE BEAUREGARD/BUCHMANN (FN. 23), 1419; THÜSING/FORST (FN. 23), 409.

³⁸ Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl L 294 vom 10.11.2001, 22ff; Richtlinie 2002/14/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl L 80 vom 23.3.2002, 29ff.

³⁹ Erwägungsgrund 21 der RL 2009/38/EG.

Künftig gilt die **Verpflichtung der repräsentativen Vertretung aller Arbeitnehmer** des Unternehmens auch für das besondere Verhandlungsgremium (Art. 5 Abs. 2 lit.b). Danach werden die Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums entsprechend der Zahl der in jedem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer bestimmt, sodass pro Mitgliedstaat für jeden Anteil, der 10% der Gesamtzahl der Arbeitnehmer in allen Mitgliedstaaten entspricht, oder für einen Bruchteil dieser Tranche, ein Sitz zugesprochen wird. Diese Formulierung wird so zu verstehen sein, dass auch Mitgliedstaaten, die weniger als 10% der Belegschaft stellen, einen Vertreter entsenden können. Damit besteht aber gerade bei einer grossen Zersplitterung der Belegschaft über zahlreiche Mitgliedstaaten in den Fällen, in denen im Übrigen ein Grossteil der Belegschaft in nur einem Mitgliedstaat tätig ist, die Gefahr der Majorisierung der Mehrheit durch die Minderheit der Arbeitnehmer⁴⁰.

Der **Schutz der Arbeitnehmervertreter** in Art. 10 hat durch drei weitere Absätze im Gegensatz zur Vorgängervorschrift eine enorme Ausdehnung erfahren⁴¹. Diese Bestimmung enthält in Abs. 1 die Regelung, dass die Mitglieder des EBR über die zur Wahrnehmung der sich aus der EBR-RL ergebenden Rechte erforderlichen Mittel verfügen. Kostspielig könnte für Unternehmen die Regelung in Art. 10 Abs. 4 werden, wonach die Mitglieder des EBR alle zur Wahrnehmung ihrer Vertretungsaufgaben erforderlichen Schulungen erhalten und dies ohne Lohnkürzung.

Im Sinne des Subsidiaritätsprinzips hält Art. 1 Abs. 3 neu fest, dass die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer auf der je nach behandeltem Thema **relevanten Leitungs- und Vertretungsebene** stattzufinden hat. Hier wird man genau beobachten müssen, wie dies die nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie regeln. Ein selbständiger Anspruch gegen andere Leitungs- und Vertretungsebenen könnte es der zentralen Leitung in Zukunft erheblich erschweren, die Arbeit mit dem EBR zu strukturieren und zentral durchzuführen.

Weder die ursprüngliche noch die neue EBR-RL schreiben konkrete **Massnahmen für den Fall der Nichteinhaltung** vor. Relevant ist die Frage möglicher Unterlassungsansprüche des EBR bei grenzüberschreitenden Massnahmen, d.h. ob der EBR die Unterlassung einer Massnahme, über die er hätte unterrichtet werden müssen, per einstweiliger Verfügung

durchsetzen kann. Ein solcher Unterlassungsanspruch wird auch in der Neufassung nicht adressiert, obwohl er bereits einige Male Gerichte in anderen Mitgliedstaaten beschäftigt hat⁴².

IV. Auswirkungen der EBR-RL für die schweizerische Praxis

Das Thema Europäischer Betriebsrat hat für die Schweiz im Bereich des Sozialrechts und der Mitwirkung der Arbeitnehmer eine besondere Bedeutung. Der schweizerische Gesetzgeber hat die EBR-RL zwar nicht nachvollzogen, schweizerische Unternehmen(sgruppen) können aber ebenfalls von der Richtlinie betroffen sein. Es können folgende zwei Konstellationen unterschieden werden, in denen die EBR-RL für Schweizer Unternehmen relevant wird⁴³: EBR-pflichtige Unternehmen(sgruppen) mit Hauptsitz im EU-Raum und Tochtergesellschaften in der Schweiz sowie EBR-pflichtige Unternehmen(sgruppen) mit Hauptsitz in der Schweiz und Tochtergesellschaften im EU-Raum. Allerdings gilt es zu beachten, dass schweizerische Arbeitnehmer bzw. in der Schweiz tätige ausländische Arbeitnehmer in beiden Fällen keinen Anspruch auf Mitwirkung im EBR geltend machen können. Schweizer Delegierte werden in EBR nur auf freiwilliger Basis aufgenommen, entweder als echte Delegierte oder als solche mit Beobachterstatus. Oft sind die schweizerischen Delegierten nur Gäste ohne Stimmrecht und bei den Sitzungen nur am Katzentisch dabei.

1. *EBR-pflichtige Unternehmen(sgruppen) mit Hauptsitz im EU-Raum und Tochtergesellschaften in der Schweiz*

Aus der EBR-RL lässt sich kein Anspruch der Arbeitnehmer eines Drittstaats wie der Schweiz auf Mitwirkung bei der Errichtung und Durchführung der Informations- und Konsultationsmechanismen ableiten⁴⁴. Eben-

⁴⁰ Vgl. MELOT DE BEAUREGARD/BUCHMANN (FN. 23), 1419f; THÜSING/FORST (FN. 23), 411.

⁴¹ Siehe FUNKE (FN. 34), 566; MELOT DE BEAUREGARD/BUCHMANN (FN. 23), 1420f.

⁴² Siehe dazu oben in der Einleitung auf S. 14.

⁴³ So als Erster MÜLLER (FN. 13), 103ff. – Danke an Herrn Prof. ROLAND A. MÜLLER für den Gedankenaustausch zu diesem Thema.

⁴⁴ So auch MÜLLER (FN. 13), 103 (verweist auf Art. 16 EBR-RL); STÖCKLI (FN. 21), 7. Vgl. aber KOLVENBACH, Vom «Europäischen Betriebsrat» zum «Europäischen

sowenig steht den Arbeitnehmern bzw. der Arbeitnehmervertretung der Schweizer Tochtergesellschaft ein Anspruch auf einen Beobachterstatus im europäischen Betriebsrat zu. Es gibt deshalb viele Unternehmen, deren zentrale Leitung nicht in der Schweiz angesiedelt ist, die in der EU EBR-pflichtig sind, in der Schweiz eine Niederlassung haben und die sich weigern, Schweizer Delegierte in ihrem EBR zuzulassen (z.B. Michelin).

Der Einbezug von Arbeitnehmern eines Drittstaats kann aber in den nationalen Umsetzungsakten vorgesehen sein, so z.B. in § 14 des deutschen EBRG, oder er kann freiwillig erfolgen. Es gibt deshalb Unternehmen, deren zentrale Leitung nicht in der Schweiz angesiedelt ist, die aber in der EU EBR-pflichtig sind, in der Schweiz eine Niederlassung haben und die freiwillig Schweizer Delegierte – entweder als «echte» Delegierte oder mit Beobachterstatus – in ihren EBR aufgenommen haben. Beispiele dafür sind Vinci, RTA, Axa oder Rio Tinto⁴⁵.

2. EBR-pflichtige Unternehmens(sgruppen) mit Hauptsitz in der Schweiz und Tochtergesellschaften im EU-Raum

Genau wie Unternehmen aus den USA oder Japan werden schweizerische Unternehmen(sgruppen) EBR-fähig/-pflichtig, wenn sie die Schwellenwerte der EBR-RL überschreiten. Die Konzernmutter muss ihren Hauptsitz nicht innerhalb der EU haben⁴⁶. Diese Konstellation hat den EuGH im Jahr 2004 gleich zwei Mal beschäftigt, und zwar in den eben beschriebenen Fällen *Kühne + Nagel* sowie *ADS Anker*⁴⁷.

Wenn der Hauptsitz eines gemeinschaftsweit tätigen Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe in einem Drittstaat wie der Schweiz ansässig ist, fallen seine bzw. ihre Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften

ten im EU-Raum zweifelsohne unter die Richtlinie, wenn sie die übrigen Voraussetzungen erfüllen⁴⁸. Die Arbeitnehmer im schweizerischen Mutterhaus können jedoch die Informations- und Konsultationsrechte aus der EBR-RL für sich nicht in Anspruch nehmen. Dies bedeutet, dass es Unternehmen gibt, deren zentrale Leitung in der Schweiz angesiedelt ist, die aber in ihren EBR keine Schweizer Delegierten aufgenommen haben (z.B. Nestlé, Swatch, Zehnder).

Die Arbeitnehmer im schweizerischen Mutterhaus können die Informations- und Konsultationsrechte aus der EBR-RL für sich nur dann in Anspruch nehmen, wenn die Sozialpartner sich freiwillig dazu bereit erklären, den Informations- und Konsultationsanspruch auf Arbeitnehmer im Mutterhaus auszudehnen⁴⁹. Einige Unternehmen, deren zentrale Leitung in der Schweiz angesiedelt ist, haben Schweizer Arbeitnehmer als Delegierte (z.B. Rieter, Forbo oder Roche) oder als Beobachter (z.B. Holcim) in ihren EBR aufgenommen.

3. Fazit

Es ist gar nicht so einfach, die faktische Bedeutung der EBR-RL in der Schweiz zu erfassen. Klar zu differenzieren ist zwischen der Frage, ob ein schweizerisches Unternehmen einen EBR hat, und der Frage, ob darin auch schweizerische Arbeitnehmer zugelassen sind. Die faktische Bedeutung der EBR-RL für Schweizer Unternehmen ist enorm, nicht aber diejenige für die schweizerischen⁵⁰ Arbeitnehmer.

Schauen wir uns die Statistiken an. In den Statistiken umfasst der Begriff des Europäischen Betriebsrats, des European Works Council, sowohl PDA als auch Vereinbarungen gemäss Art. 6 und EBR gemäss Art. 7. Seit die EBR-RL im Jahre 1996 in Kraft getreten ist, haben 938 Unternehmen ei-

Ausschuss», RdA 1994, 279ff, 282f (postuliert, Geschäftsleitung und Arbeitnehmer in Drittstaaten seien einzuladen, im EBR mitzuwirken).

⁴⁵ Für Daten (vom 13.5.2009) aus der Praxis danke ich Herrn MATTHIAS HARTWICH, Gewerkschaft Unia Zentralsekretariat, Vertrags- und Interessengruppenpolitik. Viele Daten sind auch zu finden auf <www.euro-betriebsrat.de> und <www.ebr-news.de>.

⁴⁶ Siehe ALTMAYER, Die Konzernmutter muss ihren Sitz nicht in der EU haben – Urteil des EuGH zur Informationspflicht des Arbeitgebers bei Gründung eines EBR, AiB 2004, 204f.

⁴⁷ Siehe dazu oben S. 21ff.

⁴⁸ Art. 4 Abs. 2 RL 2009/38/EG; siehe AENISHÄNSLIN (FN. 18), 99ff; HANDSCHIN (FN. 14), 133; MÜLLER (FN. 13), 104.

⁴⁹ MÜLLER (FN. 13), 105; KÖGLER/LÜPKE, Die neue Richtlinie über Europäische Betriebsräte: Gestaltungsmöglichkeiten eines Verfahrens zur Information und Konsultation in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen, in: Meyer-Marsilius/Schluep/Stauffacher (Hrsg.), Beziehungen Schweiz-EG: Abkommen, Gesetze und Richtlinien, Kommentare, Loseblatt-Sammlung, Zürich 1989ff, 10.3/VIII./101ff, 112, 119.

⁵⁰ D.h. die für den Hauptsitz oder die Tochtergesellschaft in der Schweiz tätigen Arbeitnehmer; dies kann natürlich auch ein in Zürich angestellter Deutscher sein.

nen aktiven EBR begründet⁵¹. Von diesen 938 Unternehmen haben 398 ihren Hauptsitz in der Schweiz. Damit hat die Schweiz eine grössere Anzahl Unternehmen mit einem EBR als die meisten Mitgliedsländer der EU. Nur Deutschland, UK, Frankreich, Schweden, die Niederlande und Belgien und ausserhalb der EU die USA weisen mehr solche Unternehmen auf. Gemäss den Schwellenwerten der EBR-RL sind rund 100 Unternehmen mit Hauptsitz in der Schweiz EBR-fähig/-pflichtig, d.h. sie müssten auf Antrag der Arbeitnehmer einen EBR bilden⁵². Die Einrichtung eines EBR ist kein automatischer Prozess, sondern erfordert entweder das Aktivwerden der zentralen Leitung des Unternehmens oder aber den schriftlichen Antrag von mindestens 100 Arbeitnehmern oder ihren Vertretern aus mindestens zwei Betrieben oder Unternehmen in mindestens zwei verschiedenen Mitgliedstaaten (Art. 5 Abs. 1 EBR-RL). Mit 39 verwirklichten und aktiven EBR beträgt die faktische Umsetzung zwar erst knapp 40%, dies entspricht aber in etwa dem europäischen Durchschnitt⁵³. Ausserdem gilt es zu bedenken, dass es PDA und Vereinbarungen nach Art. 6 gibt, die nirgends gemeldet sind, sodass die Statistiken nur die registrierten Gremien erfassen.

Die Statistiken zeigen zwei weitere Aspekte nicht auf. Erstens nehmen sie nur die Unternehmen mit Hauptsitz in der Schweiz auf, lassen aber die Unternehmen, deren zentrale Leitung nicht in der Schweiz angesiedelt ist, die aber in der Schweiz eine Niederlassung haben, EBR-pflichtig sind und Schweizer Delegierte in ihrem EBR haben, ausser acht. Zweitens bedeutet die Existenz von 39 schweizerischen Unternehmen mit EBR noch lange nicht, dass diese auch schweizerische Arbeitnehmer als Delegierte akzeptieren. Dies ist von Fall zu Fall verschieden, wenngleich in den EBR schweizerischer Unternehmen meistens auch eine Vertretung aus schweizerischen Betrieben zugelassen ist⁵⁴. Die Statistiken zeigen damit die Bedeutung für Schweizer Unternehmen nur unzureichend und die Bedeutung für Schweizer Arbeitnehmer gar nicht auf.

⁵¹ Siehe dazu die Daten von November 2009 der Database of European Works Councils Agreements auf <www.ewcdb.eu/documents/wwwewcdbenstats.pdf>.

⁵² <www.ewcdb.org> (bei «search a company», select Switzerland).

⁵³ 938 von 2386 Unternehmen, siehe <www.ewcdb.eu> und Dokument «European Works Councils (EWCs)» auf <www.etuc.org> vom Mai 2009.

⁵⁴ CASPERS, Der Europäische Betriebsrat, CH-D Wirtschaft 3/2001, 18; BAUMANN, Kommentar zum Vergleich des Mitwirkungsrechts der Schweiz mit den EU-Mindestregelungen, Unia Zentralsekretariat, Bern November 2007.