

tungsverbot bzw. der prozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Kontrollergebnisse gestellt, die besonders im Kündigungsschutzprozess Bedeutung erlangt. Darf der Arbeitgeber eine gegen die Grenzen der Videoüberwachung erlangte Aufnahme von einer Vertragsverletzung zur Grundlage seiner Kündigung machen? Oder eine bei einer rechtswidrigen, weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers verletzende Taschenkontrolle gefundene, im Eigentum des Arbeitgebers stehende Ware? Die Lehre von der Frucht vom verbotenen Baum gilt im deutschen Prozessrecht nicht, und so hat sich insgesamt eine vermittelnde Ansicht durchgesetzt. Es wird gemeinhin getrennt zwischen der Erlangung des Beweismittels und dessen Verwertung im Prozess<sup>64</sup>. Einmal handelt der Arbeitgeber, einmal ein staatliches Organ. Die Annahme eines Beweisverwertungsverbots bedarf stets einer rechtlichen Grundlage, da das Gericht zur freien Beweiswürdigung verpflichtet ist. Einen generellen Vorrang der Wahrheitspflicht kennt die Rechtsordnung nicht. Daher ist es der Schutzzweck der verletzenen Norm, der darüber entscheidet, ob das rechtswidrige vorprozess-

suale Verhalten des Arbeitgebers Auswirkungen auf die Verwertbarkeit hat<sup>65</sup>. Daraus folgt, dass ein Verwertungsverbot gilt, wenn der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers so gewichtig war, dass bei der Abwägung dieses Rechts mit den für die Verwertung sprechenden Interessen des Arbeitgebers die Interessen des Arbeitnehmers überwiegen<sup>66</sup>. Man könnte formulieren: Je größer die Rechtswidrigkeit, so eher ist eine Verwertung möglich, doch gibt es eine größere und eine kleinere Rechtswidrigkeit? Da der Gesetzgeber jedoch in § 32 I 2 BDSG kodifiziert hat, anhand welcher Vorgabe ein entsprechender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu beurteilen ist, wird man künftig davon ausgehen können, dass bei Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen (soweit sie einschlägig sind!) eine Verwertbarkeit möglich ist, sonst nicht. ■

64 BAG, NZA 2008, 1008.

65 Ausführlich Grimm/Schiefer, RdA 2009, 329 (339 ff.).

66 S. BAGE 105, 356 = NZA 2003, 1193.

Professor Dr. Wolfgang Däubler\*

## Soft law und kollektives Arbeitsrecht

### Wittenberg-Prozess – Verhaltensrichtlinien von Unternehmen – Ehrenkodex für Betriebsräte

#### I. Die Fragestellung

Was hat kollektives Arbeitsrecht mit „ethischer Unternehmensführung“ zu tun, die im Mittelpunkt unserer Tagung steht? Welche Initiativen können Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände, Betriebsräte und Geschäftsleitungen sowie die Vertreter beider Seiten im Aufsichtsrat entfalten, damit im Unternehmen nicht nur nach Gesetz und Recht verfahren, sondern auch ethische Standards entwickelt und eingehalten werden?

Die juristische Literatur erweist sich als recht einsilbig. Der Katalog des Juristischen Seminars der Universität Tübingen erbringt unter dem Stichwort „ethische Unternehmensführung“ keinen einzigen Treffer, und dasselbe passiert im Bremer Juridicum. Die Hoffnung, auf vorhandenen arbeitsrechtlichen Überlegungen aufbauen zu können, erweist sich als trügerisch. Die UB-Kataloge beider Universitäten sind – was das generelle, nicht auf die rechtlichen Strukturen zugeschnittene Thema angeht – etwas ergiebiger; immerhin sieben Buchtitel aus den letzten zehn Jahren werden in Tübingen angezeigt, in Bremen sind es fünf.

Nun kann das Stichwort vielleicht etwas ungeschickt gewählt sein, aber auch unter „Unternehmensethik“ und verwandten Begriffen ist nicht viel mehr zu entdecken. Von „Vorarbeiten“ auch hier keine Spur. Dies mag mit drei Faktoren zusammenhängen.

Zum einen interessieren sich Juristen nun einmal für „Recht“, d. h. für verbindliche Verhaltensregeln, deren Verletzung vom Staat (oder in seinem Auftrag) mit Sanktionen belegt wird. Ethik hat zwar einen Verbindlichkeitsanspruch, aber Sanktionen sind nicht vorgesehen. Ein solches Phänomen interessiert daher nur, wenn Rechtsnormen nach Art des § 138 BGB darauf verweisen, doch Derartiges existiert im Arbeitsrecht bislang nicht.

Zum zweiten ist die Unternehmenspolitik eher am Rande des Arbeitsrechts angesiedelt. Viele wünschen sich, dass die Ins-

titutionen des kollektiven Arbeitsrechts vor der unternehmerischen Autonomie halt machen. Dies lässt sich zwar nach der Rechtsprechung des BAG nicht realisieren: Tarifverträge können sich auch auf unternehmerisches Verhalten beziehen, wenn dieses untrennbar mit sozialen Auswirkungen für die Beschäftigten verbunden ist<sup>1</sup>, und ein Tarifsozialplan ist selbst dann zulässig, wenn er in Folge der vorgesehenen Leistungen starke Rückwirkungen auf die zu Grunde liegende unternehmerische Entscheidung hat<sup>2</sup>. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats über die Arbeitszeit kann die vom Arbeitgeber gewünschten Betriebsnutzungszeiten beschränken<sup>3</sup>. Das Vorschlags- und Beratungsrecht des Betriebsrats nach § 92 a BetrVG darf auch unternehmerische Maßnahmen einbeziehen, sofern diese aus seiner Sicht der Sicherung oder Förderung der Beschäftigung dienen. Aber der Wunsch, das Arbeitsrecht fern zu halten, bleibt gleichwohl, und die genannten Normen betreffen Sondersituationen; das Alltagsgeschäft ist weit unter dieser Linie angesiedelt.

Zum dritten schlägt dem Phänomen „ethische Unternehmensführung“ Skepsis aus sehr unterschiedlichen Richtungen entgegen. Wer zum Konservativismus neigt, wird das Verbot sittenwidrigen Handelns im Allgemeinen wie im Wettbewerb als ausreichend ansehen und Diskussionen über zusätzliche Regeln eher als Vergeudung von Zeit und Ressourcen betrachten. Wer sich als progressiv versteht, wird den Ideologieverdacht nicht unterdrücken können: Wird da nicht mit schönen Formeln eine wünschbare Wirklichkeit vorgegaukelt, die das bestehende System als human und erneuerungsfähig erscheinen lässt, ohne es auch nur im Geringsten zu ändern?

\* Der Autor ist Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.

1 BAG, NZA 1990, 886 = AP GG Art. 9 Nr. 56.

2 BAGE 122, 134 = NZA 2007, 987 Rdnr. 112.

3 BAG, NJW 1983, 953 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 8, bestätigt durch BAGE 112, 227 = NZA 2005, 538 (541); darin liegt kein Verfassungsverstoß: BVerfG, NZA 1986, 199 = AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 15 = AuR 1986, 157.

Die drei im Titel genannten Phänomene sind es gleichwohl wert, einer näheren Betrachtung unterzogen zu werden. Nur in Ansehung konkreter Modelle kann die beschriebene Skepsis widerlegt oder bestätigt werden. Den drei Phänomenen ist aus juristischer Sicht gemein, dass sie keine verbindlichen Regeln enthalten müssen, dies meist auch nicht tun. Im folgenden Abschnitt sollen sie inhaltlich beschrieben werden (unten II). Anschließend wird es – mit der juristischen Brille betrachtet – darum gehen, wann von „hard law“ und wann von „soft law“ die Rede sein kann und ob im konkreten Zusammenhang das eine oder das andere vorliegt (III). Im Folgenden ist das Instrumentarium des kollektiven Arbeitsrechts auf das Beschriebene anzuwenden: Inwieweit können insbesondere Tarifverträge und Mitbestimmung Beiträge leisten, um Verbesserungen zu erreichen oder jedenfalls unangemessene Bestimmungen zu verhindern? Kann auf diesem Wege aus „Empfehlungen“ ernsthaftes Recht gemacht werden?

## II. Die aktuellen Initiativen

### 1. Wittenberg-Prozess

Seit Juli 2007 trafen sich Vertreter des Bundesarbeitgeberverbands Chemie (BAVC) und der Industriegewerkschaft Bergbau-Chemie-Energie (IG BCE), um einen Diskussionsprozess über verantwortlichen Handeln in der Sozialen Marktwirtschaft zu führen und in anderen Teilen der Gesellschaft in Gang zu setzen. Mit Hilfe des Wittenberg-Zentrums für Globale Ethik wurde eine „Sozialpartner-Vereinbarung“ erarbeitet, die im August 2008 unterzeichnet und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde<sup>4</sup>. Sie enthält Leitlinien zu fünf Themenbereichen:

- Die Soziale Marktwirtschaft benötigt einen nachhaltigen wirtschaftlichen Erfolg der einzelnen Unternehmen, der Bedingung ist für Innovationen, Investitionen und Arbeitsplätze.
- Der Schutz von Gesundheit und Umwelt sowie die Sicherheit von Mitarbeitern, Anwendern und Nachbarschaft muss ständig verbessert werden.
- Die Sozialpartner bekennen sich zu dem Anspruch: Gute Arbeit schaffen. Dazu gehört eine „respektvolle Verständigung“, Fairness und Vertrauen. Gute Arbeit ist geprägt von einer Kultur der Teilhabe und der Mitgestaltung.
- Die Globalisierung ist unabdingbare Voraussetzung für die Zukunft des Chemiestandorts Deutschland. Beide Sozialpartner setzen sich für faire Wettbewerbsregeln weltweit ein.
- Nachhaltiger Unternehmenserfolg benötigt Qualifikation und Engagement der Beschäftigten. „Investitionen in die Potenziale der Menschen bringen langfristig die höchsten Erträge“. Auch für die Innovationskraft und die Wettbewerbsfähigkeit sind die Beschäftigten die entscheidende Ressource.

Festlegungen dieser Art sind notwendigerweise auf einem hohen Abstraktionsniveau angesiedelt. Ob sie wirklich „greifen“ und die Realität des Arbeitens erreichen, ist ihr eigentliches Problem. Dieses besteht einmal darin, einzelne zentrale Begriffe mit Inhalt zu erfüllen (Ist „Nachhaltigkeit“ ausreichend umschrieben, wenn man – in Alltagssprache übersetzt – betont, das Unternehmen müsse auch in zehn oder zwanzig Jahren noch über gute Bilanzen und eine solide Stellung auf dem Markt verfügen? Oder: Was bedeutet „gute Arbeit“ für die zeitlichen Schranken bei der Vertrauensarbeitszeit?). Zum zweiten geht es darum, Mechanismen zu schaffen, wie die beabsichtigten Verhaltensregeln unter den Bedingungen jedes einzelnen Betriebs umgesetzt werden

können. Die Chancen sind hierfür sicherlich besser, wenn Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretungen gemeinsam handeln als wenn nur die gewerkschaftliche Seite „gute Arbeit“ einfordert und auf der anderen Seite Misstrauen besteht und gar der Verdacht aufkommt, man wolle nur den Arbeitseinsatz minimieren oder alte Ideen einer Selbstverwaltung am Arbeitsplatz wiederaufleben lassen. Die guten Aussichten, die man für die Arbeitsbeziehungen in Deutschland prognostizieren kann, sind im Weltmaßstab allerdings nichts anderes als ein (frommer) Wunsch. Was soll geschehen, wenn Wettbewerber aus anderen Ländern abweichende Vorstellungen von Fairness entwickeln oder diesen Gedanken überhaupt ablehnen?

### 2. Verhaltensrichtlinien von Unternehmen

Ethik-Kodices von Unternehmen, auch „codes of conduct“ genannt, haben in den vergangenen Jahren eine Art Prominentenstatus erreicht. Ein entscheidender An Schub kam sicherlich von den US-Börsenregeln und dem Sarbanes-Oxley Act, doch zeigen die Anwendungsfälle, dass es keineswegs nur um deren Befolgung oder gar Überbietung geht. Im Wesentlichen lassen sich zwei Erscheinungsformen unterscheiden:

- Zum einen geht es darum, bestimmte elementare Sozialstandards festzuschreiben, etwa die Core Labour Standards der ILO, wozu das Verbot der Kinder- und der Zwangsarbeit, die freie gewerkschaftliche Interessenvertretung und das Verbot von Diskriminierungen gehören<sup>5</sup>. Dazu kommen gegebenenfalls Regelungen über den zu bezahlenden Mindestlohn, über Gesundheitsschutz und über Arbeitszeiten. Auf Arbeitgeberseite steht typischerweise ein multinationaler Konzern, dessen Verhalten in Entwicklungs- und Schwellenländern mit einem Rahmen versehen werden soll. Dabei kann es sich um einseitige Erklärungen der Unternehmen, gewissermaßen um Selbstverpflichtungen handeln, aber auch um vertragliche Vereinbarungen, die als so genannte IFAs (= International Framework Agreements) in wachsendem Umfang mit den internationalen gewerkschaftlichen Zusammenschlüssen auf Branchenebene abgeschlossen werden<sup>6</sup>. Für die praktische Wirkung sind zwei Dinge entscheidend. Zum einen geht es darum, mit Hilfe eines Monitoring-Verfahrens die Einhaltung der gewollten Grundsätze zu überwachen, wobei die dafür geschaffenen oder mit dieser Aufgabe betrauten Instanzen durch eine sehr unterschiedliche Unabhängigkeit geprägt sind. Zweiter Problemschwerpunkt ist die Einbeziehung der lokalen Zulieferer, bei denen häufig die eigentlichen Problemfälle auftreten. Beides ist keineswegs „Gemeingut“ und in vereinbarten Regeln eher enthalten als in einseitig zugesagten.
- Von diesen „arbeitsrechtlich“ orientierten sind die „unternehmensrechtlich“ orientierten Richtlinien zu unterscheiden, durch die die einzelnen Beschäftigten zur Einhaltung bestimmter Verhaltensstandards veranlasst werden sollen. Hier steht in der Tat die US-Gesetzgebung im Hintergrund. In Deutschland sind die Fälle „Wal Mart“ und „Honeywell“ bekannt geworden, haben allerdings bei den Beschäftigten und in der Öffentlichkeit wenig Akzeptanz gefunden. Der Wal Mart-Kodex enthielt sehr weitgehende Einschränkungen für die Betroffenen. Die

4 Dazu und zum Folgenden IG BCE und BAVC, Verantwortliches Handeln in der Sozialen Marktwirtschaft – Der Wittenberg-Prozess der Chemie-Sozialpartner, 2009.

5 Einzelheiten bei Zimmer, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen. Sicherung internationaler Mindeststandards durch Verhaltenskodizes?, 2008, S. 44 f.

6 Zimmer (o. FuRn. 5), S. 158 ff., auch zum Folgenden.

Annahme von Geschenken und Zuwendungen sollte strikt verboten sein und auch Trinkgelder und persönliche Gefälligkeiten (wie die Mitnahme im Auto für den Weg nach Hause) umfassen. Gespräche mit Journalisten waren generell untersagt. „Flirten am Arbeitsplatz“ sollte auch dann verboten sein, wenn es beiden Seiten nicht unwillkommen war. Auch das gemeinsame Ausgehen in der Freizeit und erst recht das Eingehen einer „Liebesbeziehung“ waren ausgeschlossen, sofern der eine Beteiligte auf die Arbeitsbedingungen des andern Einfluss nehmen konnte. Wer von Verstößen gegen den Kodex Kenntnis bekam, musste diese über eine Hotline den zuständigen Stellen im Unternehmen mitteilen; wer dies nicht tat, wurde genauso wie die „Täter“ selbst sanktioniert<sup>7</sup>. Aus Frankreich wird von einem Fall berichtet, in dem das Wettbewerbsverbot auf die Familienangehörigen erstreckt und der Arbeitnehmer zur Vertraulichkeit in allen wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Angelegenheiten verpflichtet wurde, die selbst im persönlichen Umfeld zu wahren war<sup>8</sup>. Im vom BAG entschiedenen Honeywell-Fall<sup>9</sup> ging es gleichfalls unter anderem um die Verpflichtung, bestimmte Verstöße über eine Hotline den zuständigen Stellen kund zu tun. Hinter diesem ungewöhnlichen Pflichtenprogramm steht das US-amerikanische Verständnis von abhängiger Arbeit, das den Arbeitnehmer nicht als Grundrechtsträger, sondern nur als Vertragspartner sieht, der sich „freiwillig“ zu einem außerordentlich weitreichenden Verhalten verpflichten kann<sup>10</sup>.

### 3. Ehrenkodex für Betriebsräte

Relativ jungen Datums ist der Vorschlag, einen „Ehrenkodex“ für Betriebsräte einzuführen. Er findet sich im Koalitionsvertrag der aktuellen Regierung wieder, wo es unter Nr. 3.2 am Ende heißt<sup>11</sup>:

„Entsprechend den Grundsätzen der Unternehmensführung (Corporate Governance Codex) werden wir in Gespräche über die Größe von Aufsichtsräten eintreten. Darüber hinaus soll neben Aufsichtsräten und Vorständen auch ein Ehrenkodex für Betriebsräte entwickelt werden (z. B. mit einem Recht der Betriebsversammlung auf Offenlegung der gezahlten Aufwendungen an Betriebsratsmitglieder).“

Konkrete Umsetzungsschritte sind bislang nicht ersichtlich<sup>12</sup>.

## III. Soft law oder hard law?

### 1. Die grundsätzliche Einordnung

Eine Sozialpartnervereinbarung wie die im Wittenberg-Prozess geschlossene verschafft als solche keine einklagbaren Ansprüche. Bemüht sich der Arbeitgeber nicht um Nachhaltigkeit oder lässt er es an „respektvoller Verständigung“ fehlen, kann man nicht die Arbeitsgerichte bemühen, um eine Korrektur herbeizuführen. Dies ist – soweit ersichtlich – auch für die anderen, seit 1983 zu Stande gekommenen Sozialpartnervereinbarungen unstrittig<sup>13</sup>. Insoweit handelt es sich eindeutig um „soft law“.

Bei den Verhaltensrichtlinien muss man demgegenüber differenzieren. Gibt die Spitze eines internationalen Konzerns eine einseitige Erklärung ab, die angeschlossenen Unternehmen dürften ein bestimmtes Lohnniveau nicht unterschreiten, so liegt darin kein rechtsgeschäftliches Angebot an die Beschäftigten, sondern eine Deklaration, die eine bestimmte Unternehmenspolitik zum Ausdruck bringt. Bei vertraglichen Vereinbarungen, etwa mit einem internationalen Gewerkschaftszusammenschluss, hängt der Rechtscharakter von den getroffenen Vereinbarungen ab. Eine rechtliche Bin-

dung kann gewollt sein, muss es aber nicht. Ob dies überhaupt von sehr großer Bedeutung ist, wird man durchaus bezweifeln können. Bislang ist in der Literatur nach meiner Kenntnis kein Fall dokumentiert, in dem Ansprüche aus einem International Framework Agreement gerichtlich geltend gemacht worden wären; dies allein auf fehlende Kontroversen oder extreme Friedfertigkeit aller Beteiligten zurückzuführen, erscheint nicht übermäßig plausibel.

Die „unternehmensinduzierten“ Ethik-Richtlinien waren in den oben skizzierten Fällen Wal Mart und Honeywell selbstredend als „hard law“ gedacht. Möglich wäre aber auch, in entsprechende „Verhaltensregeln“ eine Klausel aufzunehmen, wonach keinerlei oder jedenfalls keinerlei zusätzliche Pflichten für die Arbeitnehmerseite entstehen. Dann läge auch hier soft law vor.

Der „Ethik-Kodex“ für Betriebsräte ist – wie die Parallele zum Corporate Governance Codex zeigt – von vorneherein als rechtlich unverbindliche Ordnung gedacht. Wie die Einschaltung der Betriebsversammlung deutlich macht, verlässt man sich auf den sozialen Druck, der auf Grund einer deutlich werdenden Begünstigung wegen des Betriebsratsamts entstehen könnte.

### 2. Unwirksames und wirksames soft law

Normen des soft law haben eine höchst unterschiedliche praktische Relevanz. Zumindest in der Vergangenheit sprach eine Vermutung dafür, dass es sich normalerweise um „fromme Wünsche“ handelte. Schuld daran war nicht nur das Fehlen rechtlicher Sanktionen, sondern ein ganzes Bündel weiterer Ursachen. Die wichtigsten seien genannt:

- Die meisten Grundsätze waren und sind von einem hohen Allgemeinheitsgrad; es wird „ausreichender Gesundheitsschutz“ auch in der Dritten Welt und „angemessene Vergütung“ versprochen. Im Unterschied zum geltenden Recht, das ja auch mit solchen Generalklauseln arbeitet, gibt es in aller Regel keine Instanz, die für eine verbindliche Konkretisierung sorgt. Die Gerichte scheiden ebenso aus wie die Arbeitsaufsicht; es bleibt bei den allgemeinen Bekundungen.
- Die Normen des soft law sind häufig wenig bekannt. Selbst Tarifpolitiker kennen nicht unbedingt die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen aus dem Jahre 2000<sup>14</sup>, die in ihrer Nr. 7 vorsehen, in Tarifverhandlungen dürfe nicht mit der vollständigen oder teilweisen Verlagerung einer Betriebseinheit aus dem betreffenden Land in ein anderes Land gedroht werden. Verstöße wären der Nationalen Koordinierungsstelle zur Kenntnis zu bringen. In Deutschland ist sie beim Bundeswirtschaftsminister angesiedelt; sie würde sich um Vermittlung bemühen. Oder nehmen wir das Beispiel der zahlreichen ILO-Empfehlungen, die neben den gleichfalls nicht gerade zum Alltagswissen des Arbeitsrechtlers zählenden ILO-Übereinkommen stehen und die sich beispielsweise auch auf den Kündigungsschutz beziehen. Selbst Kodizes über ethisch korrektes Verhalten in Entwicklungsländern, die

7 Sachverhalt nach ArbG Wuppertal, NZA-RR 2005, 476.

8 Mitgeteilt bei Junker, BB 2005, 602.

9 BAGE 127, 146 = NZA 2008, 1248.

10 Vgl. Finkin, ZvgRWiss 94 (1995), 109 ff.

11 www.cdu.de/doc/pdf/c/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf (aufgerufen am 24. 8. 2010).

12 Zur vorhergehenden Diskussion s. insbesondere Schweibert/Buse, NZA 2007, 1080.

13 Überblick bei Zachert, in: Festschr. f. Hanau, 1999, S. 138 ff.; Däubler/Däubler, TVG, 2. Aufl. (2006), Einl. Rdnr. 851; Eich, NZA 1995, 149.

14 Einzelheiten bei Däubler, ArbR 1, 16. Aufl. (2006), Rdnr. 1381.

auch die Zulieferer einbeziehen, sind bei den Betroffenen weitestgehend unbekannt<sup>15</sup>.

- Kommt es trotz geringer „Konturenschärfe“ der Normen zu Verstößen (was nur in schweren und evidenten Fällen anzunehmen ist), so fehlen häufig die unabhängigen Instanzen, die sie aufdecken oder näher untersuchen können<sup>16</sup>. Wie will man verlässliche Angaben darüber gewinnen, ob sich das Arbeitgeberunternehmen in Indien oder Bangla Desh Kinderarbeit zunutze gemacht hat – typischerweise dadurch, dass ein Zulieferer, der seine Arbeitsbedingungen als „unauffällig“ schilderte, auf diese Arbeitsform zurückgriff und dadurch besonders preiswerte Leistungen anbieten konnte?

Das wirkungslose Verpuffen schöner Deklarationen ist nicht allein ein Phänomen grenzüberschreitendes Arbeitsverhältnisse, sondern auch in unseren Breitengraden anzutreffen. So hat die erste Regierung *Schröder* statt eines Gesetzes über die Frauenförderung in der Privatwirtschaft am 2. 7. 2001 eine „Vereinbarung“ mit BDA, BDI, DIHT und ZDH unterzeichnet, wonach die Spitzenverbände ihren Mitgliedern empfehlen, „betriebliche Maßnahmen zur Verbesserung der Chancengleichheit von Frauen und Männern sowie der Familienfreundlichkeit“ zu ergreifen. Weiter hieß es: „Solange die Vereinbarung erfolgreich umgesetzt wird, wird die Bundesregierung keine Initiative ergreifen, um die Chancengleichheit von Frauen und Männern auf gesetzlichem Wege zu erreichen<sup>17</sup>“. Eine wirksame Erfolgskontrolle ist jedoch nicht ersichtlich.

Diese Negativbeispiele geben nicht die ganze Realität wieder. Sie sind zwar durchaus typisch, wenn man ausschließlich nach der direkten Umsetzung von soft law fragt, doch kann es andere Mechanismen geben, die mittelbar eine mehr oder weniger große praktische Wirksamkeit ergeben. Wichtigster Fall ist, dass genuine Rechtsnormen auf Regeln des soft law Bezug nehmen. Prominentestes Beispiel stellt § 161 AktG dar, der börsennotierte Aktiengesellschaften verpflichtet, einmal jährlich im elektronischen Bundesanzeiger bekannt zu geben, ob sie in ihrer praktischen Unternehmenspolitik den Empfehlungen des Corporate Governance Kodex Rechnung getragen haben. War dies nicht in vollem Umfang der Fall, sind die dafür maßgebenden Gründe zu benennen („comply or explain“). Wird dieser Verpflichtung nicht Rechnung getragen oder eine bewusst falsche Erklärung abgegeben, so kann dies eine Schadensersatzpflicht zur Folge haben<sup>18</sup>. Außerdem war mit der Einführung des rechtlich ja nicht bindenden Corporate Governance Kodex die Erwartung verbunden, dass seine Einhaltung vom Kapitalmarkt honoriert und sich deshalb positiv auf den Börsenkurs niederschlagen würde, doch lässt sich dieser Effekt bisher nicht belegen<sup>19</sup>. Dies schließt nicht aus, dass der Umgang mit dem Kodex in anderen Zusammenhängen zur Referenzgröße wird, dass er beispielsweise in das Unternehmensrating eingeht (von dem die Höhe der zu bezahlenden Kreditzinsen abhängt), bei der Börsenzulassung eine Rolle spielt<sup>20</sup> oder von einem Aktienkäufer als wichtiger Gesichtspunkt gewertet wird. Dies alles führt dazu, dass sich die Unternehmen im Regelfall bemühen, den Vorgaben des Kodex trotz seiner rechtlichen Unverbindlichkeit Rechnung zu tragen.

Auch bei genuin arbeitsrechtlichen Inhalten kann es eine Konstellation geben, die den Soft Law – Regeln eine unerwartete Durchschlagkraft verschafft. Beruft sich etwa ein Unternehmen in der Werbung darauf, die von ihm vertriebenen Teppiche seien ohne jede Kinderarbeit geknüpft worden, trifft dies jedoch nicht zu, so dürfte ein Fall des unlauteren Wettbewerbs vorliegen, der Schadensersatz- und Unterlas-

sungsansprüche von Wettbewerbern und Verbraucherorganisationen zur Folge hat<sup>21</sup>. Erst recht gilt dies, wenn nicht nur das internationale „Rechtsgefälle“ ausgenutzt, sondern die Herstellung der in Deutschland vertriebenen Waren unter Verletzung elementarer Sozialstandards erfolgt ist<sup>22</sup>. Zu denken ist aber nicht nur von den wettbewerbsrechtlichen Sanktionen her. Manche Unternehmen, die direkt für den Verbraucher produzieren, sehen ihren geschäftlichen Erfolg gefährdet, wenn sie Gegenstand einer kritischen Berichterstattung in den Medien werden – sie sind deshalb aus schlechtem Eigennutz daran interessiert, nicht nur einen Verhaltenskodex aufzustellen sondern ihn so weit umzusetzen, dass man ihnen kein inkonsequentes Verhalten vorwerfen kann.

Neben der Begründung von Rechtspflichten können daher auch außerrechtliche, insbesondere wirtschaftliche Gründe die Einhaltung von soft law und damit seine Quasi-Verbindlichkeit bewirken.

Was folgt daraus für das hier untersuchte Thema? Soweit – wie überwiegend – soft law in Rede steht, ist danach zu fragen, inwieweit das kollektive Arbeitsrecht Instrumente bereit stellt, um für die Konkretisierung und Einhaltung der aufgestellten Prinzipien zu sorgen. Daneben sind immer auch die außerrechtlichen Faktoren im Blick zu behalten, die für eine effektive Beachtung der Regeln sorgen könnten. Die genannten Beispiele vermögen hierfür einiges Material zu liefern.

#### IV. Umsetzung der Ergebnisse des Wittenberg-Prozesses

Dass konsensuale Gespräche zwischen BAVC und IG BCE über ein Grundsatz-Thema zu einer „Sozialpartnervereinbarung“ führen, ist nicht eben überraschend; allenfalls bedürfte die Benutzung einer anderen Rechtsform der besonderen Begründung. Insoweit ist es im Grunde eine müßige Frage, ob mit gleichem Inhalt auch ein Tarifvertrag zulässig wäre. Die besseren Gründe sprechen überdies dagegen. In einer allerdings weit zurückliegenden Entscheidung<sup>23</sup> hat das BAG den Grundsatz ausgesprochen, es widerspreche dem geltenden Tarifrecht, wenn die Vereinbarung der Löhne und einzelner anderer Arbeitsbedingungen den Arbeitsvertragsparteien überlassen werde. Ein Tarifvertrag, der keinen Minimalschutz gewährt, ist somit kein Tarifvertrag, sondern – so könnte man sagen – die Karikatur eines solchen, für den nach der genannten BAG-Entscheidung auch nicht gestreikt werden darf. Das ließe sich auf den Fall übertragen, dass ein Tarif nur Empfehlungen enthält. Mit Rücksicht auf die Entscheidungsfreiheit der Tarifparteien könnte man dies heute vielleicht anders sehen, doch würde man dann durch eine Abmachung, die nur rechtlich Unverbindliches enthält, den Abschluss wirksamer Betriebsvereinbarungen nach § 77 III

15 S. die empirischen Daten bei *Zimmer* (o. Fußn. 5), S. 133 ff. (136), bei Zulieferbetrieben großer Sportartikelhersteller in El Salvador.

16 Zu den verschiedenen Formen des Monitoring s. *Zimmer* (o. Fußn. 5), S. 205 ff.

17 Die Vereinbarung war abrufbar unter [www.bundesregierung.de](http://www.bundesregierung.de) Stichwort: Frauenförderung (30. 10. 2005). Derzeit (26. 8. 2010) ist sie dort nicht mehr wiedergegeben.

18 Näher dazu *Kort*, in: Festschr. f. Karsten Schmidt, 2009, S. 945 ff. Zu den Schwierigkeiten, ob bei Abweichungen jeweils eine neue Erklärung abzugeben ist, s. *Ederle*, NZG 2010, 655.

19 *Nowak/Rott/Mahr*, ZGR 2005, 252; *Wackerbarth*, ZGR 2005, 686.

20 *Cromme*, in: *Zypries*, Die Renaissance der Rechtspolitik, 2008, S. 83; *Kort*, in: Festschr. f. Karsten Schmidt (o. Fußn. 18), S. 947.

21 *Zimmer* (o. Fußn. 5), S. 260 ff.; *Kocher*, GRUR 2005, 647 (648).

22 Dazu *Zimmer* (o. Fußn. 5), S. 254 ff.; *Däubler*, in: Festschr. f. *Trinker*, 1995, S. 475 ff.

23 *BAGE* 2, 75 = NJW 1955, 1373 = AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 2.

BetrVG sperren. Dies kann ersichtlich nicht gewollt sein; die Sozialpartnervereinbarung ist das richtige Instrument. Dass sie auch die unternehmerische Sphäre ergreifen kann, ist evident, wobei es nicht darauf ankommt, ob man von einer untrennbaren Verknüpfung zwischen der sozialen und der wirtschaftlichen Seite im Sinne der Rechtsprechung des BAG<sup>24</sup> ausgehen muss. Freiwillige Bindungen müssen immer möglich sein.

Die betriebliche „Umsetzung“ bedarf der Verhandlungen im Einzelfall, die sich aus der Ferne nicht vorprogrammieren oder mit Empfehlungen begleiten lassen. Wie „gute Arbeit“ zu gestalten ist, die überdies ein innovationsfreundliches Klima schafft, muss im Hinblick auf die Aufgaben und die Zusammensetzung der Belegschaft bestimmt werden. Einige allgemeine Grundsätze sind an anderer Stelle skizziert<sup>25</sup>. Den Betriebsparteien kommt nicht nur die Aufgabe zu, die allgemeinen Begriffe der Sozialpartnervereinbarung zu konkretisieren, sondern auch die nötigen betrieblichen Umsetzungsmaßnahmen zu schaffen. Ob es sich um ein „Vorzeigeprojekt“ handeln wird oder ob vieles im Sande verläuft, lässt sich aus Sicht des Referenten derzeit noch nicht abschätzen.

## V. Richtlinien für das Verhalten von Unternehmen

### 1. Einhaltung sozialer Mindeststandards

Lässt sich die Einhaltung sozialer Mindeststandards mit den Mitteln des kollektiven Arbeitsrechts festschreiben? Im nationalen Rahmen ist die Antwort ein eindeutiges „Ja“; gerade darin besteht ja das Wesen des Tarifvertrags. Dabei kann man sich einen Tarifvertrag zu Gunsten Dritten vorstellen, der auch den Unorganisierten sowie jenen Personen Rechte einräumt, die in einem andern Land beschäftigt sind<sup>26</sup>. Geht es darum, die Spitze eines multinationalen Konzerns auf die Einhaltung bestimmter Mindeststandards in allen oder in bestimmten Ländern festzulegen, so gilt im Grundsatz nichts anderes. Je nach gewählter oder aus allgemeinen Grundsätzen anwendbarer Rechtsordnung sind Tarifverträge mit normativer Wirkung möglich. Allerdings ist es schon national und erst recht international schwer vorstellbar, dass die normative Wirkung auch die in anderen Ländern bei der dortigen Tochtergesellschaft tätigen Arbeitnehmer erfasst; der Regelfall ist deshalb die schuldrechtliche Festlegung der Spitze auf ein bestimmtes Verhalten<sup>27</sup>. Theoretisch wäre es denkbar, die ausländischen Töchter mit an den Verhandlungstisch zu holen und mit ihnen gleichlautende Abkommen zu schließen<sup>28</sup>.

Doch was wäre mit all dem gewonnen? Man stelle sich den durchaus nicht unrealistischen Fall vor, dass ein Subunternehmer in Indien auf Kinderarbeit rekurriert, die das Abkommen kategorisch verbietet. Würde die Konzernspitze nicht aus anderen Gründen für Abhilfe sorgen, müsste die Arbeitnehmerseite Klage erheben mit dem Ziel, die Spitze möge auf ihre indische Tochter einwirken und sie verpflichten, den Subunternehmer zu einer anderen Produktionsweise zu veranlassen oder ihn gegen einen andern auszutauschen. Dies ließe sich im deutschen Recht unter Heranziehung der BAG-Rechtsprechung zum Goethe-Institut in Mexiko<sup>29</sup> durchaus als Klageziel formulieren, doch ist es kein Zufall, dass es trotz der Existenz zahlreicher International Framework Agreements noch nie zu einem solchen Verfahren gekommen ist. Eine gerichtliche Verpflichtung wäre ein recht stumpfes Schwert: Die ausländische Tochter würde sicherlich der Weisung folgen; ob dies zu einer Verbesserung der Lage der Beschäftigten führen würde, steht auf einem ande-

ren Blatt. Der Subunternehmer würde durch einen neuen ausgetauscht, der vorsichtiger zu Werke geht, aber in der Sache nichts anderes tut. Oder noch einfacher: Der hinter der Subunternehmer-Firma stehende Eigentümer würde eine andere ihm gehörende Gesellschaft ins Spiel bringen, die eine „weiße Weste“ hat, was aber nicht ausschließt, dass sie ihrerseits von „verbundenen“ Firmen doch wieder Vorprodukte bezieht, die von Kindern hergestellt wurden<sup>30</sup>. Wer wollte ein solches Vorgehen ernsthaft vor Ort kontrollieren? Und was wäre die Folge, wenn eben nicht nur die in Europa ansässige Mutter sondern auch ihre indische Tochter getauscht wird? Der grenzüberschreitende Rechtsschutz stößt außerhalb der EU überall auf Schwierigkeiten; im Arbeitsrecht, das hier kaum erste Versuche aufzuweisen hat, gilt dies in ganz besonderem Maße.

Die rechtliche Verfestigung ändert also nichts daran, dass es bei den Mitteln bleibt, die man auch bei schlichten Empfehlungen und Absichtserklärungen einsetzen würde: Ein guter Kodex würde ein konzerninternes Monitoring-Verfahren vorsehen (das bei groben und evidenten Missbräuchen hilfreich ist), vielleicht gäbe es gar ein gewerkschaftliches Netzwerk, das für etwas Transparenz sorgt, und im günstigsten Falle hätte der Konzern ein vitales Eigeninteresse daran, als Produzent von „verbrauchernahen“ Waren wie Textilien und Sportartikel keine negative Publizität zu bekommen. Dann würde eine weit oben in der Hierarchie angesiedelte Person nach Indien geschickt, um dort dem Missstand ein für alle Mal ein Ende zu bereiten. Das Recht kann bei allem dem nur wenig ausrichten<sup>31</sup>.

### 2. Ethik-Standards für Beschäftigte

Die Situation ist eine völlig andere, wenn sich Arbeitnehmer in bestimmter Weise verhalten sollen, wie dies oben<sup>32</sup> an den Beispielen Wal Mart und Honeywell geschildert wurde. Hier haben wir ein ganz traditionelles arbeitsrechtliches Problem, das in Deutschland primär über die Mitbestimmung, in Frankreich über die Arbeitsinspektion gelöst wird<sup>33</sup>. Das BAG geht mit Recht davon aus, dass das Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 BetrVG bei anderen als unmittelbar arbeitsbezogenen Inhalten eingreift und dass es nicht davon abhängig ist, ob der Arbeitgeber mit verbindlichen Anweisungen oder nur mit unverbindlichen Empfehlungen arbeitet. In beiden Fällen müsse mitbestimmt werden, weil das Verhalten der Arbeitnehmer gesteuert werden solle<sup>34</sup>. Dahinter steht die zutreffende Vorstellung, dass rechtlich unverbindliche Wünsche in einem Abhängigkeitsverhältnis einen

24 BAG, NZA 1990, 886 = AP GG Art. 9 Nr. 56.

25 Däubler, BB 2004, 2521.

26 Vgl. Däubler/Reim (o. Fußn. 13), § 1 Rdnrn. 1056 ff.; Kempfen/Zachert/Zachert, TVG, 4. Aufl. (2006), § 1 Rdnrn. 757 ff.; Wiedemann/Thüsing, TVG, 7. Aufl. (2007), § 1 Rdnrn. 858 ff.

27 Zimmer (o. Fußn. 5), S. 276.

28 Gleichzustellen der Fall, dass sie die internationale Konzernspitze ermächtigen.

29 BAG, NZA 1992, 321 = AP Internationales Privatrecht Arbeitsrecht Nr. 29. Im konkreten Fall ging es darum, dass das Goethe-Institut auf Grund des mit der GEW bestehenden Tarifvertrags verpflichtet wurde, diesen auch auf seine neu gegründete Tochter mexikanischen Rechts zu erstrecken.

30 Zum Austausch von Gesellschaften derselben Gruppe, um sich arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu entziehen, s. den Fall *ArbG Wesel*, AiB 1996, 126 m. Anm. Däubler.

31 Zur Problematik der informellen Normen, die bei der Durchsetzung von Umweltstandards eine wesentliche Rolle spielen, s. Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung. Umweltschutz in multinationalen Unternehmen, 2008, S. 113 (118).

32 Unter II 2.

33 Zur Rechtslage in Frankreich s. Junker, BB 2005, 602.

34 BAGE 127, 146 = NZA 2008, 1248 (1254) Rdnr. 59, unter Bezugnahme auf BAG, NZA 2000, 1176.

anderen Stellenwert als zwischen Gleichgeordneten haben, weil sie ähnlich wie eine Weisung wirken. Würde ohne Einschaltung des Betriebsrats gehandelt, könnte dieser verlangen, dass die „Empfehlung“ nicht weiter praktiziert, sondern bis zu einer endgültigen Einigung zurückgenommen wird. Diesen Anspruch könnte er auch im Wege einer einstweiligen Verfügung durchsetzen – insoweit bestehen keine Besonderheiten.

Ob und inwieweit sich der Einzelne unter Berufung auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht gegen unzumutbare Reglementierungen wehren kann, ist insbesondere für das Verbot von Liebesbeziehungen<sup>35</sup> und für die Pflicht zur Denunziation<sup>36</sup> erörtert (und im Ergebnis zutreffend bejaht) worden. Bei weniger weitreichenden Pflichten kann es naheliegen, auch eine rechtlich unverbindliche „Leitlinie“ („keine Geschenke über 40 Euro“) bei der Auslegung arbeitsvertraglicher Pflichten zu berücksichtigen, doch wäre die Grenze zum *hard law* überschritten, wollte man nicht auch daneben noch andere mögliche Gesichtspunkte heranziehen; eine automatische Beachtung bei der Auslegung hätte eine nicht intendierte Verbindlichkeit zur Folge. Anders ist es dann, wenn einzelne Bestimmungen aus den Richtlinien zur Betriebsübung werden und so in die Arbeitsverträge eingehen. Ob dies nicht nur bei Wohltaten zu Gunsten der Beschäftigten, sondern auch bei zusätzlichen Pflichten der Fall ist, scheint wenig erörtert zu sein<sup>37</sup>.

#### VI. Ehrenkodex für Betriebsräte?

Der im Koalitionsvertrag verlangte „Ehrenkodex“ könnte nur vom Gesetzgeber zu einer rechtlich verpflichtenden Norm gemacht werden. Der Tarifvertrag und die Betriebsvereinbarung sind insoweit kein taugliches Mittel, da die Rechte und Pflichten von Betriebsratsmitgliedern abschließend im Gesetz festgelegt sind. Da es sich bei der Funktion als Betriebsrat um ein Wahlamt handelt, genügt allerdings schon der Verstoß gegen rechtlich nicht verbindliche Grundsätze, um gegebenenfalls die Chancen auf eine Wiederwahl drastisch zu reduzieren.

Wie das im Koalitionsvertrag genannte Beispiel der Mitteilung des Aufwendersatzes an die Betriebsversammlung

nahe legt, zielt das Vorhaben auf die Verhinderung einer unangemessenen Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern, die es da und dort geben mag und die durch den Skandal bei VW besondere Publizität erlangt hat. Gleichzeitig sind aus der Rechtsprechung jedoch viele Beispiele ersichtlich, in denen Betriebsratsmitglieder in unangemessener Weise benachteiligt wurden<sup>38</sup>. Nur das eine, nicht aber das andere zum Anlass für einen „Ehrenkodex“ zu nehmen, geht nicht an. Wenn man hier überhaupt einen Anlass sieht, müsste man einen Ehrenkodex für Personalleiter und Betriebsräte schaffen. Dies verhindert nicht nur eine ungerechte Abqualifizierung, sondern trägt auch der Tatsache Rechnung, dass zur „Vorteilsgewährung“ immer zwei gehören. Aber reicht es nicht schon aus, dass § 2 I BetrVG die vertrauensvolle Zusammenarbeit und § 74 I BetrVG ein monatliches Gespräch vorsehen, das mit dem ernststen Willen zur Einigung zu führen ist? Sind das nicht im Grunde Vorschriften, die eigentlich eher in einen „Kodex“ passen würden? Und genügt es nicht, dass § 78 S. 2 BetrVG gleichermaßen die Begünstigung wie die Benachteiligung verbietet, und Verstöße nach § 119 I Nr. 3 BetrVG sogar strafbar sind? Bei allen Skandalen ging es nicht um „unanständiges“, sondern um rechtswidriges Verhalten, das schon heute unschwer erfassbar ist.

#### VII. Zusammenfassung

Das *soft law* spielt auch im Arbeitsrecht eine wachsende Rolle. Es kann im Prinzip mit Mitteln des kollektiven Arbeitsrechts geschaffen und gegebenenfalls in *hard law* transformiert, d. h. mit Verbindlichkeit versehen werden. In vielen Fällen ist dies allerdings ein wenig aussichtsreicher Weg, weil die Einhaltung eher von wirtschaftlichen Anreizen als von rechtlichen Sanktionen zu erwarten ist. ■

35 LAG Düsseldorf, NZA-RR 2006, 81 (86) = dbr 4/2006, S. 40 m. Anm. Däubler, Kollé/Deinert, AuR 2006, 179; Wisskirchen/Jordan/Bissels, DB 2005, 2190 (2194).

36 Vgl. LAG Düsseldorf, NZA-RR 2006, 81 (85) sowie BAG, AP KSchG § 1 verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5, wo eine Kündigung wegen Denunziation gebilligt wurde.

37 Dazu Däubler, ArbR 2, 12. Aufl. (2009), Rdnr. 130.

38 Beispiele bei Fitting, BetrVG, 25. Aufl. (2010), § 78 Rdnr. 18; Kreuz, GK-BetrVG, Bd. 2, 9. Aufl. (2010), § 78 Rdnr. 49 ff.; DKK/Buschmann, 12. Aufl. (2010), § 78 Rdnr. 19.