

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 1/2014

Die Rechtsrelevanz der Sittlichkeit der Wirtschaft - am Beispiel der Corporate Social Responsibility im US-Recht

Alexander Peukert^{*}

Erscheint in: Hilty/Henning-Bodewig, „Corporate Social Responsibility“ (CSR)
- Verbindliche Standards des Wettbewerbsrechts?

Zusammenfassung: Marktverhalten folgt nicht allein rationalen Kosten-Nutzen-Kalkülen. Vielmehr kann mit Jens Beckert zwischen der marktermöglichenden, der marktbegleitenden und der marktbegrenzenden Sittlichkeit der Wirtschaft unterschieden werden. Der Beitrag erörtert anhand der Bedeutung der Corporate Social Responsibility (CSR) im US-Recht, inwieweit diese ethischen Normen des Wirtschaftens verrechtlicht sind, also durch Rechtsvorschriften sanktioniert werden. Im Ergebnis wird sich ein Zusammenhang zwischen der Rechtsrelevanz sittlicher Maßstäbe und ihrer Komplementarität mit dem wettbewerblichen Marktgeschehen ergeben. Die marktermöglichende Sittlichkeit genießt demnach intensiven Rechtsschutz, der jedoch immer lückenhafter wird, je stärker die marktbegrenzende Dimension ethischer Normen zu Tage tritt.

Abstract: Market behavior is not only oriented towards cost-efficiency. As Jens Beckert has shown, the economy of modern societies is embedded in a moral order that can facilitate, go along with, or limit markets. Taking the legal relevance of Corporate Social Responsibility standards under U.S. law as an example, the article explores in how far these moral norms are reflected in law. It illustrates that there is a positive correlation between the juridification of the morality of markets and its complementarity with market-inherent norms. Moral norms that facilitate markets enjoy broad legal protection. This protection decreases the more moral norms tend to limit markets.

^{*} Univ.-Prof. Dr. iur., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht, Fachbereich Rechtswissenschaft und Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“, Goethe-Universität Frankfurt am Main.

1. Sittlichkeit der Wirtschaft und Corporate Social Responsibility

Marktverhalten folgt nicht allein rationalen Kosten-Nutzen-Kalkülen. Vielmehr können mit *Jens Beckert* drei Formen normativer Handlungsorientierungen in wirtschaftlichen Kontexten unterschieden werden, die die ökonomische Eigenlogik der marktmäßigen Bedürfnisbefriedigung um Fragen des guten Wirtschaftens transzendieren:¹ Die *marktermöglichende* Sittlichkeit betrifft die unverzichtbaren Grundlagen dezentraler Marktbeziehungen, die – wie insbesondere das Vertrauen in die Vertrags- und Rechtstreue des Partners – nicht ihrerseits mit interessenbasierten Erwägungen erklärt werden können.² Die *marktbegleitende* Sittlichkeit meint moralische Vorstellungen und sittliche Maßstäbe, die die Präferenzen der Marktakteure beeinflussen und die Nachfrage lenken. So sind viele Verbraucher bereit, im Interesse der Gesundheit, der Umwelt oder allgemein der Gerechtigkeit hochpreisige Bio-, Fair-Trade- und umweltfreundliche Produkte nachzufragen.³ Schließlich können sittliche Normen *marktbegrenzend* wirken. Diesen Effekt weisen namentlich Verkehrsverbote auf, etwa im Hinblick auf den Organ- und Menschenhandel.⁴ Eine zumindest mittelbare, marktbegrenzende Steuerungswirkung können Einschränkungen zulässiger Werbung sowie komplementär die Verleihung werbewirksamer Gütezeichen (z.B. Öko-Label) entfalten.

Der folgende Beitrag erörtert anhand der Bedeutung der Corporate Social Responsibility (CSR) im US-Recht, inwieweit diese sittlichen oder synonym ethischen Normen des Wirtschaftens verrechtlicht sind, also durch Rechtsvorschriften sanktioniert werden. Offensichtlich ist dies im Fall

¹ BECKERT, Die sittliche Einbettung der Wirtschaft: Von der Effizienz- und Differenzierungstheorie zu einer Theorie wirtschaftlicher Felder, *Berliner Journal für Soziologie* 22 (2012), 247, 250 ff. Anders die Einteilung ethischer Ge- und Verbote mit Bezug auf das Marktverhalten bei OHLY/LIEBENAU, in diesem Band.

² Vgl. dazu und zu weitreichenden normativen Schlussfolgerungen im Sinne eines „moralischen Ökonomismus“ HONNETH, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, 2011, 320 ff., 352 f. (die Sphäre des Marktes sei nur insoweit als sittliches Verhältnis zu begreifen und zu rechtfertigen, als es gelinge, sie als ein in vormarktlischen Solidaritätsbeziehungen begründetes System wirtschaftlicher Aktivitäten zu beschreiben).

³ Zur auch von Unternehmen befeuerten Moralisierung der Märkte siehe STEHR, *Die Moralisierung der Märkte. Eine Gesellschaftstheorie*, 2007; SCHOENHEIT, in diesem Band. Skeptisch HONNETH (Fn. 2), 398 ff.

⁴ Vgl. § 17 Abs. 1 S. 1 TPG („Es ist verboten, mit Organen oder Geweben, die einer Heilbehandlung eines anderen zu dienen bestimmt sind, Handel zu treiben.“); §§ 232 f. StGB.

spezialgesetzlicher Verkehrsverbote.⁵ Das Vertrauen in die Leistungsbereitschaft und Rechtstreue des Vertragspartners als marktermöglichende Norm ist anerkanntermaßen ebenfalls Schutzgegenstand des Privat- und Wirtschaftsrechts.⁶ Es wird allerdings vom Recht nicht konstituiert, sondern als in den sozialen Beziehungen gegeben vorausgesetzt. Weniger eindeutig ist indes die Rechtsrelevanz der gewissermaßen dazwischen angesiedelten, marktbegleitenden Sittlichkeit. Ihre tatsächliche Bedeutung steht auch in Anbetracht der weltweiten Verbreitung von CSR-Standards außer Frage.⁷ Ihre Verrechtlichung aber bereitet aus mehreren Gründen Schwierigkeiten. Erstens sperrt sich die Vielfalt sittlicher Normen des Wirtschaftens gegen eine strikte rechtliche Formalisierung und eine Reduzierung auf die binäre Entscheidungsvariante rechtmäßig/rechtswidrig. So schwimmt die Bedeutung der weltweiten Rede von der Corporate Social Responsibility zunehmend. Während die EG-Kommission CSR 2001 noch recht konkret auf die freiwillige Integration „sozialer Belange und Umweltbelange“ in die Unternehmenstätigkeit beziehen konnte,⁸ definiert die Kommission CSR zehn Jahre später unter Verweis auf inzwischen international anerkannte Grundsätze wie den „Global Compact“ und die „United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights“ generell als „die Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft“, womit neben sozialen und ökologischen auch „ethische, Menschenrechts- und Verbraucherbelange“ umfasst seien. Relevant sei CSR daher „zumindest“ in den Bereichen „Menschenrechte, Arbeits- und Beschäftigungspraktiken (z.B. Aus- und Fortbildung, Diversität, Gleichstellung von Frauen und Männern, Gesundheit der Arbeitnehmer und Wohlbefinden) und Ökologie (z.B. Artenvielfalt, Klimawandel, Ressourceneffizienz, Lebenszyklusanalyse und Prävention von Umweltverschmutzung) sowie Bekämpfung von Bestechung und Korruption“. Auch „für die Einbindung und Weiterentwicklung der Gemeinschaft, die Integration von Menschen mit Behinderungen sowie die

⁵ Dazu unten 3.1.

⁶ CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971. Auch das lauterkeitsrechtliche Irreführungsverbot (dazu 2.) kann als Schutz des Vertrauens auf die Wahrheitstreue von Unternehmern gedeutet werden.

⁷ Siehe dazu BECKERT (Fn. 1), 252-254 m.w.N.

⁸ EG-Kommission, Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung der Unternehmen, KOM(2001) 366 endg.

Vertretung der Verbraucherinteressen, einschließlich des Schutzes der Privatsphäre“ spiele CSR eine wichtige Rolle.⁹

Ein derart amorphes, transnationales Normengeflecht stellt das Wirtschaftsrecht vor erhebliche Herausforderungen. Jenseits des Nationalstaats wird darüber gestritten, ob und auf welchem Niveau der Welthandel aufgrund sittlicher Erwägungen reguliert werden darf bzw. soll. Aber bereits auf nationaler/regionaler Ebene ist fraglich, inwieweit ethische Normen in das Wirtschaftsrecht und hier insbesondere das Lauterkeitsrecht als allgemeines Marktverhaltensrecht integriert werden können.¹⁰ Eine solche Rechtsrelevanz der Sittlichkeit der Wirtschaft könnte daran scheitern, dass das Recht der Wirtschaft eine spezifisch ökonomische, wettbewerbsfunktionale Teleologie verfolgt, die nur die Gewährleistung der Eigennormativität des Wettbewerbs verfolgt.¹¹

Rechtlich ganz ausblenden ließen sich die in CSR-Standards verkörperten ethischen Normen freilich nur, wenn CSR als bloße unternehmerische Selbstverpflichtung betrachtet würde, deren Nichtbeachtung rechtlich folgenlos bleibt. Dies ist jedoch weder für die EU und Deutschland¹² noch für die hier im Fokus stehenden USA der Fall. Denn wie im folgenden Abschnitt zu zeigen sein wird, ist im US-Recht wie hierzulande anerkannt, dass Irreführungen der Verbraucher über ethische Erwartungen an Produkte und das generelle Unternehmenshandeln verboten sind, womit der *marktbegleitenden* Sittlichkeit mittelbare Rechtsrelevanz zukommt (dazu 2). Das US-Recht sanktioniert ethische Normen des Wirtschaftens sogar in *dezidiert marktbegrenzender* Absicht, indem bestimmte Produkte, die unter Verletzung sozialer oder ökologischer Standards hergestellt wurden, nicht in die USA importiert werden dürfen (dazu 3). In der Gesamtschau wird sich ein Zusammenhang zwischen der Rechtsrelevanz sittlicher Maßstäbe und ihrer Komplementarität mit dem wettbewerblichen Marktgeschehen ergeben. Die *marktermöglichende* Sittlichkeit genießt demnach intensiven Rechtsschutz, der jedoch immer

⁹ EU-Kommission Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011) 681 endg., 7 f.

¹⁰ Zum Lauterkeitsrecht als allgemeinem Marktverhaltensrecht vgl. Art. 10^{bis} PVÜ und PEUKERT, in: GK-UWG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 48 ff.

¹¹ Vgl. § 1 S. 2 UWG (Schutz des Allgemeininteresses am unverfälschten Wettbewerb).

¹² Zum deutschen Lauterkeitsrecht PEUKERT, in: GK-UWG, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 58 ff., 322 ff. m.w.N.

lückenhafter wird, je stärker die markt**begrenzende** Dimension ethischer Normen zu Tage tritt (dazu 4).

2. Irreführungsverbote

Hinsichtlich des Verbots der Irreführung über sittliche, insbesondere CSR-bezogene Entscheidungsparameter ist zwischen einer Irreführung durch aktives Tun (dazu 1) und einer Irreführung durch Unterlassen (dazu 2) sowie jeweils zwischen konkret produkt- und lediglich allgemein unternehmensbezogenen Täuschungen zu unterscheiden.

2.1. Irreführung durch aktives Tun

2.1.1. Irreführung über bestimmte Produktmerkmale

Wie das deutsche und das EU-Recht¹³ verbietet auch das US-Recht eine aktive Irreführung über bestimmte Produktmerkmale. Für den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr gewährt § 43a Lanham Act¹⁴ den Mitbewerbern eines Unternehmers, der die geschäftlichen Entscheidungen von Verbrauchern mit falschen oder irreführenden Tatsachenaussagen über ein Produkt beeinträchtigt, individuelle Klagebefugnisse. Im Interesse des Verbraucherschutzes kann auch die Federal Trade Commission (FTC) gegen irreführende geschäftliche Handlungen vorgehen.¹⁵ Im einzelstaatlichen Recht finden sich einschlägige Irreführungsverbote zum einen in den sog. kleinen FTC-Gesetzen¹⁶ und im Übrigen im Common-Law-Tatbestand der Mitbewerberschädigung durch unwahre Tatsachenbehauptungen (*fraud*).

¹³ Siehe die Beiträge von BIRK und GLÖCKNER, in diesem Band.

¹⁴ 15 United States Code (U.S.C.) § 1125a.

¹⁵ Siehe 15 U.S.C. § 45 (Sec. 5 FTC Act).

¹⁶ Übersicht bei MCCARTHY, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, Band 5, 4. Aufl., Stand Dezember 2013, § 27:115. Zum kalifornischen Recht siehe etwa *O'Shea v. Epson America Inc.*, 2011 WL 3299936 (C.D.Cal.) (§§ 17200 ff. California Business and Professions Code (unfair business practices); §§ 17500 ff. California Business and Professions Code (false advertising); Consumer Legal Remedies Act, §§ 1750 ff. California Civil Code).

Sämtliche Rechtsgrundlagen setzen den Nachweis einer aktiven Äußerung oder sonstigen Handlung voraus.¹⁷

Die vorgenannten Tatbestände sind auch einschlägig, wenn sich der Vorwurf der Irreführung auf ein Merkmal jenseits des Preises und der Produkteigenschaften bezieht. So existieren zum Beispiel seit vielen Jahren detaillierte Leitlinien der FTC für umweltbezogene Angaben, die wissenschaftlich belegt sein müssen und um so eher als irreführend eingestuft werden, je allgemeiner sie gehalten sind.¹⁸ Auch Irreführungen über die sozialen und ökologischen Umstände der Herstellung eines Produkts können haftungsbegründend sein.¹⁹ Spezialgesetzlich im Einzelnen reguliert sind insoweit die Anforderungen an Werbung mit den Aussagen „Made in America“²⁰ und „dolphin-safe tuna“.²¹ Selbst sehr allgemein gehaltene, auslegungsbedürftige Äußerungen wie „cruelty-free cosmetics“ sollen den Irreführungsvorwurf auslösen können, wenn das betreffende Unternehmen beispielsweise Tierversuche durchführt.²² Diese strenge Regulierung kommerzieller Werbung steht nicht in Widerspruch zum Schutz der Redefreiheit, da täuschende Formen der Absatzförderung schon nicht in den Schutzbereich der *freedom of expression* fallen.²³

Zwar setzt das Irreführungsverbot einen Anreiz, tatsächlich in den USA zu produzieren oder beim Fang von Tunfisch Delfine zu schonen. Denn nur in diesem Fall darf ein Unternehmen die betreffenden ethischen Präferenzen der Verbraucher adressieren. Die Förderung sozial und ökologisch verantwortlichen Wirtschaftens bleibt gleichwohl eine sekundäre Folge der primär ökonomisch

¹⁷ *Kearns v. Ford Motor Co.*, 567 F.3d 1120, 1127 (9th Cir. 2009); *Stanwood v. Mary Kay Inc.*, 2012 WL 7991231, 7 (C.D.Cal.).

¹⁸ Siehe FTC, Environmental Claims - Summary of the Green Guides, 10.1.2012, <http://www.ftc.gov/os/2012/10/greenguidessummary.pdf> (Aussagen wie „grün“ oder „umweltfreundlich“ bedenklich).

¹⁹ *Kwikset Corp. v. Superior Court*, 51 Cal.4th 310, 328-9 (Cal. 2011).

²⁰ § 17533.7 California Business and Professions Code („It is unlawful for any person, firm, corporation or association to sell or offer for sale in this State any merchandise on which merchandise or on its container there appears the words ‚Made in U.S.A.‘, ‚Made in America,‘ ‚U.S.A.‘ or similar words when the merchandise or any article, unit, or part thereof, has been entirely or substantially made, manufactured, or produced outside of the United States.“).

²¹ Siehe Dolphin Protection Consumer Information Act, 16 U.S.C. § 1385 (2006) (detaillierte Vorgaben, wo und mit welchen Methoden Tunfisch gefangen werden darf, um das Label „dolphin safe“ verwenden zu dürfen). Dazu noch unten 3.1.

²² See WINDERS, Note, Combining Reflexive Law and False Advertising Law to Standardize „Cruelty-Free“ Labeling of Cosmetics, 81 N.Y.U. L. REV. 454, 458-59 (2006).

²³ *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of New York*, 447 U.S. 557, 566 (1980); *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S.Ct. 2653, 2674 (2011) (Breyer J., dissenting) m.w.N.

motivierten Regulierung des Marktverhaltens, die Wahrheit gebietet, um Verfälschungen des Wettbewerbs mit der Folge ineffizienter Ressourcenallokationen zu verhindern. Ökologische und sonstige Auswirkungen eines Produkts sowie diesbezügliche Wertvorstellungen von Marktteilnehmern sind nicht um ihrer selbst willen rechtlich relevant, sondern weil sie die Nachfrageentscheidung des Verbrauchers immer stärker beeinflussen und hohen Werbewert haben. Aus dieser Warte besteht zwischen dem Preis, der Genießbarkeit und der ökologischen (Un-)Bedenklichkeit von Tunfisch kein Unterschied.

2.1.2. Irreführung über die Unternehmenspolitik

Während aktive Irreführungen über *produktbezogene* CSR-Standards also anerkanntermaßen verboten sind, ist die Rechtslage für allgemein *unternehmensbezogene* Aussagen zur Einhaltung von Sozial- und Umweltstandards etc. bereits weniger eindeutig. Einerseits beeinflusst auch die generelle Haltung eines Unternehmens etwa zu Fragen des Arbeits-, Umwelt- oder Datenschutzes das Nachfrageverhalten der Verbraucher.²⁴ Andererseits beziehen sich entsprechende Werbeaussagen nicht mehr auf ein bestimmtes Produkt und sind häufig allgemein gehalten. Sie betreffen damit nicht das Zentrum des Marktgeschehens in Gestalt konkreter Angebots- und Nachfrageentscheidungen, sondern bewegen sich im Randbereich kommerzieller Kommunikation. Eine Haftung für die Wahrheit von Äußerungen zu verantwortlicher Unternehmenspolitik gerät daher in Konflikt mit dem Schutz der Freiheit der kommerziellen Rede:

Die Leitentscheidungen zur Regulierung unternehmensbezogener Kommunikation ergingen im Verfahren *Kasky v. Nike*, das auch international unter dem Stichwort eines vermeintlichen „corporate right to lie“²⁵ hohe Wellen schlug. *Nike* hatte 1993 mit asiatischen Lieferanten eine Vereinbarung zur Einhaltung lokaler Sozial- und Umweltstandards getroffen. 1996 lösten Medienberichte über die tatsächlichen Zustände in asiatischen *Nike*-

²⁴ TUSHNET, Fighting Freestyle: The First Amendment, Fairness, and Corporate Reputation, 50 B.C. L. Rev. 1457 ff. (2009).

²⁵ <http://reclaimdemocracy.org/nike/>.

Produktionsstätten („sweatshops“) erhebliche öffentliche Empörung bis hin zu Boykottaufrufen aus. Diese Vorwürfe konterte *Nike* mit einer medialen Gegenkampagne. Unter Berufung auf die Studie eines ehemaligen Außenministers der USA führte das Unternehmen aus, *Nike*-Produkte würden unter Einhaltung der vor Ort gültigen Arbeitsschutzvorschriften hergestellt. Außerdem zahle man angemessene, sogar überdurchschnittliche Löhne. Der Verbraucherschutz- und Menschenrechtsaktivist *Marc Kasky* hielt *Nikes* Behauptungen für unwahr und irreführend und verklagte *Nike* im April 1998 auf Unterlassung und Richtigstellung. Hierzu berief er sich auf das kalifornische Lauterkeits- und Werberecht. Ausdrücklich erklärte er, keine Verletzung eigener Rechte oder Interessen geltend zu machen, sondern als Popularkläger für die Allgemeinheit aufzutreten.²⁶

In der ersten Instanz gelang es *Nike*, die Auseinandersetzung auf die grundrechtliche Frage zu beschränken, ob es sich bei den angegriffenen Äußerungen um kommerzielle oder um nicht-kommerzielle Rede handele.²⁷ Während *commercial speech* verboten werden darf, wenn sie irreführend ist, genießen sonstige, insbesondere politische Äußerungen im Interesse einer ungehinderten öffentlichen Debatte selbst dann den vollen Schutz der Redefreiheit, wenn sie unwahr oder sonst irreführend sind. Sie dürfen allenfalls verboten werden, wenn nachgewiesen ist, dass der Sprecher wider besseres Wissen falsche Tatsachen kundtut. Für die folglich strengere Regulierung kommerzieller Äußerungen werden drei Gründe angeführt. Erstens seien Tatsachenbehauptungen zu Produkteigenschaften oder praktizierten Herstellungsmethoden dem Beweis zugänglich. Zweitens halte das Irreführungsverbot Unternehmer nicht davon ab, von ihrer Freiheit zur kommerziellen Rede intensiven Gebrauch zu machen. Und nicht zuletzt sei ein

²⁶ Siehe die Klageschrift *Kasky v. Nike, Inc.*, Superior Court of the State of California, 20.4.1998, abrufbar unter <http://www.corpwatch.org/article.php?id=3448>. § 17204 California Business and Professions Code erlaubte zum damaligen Zeitpunkt die Klageerhebung durch „any person acting for the interests of itself, its members or the general public“. Zur späteren Begrenzung dieser Popularklagebefugnis unten Fn. 35.

²⁷ Vgl. zu dieser grundlegenden Unterscheidung *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 270 f. (1964) (Zeitungsannonce zu Fragen der Rassendiskriminierung als geschützte Meinungsäußerung); *Boos v. Barry*, 485 U.S. 312, 321 (1988); *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of N.Y.*, 447 U.S. 557 (1980); *Nike Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 654, 665 ff. (2003) (Breyer J., dissenting); *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S.Ct. 2653, 2673 f. (2011), jeweils m.w.N.; TUSHNET, *Fighting Freestyle: The First Amendment, Fairness, and Corporate Reputation*, 50 B.C. L. Rev. 1457 ff. (2009). Zu den deutschen und europäischen Grundrechten siehe STREINZ, in diesem Band.

intensiver und unverfälschter Wettbewerb nur zu gewährleisten, wenn Irreführungen strikt untersagt sind.

Entgegen den beiden Vorinstanzen entschied eine denkbar knappe Mehrheit von vier zu drei Richtern des kalifornischen Supreme Court,²⁸ bei den Äußerungen von *Nike* zur eigenen Unternehmenspolitik handele es sich um kommerziell-werbliche und nicht um politische Rede, so dass insoweit der strengere Maßstab des Irreführungsrechts zum Tragen komme. In den Genuss des absoluten Schutzes der Meinungsfreiheit kämen lediglich allgemeine Aussagen zur Globalisierung. Für die Einordnung einer Rede als kommerziell oder nicht-kommerziell sei auf die Person des Sprechers, die angesprochene Öffentlichkeit und den Inhalt der Aussage abzustellen. Mit den Äußerungen zur eigenen Unternehmenspolitik habe *Nike* versucht, geschäftliche Entscheidungen der Verbraucher zu beeinflussen. Der zulässigen und notwendigen Regulierung dieser Marktkommunikation könne das Unternehmen nicht dadurch entgehen, dass es seine Werbung mit politischen Stellungnahmen verknüpfe.

Als der US Supreme Court die Revision gegen das Urteil zunächst zuließ,²⁹ schien sich die Hoffnung mancher Beobachter zu erfüllen, das oberste Bundesgericht werde die überkommene Unterscheidung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Rede aufgeben und eine neue Grundrechtsdoktrin formulieren, die der zunehmenden Kommerzialisierung des öffentlichen Diskurses Rechnung trägt.³⁰ Diese Erwartung zerschlug sich allerdings am letzten Tag der Sitzungsperiode, als der Supreme Court die bereits erfolgte Zulassung der Revision aus prozessualen Gründen widerrief.³¹ Damit hat die knappe Entscheidung des kalifornischen Supreme Court zugunsten der lauterkeitsrechtlichen Überprüfbarkeit unternehmerischer Aussagen zur eigenen CSR-Politik weiterhin Bestand. Ein „corporate right to lie“ ist somit im US-Recht gerade nicht anerkannt. Das aber heißt nicht, dass die Rechtslage geklärt wäre. Erstens wurde der Rechtsstreit durch Vergleich

²⁸ *Kasky v. Nike Inc.*, 27 Cal.4th 939 (Cal. 2002).

²⁹ *Nike Inc. v. Kasky*, 537 U.S. 1099 (2003).

³⁰ *Kasky v. Nike Inc.*, 27 Cal.4th 939, 995 f. (Cal. 2002, Brown, J., dissenting).

³¹ Siehe *Nike Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 654, 656 ff. (2003, Stevens, Ginsburg, Souter, J., concurring).

beendet.³² Es ist daher offen, ob die Klage zum Erfolg geführt hätte. Hierfür wäre unter anderem noch zu prüfen gewesen, ob die streitgegenständlichen Äußerungen überhaupt konkrete, überprüfbare Tatsachen und nicht vage Übertreibungen und Werbefloskeln (*puffery*) darstellten, die die Konsumenten durchschauen oder ignorieren und die deshalb keine Haftung auslösen können.³³ Zweitens steht die Kritik des Minderheitsvotums des Supreme Court-Richters *Breyer* im Raum. Dieser hält eine strenge Regulierung der allgemeinen unternehmerischen CSR-Kommunikation mit Maßstäben des Irreführungsrechts für verfehlt.³⁴ Die unterschiedliche Behandlung öffentlicher Äußerungen von Unternehmen einerseits und nicht-unternehmerisch agierenden Sprechern andererseits beeinträchtigt die Waffengleichheit im öffentlichen Meinungskampf. Während Verbraucher, Verbraucherschützer und sonstige, nicht-kommerziell agierende Akteure es mit den Tatsachen nicht so genau nehmen müssten, unterlägen Unternehmer einer strengen Wahrheitspflicht. Ein multinationales Unternehmen (MNU) wie *Nike* könne an der öffentlichen Auseinandersetzung über die Globalisierung überhaupt nur teilnehmen, wenn es sich zugleich zu seiner eigenen Unternehmensverantwortung und -politik einlasse. Wenn aber dieser Teil der Äußerung strengen Wahrheitsanforderungen unterliege, schrecke dies MNUs potentiell davon ab, sich überhaupt am Globalisierungsdiskurs zu beteiligen. Schließlich äußert sich *Breyer* kritisch zur Popularklagebefugnis nach damaligem kalifornischem Lauterkeitsrecht, das auch „rein ideologisch“ motivierte Kläger wie eben *Kasky* zulasse.

Letztgenanntes Bedenken griff der kalifornische Gesetzgeber bereits 2004 auf. Seither sind neben staatlichen Institutionen nur noch solche Personen befugt, Verstöße gegen das Lauterkeitsrecht geltend zu machen, deren Vermögensinteressen durch das angegriffene Verhalten beeinträchtigt wurden.³⁵ Hierfür lassen die Gerichte zwar den Umstand genügen, dass der

³² Siehe http://www.sourcewatch.org/index.php/Kasky_vs_Nike.

³³ Vgl. *Pizza Hut, Inc. v. Papa John's Intl., Inc.*, 227 F.3d 489, 495 (5th Cir. 2000) („Better Ingredients. Better Pizza.“ als nicht angreifbare Werbebehauptung). Zur insoweit zweifelhaften Relevanz der Begriffe „nachhaltig“ und „erneuerbar“ siehe ROSCH, Responsible Green Marketing, 2008 WL 2557916.

³⁴ *Nike Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 654, 665 ff. (2003, Breyer J., dissenting). Siehe auch *Kasky v. Nike Inc.*, 27 Cal.4th 939, 970 ff. (Cal. 2002, Chin, Baxter, Brown, J., dissenting).

³⁵ Vgl. § 17204 California Business and Professions Code n.F. („Actions for relief pursuant to this chapter shall be prosecuted exclusively in a court of competent jurisdiction by the Attorney

Kläger ein Produkt erworben hat, welches er ungeachtet seiner Mangelfreiheit in Kenntnis aller Umstände nicht angeschafft hätte. Mit dieser Begründung wurde dem Käufer einer Ware, die entgegen dem Label „Made in U.S.A.“ in einem Drittland hergestellt worden war, die Befugnis zur Erhebung einer Klage wegen Irreführung über die Produktherkunft zugesprochen.³⁶ Und doch hat der kalifornische Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass eine moralische Empörung oder ideelle Interessenbeeinträchtigung für sich betrachtet keine Aktivlegitimation verschafft. Die Klageberechtigung beruht vielmehr allein auf den in Kenntnis aller Umstände nicht aufgewendeten Kosten für die Anschaffung eines Produkts.³⁷ Damit bietet selbst das besonders progressive kalifornische Lauterkeits- und Verbraucherschutzrecht keine taugliche Grundlage mehr für Kläger, die wie *Kasky* als Vertreter einer allgemeinen Norm verantwortlichen Wirtschaftens auftreten.³⁸

In diesem Zusammenhang bestätigt sich erneut, dass das Verbot der Irreführung über sittliche Entscheidungsparameter primär auf der wettbewerbsfunktionalen Erwägung beruht, dass durch derartige Manipulationen der Wettbewerb genauso verfälscht werden kann wie bei einer Irreführung über den Preis oder die Person des Anbieters. Immerhin aber stabilisiert der Rechtsschutz von Verbrauchererwartungen im Hinblick auf die Einhaltung sozialer und ökologischer Standards entsprechende Präferenzen, ihren Wert und ihre Wettbewerbsrelevanz. Das Irreführungsverbot fördert die marktbegleitende Sittlichkeit also mittelbar.

General or a district attorney or by a county counsel ... or by a person who has suffered injury in fact and has lost money or property as a result of the unfair competition.“).

³⁶ *Kwikset Corp. v. Superior Court*, 51 Cal.4th 310 (Cal. 2011).

³⁷ *Kwikset Corp. v. Superior Court*, 51 Cal.4th 310, 322, 329 f. (Cal. 2011) („Two wines might to almost any palate taste indistinguishable—but to serious oenophiles, the difference between one year and the next, between grapes from one valley and another nearby, might be sufficient to carry with it real economic differences in how much they would pay. Nonkosher meat might taste and in every respect be nutritionally identical to kosher meat, but to an observant Jew who keeps kosher, the former would be worthless.“); *Stanwood v. Mary Kay, Inc.*, 2012 WL 7991231 (C.D.Cal.). Zur Rechtslage in anderen Staaten siehe COHEN, Annotation, Private Right Under State Consumer Protection Act - Preconditions to Action, 117 A.L.R.5th 155 ff. (2004-2005); DILLARD, False Advertising, Animals, and Ethical Consumption, 10 Animal L. 25, 43 (2004).

³⁸ Siehe auch FISHER, Free Speech to Have Sweatshops? How *Kasky v. Nike* Might Provide a Useful Tool To Improve Sweatshop Conditions, 26 B.C. Third World L.J. 267, 304 f. (2006) m.w.N.

2.2. Irreführung durch Unterlassen

In den bisher erörterten Fällen haben sich Unternehmer die marktbegleitende Sittlichkeit aktiv zunutze gemacht. Wer damit wirbt, dass seine Produkte in sozialer und ökologischer Verantwortung hergestellt wurden, kommerzialisiert ethische Präferenzen. In einer solchen Konstellation bewegt sich das Lauterkeitsrecht in gewohnten Bahnen. Es reguliert geschäftliche Handlungen zur Gewährleistung unverfälschten Wettbewerbs. Sittliche Normen werden nicht als externe Anforderung an das Marktverhalten herangetragen, sondern als dessen vorgefundener Bestandteil mitreguliert.

Eine die Sittlichkeit der Marktbeziehungen verstärkende Rolle käme dem Lauterkeitsrecht hingegen zu, wenn es Unternehmer dazu verpflichtete, sich proaktiv zu ihrer CSR-Politik zu erklären. Eine solche Transparenzpflicht würde die Bedeutung der marktbegleitenden Sittlichkeit erheblich steigern und zugleich ihr marktbegrenzendes Potential entfachen. Verbraucher wären ohne eigene Nachforschungen in der Lage, Anbieter zu meiden, die ihren Vorstellungen unternehmerischer Verantwortung nicht genügen. Zugleich bestünde für Unternehmer ein hoher Anreiz, sich zu werbewirksamen CSR-Standards zu verpflichten und über deren Einhaltung wahrheitsgemäß zu berichten. Voraussetzung wäre allerdings, dass allein das Verschweigen einer mangelnden Beachtung sittlicher, in CSR-Grundsätzen niedergelegter Handlungsnormen haftungsbegründend ist. Hierfür kommt sowohl im europäischen³⁹ als auch im US-amerikanischen Recht der Tatbestand der Irreführung durch Unterlassen in Betracht. Auch insoweit ist wiederum zwischen verschwiegenen Informationen über Produktmerkmale einerseits und die allgemeine Unternehmenspolitik andererseits zu unterscheiden.

2.2.1. Irreführung durch Verschweigen bestimmter Produktmerkmale

Wie erläutert fallen Verbraucher zunehmend geschäftliche Entscheidungen unter Berücksichtigung sittlicher Präferenzen jenseits von Preis und Beschaffenheit eines Produkts. Unter diesen Umständen kann eine rechtlich

³⁹ Vgl. die Beiträge von BIRK und GLÖCKNER, in diesem Band.

relevante Irreführung auch darin gesehen werden, dass ein Unternehmer die Verletzung von CSR-Standards verschweigt – man denke etwa an das Vorenthalten der Information, dass ein Produkt von Zwangs- oder Kinderarbeitern erzeugt wurde.

Ein solcher Vorwurf könnte im US-Recht den Common-Law-Tatbestand des *fraud by concealment* erfüllen. Hierzu müsste der in Anspruch genommene Unternehmer eine wesentliche, offenzulegende Tatsache in Täuschungsabsicht verschwiegen und hierdurch einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst haben, die jener andernfalls nicht getroffen hätte, so dass es zu einem Vermögensschaden kommt.⁴⁰ Auch das kodifizierte kalifornische Lauterkeits- und Verbraucherschutzrecht verbietet Irreführungen durch Unterlassen. Hierzu muss der Beklagte exklusives Wissen aktiv unterdrückt und zumindest teilweise Andeutungen gemacht haben, die im Widerspruch zu den im Übrigen vorenthaltenen Tatsachen stehen.⁴¹

Die Rechtsprechung handhabt diese Tatbestände allerdings restriktiv. Grundsätzlich verlangen die Gerichte den Nachweis einer Äußerung oder sonstigen Darstellung, insbesondere im Rahmen von Garantieerklärungen, die zu der unterdrückten Tatsache in Widerspruch steht. Fehlt es an solch aktiven Repräsentationen, greift der Kläger mithin ein bloßes Unterlassen an, begründen nur solche vorenthaltenen Informationen eine Haftung, für die eine proaktive Offenlegungspflicht besteht.⁴² Eine solche Rechtspflicht wurde zum Beispiel für einen ungewöhnlich hohen Kraftstoff- und Tonerverbrauch von PKWs und Druckern verneint. Denn wie im deutschen Recht sind Unternehmer auch im US-Recht nicht gezwungen, auf die Defizite des eigenen Produkts hinzuweisen und damit Werbung für die Konkurrenz zu betreiben.⁴³ Anders

⁴⁰ *Lovejoy v. AT & T Corp.*, 92 Cal.App.4th 85, 96 (3rd Dist. 2001).

⁴¹ Vgl. *LiMandri v. Judkins*, 52 Cal.App.4th 326, 337 (4th Dist. 1997); *Daugherty v. Am. Honda Motor Co., Inc.*, 144 Cal.App.4th 824, 835-36 (2nd Dist. 2006); *O'Shea v. Epson America Inc.*, 2011 WL 3299936 (C.D.Cal.) m.w.N. („(1) when the defendant is in a fiduciary relationship with the plaintiff; (2) when the defendant had exclusive knowledge of material facts not known to the plaintiff; (3) when the defendant actively conceals a material fact from the plaintiff; and (4) when the defendant makes partial representations but also suppresses some material fact.“).

⁴² *Oestreicher v. Alienware Corp.*, 544 F.Supp.2d 964, 969 (N.D.Cal. 2008), aff'd, 322 Fed.Appx. 489, 493 (9th Cir. 2009).

⁴³ *O'Shea v. Epson America Inc.*, 2011 WL 3299936, 8 (C.D.Cal.) m.w.N.; *Gray v. Toyota Motor Sales U.S.A.*, 2012 WL 313703 (C.D.Cal.).

urteilen die Gerichte nur bei bekannten, aber verschwiegenen Sicherheitsrisiken.⁴⁴

Derartige Gefahren stehen beim Absatz von Produkten, die ohne Rücksicht auf bzw. unter Verletzung von CSR-Standards hergestellt wurden, typischerweise nicht in Rede. Folglich löst allein der Umstand, dass ein Unternehmer verschweigt, sich bewusst nicht an die Grundsätze sozial und ökologisch verantwortlichen Wirtschaftens zu halten, keine Haftung aus. Erst recht juristisch folgenlos bleibt die Unkenntnis und damit allenfalls fahrlässige Nichtbeachtung einschlägiger CSR-Grundsätze.

2.2.2. Irreführung durch Verschweigen bestimmter Unternehmenspraktiken

Um so überraschender und zugleich zweifelhafter ist eine Ende 2012 ergangene Entscheidung eines kalifornischen Distriktgerichts im Fall *Stanwood v. Mary Kay, Inc.*⁴⁵ Dieses Verfahren betrifft nämlich nicht die Umstände der Herstellung eines bestimmten Produkts, sondern die allgemeine Unternehmenspolitik des verklagten Kosmetikherstellers im Hinblick auf die Durchführung von Tierversuchen. Die Klägerin behauptet, *Mary Kay* habe in Werbekampagnen, öffentlichen Stellungnahmen und durch Verkäufer wahrheitswidrig bekundet, generell keine Tierversuche zu unternehmen. In Unkenntnis dieses Umstands habe sie verschiedene Produkte dieses Herstellers erworben. Das hätte sie aber nicht getan, wären ihr die systematisch erfolgten Tierversuche bekannt gewesen. Sie sei daher berechtigt, die Beklagte wegen Irreführung der Verbraucher zur Rechenschaft zu ziehen.

Wie *Marc Kasky* macht *Ashley Stanwood* damit die gesamte Unternehmenspolitik der Beklagten und nicht nur die sittlichen Merkmale eines einzelnen Produkts zum Gegenstand des Verfahrens. Im Unterschied zu *Kasky* vermochte sie aber keine Äußerungen der Beklagten zur Tierschutzpolitik darzulegen. Das Distriktgericht verwirft deshalb alle Klagegründe, die auf eine aktive Irreführung gestützt sind, und prüft stattdessen den Tatbestand der Irreführung durch Unterlassung.⁴⁶

⁴⁴ *Wilson v. Hewlett-Packard Co.*, 668 F.3d 1136 (9th Cir. 2012).

⁴⁵ *Stanwood v. Mary Kay, Inc.*, 2012 WL 7991231 (C.D.Cal.).

⁴⁶ *Stanwood v. Mary Kay, Inc.*, 2012 WL 7991231, 4 ff., 7 ff. (C.D.Cal.).

In Anbetracht der restriktiven Entscheidungspraxis zur Vorenthaltung von Informationen über bestimmte Produktmerkmale wäre zu erwarten gewesen, dass *Stanwoods* Klage daraufhin bereits als unsubstantiiert abgewiesen wird. Denn die Klägerin macht keine verborgenen Sicherheitsrisiken oder Verstöße gegen Garantiezusagen geltend, sondern stützt ihren Irreführungsvorwurf auf geheim gehaltene Tierversuche. Doch auch hiermit ist nach Auffassung des Gerichts eine unfaire, betrügerische und damit rechtswidrige Geschäftspraxis nach Maßgabe des kalifornischen Lauterkeitsrechts dargetan.⁴⁷ Denn ausweislich einer von der Klägerin vorgelegten Umfrage, wonach 72 % der Konsumenten von Kosmetika es für unethisch halten, Tierversuche für derartige Produkte durchzuführen, und 61 % derartige Versuche gern verboten sähen, stelle die diesbezügliche Unternehmenspolitik für den Durchschnittsverbraucher eine wesentliche Information dar, die sich auf die Kaufentscheidung auswirke. Schon aus diesem Beeinflussungspotential der Information folge eine Rechtspflicht zur Offenlegung. Unschädlich sei, dass die Klägerin keine Sicherheitsrisiken der Kosmetika geltend mache. Denn derartige Gefahren seien ohnehin abschließend von vertraglichen Garantien und dem Produkthaftungsrecht reguliert. Demgegenüber fehle es für sonstige Umstände der Herstellung an speziellen Regelungen, so dass das Common Law und die Generalklausel des kalifornischen Lauterkeitsrechts heranzuziehen seien, um die Verbraucher vor Irreführungen zu schützen.

Diese Rechtsauffassung erscheint aus mehreren Gründen zweifelhaft. Erstens geht die übrige Rechtsprechung davon aus, dass eine Irreführung durch Unterlassen nach kalifornischem Recht nur vorliegt, wenn der Beklagte zumindest gewisse Aussagen und Andeutungen macht, die darauf schließen lassen, dass die im Übrigen wider besseres Wissen unterdrückte Tatsache nicht vorliegt.⁴⁸ Den Nachweis solcher Repräsentationen ist die Klägerin aber ebenso schuldig geblieben wie Vortrag zur aktiven Unterdrückung der durchgeführten Tierversuche. Zweitens verschweigt die Beklagte kein exklusives Wissen, wenn die streitige Tatsache wie im hiesigen Fall bereits

⁴⁷ *Stanwood v. Mary Kay, Inc.*, 2012 WL 7991231, 7 f. (C.D.Cal.) („unfair, fraudulent, and unlawful business practice“).

⁴⁸ Vgl. *LiMandri v. Judkins*, 52 Cal.App.4th 326, 337 (4th Dist. 1997) („when the defendant makes partial representations but also suppresses some material fact“); *Falk v. Gen. Motors Corp.*, 496 F.Supp.2d 1088, 1095 (N.D.Cal. 2007); *Gray v. Toyota Motor Sales U.S.A.*, 2012 WL 313703, 3 f. (C.D.Cal.).

öffentlich diskutiert wird.⁴⁹ In einer Entscheidung zu einem angeblich überhöhten Tonerverbrauch von Druckern wurde dieser Konsumentendiskurs als ausreichend erachtet, um etwaigen Irreführungen vorzubeugen; einer rechtlichen Offenlegungspflicht bedürfte es dann nicht.⁵⁰ Drittens legt die Rechtsprechung zu nicht mitgeteilten Sicherheitsrisiken nahe, dass Unternehmen nur insoweit auf Transparenz verpflichtet werden, als Leib, Leben und sonstige Integritätsinteressen *des Verbrauchers* auf dem Spiel stehen. Demgegenüber schützt eine Informationspflicht im Hinblick auf soziale und ökologische Herstellungsstandards die Integritätsinteressen an der Herstellung beteiligter oder hiervon sonst betroffener Personen sowie sonstiger Rechtsgüter. Diese *Dritt- und Allgemeininteressen* kann die Klägerin aber nicht geltend machen. Denn ihre Klagebefugnis beruht allein auf der Beeinträchtigung ihrer eigenen Vermögensinteressen aufgrund des durch Täuschung herbeigeführten Erwerbs der Kosmetika.⁵¹

Diese Bedenken hat sich das Distriktgericht auch nach erneuter Befassung nicht zu Eigen gemacht.⁵² Bei dieser Gelegenheit scheiterte die Beklagte zudem mit der *Nike*-Strategie, die weitere Sachaufklärung auszusetzen und zunächst die aufgeworfenen Rechtsfragen in einem langwierigen und kostenintensiven Berufungs- und möglicherweise Revisionsverfahren klären zu lassen. Stattdessen hat das Gericht entschieden, das erstinstanzliche Verfahren mit der sachlichen Prüfung des Irreführungsvorwurfs fortzusetzen. Anders als *Nike* muss sich *Mary Kay* also gefallen lassen, dass die Unternehmenspolitik in einem öffentlichen Zivilprozess durchleuchtet wird. Es bleibt abzuwarten, ob das Verfahren durch Streitentscheid oder wie so häufig durch Vergleich beendet werden wird.

Ungeachtet dessen bezeugt die Entscheidung *Stanwood* die Bereitschaft zumindest einzelner kalifornischer Richter, der marktbegleitenden Sittlichkeit in weitem Umfang Rechtsschutz angedeihen zu lassen. Setzte sich die Auffassung des Distriktgerichts durch, wären Unternehmer rechtlich verpflichtet, von sich aus all diejenigen Unternehmenspolitiken und erst recht konkrete

⁴⁹ *Gray v. Toyota Motor Sales U.S.A.*, 2012 WL 313703, 8 f. (C.D.Cal.).

⁵⁰ *O'Shea v. Epson America Inc.*, 2011 WL 3299936, 8 (C.D.Cal.).

⁵¹ Siehe dazu oben 2.1.2.

⁵² *Stanwood v. Mary Kay, Inc.*, Case No. SACV 12-00312-CJC(ANx), Nov. 13, 2012, abrufbar unter 2012 WL 7991231 (Stand: 20.11.2013).

Herstellungsumstände bestimmter Produkte offenzulegen, die die ethischen Nachfragepräferenzen des *reasonable consumer*⁵³ beeinflussen können. Diesbezügliche Angaben müssen nach *Kasky v. Nike* den Tatsachen entsprechen. Wäre eine solche Rechtspflicht zur wahrheitsgemäßen Information über die eigene CSR-Praxis anerkannt, könnte dies eine regelrechte Spirale der Versittlichung der Marktbeziehungen auslösen. Je mehr nämlich über soziale und ökologische Verantwortung gesprochen werden muss, desto bedeutsamer werden diese Gesichtspunkte für die Verbraucherentscheidung, was wiederum erweiterte Informationserwartungen und korrespondierende Transparenzpflichten nach sich zieht usw. In der Logik dieser Entwicklung läge es, wenn Unternehmer Produkte, die aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers sittlich „unverantwortlich“ sind, entsprechend kennzeichnen müssten.

Aus europäischer Sicht erscheint eine solche Entwicklung in Anbetracht der hiesigen Proliferation von Kennzeichnungspflichten im Lebensmittelsektor⁵⁴ sowie im Hinblick auf den Energieverbrauch⁵⁵ keineswegs ausgeschlossen. Freilich werden diese Anforderungen nicht von Richtern unter Verweis auf die Erwartungen eines fiktiven Durchschnittsverbrauchers festgelegt, sondern gehen auf gesetzliche Vorgaben zurück, die sittliche Präferenzen zu einem guten Teil vorwegnehmen und damit in die Marktkommunikation injizieren. Damit ist die kompetenzielle und legitimatorische Dimension der Verrechtlichung der Sittlichkeit des Wirtschaftens bzw. umgekehrt der Ethisierung des Wirtschaftsrechts angesprochen: Ist hierzu die Judikative im Nachvollzug faktischer Veränderungen des Entscheidungsverhaltens der Marktteilnehmer berufen oder obliegt es dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber, entsprechende Maßstäbe aufzustellen? Anders gewendet: Geht die Verschränkung von Recht und Sittlichkeit vom Wirtschaftssystem oder von der Politik aus? Die überwiegende Rechtspraxis in den USA lässt erkennen,

⁵³ Hierzu ALTMAN/POLLACK, in: Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, Band 1, 4. Aufl., Stand August 2013, § 5:17 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 v. 25.10.2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel, ABl. L 304/18.

⁵⁵ Vgl. Richtlinie 2009/125/EG v. 21.10.2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte, ABl. L 285/10; Richtlinie 2010/30/EU v. 19.5.2010 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen, ABl. L 153/1.

dass die Justiz in Ermangelung spezieller Rechtsgrundlagen eher zurückhaltend agiert.

3. Verrechtlichung sittlicher Normen mit dem Ziel der Marktbegrenzung

Noch deutlicher wird dieser *judicial self restraint*, soweit eine Verrechtlichung ethischer Normen mit dem Ziel der Marktbegrenzung in Rede steht. Dieser intensivste Grad einer sittlich motivierten Marktregulierung ist auch bei einer weitreichenden Haftung für verschwiegene CSR-Verstöße noch nicht erreicht. Den hiermit einhergehenden Informationspflichten kommt zwar ein erhebliches Steuerungspotential zu.⁵⁶ Und doch vollzieht das Irreführungsrecht keine unmittelbar marktbegrenzende Sittlichkeit. Denn Zweck des Verbots von Irreführungen hinsichtlich ethischer Präferenzen ist es nicht, bestimmte Produkte vom Markt zu verbannen und die diesbezügliche Marktkommunikation per se zu verbieten. Vielmehr geht es in Übereinstimmung mit dem klassisch-wettbewerbsfunktionalen Programm darum, durch den Abbau von Informationsasymmetrien eine Verfälschung des Wettbewerbs und eine Beeinträchtigung ökonomisch messbarer Interessen der Verbraucher zu verhindern. Zudem erwachsen die dargestellten Informationspflichten aus der Marktkommunikation selbst, in der sich entsprechende Verbrauchererwartungen bilden. Der wirtschaftliche Wettbewerb zur Befriedigung aller - auch aus der Sicht eines Durchschnittsverbrauchers „unverantwortlicher“ - Bedürfnisse wird nicht von vornherein ausgeschaltet, sondern „lediglich“ einem Transparenzgebot hinsichtlich seiner sozialen und ökologischen Implikationen unterworfen.

Unmittelbar marktbegrenzende Verbote finden sich im US-Recht allerdings in spezialgesetzlichen Regelungen zu bestimmten Produkten (dazu 3.1.). Hingegen sind alle bisherigen Versuche gescheitert, sozial oder ökologisch

⁵⁶ Ein besonders eindrückliches Beispiel bietet insoweit das australische Tabakwerberecht, das durchaus als Vorstufe zu einer Prohibition aufgefasst werden kann; dazu WTO-Streitbeilegungsverfahren 435, Australia - Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds435_e.htm; DAVISON, Plain Packaging and the TRIPS Agreement: A Response to Professor Gervais, AIPJ 23 (2013), 160, 167 f.

„unverantwortliches“ Wirtschaften auf der Basis allgemeiner Rechtsgrundlagen für rechtswidrig erklären zu lassen (dazu 3.2).

3.1. Spezialgesetzliche Import-Verbote

Wie das deutsche Recht unterbindet auch das US-Recht den Handel mit bestimmten Gütern, etwa menschlichen Organen oder Wählerstimmen.⁵⁷ Diese Verbote gelten gleichermaßen für den inländischen wie für den grenzüberschreitenden Verkehr. So ist es beispielsweise allen in- und ausländischen Anbietern untersagt, Glücksspiele und Wettdienstleistungen im Fernabsatz, insbesondere über das Internet, zu offerieren.⁵⁸

Während diese Vorschriften auf den US-amerikanischen Markt gerichtet sind, zielen einzelne Importverbote prima facie darauf ab, weltweite Mindeststandards verantwortlichen Wirtschaftens zu etablieren. Hersteller und Importeure, die den entsprechenden Anforderungen nicht genügen, werden vom Zugang zu einem der weltweit größten Absatzmärkte ausgeschlossen. Die USA setzen hier ihre globale Nachfragemacht ein, um andere Länder zur Durchsetzung sozialer und vor allem ökologischer Standards zu veranlassen.⁵⁹

So ist seit 1989 der Import von Shrimps aus Ländern untersagt, die kein mit dem US-Recht vergleichbares Programm zum Schutz von Meeresschildkröten implementiert haben. Demnach müssen die Herkunftsländer von Shrimps ihren Fangflotten den Einsatz von *turtle excluder devices* vorschreiben. Die Einhaltung dieser Vorgabe prüfen die amerikanischen Behörden im Rahmen eines jährlichen Zertifizierungsverfahrens.⁶⁰ Ebenfalls verboten sind die Ein- und Ausfuhr von Rohdiamanten, die kein Kimberley-Zertifikat tragen.⁶¹ Mithilfe dieses internationalen Zertifizierungssystems sollen sog. Blut- oder Konfliktdiamanten vom Welthandel ausgeschlossen werden, deren Erzeugung in den 1990er Jahren in mehreren afrikanischen Ländern mit massiver Gewalt

⁵⁷ Siehe SATZ, *Why Some Things Should Not Be For Sale: The Moral Limits of Markets*, 2010.

⁵⁸ Siehe dazu WTO Appellate Body, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, AB-2005-1, 7.4.2005, Rn. 5 - Gambling and Betting (insbes. Wire Act, Travel Act, Illegal Gambling Business Act).

⁵⁹ Vgl. zur Regulierung des Rohdiamantheandels 19 U.S.C. § 3901(6) („As the consumer of a majority of the world’s supply of diamonds, the United States has an obligation to help sever the link between diamonds and conflict and press for implementation of an effective solution.“).

⁶⁰ Siehe 16 U.S.C. § 1537 und <http://www.nmfs.noaa.gov/pr/species/turtles/shrimp.htm>.

⁶¹ 19 U.S.C. §§ 3901-3913 („Clean Diamond Trade“).

und millionenfacher Vertreibung einherging. Nachdem die USA zunächst einseitige Importverbote über Rohdiamanten aus Sierra Leone und Liberia verhängt hatten, kam es 2002 zur Verabschiedung der „Interlaken Declaration on the Kimberley Process Certification Scheme for Rough Diamonds“, an der neben der EU und ihren Mitgliedstaaten⁶² 53 weitere Staaten sowie Vertreter der Diamantindustrie und Nichtregierungsorganisationen beteiligt sind. In diesem Wirtschaftsraum dürfen seither nur Rohdiamanten aus Ländern gehandelt werden, die ihre Diamantproduktion nach bestimmten Vorgaben statistisch erfassen und regulieren.⁶³

Aus der Sicht des US-amerikanischen Verfassungsrechts sind derartige Produkt- und flankierende Werbeverbote unbedenklich, soweit der Gesetzgeber seinen weiten Gestaltungsspielraum nicht in willkürlicher Weise missbraucht.⁶⁴ Anders ist dies nur, wenn das entgeltliche Angebot von Informationen oder Meinungen untersagt werden soll. Eine solche Regelung muss den strengen Anforderungen für einen verfassungsmäßigen Eingriff in die Redefreiheit genügen, die auch dann Beachtung verlangt, wenn Information als Ware gehandelt und dieser Markt reguliert wird.⁶⁵

Aufgrund ihrer Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel stehen Verkehrsverbote allerdings in einem latenten Spannungsverhältnis zum Welthandelsrecht. Das vom US-Kongress als Tierschutzmaßnahme propagierte Label „dolphin-safe tuna“,⁶⁶ die Restriktionen der Shrimps-Importe zum Schutz von Meeresschildkröten und schließlich auch das generelle Verbot des Fernabsatzes von Glücksspiel und Wettdienstleistungen – all diese Vorschriften

⁶² Siehe Verordnung (EG) Nr. 2368/2002 v. 20.12.2002 zur Umsetzung des Zertifizierungssystems des Kimberley-Prozesses für den internationalen Handel mit Rohdiamanten, ABl. L 358/28; Verordnung (EG) Nr. 254/2003 v. 11.2.2003 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2368/2002 zur Umsetzung des Zertifizierungssystems des Kimberley-Prozesses für den internationalen Handel mit Rohdiamanten, ABl. L 36/7.

⁶³ Siehe <http://www.kimberleyprocess.com/>.

⁶⁴ Vgl. 5 U.S.C. § 706(2)(A); *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S.Ct. 2653, 2665 (2011) m.w.N. (z.B. Verbot rassendiskriminierender Stellenausschreibungen).

⁶⁵ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S.Ct. 2653, 2663 ff. (2011) (Verfassungswidrigkeit eines an Pharmaunternehmen gerichteten Verbots, Informationen über ärztliche Verschreibungspraktiken zu veräußern und sonst gewerblich zu nutzen).

⁶⁶ Siehe 16 U.S.C. § 1385(b) („The Congress finds that (1) dolphins and other marine mammals are frequently killed in the course of tuna fishing operations in the eastern tropical Pacific Ocean and high seas driftnet fishing in other parts of the world; (2) it is the policy of the United States to support a worldwide ban on high seas driftnet fishing, in part because of the harmful effects that such driftnets have on marine mammals, including dolphins; and (3) consumers would like to know if the tuna they purchase is falsely labeled as to the effect of the harvesting of the tuna on dolphins.“).

wurden in WTO-Streitbeilegungsverfahren als unzulässige Beschränkungen des Welthandels angegriffen, und zwar bemerkenswerterweise von Entwicklungsländern.⁶⁷ Diese Beschwerden reflektieren die Sanktions- und Hebelwirkung der Nachfragemacht der USA. Beschränkungen des Zutritts zum US-amerikanischen Markt wirken sich stets erheblich auf ausländische Anbieter aus. Die Zertifizierung von Tunfisch- und Shrimps-Produkten erfolgte überdies gezielt in der Absicht, die Fangmethoden ausländischer Flotten zu beeinflussen. Sämtliche Verfahren endeten zumindest mit Teilerfolgen der Entwicklungsländer.⁶⁸ Zwar anerkennen die Entscheidungen nachdrücklich das Recht der USA wie aller anderen Mitglieder der WTO, den internationalen Waren- und Dienstleistungsverkehr zur Erhaltung erschöpflicher Naturschätze,⁶⁹ zum Schutz von Tieren, Pflanzen und der Umwelt⁷⁰ und zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Moral und Ordnung⁷¹ zu beschränken. Allerdings dürfen derartige Maßnahmen nicht in einer Weise angewendet werden, die ein Mittel zu willkürlicher oder unberechtigter Diskriminierung unter Ländern, in denen gleiche Bedingungen herrschen, oder eine verdeckte Beschränkung für den Handel mit Waren und Dienstleistungen darstellen.⁷² Mit anderen Worten darf unter dem Deckmantel hehrer Ziele ökologisch und sozial verantwortlichen Wirtschaftens kein Protektionismus betrieben werden.⁷³

⁶⁷ Siehe WTO-Streitbeilegungsverfahren 58: United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Indien, Malaysia, Pakistan, Thailand); WTO-Streitbeilegungsverfahren 258: United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (Antigua); WTO-Streitbeilegungsverfahren 381: United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (Mexiko).

⁶⁸ WTO Appellate Body, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, AB-1998-4, 12.10.1998 - Shrimp I und WT/DS58/AB/RW, AB-2001-4, 22.10.2001 - Shrimp II; WTO Appellate Body, United States - Gambling and Betting (Fn. 58); WTO Appellate Body, United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, WT/DS381/AB/R, AB-2012-2, 16.5.2012 - Tuna II.

⁶⁹ Vgl. Art. XX lit. g GATT und WTO Appellate Body, United States – Shrimps II (Fn. 68), VI B.

⁷⁰ Vgl. Art. 2.2 S. 2 TBT und WTO Appellate Body, United States – Tuna II (Fn. 68), Rn. 116 ff.

⁷¹ Vgl. Art. XIV lit. a GATS und WTO Appellate Body, United States – Betting and Gambling (Fn. 58), Rn. 293 ff.

⁷² Vgl. Art. XX GATT, 2.1 TBT, XIX GATS.

⁷³ Vgl. WTO Appellate Body, United States - Shrimps I (Fn. 68), VI Rn. 43 f. („We have not decided that the protection and preservation of the environment is of no significance to the Members of the WTO. Clearly, it is. We have not decided that the sovereign nations that are Members of the WTO cannot adopt effective measures to protect endangered species, such as sea turtles. Clearly, they can and should. And we have not decided that sovereign states should not act together bilaterally, plurilaterally or multilaterally, either within the WTO or in other international fora, to protect endangered species or to otherwise protect the environment. Clearly, they should and do. ... WTO Members are free to adopt their own policies aimed at protecting the environment as long as, in so doing, they fulfill their obligations and respect the

So aber verhielt es sich nach Auffassung der WTO-Gremien in allen drei genannten Fällen. Das Label „dolphin-safe-tuna“ wurde als technisches Handelshemmnis qualifiziert, ohne dass Importeure in den USA faktisch keinen Tunfisch absetzen können. Dieses Erfordernis werde unberechtigt auf die mexikanische Fangflotte angewendet. Denn obwohl jene umfangreiche und nachweislich sehr erfolgreiche Maßnahmen zum Schutz von Delfinen ergriffen habe, werde ihr das Label nicht erteilt, was wiederum den Marktzutritt erheblich erschwere.⁷⁴ Auch Shrimps-Importeure aus Malaysia und anderen asiatischen Ländern erfuhren durch die Einfuhrkontrollen eine unzulässige Diskriminierung. Nach der ursprünglichen Praxis der US-Behörden waren sie innerhalb von vier Monaten gezwungen, ihre Schiffe auf die US-amerikanischen Anforderungen umzurüsten und bei US-Behörden ein Zertifikat zu erlangen, ohne dass es zuvor internationale Verhandlungen und im Nachgang ein transparentes Behördenverfahren gegeben hatte. Unter diesen Umständen ordnete das WTO-Berufungsgremium die gesetzliche Regelung als unilaterales Embargo ein, mit dem die USA andere WTO-Mitglieder in ungerechtfertigter und willkürlicher Weise zwingt, die eigenen Tierschutzmaßnahmen selbst zu übernehmen.⁷⁵ Erst nachdem sich die USA ernsthaft um ein internationales Abkommen zum Schutz von Meeresschildkröten bemüht hatten und eine flexibilisierende Verwaltungsvorschrift ergangen war, wonach Herkunftsländer von Shrimps auch dann ein Importzertifikat erlangen konnten, wenn ihre ggf. abweichenden Schutzmaßnahmen eine vergleichbare Wirksamkeit entfalten, in den betreffenden Gewässern keine Meeresschildkröten vorkommen oder die dortigen Fangmethoden von vornherein kein Risiko für Meeresschildkröten darstellen, wies das WTO-Berufungspanel eine erneute Beschwerde Malaysias zurück.⁷⁶ Im Verfahren um das unterschiedslos anwendbare Verbot des Fernabsatzes von Glücksspielen und Wettdienstleistungen gelang es Antigua zwar nicht, den USA eine faktische Diskriminierung zwischen in- und ausländischen Anbietern bei der Anwendung der einschlägigen Gesetze nachzuweisen. Immerhin aber hatte die Beschwerde insoweit Erfolg, als es der

rights of other Members under the WTO Agreement.“); WTO Appellate Body, United States - Gambling and Betting (Fn. 58), Rn. 252, 296 ff.

⁷⁴ Siehe WTO Appellate Body, United States - Tuna II (Fn. 68), Rn. 255 ff.

⁷⁵ Siehe WTO Appellate Body, United States - Shrimps I (Fn. 68), VI.

⁷⁶ Siehe WTO Appellate Body, United States - Shrimps II (Fn. 68), Rn. 135 ff.

Interstate Horse Racing Act Unternehmen mit Sitz in den USA gestattet, Pferdewetten abseits der Rennstrecke und somit im Fernabsatz zu offerieren. Diese punktuelle und nur Inländern zugutekommende Eröffnung des Wettmarktes stelle eine ungerechtfertigte Diskriminierung von Anbietern aus Antigua und anderen WTO-Mitgliedstaaten dar.⁷⁷

Damit ist nur das Importverbot für nicht zertifizierte Rohdiamanten vom Vorwurf des verdeckten Protektionismus verschont geblieben. Grund hierfür dürfte sein, dass das entsprechende Zertifizierungssystem auf einer transnationalen Vereinbarung zwischen Staaten und Privatparteien beruht, die im Zweifel das vom WTO-Recht verlangte Gleichgewicht zwischen legitimer Verhinderung menschenrechtswidriger Produktionsprozesse einerseits und diskriminierungsfrei zugänglichen Märkten andererseits herstellt. Allerdings wird zunehmend bezweifelt, ob das Kimberley-System tatsächlich dafür sorgt, dass Blutdiamanten vom Welthandel ausgeschlossen werden, oder ob diplomatische Rücksichten nicht doch fortgesetzte Vertreibung und Gewalt ermöglichen.⁷⁸

Insgesamt offenbart sich an den hier betrachteten Beispielen ein Legitimitätsdilemma der Versuche, die Globalisierung nicht nur durch freiwillige CSR-Grundsätze und ihre mittelbare Verrechtlichung im Rahmen des Irreführungsrechts (s.o.), sondern unmittelbar marktbegrenzend einzufangen: Von den nachfragestarken Industrieländern unilateral definierte Maßstäbe sozial und ökologisch verantwortlichen Wirtschaftens sind zwar effektiv, sie benachteiligen aber nicht selten Anbieter aus Dritt- und namentlich Entwicklungsländern in unberechtigter, weil in Anbetracht des bezweckten Ziels nicht notwendiger oder sonst willkürlicher Weise. Transparente Nord-Süd-Vereinbarungen, zumal unter Beteiligung von privaten Akteuren, mögen solche ungerechtfertigten Diskriminierungen zwar vermeiden, lassen es aber an der wünschenswerten Wirksamkeit mangeln.

3.2. Marktbegrenzung auf der Basis allgemeiner Rechtsgrundlagen

Die vorstehend skizzierten Import- und Vertriebsverbote betreffen lediglich einen eng umrissenen Kreis von Waren und Dienstleistungen. Fraglich ist, ob

⁷⁷ WTO Appellate Body, United States - Gambling and Betting (Fn. 58), Rn. 338 ff.

⁷⁸ Siehe <http://www.globalwitness.org/campaigns/conflict/conflict-diamonds/kimberley-process>.

die allgemeinen Grundlagen des US-Rechts eine weitergehende Verrechtlichung sittlicher Normen mit dem Ziel der Marktbegrenzung ermöglichen. Angesprochen sind damit Versuche, multinationale Unternehmen vor US-Gerichten für unsoziale oder gar menschenrechtswidrige Produktionsprozesse im Ausland zur Rechenschaft zu ziehen.

3.2.1. Klagen von Betroffenen auf der Basis des Common Law und der Alien Tort Statute

Im Verfahren *Doe v. Wal-Mart Stores Inc.*⁷⁹ machten die Kläger geltend, bei ausländischen Zulieferbetrieben der amerikanischen Handelskette beschäftigt zu sein. Seit 1992 habe *Wal-Mart* in seine Lieferverträge einen Verhaltenskodex aufgenommen. Die Zulieferer würden verpflichtet, die an ihrem Sitz gültigen arbeitsrechtlichen Regeln, insbesondere im Hinblick auf das Verbot von Zwangs- und Kinderarbeit sowie Diskriminierungen, einzuhalten. *Wal-Mart* sei berechtigt, das Verhalten seiner Lieferanten zu inspizieren und bei festgestellten Verstößen das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu beenden. Allerdings würden derartige Überprüfungen gar nicht, nur nach Ankündigung oder mit manipuliertem Ergebnis durchgeführt, obwohl *Wal-Mart* auch aufgrund der harten Konditionen positiv wisse, dass Zulieferer häufig die lokalen Arbeitsstandards verletzen.⁸⁰

In einer knappen und einstimmigen Entscheidung wies der kalifornische Court of Appeals die Klage 2009 bereits als unsubstantiiert ab.⁸¹ Auch wenn alle Behauptungen der Kläger zuträfen, gebe es keinen Klagegrund, dessen Voraussetzungen erfüllt seien. Die Kläger hätten nur mit den ausländischen Zulieferern, nicht hingegen mit *Wal-Mart* ein Arbeitsverhältnis begründet. Auch alle Versuche, aus der Lieferkette und dem Verhaltenskodex eine mittelbare rechtliche Verantwortlichkeit *Wal-Mart*s herzuleiten, scheiterten. Der Verhaltenskodex entfalte keine Schutzwirkungen zugunsten der Arbeitnehmer, weil sich *Wal-Mart* gegenüber den Zulieferern lediglich das *Recht* zur Inspektion und ggf. Kündigung vorbehalten habe, nicht aber verpflichtet sei, die Einhaltung

⁷⁹ 572 F.3d 677 (9th Cir. 2009).

⁸⁰ A.a.O., 680 f.

⁸¹ A.a.O., 681 ff.

lokaler Arbeitsstandards zu überprüfen oder sonst sicherzustellen. Aus diesem Grund scheidet auch eine Haftung wegen *negligence* aus. Schließlich sei *Wal-Mart* auch nicht ungerechtfertigt bereichert. Denn der Profit, den *Wal-Mart* aus rechtswidrigen Arbeitsbedingungen im Ausland schlägt, beruhe nicht auf einer unmittelbaren Vermögensverschiebung zwischen den Streitparteien.

Die Entscheidung lässt an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig. Aus ihr folgt, dass das Common Law multinationale Unternehmen auch dann nicht für Verletzungen sozialer und ökologischer Standards durch ihre ausländischen Zulieferer in Haftung nimmt, wenn einschlägige Verhaltenskodizes existieren. Dies gilt jedenfalls solange, wie diese Regelwerke nur die Lieferanten, nicht aber die MNU selbst verpflichten. Die internationale Arbeitsteilung wirkt somit als Haftungsschild. Die sozialen und ökologischen Bedingungen an ausländischen Produktionsorten erlangen damit in den USA nur insoweit Rechtsrelevanz, als US-Verbraucher hierüber irregeführt werden. Sie kommen mithin im US-Recht nicht als solche, sondern nur als Verbraucherpräferenz zur Sprache.

Ebenso erfolglos blieb ein Vorstoß unter Berufung auf die Alien Tort Statute (ATS).⁸² Im Verfahren *Kiobel et. al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et. al.*⁸³ verklagten frühere Bewohner des nigerianischen Öldeltas, die zwischenzeitlich in den USA Asyl gefunden hatten, die *Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd.* sowie deren in den Niederlanden bzw. England inkorporierten Muttergesellschaften. Sie behaupteten, die Beklagten hätten die nigerianische Regierung in den frühen 1990er Jahren dabei unterstützt, Proteste der Bewohner des Ogonilandes gegen die Ölbohrungen gewaltsam niederzuschlagen, wobei es zu massiven Menschenrechtsverletzungen gekommen sei. Unter anderem hätten die Beklagten den nigerianischen Einsatzkräften Geld, Material und einen Stützpunkt auf ihrem Grundstück zur Verfügung gestellt. Dieses Verhalten sei nach Maßgabe der ATS in einem Zivilverfahren vor amerikanischen Bundesgerichten justiziabel, weil es gegen das *law of nations* verstoße.

⁸² 28 U.S.C. § 1350 („[t]he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.“).

⁸³ 133 S.Ct. 1659 (2013).

Der US Supreme Court urteilte, die ATS eröffne den Rechtsweg zwar auch für Zivilklagen zwischen Privatpersonen. Allerdings habe sich das streitgegenständliche Verhalten vollständig außerhalb des Territoriums der USA zugetragen. Eine solch extraterritoriale Reichweite habe der historische Gesetzgeber der ATS nur im Hinblick auf Piraterie zukommen lassen wollen. In jener Konstellation seien die souveränen Belange fremder Staaten indes nur in geringem Umfang tangiert, denn „pirates were fair game wherever found, by any nation, because they generally did not operate within any jurisdiction“.⁸⁴ Im Übrigen gebe es keinen Anhaltspunkt dafür, dass die ATS Rechtsverletzungen unabhängig vom Ort ihrer Verursachung bzw. ihres Erfolgs justiziabel machen sollte. Kein Staat und erst recht nicht die zum Erlasszeitpunkt 1789 junge USA hätten sich je angemaßt, der „custos morum“ der ganzen Welt zu sein.⁸⁵ Die allgemeine Vermutung gegen eine extraterritoriale Anwendung des US-amerikanischen Rechts erlaube eine Berufung auf die ATS nur, wenn der betreffende Sachverhalt deutliche Bezüge auf das Inland aufweise. Die bloße Niederlassung oder gar nur die bloße Geschäftstätigkeit multinationaler Unternehmen in den USA genüge hierfür nicht.⁸⁶ Zum selben Ergebnis, nämlich der Unanwendbarkeit der ATS im Streitfall, gelangte eine immerhin von vier Richtern getragene *concurring opinion*.⁸⁷ Demnach könnten ausländische Personen zwar auch für extraterritoriale Vorgänge vor US-Gerichten belangt werden. Hierfür sei allerdings Voraussetzung, dass das angegriffene Verhalten ein wichtiges nationales Interesse der USA wesentlich beeinträchtige. Hierzu zähle, dass die USA nicht zu einem sicheren Hafen für Folterknechte und andere Feinde der Menschheit werden dürfen. Zu dieser Kategorie zählten die Beklagten aber nicht.

3.3.2. Rechtsschutz von Verbrauchern auf der Basis des Lauterkeitsrechts?

Die Kläger in den Verfahren gegen *Wal-Mart* und *Royal Dutch Petroleum et. al.* machen geltend, in Asien bzw. Nigeria sozial- und menschenrechtswidrigen

⁸⁴ A.a.O., 1667.

⁸⁵ A.a.O., 1668 mit Verweis auf *United States v. The La Jeune Eugenie*, 26 F. Cas. 832, 847 (No. 15,551) (C.C.Mass. 1822).

⁸⁶ A.a.O., 1669.

⁸⁷ A.a.O., 1670 ff. (Breyer, Ginsburg, Sotomayor, Kagan, J., concurring).

Praktiken ausgesetzt gewesen zu sein. Die Zuständigkeit der US-amerikanischen Gerichte sollte sich letztlich aus dem Umstand ergeben, dass die dort unter rechtswidrigen Umständen erzeugten Waren von den Beklagten in den USA gewinnbringend vermarktet wurden. Der Ausgang der Verfahren zeigt jedoch, dass das US-Recht den Betroffenen keine Handhabe bietet, die multinationalen Auftraggeber und Holdinggesellschaften als die Enden bzw. Spitzen der globalen, arbeitsteiligen Wertschöpfungskette in den USA für Verhaltensweisen ihrer Zulieferer oder beherrschter Tochterunternehmen zu belangen. Das US-Recht verweist mithin diejenigen, die in Entwicklungsländern von rechtswidrigen, unsozialen oder ökologisch unverantwortlichen Produktionsprozessen betroffen sind, auf die Durchsetzung ihrer Rechte im jeweiligen Herstellungsland.

Zu erwägen ist allerdings, ob Verstöße gegen CSR-Standards nicht auch von den in Industriestaaten ansässigen Verbrauchern geltend gemacht werden können, die gewissermaßen als Vertreter der andernorts ausgebeuteten Menschen, Tiere und Naturgüter auftreten würden. Hierfür müsste argumentiert werden, dass die Konsumenten in entwickelten Ländern ein Recht darauf haben, keinen Produkten ausgesetzt zu werden, die unter Verletzung generell oder zumindest von den beteiligten Unternehmen anerkannter CSR-Grundsätze erzeugt wurden. Solche Waren und Dienstleistungen wären nicht mehr verkehrsfähig und dürften auch nicht beworben werden. Im Ergebnis würden alle sozial oder ökologisch „unverantwortlich“ hergestellten Produkte vom US-amerikanischen Absatzmarkt ausgeschlossen.

Da eine ausdrückliche Rechtsvorschrift dieses Inhalts nicht existiert, stellt sich die Frage, ob die allgemeinen wirtschaftsrechtlichen Vorschriften eine derartige Sanktionierung CSR-widriger Herstellungspraktiken erlauben. In Betracht kommt insoweit zunächst das etwa im kalifornischen Recht vorgesehene Verbot rechtswidriger (*unlawful*) Geschäftspraktiken.⁸⁸ Auf der Basis dieses Rechtsbruchtatbestandes wurden zum Beispiel Zuwiderhandlungen gegen arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote als unlauterer Wettbewerb untersagt, weil sich der beklagte Unternehmer einen verbotenen Vorsprung gegenüber

⁸⁸ § 17200 California Business and Professions Code; *Wilson v. Hewlett-Packard Inc.*, 668 F.3d 1136 (9th Cir. 2012).

rechtstreuen Mitbewerbern verschafft habe.⁸⁹ Allerdings betrafen die Entscheidungen Sachverhalte, in denen sich sowohl die Produktion als auch der Absatz in den USA zugetragen hatten. Ausländische Herstellungsprozesse unterliegen hingegen nicht den US-amerikanischen Marktverhaltensvorschriften, sondern den vor Ort gültigen Regelungen. Verstöße hiergegen stellen ebenso wenig *unlawful business acts or practices* im Sinne des kalifornischen Lauterkeitsrechts dar wie Zuwiderhandlungen gegen freiwillig eingegangene Selbstverpflichtungen zu verantwortlichem Wirtschaften.⁹⁰

Schließlich könnte der Vertrieb von Produkten, die im Ausland unter Verstoß gegen CSR-Grundsätze hergestellt wurden, als *unfair* untersagt werden. Ein solch generalklauselartiges Verbot findet sich in Sec. 5 des FTC-Gesetzes und in einzelstaatlichen Regelungen wie etwa dem kalifornischen Lauterkeitsrecht, nicht aber im Lanham Act, der Mitbewerber mit Klagerechten gegen irreführende geschäftliche Handlungen im zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr ausstattet.⁹¹ Einerseits sollen diese Regelungen der Rechtsprechung ein umfassendes und flexibles Instrument an die Hand geben, um die Lauterkeit des Wettbewerbs im Interesse der Verbraucher und der Mitbewerber zu gewährleisten.⁹² Andererseits spielt diese, auf den ersten Blick

⁸⁹ *Herr v. Nestle U.S.A., Inc.*, 109 Cal. App.4th 779 (2nd Dist. 2003), review denied, (Sept. 10, 2003); *Alch v. Superior Court*, 122 Cal. App.4th 339 (2nd Dist. 2004), review denied, (Dec. 22, 2004); ferner *McCaffrey v. Brobeck, Phleger & Harrison, L.L.P.*, 2004 WL 345231 (N.D.Cal. 2004) (Verletzung gesetzlicher Arbeitsstandards als unlauterer Wettbewerb).

⁹⁰ Zu den anerkannten Fallgruppen des *unlawful conduct of business* siehe ALTMAN/POLLACK, in: Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, Band 2, 4. Aufl., Stand August 2013, §§ 16:3-5, 13 ff. Zum deutschen Recht KÖHLER, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4 Rn. 11.24, 26, 29 m.w.N.

⁹¹ Zur FTC siehe *FTC v. Sperry & Hutchinson C.*, 405 U.S. 233, 244-45, n. 5 (1972); ALTMAN/POLLACK, in: Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, Band 1, 4. Aufl., Stand August 2013, § 2:10. Zum kalifornischen Recht § 17200 California Business and Professions Code („any ... unfair ... business act or practice and unfair ... Advertising“) und *Cel-Tech Commc'ns, Inc. v. Los Angeles Cellular Tel. Co.*, 83 Cal.Rptr.2d 548, 561 (Cal. 1999); *Lozano v. AT & T Wireless Servs., Inc.*, 504 F.3d 718, 731 (9th Cir. 2007); *Wilson v. Hewlett-Packard Co.*, 668 F.3d 1136 (9th Cir. 2012); *Stanwood v. Mary Kay, Inc.*, 2012 WL 7991231, 2 (C.D.Cal.). Zum Lanham Act und zum Scheitern diesbezüglicher Kodifikationsbemühungen siehe ALTMAN/POLLACK, in: Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, Band 1, 4. Aufl., Stand August 2013, § 2:11.

⁹² *Cel-Tech Commc'ns, Inc. v. Los Angeles Cellular Tel. Co.*, 20 Cal.4th 163, 181 (Cal. 1999); *Wilson v. Hewlett-Packard Co.*, 668 F.3d 1136 (9th Cir. 2012); *Kwikset Corp. v. Superior Court*, 51 Cal.4th 310, 320 (Cal. 2011) m.w.N. („broad, sweeping language ... to protect both consumers and competitors by promoting fair competition in commercial markets for goods and services“). Weitergehend ALTMAN/POLLACK, in: Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, Band 1, 4. Aufl., Stand August 2013, §§ 2:2, 2:11 („The resulting legal situation would be similar to that which occurs under French, German and Swiss law: by virtue of a

weitreichende Kompetenz in der Rechtspraxis keine Rolle.⁹³ Soweit ersichtlich ist bisher weder von der FTC noch von privaten Klägern überhaupt auch nur der Versuch unternommen worden, den Absatz eines Produkts in den USA als unfair/unlauter und deshalb verboten anzugreifen, weil es im Ausland unter Verletzung von CSR-Grundsätzen hergestellt wurde.

Diese Zurückhaltung ist nachvollziehbar, denn die Erfolgsaussichten einer solchen Rechtsargumentation erscheinen äußerst gering.⁹⁴ Die Kompetenz der FTC zur Sanktionierung allgemein „unfairer“ geschäftlicher Handlungen wurde vom Gesetzgeber explizit auf den kaum zu beweisenden Ausnahmefall beschränkt, dass „the act or practice causes or is likely to cause substantial injury to consumers which is not reasonably avoidable by consumers themselves and not outweighed by countervailing benefits to consumers or to competition.“ Die FTC darf hierbei zwar Gesichtspunkte der *public policy* berücksichtigen. Es ist ihr aber ausdrücklich untersagt, ihre Entscheidung primär auf derartige Erwägungen zu stützen.⁹⁵ Eine behördliche Durchsetzung transnationaler CSR-Standards im Interesse einer marktbegrenzenden Sittlichkeit dürfte daher nicht in Betracht kommen.

Ebenso unwahrscheinlich ist, dass die Gerichte diese Rolle übernehmen. Selbst wenn unfairer/unlauterer Wettbewerb wie in Kalifornien als klagbares Delikt kodifiziert ist, sind die Voraussetzungen und Grenzen des Tatbestands doch weithin ungeklärt.⁹⁶ Wenn Gerichte auf diese Generalklausel überhaupt rekurren, dann zum Schutz wettbewerblicher Interessen von Mitbewerbern vor Irreführungen und unlauteren Leistungsübernahmen.⁹⁷ Von dieser wettbewerbsfunktionalen Logik unterscheidet sich ein marktbegrenzendes Verbot im globalen (!) Allgemeininteresse an sozial und ökologisch „gutem“

general code clause, in any suit, whether based on contract, tort or unjust enrichment, the violation of good morals may become an issue.“)

⁹³ Vgl. etwa *Gray v. Toyota*, 2012 WL 313703, 7 (C.D.Cal.) (Tatbestand der Unfairness nicht ausreichend dargelegt).

⁹⁴ Zur Sanktionierung von CSR über § 3 Abs. 1 UWG ebenfalls ablehnend OHLY/LIEBENAU, in diesem Band.

⁹⁵ Siehe 15 U.S.C. § 45(n) und ROSCH, *Self-Regulation and Consumer Protection: A Complement to Federal Law Enforcement*, 2008 WL 4380445 (F.T.C.), 5 f. (mit Hinweisen zur gescheiterten Regulierung von an Kinder gerichteter Werbung).

⁹⁶ ALTMAN/POLLACK, in: *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, Band 1, 4. Aufl., Stand August 2013, § 2:11 („As the law stands today, unfair competition is recognized as a tort, but very little else is known about it.“).

⁹⁷ Zum *passing-off* siehe ALTMAN/POLLACK, in: *Callmann on Unfair Competition, Trademarks and Monopolies*, Band 1, 4. Aufl., Stand August 2013, § 2:22.

Wirtschaften grundlegend. Jenes hat im US-Recht nur in Gestalt eng begrenzter Import- und Vertriebsverbote für nicht zertifizierten Shrimps und Rohdiamanten Niederschlag gefunden.⁹⁸ Aus diesen Regelungen folgt im Umkehrschluss, dass alle anderen Produkte ungeachtet der Umstände ihrer Herstellung grundsätzlich verkehrsfähig sind. Nicht zuletzt geraten pauschale Absatz- und Werbeverbote erneut in Konflikt mit dem grundrechtlichen Schutz der kommerziellen Rede.⁹⁹ Denn auch wenn derartige Äußerungen nicht den vollen Schutz der *freedom of speech* genießen und folglich überhaupt untersagt werden dürfen, so muss ein Werbeverbot doch immerhin geeignet und erforderlich sein, um ein verfassungsmäßiges Regelungsziel zu fördern.¹⁰⁰ Es bedürfte daher des Nachweises, dass ein Vertriebsverbot für den US-Markt die Produktionsverhältnisse in Entwicklungsländern in sozialer oder ökologischer Hinsicht verbessert. Wie die Erfahrungen mit dem Rohdiamantheil lehren, ist dies auch in Anbetracht der Nachfragemacht der USA keineswegs selbstverständlich.

4. Zusammenfassung und Gesamtschau

Damit bleibt die Rechtsrelevanz der Sittlichkeit der Wirtschaft begrenzt. Die marktbegleitende Sittlichkeit wird über das Irreführungsrecht anerkannt und stabilisiert. Unternehmen sollen den erheblichen Wettbewerb sozial und ökologisch „guten“ Wirtschaftens nicht in täuschender Absicht missbrauchen und so den Wettbewerb verfälschen.¹⁰¹ Dabei gehen jedenfalls die kalifornischen Gerichte recht weit. Nicht nur konkret produktbezogene, sondern auch allgemein die Unternehmenspolitik betreffende Aussagen müssen

⁹⁸ Oben 3.1.

⁹⁹ Siehe dazu SMOLLA, Afterword. Free the Fortune 500! The Debate over Corporate Speech and the First Amendment, 54 Case W. Res. L. Rev. 1277, 1292 ff. (2004). Zur Berücksichtigung der Meinungsfreiheit der Werbenden durch die FTC siehe ROSCH, Responsible Green Marketing, 2008 WL 2557916 (F.T.C.), 6.

¹⁰⁰ *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. Public Serv. Comm'n of New York*, 447 U.S. 557, 566 (1980); *Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina, Inc.*, 487 U.S. 781, 789 (1988). Zur deshalb problematischen Marktregulierung im Interesse des Gesundheitsschutzes der Verbraucher siehe ROSCH, Self-Regulation and Consumer Protection: A Complement to Federal Law Enforcement, 2008 WL 4380445 (F.T.C.).

¹⁰¹ Zur Bekämpfung solchen „green-washings“ auch EU-Kommission, Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011) 681 endg., 11; zur entsprechenden deutschen Rechtslage vgl. PEUKERT, in: GK-UWG, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 60 m.w.N.

wahrheitsgemäß sein und dürfen auch sonst keine Irreführungsgefahren auslösen (*Kasky v. Nike*). Ein „corporate right to lie“ gibt es im US-Recht also gerade nicht. Sogar das Verschweigen wesentlicher Informationen über die soziale und ökologische Unternehmenspraxis soll eine sanktionsbewehrte Irreführungsgefahr auslösen können (*Stanwood v. Mary Kay*). Sollte sich letztgenannte Rechtsauffassung durchsetzen, wären Unternehmen verpflichtet, von sich aus wahrheitsgemäß all diejenigen Aspekte der Produktherstellung und des Vertriebs offenzulegen, die die sittlich motivierten Präferenzen anderer Marktteilnehmer beeinflussen können. Diese Rechtsnorm könnte geradezu eine Spirale der Verrechtlichung verantwortungsvollen Wirtschaftens und umgekehrt eine Ethisierung des Wirtschaftsrechts auslösen. Gleichwohl handelt es sich hierbei lediglich um einen sekundären Effekt einer weiterhin primär wettbewerbsfunktionalen Regulierungslogik.

Eine genuin marktbegrenzende Sittlichkeit realisiert das US-Recht nur punktuell. Der erwünschte Steuerungseffekt zugunsten eines sozial und ökologisch verantwortungsvollen Handelns wird dabei zum Teil über die Verleihung werbewirksamer Gütezeichen („dolphin safe tuna“), zum Teil sogar über Importverbote nicht zertifizierter Produkte (Shrimps und Rohdiamanten) erreicht. Die Regelungen zielen dabei nicht nur auf US-amerikanische Unternehmen, sondern auch und gerade auf Hersteller bzw. Erzeuger aus Drittstaaten ab. Dieser extraterritoriale Regelungsanspruch hat welthandelsrechtliche Konflikte mit Entwicklungsländern hervorgerufen. Ihnen wurde in WTO-Streitbeilegungsverfahren mehrfach attestiert, von den USA durch die konkrete Ausgestaltung der Marktzutrittshürden in willkürlicher oder sonst ungerechtfertigter Weise diskriminiert zu werden. Das WTO-Recht übernimmt hier die Funktion sicherzustellen, dass sich hinter wohlfeiler Sittlichkeit kein schnöder Protektionismus versteckt.

Jenseits dieser spezialgesetzlichen Begrenzungen bestimmter Produktmärkte bietet das US-Recht keine Grundlage, um ausländische Verstöße gegen CSR-Standards zu sanktionieren. Dies gilt sowohl für Klagen der im Ausland von (menschen-)rechtswidrigen Praktiken und Vorfällen Betroffenen (*Doe v. Wal-Mart*, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*), als auch für den in der Tat exzentrischen und soweit ersichtlich bisher nicht unternommenen Versuch, solch unsittliches Wirtschaften im Namen des US-amerikanischen

Durchschnittsverbrauchers für unlauter und damit rechtswidrig zu erklären.¹⁰² Folglich bleibt eine Sittlichkeit, die die globale Wirtschaft auf sozial und ökologisch verantwortliches Handeln begrenzt, auf nicht-rechtliche Normen und Sanktionsmechanismen angewiesen, wie sie sich in transnationalen CSR-Grundsätzen finden.¹⁰³ Das Lauterkeitsrecht hingegen ist grundsätzlich einer ökonomisch-wettbewerbsfunktionalen Logik verpflichtet. Es bezweckt die Stabilisierung des unverfälschten Wettbewerbs als des maßgeblichen Ordnungsmechanismus der Wirtschaft - nicht jedoch seine Einhegung aus ethischen Gründen.¹⁰⁴

In der Gesamtschau zeigt sich eine Korrelation zwischen der Rechtsrelevanz der Sittlichkeit der Wirtschaft und ihrer Komplementarität mit dem Marktgeschehen. Je kompatibler ethische Normen mit dem wirtschaftlichen Wettbewerb sind, desto intensiveren Rechtsschutz genießen sie. Dementsprechend begünstigt das Privat- und Wirtschaftsrecht die marktermöglichende Sittlichkeit, indem etwa das Vertrauen in die Vertrags- und Rechtstreue des Partners und die Wahrheit werblicher Angaben Schutz genießt. Auch die marktbegleitende, in den Wettbewerb eingebettete Sittlichkeit wird insbesondere vom Irreführungsrecht wahrgenommen und stabilisiert. Ihre Berücksichtigung steht im Einklang mit einem wettbewerbsfunktionalen Konzept des Wirtschaftsrechts, das eben auch Manipulationen des sittlich motivierten Marktverhaltens verbietet. Dabei ist die Rechtsrelevanz sittlicher Präferenzen um so größer, je bedeutsamer sie für Geschäftsabschlüsse, die den Kern des Marktgeschehens bilden, sind. Dementsprechend sind aktive Irreführungen über konkrete Produktmerkmale anerkanntermaßen verboten, während die

¹⁰² Zur entsprechenden Rechtslage nach deutschem UWG siehe BGH 9.5.1980 – I ZR 76/78 – GRUR 1980, 858, 860 f. – Asbestimporte (Vertrieb importierter Asbestware, die im Ausland nach den dortigen Vorschriften ordnungsgemäß, aber ohne Beachtung von Sicherheitsbestimmungen hergestellt worden ist, wie sie im Inland zum Schutz der Arbeitnehmer vor Asbestose bestehen, nicht wettbewerbswidrig gem. § 1 UWG 1909); LG Aschaffenburg 20.5.2010 – 1 HK O 64/09 – Magazindienst 2010, 750 – Mauertrockenlegungssystem (es sei nicht Aufgabe des UWG, „Produkte auf deren Sinnhaftigkeit und Zweckbestimmung zu untersuchen und eine etwaige Werbung für solche Produkte einzuschränken bzw. zu unterbinden“); PEUKERT, in: GK-UWG, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 66.

¹⁰³ Siehe auch EU-Kommission, Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011) 681 endg., 9. Zur öffentlichen Regulierung dieser Selbstregulierung siehe WOLF, in: Bumke/Röthel, Privates Recht, 2012, 187 (199). Zur öffentlichen Regulierung der Selbstregulierung der Selbstregulierung (Verhaltenskodizes) siehe EU-Kommission, a.a.O., 12.

¹⁰⁴ In diesem Sinne zum deutschen UWG PEUKERT, in: GK-UWG, 2. Aufl. 2014, § 1 Rn. 76 ff.

Rechtslage für eher marktperiphere Äußerungen zur allgemeinen Unternehmenspolitik umstritten ist.

Je mehr sich sittliche Normen schließlich gegen den Markt wenden und zu seiner Begrenzung aufrufen, desto weniger Gewicht misst das Wirtschaftsrecht ihnen bei. Zwar verbietet das Lauterkeitsrecht auch Irreführungen durch das Vorenthalten wesentlicher Informationen. Eine Rechtspflicht zur Offenlegung sozial oder ökologisch unverantwortlichen Wirtschaftens ist aber bisher nicht anerkannt. Für eine weitergehende, unmittelbar marktbegrenzende Regulierung fehlt es abgesehen von punktuellen, spezialgesetzlichen Import- und Verkehrsverboten bereits an einer Rechtsgrundlage. Insoweit ist die Sittlichkeit der Wirtschaft auf die Stärke ihrer nicht-rechtlichen Normativität angewiesen.

Grafisch lässt sich dieses Ergebnis wie folgt veranschaulichen:

