TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Publikation im Rahmen des ERC Projektes

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

unter der Leitung von Andreas Fischer-Lescano

Weitere Informationen zum Projekt finden Sie
unter: www.tfl.uni-bremen.de

This project has received funding from
the European Research Council (ERC)
under the European Union's Horizon
2020 research and innovation
programme (ERC-2014-CoG, No.
647313-Tansnational Force of Law,
Andreas Fischer-Lescano)

European Research Council

Established by the European Commission

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW (gefördert durch den European Research Council)
Universität Bremen — Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Büro: Daniela Ballesteros Gonzalez • Telefon +49(0)421 218-66 201 • Fax +49(0)421
218-66 230 Universitätsallee GW1 • 28359 Bremen

www.tfl.uni-bremen.de

Shareholder Activism for Human Rights? Aktienrechtliche Instrumente zur (mittelbaren) Durchsetzung von Menschenrechtspflichten auf den Finanzmärkten

Johan Horst*

A. Überblick

Diese Untersuchung stellt die Arbeitshypothese auf, dass neuartige Berichtspflichten gerade in Bezug auf strukturelle negative Auswirkungen auf Menschenrechte ein bisher unterschätztes Potential bieten. Denn sie machen aktien- und kapitalmarktrechtliche Vorschriften zumindest potentiell zu mittelbaren Instrumenten der Durchsetzung von Menschenrechten. Diese Berichtspflichten erfassen ihrer Art nach nicht nur individualrechtliche Schadensersatzpflichten, sondern auch negative menschenrechtliche Auswirkungen der jeweiligen Unternehmensaktivität in einem umfassenden Sinne. Gerade für den Bereich des außerbörslichen Handels mit Finanzderivaten sind diese Berichtspflichten deshalb von besonderer Bedeutung. Denn die Auswirkungen dieser Märkte lassen sich in der Regel nicht im Wege einer subjektivrechtlichen Verantwortungszuweisung dogmatisch erfassen. Es handelt sich um strukturelle und mittelbare Auswirkungen. Nachfolgend sollen die Potentiale dieser neuartigen Berichtspflichten für den Bereich des außerbörslichen Handels mit Finanzderivaten am Beispiel der Auswirkungen von OTC Derivaten auf das Recht auf Nahrung untersucht werden. Hierzu werden einleitend zunächst einige Merkmale des außerbörslichen Handels mit Finanzderivaten skizziert (I.). Sodann werden die Auswirkungen dieser Märkte auf die Preisbildung für Nahrungsmittel dargestellt (II.). Vor diesem Hintergrund wird dann erörtert, dass auch Pri-

* Teile dieser Untersuchung basieren auf Horst, Johan, *Transnationale Rechtserzeugung. Eine normative Theorie der Lex Financiaria*, Diss. 2017. Ich danke *Dörte Pölzig* für ihre ausführliche kritische Kommentierung. Dieser Beitrag wurde unterstützt durch den European Research Council (ERC, European Union Horizon 2020 research and innovation programme) im Rahmen des Projektes Transnational Force of Law (<http://www.tfl.uni-bremen.de/en/teilprojekte/lex-financiaria/>) [ERC-2014-CoG, No. 647313-Tansnational Force of Law, Andreas Fischer-Lescano].

vate grundsätzlich menschenrechtlichen Pflichten unterliegen können und dass auch strukturelle Auswirkungen hiervon erfasst werden (III.). Dies lässt sich beispielhaft an den neuartigen nichtfinanziellen Berichtspflichten der §§ 289 b und c HGB aufzeigen, die durch ihre Verzahnung mit gesellschaftsrechtlichen Vorschriften auch eine Reihe atypischer Sanktionsinstrumente bieten (IV.).

B. Die OTC Derivatemärkte

Das Finanzmarktrecht ist spätestens seit der Finanzkrise des Jahres 2008 in den Fokus der aktuellen rechtlichen Auseinandersetzung gerückt. Dies gilt insbesondere für die Märkte für außerbörslich gehandelte Finanzderivate.¹ Dies liegt unter anderem daran, dass diesen traditionell wenig aufsichtsrechtlich eingehegten Märkten eine bedeutende Rolle bei der Entstehung der Finanzkrise zugeschrieben wird.² Die richtige Regulierung dieser Märkte³ und ihre demokratische Rückbindung⁴ sind zu einer der drän-

-
- 1 D'Souza, Frank/Ellis, Nan S./Fairchild, Lisa M., Illuminating the need for regulation in dark markets: proposed regulation of the OTC derivatives market, in: University of Pennsylvania Journal of Business Law, 12 (2010), S. 473–516; Baker, Colleen M., Regulating the Invisible. The Case of Over-The-Counter Derivatives, in: Notre Dame Law Review, 85 (2010), S. 1287 ff.; Nietsch, Michael/Graef, Andreas, Regulierung der europäischen Märkte für außerbörsliche OTC-Derivate, in: Betriebs Berater (2010), S. 1361–1364; Latysheva, Daria S., Taming the hydra of derivatives regulation: examining new Regulatory approaches to OTC derivatives in the United States and Europe, in: Cardozo Journal of International and Comparative Law, 20 (2012), S. 465–500; Sharma, Seema G., Over-The-Counter derivatives: A new era of financial regulation, in: Law & Business Review of the Americas, 17 (2011), S. 279–315.
 - 2 Vgl. u.a. UNCTAD, Trade and Development Report 2013. UNCTAD/TDR/2013, 125 ff.
 - 3 Verdier, Pierre-Hugues, The Political Economy of International Financial Regulation, in: Indiana Law Journal, 88 (2013), S. 1405–1474; Tietje, Christian, Architektur der Weltfinanzordnung. 2011.
 - 4 Becker, Florian, Die Demokratisierung des Finanzsystems, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hg.), Ökonomie versus Recht im Finanzmarkt?, 2011, S. 195–203; Calliess, Christian, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, in: Grzeszick/Calliess/Lienbacher (Hg.), Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung. Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster v. 5. bis 8.10.2011, 2012, S. 113–182.

gendsten Fragen der aktuellen rechtspolitischen Auseinandersetzung geworden. Auch menschenrechtlich orientierte Ansätze nehmen den Bereich außerbörslich gehandelter Finanzderivate nunmehr vermehrt in den Blick.⁵

I. Finanzderivate

Auf diesen Märkten werden Finanzderivate gehandelt.⁶ Dies sind allgemein »Finanzinstrumente, deren Werte von anderen Werten, den Basiswerten, abgeleitet werden.«⁷ Sie lassen sich dabei nach der Art des Handels, nach ihrem ökonomischen Zweck oder auch mit Blick auf ihre rechtliche Ausgestaltung klassifizieren.⁸ Eine umfassende Definition, die alle Arten von Derivaten erfasst, ist dabei durchaus nicht einfach, wie die ausführliche Definition in § 2 Abs. 2 WpHG zeigt. Die wesentlichen begrifflichen Merkmale bestehen aber nach wohl weitgehend einhelliger Auffassung darin,

»dass die Bewertung (und damit der Preis) des Rechts, das in Zukunft oder über einen zukünftigen Zeitraum geltend gemacht werden kann oder zu erfüllen ist, aufgrund seiner inhaltlichen Ausgestaltung unmittelbar oder mittelbar von einem Basiswert (auch »Underlying«) abhängt, der seinerseits Preis- und Bewertungsschwankungen unterliegt.«⁹

In den einschlägigen Lehrbüchern wird dabei gern auf die lange Geschichte derivativer Finanzinstrumente verwiesen. Gleichwohl sind die hier in

5 Vgl. grundlegend Dowell-Jones, Mary/Kinley, David, *Minding the Gap. Global Finance and Human Rights*, in: *Ethics int. aff.*, 25 (2011), S. 183–210.

6 Ausführlich zur rechtstheoretischen Einordnung: *Lynch*, Timothy E., *Derivatives: A Twenty-First Century Understanding*, in: *Loyola University of Chicago Law Journal*, 43 (2011), S. 1–51.

7 *Schüwer/Steffen*, § 1, in: *Zerey/Auerbach* (Hg.), *Finanzderivate. Rechtshandbuch*, 2013 (Rn. 1).

8 *Lynch*, Timothy E., *Derivatives: A Twenty-First Century Understanding*, in: *Loyola University of Chicago Law Journal*, 43 (2011), S. 1–51 (S. 15 ff.); *Muir*, M. J./*Chasse*, A./*Coleman*, P. S./*Cooper*, P./*Finkelstein*, G. S./*Fulcher*, P./*Harvey*, C./*Pereira*, F. R./*Shamash*, A./*Wilkins*, T. J. D., *Credit Derivatives*. Prepared by the Derivatives Working Party of the Faculty and Institute of Actuaries, in: *British Actuarial Journal*, 13 (2007), S. 185–236.

9 *Assmann*, Heinz-Dieter/*Schneider*, Uwe H., *Wertpapierhandelsgesetz*, 6. Aufl. 2012 *Assmann* § 2 Rn. 43 (Fußnote und Hervorhebungen weggelassen); vgl. auch *Reiner*, Günter, *ISDA Master Agreement*. 2013, Beck, S. 45.

Rede stehenden Derivatemärkte ungleich jüngeren Ursprungs und bilden sich erst in den 1980er Jahren heraus.

II. Außerbörslicher Handel

Der außerbörsliche Handel zeichnet sich grundsätzlich dadurch aus, dass »individuelle Kontrakte direkt zwischen zwei Marktteilnehmern [...] gehandelt werden.«¹⁰ Im Vergleich zum börslichen Handel wird der außerbörsliche Handel (Over the Counter – OTC) traditionell als weitgehend unregulierter Markt beschrieben.¹¹ Als wichtiges Unterscheidungsmerkmal gilt das Kreditrisiko. Im OTC-Handel tragen die Vertragspartner anders als im börslichen Handel jeweils das Ausfallrisiko der Gegenseite.¹² Diese Risikobelastung hat zur Herausbildung einer Reihe spezifischer vertraglicher Absicherungsmechanismen geführt.¹³ So wird versucht dem Ausfallrisiko mit der Bereitstellung von Sicherheiten (Collateralisierung)¹⁴ zu begegnen. Auch das sog. close-out Netting¹⁵ – eine Art vertraglicher Gesamtsaldierung aller Einzelforderungen »anlässlich [...] des Ausfalls einer Vertragsseite«¹⁶ – hat sich vor diesem Hintergrund entwickelt.¹⁷

10 Vgl. *Schüwer/Steffen*, § 1, in: Zerey/Auerbach (Hg.), *Finanzderivate. Rechtshandbuch*, 2013 (Rn. 10).

11 Vgl. zur Regulierung von OTC-Derivaten: *Nietsch, Michael/Graef, Andreas*, Regulierung der europäischen Märkte für außerbörsliche OTC-Derivate, in: *Betriebs Berater* (2010), S. 1361–1364.

12 Vgl. *Schüwer/Steffen*, § 1, in: Zerey/Auerbach (Hg.), *Finanzderivate. Rechtshandbuch*, 2013 (Rn. 10).

13 Vgl. *Fletcher, Gina-Gail S.*, Hazardous Hedging: The (unacknowledged) risks of hedging with credit derivatives, in: *Review of Banking & Financial Law*, 33 (2014), S. 813–898 (S. 867 f.); *Paech, Philipp*, The Value of Insolvency Safe Harbours. LSE, Law, Society and Economy Working Papers 9/2015.

14 Vgl. hierzu *Riles, Annelise*, *Collateral Knowledge*. 2011, University of Chicago Press.

15 *Paech, Philipp*, Close-Out Netting, *Insolvency Law and Conflict-of-Laws*, in: *Journal of Corporate Law Studies*, 14 (2014), S. 419–452.

16 *Reiner, Günter*, *ISDA Master Agreement*. 2013, Beck, S. 197.

17 Im deutschen Recht kam es infolge eines BGH Urteils (BGH v. 9.6.2016 – IX ZR 314/14, BKR 2016, S. 327 ff.) zu einer kontroversen Diskussion um die Vereinbarkeit von netting-Klauseln mit deutschen Recht und schließlich (nach Ablauf einer Allgemeinverfügung der BaFin nach § 4 a WpHG) zur Änderung von § 104 InsO. Vgl. hierzu *Paulus, Christoph G.*, Anmerkung zu BGH v. 9.6.2016 – IX ZR 314/14., in: *ZIP* (2016), S. 1233–1235; *Schäfer, Frank*, Besprechung des Urteils

Dieser Handel mit außerbörslichen Finanzderivaten ist in jüngerer Zeit verstärkt in den Fokus regulatorischer Bemühungen gerückt.¹⁸ So gibt es im Zuge der Wirtschafts- und Finanzkrise gerade für den Bereich des außerbörslichen Handels einige Reformbemühungen.¹⁹ Insbesondere die Clearingpflichten durch eine Central Counter Party (CCP)²⁰ können für weite Teile der OTC-Märkte durchaus gewichtige Veränderungen nach sich ziehen. Allerdings ist bereits jetzt abzusehen, dass trotz der Regulierungsbemühungen erhebliche Teile des OTC-Marktes auch im Unionsrecht weiterhin keiner Clearingpflicht unterliegen werden. Nach dem Regierungswechsel in den USA ist zudem nicht abzusehen, welche Regeln des gerade auch für die OTC Märkte bedeutsamen Dodd-Frank Acts revidiert werden. Der Handel mit außerbörslichen Finanzderivaten bleibt deshalb ein Bereich, der sich erheblich vom börslichen Handel unterscheidet.

-
- des BGH zu Nettingklauseln für Derivategeschäfte und der Allgemeinverfügung der BaFin zur "Neutralisierung" des Urteils, in: BKR (2016), S. 321–324.
- 18 *D'Souza, Frank/Ellis, Nan S./Fairchild, Lisa M.*, Illuminating the need for regulation in dark markets: proposed regulation of the OTC derivatives market, in: University of Pennsylvania Journal of Business Law, 12 (2010), S. 473–516; *Baker, Colleen M.*, Regulating the Invisible. The Case of Over-The-Counter Derivatives, in: Notre Dame Law Review, 85 (2010), S. 1287 ff.; *Krippel, Adam J.*, Regulatory overhaul of the OTC derivatives market: the costs, risks and politics, in: Ohio State Entrepreneurial Business Law Journal, 6 (2011), S. 269–297; *Nietsch, Michael/Graef, Andreas*, Regulierung der europäischen Märkte für außerbörsliche OTC-Derivate, in: Betriebs Berater (2010), S. 1361–1364; *Latysheva, Daria S.*, Taming the hydra of derivatives regulation: examining new Regulatory approaches to OTC derivatives in the United States and Europe, in: Cardozo Journal of International and Comparative Law, 20 (2012), S. 465–500; *Sharma, Seema G.*, Over-The-Counter derivatives: A new era of financial regulation, in: Law & Business Review of the Americas, 17 (2011), S. 279–315.
- 19 Vgl. für einen Überblick über die US und EU Reformen: *Garslian, Levon*, Towards a Universal Model Regulatory Framework for Derivatives: Post-Crisis Conclusions from the United States and the European Union, in: University of Pennsylvania Journal of International Law, 37 (2016), S. 941–1026 (S. 979 ff.).
- 20 Vgl. zur Clearingpflicht durch eine Central Counter Party: *Chamorro-Courtland, Christian*, Central Counterparties (CCP) and the new transnational lex mercatoria, in: Florida State University Business Review, 10 (2011), S. 57 ff.

III. Die Rolle der ISDA

Die rechtliche Infrastruktur für den außerbörslichen Handel besteht vor allem aus standardisierten Vertragswerken. Zwar existieren mittlerweile eine ganze Reihe unterschiedlicher Standardverträge, etwa der Deutsche Rahmenvertrag²¹ und das sog. European Master Agreement.²² Jedoch werden schätzungsweise 90 Prozent aller außerbörslich gehandelten Derivate mittels der von der International Swaps and Derivatives Association (ISDA) entwickelten Standarddokumente abgeschlossen.²³ Die ISDA – eine private Organisation mit Sitz in New York und zugleich die größte »global financial trade association« der Welt²⁴ – stellt mit dem ISDA Master nicht nur einen standardisierten Rahmenvertrag zur Verfügung, der als Verfassung dieser Märkte bezeichnet wird,²⁵ sondern nimmt über gerichtsähnliche Instanzen, Lobbytätigkeit und sonstige Aktivitäten bestimmenden Einfluss auf diese Märkte.²⁶ Es handelt sich also um einen Bereich, der besonders weitgehend von privaten Normierungsformen geprägt wird.²⁷

C. Die Auswirkungen der OTC Derivatemärkte am Beispiel der Nahrungsmittelpreise

Ins Zentrum der rechtlichen Aufmerksamkeit rückte der außerbörsliche Handel mit Finanzderivaten wegen seiner in jüngerer Zeit zu beobach-

21 Behrens, § 6, in: Zerey/Auerbach (Hg.), Finanzderivate. Rechtshandbuch, 2013 (Rn. 6 ff.).

22 Behrens, § 6, in: Zerey/Auerbach (Hg.), Finanzderivate. Rechtshandbuch, 2013 (Rn. 76 ff.).

23 Vgl. Braithwaite, Joanne P., Standard Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Markets, in: The Modern Law Review, 75 (2012), S. 779 ff. (S. 784).

24 Vgl. Johnson, Kristin, Things Fall Apart. Regulating the Credit Default Swap Commons, in: University of Colorado Law Review, 82 (2011), S. 167 ff. (S. 229).

25 Gelpert, Anna/Gulati, Mitu, CDS Zombies, in: European Business Organization Law Review, 13 (2012), S. 347–390 (S. 357).

26 Horst, Johan, Lex Financiaria. Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA), in: Archiv des Völkerrechts (2015), S. 461–500.

27 Vgl. hierzu Horst, Johan, Lex Financiaria. Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA), in: Archiv des Völkerrechts (2015), S. 461–500.

den negativen Auswirkungen auf andere gesellschaftliche Teilbereiche. Die rechtlichen Überlegungen zur Auswirkung der Derivatemärkte wurden lange Zeit vor allem vom Grundgedanken der auf Eugene Fama²⁸ zurückgehenden *Efficient Capital Market Hypothesis* geprägt.²⁹ Hiernach spiegeln die Preise auf diesen Märkten in der Regel die verfügbare Information vollständig wider (fully reflect).³⁰ Infolgedessen führen diese Märkte dann grundsätzlich auch zu einer optimalen Allokation des investierten Kapitals und gelten deshalb als effizient.³¹ Vor diesem Hintergrund wurden die Derivatemärkte etwa mit Blick auf Nahrungsmittelpreise für unproblematisch gehalten, da davon ausgegangen wurde, dass diese die Preisbildung nicht wesentlich und langfristig beeinflussen. Schon John Maynard Keynes wies in seiner *General Theory* jedoch darauf hin, dass die Investitionsentscheidung eines Investors durchaus anderen Erwägungen folgt als die Entscheidungen anderer Marktteilnehmer.³² Der Ökonom Hyman Minsky hat aufbauend auf Keynes die sog. Financial Instability Hypothesis entwickelt, die davon ausgeht, dass Finanzmärkte aus sich he-

28 Fama, Eugene, Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work, in: The Journal of Finance, 25 (1970), S. 383–417.

29 Vgl. hierzu ausführlich: Gilson, Ronald J./Kraakman, Reinier H., The Mechanisms of Market Efficiency, in: Virginia Law Review, 70 (1984), S. 549–644.

30 Fama, Eugene, Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work, in: The Journal of Finance, 25 (1970), S. 383–417 (383).

31 Vgl. zu diesem Grundsatz Gilson, Ronald J./Kraakman, Reinier H., The Mechanisms of Market Efficiency, in: Virginia Law Review, 70 (1984), S. 549–644 (554ff).

32 Er vergleicht die Entscheidung eines professionalen Investors mit einem Beauty Contest: „professional investment may be likened to those newspaper competitions in which the competitors have to pick out the six prettiest faces from a hundred photographs, the prize being awarded to the competitor whose choice most nearly corresponds to the average preferences of the competitors as a whole; so that each competitor has to pick, not those faces which he himself finds prettiest, but those which he thinks likeliest to catch the fancy of the other competitors, all of whom are looking at the problem from the same point of view. It is not a case of choosing those which, to the best of one’s judgment, are really the prettiest, nor even those which average opinion genuinely thinks the prettiest. We have reached the third degree where we devote our intelligences to anticipating what average opinion expects the average opinion to be. And there are some, I believe, who practise the fourth, fifth and higher degrees.” (Keynes, John Maynard, The General Theory of Employment Interest and Money, in: Keynes, John Maynard, The Collected Writings of John Maynard Keynes, hrsg. von Royal Economic Society, Volume VII (S. 156).

raus (endogen) zu Instabilität und Krisen neigen.³³ Gerade dem Recht kommt bei der Ausgestaltung finanzieller Märkte und ihrer inhärenten Volatilitäten nach Katharina Pistors legal theory of finance eine fundamentale Bedeutung zu.³⁴ Eine ganze Reihe von Studien widmet sich deshalb in jüngerer Zeit der Frage, welche Wirkungen die Entwicklungen auf den Derivatemarkten haben können. Hierbei wird etwa in Bezug auf bestimmte Rohstoffe vor Möglichkeiten der Marktmanipulation gewarnt.³⁵ Es wird untersucht, inwiefern Insider Trading auf diesen Märkten Gefahren bergen³⁶, wie sich der Hochfrequenzhandel hier auswirkt³⁷ und welche Änderungen mit dem Einstieg von Großbanken in diese Märkte einhergehen.³⁸ Die grundlegende Frage ist dabei, ob und wie sich die Derivatemarkte – und insbesondere der OTC Bereich – auf die Märkte und Preise der Basiswerte auswirken können.³⁹

I. Nahrungsmittelpreise und OTC Derivate

Die Problematik der rechtlichen Einschätzung der Auswirkungen dieser Märkte lässt sich beispielhaft am Handel mit OTC-Derivaten auf Nah-

-
- 33 Er begründet das damit, dass in Wachstumsphasen sog. Ponzi-Finanzierung zunimmt – bei einer Ponzi-Finanzierung wird davon ausgegangen, dass die damit finanzierte Wirtschaftseinheit in näherer Zukunft ihren Tilgungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen kann, vgl. *Minsky*, Hyman P., *The Financial Instability Hypothesis*. Working Paper No. 74. Levy Economics Institute. 1992.
- 34 Vgl. *Pistor*, Katharina, *A legal theory of finance*, in: *Journal of Comparative Economics*, 41 (2013), S. 315–330.
- 35 So mit Blick auf Aluminium etwa: *Posnick*, Samuel D., *A Merry-Go-Round of Metal and Manipulation: Toward a New Framework for Commodity Exchange Self-Regulation*, in: *Minnesota Law Review*, 100 (2016), S. 441–480; mit Blick auf Rohöl unter anderem: *Greenberger*, Micheal, *Closing Wall Street's Commodity and Swaps Betting Parlors: Lega Remedies to Combat Needlessly Gambling up the Price of Crude Oil Beyond What Market Fundamentals Dictate*, in: *George Washington Law Review*, 81 (2013), S. 707–748.
- 36 *Verstein*, Andrew, *Insider Trading in Commodities Markets*, in: *Virginia Law Review*, 102 (2016), S. 447–500.
- 37 *Markham*, Jerry w., *High-Speed Trading on Stock and Commodity Markets – From Pigeons to Computers*, in: *San Diego Law Review*, 52 (2015), S. 555–618.
- 38 *Omarova*, Saule T., *The Merchants of Wall Street: Banking, Commerce, and Commodities*, in: *Minnesota Law Review*, 98 (2014), S. 265–355..
- 39 Vgl. hierzu auch *Kerkemeyer*, Andreas, *Möglichkeiten und Grenzen bei der Regulierung von Derivaten*, Diss. 2017 (i.E.).

rungsmittel erläutern. Mit Derivaten auf Nahrungsmittel wird seit langem börslich gehandelt.⁴⁰ Seit einigen Jahren gibt es aber auch einen nennenswerten außerbörslichen Handel mit Derivaten auf Nahrungsmittel. Die Verträge und damit die rechtliche Infrastruktur, die für diese außerbörslichen Geschäfte mit Derivaten auf Nahrungsmittel verwendet werden, stellt auch hier die ISDA zur Verfügung. Dies sind neben dem ISDA Master als Rahmenvertrag⁴¹ die 2005 ISDA Commodity Definitions.⁴² Anlass für die Diskussion um die Auswirkungen des OTC Handels ist der teils drastische Anstieg der Preise bestimmter Nahrungsmittel um das Jahr 2008.⁴³ Wie der Einfluss des OTC Handels auf die Nahrungsmittelpreise rechtlich genau zu fassen ist, wurde bisher allerdings nicht abschließend geklärt.⁴⁴ Dies liegt vor allem auch an den wenig eindeutigen Ergebnissen in der ökonomischen Literatur. Einige Autoren kamen hier zu dem Ergebnis, dass sich keine kausalen Wirkungen der Derivatemärkte auf die Lebensmittelpreise nachweisen ließen. Der dabei meist verwendete Standard der Granger-causality gilt jedoch als wenig aussagekräftig für die Untersuchung der Derivatemärkte.⁴⁵ Neuere Studien kommen deshalb mit anderen Methoden zu dem Ergebnis, dass sich Auswirkungen der Derivatemärkte

40 Am bedeutensten ist hier die CME Group, „ein Zusammenschluss der Chicago Board of Trade (CBOT), der Chicago Mercantile Exchange (CME) und der New York Mercantile Exchange (NYMEX)“ (Zerey § 1 Rn. 9.).

41 Der Text des ISDA 2002 ISDA Master ist unter anderem abgedruckt in:.

42 Dem Autor liegen diese Klausel- und Vertragswerke vor.

43 Vgl. hierzu *Schutter, Olivier de*, Food Commodities Speculation and Food Price Crises. Regulation to reduce the risks of price volatility. Briefing Note 02 – September 2010 of the United Nations Special Rapporteur on the Right to Food.

44 Vgl. für einen allgemeinen Überblick über die sozial- und politikwissenschaftliche Literatur: *Williams, James W.*, Feeding finance. A critical account of the shifting relationships between finance, food and farming, in: *Economy and Society*, 43 (2014), S. 401–431.

45 Vgl. etwa allgemein: *Grosche, Stephanie-Carolin*, What Does Granger Causality Prove? A Critical Examination of the Interpretation of Granger Causality Results on Price Effects of Index Trading in Agricultural Commodity Markets, in: *Journal of Agricultural Economics*, 65 (2014), S. 279–302; vgl. Ferner *Gilbert/Pfuderer*, die festhalten: “There is a large literature which claims that CIT [Commodity Index Trader] activity in agricultural futures markets has no price impact. [...] This literature largely relies on Granger-causality tests which fail to take account of positive correlation between CIT position changes and futures returns across the entire range of agricultural futures markets.” *Gilbert, Christopher L./Pfuderer, Simone*, The Role of Index Trading in Price Formation in the Grains and Oilseeds Markets, in: *J Agric Econ*, 65 (2014), S. 303–322 (S. 319); vgl. Hierzu aus

auf Preise für bestimmte Nahrungsmittel zumindest um das Jahr 2008 tatsächlich nachweisen lassen.⁴⁶ In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird darüber hinaus nach eigenen Erklärungsansätzen für die Auswirkungen des Derivatehandels auf die Nahrungsmittelpreise gesucht.⁴⁷ Dabei werden eine ganze Reihe plausibler Gründe genannt: So gingen die Preisanstiege für Nahrungsmittel zeitlich unumstritten mit einer massiven Zunahme der Volumina des Derivatehandels auf diese Basiswerte einher. Gesichert ist auch, dass der Anstieg der Nahrungsmittelpreise zeitlich zudem mit dem Einstieg von Index Fonds in diese Märkte korreliert.⁴⁸ Dies ist deshalb von Bedeutung, weil diese Marktteilnehmer aufgrund ihrer Anlageziele andere Prioritäten als etwa Verbraucher von Nahrungsmitteln haben können, so dass die Preisbildung zumindest nicht mehr nur von unmittel-

rechtlicher Sicht *Williams*, James W., Dodging Dodd-Frank. Excessive Speculation, Commodities Markets, and the Burden of Proof, in: *Law & Policy*, 37 (2015), S. 119–152 (S. 134 ff.).

- 46 So halten Guilleminot/Ohana in ihrer Studie fest: “index flows *do* have an impact on several agricultural prices at the weekly level” vgl. *Guilleminot*, Benoît/*Ohana*, Jean-Jacques/*Ohana*, Steve, The interaction of speculators and index investors in agricultural derivatives markets, in: *Agricultural Economics*, 45 (2014), S. 767–792 (S. 788); *Gilbert*, Christopher L., How to Understand High Food Prices, in: *Journal of Agricultural Economics*, 61 (2010), S. 398–425; ferner *Gilbert*, Christopher L., Speculative Influences on Commodity Futures Prices 2006–2008. UNCTAD Discussion Paper No. 197, März 2010 (UNCTAD/OSG/DP/2010/1); vgl. in Bezug auf gesteigerte Volatilität der Preise zudem *Roache*, Shaun K., What Explains the Rise in Food Price Volatility? IMF Working Paper, Mai 2010 8WP/10/129).
- 47 *Esmel*, Alexandra, Food Speculation: Between Virtual ... and Reality, in: *American University International Law Review*, 31 (2016), S. 507–543; *Gonzalez*, Carmen G., World Poverty and Food Insecurity, in: *Penn State Journal of Law & International Affairs*, 3 (2015), S. 56–83 (S. 66); *Williams*, James W., Feeding finance. A critical account of the shifting relationships between finance, food and farming, in: *Economy and Society*, 43 (2014), S. 401–431.
- 48 *Williams*, James W., Dodging Dodd-Frank. Excessive Speculation, Commodities Markets, and the Burden of Proof, in: *Law & Policy*, 37 (2015), S. 119–152 (S. 126 f.). Vgl. ferner zur Auswirkung von Index Fonds auf die Preisbildung: *Gilbert*, Christopher L., How to Understand High Food Prices, in: *Journal of Agricultural Economics*, 61 (2010), S. 398–425 (S. 413 ff.); sowie *Guilleminot*, Benoît/*Ohana*, Jean-Jacques/*Ohana*, Steve, The interaction of speculators and index investors in agricultural derivatives markets, in: *Agricultural Economics*, 45 (2014), S. 767–792.

telbaren Angebots/Nachfrage-Erwartungen abhängt.⁴⁹ Darüber hinaus besteht auch Einigkeit dahingehend, dass die Preisentwicklung für bestimmte Nahrungsmittel in den letzten Jahren zumindest nicht nur unter Rückgriff auf sog. Marktfundamentaldaten erklärt werden kann.⁵⁰ Schließlich wird davon ausgegangen, dass zumindest die gesteigerte Volatilität der Nahrungsmittelpreise auch auf die Tätigkeit auf den OTC Märkten zurückzuführen ist.⁵¹ Eine Vielzahl von IOs hat deshalb vor den Auswirkungen des OTC Derivatehandels auf Nahrungsmittelpreise gewarnt.⁵²

Diese Bedenken haben sich auch in den wichtigsten aufsichtsrechtlichen Regelwerken zum OTC Handel niedergeschlagen, die jeweils davon ausgehen, dass derartige Auswirkungen nachweisbar sind und deshalb sog. Positionslimits für den Handel festschreiben. Der Dodd Frank Act sieht in Sec 737 die Möglichkeit der Einführung von Positionslimits für bestimmte Derivate auf Nahrungsmittel vor. Die Einführung dieser Positionslimits ist allerdings zunächst von der ISDA per Klage verhindert worden⁵³ und dürfte nach den jüngsten Ankündigungen der neuen Regierung auch absehbar nicht mehr realisiert werden. In der Europäischen Union sind diese Positionslimits hingegen mittlerweile in Art. 57 der sog. MiFiD

-
- 49 Vgl. *Gilbert*, Christopher L., How to Understand High Food Prices, in: *Journal of Agricultural Economics*, 61 (2010), S. 398–425 (S. 408 f.).
- 50 So etwa *Esmel*, Alexandra, Food Speculation: Between Virtual ... and Reality, in: *American University International Law Review*, 31 (2016), S. 507–543 (S. 509 f.); *Cochrane*, Logan/*Adams*, Mogamat/*Kunhibava*, The Impact of Speculation on Global Food Accessibility and Food Security, in: *Arab Law Quarterly*, 29 (2015), S. 76–91; *UNCTAD*, Trade and Development Report 2011. UNCTAD/TDR/2011. 2011, 111 ff.; hierzu auch *Williams*, James W., Dodging Dodd-Frank. Excessive Speculation, Commodities Markets, and the Burden of Proof, in: *Law & Policy*, 37 (2015), S. 119–152 (S. 125 ff.).
- 51 Der Zusammenhang von OTC-Märkten und Preisvolatilität wurde vor allem für den Bereich der SCDS untersucht, vgl. hierzu etwa *Horst*, Johan, Lex Financiaria. Das transnationale Finanzmarktrecht der International Swaps and Derivatives Association (ISDA), in: *Archiv des Völkerrechts* (2015), S. 461–500. Auch der IMF geht insofern davon aus, dass die Volatilität nicht mehr allein aus den Marktfundamentaldaten erklärt werden könne, vgl. *International Monetary Fund*, Global financial stability report. April 2013, S. 70.
- 52 So warnt etwa die UNCTAD seit Jahren in ihren Berichten vor derartigen Auswirkungen, vgl. *UNCTAD*, Trade and Development Report 2011. UNCTAD/TDR/2011. 2011, 111 ff.
- 53 *ISDA v. U.S. COMMODITY FUTURES TRADING COM'N*, 887 F.Supp.2d 259 (D.D.C. 2012).

II Richtlinie verankert.⁵⁴ Diese werden durch die neuen § 54 ff. WpHG in deutsches Recht überführt.⁵⁵ Soweit abzusehen, werden die unionalen Positionslimits von der ESMA aber als Nettopositionslimits ausgestaltet.⁵⁶ Zudem erfassen sie OTC-Kontrakte nur, wenn diese als ökonomisch äquivalent zu einem Rohstoffderivate-Kontrakt anzusehen sind.⁵⁷ Ob diese deshalb tatsächlich allein in der Lage sind, negative Auswirkungen des OTC Handels auf Nahrungsmittelpreise zu verhindern, muss deshalb bezweifelt werden.

Trotz der Unsicherheiten in Bezug auf die genauen Wechselwirkungen zwischen OTC Derivatemärkten und den Preisen für Nahrungsmittel lässt sich demnach festhalten, dass Auswirkungen des OTC Handels auf bestimmte Nahrungsmittelpreise zumindest für den Zeitraum um 2008 nachweisbar sind. Diese Problemlage wird auch nicht allein durch aufsichtsrechtlich punktuell eingeführte Positionslimits beseitigt.

II. Beeinträchtigung des Rechts auf Nahrung

Diese Preisanstiege für Nahrungsmittel sind nun kein rein ökonomisches Problem, sie haben vielmehr eine menschenrechtliche Dimension. Denn durch den massiven Anstieg der Nahrungsmittelpreise kam es etwa im Jahre 2008 zu einer deutlichen Zunahme von Menschen, die Hunger litten. Der *UN Special Rapporteur on the Right to Food* Oliver de Schutter geht von einer Zahl von 40 Millionen Menschen weltweit aus, die durch die Preissteigerungen von 2008 zusätzlich hungerten.⁵⁸ Auch er empfahl des-

54 Rl. 2014/65/EU v. 15.5.2014.

55 2. Gesetz zur Novellierung von Finanzmarktvorschriften auf Grund europäischer Rechtsakte (Zweites Finanzmarktnovellierungsgesetz – 2. FiMaNoG).

56 Vgl. hierzu zuletzt ESMA, Opinion, Draft Regulatory Technical Standards on methodology for calculation and the application of position limits for commodity derivatives traded on trading venues and economically equivalent OTC contracts, v. 2.5.2016 (ESMA/2016/668).

57 ESMA, Opinion, Draft Regulatory Technical Standards on methodology for calculation and the application of position limits for commodity derivatives traded on trading venues and economically equivalent OTC contracts, v. 2.5.2016 (ESMA/2016/668), S. 10.

58 *Schutter, Olivier de*, Food Commodities Speculation and Food Price Crises. Regulation to reduce the risks of price volatility. Briefing Note 02 – September 2010 of the United Nations Special Rapporteur on the Right to Food, S. 2: “At least 40 million people around the world were driven into hunger and deprivation as a re-

halb den OTC Handel mit Derivaten auf Nahrungsmittel deutlich zu beschränken. Die von de Schutter angesprochenen Auswirkungen können auch das Recht auf Nahrung beeinträchtigen. In Art. 11 Abs. 1 des Paktes für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (ICCESCR) erkennen die Vertragsstaaten das Recht »eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard [...] an, einschließlich ausreichender Ernährung [...]«⁵⁹ und in Art. 11 Abs. 2 ICCESCR das Recht eines jeden, vor Hunger geschützt zu sein. Das Recht auf Nahrung umfasst laut General Comment Nr. 12 des Committee on Economic, Social, and Cultural Rights (CESCR) auch die economic accessibility der Nahrungsmittel, d.h. die Zugänglichkeit zu einem angemessenen Preis:

«Accessibility encompasses both economic and physical accessibility: Economic accessibility implies that personal or household financial costs associated with the acquisition of food for an adequate diet should be at a level such that the attainment and satisfaction of other basic needs are not threatened or compromised. Economic accessibility applies to any acquisition pattern or entitlement through which people procure their food and is a measure of the extent to which it is satisfactory for the enjoyment of the right to adequate food.»⁶⁰

Zwar sind Dogmatik und Reichweite des Rechts auf Nahrung im Einzelnen durchaus umstritten⁶¹, jedoch dürfte Klarheit dahingehend bestehen, dass massive Preisanstiege von Nahrungsmitteln durchaus das Recht auf Nahrung beeinträchtigen können. Fraglich ist diesbezüglich nur, ob im Rahmen des Pflichtenprogramms von Art. 2 Abs. 1 ICCESCR⁶² daraus bestimmte Handlungspflichten für Staaten begründet werden können.

sult of the 2008 food price crisis, raising the total number of people living in hunger to 963 million in 2008”.

59 Vgl. zum Right to Food *Ssenyonjo*, Manisuli, Economic, social and cultural rights in international law. 2016, Hart Publishing, S. 473 ff.; *Saul, Ben/Kinley, David/Mowbray*, Jacqueline, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 2014, Oxford Univ. Press, S. 867 ff..

60 CESCR, General Comment Nr. 12 (1990) The right to adequate food (Art. 11), UN Doc. E/C.12/1999/5, Nr. 13; *Ssenyonjo*, Manisuli, Economic, social and cultural rights in international law. 2016, Hart Publishing, S. 480 f..

61 Vgl. zum Recht auf Nahrung in jüngerer Zeit grundlegend *Kommer*, Steffen, Menschenrechte wider den Hunger. 2016, Nomos; *Haugen*, Hans Morten, Food Sovereignty – An Appropriate Approach to Ensure the Right to Food?, in: *Nordic Journal of International Law*, 78 (2009), S. 263–292; *Ganesh*, Aravind R., The Right to Food and Buyer Power, in: *German Law Journal*, 11 (2010), S. 1190–1244.

62 *Ssenyonjo*, Manisuli, Economic, social and cultural rights in international law. 2016, Hart Publishing, S. 78 ff.; *Saul, Ben/Kinley, David/Mowbray*, Jacqueline,

D. Die Menschenrechtsbindung Privater für strukturelle Auswirkungen

Die Tätigkeit Privater auf den OTC Märkten ist danach grundsätzlich in der Lage, negative Auswirkungen auf Menschenrechte Dritter, namentlich des Rechts auf Nahrung, zu produzieren. Allerdings handelt es sich bei Art. 11 ICCESCR grundsätzlich um eine Staatenpflicht und keine Pflichten für die am Markt tätigen privaten Unternehmen (Banken). Hier stellt sich demnach die grundlegende Frage nach der Menschenrechtsbindung Privater. Zudem sind die genannten Auswirkungen nur schwer im Sinne einer subjektivrechtlichen Verantwortungszuweisung zu erfassen, da es sich um strukturelle Auswirkungen handelt. Es muss deshalb auch geklärt werden, welche menschenrechtlichen Pflichten Privaten in Bezug auf derartige strukturelle Auswirkungen zukommen können.

I. Die Menschenrechtsbindung Privater

Diese potentiellen Auswirkungen finanzieller Aktivitäten auf menschenrechtliche Gewährleistungen haben eine kaum mehr überschaubare Vielzahl von Initiativen für den Bereich Investment und Finance hervorgebracht: Der UN Global Compact⁶³, die Principles for Responsible Investment⁶⁴, die Equator Principles⁶⁵ und die UNEP Finance Initiative⁶⁶ versuchen jeweils best practices und Leitlinien zu entwickeln. So etwa insbesondere für Investitionen der hier in Rede stehenden Commodity-Märkte.⁶⁷ Gleichwohl gehört die Menschenrechtsbindung Privater (insbesondere transnationalen Unternehmen) nach wie vor zu den besonders umstrittenen

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 2014, Oxford Univ. Press, S. 133.

63 <https://www.unglobalcompact.org/>.

64 <https://www.unpri.org/about>.

65 The Equator Principles 2013. A financial industry benchmark for determining, assessing and managing environmental and social risk in projects. 2013. abrufbar unter: http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_III.pdf.

66 <http://www.unepfi.org/>.

67 The Responsible Investor's Guide to Commodities. An Overview of best practices across commodity-exposed asset classes. 2011. abrufbar unter: <https://www.unglobalcompact.org/library/212>.

nen Fragen des internationalen und transnationalen Rechts.⁶⁸ Dies liegt vor allem daran, dass die Rechtsbindung Privater im Völkerrecht traditionell mit der Frage verknüpft wird, ob und inwiefern Privaten Völkerrechtssubjektivität zugesprochen werden kann.⁶⁹ Allerdings lässt sich in der aktuellen Diskussion eine deutliche Verschiebung des Schwerpunktes ausmachen. Im Vordergrund steht nicht mehr die Frage, ob eine Menschenrechtsbindung Privater aus dogmatischen Gründen prinzipiell ausscheidet.⁷⁰ Es geht in den rechtlichen Auseinandersetzungen und Verfahren darum, ob sich für die jeweiligen konkreten Fälle geltende Rechtsnormen auffinden lassen, die Private verpflichten. Für diese Verschiebung sind vor allem Entwicklungen in der Rechtspraxis verantwortlich, die angesichts der komplexen Sachverhalte, mit denen sie konfrontiert ist, schon längst nicht mehr mit einer streng dichotomischen Unterscheidung öffentlich/privat arbeitet. Diese Tendenzen manifestieren sich zunehmend in na-

68 Vgl. hierzu allgemein: *Kanalan, Ibrahim*, On the Accountability of Private Actors for Human Rights Violations. The Horizontal Effect of Human Rights in the Era of the Transnational Constellation. 1 September 2014. abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2539110.

69 Vgl. u.a. *Nowrot*, Karsten, Normative Ordnungsstruktur und private Wirkungsmacht. 2006, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag, 523ff *Kulick*, Andreas, Global public interest in international investment law. 2012, Cambridge Univ. Press, 61.

70 Vgl. die umfassende Auseinandersetzung mit der aktuellen Debatte bei *Kanalan, Ibrahim*, Extraterritoriale Staatenpflichten jenseits der Hoheitsgewalt. Ein neues Konzept für umfassende extraterritoriale Staatenpflichten, in: *Archiv des Völkerrechts*, 52 (2014), S. 495–521.

tionalen,⁷¹ supranationalen⁷² und transnationalen⁷³ Judikaten, die auf unterschiedlichen Wegen zumindest *en passant* eine Menschenrechtsbindung Privater annehmen. Dies geschieht aus ganz unterschiedlichen Erwägungen. So wird die Bindung bestimmter transnationaler Unternehmen an Grund- und Menschenrechte mit dem Leitspruch, *with power comes responsibility*⁷⁴ vor allem mit ihrer Machtfülle begründet.⁷⁴ In anderen Konstellationen wird die Bindung, etwa im Versammlungsrecht, aus der Tatsache abgeleitet, dass der zunehmend in Privateigentum übergehende öffentliche Raum nicht die Ausübung essentieller politischer Kommunikationsgrundrechte verhindern dürfe.⁷⁵ Noch intensiver ist die Diskussion im digitalen Raum.⁷⁶ Hier ist längst der Schritt erreicht, dass Gerichte etwa

-
- 71 So die Vielzahl von Fällen zur Erstreckung der Versammlungsfreiheit auf Privatgrundstücke im Wege der public forum-Doktrin: BVerfG v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201 – Fraport, *Her Majesty The Queen v. Jack Layton Ontario Provincial Court – Criminal Division* [1986 CarswellOnt 792, 38 C.C.C. (3d) 550]; Supreme Court of Canada, *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 SCR 139; Supreme Court of the United States, *International Society for Krishna Consciousness <ISKCON> v. Lee*, 505 U.S. 672 [1992]; Supreme Court of California, *Robbins v. Pruneyard Shopping Center*, 23 Cal. 3rd 899 [1979].
- 72 Vgl. EuGH v. 13.5.2014, Rs. C-131/12 – Google Spain, wo Google zur Achtung der Grundrechtscharta verpflichtet wurde, vgl. *Fischer-Lescano*, Andreas, *Der Kampf um die Internetverfassung. Rechtsfragen des Schutzes globaler Kommunikationsstrukturen vor Überwachungsmaßnahmen*, in: JZ, 69 (2014), S. 965–1016 (972).
- 73 Siehe etwa die Entscheidungspraxis der ICANN Panels, die auch das Recht zur Meinungsfreiheit berücksichtigen, vgl. *Karavas, Vaios/Teubner*, Gunther, <http://www.CompanyNameSucks.com>, in: Ladeur (Hg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet. Neues Recht für Kommunikationsnetzwerke*, 2003, S. 249–272; *Viell-echner*, Lars, *Transnationalisierung des Rechts*, 2013, Velbrück, 220 ff.
- 74 Vgl. *Nolan*, Justine, *With Power Comes Responsibility: Human Rights and Corporate Accountability*, in: *University of New South Wales Law Journal*, 28 (2005), S. 581–613.
- 75 So der Gehalt der public forum Theorie, die auch das Bundesverfassungsgericht in Bezug genommen hat (BVerfG v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201 – Fraport).
- 76 Vgl. grundlegend *Fischer-Lescano*, Andreas, *Der Kampf um die Internetverfassung. Rechtsfragen des Schutzes globaler Kommunikationsstrukturen vor Überwachungsmaßnahmen*, in: JZ (2014), S. 965 ff.; *Hoffmann-Riem*, Wolfgang, *Freiheitschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen*, in: JZ, 69 (2014), S. 53 ff.; speziell zum Versammlungsrecht im cyber space und dem Problem privater Akteure: *Inazu*, John D., *Virtual Assembly*, in: *Cornell Law Review*, 98 (2013), S. 1093–1142 (1128 ff.).

auch Google und Facebook zu Grundrechtsverpflichteten erklären.⁷⁷ Schließlich wird für den gesamten Bereich Investitionsschutz und Menschenrechte eine Berücksichtigungspflicht von Menschenrechten Dritter eruiert.⁷⁸ Gerade für den Bereich des Rechts auf Nahrung wird diese Debatte besonders intensiv geführt. So wird gegen den Bodenerwerb transnational agierender Agrarkonzerne (sog. land grabbing) das Recht auf Nahrung (und hier gerade in der strukturellen Dimension der food sovereignty⁷⁹) in Stellung gebracht.⁸⁰ Die Horizontalwirkung der Menschenrechte⁸¹ ist demnach in vielen konkreten Einzelfällen deshalb bereits Rechtswirklichkeit geworden ist.⁸² Ob Private menschenrechtlichen Pflichten unterliegen, ist daher keine prinzipielle Fragen mehr, sondern eine Frage des Einzelfalles. Dieser Ausgangspunkt spiegelt sich in den

77 EuGH v. 13.5.2014, Rs. C-131/12 – Google Spain.

78 *Simma, Bruno/Kill, Theodor*, Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology, in: Binder/Kriebaum/Reinisch/Wittich (Hg.), *International investment law for the 21st century. Essays in honour of Christoph Schreuer*, 2009, S. 678–707; ferner zur Debatte: *Dupuy, Pierre-Marie/Francioni, Francesco/Petersmann, Ernst-Ulrich*, Human rights in international investment law and arbitration, 2010; *Kulick, Andreas*, Global public interest in international investment law. 2012, Cambridge Univ. Pres.

79 *Haugen, Hans Morten*, Food Sovereignty – An Appropriate Approach to Ensure the Right to Food?, in: *Nordic Journal of International Law*, 78 (2009), S. 263–292.

80 Vgl. hierzu grundlegend: *Kommer, Steffen*, Menschenrechte wider den Hunger. 2016, Nomos; ferner *Ganesh, Aravind R.*, The Right to Food and Buyer Power, in: *German Law Journal*, 11 (2010), S. 1190–1244.

81 Vgl. für eine Untersuchung von Schutzpflichten in Bezug auf Unternehmen im Ausland: *Bernstorff, Jochen* von, Extraterritoriale menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility. Wie weit geht die menschenrechtliche des Staates für das Verhalten eigener Unternehmen im Ausland?, in: *Archiv des Völkerrechts*, 49 (2011), S. 34–63.

82 Vgl. allgemein: *Weissbrodt*, Roles and Responsibilities of Non-State Actors, in: *Shelton* (Hg.), *The Oxford handbook of international human rights law*, 2013, S. 719 ff. Dies gilt vor allem für den Ruggie-Report und darin veröffentlichten Guiding Principles on Business and Human Rights. Vgl. *Ruggie, John*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. (A/HRC/17/31). 21. März 2011.

Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP) wider.⁸³ Die von John Ruggie formulierten Grundsätze sind derart breit rezipiert worden, dass sie fraglos das Zentrum der derzeitigen Debatte bilden.⁸⁴ Nach der grundlegenden Einteilung des Ruggie-Reports kommt privaten Unternehmen zumindest die *responsibility to respect* zu.⁸⁵ Damit ist grundlegend gemeint, dass Unternehmen

»avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.«⁸⁶

Jedoch wird teilweise vertreten, dass die *responsibility to respect* ebenso wie die von verschiedenen Institutionen entwickelten internationalen Standards sämtlich keine rechtlich verbindliche Erwartung statuieren. Begründet wird dies damit, dass diese Dokumente formal keine verbindlichen Rechtssätze darstellten. Zudem gehe der Ruggie-Report selbst davon aus, dass durch diesen keine neuen Rechte geschaffen werden und die *responsibility to respect* lediglich eine soziale Verhaltenserwartung darstelle und keine rechtlich durchsetzbare Verhaltenspflicht.⁸⁷ Richtig daran ist, dass die UNGP ebenso wie andere Standards selbst, d.h. aus sich heraus keine rechtliche Verbindlichkeit genießen. Daraus folgt jedoch nicht, dass den in den UNGP angeführten Prinzipien nicht aus anderen Gründen de

83 Ruggie, John, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. (A/HRC/17/31). 21. März 2011. Vgl. hierzu z.B.: Shemberg, Andrea, New Global Standards for Business and Human Rights, in: Business Law International, 13 (2012), S. 27 ff.

84 Vgl. z.B.: Mareş, Radu, The UN guiding principles on business and human rights, 2012.

85 Vgl. Shemberg, Andrea, New Global Standards for Business and Human Rights, in: Business Law International, 13 (2012), S. 27 ff. (30ff).

86 Ruggie, John, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. (A/HRC/17/31). 21. März 2011, Principle 11.

87 Vgl. die ausführliche Kritik zum vermeintlich limitativen Verständnis der responsibility to respect: Backer, Larry Catá, From Institutional Misalignments to Socially Sustainable Governance: The Guiding Principles for the Implementation of the United Nations' "Protect, Respect and Remedy" and the Construction of Inter-Systemic Global Governance, in: Global Business & Development Law Journal, 25 (2012), S. 69–171 (S. 124 ff.).

lege lata bereits rechtliche Verbindlichkeit zukommt.⁸⁸ Beispielhaft kann dies an den Berichtspflichten von Unternehmen in Bezug auf Menschenrechte und andere nichtfinanzielle Aspekte aufgezeigt werden.⁸⁹ Nach Umsetzung der sog. CSR-Richtlinie⁹⁰ werden diese Berichtspflichten geltendes nationales Recht. Es kommt für die Berichtspflichten folglich nicht mehr darauf an, ihre Geltung gegenüber Privaten prinzipiell zu begründen, etwa aus den UNGP. Die Berichtspflichten in Bezug auf menschenrechtliche Aspekte stellen positivrechtlich verankerte Pflichten Privater dar, an deren Existenz kein Zweifel besteht. Es geht lediglich darum, wie diese genau ausgestaltet sind und welche Folgen damit verbunden werden. Daraus folgt, dass menschenrechtliche Bindungspflichten für die Tätigkeit privater Unternehmen (Banken) auf den OTC Derivatemarkten nicht prinzipiell ausgeschlossen sind. Ihre positive Geltung müsste aber konkret und im Einzelfall aufgezeigt werden können.

II. Berücksichtigung struktureller Auswirkungen

Insbesondere bei der Untersuchung der Auswirkungen finanzmarktrechtlicher Entwicklungen auf soziale und wirtschaftliche Menschenrechte stellt sich allerdings das Problem, dass die konkreten Auswirkungen einer bestimmten Handlung auf eine konkrete Person oft nur schwer nachvollziehbar sind.⁹¹ Denn diese Auswirkungen liegen oft außerhalb der subjektivrechtlichen dogmatischen Figuren für die Zuordnung rechtlicher Verant-

88 In diese Richtung etwa Knox, John H., *The Ruggie Rules: Applying Human Rights Law to Corporations*, in: Mareş (Hg.), *The UN guiding principles on business and human rights. Foundations and implementation*, 2012, S. 51 ff. (64).

89 Vgl. hierzu noch unten. Ferner zu den nichtfinanziellen Berichtspflichten allgemein: Eickenjäger, Sebastian, *Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen*, 2017 (i.E.).

90 Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 22.10.2014. Vgl. zu dieser Richtlinie und dem menschenrechtlichen Potential des Non-Financial Reporting Eickenjäger, Sebastian, *Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen*, 2017 (i.E.).

91 Dowell-Jones, Mary/Kinley, David, *Minding the Gap. Global Finance and Human Rights*, in: *Ethics int. aff.*, 25 (2011), S. 183–210; vgl. hierzu grundlegend: Teubner, Gunther, *Die unsichtbare "Cupola": Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung*, in: Lübbe (Hg.), *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1994, S. 91–143.

wortlichkeit.⁹² Zwar werden derartige Fallkonstellationen in der Rechtspraxis zunehmend artikuliert und gelangen auch vor Gerichte.⁹³ Sie sind aber meist nicht erfolgreich. Gerade für die Auswirkungen der OTC Derivatemärkte auf die Preise von Nahrungsmitteln gilt, dass hier nicht eine bestimmte Transaktion einer bestimmten Marktteilnehmerin das Recht auf Nahrung einer individualisierbaren Person verletzt. Die Wirkungen sind auf den Markt selbst zurückzuführen und betreffen eine Vielzahl von Personen, d.h. die Wirkungen sind strukturell, nicht individuell. Dass die Erfassung struktureller Auswirkungen oft wenig Aufmerksamkeit erlangt, ist vor allem darauf zurückzuführen, dass diese nicht stets zugleich auch zivilrechtliche Schadensersatzpflichten auslösen. Aus Perspektive einer traditionell auf Geltendmachung individualrechtlicher Positionen fokussierten menschenrechtlichen Durchsetzungsstrategie scheinen sie deshalb zunächst wenig belastbar.

1. Makro-Ansatz

Dies liegt freilich vor allem daran, dass die Mehrzahl menschenrechtlicher Untersuchungen über einen *Mikro-Ansatz*⁹⁴ nicht hinausgeht, der nur nach konkreten Individualpflichten eines Unternehmens in Bezug auf ein Indi-

92 Vgl. grundlegend zu solchen Phänomenen: *Teubner*, Gunther, Die unsichtbare "Cupola": Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung, in: Lübbe (Hg.), Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, 1994, S. 91–143.

93 Vgl. etwa die Klage einer lokal von Prozessen der globalen Klimaerwärmung betroffenen Person gegen RWE vor dem Landgericht Essen auf Schadensersatz in Höhe der anteiligen Verursachung von RWE an der Klimaerwärmung. Diese Die Klage von Saúl Luciano Lliuya gegen RWE stützte sich auf eine weiten Auslegung von § 1004 BGB und machte demnach eine Eigentumsbeeinträchtigung durch die klimaerwärmende Geschäftstätigkeit von RWE geltend; vgl. ferner die Klagen einzelner Darlehensnehmer, Gemeinden und Städte gegen Banken, die infolge der Manipulation des Libor-Zinssatzes geltend machen, dass sie durch die veränderten Zinssätze geschädigt wurden (<http://www.cnbc.com/id/49412365> (zuletzt besucht am 22.10.2016); *Gelboim v. Bank of America Corp.*, 13-3565, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit (Manhattan)).

94 Vgl. zur Kritik am micro approach: *Dowell-Jones, Mary/Kinley, David*, Minding the Gap. Global Finance and Human Rights, in: *Ethics int. aff.*, 25 (2011), S. 183–210 *Jägers, Nicola*, Sovereign Financing and the Human Rights Responsibilities of Private Creditors, in: *Bohoslavsky/Cernic* (Hg.), *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, 2014, S. 179 ff..

viduum oder eine Gruppe von Personen fragt.⁹⁵ Aus dem Blick geraten dann genau die marktstrukturellen Problemlagen, wie der (potentielle) Anstieg bestimmter Nahrungsmittelpreise durch die Finanzialisierung dieser Märkte. In jüngerer Zeit hat sich jedoch im Bereich Finance and Human Rights ein Ansatz entwickelt, der als *Makro-Ansatz* «die Interaktion zwischen den Strukturen, Prozessen und Dynamiken der internationalen Finanzwelt auf der einen Seite und der Fähigkeit von Staaten zur breit angelegten Absicherung von Menschenrechten auf der anderen Seite»⁹⁶ untersucht. Im Vordergrund dieses systemisch ausgerichteten Ansatzes steht der »impact of the financial system on economic structures and performance, which affects the socioeconomic rights of people on an increasingly global scale.«⁹⁷ Dieser Makro-Ansatz findet seine rechtstheoretische Begründung darin, dass sich die Funktion der Menschenrechte in der transnationalen Konstellation grundlegend wandelt.⁹⁸ Die Funktion der Menschenrechte besteht hier zunehmend darin, allgemein humane, ökologische und kommunikative Entfaltungsräume abzusichern⁹⁹, die durch destruktive Externalitäten und Expansionstendenzen von Bereichsordnungen in Gefahr geraten.¹⁰⁰ Es geht mit andern Worten »darum, die grundrechtliche Dimension der Strukturskollisionen der Gesellschaft ernst zu nehmen

95 Dowell-Jones, Mary/Kinley, David, Minding the Gap. Global Finance and Human Rights, in: *Ethics int. aff.*, 25 (2011), S. 183–210 (187).

96 Dowell-Jones, Mary/Kinley, David, Minding the Gap. Global Finance and Human Rights, in: *Ethics int. aff.*, 25 (2011), S. 183–210 (188) (Übersetzung Johan Horst).

97 Dowell-Jones, Mary/Kinley, David, Minding the Gap. Global Finance and Human Rights, in: *Ethics int. aff.*, 25 (2011), S. 183–210 (188).

98 Vgl. hierzu auch: *Viellechner*, Lars, Transnationalisierung des Rechts. 2013, Velbrück, 209ff; *Kanalan, Ibrahim*, On the Accountability of Private Actors for Human Rights Violations. The Horizontal Effect of Human Rights in the Era of the Transnational Constellation. 1 September 2014. abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2539110.

99 *Fischer-Lescano*, Andreas, Rechtskraft. 2013, August; *Fischer-Lescano*, Andreas, Der Kampf um die Internetverfassung. Rechtsfragen des Schutzes globaler Kommunikationsstrukturen vor Überwachungsmaßnahmen, in: *JZ*, 69 (2014), S. 965–1016.

100 *Teubner*, Gunther, Die anonyme Matrix. Zu Menschenrechtsverletzungen durch "private" transnationale Akteure, in: *Der Staat*, 44 (2006), S. 161ff. (179 ff.).

und aus diesen Kollisionen heraus die Rechtsbindungen zu konkretisieren.«¹⁰¹

2. Der Makro-Ansatz in den UNGP

Dieser Makro-Ansatz erschöpft sich keinesfalls in einer theoretischen Problembeschreibung von Strukturkollisionen, er lässt sich vielmehr dogmatisch konkret verankern. Ausgangspunkt ist auch hier wieder die für private Unternehmen geltende *responsibility to respect*.¹⁰² Die Formulierung im Ruggie-Report ist bewusst so gehalten, dass sie nicht nur unmittelbare Verletzungen in Sinne eines Mikro-Ansatzes umfasst, sondern darüber hinaus auch (mittelbare) negative Auswirkungen auf Menschenrechte, die durch das Zusammenwirken mehrerer Akteure (eines Marktes) entstehen. Nur so ist die oben bereits zitierte Formulierung zu verstehen, dass Unternehmen »avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.«¹⁰³ Dieses weite Verständnis der *responsibility to respect* wird durch den Wortlaut des Prinzips 13 der UNGP bestätigt.¹⁰⁴ Denn nach dieser Formulierung fallen unter die *responsibility to respect* auch Geschäftstätigkeiten, die im Zusammenwirken mit anderen allgemeine negative Auswirkungen auf Menschenrechte haben. Die *responsibility to respect* löst sich damit bewusst von allein subjektivrechtlichen schadensersatzbewährten Verantwortungszuweisungen und erfasst darüber hinausgehend allgemeiner die negativen Auswirkungen einer Geschäftstätigkeit. Diese strukturelle Dimensi-

101 Fischer-Lescano, Andreas, Der Kampf um die Internetverfassung. Rechtsfragen des Schutzes globaler Kommunikationsstrukturen vor Überwachungsmaßnahmen, in: JZ, 69 (2014), S. 965–1016 (971).

102 Vgl. Shemberg, Andrea, New Global Standards for Business and Human Rights, in: Business Law International, 13 (2012), S. 27 ff. (30ff).

103 Ruggie, John, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. (A/HRC/17/31). 21. März 2011, Principle 11.

104 Ruggie, John, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. (A/HRC/17/31). 21. März 2011, Prinzip 13.

on der *responsibility to respect* lässt sich für die ganz große Mehrzahl der Normierungsversuche für den Bereich Business and Human Rights nachweisen, z.B. für die Guiding Principles on Foreign Debt and Human Rights.¹⁰⁵ Nach deren auch für Private geltendem Prinzip 9 umfasst die *responsibility to respect* in diesem Bereich unter anderem »a duty to refrain from formulating, adopting, funding and implementing policies and programmes which directly or indirectly contravene the enjoyment of human rights.«¹⁰⁶ Auch hier geht die Formulierung weit über die subjektivrechtliche Schadensverantwortung hinaus. Obwohl dies oft nicht deutlich hervorgehoben wird, erfasst die Achtungspflicht sonach auch Konstellationen struktureller und mittelbarer negativer Auswirkungen auf Menschenrechte. Dies gilt nicht nur für Verantwortlichkeiten in Lieferketten oder für Tätigkeiten ausländischer Tochterunternehmen und Vertragspartner.¹⁰⁷

3. Die Pflicht zur Human Rights Due Diligence als Beispiel

Dies findet seine Entsprechung darin, dass viele der menschenrechtlichen Pflichten aus den UNGP auch gar nicht auf die Zuweisung subjektiver Rechtspositionen gerichtet sind. Das ist Folge der angesprochenen sich wandelnden Bedeutung der Menschenrechte, die zunehmend auf Visibilisierung struktureller Aspekte eingestellt wird. Beispielhaft kann dies anhand der Pflicht zur Human Rights Due Diligence (HRDD) für Unternehmen im Sinne des Prinzips Nr. 17 der UNGP aufgezeigt werden.¹⁰⁸ Die

105 Vgl. hierzu ausführlich: *Jägers, Nicola, Sovereign Financing and the Human Rights Responsibilities of Private Creditors*, in: Bohoslavsky/Cernic (Hg.), *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, 2014, S. 179 ff. (190ff).

106 Vgl. *Lumina, Cephas, Guiding Principles on foreign debt and human rights. Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights.* (A/HRC/20/23). 10. April 2011, Prinzip 9.

107 Vgl. hierzu: *Saage-Maaß, Miriam/Leifker, Maren, Haftungsrisiken deutscher Unternehmen und ihres Managements für Menschenrechtsverletzungen im Ausland*, in: *Betriebs Berater* (2015), S. 2499–2504.

108 Vgl. hierzu ausführlich: *Jägers, Nicola, Sovereign Financing and the Human Rights Responsibilities of Private Creditors*, in: Bohoslavsky/Cernic (Hg.), *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, 2014, S. 179 ff. (191 ff); *Lambooy, Tineke, Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights*,

HRDD hat unter anderem Eingang gefunden in die Guiding Principles on Foreign Debt and Human Rights¹⁰⁹ sowie die OECD Guidelines for Multinational Enterprises¹¹⁰ und ist fester Bestandteil der meisten Standards und Normierungsversuche im Bereich Finance and Human Rights.¹¹¹ Sie umfasst im Rahmen der *responsibility to respect* die an Unternehmen gerichtete Pflicht, unmittelbare und mittelbare negative Effekte ihrer Tätigkeit auf die Menschenrechte zu untersuchen¹¹² und die Ergebnisse dieser Untersuchung formal bekanntzugeben.¹¹³ Die spezifischen Inhalte der HRDD ergeben sich aus den Prinzipien 17 bis 21 der UNGP.¹¹⁴ Insbesondere das Impact Assessment dürfte hier von Bedeutung sein.¹¹⁵ Die HRDD-Pflicht erfasst dabei negative menschenrechtliche Auswirkungen

in: Netherlands Quarterly of Human Rights, 28 (2010), S. 404–448; *Martin-Ortega*, Olga, Human Rights Due Diligence for Corporations. from Voluntary Standard to Hard Law at Last?, in: Netherlands Quarterly of Human Rights, 32 (2014), S. 44 ff.

- 109 *Lumina, Cephas*, Guiding Principles on foreign debt and human rights. Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights. (A/HRC/20/23). 10. April 2011, Nr. 39.
- 110 *OECD*, OECD Guidelines for Multinational Enterprises. 2011, OECD, IV. Human Rights, Nr. 5.
- 111 Vgl. in Bezug auf die Bedeutung der HRDD im Bankensektor: *The Thun Group of Banks*, UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Discussion paper for Banks on Implications of Principles 16-21. Oktober 2013. abrufbar unter: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/thun-group-discussion-paper-final-2-oct-2013.pdf>.
- 112 *Ruggie, John*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. (A/HRC/17/31). 21. März 2011, Prinzip 17.
- 113 *Ruggie, John*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. (A/HRC/17/31). 21. März 2011, Prinzip 21.
- 114 Vgl. hierzu auch: *Lambooy, Tineke*, Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights, in: Netherlands Quarterly of Human Rights, 28 (2010), S. 404–448 (437 f).
- 115 Vgl. *Ruggie, John*, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human

der jeweiligen Unternehmensaktivität in einem umfassenden Sinne, d.h. alle aktuellen und potentiellen negativen Auswirkungen, die ein Unternehmen selbst verursacht oder fördert, sowie Auswirkungen, die von den Geschäftspartnerinnen verursacht werden.¹¹⁶ Freilich stellen die UNGP in Prinzip 17 (b) fest, dass die HRDD von Art und Umfang der Geschäftstätigkeit abhängt. Insbesondere für die Geschäftstätigkeit im Bereich des Finanzmarktes, wie etwa für Banken, gibt es deshalb eine Reihe spezifischer Überlegungen zur Umsetzung dieser Pflicht.¹¹⁷ Und auch einige in der sog. Thun Group zusammengeschlossene Banken haben sich zu Umfang und Problemen der Etablierung der HRDD im Bankensektor geäußert.¹¹⁸ Ausgehend von der umfassenden Definition der UNGP in Bezug auf tatsächliche und potentielle, unmittelbare und mittelbare Auswirkungen auf Menschenrechte ist für den Finanzsektor festzuhalten, dass nicht nur Auswirkungen einer konkreten Investition, die eine konkrete Gruppe von Personen betreffen, von der HRDD erfasst werden. Darüber hinaus sind auch solche Auswirkungen, die sich mittelbar und durch das Zusammenwirken mit anderen Marktteilnehmerinnen ergeben, Bestandteil der HRDD. Hierunter fallen etwa auch Preissteigerungen von Grundnahrungsmitteln, die durch Investitionen in finanzielle Produkte auf den entsprechenden Märk-

rights and transnational corporations and other business enterprises. (A/HRC/17/31). 21. März 2011, Prinzip 18.

- 116 Ruggie, John, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. (A/HRC/17/31). 21. März 2011, Prinzip 17. Zu dem Umfang der Berichtspflichten: Lambooy, Tineke, Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights, in: Netherlands Quarterly of Human Rights, 28 (2010), S. 404–448 (433ff.); Martin-Ortega, Olga, Human Rights Due Diligence for Corporations. from Voluntary Standard to Hard Law at Last?, in: Netherlands Quarterly of Human Rights, 32 (2014), S. 44 ff. (55 ff).
- 117 Vgl. grundlegend: Felice, Damiano de, Banks and human rights due diligence. A critical analysis of the Thun Group's discussion paper on the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, in: The International Journal of Human Rights, 19 (2015), S. 319–340.
- 118 *The Thun Group of Banks*, UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Discussion paper for Banks on Implications of Principles 16–21. October 2013. abrufbar unter: <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/thun-group-discussion-paper-final-2-oct-2013.pdf>.

ten hervorgerufen werden können.¹¹⁹ Diese marktstrukturellen negativen Auswirkungen auf Menschenrechte dürften für den Finanzsektor von hervorgehobener Bedeutung sein.¹²⁰

E. Die nichtfinanziellen Berichtspflichten von 289 b, c HGB E als Instrumente zur Berücksichtigung struktureller Auswirkungen des OTC-Handels

Diese Grundgedanken der HRDD aus den UNGP sind infolge des Ruggie-Reports in jüngerer Zeit in außerordentlich hohem Maße Bestandteil nationaler und internationaler Gesetzgebungsprozesse geworden.¹²¹ Insbesondere ist hier die Richtlinie 2014/95/EU zur nichtfinanziellen Berichterstattung¹²² zu nennen.¹²³ Diese Berichtspflichten sind deshalb von so hervorgehobener Bedeutung, weil diese eine immer engere Verflechtung mit sonstigen unternehmensrechtlichen Berichtspflichten aufweisen.¹²⁴ Dadurch können nationale aktien- und kapitalmarktrechtliche Instrumente zumindest potentiell für die Durchsetzung von Menschenrechten nutzbar gemacht werden.¹²⁵ Dabei muss jedoch stets beachtet werden, dass diese Berichtspflichten nicht etwaige Verletzungen der Menschenrechte selbst sanktionieren, sondern stets ausschließlich auf die Durchsetzung der Be-

119 So warnt etwa die UNCTAD seit Jahren in ihren Berichten vor derartigen Auswirkungen, vgl. *UNCTAD, Trade and Development Report* 2011. UNCTAD/TDR/2011. 2011, 111 ff.

120 Vgl. etwa in Bezug auf Finanzialisierung der Rohstoffmärkte: *Dowell-Jones, Mary/Kinley, David, Minding the Gap. Global Finance and Human Rights*, in: *Ethics int. aff.*, 25 (2011), S. 183–210 (194 ff.).

121 Vgl. *Safraty, Galit A., Human Rights Meets Securities Regulation*, in: *Virginia Journal of International Law*, 54 (2014), S. 97 ff.; *Martin-Ortega, Olga, Human Rights Due Diligence for Corporations. from Voluntary Standard to Hard Law at Last?*, in: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 32 (2014), S. 44 ff..

122 Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2014.

123 Vgl. hierzu ausführlich: Eickenjäger i.E.

124 Vgl. *Safraty, Galit A., Human Rights Meets Securities Regulation*, in: *Virginia Journal of International Law*, 54 (2014), S. 97 ff..

125 Vgl. mit Blick auf die Situation in der EU: *Roth-Mingram, Berrit, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen*, in: *NZG* (2015), S. 1341–1346; vgl. allgemein: *Safraty, Galit A., Human Rights Meets Securities Regulation*, in: *Virginia Journal of International Law*, 54 (2014), S. 97 ff..

richtspflichtigen selbst gerichtet sind. Sie erfassen Menschenrechte mithin nur mittelbar, d.h. als Bestandteil einer Berichtspflicht. Das Potential dieser (mittelbaren) Instrumente wird nachfolgend mit Blick auf die jüngst zur Umsetzung der CSR-Richtlinie¹²⁶ in deutsches Recht eingefügten nichtfinanziellen Berichtspflichten untersucht. Als Beispiel dienen auch hier die Auswirkungen der Tätigkeit auf den OTC Derivatemarkten auf Nahrungsmittelpreise.

I. Die Berichtspflicht für nichtfinanzielle Aspekte

Gemäß dem neuen § 289 b Abs. 1 HGB¹²⁷ haben Kapitalgesellschaften, die die dort genannten Kriterien erfüllen, ihren Lagebericht um eine nichtfinanzielle Erklärung zu erweitern.¹²⁸ Dies gilt gemäß § 340 Abs. 1 a HGB auch für Kreditinstitute, wenn sie in entsprechender Anwendung von § 267 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 bis 5 HGB als groß gelten. Die nichtfinanzielle Erklärung kann gemäß § 289 b Abs. 3 HGB auch außerhalb des Lageberichts als sog. gesonderter nichtfinanzieller Bericht ergehen. Da die Regeln für den gesonderten nichtfinanziellen Bericht aber parallel zu denjenigen für die nichtfinanzielle Erklärung laufen,¹²⁹ wird im Folgenden nur auf letztere abgestellt. Trotz der bisher sehr kontroversen Diskussion um die CSR-Richtlinie und das deutsche Umsetzungsgesetz lassen sich Inhalt

126 Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2014.

127 Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), vom 11.4.2017 (BGBl. I 2017 Nr. 20, 18.4.2017, S. 804).

128 Dies gilt jeweils auch für den Konzernlagebericht.

129 Dies ergibt sich aus § 289 b Abs. 3 HGB und den jeweiligen klarstellenden Regelungen, wie etwa in § 171 Abs. 1 S. 4 AktG für die Prüfungspflichten des Aufsichtsrates. Die Möglichkeit des gesonderten nichtfinanziellen Berichts dürfte nur pragmatische Gründe haben. So geht der Regierungsentwurf davon aus, dass es für Unternehmen teilweise schwierig sein könne, die nichtfinanziellen Aspekte zeitgleich mit dem Lagebericht zu erstellen, vgl. hierzu den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), vom 17.10.2016 BT Drucksache 18/9982., S. 40.

und Folgen dieser neuartigen Berichtspflichten zumindest in Ansätzen bereits absehen.¹³⁰

II. Umfang der Berichtspflicht in Bezug auf OTC Derivate und Nahrungsmittelpreise

1. Menschenrechtliche Aspekte

Die Tätigkeit auf den OTC Derivatemärkten könnte wegen der potentiellen Beeinträchtigung des Rechts auf Nahrung von Dritten unter die Berichtspflicht im Rahmen der nichtfinanziellen Erklärung fallen. Dafür müsste die Beeinträchtigung jedoch von der Berichtspflicht dem Umfang und Inhalt nach umfasst sein. Die Berichtspflicht bezieht sich unter anderem gemäß § 289 c Abs. 2 Nr. 4 HGB explizit auf die Achtung der Menschenrechte. Erfasst werden von dieser Achtungspflicht im Rahmen der Berichtspflicht nicht nur subjektive Rechtsverletzungen durch konkrete Handlungen. Denn gemäß § 289 c Abs. 3 S. 1 HGB sind allgemein diejenigen Angaben zu machen, die für ein Verständnis der Auswirkungen der unternehmerischen Tätigkeit auf die in Absatz 2 aufgelisteten nichtfinanziellen Aspekte erforderlich sind. Der Begriff der Auswirkungen ist hier erkennbar weiter und schließt auch sog. strukturelle Auswirkungen ein.

130 Vgl. aus dem aktuellen Schrifttum: *Hommelhoff*, Peter, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Revolution übers Bilanzrecht –, in: Bork/Kayser/Kebekus (Hg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, 2015, S. 291–299; *Hommelhoff*, Peter, Aktuelle Impulse aus dem europäischen Unternehmensrecht: Eine Herausforderung für Deutschland, in: NZG (2015), S. 1329–1336; *Spießhofer*, Birgit, Wirtschaft und Menschenrechte – rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility, in: NJW (2014), S. 2473–2479; *Spießhofer*, Birgit, Die neue europäische Richtlinie über die Offenlegung nichtfinanzieller Informationen – Paradigmenwechsel oder Papiertiger?, in: NZG (2014), S. 1281–1287; *Roth-Mingram*, Berrit, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, in: NZG (2015), S. 1341–1346; *Eufinger*, Alexander, Die neue CSR-Richtlinie – Erhöhung der Unternehmenstransparenz in Sozial- und Umweltbelangen, in: EuZW (2015), S. 424–428; *Seibt*, Christoph, CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz: Berichterstattung über nichtfinanzielle Aspekte der Geschäftstätigkeit – Neues Element des Corporate Reputation Management, in: Der Betrieb (2016), S. 2707–2716; *Lanferman*, Georg, Referentenentwurf des CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes sieht Prüfungspflicht für den Aufsichtsrat vor, in: Betriebs Berater (2016), S. 1131–1135.

Dies ergibt sich schon systematisch aus dem Umstand, dass etwa die in § 289 c Abs. 2 Nr. 1 HGB genannten Umweltbelange der Typik nach gerade strukturelle Auswirkungen jenseits individueller Verantwortungszusammenhänge betreffen. Auch ein Vergleich mit den UNGP – auf die sich die neuen Regelungen unter anderem beziehen¹³¹ – stützt dieses Verständnis. Denn diese erfassen, wie bereits aufgezeigt, gerade auch derartige Auswirkungen. Die möglichen Auswirkungen der Tätigkeit auf den OTC Derivatmärkten auf Nahrungsmittelpreise unterfallen mithin grundsätzlich der neuen nichtfinanziellen Berichtspflicht in § 289 b Abs. 1 iVm 289 c HGB.

2. Wesentlichkeit und Wahrscheinlichkeit schwerwiegender Auswirkungen

Dem steht auch nicht entgegen, dass nach dem Wortlaut der § 289 c Abs. 3 Nr. 3 und 4 HGB über die wesentlichen Risiken zu berichten ist, die mit der eigenen Geschäftstätigkeit oder den Geschäftsbeziehungen verknüpft sind und die sehr wahrscheinlich schwerwiegende negative Auswirkungen auf die in Absatz 2 genannten Aspekte haben oder haben werden. Der Gesetzgeber will damit zwar den Risikobegriff begrenzen.¹³² Allerdings sind an die Wesentlichkeit und die Wahrscheinlichkeit schwerwiegender Auswirkungen keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Dies ergibt sich systematisch bereits daraus, dass die Nr. 1-6 des § 289 c Abs. 3 HGB lediglich eine nicht abschließende Erläuterung der in § 289 c Abs. 3 1. Halbsatz HGB genannten allgemeinen Pflichten sind. Eine nicht unter den Risikobegriff des § 289 c Abs. 3 Nr. 3 HGB fallende Auswirkung kann demnach immer noch eine nach § 289 c Abs. 3 1. Halbsatz HGB für das Verständnis der Auswirkungen der unternehmerischen Tätigkeit auf Menschenrechte erforderliche Angabe darstellen. Zudem ist in der Richtlinie selbst nur von wahrscheinlichen negativen Auswirkungen die Rede (Art. 19 a Abs. 1 d CSR Richtlinie). Zwar enthält der Erwägungsgrund 8 der CSR-Richtlinie die Forderung angemessene Informationen zu »Belangen bereit[zu]stellen,

131 Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), vom 17.10.2016 BT Drucksache 18/9982., S. 46.

132 Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), vom 17.10.2016 BT Drucksache 18/9982., S. 50.

die sich dadurch auszeichnen, dass sie sehr wahrscheinlich zur Verwirklichung wesentlicher Risiken mit schwerwiegenden Auswirkungen führen werden oder zum Eintritt solcher Risiken geführt haben.« Diese gesteigerten Anforderungen dispensieren jedoch nicht von den in Erwägungsgrund 7 angesprochenen Berichtspflichten zu den einzelnen Sachbereichen. Demnach ist die Begrenzung des Risikobegriffs in 289 c Abs. 3 Nr. 2 HGB nicht dahingehend zu verstehen, dass nur noch über schwerwiegende Auswirkungen zu berichten ist, die sehr wahrscheinlich eintreten. Die Nr. 3 hat vielmehr klarstellende Funktion dahingehend, dass über derartige Auswirkungen in jedem Fall zu berichten ist. Daraus folgt, dass ein Unternehmen, welches in nennenswertem Umfang mit OTC Derivaten handelt, deren Basiswerte Nahrungsmittel sind, über die potentiellen Auswirkungen dieser Tätigkeit auf die Nahrungsmittelpreise und Auswirkungen auf das Recht auf Nahrung in der nichtfinanziellen Erklärung als Teil des Lageberichts in der Regel zu berichten hat.

III. Sanktionierung

Fraglich ist jedoch, wie diese Berichtspflicht durchgesetzt werden kann. Gerade in Bezug auf die Sanktionierung wird die Effektivität der nichtfinanziellen Berichtspflichten als sog. Deklarationshaftung eher skeptisch eingeschätzt, da sie den unmittelbar Betroffenen nicht weiter helfe.¹³³ Jedoch bestehen eine ganze Reihe mittelbarer gesellschaftsrechtlicher Sanktionsmöglichkeiten, deren Effektivität vor allem auch davon abhängt, wie stark sie in Anspruch genommen werden.¹³⁴

1. Schadensersatzpflichten

Der Lagebericht und die nichtfinanzielle Erklärung sind gemäß § 264 Abs. 1 HGB vom gesetzlichen Vertreter der Kapitalgesellschaft aufzustel-

133 Weller, Marc-Philippe/Kaller, Luca/Schulz, Alix, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, in: Archiv fuer die civilistische Praxis, 216 (2016), S. 387–420 (S. 412 f).

134 Vgl. zu den Sanktionsmöglichkeiten etwa Roth-Mingram, Berrit, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, in: NZG (2015), S. 1341–1346 (S. 1343 ff.).

len, bei der AG also gemäß § 78 Abs. 1 AktG der Vorstand. Kommt der Vorstand seiner Pflicht zur nichtfinanziellen Erklärung nicht nach oder ist diese fehlerhaft, so greift grundsätzlich die Schadensersatzpflicht aus § 93 Abs. 2 AktG gegen den Vorstand und aus § 116 S. 1 AktG gegen den Aufsichtsrat.¹³⁵ Allerdings dürfte der Schadensenachweis regelmäßig problematisch sein, da ein Vermögensschaden für die hier in Rede stehenden strukturellen Auswirkungen nicht nachgewiesen werden kann und darüber hinaus mangels besonderer Regelung § 253 Abs. 1 BGB eingreift.¹³⁶ Da ein Vermögensschaden grundsätzlich aber etwa auch durch ein der Gesellschaft auferlegtes Bußgeld hervorgerufen werden kann¹³⁷ und die Bußgeldvorschriften des HGB nunmehr auch bei fehlerhaften nichtfinanziellen Erklärungen greifen¹³⁸, ist es jedoch auch nicht ausgeschlossen, dass eine fehlerhafte nichtfinanzielle Erklärung in bestimmten Konstellationen auch Schadensersatzpflichten auslöst.¹³⁹ Zudem können im Einzelfall auch kapitalmarktrechtliche Haftungstatbestände einschlägig sein, insbesondere die Prospekthaftung aus § 21 WpPG, soweit der Lagebericht Bestandteil des Prospektes ist.¹⁴⁰

2. Überwachungspflicht des Aufsichtsrates

Von Bedeutung dürften hier außerdem die Überwachungspflichten einzelner Gesellschaftsorgane sein.¹⁴¹ In erste Linie ist hier an die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates zu denken.¹⁴² Der Aufsichtsrat hat gemäß

135 Roth-Mingram, Berrit, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, in: NZG (2015), S. 1341–1346 (S. 1344.).

136 Vgl. hierzu anhand des Beispiels der Frauenquote: Weller, Marc-Philippe/Benz, Nina, Frauenförderung als Leitungsaufgabe, in: Die Aktiengesellschaft, 60 (2015), S. 467–476 (S. 473).

137 Vgl. Spindler, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 172.

138 Vgl. hierzu unten.

139 Zudem können CSR Codes kaufrechtliche Konsequenzen haben und ggf. eine Lösung vom Vertrag und Schadensersatzpflichten begründen vgl. hierzu grundlegend: Asmussen, Sven, Haftung für unwahre Aussagen über Nachhaltigkeitskodiizes vor Abschluss eines Kaufvertrages, in: NJW (2017), S. 118–123.

140 Vgl. hierzu Brunk in diesem Band.

141 Vgl. hierzu ausführlich Brunk in diesem Band.

142 Vgl. hierzu Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz, Die Pflicht des Aufsichtsrates zur Prüfung des "CSR-Berichts", in: NZG (2017), S. 121–127.

§ 171 Abs. 1 S. 1 AktG den nichtfinanziellen Bericht, der Teil des Lageberichts ist, zu prüfen. Dies gilt gemäß § 171 Abs. 1 S. 4 AktG ebenso für einen gesonderten nichtfinanziellen Bericht.¹⁴³ Die Maßstäbe, die im Einzelnen an diese Prüfungspflicht des nichtfinanziellen Berichts anzulegen sind, sind im Schrifttum derzeit noch umstritten.¹⁴⁴ Der Wortlaut spricht zunächst dafür, diejenigen Maßstäbe anzuwenden, die auch ansonsten für den Jahresabschluss gelten. Denn § 171 Abs. 1 AktG lässt nicht erkennen, dass für den nichtfinanziellen Bericht etwas anderes gelten soll.¹⁴⁵ Die den Aufsichtsrat insofern treffende Verantwortung wird deshalb teilweise als sehr hoch eingeschätzt.¹⁴⁶ Allerdings gibt es Bestrebungen, die Prüfungspflicht in Bezug auf den nichtfinanziellen Bericht/die nichtfinanzielle Erklärung lediglich als »spezielle Ausprägung der allgemeinen Überwachungspflicht des Aufsichtsrats [zu] begreifen.«¹⁴⁷ Jedoch kam es trotz dahingehender Vorschläge im Gesetzgebungsverfahren nicht zu einer entsprechenden Klarstellung.¹⁴⁸ Auch der Umstand allein, dass anders als beim Jahresabschluss eine inhaltliche Prüfung der nichtfinanziellen Erklärung durch den Abschlussprüfer gemäß § 317 Abs. 2 S. 4 HGB nicht vorgesehen ist, kann eine Rückstufung der Prüfungspflicht des Aufsichtsrates in Bezug auf die nichtfinanzielle Erklärung allein nicht begründen. Vielmehr enthält sowohl die Richtlinie als auch der Regierungsentwurf in § 289 b Abs. 4 HGB Regelungen zur freiwilligen inhaltlichen Prüfung, die bei einer auf eine allgemeine Überwachungspflicht zurückgestuften Prüfungspflicht des Aufsichtsrates entbehrlich wäre. Schließlich sprechen die Bußgeldvorschriften systematisch gegen eine Abschwächung der Prüfungspflicht in Bezug auf die nichtfinanzielle Erklärung. Die Bußgeldvor-

143 *Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz*, Die Pflicht des Aufsichtsrates zur Prüfung des "CSR-Berichts", in: NZG (2017), S. 121–127 (S. 123).

144 Vgl. hierzu etwa *Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz*, Die Pflicht des Aufsichtsrates zur Prüfung des "CSR-Berichts", in: NZG (2017), S. 121–127.

145 Dies räumen auch die Befürworter einer nur abgeschwächten Prüfungspflicht in Bezug auf die nichtfinanzielle Erklärung ein, vgl. *Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz*, Die Pflicht des Aufsichtsrates zur Prüfung des "CSR-Berichts", in: NZG (2017), S. 121–127 (S. 125).

146 *Seibt, Christoph*, CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz: Berichterstattung über nichtfinanzielle Aspekte der Geschäftstätigkeit – Neues Element des Corporate Reputation Management, in: *Der Betrieb* (2016), S. 2707–2716 (S. 2708).

147 *Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz*, Die Pflicht des Aufsichtsrates zur Prüfung des "CSR-Berichts", in: NZG (2017), S. 121–127 (S. 124).

148 *Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz*, Die Pflicht des Aufsichtsrates zur Prüfung des "CSR-Berichts", in: NZG (2017), S. 121–127 (S. 124).

schriften erfassen nunmehr explizit auch die nichtfinanzielle Erklärung.¹⁴⁹ Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er Verstößen gegen die nichtfinanzielle Erklärung erhebliches Gewicht beimisst und die damit korrespondierenden Prüfungspflichten des Aufsichtsrates nicht weniger bedeutsam sind, als die Pflichten zur Prüfung des Jahresabschlusses.¹⁵⁰ Es wäre systematisch wenig überzeugend, wenn einer fehlerhaften nichtfinanziellen Erklärung zwar eine Ordnungswidrigkeit nach § 334 Abs. 1 Nr. 3 und 4 HGB darstellen kann, die mit einem erheblichen Bußgeld geahndet wird, aber der Aufsichtsrat nach § 171 Abs. 1 AktG nur eingeschränkt zur Prüfung verpflichtet sein soll. Es sprechen deshalb die besseren Gründe dafür, grundsätzlich von einem an der Prüfungspflicht des Jahresabschlusses ausgerichteten Prüfungsmaßstab auch für die nichtfinanzielle Erklärung auszugehen.¹⁵¹ Der Aufsichtsrat muss demnach im Rahmen von § 171 Abs. 1 AktG die nichtfinanzielle Erklärung als Teil des Lageberichts (§ 171 Abs. 1 S. 1 AktG) bzw. den gesonderten nichtfinanziellen Bericht (§ 171 Abs. 1 S. 4 AktG) prüfen. Hält der Aufsichtsrat die nichtfinanzielle Erklärung »in wesentlichen Punkten für unvollständig oder unrichtig, muss er seine abweichende Einschätzung in seinen Bericht an die Hauptversammlung aufnehmen.«¹⁵²

Der Aufsichtsrat hat dabei grundsätzlich die Möglichkeit und kann nach den entsprechend heranzuziehenden Grundsätzen der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung sogar gehalten sein¹⁵³, die Fehlerhaftigkeit einer nichtfinanziellen Erklärung im Wege der Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO, gerichtet gegen den Vorstand, feststellen zu lassen. Die grundsätzlich mögliche Feststellungsklage¹⁵⁴ darf jedoch nicht allein die Feststel-

149 Vgl. hierzu unten.

150 Vgl. auch die Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), vom 17.10.2016 BT Drucksache 18/9982., S. 59 f.

151 Im Ergebnis wohl auch *Lanferman*, Georg, Referentenentwurf des CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes sieht Prüfungspflicht für den Aufsichtsrat vor, in: Betriebs Berater (2016), S. 1131–1135.

152 So *Hennrichs/Pöschke*, in: MüKo-AktG 3.Aufl. 2013, § 171 Rn. 61 allgemein zu Bedenken gegen den Lagebericht.

153 Vgl. *Weller*, Marc-Philippe/*Benz*, Nina, Frauenförderung als Leitungsaufgabe, in: Die Aktiengesellschaft, 60 (2015), S. 467–476 (S. 473); *Roth-Mingram*, Berit, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, in: NZG (2015), S. 1341–1346 (S. 1344).

154 Hölters-Hölters, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rn. 382.

lung der Fehlerhaftigkeit einer Tatsache zum Ziel haben. Sie müsste demnach auf die Feststellung der Pflichtwidrigkeit des Vorstandshandels gerichtet sein, da dies etwa die Nichtentlastung oder Abberufung zur Folge haben könnte und mithin ein Rechtsverhältnis darstellt.¹⁵⁵

3. Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen

Darüber hinaus könnten Hauptversammlungsbeschlüsse nach §§ 243 ff AktG anfechtbar sein, wenn die nichtfinanzielle Erklärung fehlerhaft ist.

a) Anfechtung der Entlastung, § 120 AktG

Die Entlastung hat zwar keine große rechtstatsächliche Bedeutung, ihr kommt gleichwohl gerade bei großen AGs eine »überdurchschnittliche öffentliche Aufmerksamkeit zu.«¹⁵⁶ Da die fehlerhafte nichtfinanzielle Erklärung den Lagebericht fehlerhaft macht, kommt hier grundsätzlich eine Anfechtbarkeit nach § 243 ff. AktG in Betracht.¹⁵⁷ Jedoch kann hier nicht jede Fehlerhaftigkeit der nichtfinanziellen Erklärung zur Anfechtung führen. Deshalb wird teilweise vorgeschlagen, die Kriterien, die der BGH in Bezug auf eine fehlende Entsprechungserklärung gemäß § 161 Abs. 1 AktG entwickelt hat, auf den Fall einer fehlenden oder fehlerhaften nichtfinanziellen Erklärung zu übertragen.¹⁵⁸ Dies kann jedoch nicht überzeugen. Bei der Entsprechungserklärung soll es in Bezug auf den Entlastungsbeschluss vor allem darauf ankommen, wann eine Fehlerhaftigkeit der Entsprechungserklärung ein relevantes Informationsdefizit erzeugen kann. Dies ist nach den Kriterien der Rechtsprechung zur Entsprechungserklärung nur dann der Fall, wenn »ein objektiv agierender Aktionär die Fehlunterrichtung für seine Entscheidung für so relevant halten kann, dass er

155 Vgl. *Weller, Marc-Philippe/Benz, Nina*, Frauenförderung als Leitungsaufgabe, in: *Die Aktiengesellschaft*, 60 (2015), S. 467–476 (S. 473 f.).

156 *Kubis*, in: *MüKo-AktG*, 3. Aufl. 2013, § 120 Rn. 2.

157 *Roth-Mingram, Berrit*, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, in: *NZG* (2015), S. 1341–1346 (S. 1344).

158 *Roth-Mingram, Berrit*, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, in: *NZG* (2015), S. 1341–1346 (S. 1344).

allein wegen dieses Informationsdefizits von der Vertrauenskundgabe gegenüber den Verwaltungsorganen absehen würde.«¹⁵⁹ Erkennbar weisen diese Relevanzkriterien einen Bezug zu den in § 243 Abs. 4 AktG normierten Anforderungen an die Relevanz unzureichender Informationen für die Anfechtbarkeit auf.¹⁶⁰ Es wäre jedoch aus systematischen Gründen inkonsequent, wenn die Fehlerhaftigkeit einer nichtfinanziellen Erklärung nur relevant werden soll, sofern sie auf weitere Belange des Unternehmens durchschlägt. Denn die Wesentlichkeitskriterien des § 243 Abs. 4 AktG enthalten in Bezug auf Auskunftspflichtverletzungen über die in § 131 AktG genannten Anforderungen keine zusätzlichen Einschränkungen der Anfechtbarkeit.¹⁶¹

»Der ‚Wesentlichkeitsfilter‘ liegt bereits in der Beurteilungserheblichkeit nach § 131 Abs. 1 und kann nicht durch eine restriktive Anwendung des § 243 Abs. 4 S. 1 weiter verschärft werden. Somit ist jede Auskunftsverletzung im Rahmen des § 131 Abs. 1, 2. Halbs. mit der Folge relevant, dass die Anfechtung des hiervon betroffenen Beschlusses erfolgreich ist.«¹⁶²

Im Rahmen des § 131 Abs. 1 AktG sind aber »alle Tatsachen, die nach §§ 264 ff. HGB in den Jahres- oder Konzernabschluss nebst Anhang und Lagebericht aufzunehmen sind, [...] per se beurteilungsrelevant und deshalb auskunftspflichtig.«¹⁶³ Die nichtfinanzielle Erklärung ist nun im Regelfall Bestandteil des Lageberichts. Auch für die Tatsachen, die die nichtfinanzielle Erklärung betreffen, gilt deshalb, dass diese stets auskunftspflichtig sind. Es ist somit grundsätzlich davon auszugehen, dass jede Verletzung des Auskunftsrechts in Bezug auf die nichtfinanzielle Erklärung auch zur Anfechtbarkeit des Entlastungsbeschlusses führt. Dies ist die Konsequenz daraus, dass die Gesetzgeberin sich dazu entschieden hat, die nichtfinanzielle Erklärung grundsätzlich als Teil des Lageberichts einzustufen. Damit ist richtigerweise die gesetzliche Wertung verbunden, dass die nichtfinanziellen Aspekte nicht nur dann wesentlich im Sinne der Anfechtbarkeit werden, wenn sie für sonstige geschäftliche Daten relevant werden, etwa weil Reputationsschäden drohen. Die nichtfinanziellen Aspekte sind schon für sich genommen relevant. Hierin liegt die von Hom-

159 Goette, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2013, § 161 Rn. 92.

160 Goette, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2013, § 161 Rn. 91.

161 Vgl. etwa Hüffner/Schäfer, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2016, § 243 Rn. 117.

162 Kubis, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2013, § 131, Rn. 168.

163 Kubis, in: MüKo-AktG, 3. Aufl. 2013, § 131 Rn. 49.

melhoff beobachtete »Revolution des Bilanzrechts«.¹⁶⁴ Nichtfinanziellen Aspekten kommt eine von ökonomischen Erwägungen unabhängige Bedeutung zu. Ein objektiv agierender Aktionär kann etwa im Einzelfall durchaus menschenrechtliche Belange über spezifische Gewinninteressen stellen. Denn die nichtfinanziellen Aspekte bilden nunmehr neben der Gewinnerzielung, dem Shareholder Value und sonstigen Unternehmenszielen eine eigene Kategorie, welcher für sich genommen Relevanz bei der Geschäftstätigkeit von Unternehmen von öffentlichem Interesse zukommt.¹⁶⁵

b) Anfechtbarkeit der Feststellung des Jahresabschlusses durch die Hauptversammlung

Fraglich ist zudem, ob eine fehlerhafte nichtfinanzielle Erklärung (etwa weil nicht über etwaige Auswirkungen von der Tätigkeit auf den Derivatemärkten auf das Recht auf Nahrung berichtet wurde) den Jahresabschluss gemäß § 257 Abs. 1 AktG nach § 243 Abs. 1 AktG wegen eines Verfahrensfehlers anfechtbar macht. Der Lagebericht ist eine »selbständige Informationsquelle neben dem Jahresabschluss«.¹⁶⁶ Ein fehlerhafter Lagebericht führt deshalb zur Anfechtbarkeit des Feststellungsbeschlusses, sofern »wesentliche Informationen den Aktionären vorenthalten oder verfälscht werden.«¹⁶⁷ Da eine fehlerhafte nichtfinanzielle Erklärung als Bestandteil des Lageberichts auch diesen selbst fehlerhaft werden lässt¹⁶⁸, führt eine fehlerhafte nichtfinanzielle Erklärung grds. zu einer Anfechtbarkeit des Feststellungsbeschlusses. Problematisch ist hier lediglich, unter welchen Umständen davon auszugehen ist, ob die Fehlerhaftigkeit der nichtfinanziellen Erklärung den »Aktionären bei verständiger Betrachtung wesentliche

164 Hommelhoff, Peter, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Revolution übers Bilanzrecht –, in: Bork/Kayser/Kepekus (Hg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, 2015, S. 291–299.

165 So auch Hommelhoff, Peter, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Revolution übers Bilanzrecht –, in: Bork/Kayser/Kepekus (Hg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, 2015, S. 291–299 (S. 298).

166 Koch, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2016 § 257 Rn. 11.

167 Bezzenger-Großkommentar AktG, Stand 2010, § 257 Rn. 9.

168 Vgl. Roth-Mingram, Berit, Corporate Social Responsibility (CSR) durch eine Ausweitung der nichtfinanziellen Informationen von Unternehmen, in: NZG (2015), S. 1341–1346 (S. 1344).

Informationen vorenthalten oder nicht unbedeutende Fehlinformationen geboten werden.«¹⁶⁹ Auch hier gilt wie bei der Anfechtung der Entlastung, dass sich aus der Wertung der §§ 131, 243 AktG und § 289 b AktG ergibt, dass die nichtfinanzielle Erklärung auch für sich genommen wesentlich für die Feststellung des Jahresabschlusses sein kann.

IV. Bußgeldvorschriften

Mit der Gesetzänderung werden auch die Straf- und Bußgeldvorschriften des HGB auf die nichtfinanzielle Erklärung ausgeweitet. So bezieht sich der Straftatbestand der unrichtigen Darstellung gemäß § 331 Nr. 1 HGB nunmehr auch auf die nichtfinanzielle Erklärung. Ebenso handelt nunmehr gemäß § 334 Abs. 1 Nr. 3 und 4 HGB ordnungswidrig, wer bei der Aufstellung des (Konzern-)Lageberichts einer der auf die nichtfinanzielle Erklärung/den gesonderten nichtfinanziellen Bericht anwendbaren Vorschrift zuwiderhandelt. Dabei werden auch die in § 340 n HGB enthaltenen Parallelvorschriften für Kreditinstitute entsprechend angepasst und umfassen jetzt auch die nichtfinanzielle Erklärung (vgl. § 340 n Abs. 1 Nrn. 3 und 4 HGB). Auch hier werden die Bußgelder mit der Gesetzesänderung deutlich erhöht (vgl. § 340 n Abs. 3 und 3 a HGB).

V. Enforcement Verfahren

Schließlich kommt eine Prüfung der fehlerhaften nichtfinanziellen Erklärung im Rahmen des Enforcement-Verfahrens durch die Prüfstelle für Rechnungslegung gemäß § 342 b HGB¹⁷⁰ und die BaFin gemäß 37 o WpHG¹⁷¹ in Betracht. Dieses Verfahren betrifft alle Unternehmen »deren Wertpapiere iSd. § 2 Abs. 1 WpHG an einer inländischen Börse zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind.«¹⁷² Geprüft wird dabei gemäß § 37 o Abs. 1 WpHG und 342 b Abs. 2 HGB insbesondere auch der Lagebericht.¹⁷³ Zwar wird teilweise davon ausgegangen, dass die nichtfinanzi-

169 *Koch*, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2016 § 257 Rn. 11.

170 Vgl. hierzu *Paal*, in: MüKo-HGB, 3. Aufl. 2013, § 342 b.

171 Vgl. hierzu Hönsch- Assmann/Schneider, WpHG 6.Aufl.2012, § 37 o.

172 Vgl. *Paal*, in: MüKo-HGB, 3. Aufl. 2013, § 342 b, Rn. 18.

173 Vgl. Mock-Kölner Kommentar zum WpHG, 2.Aufl. 2014, § 37 o Rn. 50 ff.

elle Erklärung vom Prüfungsumfang des Enforcement-Verfahrens befreit sein soll.¹⁷⁴ Jedoch lässt sich eine Befreiung dem insofern eindeutigen Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen.¹⁷⁵ Es ist mithin davon auszugehen, dass die nichtfinanzielle Erklärung als Teil des Lageberichts grundsätzlich unter den möglichen Prüfungsumfang des Verfahrens fällt.

F. Fazit: Nichtfinanzielle Berichtspflichten als mittelbare Durchsetzungsinstrumente für Menschenrechte

Die menschenrechtlichen Auswirkungen der Tätigkeit auf den OTC Derivatemarkten fallen unter die nichtfinanziellen Berichtspflichten, die in Umsetzung der CSR-Richtlinie in das HGB eingefügt werden. Für die Durchsetzung der Berichtspflichten stehen zudem durchaus beachtliche Sanktionsinstrumente zur Verfügung. Diese Sanktionsinstrumente knüpfen allerdings nicht unmittelbar an die Verletzung einer menschenrechtlichen Pflicht an. Sie sind vielmehr auf die Berichtspflichten selbst gerichtet. Die Sanktionsinstrumente erfassen mithin nicht direkt eine Beeinträchtigung des Rechts auf Nahrung durch den Handel mit OTC Derivaten, sondern nur die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Erklärung über derartige Auswirkungen.¹⁷⁶ Es muss deshalb dargelegt werden, inwiefern diese Sanktionsinstrumente tatsächlich als Durchsetzungsinstrumente für Menschenrechte gelten können. Ausgangspunkt ist dabei die beschriebene Verzahnung menschenrechtlicher Berichtspflichten mit dem Gesellschaftsrecht.¹⁷⁷ Hierdurch werden die mit der *responsibility to respect* angesprochenen menschenrechtlichen Pflichten transnationaler Unternehmen deutlich aufgewertet. Denn *die nichtfinanziellen Vorgaben strahlen »auf die Hand-*

174 Kumm, Nina, Nachhaltigkeitsberichterstattung: Die Umsetzung der Ergänzungen der Bilanzrichtlinie um die Pflicht zu nichtfinanziellen Angaben im RefE eines CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes, in: Der Konzern (2016), S. 218–232 (S. 231 f.).

175 Dies gestehen auch diejenigen zu, die trotzdem von einer Befreiung ausgehen, vgl. Kumm, Nina, Nachhaltigkeitsberichterstattung: Die Umsetzung der Ergänzungen der Bilanzrichtlinie um die Pflicht zu nichtfinanziellen Angaben im RefE eines CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes, in: Der Konzern (2016), S. 218–232 (S. 231).

176 Diese Differenzierung geht auf einen Hinweis von Prof. Dr. Dörte Pölzig zurück.

177 Vgl. hierzu auch Safraty, Galit A., Human Rights Meets Securities Regulation, in: Virginia Journal of International Law, 54 (2014), S. 97 ff..

lungsprogramme der Gesellschaftsorgane und ihre Handlungspflichten im Einzelnen aus.«¹⁷⁸ Dadurch transformieren die Berichtspflichten ganz allgemein die Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und Umweltbelange jenseits der traditionellen Dichotomie von *Shareholder*- und *Stakeholder-Value* in die Auseinandersetzung um den Zweck eines Unternehmens.¹⁷⁹ Diese Ausstrahlungswirkung äußert sich demnach nicht in erster Linie in konkreten individualisierbaren menschenrechtlichen Pflichten gegenüber Dritten. Die Berichtspflichten ermöglichen, abgestützt durch konkrete Organpflichten und Bußgeldandrohungen, im Unternehmen selbst Auseinandersetzungen um den Ausgleich von Gewinnerzielung und gesellschaftlicher Auswirkung der Geschäftstätigkeit. Hierin wird teilweise eine »staatlich veranlasste [...] Unterwerfung der Aktiengesellschaft unter politisch geprägte Gemeinwohlanliegen befürchte[t]«. ¹⁸⁰ Richtig daran ist, dass mit der nichtfinanziellen Erklärung tatsächlich ein Paradigmenwechsel stattgefunden hat. Nichtfinanzielle Aspekte sind nunmehr selbstverständlicher Bestandteil der Unternehmensziele. Die Organe der Gesellschaft dürfen »sich nicht länger allein oder doch ganz vordringlich an der Gewinnerzielung orientieren«¹⁸¹, sondern müssen diese mit den nichtfinanziellen Unternehmenszielen in Ausgleich bringen. Nichtfinanzielle Aspekte werden zum festen Bestandteil der Unternehmensverfassung und Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf die Umwelt und menschenrechtliche Belange werden zum Thema der Hauptversammlung und zwar nicht nur im Rahmen von Lippenbekenntnissen, sondern als rechtlich überprüfbare Aussagen. Diese Prozesse lassen sich als durch Be-

178 Hommelhoff, Peter, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Revolution übers Bilanzrecht –, in: Bork/Kayser/Kebekus (Hg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, 2015, S. 291–299 (S. 298).

179 Vgl. Hommelhoff, Peter, Aktuelle Impulse aus dem europäischen Unternehmensrecht: Eine Herausforderung für Deutschland, in: NZG (2015), S. 1329–1336 (S. 1330 f.); vgl. zu einer ganz ähnlichen Entwicklung in Bezug auf den Netzzweck in Public-Private-Partnership Netzwerken Teubner, Gunther, Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie, in: Grundmann/Thiessen (Hg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich. Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -praxis = Law in the context of disciplines, 2015, S. 141–164 (S. 151).

180 Schön, Wolfgang, Der Zweck der Aktiengesellschaft – geprägt durch europäisches Gesellschaftsrecht?, in: ZHR, 180 (2016), S. 279–288 (S. 286).

181 Hommelhoff, Peter, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Revolution übers Bilanzrecht –, in: Bork/Kayser/Kebekus (Hg.), Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, 2015, S. 291–299 (S. 298).

richtspflichtigen veranlasste Politisierung der Unternehmensverfassung deuten.¹⁸² Gerade die strukturellen Auswirkungen der Tätigkeit auf den OTC Märkten auf die Nahrungsmittelpreise können auf diese Weise unternehmensintern thematisiert werden. Jenseits der Frage individueller Haftung sind diese Auswirkungen unternehmensintern offenzulegen und zu rechtfertigen. Dass diese Auseinandersetzungen nicht folgenlos bleiben zeigt die beträchtliche Anzahl von Unternehmen, die sich aus dem Handel mit Derivaten deren Basiswerte Nahrungsmittel sind, zurückgezogen haben.

Die nichtfinanziellen Berichtspflichten sind demnach als mittelbare Instrumente zur Durchsetzung von Menschenrechten einzuordnen. Sie lösen, abgestützt durch konkrete Organpflichten und Bußgeldandrohungen eine Politisierung der Unternehmensverfassung aus, die eine Berücksichtigung auch struktureller negativer Auswirkungen der Unternehmenstätigkeit ermöglicht. Die Effektivität dieser Mechanismen hängt dabei allerdings nicht zuletzt auch davon ab, dass sich die menschenrechtliche anwaltliche Tätigkeit auf diese Konstellationen jenseits des Haftungsrechts einstellt und an der Politisierung der Unternehmensverfassungen aktiv mitwirkt.

182 Vgl. hierzu grundlegend: *Teubner*, Gunther, Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen?, in: Grundmann (Hg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung, 2010, S. 1449–1470; siehe ferner *Eickenjäger* in diesem Band, der die dadurch angetriebenen Lernprozesse herausarbeitet.