

„Transformation“ in der Marktwirtschaft und Justitias Schwert

ZHR 188 (2024) 461–470

„Transformation“ ist zu einem Megathema *zeitgenössischer wirtschaftsrechtlicher Legislation* geworden. „Europa (braucht) einen neuen Industrieplan zum Grünen Deal“, teilte die Europäische Kommission den anderen politischen Organen der EU 2023 mit¹ und benannte dazu „die Notwendigkeit, die technologische Entwicklung, die Herstellung und die Installation klimaneutraler Produkte und Energieversorgungsstrukturen in den nächsten zehn Jahren massiv zu steigern“.² Und dies ist nur ein Teil des derzeit politisch umfassend betriebenen Umbaus der Wirtschaftsweise in Europas primärrechtlich angestrebter wettbewerblicher Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV, Art. 119 Abs. 1 AEUV) als der durch die freien Präferenzentscheidungen von Angebot und Nachfrage gesteuerten Nutzung verfügbarer Ressourcen (Arbeit, Kapital, Kaufkraft).³ Es ist eine Herkulesaufgabe in der vielgliedrigen Geschichte⁴ des modernen Rechts der Herstellung und des Vertriebs geldwerter Güter und Dienstleistungen seit Einführung der Gewerbefreiheit (und dessen wissenschaftlicher Begleitung durch die ZHR). Klimaneutral (bis 2050), kreislaufwirtschaftlich, menschenrechtskompatibel und „verantwortlich“ sind die insoweit in der EU besonders akzentuierten Ausläufer⁵ des (zur Agenda 2030 der Vereinten Nationen⁶ korrespondierenden) Sammelzielworts der „nachhaltigen Entwicklung“. Hinzu kommen Digitalisierung und par-

1 COM (2023) 62 final, Ein Industrieplan zum Grünen Deal für das klimaneutrale Zeitalter, Ziff. 2.

2 Id., Ziff. 2.

3 Zum Markt- und Marktwirtschaftsgedanken *Müller-Graff* in: Müller-Graff (Hrsg.), Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht, 2. Aufl., 2021, § 1 Rdn. 37.

4 Zur deutschen Wirtschaftsrechtsgeschichte insbesondere *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, 1988; *ders.*, Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1994; *ders.*, Die Republik der Wirtschaft, Teil I, 1999; Teil II, 2007. Zur Entwicklung des Verhältnisses von Verrechtlichung und Deregulierung seit 1945 *Müller-Graff*, in: Vollkommer (Hrsg.), 1945–1995, Zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft in den letzten fünfzig Jahren, 1996, S. 7 ff.

5 So in wesentlichen Teilen bereits das politische Leitlinienpapier für die Kommissionsagenda ab 2019: *von der Leyen*, Eine Union, die mehr erreichen will, 2019.

6 Vereinte Nationen, Generalversammlung, Transformation unserer Welt: die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, 2015, A/RES/70/1, 15/38 ff.

tielle Autarkiebemühungen in der EU (Medikamente, Wirkstoffe, Halbleiter, seltene Erden).⁷ Auch das klassische Wirtschaftsrecht wird durch diesen Umbau berührt: Kartellrecht⁸ und Gesellschaftsrecht.⁹ Zugleich scheint die Kompatibilitätsfrage zum primärrechtlichen Wirtschaftsordnungsrecht auf.

Bereits jetzt säumt vielfältige Transformationslegislation der EU (zum Teil aus dem holistisch vielgliedrigen Paket „Fit für 55“¹⁰) zu Produktion, Produkten und Vertrieb den eingeschlagenen Weg: so zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen¹¹ und zum Treibhausgasemissionszertifikatesystem,¹² zu den Emissionswerten für neue Pkw und leichte Nutzfahrzeuge („Verbrennerverbot“),¹³ zum Ökodesign¹⁴ und zur Energieeffizienz,¹⁵ zur Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden¹⁶ und zur Nutzung erneuerbarer Energie,¹⁷ zu nachhaltigkeitsbezogenen Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor¹⁸ und zur Taxonomie ökologischer Nachhaltigkeit,¹⁹ zur Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen²⁰ und zur Aktivitätskettenüberwachung,²¹ zum Recht auf Reparatur²² und zur Biodiversität,²³ zu digitalen Diensten,²⁴ digitalen Märkten²⁵ und zur Künstlichen Intelligenz.²⁶ Der deutsche Gesetz-

- 7 Kritisch dazu *Felbermayr*, Europas falsche Sehnsucht nach Autarkie, ifw, Kiel Focus 10/2020.
- 8 Vgl. jüngst nur HHU-Zukunftsgruppe Competition & Sustainability, Wettbewerb und Nachhaltigkeit in Deutschland und in der EU, 2023.
- 9 Vgl. jüngst nur *Weller*, Empfehlen sich im Kampf gegen den Klimawandel gesetzgeberische Maßnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts?, Gutachten F zum 74. DJT, 2024.
- 10 Vgl. Europäische Kommission, „Fit für 55“: Unsere Bilanz, 2024.
- 11 VO (EU) 2018/842, ABl.EU 2018 L 156, S. 26; VO (EU) 2023/857, ABl.EU 2023 L 111, S. 1.
- 12 RL (EU) 2023/959, ABl.EU 2023 L 130, S. 134; RL (EU) 2023/957, ABl.EU 2023 L 130, S. 105 (Seeverkehr); RL (EU) 2023/958, ABl.EU 2023 L 130/115 (Luftverkehr).
- 13 VO (EU) 2023/851, ABl.EU 2023 L 110, S. 5.
- 14 VO (EU) 2023/826, ABl.EU 2023 L 103, S. 29; außerdem ESPR-VO (COM(2022)0142 final im Gesetzgebungsverfahren).
- 15 RL (EU) 2023/1791, ABl.EU 2023 L 231, S. 1.
- 16 RL (EU) 2024/1275, ABl.EU 2024 L 1275, S. 1 (EPBD).
- 17 RL (EU) 2018/2001, ABl.EU 2018 L 328, S. 82.
- 18 VO (EU) 2019/2088, ABl.EU 2019 L 317, S. 1.
- 19 VO (EU) 2020/852, ABl.EU 2020 L 198, S. 13.
- 20 RL 2013/34/EU, ABl.EU 2013 L 182, S. 19; RL (EU) 2022/2464, ABl.EU 2022 L 322, S. 15; Delegierte VO (EU) 2023/2772, ABl.EU 2023 L 2772 v. 22. 12. 2023.
- 21 RL (EU) 2024/1760, ABl.EU 2024 L v. 5. 7. 2024.
- 22 Vgl. RL-Vorschlag COM(2023) 155 final. Einigung im Gesetzgebungsverfahren erzielt.
- 23 Vgl. VO-Vorschlag COM(2022) 304 final (zur Wiederherstellung der Natur). Einigung im Gesetzgebungsverfahren erzielt.
- 24 VO (EU) 2022/2065, ABl.EU 2022 L 277, S. 1; dazu in Vorbereitung Delegierte VO: C(2023) 6807 final.
- 25 VO (EU) 2022/1925, ABl.EU 2022 L 265, S. 1.
- 26 Vgl. VO-Vorschlag COM(2021) 206 final; im Gesetzgebungsverfahren.

geber steuert seinerseits eigenständig oder EU-Recht umsetzend oder vorgehend das Seine bei: z.B. das Bundesklimaschutzgesetz und das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz. Nicht verwunderlich mehren sich aber auch die Fragen (und Zweifel), ob beim Aufwuchs der teils als „erschreckend kleinteilig“ wahrgenommenen²⁷ Normenflut (als Bestätigung der Ölflecktheorie über die zwangsläufige Regulierungsausweitung hoheitlicher Ersteingriffe in den marktwirtschaftlichen Selbstlauf²⁸) die Folgenabschätzung für die Leistungsfähigkeit betroffener Unternehmen und für den Einsatz knapper Personalressourcen (unproduktive Berichts- und Recherchieraufgaben²⁹ statt Wertschöpfung in der demographisch schrumpfenden Union) problemvigilant genug (Kosten/Nutzen; Regulierungskumulation) erfolgt (bei der Vorschlagskreation in der EU-Kommission u.a. bei der Dienstekoordination, in den Trilogverhandlungen und in der Kreation Delegierter Rechtsakte).

I. Juristisch gefragt: *Wie verträgt sich der planerische Transformationsgedanke und dessen Recht mit der in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV und Art. 119 Abs. 1 AEUV festgelegten Verpflichtung der Politik auf eine wettbewerbliche Marktwirtschaft im Binnenmarktraum?* Gewiss geht es mit der „Transformation“ nicht um eine Zuwendung zur „klassischen“³⁰ Planwirtschaft, sondern um ein Umformungsprogramm *innerhalb* der Marktwirtschaft. So sehr dem ordoliberalen Ursprungsverständnis der europäischen Wirtschaftsordnung³¹ deren Kompatibilität mit industrieller Transformationspolitik widerstreben dürfte, ist sie von Vertrags wegen doch als Aufgabe gestellt. Weder untersagt das Primärrecht industrie-, technologie-, umwelt-, energie- oder binnenmarktpolitische Gestaltung, sondern ermöglicht sie der Union (Art. 173, 179 ff., 191 ff., 194, 114 AEUV), noch entbindet es sie von der Achtung des Grundsatzes einer wettbewerblichen Marktwirtschaft und deren unionsrechtlicher Konstitutivnormen. Ihrer Wirkungsweise wird herkömmlich höhere Wirtschaftlichkeit, Flexibilität und Innovationskraft sowie ein *höherer Freiheitsgrad* zugeschrieben als hoheitlicher Wirtschaftsplanung.³² Ausgefaltet gefragt: *Wie ist „transformatives“ Wirtschaftsrecht im System des uni-*

27 So zu den ESRS der Delegierten VO (EU) 2023/2772 *Hommelhoff*, NZG 2023, 1631 und 1633. Zur Kumulation *Hundhausen*, EuZW 2024, 586.

28 *Von Mises*, Kritik des Interventionismus, 1976, S. 10. Vgl. z.B. die Forderung der „Nacharbeit“ der CSR-Richtlinie für 2029 von *Hommelhoff*, NZG 2023, 1631 ff.

29 Vgl. z.B. Kritik am seinerzeitigen CSR-Richtlinienvorschlag *Hommelhoff*, DB 2021, 2437 ff.

30 So z.B. *Heuer/Pflicke/Schüsseler* (Hrsg.), Wirtschaftsrecht, 1985, S. 166 ff.; *Friedrich/Richter/Stein/Wittich* (Hrsg.), Leitung der sozialistischen Wirtschaft, 1976.

31 Dazu z.B. *Ophüls*, ZHR 124 (1962) 136 ff., 148 ff., 158 ff., 161 ff. Zum ideengeschichtlichen Einflussgrad der ordoliberalen Schule *Mestmäcker*, Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, 2. Aufl., 2006, S. 288, 290 ff.; zu den Verhandlungen *von der Groeben*, Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert, 1995, S. 270 ff.

32 Bündelnd *Möschel*, Das Wirtschaftsrecht der Banken, 1972, S. 337 ff.; *ders.*, Rechtsordnung zwischen Plan und Markt, 1975.

onalen Wirtschaftsordnungsrechts zuzuordnen (II.)? Welche Rechtsnatur hat die Grundsatzverpflichtung der Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV und Art. 119 Abs. 1 AEUV (III.)? Ergeben sich daraus Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung einzelner, das Wirtschaftsordnungsrecht konstituierender Normen (namentlich der unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRC) und für die transformatorische Gestaltung (IV.)?

II. 1. Unterteilt man zum Zweck einer ordnungsrechtlichen *Lokationsbestimmung des Transformationsrechts* zunächst das – in den kombinierten Worten von Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV, Protokoll Nr. 27 und Art. 119 Abs. 1 AEUV – angestrebte Wirtschaftsordnungsrecht im Binnenmarkt als „offene, in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft mit freiem [und unverfälschtem] Wettbewerb“³³ in seine Komponenten, so lassen sich grobstrichig fünf Hauptnormgruppen unterscheiden.³⁴ Auf der Grundlage des (eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb begründenden) *Freiheitsgewährleistungsrechts*³⁵ wird dieser Selbstlauf von den anderen wirtschaftsbezogenen und, gleichfalls gemeinwohlbegründeten Normgruppen jeweils zielspezifisch eingerahmt und eingeschränkt. Dem dienen vor allem das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützende *Systemsicherungsrecht*,³⁶ das (die vielgestaltigen sanitären, sicherheitstechnischen, sozialen, ökologischen und anderen Bedürfnisse präventiv und/oder repressiv abdeckende) *Schutzgutrecht*³⁷ (einschließlich des gesamtwirtschaftlichen Stabilisierungsrechts³⁸), das (ausnahmsweise sektorale Produktions- und Versorgungsergebnisse fördernde) *Versorgungssicherungsrecht*³⁹ sowie das (die Wettbewerbsfähigkeit zu steigern bemühte) gesamtwirtschaftliche Ertüchtigungs-⁴⁰ und Wachstumsrecht.⁴¹ Alle diese normativen Teilbereiche orientieren sich funktionskonzeptionell auf eine wettbewerbliche Marktwirtschaft. Im System dieser Komponenten siedelt das derzeitige Transformationsrecht zuvörderst in den miteinander teils verzahnten Bereichen des Schutzgutrechts (Klimaneutralität, Menschenrechtskompatibilität, Biodiversität) und des Ertüchtigungs- und länger-

33 Müller-Graff (Fn. 3), § 1 Rdn. 27, 43 ff., 57 ff.

34 Id., § 1 Rdn. 72 ff.

35 Namentlich Art. 15–17 GRC und die transnationalen Marktzugangs-Grundfreiheiten des Binnenmarktrechts.

36 Namentlich Art. 101 ff. AEUV.

37 Insbesondere Rechtsakte auf Grundlage der Art. 114 Abs. 1 und 3 (z.B. Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz, Verbraucherschutz), 115, 153 (Sozialschutz), 168, 192 AEUV.

38 Für die Preisstabilität Art. 127 Abs. 1 AEUV.

39 So für die Versorgung mit Nahrungsmitteln Art. 39 ff. AEUV; mit Energie Art. 194 AEUV.

40 So namentlich die Förderung der transeuropäischen Netze (Art. 170 ff.), der Industrie (Art. 173 AEUV), der Kohäsion (Art. 174 ff. AEUV) und der technologischen Entwicklung (Art. 179 ff. AEUV).

41 Als Aufgabe angesprochen von Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 S. 2 EUV: „ausgewogenes Wirtschaftswachstum“.

fristigen Versorgungssicherungsrechts (Förderung erneuerbarer Energien, Ressourcenschonung, Kreislaufwirtschaft, Digitalisierung, Autarkie).

2. Unbeschadet der Legitimität ihrer jeweiligen Zielsetzung können transformative Einzelnormen allerdings wirtschaftsordnungsrechtliche *Probleme* hervorrufen, wenn sie die Unternehmen als unverzichtbare Akteure einer wettbewerblichen Marktwirtschaft in ihrer Initiativ- oder Handlungsfähigkeit unverhältnismäßig beschweren. Ist z.B. die Einbeziehung kapitalmarktferner Unternehmen in ein volles Pflichtenprogramm der Nachhaltigkeitsberichterstattung primärrechtlich unbedenklich?⁴² Ist hierbei die pauschale Differenzierung nach Größenklassen⁴³ (Nettoumsatz, Beschäftigungszahl, Bilanzsumme⁴⁴) zielführend? Sind „kleinstteilige Detailinformationen“ erforderlich?⁴⁵ Inwieweit ist es rechtfertigbar, Unternehmen in den Dienst einer weitreichenden Liefer- oder Aktivitätskettenrecherche und Missstandsabhilfe zu nehmen,⁴⁶ dessen fehlsame Handhabung ggfs. zivilrechtlichen Sanktionen zu unterwerfen⁴⁷ und auch nicht berichtsverpflichtete KMU als angekettete Informationslieferanten für berichtspflichtige Unternehmen zu belasten⁴⁸? Ist solcher Ausgriff problemfrei mit der Grundsatzverpflichtung der Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV und Art. 119 Abs. 1 AEUV vereinbar?

III. Deren *rechtlicher Maßstabs- und Prüfungsgehalt* unterscheidet sich offenbar von demjenigen der den Binnenmarkt konturierenden Vorschriften der Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln sowie der meisten Charta-Grundrechte.

1. Zu Recht *verneint* der EuGH die *unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 119 AEUV*.⁴⁹ Es fehlt an hinreichender Bestimmtheit und Unbedingtheit. Gleiches hat für Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV zu gelten. Die Annahme einer judikativ erheblichen rechtlichen Direktionskraft beider Normen scheint mithin zweifelhaft.⁵⁰ Auch aus dem heuristischen Begriff der Wirtschaftsordnung lassen sich keine inhaltlichen Rechtsfolgen ableiten.⁵¹ Andererseits ist der AEUV wirtschaftspolitisch nicht neutral⁵² und daher auch wirtschaftsrechtspolitisch nicht indifferent. Wenn Art. 119 Abs. 1 AEUV auch keine anwend-

42 Kritisch *Hommelhoff*, DB 2021, 2437, 2443, 2447.

43 Dazu *Hommelhoff*, DB 2021, 2437, 2439 ff.

44 Art. 3 RL 2013/34/EU.

45 Kritisch *Hommelhoff*, NZG 2023, 1631, 1633.

46 Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 3 VO RL (EU) 2024/1760; §§ 3, 7 LkSG.

47 Art. 29 RL (EU) 2024/1760. Anders § 3 Abs. 3 LkSG.

48 Konsequenz von Art. 1 Abs. 1 Buchst. a RL (EU) 2024/1760.

49 EuGH v. 3. 10. 2000, Rs. C-9/99 (*Échirolles*), ECLI:EU:C:2000:532 Rdn. 25.

50 So zu Art. 119 AEUV *Dornacher/Thiele* in: Frankfurter Kommentar EUV-GRC-AEUV, 2. Aufl., 2023, Art. 119 Rdn. 50.

51 *Möschel* in: Lieb/Noack/Westermann (Hrsg.), FS Zöllner, 1998, S. 395; *Müller-Graff* in: Bien/Jickeli/Müller-Graff (Hrsg.), Maß- und Gradfragen im Wirtschaftsrecht, 2021, S. 212.

52 *Dornacher/Thiele* (Fn. 50), Art. 119 AEUV Rdn. 50.

bare Regel (im rechtstheoretischen Sinne⁵³) enthält, spricht ihm der EuGH doch (textlich zwingend) den Charakter eines „*allgemeinen Grundsatzes*“ zu.⁵⁴ Zwar fügt er hinzu, dass „dessen Anwendung komplexe wirtschaftliche Beurteilungen erfordert, die in die Zuständigkeit des Gesetzgebers oder der nationalen Verwaltung fallen“.⁵⁵ Indes ist aus anderen Bereichen bekannt, dass ein „Grundsatz“ des Unionsrechts gegebenenfalls entscheidungserhebliches Potenzial entfalten kann.⁵⁶ Stimmig ist es daher, der Grundsatzverpflichtung des Art. 119 Abs. 1 AEUV (und ebenso derjenigen des Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV) eine auslegungssteuernde Wirkung zuzuschreiben.⁵⁷

2. Als normatives Systemmuster bereits des primären Unionsrechts ist jedenfalls ein *Regel-Ausnahme-Verhältnis* zwischen den die Grundfreiheiten und die Wirtschaftsfreiheit konstituierenden Normen einerseits und deren Einschränkungen andererseits vorgegeben, das dazu führt, dass letztere der Rechtfertigung bedürfen.⁵⁸ Systemstimmig ist es daher, dieses Muster auch als Leitlinie der wirtschaftsrelevanten Rechtspolitik zu verstehen und in den legislativen Kreativgremien (mit nachfolgend unverzichtbarer Bindung der Verwaltung) ernst zu nehmen. Das Binnenmarktkonzept wäre ohne die Bindung regulativer Wirtschafts(rechts)politik an den Grundsatz einer wettbewerblichen Marktwirtschaft inkonsistent und funktionsgefährdet. Die landauf landab beklagte lähmende „Bürokratie“⁵⁹ wurzelt (neben Administrativschwächen) zu einem Gutteil in politischer Detailrechtsetzung.

53 Zur Unterscheidung von Rechtssätzen und Rechtsprinzipien *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., 1964, S. 50; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 90 ff.; *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1977.

54 EuGH v. 3. 10. 2000, Rs. C-9/99 (*Échirolles*), Rdn. 25; vgl. auch *Kühling/Drechsler* in: Frankfurter Kommentar EUV-GRC-AEUV, 2. Aufl., 2023, Art. 16 GRC Rdn. 17: „Freiheit des Wettbewerbs als objektiv-rechtliches Prinzip“.

55 EuGH v. 3. 10. 2000, Rs. C-9/99 (*Échirolles*), Rdn. 25.

56 EuGH v. 9. 9. 2004, verb. Rs. C-184/02 und C-223/02 (Spanien und Finnland/Parlament und Rat), ECLI:EU:C:2004:497 Rdn. 51 (Unternehmerische Freiheit); EuGH v. 22. 11. 2005, Rs. C-144/04 (*Mangold*), ECLI:EU:C:2005:709 Rdn. 75 (Verbot der Altersdiskriminierung); EuGH v. 6. 11. 2018, verb. Rs. C-569/16 und C-570/16 (Wuppertal/Bauer; Willmeroth/Broßonn), ECLI:EU:C:2018:871 Rdn. 80 (Recht auf bezahlten Jahresurlaub).

57 *Dornacher/Thiele* (Fn. 50) Art. 119 AEUV, Rdn. 50 (bezogen auf „die folgenden Artikel“). „Wirtschaftspolitik“ in der Koordinierungsnorm des Art. 119 AEUV umfasst die noch nicht in die Zuständigkeit der EU übergegangenen Bereiche der gesamtwirtschaftliche Geschehen gezielt steuernden mitgliedstaatlichen Politik (so auch *Kempen* in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 119 AEUV Rdn. 12). Die Norm ergänzt insoweit die Grundsatzverpflichtung von Art. 3 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV.

58 So. z.B. das Verhältnis von Art. 34 AEUV und Art. 36 AEUV oder von Art. 16 GRC und Art. 52 GRC; s. auch *Müller-Graff*, EuR 1997, 443, 441 ff.

59 Vgl. z.B. *Haucap*, Bürokratie und ihre Folgen für die Wirtschaft in Deutschland, 2024.

3. Erwägenswert ist daher, mit der Grundsatzverpflichtung auch ein *zweifelsentscheidendes* Potenzial in Fragen der Rechtfertigbarkeit einer konkreten Einschränkung zugunsten der binnenmarktrechtlichen Konstitutivnormen und der wirtschaftlichen Grundrechte zu verbinden. M.a.W.: Das primärrechtliche Bekenntnis zur Marktwirtschaft sollte grundsätzlich als *freiheitswahrende Zweifelsregel* in der Verhältnismäßigkeitsprüfung wirken, wenn streitige Fragen der Eignung, Erforderlichkeit oder Angemessenheit einer belastenden Einzelregelung zu entscheiden sind. Dies betrifft neben den binnenmarktlichen Grundfreiheiten vor allem das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRC als der vertragsgefassten Erwartung der Mitgliedstaaten an die unternehmerischen Initiativkräfte für die positiven Leistungen einer wettbewerblichen Marktwirtschaft.⁶⁰

IV. *Rechtsgestaltung, Rechtsanwendung und richterliche Kontrolle transformativen Wirtschaftsrechts* unterliegen mithin dem Achtungsgebot des marktwirtschaftlichen Grundsatzes. Für Rechtsetzung und administrative Anwendung beinhaltet dies nicht nur die präventive Berücksichtigung judikativer Kontrolle (so sie denn effektiv ausgeübt wird), sondern auch das Gebot marktkonformer Gestaltungsstimmigkeit. Dazu lassen sich neben unternehmensartabgestuften Pflichtprogrammen z.B. zählen: die vorausschauende Vermeidung eines kumulativen zeit- und finanzkraftvergeudenden regulatorischen Übermaßes für KMU;⁶¹ deren „Ketten“-Unterstützung;⁶² die Begrenzung auf das Leistbare;⁶³ die Wahl grundrechtsschonender Emissionsreduktionsinstrumente (z.B. das von der EU geförderte Zertifikatehandelssystem⁶⁴ oder die gutachterlich dem 74. DJFT vorgeschlagene Verpflichtung von Großunternehmen zur Festlegung *selbstgesetzter* Reduktionsquoten als *Endziel*⁶⁵).

1. Judikativ am griffigsten lässt sich seit jeher der Konnex der Erfordernisse eines transnationalen wettbewerblichen Marktes mit den Kriterien zur Rechtfertigbarkeit grundfreiheitsbeschränkender *einzelstaatlicher* Maßnahmen herstellen: so z.B. in der billigenwerten Rechtsprechung des EuGH zur Beweislast in Art. 36 AEUV, wonach das nationale Gericht „objektiv prüfen muss, ob die von dem betroffenen Mitgliedstaat vorgelegten Beweise bei verständiger Würdigung die Einschätzung erlauben, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung der verfolgten Ziele geeignet sind, und ob es möglich ist, diese Ziele durch Maßnahmen zu erreichen, die den freien Warenverkehr weniger

60 *Kübling/Drechsler* (Fn. 54), Art. 16 GRC Rdn. 2 a.E.

61 Daran scheint es trotz aller regulatorischen Ausnahmen zu mangeln: so die jüngste cep-Studie gleichen Titels v. 9. 7. 2024: „Bürokratie belastet auch Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitern“.

62 So für die Fälle der Art. 10 Abs. 2 Buchst. e und Art. 11 Abs. 3 Buchst. f RL (EU) 2024/1760.

63 Vgl. Art. 22 Abs. 1 RL (EU) 2024/1760: „alles in ihrer Macht stehende tun“.

64 *Supra* Fn. 12.

65 Vorschlag eines derartigen § 76a AktG von *Weller* (Fn. 9), S. F 59ff.

einschränken“.⁶⁶ Die Beschränkung der von einer Grundfreiheit mitumfassten unternehmerischen Freiheit ist konsequenterweise parallel zu beurteilen⁶⁷ (Art. 16, 51 Abs. 1 S. 1, 52 Abs. 1 GRC).

2. Bei *Unionsmaßnahmen*, die Grundfreiheiten⁶⁸ oder die Unternehmerfreiheit⁶⁹ einschränken, hält sich hingegen der Eindruck, dass deren judikative Kontrolle durch den EuGH schwächer ausfällt⁷⁰ (möglicherweise auch wegen „prozessualer Mechanismen im Verfahren vor dem EuGH“⁷¹) und den Unionsorganen ein weiter Gestaltungsspielraum zugestanden wird.⁷² Die als zurückhaltender wahrgenommene Prüfungsdichte lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass das Problem der einseitig von einem Mitgliedstaat zu seinen Gunsten betriebenen Segmentierung des gemeinsamen Marktraums bei Unionsmaßnahmen nicht besteht. Dieser Umstand erledigt nicht die aus der Grundsatzverpflichtung auf die Marktwirtschaft bestehenden Bedenken gegen ein judikativ dem regulativen Unionsrechtsetzer gewährtes „weites Ermessen“,⁷³ infolge dessen die Einschränkung der unternehmerischen Freiheit nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit beanstandet wird.⁷⁴ Dieses steht zwar unter dem Vorbehalt „von Bereichen..., in denen er politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen treffen und komplexe Prüfungen vornehmen muss“,⁷⁵ doch ist diese (allzu wohlfeile) Formel eine konturarme Grenzziehung. Sie steht in Gefahr, der unternehmerischen Freiheit nicht gebührend Rechnung zu tragen. Begrüßenswert systemstimmig ist daher eine in Art. 16

66 EuGH v. 19. 1. 2023, Rs. C-147/21 (*CIHEF*), ECLI:EU:C:2023:31 Rdn. 54.

67 So z.B. EuGH v. 21. 12. 2016, Rs. C-201/15 (*AGET Iraklis*), ECLI:EU:C:2016:972 Rdn. 66, 79ff.

68 Zur Bindung der Unionsorgane z.B. EuGH v. 28. 2. 2018, Rs. C-518/16 (*ZPT*), ECLI:EU:C:2018:126 Rdn. 40 (st. Rspr.).

69 Vgl. z.B. EuGH v. 2. 9. 2021, Rs. C-570/19 (*Irish Ferries*), ECLI:EU:C:2021:664 Rdn. 169ff.

70 Vgl. z.B. *Feldmann*, Nachhaltigkeitsberichterstattung im Licht des Europäischen Primärrechts, 2024, S. 300; *Blanke* in: Stern/Sachs, GRCh, 2016, Art. 16 Rdn. 48; *Nettesheim*, EuZW 2016, 580f.

71 So *Kühling/Drechsler* (Fn. 54), Art. 16 GRC Rdn. 29.

72 So z.B. ausdrücklich EuGH 2. 9. 2021, Rs. C-570/19 (*Irish Ferries*), ECLI:EU:C:2021:664 Rdn. 151: Rechtswidrigkeit einer Unionsmaßnahme nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit zur Erreichung des verfolgten Ziels.

73 So z.B. EuGH v. 17. 10. 2013, Rs. C-101/12 (*Schaible*), ECLI:EU:C:2013:661 Rdn. 47ff.

74 Z.B. EuGH v. 2. 9. 2021, Rs. C-570/19 (*Irish Ferries*), ECLI:EU:C:2021:664 Rdn. 151; EuGH v. 4. 5. 2016, Rs. C-477/14 (*Pillbox 38*), ECLI:EU:C:2016:324 Rdn. 49; EuGH v. 28. 3. 2017, Rs. C-72/15 (*Rosneft*), ECLI:EU:C:2017:236 Rdn. 146.

75 Z.B. EuGH v. 2. 9. 2021, Rs. C-570/19 (*Irish Ferries*), ECLI:EU:C:2021:664 Rdn. 151; EuGH v. 4. 5. 2016, Rs. C-477/14 (*Pillbox 38*), ECLI:EU:C:2016:324 Rdn. 49.

GRC vereinzelt beginnende vertiefte Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH.⁷⁶

3. Die Konsequenzen des hier vertretenen Ansatzes lassen sich in der Auslegung und Einschränkung des Art. 16 GRC zeigen.

a) Er statuiert, dass „die unternehmerische Freiheit ... nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt (wird)“. Dies umfasst neben Einzelkomponenten wie der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit⁷⁷ einschließlich der Freiheit der Wahl des Geschäftspartners⁷⁸ auch den (wettbewerblich elementaren) Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gegenüber Offenlegungspflichten,⁷⁹ den Schutz vor Verpflichtung eines Unternehmens zu Maßnahmen, die „mit erheblichen Kosten verbunden sind, beträchtliche Auswirkungen auf die Ausgestaltung seiner Tätigkeiten haben oder schwierige und komplexe technische Lösungen erfordern“,⁸⁰ und insbesondere die Freiheit eines Unternehmens, „über seine wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können“.⁸¹ Daher ist der Schutzbereich des Art. 16 GRC grundsätzlich betroffen beim Verbot bestimmter Tätigkeiten (z.B. der Produktherstellung oder dem Warenbezug durch Kettenglieder) oder bei der Auferlegung von Handlungspflichten (z.B. von Nachhaltigkeitsberichts-,⁸² Kettenrecherche- und Abhilfepflichten).

b) Einschränkungen der Ausübung der unternehmerischen Freiheit sind zulässig, wenn sie die Voraussetzungen des Art. 52 Abs. 1 GRC erfüllen.⁸³ Sie müssen gesetzlich vorgesehen sein, den Wesensgehalt achten, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren und dürfen „nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen“. In der Zulässigkeitsbeurteilung einer tatbestandlichen Einschränkung der Unternehmerfreiheit ist wegen der marktwirtschaftlichen Grundsatzverpflichtung der Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV und Art. 119 AEUV eine Prüfung anhand des *gesamten* Ver-

76 *Kühling/Drechsler* (Fn. 54), Art. 16 GRC Rdn. 24; so z.B. in EuGH v. 22. 1. 2013, Rs. C-283/11 (*Sky Österreich*), ECLI:EU:C:2013:28 Rdn. 41 ff.

77 EuGH v. 22. 1. 2013, Rs. C-283/11 (*Sky Österreich*), ECLI:EU:C:2013:28 Rdn. 42.

78 Z.B. EuGH v. 20. 12. 2017, Rs. C-277/16 (*Polkomtel*), ECLI:EU:C:2017:989 Rdn. 50.

79 Z.B. EuGH v. 8. 2. 2018, Rs. C-380/16 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:2018:76 Rdn. 62 ff.

80 EuGH v. 27. 3. 2014, Rs. C-314/12 (*UPC*), ECLI:EU:C:2014:192 Rdn. 50; EuGH v. 15. 4. 2021, verb. Rs. C-798/18 und C-799/18 (*ANIE u.a.*), ECLI:EU:C:2021:280 Rdn. 63.

81 EuGH v. 27. 3. 2014, Rs. C-314/12 (*UPC*), ECLI:EU:C:2014:192, Rdn. 49; EuGH v. 30. 6. 2016, Rs. C-134/15 (*Lidl*), ECLI:EU:C:2016:498 Rdn. 27.

82 *Feldmann* (Fn. 70), S. 301: „tiefer“ Eingriff.

83 Der Formulierungsteil „nach dem Unionsrecht ...“ in Art. 16 GRC enthält richtigerweise keine zusätzliche Einschränkungsmöglichkeit; vgl. *Kühling/Drechsler* (Fn. 54), Art. 16 GRC Rdn. 7 ff., 19.

hältnismäßigkeitsgrundsatzes geboten. Kein Legitimationsgrund liegt darin, wenn nicht ein den Binnenmarkt regulativ abteilender Mitgliedstaat, sondern der Unionsgesetzgeber eine Einschränkung erlässt. Demzufolge ist zu postulieren, dass legislative Einschränkungen unternehmerischer Freiheit durch die Union nicht nur bei „offensichtlicher“ Zielungeeignetheit unzulässig sind, sondern bereits bei *begründet ernsthaften Zweifeln* an deren Geeignetheit, Erforderlichkeit oder Angemessenheit. Gleiches gilt auch für die Mitgliedstaaten bei der „Durchführung“ des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC).

Daher ist es normsystemstimmig, z.B. bei der Festlegung kostenverursachender Nachhaltigkeitsberichtspflichtigkeit im Hinblick auf deren „Nachhaltigkeitsnutzen“, nach Unternehmensart und Pflichtenprogramm zu differenzieren.⁸⁴ Dies gilt auch bei der Festlegung von Pflichten zur Liefer- oder Aktivitätenkettenkontrolle, um nicht das Handlungspotenzial von Unternehmen im Verhältnis zum erwartbaren Nutzen für das Normziel unangemessen zu belasten. Härtefallregelungen bei Existenzgefährdung⁸⁵ sind andererseits nicht auf Unternehmen zu erstrecken, die sich nur dank Geschäftsmodellen auf Basis externer Kostenverursachung (Klimaschädlichkeit, Ausbeutung) im Wettbewerb halten können. Die Anordnung einer unternehmerischen Bevorzugungspflicht zwecks gesamtwirtschaftlicher Autarkiesicherung ist auf das Volumen der einschlägigen Tätigkeit und der Leistungsfähigkeit betroffener Unternehmen abzustimmen.

IV. Insgesamt gibt der derzeitige Aufwuchs des „Transformationsrechts“ Anlass zu einem frischen Blick auf die materiell- und rechtsschutzrechtliche Bedeutung des binnenmarktlichen Wirtschaftsordnungsrechts. Dies beinhaltet, den Konnex zwischen der unionrechtlichen Grundsatzverpflichtung von Union und Mitgliedstaaten auf eine wettbewerbliche Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 Unterabs.1 EUV, Protokoll Nr. 27, Art. 119 Abs. 1 AEUV) mit dem Grundrecht der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC) über die Verhältnismäßigkeitskriterien dessen Einschränkung (Art. 52 Abs. 1 GRC, Art. 5 Abs. 4 EUV) zu stärken. Eine belastende Maßnahme sollte bei begründet ernsthaften Zweifeln an Eignung, Erforderlichkeit oder Angemessenheit grundsätzlich als unzulässig angesehen werden – und zwar bereits vom Gesetzgeber. Der EuGH ist zu ermutigen, den Pfad vertiefter Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verfolgen und, soweit möglich, die Rechtsschutzmöglichkeiten (auch mittelbar belasteter KMU) zu stärken. Justitias Waage wird in Rechtsetzung und Administration präventiv dann beachtet, wenn ihr Schwert scharf ist.

Videant praetores

Peter-Christian Müller-Graff

⁸⁴ Z.B. *Hommelhoff*, DB 2021, 2437, 2446 f.

⁸⁵ Für die Aufstellungspflicht einer Klimaquote *Weller* (Fn. 9), S. F 64 ff., 106. Dies gilt auch für KMU-Unterstützungsmaßnahmen (Fn. 62).