

Einführung in das Thema

CHRISTIAN WINTERHOFF

„Die Unternehmerfreiheit im Würgegriff des Rechts?“ – so lautet der als Frage formulierte Titel der diesjährigen Bitburger Gespräche *in München*. Thomas Middelhoff, der letzte Woche wegen Untreue und Steuerhinterziehung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt wurde, würde das Fragezeichen in unserem Titel gewiss durch ein Ausrufezeichen ersetzen – doch so einfach ist es nicht.

Nähert man sich unserem Thema etwas grundsätzlicher, dann gilt es, sich zunächst über drei verschiedene Gesichtspunkte Gedanken zu machen, bevor die aufgeworfene Frage beantwortet werden kann: über die Unternehmerfreiheit, über das Recht und über den vermeintlichen oder tatsächlichen Würgegriff desselben.

I. Unternehmerfreiheit

Zunächst zur Unternehmerfreiheit: Auf Reinhard Mohn, in dessen Bertelsmann-Konzern Herr Middelhoff lange Jahre mit Erfolg tätig war, geht folgendes Zitat zurück:

„Ein Unternehmer ist kein Unternehmer, sondern ein Verwalter, wenn er nicht den Mut hat, Fehler zu machen.“

Auch wenn diese Aussage sicherlich nicht auf die Fehler bezogen werden kann, die aktuell Herrn Middelhoff vorgehalten werden, können wir zunächst konstatieren, dass ein Unternehmer ohne Freiheit kein Unternehmer ist. Unternehmertum setzt Freiheit voraus, ohne Freiheit gibt es kein Unternehmertum. Dies hat nicht zuletzt Ludwig Erhard treffend zum Ausdruck gebracht, der in seinem Buch „Wohlstand für alle“ forderte, die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung müsse in dem Bewusstsein jedes Staatsbürgers als unantastbares

Grundrecht empfunden werden. Die Unternehmerfreiheit, über die wir heute und morgen sprechen werden, erscheint damit im Ausgangspunkt als uneingeschränkt positiver Wert.

II. Recht

Kommen wir zum zweiten der drei Gesichtspunkte unseres Themas, dem Recht: Auch der Begriff des Rechts wird grundsätzlich in einem positiven Sinne verstanden, wie etwa der Begriff des Rechtsstaats zeigt. Darunter wird ein Staat verstanden, in dem politische Herrschaft nur aufgrund und im Rahmen des Rechts ausgeübt wird. Mit einem Rechtsstaat werden so positive Dinge assoziiert wie die Geltung von Grundrechten, gerichtlicher Rechtsschutz, Gewaltenteilung usw. Im Rechtsstaat schützt das Recht den Einzelnen vor unkontrollierter staatlicher Machtausübung ebenso wie vor unverhältnismäßigen Beeinträchtigungen durch Dritte. Aus dieser Perspektive erscheint also auch das Recht als positiv besetztes Gut.

III. Würgegriff

Vor diesem Hintergrund stellt sich die entscheidende Frage, und damit kommen wir zu unserem dritten Gesichtspunkt: Kann ein positiv besetztes Gut, nämlich das Recht, tatsächlich ein anderes positives Gut, nämlich die Unternehmerfreiheit, in den „Würgegriff“ nehmen – oder liegt unserer Themenstellung ein Missverständnis zugrunde?

Aus der subjektiven Perspektive eines Unternehmers – und ich denke hier nicht zuletzt auch an die zahlreichen Inhaber familiengeführter Unternehmen in Deutschland – ist unsere Fragestellung sicherlich keineswegs falsch formuliert. Die von Unternehmern gefühlte Zurückdrängung der unternehmerischen Freiheit durch das Recht nimmt seit Jahren zu. Einige der insoweit zu nennenden Stichworte sind im Zuge der 4. Bitburger Gespräche in *München* vor einem Jahr ausführlich diskutiert worden: Mindestlohn, Regulierung von Managergehältern, Einführung von Frauenquoten für Vorstände und Aufsichtsräte, Regulierung des Drittpersonaleinsatzes etc. Zumindest aus der subjektiven Sicht der betroffenen Unternehmer kann also durch-

aus von einem immer enger werdenden Würgegriff gesprochen werden.

Auch in juristischer Hinsicht gibt es Anhaltspunkte dafür, dass es einen „Würgegriff“ des Rechts tatsächlich geben kann. Das Bundesverfassungsgericht zieht sogar das gleiche sprachliche Bild wie wir heran, wenn es davon spricht, dass staatlich auferlegte Geldleistungspflichten keine „erdrosselnde Wirkung haben“ dürfen, weil anderenfalls ein Verstoß gegen das Eigentumsgrundrecht vorliege (vgl. BVerfGE 115, 97, 113). Das Bild vom Würgegriff des Rechts hat also durchaus eine auch juristisch valide Basis.

Dies gilt umso mehr, wenn unser Thema auch aus rechtspolitischer Perspektive betrachtet wird, was traditionell Ziel der Bitburger Gespräche ist. Freiheit ist nie bedingungslos, sondern geht stets mit Bindungen einher. Der Unternehmer steht mit seinem Freiheitsanspruch nicht allein, sondern ist Teil eines übergeordneten Ganzen, in das sich die Unternehmerfreiheit einordnen muss. Gegenläufige Grundrechte Dritter (z. B. der Arbeitnehmer) können Begrenzungen der Unternehmerfreiheit ebenso rechtfertigen wie berechtigte Interessen der Allgemeinheit (z. B. an der korrekten Besteuerung von Gewinnen). In diesem multipolaren Kontext ist es Aufgabe des Rechts, einen gerechten Ausgleich zwischen den widerstreitenden Belangen herzustellen und damit der Unternehmerfreiheit soweit zur tatsächlichen Geltung zu verhelfen, wie dies unter Berücksichtigung gegenläufiger Interessen Dritter und der Allgemeinheit möglich ist.

Bei der Wahrnehmung dieser rechtlichen Gestaltungsaufgabe durch den Gesetzgeber spielen freilich auch politische Aspekte eine kaum zu unterschätzende Rolle. Denn nicht nur Verfassungsrecht, sondern jedes Recht ist als Resultat politischer Entscheidungsprozesse gewissermaßen geronnene Politik und damit zugleich ein Instrument zur Umsetzung der politischen Vorstellungen der jeweiligen Mehrheit. Der Grad der Verwirklichung unternehmerischer Freiheit hängt somit nicht zuletzt auch von den jeweiligen politischen Mehrheitsverhältnissen ab. Der Zugriff des Rechts auf den Unternehmer kann daher in zeitlicher Betrachtung durchaus einmal stärker (im Sinne eines echten Würgegriffs) und ein anderes Mal schwächer (im Sinne eines leichten Anstupsens) ausfallen.

Darüber hinaus scheint eine Bedrohung der Unternehmerfreiheit auch von weiteren Faktoren auszugehen, die nur mittelbar im Zusammenhang mit den staatlichen Gesetzen stehen. Einerseits gibt es eine gewisse Tendenz, staatliche Vorgaben für die unternehmerische Tä-

tigkeit in geradezu vorauseilendem Gehorsam auszulegen und anzuwenden, wodurch die Unternehmerfreiheit mehr als eigentlich nötig beschnitten wird. Die Compliance-Richtlinien zahlreicher Unternehmen, die von einer „Null-Toleranz-Linie“ ausgehen und damit auch solche Freiräume verschließen, die das staatliche Recht belässt, legen davon ein beredtes Zeugnis ab. Und andererseits sind auch dort, wo das staatliche Recht als solches unverändert ist, ein geändertes Normenverständnis und eine geänderte Verfolgungspraxis staatlicher Stellen zu beobachten, so z. B. im Bereich der Steuerstraftaten.

Dies alles lässt eine Bestandsaufnahme angeraten erscheinen, wie es heute um die Unternehmerfreiheit bestellt ist und durch welche Entwicklungen sie aktuell in besonderem Maße bedroht wird. Mit dem Bild der Justitia vor Augen ist die Frage in den Blick zu nehmen, ob die Waage in Justitias Hand noch annähernd ausbalanciert ist oder ob sie in eine Schiefelage geraten ist, die gesetzgeberische Korrekturen als erforderlich erscheinen lässt. Erst durch diese Überlegungen lässt sich klären, ob das Fragezeichen in dem Titel unserer Veranstaltung berechtigt ist oder nicht – und im Sinne des Zitats von Reinhard Mohn, ob der Unternehmer heute noch den Mut haben darf, Fehler zu machen.

IV. Zum Ablauf der Tagung

Den Ausgangspunkt unserer Bestandsaufnahme bildet eine Verge-
wässerung über die unions- und verfassungsrechtliche Gewährleistung der Unternehmerfreiheit und deren Grenzen. Prof. Dr. Hermann-Josef Blanke von der Universität Erfurt wird uns insoweit aufzeigen, ob und ggf. welchen unantastbaren Kern die Unternehmerfreiheit hat und inwieweit sie zur Disposition des Gesetzgebers und anderer staatlicher Gewalten steht.

Danach begeben wir uns – und Sie hören jetzt gewiss den Verfassungsrechtler aus mir sprechen – auf die Ebene des einfachen Rechts und beschäftigen uns heute mit dem Kartell- und dem allgemeinen Zivilrecht, bevor morgen strafrechtliche Fragestellungen in den Fokus rücken.

„Der Unternehmer zwischen Markttransparenz und Geheimwettbewerb – kartellrechtliche Beschränkungen der Unternehmerfreiheit“ lautet der Titel der Vorträge von Herrn Andreas Mundt, Präsident des

Bundeskartellamtes, und Herrn Rechtsanwalt Dr. Christian Bahr, seines Zeichens ebenfalls versierter Kartellrechtler und Partner einer internationalen Großkanzlei. Beide widmen sich dem Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel eines möglichst transparenten Marktes einerseits, der durch die allgemeine Zugänglichkeit marktrelevanter Informationen gekennzeichnet ist, und dem Grundsatz des Geheimwettbewerbs andererseits, der die Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen und anderer marktrelevanter Informationen verbietet, um Wettbewerbsstörungen zu vermeiden.

Die mit der unternehmerischen Tätigkeit verbundenen zivilrechtlichen Haftungsrisiken sind das Thema von Herrn Rechtsanwalt Dr. Matthias Blaum, Experte im Gesellschafts- und Haftungsrecht und Partner einer renommierten deutschen Großkanzlei. Er wird skizzieren, unter welchen Umständen unternehmerische Entscheidungen aus Sicht der Zivilgerichtsbarkeit zum Schadensersatz verpflichtet, und auf diese Weise einen wichtigen Aspekt des oftmals empfundenen „Würdegriffs des Rechts“ beleuchten.

Den Abschluss des ersten Tages bildet – außer den selbstverständlichen Diskussionen – eine Dinner Speech unseres Ehrengastes und Bayerischen Staatsministers der Justiz Prof. Dr. Winfried Bausback, dem unser ganz herzlicher Dank nicht nur für seine Teilnahme, sondern auch dafür gebührt, dass er sich konkret zu dem Thema unserer Tagung äußern wird.

Morgen wird dann die strafrechtliche Seite unserer Themenstellung in den Vordergrund rücken. Befassen werden wir uns zunächst mit dem Untreuetatbestand, mit dem Herr Middelhoff jüngst Bekanntschaft gemacht hat. Insoweit sind wir gespannt auf Vorträge von Herrn Prof. Dr. Henning Radtke, der am Bundesgerichtshof über die Auslegung dieses Tatbestandes durch die Instanzgerichte wacht, und Herrn Rechtsanwalt Dr. André-M. Szesny, der das Thema vor dem Hintergrund seiner Praxis als Spezialist für Wirtschaftsstrafrecht beleuchten wird.

Den Abschluss des zweiten Tages der 5. Bitburger Gespräche *in München* bildet eine Podiumsdiskussion zu dem Vorschlag, ein Unternehmensstrafrecht einzuführen, das eine strafrechtliche Verantwortung nicht nur natürlicher Personen, sondern eine Bestrafung auch des jeweiligen Unternehmens selbst – bis hin zu dessen Auflösung – ermöglichen könnte. Das Thema diskutieren unter der Moderation von Herrn Dr. Reinhard Müller von der F.A.Z. Herr Bertram Brossardt, Hauptgeschäftsführer der Vereinigung der Bayerischen

Wirtschaft, Herr Jerzy Montag, ehemaliger rechtspolitischer Sprecher der grünen Bundestagsfraktion, Herr Dr. Klaus Moosmayer, Chief Compliance Officer der Siemens AG, Prof. Dr. Henning Radtke und der Bundestagsabgeordnete Dr. Volker Ullrich.

Meine Damen und Herren, freuen Sie sich auf eine spannende und abwechslungsreiche Tagung und begrüßen Sie mit mir unseren ersten Referenten, Herrn Prof. Dr. Hermann-Josef Blanke von der Universität Erfurt, zum Thema der unions- und verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Unternehmerfreiheit und deren Grenzen.

Vielen Dank.