

Abschlussklausur im Modul *Wirtschaftsrechtsgeschichte***I. Der mittelalterliche Markt (*mercatus*) als befriedeter Ort hatte wesentliche Bedeutung für die Ausformung von Ordnungsstrukturen der Wirtschaft (7 Punkte).****1. Skizzieren Sie bitte die wesentlichen rechtlichen Merkmale des mittelalterlichen Marktrechts (4 Punkte).**

Mittelalterliches Marktrecht beruhte vielfach auf hoheitlicher Setzung etwa im Zusammenhang mit einem Marktprivileg. Doch bildeten sich viele Regelungen erst auf der Grundlage von dauerhaften Handlungsmustern der Marktteilnehmer aus und lassen sich so am ehesten der Kategorie von Gewohnheitsrecht zuordnen. Das mittelalterliche Marktrecht lässt sich inhaltlich kennzeichnen als Verkehrsrecht für den Marktumsatz. Ziel war dabei die friedliche Abwicklung von Transaktionen und der Schutz der Erwartungssicherheit im Blick auf das je eigene wirtschaftliche Handeln. Besondere Bedeutung hatte deswegen der Schutz des guten Glaubens, so dass eine Hemmung von Warenveräußerungen durch den Streit um deren Herkunft stark reduziert wurde. Wesentlich für den Warenverkehr waren auch Regeln über den Umgang mit Mängeln, um auf diese Weise die friedliche Abwicklung von Veräußerungsgeschäften zu sichern. Zu den Elementen von Marktrecht zählte die Garantie der Rechtsdurchsetzung durch ein Marktgericht und die dahinter stehende herrscherliche Macht. Wichtiges Instrument für die Durchsetzung von Marktrecht war aber auch der sog. Marktzwang, der Transaktionen ausserhalb des Marktgebietes untersagte. Ergänzend lässt sich auch der sog. Marktfrieden nennen, der Marktbesucherinnen und Marktbesucher vor hoheitlichen Zugriffen etwa im Zusammenhang mit gerichtlichen Anordnungen schützte.

2. Welche Interessen hatten mittelalterliche Herrschaftsträgerinnen und Herrschaftsträger an der Errichtung von Märkten und wie verwirklichten sie diese Interessen (2 Punkte)?

Zwei herrscherliche Interessensfelder lassen sich voneinander abgrenzen: Der Markt bot die Möglichkeit für die Eigenversorgung und den Absatz eigener Produkte. Unabhängig davon konnten Herrscherinnen und Herrscher an Marktumsätzen partizipieren, indem sie Marktgebühren (Waaggebühren, Standgebühren o.ä.) oder auch Zölle (für die Einfuhr oder Ausfuhr von Waren im Zusammenhang von Marktbesuchen).

3. Wie lässt es sich erklären, dass im schweizerischen Recht der Gegenwart Marktgründungsakte wie im Mittelalter nicht mehr vorkommen (1 Punkt)?

Im schweizerischen Recht der Gegenwart ist insbesondere durch die Garantien des Verfassungsrechts und durch den räumlich umfassenden Geltungsanspruch hoheitlicher Rechtsdurchsetzungsgarantien keine Notwendigkeit mehr gegeben, einzelne Sonderfriedensbezirke auszuweisen.

II. Mittelalterliche Münzvereine und Münzkonkordate wie etwa der Rheinische Münzverein (1385) wurden zu wichtigen Ordnungselementen der Geldverfassung (5 Punkte).**1. Welche Regelungsprobleme bildeten den Hintergrund für die Entstehung solcher Vereinbarungen (3 Punkte)?**

Das sog. Münzrecht, im Ausgangspunkt ein königliches Recht (sog. Regal), war stark regionalisiert. Das bedeutete, dass – entsprechende (Edel-)Metallressourcen vorausgesetzt – jede Hoheitsträgerin und jeder Hoheitsträger eigene Münzen prägen und vor allem mit einem definierten Werk belegen konnte. Diese Vielfalt von Münzregimen führte allerdings zu Problemen: (1) Insbesondere für den überregionalen Handel wurde regelmässig ein Umtausch von Münzen notwendig. Das setzte entsprechende Institutionen (Geldwechsler) voraus, die ihrerseits Geld verteuerten und insgesamt den Handel hemmten. (2) Die Verschiedenheit der Münzwährungen und das Fehlen eines standardisierten Umrechnungskurses sorgten für permanente Auf- und Abwertungen der regionalen Währungen und gefährdeten damit latent Handel und Wirtschaft der betroffenen Regionen. (3) Insbesondere der Tausch kleiner Münzen gestaltete sich angesichts der Währungsdynamiken immer wieder schwierig. Kleine Münzen waren deswegen in ihrer Bewertung zusätzlich gefährdet.

2. Münzvereine waren bisweilen sehr stabil, häufig konnten sie allerdings von vornherein kaum Wirksamkeit entfalten. Wie lässt sich das erklären (2 Punkte)?

Für das anfängliche Scheitern von Münzvereinen lassen sich verschiedene Faktoren anführen. Im Gebiet der Eidgenossenschaft etwa scheiterten Münzvereine häufig bereits an den unterschiedlichen Interessen von eher ländlichen und eher gewerblich orientierten Regionen, die sich dann auch in unterschiedliche Währungsinteressen übersetzten. Hinzu treten konnte aber auch das Beharren auf der lokalen Jurisdiktion und die daraus resultierende Abneigung gegen die Unterwerfung unter ein übergeordnetes Geldregime. Ein weiterer Faktor war die im Spätmittelalter bisweilen zu beobachtende Tendenz, die Geldpolitik dazu zu benutzen, um durch die Abwertung von Münzen Einnahmen zu schaffen. Unabhängig hiervon konnte auch die Kreation einer gemeinsamen Münze nicht deren Abwertung gegenüber anderen Münzwährungen in Europa verhindern.

III. Die Entdeckung der neuen Welt und die Entstehung von Kolonialreichen seit dem ausgehenden 15. Jahrhundert hatte weitreichende Wirkungen für die Entwicklung der europäischen Wirtschaft und ihres Rechts (7 Punkte).

1. Die Kolonialgesellschaften zählten zu den wichtigsten kapitalgesellschaftsrechtlichen Instrumenten der Kolonialisierung (4 Punkte). Skizzieren Sie bitte die typischen Kennzeichen

- a. ihrer Gründung,**
- b. ihrer Verfassung.**

(a) Kolonialgesellschaften beruhten regelmässig auf einem hoheitlichen Akt, der sich im Erlass eines Gesellschaftsstatuts (in der Form eines Privilegs oder eines Octroi) manifestierte. Dadurch wurden diese Gesellschaften auch zu rechtsfähigen Entitäten in der jeweiligen Rechtsordnung. Dabei wurden Kolonialgesellschaften vom Staat mit einer Zwecksetzung versehen. Ihnen wurde zugleich die Befugnis eingeräumt, Aktien auszugeben und auf diese Weise um Kapitalinvestoren zu werben.

(b) Das Gesellschaftsstatut enthielt auch Anordnungen zur Gesellschaftsverfassung. Kolonialgesellschaften bestanden regelmässig aus einer Generalversammlung der Aktionärinnen und Aktionäre sowie einem Direktorium und hatten regelmässig einen, modern gesprochen, Verwaltungsrat. Die Mitgliedschaftsrechte im Übrigen waren nicht ganz einheitlich geregelt, umfassten regelmässig das Recht auf die Einlage und eine allfällige Dividende und grundsätzlich auch eine Stimmrechtsbefugnis (die allerdings nach Aktientypen verschieden ausgestaltet sein konnte).

2. **Wie lässt sich die immer wieder zu beobachtende Ausstattung von Kolonialgesellschaften mit Hoheitsrechten erklären (1 Punkt)?**

Beim Aufbau der Kolonialgebiete kam es regelmässig zum Einsatz von militärischer Gewalt, die durch die Ausstattung mit entsprechenden Hoheitsrechten legitimiert wurde. Die Verleihung von Ordnungsbefugnissen im Zusammenhang der Wirtschaftsordnung (etwa auf der Grundlage eines entsprechenden Monopolrechts) sicherte die Herrschaftsposition der Kolonialgesellschaft zusätzlich ab. Auf diese Weise wurden Kolonialgesellschaften zu handlungsmächtigen Grössen und damit auch zu attraktiven Investitionsobjekten für die Anlegerinnen und Anleger, was naturgemäss dem Interesse ihrer staatlichen Gründer entsprach.

3. **Im 18. Jahrhundert erschütterten mehrere grosse Börsenkrisen wie etwa der sog. *South Sea Bubble* die Kapitalmärkte in Europa (2 Punkte). Inwiefern stehen solche Vorfälle im Zusammenhang**

- a. **mit der Kolonialisierung,**
- b. **mit dem Aufstieg der Börsen?**

(a) Die Kolonialisierung machte die Investition in entsprechende Unternehmungen, insbesondere in die Kolonialgesellschaften, attraktiv. Im Lauf der Zeit wurde die Spekulation auf zukünftige Gewinnchancen bei der Erschliessung von Kolonien zu einem regelrechten Massenphänomen. Damit konnte es geschehen, dass bei entsprechender medialer Aufbereitung bereits die Ankündigung von neuen Projekten wie im Fall der *South Sea Company* zu massiven Investitionen führte, auch wenn der Wahrheitsgehalt solcher Verheissungen bestenfalls dürftig war.

(b) Der seit dem Beginn der frühen Neuzeit einsetzende Aufstieg der Börsen schuf den institutionellen Rahmen für die vorstehend angesprochene Kultur der Spekulation. Denn die Börsen wurden zum Ort, an dem in Form von Aktien von gewinnversprechenden Unternehmungen zukünftige Gewinnerwartungen zum Gegenstand des Handels und damit möglicher Gewinne werden konnten.

IV. **Die sogenannte „schottische Aufklärung“ des 18. Jahrhunderts hat die Konzeptionen von Wirtschaft und Recht wesentlich mitgeprägt (5 Punkte).**

1. **Inwiefern lassen sich die Überlegungen der schottischen Aufklärung in Verbindung mit den Konzeptionen eines Wirtschaftsliberalismus setzen (3 Punkte)?**

Gemeinsam ist den Doktrinen etwa eines David Hume (1711-1776) und eines Adam Smith (1730-1790) die Absage an übergeordnete Vernunftrechtsdoktrinen und eine strikt empirische Grundlage für die Formulierung normativer Aussagen. Auf dieser Grundlage entstand die Überlegung, dass die Gesamtwirtschaft eines Landes dann am meisten durch das Renditestreben der einzelnen Individuen profitierte. Wirtschaftlicher Fortschritt wurde dabei insbesondere in der Form einer *division of labour* beschrieben, die erst dann eintreten konnte, wenn dem Renditebestrebungen des Einzelnen auch Raum gelassen wurde. Aus diesem Grund wurde die vom Staat nicht gehemmte wirtschaftliche Entfaltung des Individuums grundsätzlich zum Ausgangspunkt für wirtschaftliches Wohlergehen. Das so entstehende Leitbild einer freien Marktwirtschaft entsprach im Grundsatz den Forderungen des im 19. Jahrhunderts in (wenn auch unterschiedlichen Facetten) entstehenden Postulaten des Wirtschaftsliberalismus.

2. **Inwiefern steht die schottische Aufklärung am historischen Ausgangspunkt der ökonomischen Analyse des Rechts (*Law and Economics*) (2 Punkte)?**

Es kennzeichnet die ökonomische Analyse des Rechts, dass hierin gefragt wird, wie sich ein rationales Individuum im Interesse der eigenen Vorteilsmaximierung verhalten wird. Zugrunde liegt also das Leitbild eines *homo oeconomicus*, der ganz der individuellen Nutzenmaximierung verpflichtet ist. Damit wird ein – dem Anspruch nach auf anthropologische Empirie gestütztes – Menschenbild zugrunde gelegt, das einem ausgeprägten Utilitarismus verpflichtet ist. Dieser Ansatz prägt die Überlegungen insbesondere eines David Hume, dessen Sozialkonzeptionen ihrerseits der These verpflichtet ist, dass in erster Linie das individuelle Nutzenstreben die Grundlage für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft bilden müsse.

V. Friedrich Carl von Savigny begründete u. a. in seinem *System des heutigen römischen Rechts* (1840) die sogenannte „Fiktionstheorie“ im Zusammenhang juristischer Personen (6 Punkte).

1. Wie lassen sich die wesentlichen Aussagen der Fiktionstheorie beschreiben (2 Punkte)?

(1) Rechtsfähigkeit kommt grundsätzlich nur dem Menschen zu, denn sie ist eine Konsequenz seiner besonderen normativen Qualität. (2) Juristische Personen können deswegen Rechtsfähigkeit grundsätzlich nicht erlangen. Ihre gleichwohl bestehende Rechtsfähigkeit muss deswegen fingiert werden. (3) Diese Fiktion kann nicht durch einen privatautonomen Akt bewirkt werden, denn die Rechtsfähigkeit ist der privatautonomen Verfügung entzogen. Rechtsfähigkeit kann vielmehr nur vom Staat verliehen werden. Deswegen erhalten juristische Personen ihre Rechtsfähigkeit durch einen Hoheitsakt.

2. Inwiefern entsprachen Savignys Überlegungen zeitgenössischem Recht (2 Punkte)?

(1) Juristische Personen insbesondere in der Form der Kapitalgesellschaften waren insbesondere seit Beginn des 19. Jahrhunderts Teil der europäischen wirtschaftsrechtlichen Praxis. (2) Juristische Personen entstanden in der Zeit Savignys (wie auch bereits davor) nicht durch einen schlichten privatautonomen Akt. Wesentlich war vielmehr ein Hoheitsakt etwa in Gestalt eines *octroi* oder eines Privilegs, wie dies etwa im preussischen Gesetz über die Aktiengesellschaften („landesherrliche Genehmigung“) angeordnet worden war.

3. Wie lässt es sich erklären, dass sich Savignys Ansatz langfristig in der Gesetzgebung nicht durchgesetzt hat (2 Punkte)?

(1) Die hoheitliche Genehmigung der Gründung von Kapitalgesellschaften – also die staatliche Fiktion von Rechtsfähigkeit im Sinne Savignys – hemmte die Entstehung von Kapitalgesellschaften und damit letztlich nicht nur den Börsenhandel, sondern vor allem die Entstehung von finanziellen Gefäßen für die Finanzierung der Industrialisierung. Deren Voranschreiten lag aber im Interesse sowohl der staatlichen Bürokratie als auch des Wirtschaftsbürgertums. (2) Es ist kennzeichnend für die politische Entwicklung in Europa in der Zeit von etwa 1830 bis etwa 1870, dass der politische Liberalismus mehr und mehr an Boden gewann. Mit dessen Postulaten unvereinbar war aber der staatliche Eingriff in die Begründung von privatwirtschaftlichen Organisationsstrukturen. Deswegen wurde der Genehmigungsvorbehalt für Kapitalgesellschaften zunehmend zurückgenommen und durch schlichten Registerzwang (im Interesse der Publizität) ersetzt. (3) Es könnte auch argumentiert werden, dass es der sogenannten Realverbandstheorie – die Kapitalgesellschaften als real existierende, aber eben nicht fingierte Rechtsverbände beschrieb – im Lauf des 19. Jahrhunderts gelang, sich gegen Savignys Fiktionstheorie

rie durchzusetzen. Das allein erklärt allerdings noch nicht viel, sondern beschreibt lediglich das mittel- und langfristige Scheitern von Savignys Konzept.

VI. In der in Deutschland erlassenen Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen v. 2.11. 1923 (RGBl. 1923 I, 1067) hiess es unter anderem (10 Punkte):

§ 1: Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderungen von Preisen enthalten (Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen) bedürfen der Schriftform. (...)

§ 4 Abs. 1 Nr. 1: Gefährdet ein Vertrag oder Beschluss der in § 1 bezeichneten Art oder eine bestimmte Art seiner Durchführung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl, so kann der Reichswirtschaftsminister beim Kartellgericht beantragen, dass der Vertrag oder Beschluss für nichtig erklärt oder die bestimmte Art seiner Durchführung untersagt wird (...)

§ 4 Abs. 2: Die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl ist insbesondere dann als gefährdet anzusehen, wenn in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise die Erzeugung oder der Absatz eingeschränkt, die Preise gesteigert oder hochgehalten oder im Fall wertbeständiger Preisstellung für Wagnisse (Risiken) eingerechnet werden, oder wenn die wirtschaftliche Freiheit durch Sperren im Einkauf oder Verkauf oder durch Festsetzung unterschiedlicher Preise oder Bedingungen unbillig benachteiligt wird.

1. Skizzieren Sie bitte den Regelungsansatz der Verordnung (3 Punkte).

(1) Bestimmte Geschäftstypen (Verträge und Beschlüsse), die auf die Organisation von Marktstrukturen gerichtet sind, wie sie in § 1 beschrieben werden, werden der Schriftform unterworfen. Sie werden damit dokumentiert. Offensichtlich müssen solche Verträge dieser Art in irgendeiner Form dem Reichswirtschaftsminister bekannt gemacht werden. (2) Der Reichswirtschaftsminister übernimmt eine Inhaltskontrolle solcher Verträge, die allerdings abschliessend bei einem „Kartellgericht“ liegt. Kriterium hierfür ist die Frage nach einer möglichen Gefährdung des Gemeinwohls oder der Gesamtwirtschaft. (3) Diese Gefährdung soll dort vorliegen, wo Preisgestaltungen oder Absatzprozesse beeinflusst werden, ohne dass sich das „volkswirtschaftlich“ rechtfertigen lässt. Die gleiche Bewertung als Gefährdung der Gesamtwirtschaft trifft auch solche Verträge oder Beschlüsse, die wirtschaftliche Transaktionen „unbillig“ mit Sperren belegen. (4) Insgesamt werden damit kartellförmige und ähnliche Verhaltensweisen staatlicher Kontrolle (durch die Administration und die Gerichtsbarkeit) unterworfen, ohne dabei aber völlig verboten zu werden. Die massgeblichen Kriterien bleiben vergleichsweise abstrakt („unbillig“, „volkswirtschaftlich gerechtfertigt“), so dass insbesondere dem Reichswirtschaftsminister eine grosse Flexibilität zugestanden wird.

2. Wie lässt sich diese Regelung in die Tradition der Kartellrechtsgeschichte in Europa seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts einordnen? Bitte begründen Sie Ihre Meinung und nehmen Sie dabei auch Bezug auf den Text (7 Punkte).

(1) Zu Beginn des 19. Jahrhunderts waren Kartelle grundsätzlich verboten, wie sich etwa aus der preussischen oder französischen Gesetzgebung entnehmen lässt. Denn sie galten als Bedrohungen der allgemeinen Markt- und Gewerbefreiheit, weil sie individuelle Teilhabechancen verkürzen konnten. (2) Das änderte sich aber seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert. Im Zeichen eines allgemeinen Preisverfalls und der Depression seit 1873 entstanden zunehmend kartellförmige Zusammenschlüsse im Interesse der gemeinsamen, koordinierten Preis- und Marktordnung. Die Rechtsprechung insbesondere Deutschlands und der Schweiz akzep-

tierte diese neuen Ordnungsstrukturen. Das wurde begründet mit dem Argument, dass die Gewerbe- und Marktfreiheit auch solchen Formen der Selbstorganisation die rechtliche Grundlage gebe. Hinzu trat die Überlegung, dass in Zeiten der wirtschaftlichen Krise die kartellförmige Organisation der Wirtschaft ein wichtiges Instrument sei, um dem Preisverfall und damit einer negativen Wirtschaftsentwicklung entgegen zu steuern, was letztlich auch dem Gemeinwohl förderlich sei. Allerdings wurde diese Meinung nicht durchwegs geteilt, entstanden doch jetzt auch Forderungen, die Kartelle durch den Staat verbieten zu lassen. (3) Während des ersten Weltkriegs bedienten sich auch die europäischen Staaten verstärkt des Kartells als Organisationsform der Wirtschaft. Auf diese Weise sollte eine möglichst effiziente Allokation von Gütern unter dem Vorzeichen einer ausgeprägten Mangelsituation sichergestellt werden. (4) Auch nach dem Ende des ersten Weltkrieges blieben in Europa die Strukturen einer kartellförmig organisierten Wirtschaft sehr dominant. Allerdings verstärkten sich aufgrund der krisenhaften Entwicklungen seit 1918/19 die kritischen Stellungnahmen gegen Kartelle. Bezeichnend für solche Positionen war etwa die Gründung der Preisbildungskommission in der Schweiz 1927, die die insbesondere von den Kartellen betriebene Preisbildung überwachen sollte. (5) In diesen Zusammenhang gehört auch der vorliegende Text, der auf eine vorsichtige Dekartellierungspolitik schliessen lässt: Kartelle als solche werden nämlich nicht verboten, gelten also als durchaus legitime Formen wirtschaftlicher Selbstorganisation. Anders als in früheren Epochen hält es aber der Normgeber für möglich, dass Kartelle sich negativ auf die Wirtschaft, insbesondere die Preisbildung, auswirken können. In solchen Konstellationen sollen Kartelle durch den Staat verboten werden können. Damit werden Grundstrukturen einer staatlichen Kartellkontrolle etabliert, die auf der Grundlage einer planmässigen staatlichen Überwachung erfolgt. Der Text unterscheidet sich dem Regelungsansatz nach freilich von den früheren Kartellverboten, die lediglich allgemeine Nichtigkeitsnormen begründet hatten, ohne dabei eine staatliche Kontrollbefugnis einzuführen. (6) Diese Verordnung nimmt ein Stück weit die Entwicklungen vorweg, die nach 1945 in Mitteleuropa und später in der Schweiz einsetzen sollten: (Möglicherweise) ausgelöst durch den wachsenden amerikanischen Einfluss auf die Wettbewerbspolitik, aber auch angeregt durch die Modelle einer sozialen Marktwirtschaft (Freiburger Schule) wurden Kartelle nunmehr – wie etwa im deutschen GWB 1957 – grundsätzlich zum Gegenstand staatlicher Überwachung und des staatlichen Verbotes.