

Abschlussklausur im Modul Wirtschaftsrechtsgeschichte (Master)

Aufgabe 1

Münzvertrag von 1344 (Auszug)

Hier wiedergegeben in der Bearbeitung von: KONRAD RUSER, Die Urkunden und Akten der oberdeutschen Städtebünde vom 13. Jahrhundert bis 1549, Bd. 1: Vom 13. Jahrhundert bis 1347, Göttingen 1979, Nr. 534, S. 465-466

1344 Januar 20

Hermann von Landenberg, Hauptmann und Landvogt der Herzöge von Österreich im Thurgau, Aargau und Elsaß an Stelle der Herzöge,

Bürgermeister, Rat und Bürger der Stadt von Basel, auch für ihren Herrn, Bischof Johann von Basel und Bürgermeister, Rat und Bürger der Stadt von Zürich, auch für die Äbtissin,

sind wegen der Münzen übereingekommen:

[1.] Die Münze zu Zofingen: 1 Mark [*Mark = Gewichtseinheit*] Silber soll gleich 4 Pfund 6 Schilling 6 Pfennige [*Pfund, Schilling und Pfennig sind Währungseinheiten*] sein.

[2.] Die Münze zu Basel: 1 Mark Silber soll gleich sein ... [wie Art. 1].

[3.] Die Münze zu Zürich: 1 Mark Silber soll gleich 4 Pfund 7 Schilling 6 Pfennig sein.

[4.] Die Zürcher Mark soll der Zofinger und Basler Mark gleich sein.

[5.] Die Münzmeister können ungestraft 6 Pfennige mehr oder weniger aus 1 Mark Silber schlagen als festgesetzt.

[6.] Die Münzmeister dürfen für 1 Mark Silber nicht mehr als 4 Pfund zahlen; der Zürcher Münzmeister darf jedoch wegen des besonderen Zürcher Gewichts 4 Pfund 1 Schilling zahlen; der Zofinger Münzmeister wegen des weiten Wegs 4 Pfund 4 Pfennige; der Basler Münzmeister muß den Hausgenossen 4 Pfund 6 Pfennige zahlen und darf von niemand anders kaufen.

(...)

[11.] Die zu Bern, Solothurn und Burgdorf geschlagenen Pfennige darf niemand nehmen außer den Münzmeistern und Wechslern, die sie beseitigen und einschmelzen sollen

- 1. Skizzieren Sie bitte die Inhalte und Zielsetzungen des Vertrags (4 Punkte).** Der Vertrag, der am 20. Januar 1344 durch Vertreter bestimmter Territorialherren und Vertreter von Orten geschlossen wurde, beinhaltet im ersten Abschnitt deren Namen und den Grund des Vertragsschlusses, nämlich die Einigung über Münzen in diesen Regionen. Es wird in den Abschnitten [1.] bis [3.] für die Orte, Zofingen, Basel und Zürich festgelegt, wieviel Geld in diesen Orten aus einem Mark Silber geprägt werden darf. In Zofingen und Basel etwas weniger als in Zürich, denn hier darf es statt 4 Pfund 6 Schilling 6 Pfennige, ein Schilling mehr sein. In [4.] wird darauf verwiesen, dass die Gewichtseinheit für das Silber in Zürich dem von Basel und Zofingen gleich sein soll. Möglicherweise bestanden leichte Gewichtsabweichungen, die aber angeglichen werden sollten, denn in [6.] wird auf das „besondere Zürcher Gewicht“ verwiesen. In [5.] und [6.] geht es allgemein um die Tätigkeit der Münzmeister, diese dürfen sogar etwas mehr als die in den Abschnitten [1.] bis [3.]

festgelegten Mengen schmieden ohne dafür bestraft zu werden. In [6.] wird angegeben zu welchen Preisen die Münzmeister das Mark Silber beziehen dürfen und im Fall von Basel auch von wem, nämlich den „Hausgenossen“. Es sind einige Abschnitte ausgelassen. Abschnitt [11.] widmet sich einem anderen Thema, denn hier geht es darum, dass die Pfennige aus den Orten Bern, Solothurn und Burgdorf nicht mehr zum Zahlungsverkehr verwendet werden dürfen, sondern von Münzmeistern und Wechslern zum Zweck der Einschmelzung eingezogen werden sollen.

Der Münzvertrag hatte zum Ziel, für mindestens die Orte Basel, Zofingen und Zürich (evtl. noch weitere Orte in der Auflistung) eine einheitliche Währungszone zu schaffen mit gleichwertigen Münzen als verbindliches Zahlungsmittel. Hierfür wurden Bestimmungen festgesetzt, die genaue Vorgaben für die Münzmeister beinhalteten, damit eine gleichwertige Prägung der Münzen möglich war.

2. In diesem Text spiegeln sich verschiedene Entwicklungen der mittelalterlichen Geldrechtsgeschichte wider. Bitte erläutern Sie unter Einbeziehung des Textes folgende Phänomene:

- a. das Münzrecht und seinen Bezug zur hoheitlichen Herrschaft (1 Punkt),**
- b. die Probleme aus der Vielfalt von unterschiedlichen Münzen (2 Punkte),**
- c. die Entstehung von Münzvereinen (2 Punkte).**

a. Wie man am Text gut erkennen kann, sind es die hoheitlichen Herrscher, die über die Münzen und deren Werte einen Vertrag schliessen. Im Mittelalter war es üblich, dass den territorialen Herrschern wie Adeligen, Herzögen, aber auch Städten und der Kirchenobrigkeit (wie den einleitenden Sätzen im Münzvertrag von 1344 zu entnehmen ist) vom Kaiser oder König das Münzregal verliehen wurde, also das Recht, selbst Münzen zu prägen und als verbindliches Zahlungsmittel in den Verkehr zu bringen. Der Text zeigt, dass die Inhaber dieses Münzrechts über dessen Ausübung verfügten. **b.** Da solche Münzregale an viele territoriale Herrscher ausgegeben wurden, konnte man im Mittelalter auf relativ kleinen Gebieten (im Text bspw.: Basel, Zofingen u. Zürich) unterschiedliche Münzen vorfinden. Diese Münzvielfalt führte jedoch zu Problemen bei der Konvertibilität, d.h. dass man Kursunsicherheiten und -gefälle zu befürchten hatte, da es nicht wie heute standardisierte Umrechnungskurse gab. Hinzu kam, dass man beim Wechsel von zwei verschiedenen Münzen oftmals sehr hohe Wechselgebühren bezahlen musste, weswegen sich der Wechsel meistens gar nicht lohnte und zum Teil auch gar nicht möglich war, da kleine Münzen nicht getauscht werden konnten. Insbesondere Kaufleute, aber auch Privatpersonen neigten dazu, Münzen verschiedener Territorien dabei zu haben, was, wenn man das Gewicht der Münzen bedenkt für den Transport nicht einfach war. Das Problem war insbesondere bei Münzen mit geringem Wert verstärkt, da man hier umso mehr mit sich führen musste. **c.** Um dem Problem der Münzvielfalt entgegenzukommen, schlossen die territorialen Herrscher, also Münzherren seit dem 13. Jahrhundert Verträge, in denen sie die Prägung einheitlicher Münzen mit gleichem Wert festlegten, wie dies auch im Text zu erkennen ist, vgl. die Abschnitte [1.] bis [3.]. Die Zusammenschlüsse nannte man Münzvereine. Hintergrund dieser Zusammenschlüsse ist, dass die Territorialherren den Handel zwischen den ehemals verschiedenen Münzregionen vereinfachen wollten und deswegen eine einheitliche Währungszone schafften. Gerade im 14. Jahrhundert, in dem die Pest über Europa hereinzog, waren die Münzvereine ein hinreichendes Mittel, um regional eine wirtschaftliche Stabilität zu erzeugen.

3. Wie lassen sich die Bestimmungen in Ziff. 5 erklären (2 Punkte)? Im Mittelalter war es häufig so, dass Münzen mit dem gleichen Nominalwert nicht unbedingt den gleichen Edelmetallwert hatten. Der sog. *valor intrinsecus* entsprach nicht dem sog. *valor extrinsecus*. Diese Edelmetallverringerung der Münzen hatte verschiedene Hintergründe. Es kam in Europa während des Mittelalters zu regionalen Edelmetallknappheiten, um Münzen prägen zu können, musste daher der Silber oder Goldanteil verringert werden. Manche Herrscher sahen in der Edelmetallverringerung der Münzen auch ein probates Mittel um selbst mehr Geldwerte zu generieren, beispielsweise, wenn ein Krieg bevorstand aber auch allein um den eigenen Reichtum zu vermehren. Dass durch die Verringerung des Edelmetallgehalts die Preise stiegen beinhaltete das Risiko inflationärer Tendenzen, eine Gefahr, welche

durch die Herrscher oftmals unterschätzt wurde. Diese Praktiken werden in Ziff. 5. – in begrenztem Umfang – gestattet.

4. Wie lässt sich die Bestimmung in Ziffer 6. erklären? Inwiefern spiegelt sich hierin auch ein allgemeines Phänomen der spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Geldrechtsgeschichte wider (5 Punkte)?

Ziff 6. schreibt vor, welche Preise für den Einkauf von Silber gezahlt werden sollen, das dann für die Münzprägung verwendet wurde (das zeigt sich indirekt auch in Ziff. 5: «aus 1 Mark Silber schlagen...»). Die Bestimmung schreibt Höchstgrenzen für den Silbereinkauf vor. Sie trägt dabei allerdings regionalen Besonderheiten Rechnung, insbesondere den Unterschieden bei der Beschaffung und den teilweise unterschiedlichen Anbietern. Entscheidend ist aber das Bestreben, Obergrenzen für die Silberbeschaffung von Silber festzulegen. Diese Obergrenzen werden festgelegt durch die Bezugnahme auf die gemeinsame Währung. Damit soll verhindert werden, dass es zu Überbietungswettbewerben und damit zur Verteuerung von Silber kommt, was dann wiederum zur Instabilität der Münze führen würde.

Hier deutet sich die Knappheit des Rohstoffs Silber in Europa an, die im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit zeitweise zur Kontraktion der umlaufenden Geldmenge führte. Den Hintergrund hierfür bildete die Erschöpfung der Silberbergwerke. Erst mit der Kolonialisierung sollte sich diese Rohstoffknappheit ändern.

5. Wie lassen sich die Bestimmungen in Ziff. 11 erklären und inwiefern lassen sich Parallelen zu modernen geldpolitischen Phänomenen ziehen (4 Punkte)?

Die Bestimmungen verbieten den Einsatz von Solothurner, Berner und Burgdorfer Pfennigen als verbindliches Zahlungsmittel in dem Gebiet des neugegründeten Münzvereins. Aus diesem Grund sollen die Geldstücke vernichtet bzw. zu den gängigen Zahlungsmitteln umgeschmolzen werden. Die in Ziffer [11.] enthaltene Bestimmung ist typisch für mittelalterliche Münzvereine, die oftmals den Ausschluss bestimmter Münzen normierten. Man wollte in der etablierten Währungszone keine Fremdwährung mehr zulassen, damit das angestrebte Ziel eines vereinfachten Wirtschaftsverkehrs durch Wegfall von Geldtausch und Wertschwankungen gewährleistet werden konnte. Eine Parallele kann bspw. zur Errichtung der Eurozone gezogen werden. In den meisten europäischen Staaten darf seit Anfang 2002 nur noch mit der Währung Euro bezahlt werden. Es wurden hierdurch die zuvor bestehenden nationalen Währungen abgelöst, die nicht mehr (ausser in der kurzen Übergangszeit) als verbindliches Zahlungsmittel akzeptiert wurden und sodann eingetauscht und letztendlich vernichtet wurden.

Aufgabe 2

Text 2: LEVIN GOLDSCHMIDT, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, 2. Auflage Erlangen 1874, I § 42, S. 431-432 (Auszug, Hervorhebungen entsprechen dem Original)

Das Handelsgeschäft ist seinem geschichtlichen Ursprung und seiner regelmäßigen Erscheinung nach ein *Standesgeschäft*, ein bloßes *Glied* im *Handelsgewerbe*. Im *Handelsstande* hat sich ein Kreis eigenthümlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Anschauungen, ein besonderes Handelsrecht gebildet, für *seine* Geschäfte sind zuerst besonderes Gericht und Gerichtsverfahren entstanden (...).

- 5 Gleichwohl ist es unzulässig, das System der Handelsgeschäfte allein oder auch nur vorzugsweise (...) auf das Handelsgewerbe oder dessen Träger, den Handelsmann oder Kaufmann zu bauen (...). Denn:
- 1) (...) es gilt nicht: weil Handelsmann darum Handelsgeschäft (...) – denn kein Geschäft ist *darum* (allein) Handelsgeschäft, *weil* es mit vielen gleichen ein Gewerbe bildet, oder weil es von Handelsleuten geschlossen ist – sondern es gilt: weil Handelsgeschäft (als Gewerbe), darum Handelsmann; 2) besteht
- 10 neben dem gewerbemäßigen Handel ein nicht gewerbemäßiger. Immer zahlreicher werden zwischen Kaufleuten aber außerhalb ihres Gewerbes, zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten, von

15 Nichtkaufleuten unter einander Vermittelungsgeschäfte (sic) Gewinnes halber geschlossen, und zwar in dem Sinne, welchen sie im Gewerbsverkehr der Kaufleute haben: sie *wollen* nach Handelsrecht beurtheilt sein. (...) sobald auch die vereinzelt Speculation nach dem *besonderen* Recht des Handelsgewerbes beurtheilt sein *will*, ist das Handelsrecht nicht mehr des Gewerbes, sondern des einzelnen Geschäfts, des *Handelsverkehrs* – nicht des Verkehrs des *Handelsstandes* (...).

Vermerk für die Bearbeiterinnen und Bearbeiter (20 Punkte):

1. Skizzieren Sie bitte die Thesen und Argumente dieses Textes (5 Punkte).

Der Text beschreibt das Handelsgeschäft, als ein Geschäft, welches seine historischen Wurzeln im Handelsgewerbe, also in der Kaufmannschaft hat. In letzterer Gruppierung sei durch bestimmte Anschauungen (vgl. Z. 3) ein besonderes Handelsrecht entstanden und im Zuge dessen sei auch ein besonderes Gericht und Gerichtsverfahren etabliert worden (Z. 5). Der Autor des Textes merkt an, dass es dennoch nicht richtig sei, anzunehmen, dass «das System der Handelsgeschäfte» allein oder vornehmlich vom Handelsgewerbe, der Handelsmann- oder Kaufmanneigenschaft abzuleiten. Es gälte erstens nicht, dass ein Handelsgeschäft ein solches sei, weil es ein Handelsmann abgeschlossen habe, sondern die Handelsmanneigenschaft gründet sich im Handelsgeschäft: «weil Handelsgeschäft (als Gewerbe), darum Handelsmann;» (Z. 9). Zweites sei auch darauf zu verweisen, dass es neben dem gewerbsmässigen Handel auch nichtgewerbsmässigen Handel gäbe. Die Anzahl von Vermittelungsgeschäften zur Gewinnerzielung zwischen Kaufleuten untereinander, aber auch mit Nichtkaufleuten werde immer grösser. Auch diese sollten nach dem Handelsrecht beurteilt werden (Z. 10-14). Im letzten Teil stellt der Autor die Prognose, dass sobald Spekulationen auch nach dem besonderen Handelsrecht beurteilt werden würden, sei das Handelsrecht nicht mehr das des Handelsgewerbes, sondern des einzelnen Geschäfts; mithin «des Handelsverkehrs», welcher unabhängig vom Handelsstand ist (Z. 14-15).

2. Inwiefern spiegelt sich in diesem Text die Kontroverse um subjektives und objektives System wider (5 Punkte)? Die Kontroverse spiegelt sich insbesondere im mittleren Teil des Textes (Z. 4-9) wider. Hier wird deutlich, dass das «System der Handelsgeschäfte nicht allein oder vorzugsweise an das Handelsgewerbe oder die Handeltreibenden gebunden sein soll. Es wird aber nicht definitiv ausgeschlossen. Somit sind an dieser Stelle Elemente des subjektiven Systems zu erkennen, welches von einer Handelsrechtsordnung ausgeht, deren Anwendbarkeit an bestimmte persönliche Eigenschaften, konkret an die Kaufmannseigenschaft anknüpft. In den Erläuterungen am Ende des Textes spiegelt sich hingegen das objektive System wider. Dieses System bezieht sich auf eine Handelsrechtsordnung, die dort ihre Anwendung findet, wo bestimmten Rechtsgeschäften die Eigenschaft eines Handelsgeschäfts innewohnt. Genau dieser Ansatz ist in den Erläuterungen des Autors in Zeile 14-16 zu erkennen, demnach das Handelsrecht nicht mehr das des Gewerbes, sondern des einzelnen Geschäfts ist.

3. Erläutern Sie bitte die These des Textes von der Entstehung eines besonderen Gerichts und eines besonderen Gerichtsverfahrens als Element der Handelsgeschichte (3 Punkte). Die Entstehung einer besonderen Gerichtsbarkeit für das Handelsrecht entspringt der Tradition, dass das Handelsrecht als Sonderrecht einer bestimmten Gruppe, nämlich der Kaufleute angesehen wurde. Die Kaufmannschaft wurde als ein eigener Bürgerstand behandelt, weswegen ihr eben bestimmte Sonderrechte zugeordnet wurden und sie auch eine eigene Jurisdiktion erhielt. Das erste Handelsgericht entstand auf schweizerischem Gebiet 1687 in Bern. Die Städte taten im Allgemeinen gut daran, den Kaufleuten ihr eigenes Recht und einen eigenen Gerichtsstand zu erschaffen, da sie durch die Privilegierung der Kaufleute, ebenfalls einen Mehrwert generierten, nämlich, dass die Kaufleute die Wirtschaft in den Städten antrieben. Auch im späteren Verlauf des Wirtschaftslebens wird deutlich, dass den Kaufleuten Sonderrechte zugestanden werden,

was sich im 19. Jahrhundert dann in speziellen handelsrechtlichen Kodifikationen, wie dem Code de Commerce (1808), niederschlägt.

4. Inwiefern deutet sich im Text der Einfluss der Wirtschaftsdynamiken des späten 19. Jahrhunderts auf die Handelsrechtsdogmatik an (3 Punkte)? Der Text deutet im letzten Teil in Bezugnahme zu den Geschäften, die solche des Handelsverkehrs seien und nicht solche eines Handelsstandes, dass sich die Wirtschaftsstruktur im 19. Jahrhundert wandelt. Hier sind nicht mehr nur Kaufleute die Akteure am Wirtschaftsmarkt, sondern es entstehen Unternehmen. Diese durch die Industrialisierung vorangetriebene Entwicklung führt in der Handelsrechtsdogmatik dazu, dass auf Unternehmen und Unternehmensträger abgestellt wird und nicht mehr auf Kaufleute. Ausgehend hiervon und auch durch die im 19. Jahrhundert aufkommenden Überlegung zu den Kapitalgesellschaften, entspannt sich eine Diskussion zur Rechtsfähigkeit von Gesellschaften und Unternehmen. Von Friedrich Carl von Savigny wurde in diesem Zusammenhang die Fiktionstheorie geprägt, nach der im Grunde nur natürliche Personen rechtsfähig sind. Durch staatliche Gewalt könne aber auch Verbänden, Unternehmen etc. die Rechtsfähigkeit verliehen werden. Die Rechtsfähigkeit wird hier fingiert. Der Rechtswissenschaftler Otto von Gierke kritisierte diese Theorie. Nach ihm sei die Rechtsfähigkeit dadurch gegeben, dass die Gesellschaften ja natürliche Personen als Verbandsmitglieder haben, welche die Geschäfte der Organisation leiten. Mithin sei eine reale Komponente der Gesellschaften gegeben, weswegen die Rechtsfähigkeit nicht wie bei Savigny fingiert werden müsse. Bluntschli führt diesen Ansatz weiter und geht von einer realen Verbandspersönlichkeit aus (Realitätstheorie).

5. Wo sehen Sie Unterschiede und wo Gemeinsamkeiten zur Position des Bundesrates im Zusammenhang mit der Entscheidung gegen ein eigenständiges schweizerisches Handelsgesetzbuch (4 Punkte)?

Der Bundesrat hat die Position vertreten, dass aufgrund der demokratischen Staatseinstellung der Gleichheitsgrundsatz auch im Handelsrecht vorherrschend sein sollte. Dem stand diametral gegenüber, dass die Kaufmannsleute bis anhin eine Sonderrechtsstellung innehatten. Als in der Schweiz im 19. Jahrhundert der Wunsch nach einer Kodifizierung des Handelsrechts entstand, musste die Frage entschieden werden, ob dieses als einzelne Kodifikation verabschiedet werden oder eine Aufnahme in den Normenkörper des Zivilrechts- bzw. Obligationenrechts geschehen sollte. Dass der Schweizer Gesetzgeber letztendlich den zweiten Weg wählte, nämlich einen sog. *code unique* anvisierte, lag daran, dass man das Handelsrecht nicht als eigene Rechtsmaterie ansah, die nur für eine bestimmte Personengruppe (insbesondere der Kaufleute) gelten sollte. Dies ist ein Unterschied zum Text, der von einem besonderen Handelsrecht spricht (vgl. Z. 3 u.14). Im Text von Levin Goldschmidt wird an einer Stelle (vgl. Z. 11) auch angedeutet, dass nicht nur zwischen Kaufleuten Geschäfte entstehen, die dem Handelsrecht zugeordnet werden können, sondern auch zum Teil zwischen Privatpersonen. Dieser Ansatz ist der Position des Bundesrates zum Entwurf eines Schweizer Obligationen- und Handelsrechts ähnlich, denn hier wurde von der geschäftlichen Begabung der unterschiedlichen Schichten der Gesellschaft ausgegangen und mithin ein egalitärer Ansatz für das Handelsrecht kreiert. Man ging davon aus, dass im Grunde alle Menschen der Schweizer Bevölkerung Handel treiben könnten, daher sollen die Normen auch für sie gelten.

Aufgabe 3**Text 3a: BGE 57 II 334 (Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Juli 1931 i. S. Reich gegen Verein der Bäckermeister von Zürich u. Kons. – Auszüge)**

3. - Nach Art. 48 OR kann, wer durch unwahre Auskündigung oder andere Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht wird, die Einstellung dieses Geschäftsgebahrens und im Falle des Verschuldens Schadenersatz verlangen. Es fragt sich, ob diese Bestimmung über den unlautern Wettbewerb hier anwendbar sei. Das Bundesgericht hat gegenüber Boykottmassnahmen, die darauf ausgingen, Kunden durch Prämien und Rabatte abspenstig zu machen, den bei unlauterem Wettbewerb vorgesehenen Unterlassungsanspruch wenigstens analog und unter Hinweis auf Art. 28 ZGB angewendet (BGE 56 II S. 437). Es ist nicht zweifelhaft, dass auch im vorliegenden Fall der Kläger in einem weitem Sinn in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt und bedroht werden sollte, bezweckten doch die Beklagten nichts anderes, als ihn zur Einstellung seiner Beziehungen zu seiner Hauptkundin zu zwingen. Allein damit hatten sie es doch nicht darauf abgesehen, auf diese Kundin einzuwirken, um sie für sich zu gewinnen, sondern sie wollten gerade diese Kundin unschädlich machen. Die gegen den Kläger gerichteten Massnahmen waren daher nicht solche des gewöhnlichen Wettbewerbes, dessen Auswüchse der Gesetzgeber mit Art. 48 OR bekämpfen wollte, und es rechtfertigt sich, sie als neue Formen des Interessenkampfes nicht unter dem Gesichtspunkt der illoyalen Konkurrenz zu beurteilen, sondern unter dem allgemeinen der unerlaubten Handlung, des Verstosses gegen die guten Sitten und des Eingriffes in die Persönlichkeitssphäre.

(...)

Auch die selbständige Preisgestaltung ist, selbst wenn sie zu einer andauernden Unterbietung führt, ein Ausfluss des Systems der freien Konkurrenz, das von Rechts wegen nicht aufgehoben ist. Das Bundesgericht hat es denn auch weiter abgelehnt, den Verkauf durch Aussenseiter zu niedrigeren als den Kartellpreisen als unerlaubte Handlungen zu behandeln, und dies selbst dort, wo sich der Aussenseiter die Ware durch Ausnützung eines Vertragsbruches eines Kartellmitgliedes, jedoch ohne besonders gravierende Umstände, beschafft hatte (BGE 52 II S. 370 ff.). Die Unterbietung wird schliesslich sogar dann nicht zur unerlaubten Handlung, wenn sie zu eigentlichen Verlustpreisen geschieht (BGE 52II S. 381). Daraus mögen, wenn es sich nicht bloss um einen vorübergehenden Wettbewerb handelt, wegen der Schädigung der Gläubiger und Konkurrenten unerwünschte volkswirtschaftliche Folgen entstehen. Weil sich die Rechtsordnung jedoch nicht um die Richtigkeit des wirtschaftlichen Wollens der Rechtsgenossen bekümmert, kann es auch nicht Sache des Richters sein, alle angeblich ungünstigen Ausflüsse der freien Konkurrenz auf dem Boden des Zivilrechtes auszuschalten; dazu würde es ihm auch an einem Masstab für die erforderliche und zulässige Höhe des Geschäftsgewinnes gebrechen (...).

Text 3b: Art. 48 OR (aufgehoben 1943)

Unlauterer Wettbewerb

Wer durch unwahre Auskündigung oder andere Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht wird, kann die Einstellung dieses Geschäftsgebarens und im Falle des Verschuldens Ersatz des Schadens verlangen.

Text 3c: Art. 28 ZGB (in der Fassung von 1907)

Klage bei Verletzung.

- (1) Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen.
- (2) Eine Klage auf Schadenersatz oder auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung ist nur in den vom Gesetze vorgesehenen Fällen zulässig.

Text 3d: Art 1 UWG

Dieses Gesetz bezweckt, den lauterer und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten.

Vermerk für Bearbeiterinnen und Bearbeiter (20 Punkte):

1. **Skizzieren Sie bitte die Argumentation des Bundesgerichts (5 Punkte).** Im ersten Teil des Bundesgerichtsurteils geht es um die Frage, ob durch das Handeln der Beklagten im besagten Fall ein Verstoss gegen Art. 48 OR vorliegt. Für die Erörterung wird vom Gericht zunächst der Inhalt des Art. 48 OR wiedergegeben und daraufhin gefragt, ob dieser auch anwendbar sei. Im vorliegenden Fall sollte der Kläger «im weiten Sinne» unzweifelhaft, in seiner Geschäftskundschaft durch das Verhalten der Beklagten «beeinträchtigt», ja sogar «bedroht» werden, denn die Beklagten bezweckten, dass der Kläger die Beziehung zu seiner Hauptkundin einstellen sollte (Z. 8-11). In einem anderen Fall hatte das Bundesgericht (BG) bei der Abwerbung von Kunden durch Rabatt- und Prämienversprechen den bei unlauterem Wettbewerb vorgesehenen Unterlassungsanspruch analog (und unter Hinweis auf Art. 28 ZGB) angewendet (Z. 6-8). Der Sachverhalt im vorliegenden Fall stelle sich aber so dar, dass zwar auf eine Kundin eingewirkt worden war, allerdings sei der Hintergedanke, dass die Kundin auch für die Beklagte gewonnen werden sollte, nicht zu erkennen. Die Kundin sollte *lediglich* nicht mehr eine solche des Klägers sein (Z. 11-13). Aus den genannten Gründen seien die Massnahmen, die gegen den Kläger erhoben wurden, nicht solche, die durch Art. 48 OR bekämpft werden sollten, also keine Massnahmen des gewöhnlichen Wettbewerbs. Das Verhalten der Beklagten sei auch nicht als illoyales Konkurrenzverhalten zu deuten, sondern vielmehr nach anderem Recht zu beurteilen («der unerlaubten Handlung, des Verstosses gegen die guten Sitten und des Eingriffes in die Persönlichkeitssphäre», Z.13-14).
Im zweiten Teil des Urteils konkretisiert das BG, was das System der freien Konkurrenz bedeute und wie die Rechtsprechung diesem Rechnung trage. Das BG habe in einer vorherigen Entscheidung den Verkauf von Waren durch einen Aussenseiter zu niedrigen Preisen, als solche vom Kartell vorgegeben, nicht als unerlaubte Handlung klassifiziert, obwohl im konkreten Fall damit Praktiken des Ausnutzens und des Vertragsbruches einher gingen. Gleiches gelte auch dann, wenn die Unterbietung zu Verlustpreisen geschehe, wie ein anderer Entscheid des BGs zeige (Z. 20-27). Unzweifelhaft sei, dass durch solch

kurzfristiges oder längerfristiges Verhalten am Markt für die Konkurrenten unerwünschte wirtschaftliche Folgen entstehen würden. Da sich aber die Rechtsordnung eben nicht darum kümmere, ob das Verhalten der Marktteilnehmer richtig sei oder nicht, sei es auch nicht Sache des Richters die angeblich negativen Folgen des freien Konkurrenzsystems auf Grundlage des bestehenden Zivilrechts zu «auszuschalten», wozu ihm im Übrigen auch die Bewertungskriterien fehlen würden (Z. 27-33).

2. Inwiefern spiegelt sich in Text 3a die Rechtstradition des 19. Jahrhunderts wider (5 Punkte)?

Das Wirtschaftsrecht des 19. Jahrhunderts ist geprägt durch die Einführung der Gewerbefreiheit, mit der auch die Wettbewerbsfreiheit einher geht. Letztere wird als subjektives Recht der einzelnen Marktakteure wahrgenommen. Dahinter steht die Ordnungsvorstellung des Staates, dass der Wettbewerb ein Gegeneinander von freien und gleichen Individuen ist, in welches der Staat nur bedingt eingreifen sollte. Ideologische Wurzeln hat dieser Ansatz in den Lehren von Adam Smith, der davon ausging, dass der freie Wettbewerb allgemeinwohlfördernd ist und letztendlich auch dem Staat zugutekommt. An erster Stelle steht im 19. Jahrhundert damit als priorisiertes Schutzgut die individuelle Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit der Marktakteure, die vom Staat geschützt werden soll. Bezogen auf Wettbewerbsverhalten soll der Staat erst dann eingreifen, wenn es zu einer Überschreitung von Rechtskreisen der Konkurrenten untereinander kommt. Eine Abwägung solchen Verhaltens findet sich auch im Entscheid des BGs (vgl. insb. Z. 11-16). Hinter dieser Abwägung steht die Frage, wie sich die geschützten Rechtskreise der Konkurrentinnen am Markt erfassen lassen.

Im BG Entscheid lässt sich feststellen, dass das Gericht eine Anwendung des 48 OR nicht in Betracht zieht, sondern vielmehr eine unerlaubte Handlung, einen Verstoss gegen die guten Sitten und einen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre für möglich hält (Z. 15-18). Dieser Ansatz geht zurück auf eine im 19. Jahrhundert entstandene Rechtstradition auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts in der französischen Gesetzgebung. Mit Hilfe einer Deliktsklage wurden zunächst Beeinträchtigungen durch überschüssendes Wettbewerbsverhalten als Eigentumsverletzung klassifiziert (Schutz *propriété littéraire et artistique* in einem Gesetz von 1791/1793). Hieraus entwickelt sich in Kontinentaleuropa die Judikatur der *concurrency déloyale*, welche am Ende des 19. Jahrhunderts durch Josef Kohler auf eine andere Grundlage gehoben wird, nämlich nicht mehr des Eigentums-, sondern des Persönlichkeitsschutzes. Die Schwelle des Persönlichkeitsschutzes wird von den Gerichten aber sehr hoch angesetzt, da man nicht zu sehr in den Wettbewerb eingreifen möchte. Im Entscheid des BGs wird ebenfalls ein Eingriff in die Persönlichkeitssphäre in Betracht gezogen. Man sah in der Rechtstradition des 19. Jahrhunderts das Recht des Anspruchsberechtigten auf Geschäftskundschaft als subjektives Recht an, welches in seiner Ausprägung unter den Schutz der Persönlichkeitssphäre fiel. Der Wettbewerb wird hier rechtlich über das Persönlichkeitsrecht abgestützt. Unlauteres Verhalten am Markt kann über das Deliktsrecht sanktioniert werden. Diese Position ist stark individualrechtlich geprägt, da sie von einem persönlichen Schutzgut (subjektivem Recht) eines Marktteilnehmers ausgeht.

3. Wie unterscheidet sich die Position in Text 3a vom Regelungsansatz in Text 3d (2 Punkte)?

Die Position im Text 3a ist stark von einer zurückhaltenden Wettbewerbsregulierung geprägt. Aus den Erläuterungen wird klar, dass die Hürde für eine tatsächliche Verletzung des Persönlichkeitsschutzes eines Marktakteurs sehr hoch angesetzt ist. Im ökonomischen Wettbewerb war gemäss der Rechtsprechung des BGs auch rücksichtsloses Verhalten erlaubt, denn die Wettbewerber durften alle Kräfte anstrengen, um im Preiskampf gegen die anderen Wettbewerber zu bestehen (vgl. BGE 21, 1181, 1188 - Singer, 1895). In Text 3d lässt sich hingegen ein anderer Regelungsansatz erkennen, hier sind keine subjektiven Rechte geschützt, sondern der lautere und unverfälschte Wettbewerb selbst. Schutzgut ist mithin ein objektives Recht.

4. Wie lässt sich die Abkehr von der in Text 3a zugrunde gelegten Konzeption erklären (3 Punkte)? Die Abkehr vom Regelungsansatz im ersten Text lässt sich ideologisch durch

eine Hinwendung zur sog. Funktionstheorie zunächst in der deutschen (UWG, 1909) und später auch in der schweizerischen Gesetzgebung (UWG, 1986) erklären. Es geht hier nicht mehr nur um den Schutz von Individualgütern der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer, sondern um den Schutz eines funktionierenden Wettbewerbs. Gewisses Verhalten am Markt wird nun als sittenwidrig angesehen und nicht mehr geduldet. Die Abkehr von der vorherigen Position machte auch dadurch Sinn, dass man bei irreführenden Preisabsprachen nun auch die Konsumenten besser schützen konnte, denn auch diese waren oftmals durch das rücksichtlose Verhalten am Markt beeinträchtigt. Zudem wurde es möglich, Gemeinwohl-interessen bei wettbewerbsbezogene Bewertungen zu berücksichtigen, was aus gesellschaftlicher Perspektive ein Vorteil war.

- 5. Wo sehen Sie Gemeinsamkeiten, wo Unterschiede zwischen der Entwicklung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs seit Beginn des 19. Jahrhunderts einerseits und in der Geschichte des Kartellrechts andererseits (5 Punkte)?** In der Schweiz zeigt sich, dass in beiden Bereichen lange Zeit auf die Selbstregulierung des Marktes vertraut wurde. In Entscheidungen des Bundesgerichts lässt sich zu Beginn des 19. Jahrhunderts eine starke Zurückhaltung gegenüber der Wahrnehmung des Marktes als Zusammenspiel aller Akteure beobachten. Allgemeinwohlorientierte staatliche Eingriffe werden eher negativ konnotiert, denn man möchte nicht in den Wettbewerb oder die Bildung von Kartellen eingreifen. Interessant ist, dass in beiden Rechtsbereichen ein Umschwenken der Positionen zur Mitte des 20. Jahrhunderts erkennen lässt. Hier tritt die Funktionsfähigkeit des Marktes als Wettbewerbsordnung in den Vordergrund und mithin nimmt auch die Zurückhaltung gegenüber staatlicher Kontrolle des Marktes ab, was letztendlich in den 1980er Jahren zu umfassenden Normierungen der beiden Rechtsgebiete führte (UWG 1986 u. Kartellgesetz 1985).

Betrachtet man beide Rechtsbereich im internationalen Kontext, fällt auf, dass Regelungen zum Kartellrecht viel mehr als solche zum unlauteren Wettbewerb durch die gesamtpolitische und wirtschaftliche Weltlage geprägt wurden. So ist in Krisen und Kriegszeiten die Tendenz zu erkennen, dass Kartelle mehr befürwortet wurden, denn dadurch wurde Preisstabilität garantiert und die Verteilung von Rohstoffen und anderen Gütern gewährleistet. So gab es bspw. nach der grossen Depression 1929/30 einen Kartellierungsschub, insbesondere in den USA, aber auch in Kontinentaleuropa. Zum Teil wurde das Kartellrecht auch politisch ausgenutzt, wie sich im Nationalsozialismus zeigte. Durch Zwangskartellierungen wurden Unternehmen für die ideologischen Ziele instrumentalisiert. Nach dem zweiten Weltkrieg durch die Siegermächte darauf geachtet wurde, dass eine solche Dynamik nicht mehr entstehen konnte (Vertrag von Potsdam). Es kam daraufhin zur Dekartellisierung der deutschen Wirtschaft. Das Zurückführen und Auflösen von Kartellen war jedoch nicht nur ein Phänomen der Nachkriegszeit, sondern seit den 1950er mit unterschiedlichen Intensitäten auch Bestandteil der Wirtschaftspolitik in den USA und der Schweiz.