

Abschlussklausur

Sachverhalt und Musterlösung

I. Der Markt (*mercatus*) zählte im Mittelalter zu den zentralen Orten des Handels (5 Punkte).

1. Was versteht man unter dem *Marktregal* (1 Punkt)?

Das Marktregal ist ein königliches Recht. Es beinhaltet die Befugnis, einen Markt zu errichten und zu betreiben, also insbesondere Marktgerichte zu etablieren und Marktangaben zu verlangen. Das Marktregal konnte vom König – wie alle Regalien – anderen Personen oder Personengemeinschaften (Städten) verliehen werden.

2. *Marktrechte* waren wesentlich für das Funktionieren des Marktes. Welche Regelungsbereiche (abgesehen vom Marktzwang, s. u.) umfassten Marktrechte regelmässig (2 Punkte)?

(1) Marktrechte sind Verkehrsrechte für den Umsatz am Markt. Sie umfassen deswegen insbesondere Regeln über den Verkauf von Waren (insbesondere ausgeprägter Gutgläubensschutz, Gewährleistungsregeln). (2) Marktrechte enthalten aber auch Regeln zur Durchsetzung von Rechten in Gestalt von Bestimmungen über Marktgerichte und über Sanktionen der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer, insbesondere in Form von Vorschriften über den Ausschluss vom Markt.

3. Was war der *Marktzwang* und worin lag seine Funktion (2 Punkte)?

(1) Der Marktzwang war regelmässig ein Teil von Marktrechten, jedenfalls aber der Regeln über den Markt. Inhaltlich stellt er das Verbot dar, ausserhalb der Marktzone Umsätze vorzunehmen. (2) Die Funktion dieser Konzentration von Umsatzaktivitäten auf den Marktraum selbst bestand darin, auf diese Weise die Regeln über und für den Markt effizient durchzusetzen. Umsatzaktivitäten jenseits des Marktraums waren nicht kontrollierbar, die dazu ergangenen Regeln waren deswegen potentiell undurchsetzbar.

II. Abwertungen von Münzen waren im Mittelalter häufig wesentliche Instrumente der Finanzierung von Hoheitsträgern (5 Punkte).

1. Wie wurde es den Münzberechtigten möglich, durch Münzabwertungen Einkünfte zu erzielen (1 Punkt)?

Die Münzberechtigten konnten Zugriff auf die bei der Münzprägung verwendeten Edelmetalle erlangen. Das geschah, indem Münzen mit höherem Edelmetallgehalt aus dem Verkehr gezogen und neue, aber in ihrem Edelmetallgehalt geringere wertige Münzen in Umlauf gebracht wurden. Der Münzberechtigte konnte zwar diesen neuen Münzen den gleichen (Nominal-)Wert wie den neuen Münzen zuweisen, doch werteten diese Münzen im Vergleich mit anderen Währungen stets rasch ab.

2. Was waren die wirtschaftlichen Folgen für die Bewohner des betroffenen Territoriums (1 Punkt)?

Regelmässig stiegen durch solche Abwertungen die Preise an. Vor allem aber verminderte sich der Wert des von den Bewohnern gehaltenen Münzkapitals, ihnen wurde also faktisch ein Stück ihres Vermögenswertes entzogen.

3. Welche rechtlichen Konzeptionen entstanden als Reaktion auf diese Form der Geldpolitik (2 Punkte)?

(1) Insbesondere in der mittelalterlichen Kanonistik wurde verlangt, dass Änderungen des Geldwertes durch Ausgabe neuer Münzen nur mit der Zustimmung des Volkes vorgenommen werden. Das hiess konkret, dass die Stände über die Veränderungen der Münze mitbestimmen können sollten. Geschah das nicht, sollte eine missbilligte Form der Münzfälschung gegeben sein. (2) Nicholas Oresme führte die These ein, dass Geld und Münze nicht dem Landesherrn allein zustehen, sondern in der Hoheit des ganzen

Volkes stehen würden. Änderungen der Münze standen deswegen ebenfalls unter dem Vorbehalt der Zustimmung des Volkes.

(3) Zur Verminderung der Folgen von Abwertungen auf den Handel entstanden zudem sog. Wertsicherungsklauseln in Handelsverträgen, Wechseln u.ä. Diese garantierten den Edelmetallwert (Realwert) der Schuld, so dass im Falle von Abwertungen der nominale Schuldbetrag entsprechend anstieg.

[Anmerkung: Die Entstehung von Münzverträgen und Münzvereinen ist keine Reaktion auf die gewillkürte Abwertung durch den Münzberechtigten, denn über Abwertung und Teilnahme an einem Münzverein entschieden typischerweise dieselben Herrschaftsträger. Münzvereine dienten durch die Vergrößerung des Geltungsbereichs einer Münze der Verbesserung der Konvertibilität der Münze gegen aussen und der Senkung der Transaktionskosten des Handels innerhalb des Münzgebiets.]

4. Worin könnte ein Zusammenhang zwischen der zunehmenden Verbreitung von Steuern und den Folgen von Münzabwertungen zu sehen sein (1 Punkt)?

Münzabwertungen dienten lange Zeit offensichtlich als Instrument der Finanzierung von politischer Herrschaft. Die Folgen dieser Instrumentalisierung von Geldpolitik im Fiskalinteresse trafen alle, auch wenn die Belastungen ungleich verteilt waren. Steuern als Instrument der Finanzierung politischer Herrschaft waren dagegen für den Adel von Vorteil, weil sich hier leichter Steuerprivilegien durchsetzen und damit die wirtschaftlichen Folgen für das eigene Vermögen mindern oder sogar neutralisieren liessen. Ganz abgesehen davon erlaubten Steuern etwas mehr Flexibilität bei der Ausgestaltung der Belastungsverteilung. Durch Steuern liessen sich zudem die unerwünschten Folgen von Abwertungen für die Gesamtwirtschaft wie die Beeinträchtigung des Handels oder die Flucht in Realwerte vermeiden.

III. Kolonialgesellschaften spielten eine wichtige Rolle in der frühneuzeitlichen Wirtschaftsordnung (5 Punkte).

1. Wie kamen Kolonialgesellschaften zustande (1 Punkt)?

Kolonialgesellschaften entstanden durch staatliche Gründung in Form eines Privilegs, das durch die hoheitlich erlassenen Statuten (*charter*) verbrieft wurde.

2. Welcher Zwecksetzung dienten sie im Verhältnis der Staaten, mit denen sie verbunden waren (1 Punkt).

Kolonialgesellschaften waren ausgerichtet auf die Erschliessung derjenigen Kolonien, denen sie zugeordnet wurden. Damit übertrugen die Staaten das wirtschaftliche Risiko dieser Vorgänge auf privatwirtschaftliche Akteure, die das notwendige Kapital in grossen Teilen ebenfalls von privaten Akteuren insbesondere in Form von Aktien erlangten.

3. Wie waren Kolonialgesellschaften in der Regel strukturiert und inwiefern lassen sich Ansätze von Anlegerschutz in ihrer Struktur ausmachen (2 Punkte)?

(1) Kolonialgesellschaften waren regelmässig als Aktiengesellschaften organisiert. Zentrale Organe waren dabei – modern gesprochen – die Generalversammlung und der Verwaltungsrat. Stimmrechte waren allerdings bisweilen reduziert auf bestimmte Typen von Aktien. (2) Die Haftung der Anlegerinnen und Anleger war grundsätzlich begrenzt auf den erworbenen Anteil, auch wenn vereinzelt Nachschusspflichten belegt sind. Allerdings stand den Anlegerinnen und Anlegern ein Recht auf die Einlage und allfällige Dividenden zu. Der erworbene Anteil konnte veräussert und auch vererbt werden.

4. Wieso kam es im Zusammenhang mit Kolonialgesellschaften im 18. Jahrhundert immer wieder zu Spekulationsblasen (1 Punkt)?

Aktien von Kolonialgesellschaften wurden an den Börsen wie etwa in London oder in Paris gehandelt. Der Aktienwert bestimmte sich dabei häufig nach den Gewinnaussichten der Kolonialgesellschaften. Nicht selten kam es dabei zu gezielten Falschinformationen über die Gewinnmöglichkeiten der Kolonialgesellschaften. Das führte zu markanten Bewertungsanstiegen der Aktien von Kapitalgesellschaften, die damit ihrerseits zu beliebten Spekulationstiteln wurden.

IV. Die frühneuzeitliche Ordnung der Wirtschaft war lange Zeit stark durch *Policey* und *Merkantilismus* geprägt (5 Punkte)

1. Welche Ordnungsvorstellungen von Wirtschaft und Märkten waren für die *Policeyordnungen* der frühen Neuzeit prägend (2 Punkte)?

(1) Die *Policeyordnungen* waren insgesamt dem Ziel verpflichtet, das „gemeine Wohl“ zu verwirklichen. Dahinter stand die Vorstellung, dass es Aufgabe der staatlichen Gewalt war, durch Gebote und Verbote die Interessen von Untertanen wie auch des Staatswesens zu sichern. Deswegen war die Wirtschaft Gegenstand intensiver Regelung. (2) Zum „gemeinen Wohl“ zählte auch und gerade der Schutz des „kleinen Mannes“ vor Übervorteilungen. Deswegen folgten *Policeyordnungen* vielfach einer latent antikapitalistischen Tendenz und begrenzten etwa die Tätigkeit von Monopolen und Kartellen, schufen aber auch Verbraucherschützende Regelungen etwa im Kaufrecht.

2. Welchem Leitbild für die rechtliche Ordnung der Wirtschaft folgte der *Merkantilismus* (2 Punkte)?

(1) Ziel des *Merkantilismus* war die Steigerung der Staatseinkünfte und eine positive Kapitalbilanz. Mittel hierzu war in erster Linie eine intensive staatliche Wirtschaftsförderung. (2) Umgesetzt wurden diese Zielvorgaben insbesondere durch gezielte Privilegierungen, die Förderung von Manufakturen und die gezielte Erweiterung von Infrastrukturen durch den Ausbau der Binnentransportwege (Chausseenbau), dessen Kosten allerdings vielfach auf regionale und lokale Herrschaftsträger abgewälzt wurden.

3. Inwiefern unterschied sich die Position von Adam Smith (1723-1790) von diesen Positionen (1 Punkt)

Adam Smith postulierte, dass die ungehinderte Verfolgung individueller wirtschaftlicher Interessen aufgrund der dadurch geschaffenen Marktdynamik letztlich auch die Gesamtwirtschaft eines Staates befördern würde. Deswegen folgte er dem Leitbild einer Wirtschaftsordnung, die weitgehend frei von hoheitlicher Regulierung war.

V. Im 19. Jahrhundert wurde vielfach das Handelsrecht kodifiziert (5 Punkte).

1. Was war der Hintergrund für die Kontroverse um das „subjektive“ und das „objektive“ System (3 Punkte)?

(1) „Subjektives System“ meint eine Handelsrechtsordnung, deren Anwendbarkeit bei bestimmten persönlichen Eigenschaften, konkret der Kaufmannseigenschaft anknüpft. „Objektives System“ bezieht sich dagegen auf eine Handelsrechtsordnung, die dort anwendbar wird, wo bestimmten Rechtsgeschäften die Eigenschaft eines „Handelsgeschäfts“ beigelegt wird (so etwa im *code de commerce* 1808). (2) Das subjektive System entsprach der überkommenen Tradition, in der Handelsrecht stets das Sonderrecht einer bestimmten Gruppe – der Kaufleute – gewesen war, für die deswegen auch eine eigene Gerichtsbarkeit bestand (etwa Bern 1687). Nur Kaufleuten war deswegen auch die Rechtsmacht für bestimmte Typen von Rechtsgeschäften zugewiesen (z.B. Wechselgeschäfte). Im Handelsrecht bildete sich damit die ständische Schichtung der Gesellschaft ab, wobei Kaufleute – wie etwa im ALR – dem städtischen Bürgerstand zugewiesen waren. (3) Im Zeichen der Auflösung ständischer Strukturen im 19. Jahrhundert gerieten solche Sonderrechtsordnungen in die Kritik. Das subjektive System galt als Fortsetzung solcher Sonderrechtsordnungen, die mit dem Postulat universeller Gleichheit vor und im Gesetz unvereinbar seien.

2. Wieso kam es in der Schweiz nicht zur Entstehung eines Handelsgesetzbuches oder einer ähnlichen selbständigen Kodifikation des Handelsrechts (2 Punkte)?

(1) Eine verselbständigte handelsrechtliche Kodifikation ist in der Schweiz im Blick auf die starken handelsrechtlichen Traditionslinien erwogen worden. Doch entschied sich insbesondere der Bundesrat gegen eine selbständige Kodifikation. (2) Dahinter stand die Überlegung, dass eine eigenständige Kodifizierung von Handelsrecht den Eindruck eines Sonderrechts für bestimmte Personen hätte entstehen lassen. Das aber wäre mit dem liberalen Postulat einer rechtlich egalitären Gesellschaft nicht vereinbar gewesen.

*[Anmerkung: Die Unterscheidung ist nicht deckungsgleich mit derjenigen zwischen objektivem und subjektivem System von Handelsrecht: Zentral war, dass der **Anschein** eines Son-*

derrechts für einzelne Personen bewirkt worden wäre. Ein separates Handelsgesetzbuch kann durchaus auch für alle Menschen gleichermassen zur Anwendung kommen (z.B. frz. Code de commerce)]

VI. Das Bundesgericht hat im Lauf des 19. und 20. Jahrhunderts mehrfach seine Rechtsprechung im Wettbewerbsrecht geändert (10 Punkte).

1. Bitte vergleichen Sie die beiden nachfolgenden Auszüge aus Bundesgerichtsentscheiden miteinander und zeigen Sie deren Unterschiede auf (3 Punkte):

BGE 32 II 360 (Entscheid vom 16. 6. 1906)

(S. 368) *Es ist vielmehr, wie auch die II. Instanz richtig getan hat, zurückzugehen auf das Wesen und den Zweck der derzeit geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung. Rach dieser Rechtsordnung ist, ganz allgemein gesprochen, der Freiheit des Einzelnen überall die Schranke gesetzt, daß auch die Freiheit der Andern dabei muß bestehen können. Hieraus folgt aber, daß die Ausübung der Rechte und die Betätigung der menschlichen Freiheit in einer Weise erfolgen muß, die auch dem Mitmenschen die Betätigung seiner Rechte und seiner Freiheit ermöglicht. Wird das Recht und die Freiheit dazu gebraucht, die Freiheit eines andern zu unterdrücken oder in ihrem Wesen einzuschränken, so liegt ein Mißbrauch des Rechtes und der Freiheit vor, der vor der Rechtsordnung nicht bestehen kann; Recht schlägt dann in Unrecht um, und es handelt sich nicht mehr um die erlaubte Ausübung des Rechtes, sondern um Rechtsmißbrauch. (...)*

(370) *Aus dem vorstehenden ergibt sich, daß ein Boykott jedenfalls dann widerrechtlich ist (...), wenn er gerichtet ist auf die volle Vernichtung und Untergrabung der Existenz des Boykottierten.*

BGE 76 II 281 (Entscheid vom 10.10.1950)

(S. 287): *Der Boykott, den die Aufnahmeverweigerung des Beklagten im Zusammenspiel mit der bestehenden Kartellorganisation bewirkt, führt gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz der Klägerin.*

(S. 288f.) *Das Interesse der Gesamtheit an einer vernünftigen und zweckmässigen Organisation des Gewerbes vermöchte daher zweifellos die wirtschaftliche Vernichtung des Aussenseiters zu rechtfertigen, der sich aus eigensüchtigen Erwägungen einer von den übrigen Beteiligten anerkannten und sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen haltenden Ordnung nicht fügen will, sondern z. B. durch Preisschleuderei, Unterbietung und dgl. eine vernünftige Marktorganisation gefährdet und so die Existenz der übrigen Unternehmungen dieses Erwerbszweiges bedroht.*

Im ersten Urteil (1906) wird die Ordnung der Wirtschaft gedeutet als Koordinationsrecht von verschiedenen Freiheiten. Übergriffe in die Freiheitssphäre anderer sind dann ein Missbrauch des eigenen Freiheitsrechts. Ein Beispiel dafür ist der Vernichtungsboykott, weil er die Freiheit des Boykottierten durch Existenzvernichtung zerstört. Im zweiten Urteil (1950) wird der Vernichtungsboykott dagegen zugelassen. Das wird damit begründet, dass die Rechtsordnung ausgerichtet sei auf „eine vernünftige Marktorganisation“.

2. Welche Ordnungsvorstellungen von Wettbewerb und Marktregulierung lagen den beiden Entscheiden offenbar zugrunde (4 Punkte)?

(1) Das erste Urteil folgt einem zutiefst individualrechtlich ausgerichtetem Leitbild von Marktordnung: Das Mit- und Gegeneinander der Akteure wird gedeutet als Ausnutzung von Freiheitsbefugnissen, Wettbewerb ist also die Konkurrenz von durch Freiheitsrechte geschützten Individuen. Marktregulierung bedeutet dann den Schutz dieser Freiheit durch den Staat, nicht aber die Verwirklichung eines darüber hinaus gehenden Ordnungsmodells wie etwa im Merkantilismus. (2) Das zweite Urteil rückt dagegen den Schutz „einer vernünftigen und zweckmässigen Organisation“ der Wirtschaft als Interes-

se der „Gesamtheit“ in den Vordergrund. Hier sind also objektive Organisationselemente – „Vernunft“ und „Zweckmässigkeit“ – entscheidend, nicht aber individuelle Freiheitssphären der Akteure am Markt. Diese Überordnung der Marktorganisation über den einzelnen Akteur lässt folglich auch die „wirtschaftliche Vernichtung“ eines Einzelnen im Interesse übergeordneter Marktordnungsinteressen zu.

3. Wie lassen sich die Unterschiede zwischen beiden Gerichtsentscheiden historisch erklären (3 Punkte)?

(1) Zu Beginn des 20. Jahrhunderts war (nicht nur, aber auch) in der schweizerischen Wirtschaftsrechtsordnung die Vorstellung prägend, dass Ordnungselemente des Marktes auf Selbstorganisation der Marktbeteiligten zu beruhen hatte. Kartelle etwa wurden als zulässige Nutzung der Wirtschaftsfreiheit gedeutet. Das verband sich mit einer zutiefst liberalen, individualrechtlich ausgerichteten Perspektive auf die Position einzelner Akteure im Verhältnis zu anderen und gegenüber dem Staat. Dem entsprach die Deutung des unlauteren Wettbewerbs als Überschreitung von individuellen Freiheitsgrenzen. (2) In der Mitte des 20. Jahrhunderts setzten sich auch in der Schweiz mehr und mehr Perspektivbildungen durch, in denen der Schutz des Wettbewerbs selbst – also einer Ordnung jenseits der Sphären der Wettbewerber – auch an Gewicht gewann. In Deutschland war diese Ausrichtung bereits mit dem UWG 1909 gesetzgeberisch verdichtet worden. In der Schweiz war dieser Ansatz mit dem aUWG 1943 aber noch nicht umgesetzt worden, auch wenn immerhin den Verbrauchern, also den nicht am Wettbewerb unmittelbar Teilhabenden ein Klagerecht gegen unlautere Wettbewerbspraktiken zugestanden wurde. Trotzdem lassen sich insbesondere in den dreissiger und vierziger Jahren Ansätze für eine Ausweitung der staatlichen Kontrolle im Interesse einer über den Einzelnen stehenden Wettbewerbsordnung beobachten, wie insbesondere die Annahme der „Wirtschaftsartikel“ 1947 zeigt, die den Bund zur Intervention in die Wirtschaftsordnung im Interesse volkswirtschaftlich erwünschter Strukturbildungen ermächtigte.

VII. In der Zeit nach 1945 setzte weltweit eine Periode der Dekartellierung ein (5 Punkte).

1. Wie lässt sich diese Entwicklung erklären? Bitte beziehen Sie dabei auch die Entwicklung in den USA und in Deutschland mit ein (3 Punkte)?

(1) In den USA wurden Kartelle seit jeher als potentielle Bedrohung nicht allein der Wirtschaftsfreiheit, sondern auch des republikanischen Prinzips gedeutet. Dem entsprach die mit dem Sherman-Act 1890 einsetzende Bekämpfung von Kartellen und ähnlichen Strukturen, die nach 1945 noch einmal an Intensität gewann (Celler-Kefauver Act, 1950). (2) Der Aufstieg der USA zur Weltmacht bedeutete auch, dass die USA ihre kartellrechtspolitischen Vorstellungen leichter durchsetzen konnten. Das zeigt sich im Zusammenhang des Vertrags von Potsdam 1945, in dem ausdrücklich die Dekartellierung in Deutschland festgeschrieben wird, galten doch die deutschen Kartelle als ein Faktor für Hitlers Aufstieg wie auch als Motoren der deutschen Kriegswirtschaft. Auch das deutsche GWB (1958) war geprägt von der Vorstellung von der Konvergenz von wirtschaftlicher und politischer Freiheit, so dass Kartelle auch hier als potentielle Gefährdungen auch einer freien Gesellschaft gedeutet wurden. (3) Auch bei EGKS/EWG (1952/1957) werden Kartelle von Anfang an als missbilligte Erscheinungen der gemeinsamen Wirtschaftsmärkte angesehen. Diese frühe europarechtliche kartellrechtliche Regelungstendenz hat Rückwirkungen auch auf die nationale Ebene und unterstützt damit den Fortgang von Dekartellierungen.

2. Wo liegen die Unterschiede und wo die Gemeinsamkeiten schweizerischen Entwicklung mit diesen Vorgängen (2 Punkte)?

(1) Der wesentliche Unterschied liegt in der langen Zurückhaltung des schweizerischen Gesetzgebers gegenüber der Limitierung von Kartellen. Das beruht auf einer prinzipiell positiven Bewertung von Kartellen, die als zulässige Selbstorganisation der Wirtschaft gesehen und möglicherweise auch als Fortsetzung des schweizweit verbreiteten Genossenschaftselementes gedeutet werden. So wird 1951 erstmals überhaupt der Auftrag zur Publikation einer bereits abgeschlossenen Erhebung zum Kartellbestand erteilt, das 1962 verabschiedete Kartellgesetz bleibt in seiner Anwendung durch die Kartellkom-

mission eher zurückhaltend, lässt doch bereits die bloße Möglichkeit von weiterem Wettbewerb Kartellbildungen zulässig werden. (2) Allerdings setzen auch in der Schweiz seit 1985 Tendenzen der Dekartellierung durch. Die Kartellgesetznovelle jenes Jahres macht die Auflösung von Kartellen möglich. Es könnte sein, dass Kartelle je länger desto mehr in die Nähe missbilligter planwirtschaftlicher Organisationsstrukturen rücken. Das Kartellgesetz von 1995 jedenfalls erweitert die Zugriffsmöglichkeiten des Staates noch einmal.