

Grotius-Lecture

Max Weber, Monopole und der Geist der europäischen Rechtsgeschichte

WIM DECOCK*

I. Einführung

Grotius hätte sich vielleicht nicht vorstellen können, dass die diesem Artikel zugrundeliegende „Grotius Lecture“ trotz der vielen Hindernisse und Grenzen, die sich seit dem Ausbruch der Covidkrise im März 2020 aufgebaut hatten, trotzdem stattfinden konnte. Das hat ohne Zweifel mit der Schaffung einer neuen Art von „freiem Meer“ (mare liberum) zu tun, nämlich dem „freien Internet“ (interrete liberum). Vor dem Hintergrund der während der Krise stetig herangewachsenen Machtkonzentration der sogenannten Tech-Giganten stellt sich allerdings die Frage, wie frei denn dieses interrete liberum noch ist. Die außerordentliche Macht, die die sogenannten „GAFA“ (Google, Amazon, Facebook, Apple) bereits vor der Pandemie aufgebaut hatten, hat im Verlauf des Pandemiejahrs 2020 erst recht zugenommen. Der Gründer des Amazonkonzerns soll auf dem Weg sein, der erste Dollar-Trillionär zu werden.¹ Aber auch ein Blick auf das Geschehen auf der anderen Seite der Welt, in ostasiatischen Ländern wie China, zeigt die zunehmende Konzentration der Wirtschaftsmacht in den Händen sogenannter „Supersize-Unternehmen“ (Alibaba, Baidu, Tencent, usw.). Sowohl auf amerikanischer als auch auf chinesischer Seite fällt auf, dass diese gigantischen Unternehmen mehr oder weniger implizit als Flaggschiffe ihrer jeweiligen Nationalökonomien fungieren.

* Dieser Text stellt die unveränderte, schriftliche Version der an der Universität Hamburg am 17.11.2020 abgehaltenen „Grotius Lecture“ dar. Dementsprechend sind die Literaturverweise auf das Wesentliche begrenzt und haben Stil und Duktus des Beitrags Vortragscharakter.

¹ Vgl. <https://www.forbes.com/sites/isabeltogoh/2020/05/14/jeff-bezos-trillionaire-is-trending-on-twitter-heres-why/> (zuletzt am 12. Februar 2021 zugegriffen).

II. Grotius und Monopole

Im Rahmen einer nach *Hugo Grotius* benannten Vortragsreihe ist es fast unumgänglich, an die frühneuzeitlichen Handelsunternehmen zu denken, insbesondere an die damals von der niederländischen Republik unterstützte VOC, die Niederländische Ostindien-Kompanie. Für wie legitim hat *Grotius*, der große Theologe und Jurist aus Delft, die Existenz von Kartellen und sogenannten „marktbeherrschenden Stellungen“ (dominant positions) gehalten? Was dachte *Grotius* in einer Zeit von aufkommenden Kolonialstaaten über staatliche Unternehmen und wirtschaftliche Privilegien, die von der Obrigkeit vergeben wurden? Wie sah *Grotius* die große Konzentration der wirtschaftlichen Macht in einer Zeit, als es weder ein Kartellamt noch einen EU-Kommissar für Wettbewerb gab? In „Über das Recht des Krieges und des Friedens“ (*De iure belli ac pacis*) beantwortet *Grotius* diese Fragen in einem kurzen Abschnitt über „Monopole“ – jener Begriff, der jahrhundertlang als Ausgangspunkt für Diskussionen über marktbeherrschende Stellungen, Kartelle und staatlich privilegierte Unternehmen verwendet wurde. *Grotius*' Diskussion über Monopole in Absatz 16 des zwölften Kapitels (über Verträge) des zweiten Buches von *De iure belli ac pacis* beginnt mit einem kurzen, aber eindringlichen Satz: „*Monopolia non omnia cum iure naturae pugnant*“ – nicht alle Monopole sind naturrechtswidrig.²

Dieser eher monopolfreundliche Standpunkt gleich zu Beginn seiner kurzen Diskussion über die Monopolfrage mag überraschen. Anstatt sich auf ein vermeintliches Naturrechtssprinzip zu verlassen, hätte *Grotius*, der bekanntlich mit dem *ius commune* gut vertraut war, auch von einer Reihe einflussreicher römischer und kanonischer Rechtstexte ausgehen können, wie dem Monopolverbot des *Kaisers Zeno* (Cod. 4,59,2) und der Verurteilung der künstlichen Schaffung von Knappheit im Kanon *Quicumque* aus dem *Decretum Gratiani* (C.14 q.4 c.9). Diese Texte wurden von *Kaiser Karl V.* im 16. Jahrhundert zum Ausgangspunkt für eine scharfe Verurteilung verschiedener Formen wirtschaftlicher Machtkonzentration, insbesondere auf der Grundlage marktbeherrschender Stellungen und der Bildung von Kartellen, genommen. Dies ist nicht der Ort, diese wichtigen römischen und kanonischen Rechtstexte zu diskutieren, ebenso wenig wie ihre restriktive Auslegung in der frühen Neuzeit, etwa durch den berühmten deutschen Rechtsanwalt *Konrad Peutinger*.³

² *H. Grotius*, *De iure belli ac pacis* 2,12,16. Die hier verwendete Ausgabe: *Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres*, curavit B.J.A. De Kanter – Van Hettinga Tromp, additions novas addiderunt R. Feenstra et C.E. Persenaire adiuvente E. Arps-De Wilde, Die Aalen 1993, S. 350.

³ Dazu *B. Mertens*, *Im Kampf gegen die Monopole. Reichstagsverhandlungen und Monopolprozesse im frühen 16. Jahrhundert*, Tübingen 1996. Vgl. *J. Striedler*, *Studien*

Es gilt jedoch zu betonen, dass *Grotius* von Beginn an nicht von dem Standpunkt ausgeht, dass alle Monopole notwendigerweise illegitim sind. Dies scheint gut zu einem Juristen zu passen, der für sein Engagement bei der Verteidigung der kommerziellen Interessen der niederländischen Republik und insbesondere der VOC bekannt ist.⁴ Das ist gerade das erste Argument, das *Grotius* für seine allgemeine Auffassung anführt, dass nicht alle Monopole gegen das Naturrecht verstoßen:⁵ „sie können manchmal von der souveränen Gewalt aus einem legitimen Grund (*justa de causa*) und zu einem festen Preis (*pretio constituto*) zugelassen werden.“ Darüber hinaus vertritt *Grotius* die Ansicht, dass Privatpersonen legitimerweise ein Monopol schaffen können, zumindest wenn sie nicht betrügen und keine Wucherpreise verlangen. Er behauptet, dass marktbeherrschende Stellungen, die dadurch geschaffen werden, dass die Verkäufer alle Waren gekauft haben und sie dann zum gerechten Preis verkaufen, legitim sind. Er sagt wörtlich:⁶ „streng genommen verletzen sie das Recht eines anderen nicht“ (*proprie ius alterius non violant*). Aber unter Verweis auf den Kirchenvater *Ambrosius* fügt er hinzu, dass diese zweifellos sehr fleißigen Händler, die eine Monopolstellung erworben haben, die Regeln der Nächstenliebe verletzen (*adversus caritatis normam*).

Grotius' Analyse des in der angelsächsischen Welt als „cornering the market“ bekannten wirtschaftlichen Verhaltens, d.h. des Erlangens eingehender Kontrolle über einen Markt, ist kurz, aber faszinierend. Er scheint diese Praxis, die man heute recht schnell als „Marktmisbrauch“ bezeichnen könnte, einerseits zu legitimieren und andererseits zu verurteilen. Oder besser gesagt, er betrachtet diese Praxis aus zwei verschiedenen Blickwinkeln. Einerseits verwendet er juristische Kriterien (*ius*), andererseits macht er die Nächstenliebe (*caritas*) zur Grundlage seiner Betrachtung. Sollten wir dies als eine Vorwegnahme des modernen Unterschieds zwischen Recht und Moral lesen? Eine Moral, die, womöglich, in öffentliche Politik umgesetzt werden kann? Wir würden uns wünschen, dass *Grotius* seine äußerst prägnanten Positionen erläutert, aber in „*De iure belli ac pacis*“ tut er dies nicht.

zur Geschichte kapitalistischer Organisationsformen. Monopole, Kartelle und Aktiengesellschaften im Mittelalter und zu Beginn der Neuzeit, München 1925 (repr. 2014); *D. von Mayenburg*, Wörter für Wucher: *ius commune* and the Sixteenth Century Debate on the Legitimacy of South German Trading Houses, in: S. Gialdroni u.A. (Hrsg.), *Migrating Words, Migrating Merchants, Migrating Law. Trading Routes and the Development of Commercial Law*, Leiden/Boston 2019, S. 176–231.

⁴ *M.J. van Ittersum*, Profit and Principle. Hugo Grotius, Natural Rights Theories and the Rise of Dutch Power in the East Indies (1595–1615), (*Brill's Studies in Intellectual History*, 139), Leiden 2006, S. 359–480.

⁵ *Grotius*, (Fn. 2).

⁶ *Grotius*, (Fn. 2).

III. Weber und der Geist der europäischen Rechtsgeschichte

Die Hypothese, die hier vertreten wird, lautet, dass wir die Position von *Grotius* zu Monopolen besser verstehen können, wenn wir uns für das interessieren, was im Titel dieser „Grotius Lecture“ als „der Geist der europäischen Rechtsgeschichte“ benannt wurde. Dies ist natürlich ein direkter Bezug auf das Werk des großen Juristen und Rechtshistorikers *Max Weber*. In diesem Jahr feiern wir den 100. Jahrestag der Veröffentlichung der endgültigen Fassung seiner „Protestantischen Ethik und der Geist des Kapitalismus“. Auch wenn es nicht die Absicht dieses Beitrags sein kann, dieses faszinierende Werk zu diskutieren, so muss doch auf einige grundlegende methodologische Intuitionen *Max Webers* eingegangen werden.⁷ Sie helfen uns nicht nur, Hugo *Grotius* besser zu verstehen, sondern auch auf einer allgemeineren Ebene die spirituellen Wurzeln des juristischen Denkens in der europäischen Tradition besser zu fassen.

Ausgangspunkt der methodologischen Intuition *Max Webers* war nämlich, dass der Königsweg zum besseren Verständnis der geistigen Grundlagen der westlichen Rechts- und Wirtschaftsordnung über die Auswertung der frühneuzeitlichen Gewissensliteratur führt. Um die Beziehung zwischen religiösen Überzeugungen und wirtschaftlichen Ideen zu verstehen, hält *Weber* es für nötig, „vor allem solche theologischen Schriften heranzuziehen, die sich als aus der seelsorgerischen Praxis herausgewachsen erkennen lassen.“⁸ Der Frage nach der Richtigkeit der sogenannten Weberischen These über die protestantischen Wurzeln des Kapitalismus soll in diesem kurzen Artikel nicht nachgegangen werden. Unabhängig von der Gültigkeit der Schlussfolgerungen, zu denen *Weber* gelang, sollte hier die Aufmerksamkeit auf die methodologische Grundintuition von *Max Weber* gerichtet werden, die den Ausgangspunkt seiner Thesen bildete.

Weber besteht darauf, dass die pastorale Praxis, die Frucht der Beschäftigung des vormodernen Menschen mit dem Jenseits, die westliche Kultur nachhaltig geprägt hat. Zu dieser Beobachtung fügt er, oft auf etwas desillusionierte Weise, hinzu, dass der Vernunft des modernen Menschen die Kraft fehlt, den enormen Einfluss zu erfassen, den die religiöse Vorstellungskraft auf das tägliche Leben ausüben konnte. Selbst beim besten Willen, schließt er am Ende der „Protestantischen Ethik“, pflegt der moderne Mensch im ganzen nicht imstande zu sein, „sich die Bedeutung, welche religiöse Bewusstseinsinhalte auf die Lebensführung, die Kultur und die

⁷ Ausführlicher: *W. Decock*, *Le marché du mérite. Penser le droit et l'économie avec Léonard Lessius*, Brüssel 2019, Kap. 2 (*L'ombre de Max Weber*), S. 27–38.

⁸ *M. Weber*, *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, II, 2. Die hier verwendete Ausgabe: *M. Weber*, *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, in: *W. Schluchter und U. Bube* (Hrsg.), *Max Weber Gesamtausgabe*, 1.18, Tübingen 2016, S. 411.

Volkscharaktere gehabt haben, so groß vorzustellen, wie sie tatsächlich gewesen ist.“⁹ Dies ist eine Beobachtung, die er auch 1906 in einem Artikel über die „Kirchen und Sekten in Nordamerika“ in der Zeitschrift „Die Christliche Welt“ formulierte:¹⁰ „Wir modernen, religiös ‚unmusikalischen‘ Menschen sind schwer imstande, uns vorzustellen oder auch nur einfach zu glauben, welche gewaltige Rolle in jenen Epochen, wo die Charaktere der modernen Kulturnationen geprägt wurden, diesen religiösen Momenten zufiel, die damals, als die Sorge für das ‚Jenseits‘ den Menschen das Realste von Allem war, was es gab, Alles überschattete.“

Weber bezeichnet die Gewissensliteratur als privilegierten Zeugen dieser großen Sorge um die Seele und der großen Wirkung von Pfarrern als Experten und Beratern. Die Gewissensliteratur steht also im Mittelpunkt der Weberschen Methodik. Er wirft etwa einem Kritiker wie *Karl Fischer* vor, die Ergebnisse seiner Untersuchung mangels Verständnisses dieser methodischen Grundlage nicht verstanden zu haben. Tatsächlich führt die von Weber vorgeschlagene Methodik den modernen Leser weg von seiner bekannten Welt, die, um es mit den Worten *Pierre Legendres* auszudrücken, „von religiösen Bezügen sozusagen bereinigt wurde.“¹¹ Die Webersche Methodik hat jedoch das Verdienst, uns so nahe wie möglich an die Seele, an den Geist heranzuführen, der die Rechtsvorstellungen nicht nur in Europa selbst, sondern auch in der von europäischen Ländern in der Frühen Neuzeit eroberten Welt, über Jahrhunderte hinweg geprägt hat. Die umfangreiche Literatur über Gewissensfälle – von den mittelalterlichen Beichtsummen über die theologisch-juristischen Abhandlungen der Schule von Salamanca bis hin zu der puritanischen Kasuistik – legt offen, was der amerikanische Jura-Professor *Harold Berman* an der Harvard Law School als die Glaubenssysteme (belief systems) bezeichnen konnte, die das Rechts- und Wirtschaftsleben in der Vormoderne untermauerten.

Im Übrigen war *Max Weber* durchaus bewusst, dass in seiner „Protestantischen Ethik und der Geist des Kapitalismus“ nur ein Zipfel des Schleiers, der die Hunderttausende von Seiten verbirgt, die uns diese Beschäftigung mit dem Gewissen hinterlassen hat, gelüftet wurde. Statt das enorme Potenzial seiner Methodik auszuschöpfen, beschränkt er sich auf eine Voruntersuchung, die auf einer kleinen Auswahl von Autoren beruht, die protestantischen Sekten puritanischer Ausrichtung angehören. Die immense lutherische und katholische Literatur über Gewissensfälle wird in

⁹ *Weber*, (Fn. 8), S. 490.

¹⁰ *M. Weber*, Kirchen und Sekten in Nordamerika: eine kirchen- und sozialpolitische Skizze, *Die Christliche Welt*, 1906, in: W. Schluchter/U. Bube (Hrsg.), *Max Weber Gesamtausgabe*, 1.9, Tübingen 2014, S. 457.

¹¹ P. Legendre, Note marginale. L'étranger proche. Pour le public français, la leçon d'une recherche, Vorwort zu *H. J. Berman*, *Droit et révolution. L'impact des Réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, übersetzt von Alain Wijffels, Paris 2010, S. 9.

der „Protestantischen Ethik“ nicht besprochen. Nach eigenen Angaben wurde Weber vor allem durch die Lektüre des „Christian Directory“ aus 1673 vom puritanischen Pastor *Richard Baxter* (1615–1691) beeinflusst.¹² Dabei hat er später, in einem Brief an *Felix Rachfabl*, einen seiner Kritiker, eingeräumt, dass die rationalisierte Askese im Jesuitenorden ihre maximale Kraft gefunden habe.¹³ Darüber hinaus räumt er in seiner Studie „Zur Psychophysik der industriellen Arbeit“, die auf seinen empirischen Beobachtungen vom Betrieb des Textilunternehmens seiner Schwiegerfamilie beruht, ein, dass der moderne Katholizismus im Gegensatz zu mittelalterlichen Formen des Christentums auf die Lebensführung ganz ähnliche Auswirkungen haben kann wie die protestantische Askese.¹⁴

Die Weber'sche These war also nuancierter, als die Karikatur vermuten lässt. Sogar die Hauptquelle seiner „Protestantischen Ethik“, *Baxter's* „Christian Directory“, trägt die Spuren der Jesuitenkasuistik. In seine Liste der empfohlenen Autoren am Ende des dritten Teils der „Christian Directory“ nahm *Baxter* sowohl *Juan Azor*, einen spanischen Jesuiten, als auch *Martín de Azpilcueta*, Autor des wohl einflussreichsten Beichthandbuchs, des „Enchiridion seu manuale confessoriorum et poenitentium“, auf. Darüber hinaus gibt *Baxter* in seinem Buch offen zu, dass die Regeln seines eigenen asketischen Lebens unmittelbar von den Ratschlägen eines südniederländischen Jesuiten inspiriert sind. Der Name dieses Jesuiten ist spätestens seit der Veröffentlichung von Teilübersetzungen seines Hauptwerks „Über Gerechtigkeit und Recht“ (*De iustitia et iure*) auch Deutschen Wirtschaftswissenschaftlern und Juristen geläufig: *Leonardus Lessius* (1554–1623).¹⁵

Lessius war ein südniederländischer Jesuit und Theologe, der für seinen grundlegenden Beitrag zur Wirtschaftsethik und zu verschiedenen Doktrinen des Privatrechts bekannt war. Zu seiner Zeit galt er als „das Orakel der Niederlande“, weil die Kaufleute in Antwerpen und die politische Elite ständig an seinen Rat appellierten. Neben Werken über Recht und Handelsmoral verfasste er einflussreiche Werke über grundlegende theologische Fragen wie das Verhältnis von Gnade und freiem Willen sowie eine Abhandlung über die Lebenshygiene, das „Hygiasticon“, auf das *Richard Baxter* sich, wie eben erwähnt, als Handbuch für ein asketisches Leben be-

¹² *Weber* (Fn. 8), S. 414.

¹³ *M. Weber*, Antikritisches zum ‚Geist‘ des Kapitalismus, in: W. Schluchter/U. Bube (Hrsg.), *Max Weber Gesamtausgabe*, 1.9, Tübingen 2014, S. 583.

¹⁴ *M. Weber*, *Zur Psychophysik der industriellen Arbeit*, W. Schluchter/U. Bube (Hrsg.), *Max Weber Gesamtausgabe*, 1.11, Tübingen 1995, S. 362, Fn. 95.

¹⁵ N. Jansen (Hrsg.)/K. Wille (Übers.), *Leonardus Lessius: De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus*, Über die Gerechtigkeit und das Recht und die übrigen Kardinaltugenden, Teil I: De prudentia. Über die Klugheit, Stuttgart 2020; B. Schefold (Hrsg.)/T. Van Houdt (Übers.), *Leonardus Lessius' De Iustitia et Iure*. *Vademecum zu einem Klassiker der spätscholastischen Wirtschaftsanalyse*, Düsseldorf 1999.

zog. *Lessius* gilt auch allgemein als Brückenfigur zwischen der sogenannten „Schule von Salamanca“ und den Naturrechtlern des 17. Jahrhunderts, darunter *Grotius*. Auf sein Gesamtwerk und den vollständigen Kontext seines Denkens und Handelns kann hier nicht eingegangen werden. Drei Beobachtungen sind jedoch wichtig.

Erstens ist *Lessius* ein Lehrbuchbeispiel für die faszinierende Verflechtung von juristischem, ethischem und wirtschaftlichem Denken in der Gewissensliteratur der Frühen Neuzeit. Aber neben ihm gab es Hunderte von katholischen Theologen und Juristen, die sich mit diesem Thema befassten und uns einen Einblick in den „Geist der europäischen Rechtsgeschichte“ à la *Weber* gaben. Eine zweite Bemerkung betrifft den allgemeinen Tenor des Denkens von *Lessius*. Sowohl auf dem Gebiet der Fundamentaltheologie, die sich u.a. mit der Frage der Gnade und des freien Willens befasst, als auch auf dem Gebiet der Wirtschaftsethik wurden *Lessius*' Meinungen als „meritokratisch“ charakterisiert. Für *Lessius* müssen harte Arbeit, Beharrlichkeit und Willenskraft belohnt werden, sowohl auf Erden als auch im Himmel. Mit anderen Worten, auf theologischer Ebene glaubt er, dass derjenige, der viele gute Werke (wie Werke der Nächstenliebe, des Gebets, der Askese) tut, mit einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit auf das Paradies sollte hoffen können, obwohl natürlich die Gnade Gottes weiterhin notwendig ist. Und auf wirtschaftsethischer Ebene glaubt er, dass der gewissenhafte Geschäftsmann, der den Mechanismus des Marktes versteht und auf dieser Grundlage spekuliert und Handel treibt, einen legitimen Gewinn erzielt. Anstrengungen müssen belohnt werden. Das führt zu einer dritten Beobachtung, insbesondere hinsichtlich der Ansichten von *Lessius* über Monopole. Diese sind von großer Bedeutung, nicht nur, weil sie seine meritokratischen Tendenzen konkret veranschaulichen, sondern auch, weil sie den Hintergrund für *Grotius*' Überlegungen zu marktbeherrschenden Stellungen und Staatsmonopolen bilden.

IV. *Lessius* und Monopole

Lessius' Auffassung von Monopolen findet sich im letzten Kapitel seiner Diskussion über den Kaufvertrag in seinem Traktat „Über Gerechtigkeit und Recht“. Merkwürdigerweise fehlt dieses Kapitel in der ersten Ausgabe seines Werkes von 1605, aber in allen nachfolgenden Ausgaben ist „Dubitatio 20“ stets vorhanden. Die Art und Weise, in der *Lessius* den Titel dieser Frage formuliert, ist nicht unwichtig: „Sind alle Arten des Monopols unrecht?“. Es geht um eine rhetorische Frage. *Lessius* legt dem Leser die Antwort schon allein durch die Art und Weise, in der er seine Frage formuliert, in den Mund. Selbstverständlich lautet die Antwort: „nein, nicht alle Arten des Monopols sind rechtswidrig“. Somit klingt der erste Satz der Behand-

lung der Monopolfrage durch *Grotius* wie eine Antwort auf die von *Lessius* gestellte Frage: „*Monopolia non omnia cum jure naturae pugnant*“ – nicht alle Monopole sind naturrechtswidrig. In *Lessius'* Kapitel über Monopole finden wir keinen Hinweis auf die Verordnung des *Kaisers Zeno* aus dem Jahr 483. In der scholastischen Tradition diente sie jedoch als Ausgangspunkt für eine strikte Verurteilung von Monopolen, und in den 1520er Jahren bezog *Kaiser Karl V.* sich auf diese Verordnung, um die Konzentration der Wirtschaftsmacht in den Händen der deutschen Großbanken – der *Fugger* und *Welser* – und der großen Import- und Exportfirmen, die mit Gütern aus der Neuen Welt handelten, einzudämmen.

Aber lassen Sie uns am Anfang beginnen. *Lessius* beginnt in guter scholastischer Weise mit einer Definition des Phänomens, das er aus rechtlicher und moralischer Sicht bewerten will. Neben einer engen Definition des Monopols unterscheidet er eine breitere Definition. Gemäß einer engen Definition bezieht sich der Begriff auf eine Situation, in der Waren von einem einzigen Händler verkauft werden, oder umgekehrt auf eine Situation, in der mehrere Verkäufer mit einem einzigen Käufer zu tun haben – die letztere Situation wird genauer als „Monopsonie“ bezeichnet. Von größerer Bedeutung ist jedoch die allgemeinere Definition von Monopol, die *Lessius* formuliert:¹⁶ „Jede von Kaufleuten ins Werk gesetzte Machenschaft oder Fleiß (*industria*), sich ganz allein entweder den Verkauf eines bestimmten Produkts oder dessen Verkauf zu einem bestimmten Preis zu sichern, muss als Monopol angesehen werden.“ Auf dieser Definition stützt *Lessius* dann seine Analyse, sodass er letztendlich vier verschiedene Arten von Monopolen nach ihrer Entstehungsweise unterscheiden kann:¹⁷

„Ein Monopol kann auf vier verschiedene Arten begründet werden: (1) die Verkäufer verschwören sich, um sicherzugehen, dass niemand eine bestimmte Ware zu einem niedrigeren Preis verkauft, oder (2) sie stellen sicher, dass sie die Einzigen sind, die eine bestimmte Ware verkaufen können, entweder (2.1) indem sie das Privileg eines Fürsten erhalten, oder (2.2.) indem sie sich mit ihrem Fleiß (*industria*) bemühen, gleichzeitig alle Waren einer bestimmten Art aufzukaufen, um sie aus dem Verkehr zu ziehen, bis die Preise steigen; (2.3.) oder indem sie Konkurrenten hindern, die diese Waren von anderswo importieren wollen.“

Diese Definition ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Es fällt dem heutigen Juristen natürlich schwer, nicht sofort an das moderne Wettbewerbsrecht mit seinem grundsätzlichen Verbot von Kartellen und bedingtem Verbot von ungerechtfertigten marktbeherrschenden Stellungen zu denken, die in den Artikeln 101 und 102 des Vertrags über die Ar-

¹⁶ *Lessius*, *De iustitia et iure*, 2,21,20,144. Vgl. Schefold/Van Houdt (Fn. 15), S. 126.

¹⁷ *Lessius*, *De iustitia et iure*, 2,21,20,144. Vgl. Schefold/Van Houdt (Fn. 15), S. 126–127.

beitsweise der Europäischen Union verankert sind.¹⁸ Für den Rechtshistoriker und den Historiker des Wirtschaftsdenkens wiederum ist es unmöglich, in *Lessius'* Definition nicht die Widerspiegelung der kartellfeindlichen Haltung der Scholastiker zu sehen. Diese zutiefst kartellfeindliche Haltung in der scholastischen Tradition wurde bereits von *Joseph Höffner*, *Raymond de Roover* und *Odd Inge Langholm* hervorgehoben.¹⁹ Diesbezüglich sind keine Ausnahmen möglich. Typisch scholastisch ist auch die scharfe Verurteilung von Markteintrittsbarrieren – Ausnahmen sind nicht möglich.

Aber die Diskussion des *Lessius* über die beiden anderen Formen des Monopols – auf der Grundlage eines fürstlichen Privilegs oder auf der Grundlage des Fleißes (*industria*) – verdient eine weitere Erklärung, da er diese nicht pauschal verurteilen will. Es sind genau diejenige Formen des Monopols, die *Grotius* nicht unbedingt als rechtswidrig bezeichnet. Wie bereits erwähnt, sagte er dazu: Monopolprivilegien sind erlaubt indem sie durch die Obrigkeit aus einem legitimen Grund (*justa causa*) und zu einem festen Preis (*pretio constituto*) zugelassen werden. Darüber hinaus vertritt *Grotius* die Ansicht, dass Privatpersonen eine marktbeherrschende Stellung schaffen, ohne die Rechte eines anderen zu verletzen (*ius alterius non violant*), wenn sie alle Waren zum gerechten Preis gekauft haben und dann ohne Betrug zum gerechten Preis verkaufen. Unter Bezug auf *Ambrosius* meint er allerdings, dass diese zweifellos sehr fleißigen Händler, die eine Monopolstellung erworben haben, die Regeln der Nächstenliebe verletzen (*adversus caritatis normam*). Wie im Folgenden gezeigt wird, kommen diese Meinungen von *Grotius* der ausführlicheren Diskussion von *Lessius* sehr nahe.

Tatsächlich ist *Lessius* mit anderen scholastischen Theologen der Ansicht, dass die Obrigkeit gute Gründe (*justae causae*) haben kann, bestimmten Kaufmännern ein besonderes Privileg zu erteilen. Dies ist besonders der Fall, meint er, „wenn der Fürst sich entscheidet, ein Privileg zu verkaufen, weil er sieht, dass ansonsten niemand diese Spezielle Art von Waren wegen der damit verbundenen, nicht einfach zu deckenden Kosten in ausreichend höher Menge einführen möchte, solange nicht für eine gewisse Zeit ein Privileg gewährt wird, oder weil er dringend Geld benötigt, um es für das Gemeinwohl zu verwenden.“²⁰ Er fügt allerdings hinzu, dass „wenn der Fürst ein Privileg für die Einfuhr und den Verkauf von

¹⁸ Vgl. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

¹⁹ *J. Höffner*, Wirtschaftsethik und Monopole im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert, Jena 1941; *R. De Roover*, Monopoly Theory Prior to Adam Smith: A Revision, *The Quarterly Journal of Economics* 65 (1955), 492–524; *O. I. Langholm*, Monopoly and Market Irregularities in Medieval Economic Thought: Traditions and Texts to AD 1500, *Journal of the History of Economic Thought* 28 (2006), 395–411.

²⁰ *Lessius*, *De iustitia et iure*, 2,21,20,148. Vgl. Schefold/Van Houdt, (Fn. 15), S. 127.

Waren gewährt, die für den Erhalt der politischen Gemeinschaft wesentlich sind, er verpflichtet ist, den Preis der Waren festzusetzen.²¹ Monopolprivilegien sind also erlaubt, aber nur zu einem festen Preis – *constituto pretio*, wie es bei *Grotius* heißt. Dies ist in der Tat traditionelles scholastisches Denken über Monopolprivilegien, aber *Grotius* hat es zweifellos über *Lessius* in sein „*De iure belli ac pacis*“ aufgenommen. Schließlich sind die Ähnlichkeiten zwischen *Lessius*' und *Grotius*' Behandlung der Frage der Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund von Fleiß noch frappierender. Gerade dort widerspricht *Lessius* den traditionellen scholastischen Ansichten. Er selbst wagt es, dies zuzugeben. Wenn eine oder mehrere Personen alle Waren einer bestimmten Art aufkaufen (z.B. Korn zur Erntezeit, davor oder danach), um diese später nach ihrem eigenen Belieben zu verkaufen, sündigten diese Leute nach Auffassung mancher Experten gegen die Gerechtigkeit. *Lessius* hält diese Ansicht für sehr wahrscheinlich, entwickelt dann aber die gegenläufige Meinung, die ihm nicht unwahrscheinlich erscheint. Mit der ihm eigenen Achtung für den Fleiß (*industria*), stellt er fest, dass der Prozess des Erwerbs einer marktbeherrschenden Stellung an sich die Austauschgerechtigkeit nicht untergräbt. Sofern der Geschäftsmann nicht zu betrügerischen Manövern gegriffen hat, ist davon auszugehen, dass er seine beherrschende Stellung durch mehrere Verträge erworben hat, die an sich die Vertragsgerechtigkeit respektieren. Darüber hinaus ist das erworbene Eigentumsrecht an den Waren dem Eigentumsrecht an jedem anderen Eigentum gleichzustellen. Dieses Recht schließt die Befugnis ein, in absoluter Weise über die Waren zu verfügen. Mit anderen Worten, mit *Lessius* kann man behaupten, der Geschäftsmann habe im Prinzip sogar das Recht, die Waren, dessen vollkommener Herr er ist, zu zerstören.

Folgerichtig zwingen sein Respekt für die Vertragsfreiheit, das Privateigentum und den Fleiß des Händlers (*industria*) *Lessius* dazu, Praktiken der künstlichen Verknappung nachsichtiger zu beurteilen als frühere Experten. Einer seiner Vorgänger, *Juan de Medina*, Autor eines einflussreichen Traktats über Buße, Restitution und Verträge hatte aufgrund der kaiserlichen Konstitution des *Zenos* und des Kanons *Quicumque*, jede Form der künstlichen Verknappung kategorisch abgelehnt. *Lessius* wandte sich jedoch gegen *Juan de Medina* auf der Grundlage seiner grundsätzlich meritokratischen Auffassung von Handel und Recht. Er zitiert nicht die erwähnten Passagen aus dem *ius commune* und versteckt sich hinter der Autorität seines Amtskollegen *Luis de Molina*, der behauptete, dass die Händler, die von einer zu Recht erworbenen marktbeherrschenden Stellung profitieren, nicht aufgrund der *iustitia commutativa* zu irgendeiner Entschädigung verpflichtet werden können. *Lessius* zufolge kann eine

²¹ *Lessius*, *De iustitia et iure*, 2,21,20,149. Vgl. Schefold/Van Houdt, (Fn. 15), S. 127.

marktbeherrschende Stellung, wie stark sie sich auch auf die Preise auswirken mag, auf der Grundlage der Regeln des Privatrechts nicht so einfach abgetan werden:²² „Die Handlungsweise, die den Preis hat ansteigen lassen, verstößt nicht gegen die Gerechtigkeit. Auch verstoßen die Kaufleute nicht gegen die Gerechtigkeit, indem sie die Ware zurückhalten oder nicht verkaufen, weil die Gerechtigkeit sie nicht dazu zwang, die Ware zu einer bestimmten Zeit zu verkaufen, und sie sich in keiner Weise dazu verpflichtet haben, dies zu tun. Sie hätten die Ware für eine andere Gelegenheit zurückhalten, sie an einen anderen Ort schaffen oder sie sogar zerstören können, ohne irgendjemandem Unrecht zuzufügen, weil sich die Waren völlig in ihrem Eigentum befanden. Und so hätten auch nicht die Bürger ein Recht im strengen Sinne gehabt, die Waren zu kaufen, wenn die Verkäufer diese nicht hätten verkaufen wollen.“

Lessius' Beurteilung von marktbeherrschenden Stellungen und der Schaffung künstlicher Knappheit aus der Sicht der Tauschgerechtigkeit ist daher recht radikal. Dies bedeutet jedoch nicht, dass er am Ende einfach alle dominanten Positionen billigt. Im Gegenteil, *Lessius* ist der Meinung, dass diese wirtschaftliche Situation nicht nur aus rein privatrechtlichen Gesichtspunkten und mittels Begriffen wie Vertragsfreiheit und individuelles Eigentum betrachtet werden kann. Die Bewertung aus der Sicht der Tauschgerechtigkeit, der sogenannten *iustitia particularis*, also die Gerechtigkeit im privatrechtlichen Sinne, reicht nicht. Es sollte auch eine Bewertung aus der Sicht der *iustitia legalis* erfolgen. In der scholastischen Tradition bezog sich die *iustitia legalis* gegenüber der *iustitia particularis* auf die Gemeinwohlgerechtigkeit.²³ Ein Verstoß gegen diese Gemeinwohlgerechtigkeit kann auf strafrechtlichem Weg sanktioniert werden. Gerade weil die breite Gemeinschaft unter einer Situation der wirtschaftlichen Machtkonzentration leidet, hat die Obrigkeit nach *Lessius* das Recht und die Macht, einzugreifen. Die Schlussfolgerung ist daher nicht so sehr, dass *Lessius* dominante Positionen einfach akzeptiert, sondern vielmehr, dass er eine subtile Unterscheidung zwischen der Bewertung dieses Phänomens aus der Sicht des Privatrechts einerseits und aus der Perspektive des öffentlichen Rechts andererseits trifft. In der scholastischen Sprache, die seine eigene ist, klingt das so:²⁴ „Es darf argumentiert werden, dass solche Leute nicht aus Gründen strenger Gerechtigkeit verpflichtet sind, eine Entschädigung zu leisten, und sie haben nicht gegen den Grundsatz der partikularen Gerechtigkeit verstoßen, sondern lediglich gegen die Nächstenliebe (*charitas proximorum*) und gegen die legale Gerechtigkeit (*iustitia legalis*), nämlich den öffentlichen Nutzen (*utilitas publica*).“

²² *Lessius*, *De iustitia et iure*, 2,21,20,151. Vgl. Schefold/Van Houdt, (Fn. 15), S. 127.

²³ *A. Grimm*, *Frieden und Ruhe des Gemeinwesens bei Domingo de Soto*, Münster 2017, S. 87–88.

²⁴ *Lessius*, *De iustitia et iure*, 2,21,20,151. Vgl. Schefold/Van Houdt, (Fn. 15), S. 127.

V. Wirkungsgeschichte

Und so sind wir zu *Grotius* zurückgelangt. Einerseits verteidigt er aus rechtlicher Sicht im engeren Sinne des Wortes (*ius*) marktbeherrschende Stellungen, die sich aus gerechten Verträgen ergeben, die von gewissenhaften Händlern abgeschlossen werden. Bei diesen Transaktionen werden die Rechte von niemandem verletzt. Andererseits weist er darauf hin, dass diese Praktiken im Widerspruch zur Nächstenliebe (*caritas*) stehen. *Grotius* bietet somit eine ausgezeichnete Zusammenfassung der ausführlichen Diskussion, die wir in *Lessius'* „*De iustitia et iure*“ finden.²⁵ Gleichzeitig geht er auch von der von *Lessius* initiierten subtilen Änderung der Grundhaltung gegenüber Monopolen aus, indem er sagt, dass „nicht alle Monopole notwendigerweise naturrechtswidrig sind“, anstatt schlicht von dem allgemeinen Grundsatz auszugehen, dass alle Arten des Monopols rechtswidrig sind. Gleichzeitig lehnen sowohl *Lessius* als auch *Grotius*, im Einklang mit der scholastischen Tradition, Kartelle und Marktbarrieren entschieden ab.

Die Auswirkungen ihres Perspektivwechsels und der klaren Unterscheidung zwischen Recht und Nächstenliebe waren groß. Das kann man etwa bei *Heinrich von Cocceji* (1644–1719), der Nachfolger *Samuel von Pufendorfs* als Professor für Natur- und Völkerrecht an der Universität Heidelberg und Vater des späteren preußischen Großkanzlers *Samuel von Cocceji*, feststellen. In seinem Kommentar zu *Grotius'* „*De iure belli ac pacis*“ stellt *Heinrich von Cocceji* von vornherein fest, dass Monopole grundsätzlich naturrechtlich zulässig sind: „*jure naturae monopola licita sunt*“. Er setzt sich für eine affirmative Formulierung dieses Prinzips ein und verwendet keine doppelte Verneinung mehr, wie *Lessius* und *Grotius*. Er geht also einen Schritt weiter. *Heinrich von Cocceji* folgt der Argumentation von *Lessius* und *Grotius*, wenn es um die Beurteilung marktbeherrschender Stellungen unter dem Gesichtspunkt der *iustitia particularis* geht, denn, so erklärt er, „jeder kann nach seinem Recht über sein Eigentum nach Belieben verfügen und alle Waren einer bestimmten Art aufkaufen und sie dann zu dem von ihm gewünschten Preis und an die von ihm gewünschten Käufer verkaufen“.²⁶ Wie *Lessius* und *Grotius* sieht er jedoch eine Begrenzung dieser Freiheit durch die Obrigkeit vor. Er räumt ein, trotz der aus privatrechtlicher Sicht unproblematischen Natur dieser Marktpraxis ist

²⁵ Das ist ein wiederholter Befund, vgl. W. Decock, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune* (c. 1500–1650), Leiden/Boston 2013, S. 208–212, S. 272–274, S. 321–325, S. 494–496, S. 598–601.

²⁶ Hugonis Grotii de iure belli ac pacis libre tres, cum annotatis auctoris, nec non J.F. Gronovii Notis, et J. Barbeyracii Animadversionibus; commentariis insuper Henr. L.B. De Cocceii, insertis quoque observationibus Samuelis L.B. De Cocceii, Lausannae, 1751, Bd. 2, S. 118 (vgl. S. 710).

sie aus politischen Gründen (*ex ratione politica*) meist verboten. Einerseits radikalisiert also *Heinrich von Cocceji*, im Einklang mit der frühneuzeitlichen scholastischen und naturrechtlichen Tradition, die Vertragsfreiheit und den Eigentumsbegriff. Andererseits ist aber auch ihm bewusst, dass diese private Freiheit zum Zweck des Gemeinwohls öffentlich-rechtlich eingeschränkt werden muss. In gewissem Sinne könnte man sagen, dass wir hier die Geburt des Wirtschaftsrechts aus dem Geist der christlichen Gewissensliteratur als eine Disziplin an der Schnittstelle von Privatrecht und öffentlichem Recht sehen.

Abschließend ist übrigens anzumerken, dass das zeitgenössische wissenschaftliche Interesse an diesen anregenden Überlegungen der Scholastiker zum Marktrecht und insbesondere zu Monopolen auf Forschungen zurückgeht, die zuerst in den 1930er Jahren an der Universität Freiburg durchgeführt wurden. Vor dem Hintergrund der wettbewerbsfeindlichen Entwicklungen seiner Zeit tauchte *Joseph Höffner*, der spätere Kardinal und damals Doktorand des Wirtschaftswissenschaftlers *Walter Eucken*, auf der Suche nach einem Gegenmodell in die frühneuzeitliche Scholastik ein. Angeregt durch die Diskussionen über *Max Webers* These, setzte er sich mit der Gewissensliteratur des fünfzehnten und sechzehnten Jahrhunderts auseinander, mit besonderem Interesse an der Schule von Salamanca. Und dort fand er eine Tradition vor, die einhellig gegen Kartelle war, gleichzeitig aber ein verfeinertes Vokabular für den Umgang mit anderen Formen wirtschaftlicher Machtkonzentration, insbesondere mit marktbeherrschenden Stellungen, entwickelt hatte. Genau wie sein Doktorvater *Walter Eucken* interessierte sich *Joseph Höffner* in diesen scholastischen Quellen für das Wechselspiel zwischen dem Respekt vor den grundlegenden privatrechtlichen Prinzipien wie der Vertrags- und Eigentumsfreiheit einerseits und der Notwendigkeit einer öffentlich-rechtlichen Regulierung des Marktes zur Wahrung des Allgemeininteresses andererseits.²⁷ Das Ergebnis war die sofortige Veröffentlichung, 1941, von *Höffners* Dissertation über „Wirtschaftsethik und Monopole im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert“ in den „Freiburger Staatswissenschaftlichen Schriften“ – einer Reihe, die von *Walter Eucken*, *Franz Böhm* und *Hans Grossman-Doerth*, den Begründern der sogenannten Freiburger Ordoliberalen Schule, geleitet wurde.²⁸ Auf diese Weise wurde der moraltheologische bzw. naturrechtliche Geist des europäischen Wettbewerbsrechts gerade zu einer Zeit wiederbelebt, als die Grundlagen des modernen deutschen und dann europäischen Wettbewerbsrechts gelegt wurden.

²⁷ Vgl. *G. Franco*, *Da Salamanca a Friburgo. Joseph Höffner e l'economia sociale di mercato*, Città del Vaticano 2015, S. 151–164.

²⁸ *Höffner*, (Fn. 19).

Summary

“Not all monopolies are against nature.” With this brief opening statement of a short passage on monopolies in *De iure belli ac pacis*, Hugo Grotius neatly summarized his compelling but succinct exposition on the legitimacy and illegitimacy of different types of concentration of market power. While rejecting cartel behavior and the artificial creation of market barriers, he considered that state monopolies at fair prices and dominant positions acquired by honest means were two instances of monopolies that deserved a more nuanced assessment. Drawing on Max Weber’s intuition about the spiritual sources of Western legal culture, this paper argues that a fresh look at Grotius’s scholastic sources, especially Lessius’s *De iustitia et iure*, allows us to gain a deeper understanding of why Grotius did not reject the latter types of monopoly straight away, at least not from a strictly juridical point of view. At the same time, building on the scholastic distinction between charity and law, Grotius introduced a notion popular with later natural lawyers such as Henricus Coccejus that certain dominant positions may be prohibited on policy grounds despite their apparent legitimacy from a purely contractual point of view.