

26. 1. Trifft die Entschädigungsverpflichtung des §. 34 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 die offene Handelsgesellschaft, wenn die Patentverletzung von einem zu ihrer Vertretung befugten Gesellschafter in der Geschäftsführung wissentlich begangen ist?

2. Sind unter den Passiven des Handelsgeschäftes, welche dessen Erwerber gegen die Gläubiger zu übernehmen erklärt, die Ersatzverpflichtungen für im Geschäftsbetriebe vom Veräußerer begangene außerkontraktliche Verletzungen begriffen?

I. Civilsenat. Urth. v. 5. Februar 1886 i. S. J. L. u. Gen. (Bekl.) w. F. (Kl.) Rep. I. 390/85.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte Sidor L. war bis zum 2. Juni 1880 Einzelkaufmann. Von diesem Zeitpunkte ab betrieb er ein Handelsgewerbe

gemeinschaftlich mit dem Kaufmanne L. C. unter der Firma F. L. Der Fabrikant F., dem vom Kaiserl. Patentamte ein Patent auf eine Maschine zum Biegen der Drahtbügel für Flaschenverschlüsse erteilt worden war, hat sowohl gegen die Handelsgesellschaft F. L., wie gegen die Personen Sfidor L. und L. C. eine Klage auf Schadensersatz wegen Patentverletzung erhoben, indem er behauptete, Sfidor L. habe im Juli 1879 eine unter das Patent fallende Maschine, die er sich habe bauen lassen, wissend, daß sie unter das Patent falle, in seiner Fabrik in Benutzung genommen und zum Zwecke der gewerbemäßigen Herstellung und des Verkaufes von Flaschenverschlüssen benutzt, und es sei diese Benutzung nach Errichtung der Handelsgesellschaft F. L. seitens dieser zu ihren Erwerbzzwecken fortgesetzt worden. Für den Schaden insolge dieser Benutzung während des gesamten Zeitraumes sollten alle drei Beklagten, jeder solidarisch für das Ganze, haftbar sein, und zwar für den Zeitraum, in welchem Sfidor L. sein Geschäft als Einzelkaufmann betrieb, außer ihm die Handelsgesellschaft F. L. und deren Mitgesellschafter L. C. deshalb, weil die Handelsgesellschaft alle Geschäftsschulden des Sfidor L. übernommen und dies öffentlich kundgegeben habe, für die Zeit nach Errichtung der Handelsgesellschaft alle drei Beklagten deshalb, weil die Handelsgesellschaft, für die Sfidor L. als vertretungsberechtigter Gesellschafter gehandelt habe, so daß dessen Wissenlichkeit von der Gesellschaft zu vertreten sei, nunmehr die Verlezerin des Patenten geworden sei.

Das Berufungsgericht erkannte, daß der Schadensanspruch für die Benutzung vor Errichtung der offenen Handelsgesellschaft dem Sfidor L. gegenüber und für die Benutzung nach Errichtung der Handelsgesellschaft allen drei Beklagten gegenüber seinem Grunde nach für festgestellt zu erachten. Die gleiche Feststellung des Anspruches gegen die Handelsgesellschaft und den L. C. in bezug auf die vor Errichtung der Handelsgesellschaft geschehene Benutzung wurde von einem Eide über die behauptete Thatsache, daß die Handelsgesellschaft die Übernahme der Passiva des Sfidor L. durch Circular erklärt habe, abhängig gemacht. Das Reichsgericht wies die Revision der Beklagten zurück.

Aus den Gründen:

„1. Das Berufungsgericht hat den Grund des erhobenen Anspruches auf Ersatz des durch eine über den Zeitraum vom Sommer 1879 bis zum 20. Februar 1885 sich fortsetzende erstreckende Patentverletzung zugesügten

Schadens, und zwar vorbehaltlich der Wirkungen der Leistung oder Nichtleistung des erkannten Eides, allen drei Beklagten gegenüber für dargethan erachtet. Es beruht dies in betreff des Zeitraumes von der Errichtung der offenen Handelsgesellschaft F. L. bis zum 20. Februar 1885 auf der rechtlichen Auffassung, daß, indem während dieses Zeitraumes Isidor L., der zur Vertretung der offenen Handelsgesellschaft F. L. befugt war, wissentlich die dem F. patentierte Erfindung zum Zwecke der gewerblichen Verwertung im Handelsgewerbe der offenen Handelsgesellschaft F. L. in Benutzung genommen habe, die offene Handelsgesellschaft die zur Entschädigung gemäß §. 34 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 Verpflichtete sei. Die Begründetheit dieser rechtlichen Auffassung, von welcher für den gedachten Zeitraum die Verpflichtung sowohl der offenen Handelsgesellschaft F. L. wie des nach Art. 112 H.G.B. für deren Verbindlichkeiten solidarisch haftbaren Gesellschafters L. C. abhängt, hat das Berufungsgericht lediglich mit dem Satze vertreten, eine offene Handelsgesellschaft sei für den von ihren Vertretern bei der Geschäftsführung zugefügten Schaden für verpflichtet zu erklären. Dieser Satz ist durchaus bestritten, und Doctrin wie Praxis haben überwiegend die Tendenz, ihn in dieser Allgemeinheit zu verneinen. Es soll hier daran erinnert werden, daß der preussische Entwurf eines Handelsgesetzbuches in den Artt. 43. 57. 115 allerdings Vorschriften enthielt, nach welchen der Prinzipal und die offene Handelsgesellschaft für den Schaden, welchen ein Faktor, ein Handlungsgehilfe, ein Gesellschafter in Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte einem Dritten zufüge, verantwortlich sein sollte, daß aber in der Nürnberger Konferenz zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, nachdem bereits in der ersten Lesung die Aufnahme dieser Bestimmungen bekämpft und die den Handlungsgehilfen betreffende gestrichen worden war, bei der dritten Lesung auch die den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten wie den Gesellschafter betreffenden Artt. 53 (52). 117 (116) der zweiten Lesung, sowie der für die Vorsteher der Aktiengesellschaft nach den Beschlüssen der ersten Lesung entsprechend eingefügte Art. 218 (211) der zweiten Lesung gestrichen wurden, nachdem dagegen geltend gemacht worden war, daß es durchaus bedenklich sei und an entscheidenden Zweckmäßigkeitsgründen fehle, einen solchen Ausnahmesatz in Durchbrechung der in Deutschland geltenden Civilrechte, die ihn bis auf den Code civil, in dem er übrigens

bestimmter und deutlicher enthalten, nicht kennen, für das Handelsrecht allein zu statuieren.

Vgl. Protokolle S. 85. 99 flg. 214. 4518. 4528. 4544; Entsch. des R.D.S.G.'s Bd. 6 S. 404 flg.

Von dieser Entstehungsgeschichte aus ist fortgesetzt angenommen worden, daß aus dem Handelsgesetzbuche keine Verantwortlichkeit des Prinzipales — abgesehen vom Rheder gemäß Art. 451 — für ein schuldbares Verhalten seiner Vertreter bei deren faktischen Verrichtungen, auch wenn sie innerhalb des ihnen anvertrauten Geschäftskreises erfolgen, — im Gegensatz zu Verletzungen des Gegenkontrahenten bei Eingehung oder Erfüllung von Verträgen — herzuleiten sei, und daß sich eine solche Verantwortlichkeit auch aus den Grundsätzen der bürgerlichen Rechte, abgesehen vom Art. 1384 Code civil, über die Stellvertretung nicht ergebe, weil es an einem Rechtsätze hierfür fehle und die Übertragung eines Wirkungskreises, die durch Einräumung der Vertretungsbefugnis geschehe, nur auf Vornahme erlaubter Handlungen zu beziehen sei.

Vgl. Entsch. des R.D.S.G.'s Bd. 19 S. 196 flg., insbesondere 201, Bd. 25 S. 347 flg.¹

Die Ausnahmen, welche man in betreff der Haftung gewisser Gewerbeunternehmer für das Verschulden ihrer Leute auf gewohnheitsrechtliche Grundsätze gegründet hat,

vgl. Entsch. des R.D.S.G.'s Bd. 12 S. 79, Bd. 21 S. 286, interessieren hier unmittelbar nicht. Auch erscheint jenes Prinzip dadurch nicht in Frage gestellt, daß überall da, wo ein Gesetz schon an die Thatsache des Innehabens eines Gewerbevermögens oder eines Gewerbebetriebes als Geschäftsherr wegen der hiermit gegebenen Verkehrsbeziehungen eine der Feststellung eines Schuldmomentes nicht bedürftige Verpflichtung knüpft, der Geschäftsherr als der Verpflichtete angesehen wird. Nur ergeben allerdings sowohl jene Statuierung von Ausnahmen wie die sichtbare Tendenz der Praxis, die an ein bestimmtes Zustandsverhältnis anknüpfenden, auf Schadensverhütung abzielenden gesetzlichen Gebote als an diejenigen, für deren Rechnung der Zustand

¹ Thöl, Handelsrecht (5. Aufl.) Bd. 1 S. 293; Löning, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten S. 75 flg.; Behrend, Handelsrecht S. 344. 345. 519. 520; Anschütz und v. Wölferdorff, Kommentar zum Handelsgesetzbuche Bd. 1 S. 311. D. E.

begründet oder erhalten wird, und nicht an diejenigen, welche die Vertreter sind, gerichtet anzusehen,

vgl. insbes. f. d. jurist. Personen Entsch. d. R.D.G.G.'s Bd. 8 S. 201, Entsch. d. R.G.'s in Civilf. Bd. 8 S. 236, Reichsgerichtsentf., abgedr. in R a s s o w u. K ü n z e l (G r u c h o t's) Beitr. Bd. 25 S. 106, Bd. 26 S. 930, wie jenes Prinzip als eine Fessel, welcher die Verkehrsbedürfnisse und die Forderung einer gleichmäßigen Verteilung von Recht und Pflicht widerstreben, empfunden wird.

Von jenem Prinzip aus lassen sich nun allerdings Bedenken erheben, ob, wenn sich der Geschäftsbetrieb des Vertreters im Wege eines unbefugten Eingriffes in das Eigentum oder ein anderes absolutes oder Individualrecht eines Dritten, wie Autor- und Erfinderrecht, Marken- oder Firmenrecht vollzieht, den Geschäftsherrn dem Dritten gegenüber die Schadenersatzpflicht trifft, sofern das Gesetz dieselbe an das Erfordernis einer Verschuldung knüpft, mag auch in der Person des Vertreters diese Verschuldung vorhanden sein. Die Möglichkeit solcher Bedenken ist auch in dem Urteile des II. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 29. Juni 1883 (abgedruckt in Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 10 S. 301) in einem Falle, in welchem die Entschädigungsforderung gegen eine offene Handelsgesellschaft wegen einer von einem ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter verübten Verletzung eines Markenrechtes in Frage stand, hervorgehoben worden (vgl. übrigens auch Kohler, Markenschutz S. 366). Der Zweifel gelangt dort nicht zum Austrage, weil der Art. 1384 Code civil zur Anwendung zu bringen war. Der II. Civilsenat hat ferner in dem Urteile vom 17. Oktober 1882 i. S. E l f a n u. Gen. v. R u n n e'sche Erben Rep. II. 246/82, betreffend einen nicht nach dem Code zu beurteilenden Fall des Betriebes eines Verlagsgeschäftes seitens einer Witwe durch einen Handlungsbevollmächtigten, angenommen, daß der von letzterem mit Fahrlässigkeit verübte Nachdruck nicht die Prinzipalin als fahrlässigen Nachdrucker ersatzpflichtig mache.

Es lag bei der Prüfung des vorliegenden Falles kein Anlaß vor, über dessen Voraussetzungen, nach welchen es sich um die Geschäftsbetriebsbehandlung eines vertretungsberechtigten Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft handelt, welche als Eingriff in das Recht eines Dritten in Betracht kommt, hinauszugehen und zu erörtern, wie sich die Sache für den Fall der Vertretung einer juristischen Person oder

des Handelns eines gewählten Vertreters, sei es eines Einzelkaufmannes oder einer Gesellschaft, gestalten würde, da hierbei andere Gesichtspunkte in Betracht kommen können. Jene Bedenken aber, welche dazu führen sollen, die Gesellschaft für den hier in Betracht kommenden Eingriff des Gesellschafters nicht einstehen zu lassen, konnten nicht für begründet erachtet und es konnte ein Prinzip, welches zu solcher Konsequenz zu führen hätte, nicht als zutreffend anerkannt werden.

Im allgemeinen ist darauf hinzuweisen, daß unter denjenigen Handlungen, welche man als faktische Verrichtungen der Vertreter innerhalb des ihnen anvertrauten Geschäftskreises im Gegensatz zu Rechtsgeschäften in deren Beziehung zum Gegenkontrahenten zusammenfassen will, sich Bethätigungen von ganz verschiedener Richtung der Beziehung zum Handelsgewerbe scheiden lassen. Neben Handlungen, welche in Rücksicht auf den handelsgewerblichen Zweck oder, weil ihre Ergebnisse ohne weiteres in das Reich einer bereits thätigen handelsgewerblichen Herrschaft fallen, schon an sich dem Handelsgewerbe angehören, giebt es solche, zu denen sich der Vertreter zwar in Rücksicht auf den Gewerbebetrieb veranlaßt sehen kann, die aber in den ihm anvertrauten Geschäftskreis an sich nicht fallen, und bei denen die Beziehung auf das Handelsgewerbe lediglich durch seinen Willen vermittelt wird. Unter den ersteren Handlungen lassen sich wieder Einzelverrichtungen bei der Ausführung eines Geschäftes, bei denen der Vertreter nur wie ein Gehilfe thätig ist, und Anordnungen in Ausübung der übertragenen Gewerbsherrschaft, welche die Art des Geschäftsbetriebes im allgemeinen oder im Einzelfalle bestimmen, scheiden. Sieht man bei kaufmännischen Unternehmungen, die nicht aus der Erteilung von Auskünften über die Kreditwürdigkeit und Empfehlungen selbst ein Gewerbe machen, die Erteilung solcher Auskünfte als eine Verrichtung an, die nur anlässlich des Gewerbebetriebes vorkommen kann, aber nicht innerhalb des dem Vertreter anvertrauten Geschäftskreises liegt, so erscheint es — die Berechtigung dieser Auffassung dahingestellt — erklärlich, wenn man, wie dies in den Entscheidungen des R.D.G.'s Bd. 19 S. 196 flg., Bd. 25 S. 347 flg. geschehen, ist, für eine dolos falsche Auskunftserteilung des Vertreters den Prinzipal nicht als haftbar ansieht. Deshalb ist es noch nicht folgerichtig, daß, wenn infolge der Anordnung des Vertreters der Gewerbebetrieb derartig eingerichtet wird, daß er Rechte Dritter verletzt, z. B. infolge solcher Anordnung

der Bergbau unter Überschreitung der Grenzen der Verleihung und Vermessung auf fremden Feldern betrieben wird, der Geschäftsherr ebenfalls die Verantwortung für den Schadenersatz, weil er eine Verschuldung beim Eingriffe voraussetzt,¹ mit der Begründung soll ablehnen können, daß er den Vertreter zu einer schuldhaften Ausübung des Gewerbebetriebes nicht beauftragt habe. Gerade darin, daß der Begriff von „Handlungen in Ausführung des Geschäftes“ ein vager, bei der Anwendung zu erheblichen Kontroversen Anlaß gebender und nicht einmal die bloß bei Gelegenheit solcher Ausführung vorkommenden klar ausschließender ist, darf man einen entscheidenden Grund für die schließliche Ablehnung der Vorschläge des preussischen Entwurfes finden. Von einem Gesetze kann man, soweit dasselbe sich eben nicht einfach auf den Boden des Code civil stellen will, die Aufstellung eines die angemessene Grenze präzise ziehenden Satzes nicht erwarten. Vielmehr darf das Gesetz von der Rechtsprechung erwarten, daß diese in Würdigung der Verkehrsbedürfnisse und in richtiger Zumessung von Pflichten gegenüber dem Verkehre entsprechend den Ansprüchen, welche gegenüber demselben durch eine Herrschaftsbethätigung erhoben und durch das Recht geschützt werden, die richtige Grenze herauszubilden vermag.

Betrachtet man die offene Handelsgesellschaft, so folgt daraus, daß in Art. 114 flg. nur von rechtsgeschäftlichen Handlungen die Rede ist, nicht, daß die Gesellschaft nur durch solche, und nur gegen diejenigen, denen gegenüber sie vorgenommen würden, verpflichtet werden könnte. Das Gesetz verleiht der in der offenen Handelsgesellschaft bethätigten Personenverbindung Geltung dieses Rechtsverhältnisses nach außen. Was sie an Vermögen dem diesem Verhältnisse angehörigen Interessentenkreise widmet und in Bethätigung dieses Verhältnisses an Rechtsgütern erwirbt, das haftet auch, wie die Art. 119—122 H.G.B. ergeben, solange das Verhältnis besteht, ausschließlich und auch im Falle seiner Auflösung zunächst für die in bezug auf dieses Verhältnis entstandenen Verbindlichkeiten. Die Fähigkeit, im Verkehre durch Ausübung einer Willensmacht Rechtsgüter zu erwerben, birgt zugleich die Möglichkeit, durch diese Machtbethätigung fremde Herrschaftskreise zu verletzen, in sich. Dem Rechte der Bethätigung entspricht daher die Pflicht, sich der Ver-

¹ Windscheid, Pandekten Bd. 1 Note 5 zu §. 198 (actio negatoria); Sbering, Schuldmoment S. 26; Pernice, Labeo, Bd. 2 S. 260; Seuffert, Archiv Bd. 21 Nr. 213, Bd. 32 Nr. 15. D. C.

lezung zu enthalten. Mit der Steigerung der Machtmittel erhöht sich die Bethätigungsfähigkeit im Verkehre — und gerade auf dieser Erkenntnis beruht die gesetzgeberische Begünstigung der Gesellschaft, — damit aber zugleich auch die Möglichkeit solcher Kollisionen mit den Rechten Dritter. Es wäre daher durchaus irrationell, wenn mit den Machtmitteln und Gütern, vermöge deren die Gesellschafter solche Verletzungen im Interesse der Gesellschaft bewirken, nicht für dieselben eingestanden werden sollte. Dieser Rechtsgedanke ist in dem Satze des Art. 111, daß die Gesellschaft unter ihrer Firma Verbindlichkeiten eingehen kann, genügend zum Ausdruck gebracht. Die Art. 114 flg. haben es nur mit dem Umfange der Vertretungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters zu thun. Allerdings vermag bei Handlungen, die nicht rechtsgeschäftlicher Natur sind, der bloße Wille selbst aller Gesellschafter, dieselben im Interesse und zum Vortheile der Gesellschaft vorzunehmen, allein noch nicht zu bewirken, daß sie dieselben als Gesellschafter vornehmen. Dagegen wird dies anzunehmen sein, sofern die Handlung nach dem dem gesellschaftlichen Gewerbebetriebe gesetzten Zwecke und nach den für seine Erreichung bethätigten Mitteln diesem Gewerbebetriebe angehört, namentlich wenn noch dazu ihre Ergebnisse ohne weiteres in das Bereich der gewerblichen Herrschaft, wie solche vermöge der gewerblichen Betriebsveranstaltungen und der darin waltenden Willen besteht, fallen. Es läßt sich nicht bezweifeln, daß, wenn man zunächst bloß die Wirkungen des durch den Eingriff in fremde Rechte begangenen objektiven Unrechtes, die Verpflichtungen auf Unterlassung der Fortsetzung der Störung und auf Beseitigung des eine solche Störung enthaltenden faktischen Zustandes betrachtet, Ansprüche auf Unterlassung der unbefugten Führung einer Firma sowie Löschung derselben (Art. 27 H.G.B.) auf Unterlassung weiterer Herstellung eines Nachdruckes oder einer Nachbildung wie der unbefugten Veranstaltung einer Ausführung, sowie auf Einziehung der vorrätigen Nachdruckes- oder Nachbildungsexemplare (§§. 1. 50. 21 Abs. 1. 25 Abs. 2 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht vom 11. Juni 1870, §§. 1. 14 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Januar 1876) auf Löschung eines unbefugt geführten Warenzeichens, wie Unterlassung seiner ferneren Führung und des Inverkehrbringens so bezeichneter Waren (§§. 11. 13 des Gesetzes über den Markenschutz vom 30. November 1874), endlich auf Unterlassung unbefugter gewerbsmäßiger Her-

stellung oder des Inverkehrbringens des Gegenstandes einer patentierten Erfindung (§. 4 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877) gegen die offene Handelsgesellschaft zu richten sind, wenn in deren Betriebe für dieselbe mit Willen der Gesellschafter unbefugt die Firma geführt, das fremde Geisteserzeugnis hergestellt oder vertrieben, die Aufführung veranstaltet, das Warenzeichen geführt wird.

Vgl. auch Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 12 S. 105 flg.

Die Veranstalterin des Eingriffes ist eben in solchem Falle die Gesellschaft, d. h. die Gesellschafter in bezug auf das Gesellschaftsverhältnis. Wollte man dies nicht annehmen, so ließe sich, sofern man zur Begründung der Klage einen bereits verübten Eingriff erfordert, die Klage gegen die Gesellschaft nicht erheben. Jedenfalls wäre aus dem gegen sie ergangenen Urteile für den Fall weiterer Zuwiderhandlung keine Vollstreckung durch Strafeneinziehung, keine Geltendmachung des Interesses gegen sie möglich.

Was aber die auf subjektivem Unrecht beruhende Ersatzverbindlichkeit in solchen Fällen — nur Art. 27 H.G.B. spricht beim Schadenersatz nicht von einem Verschulden — anlangt, so ist nicht abzusehen, warum, wenn man zunächst den Fall setzt, daß jeder der Gesellschafter sich in der für die Ersatzpflicht vorausgesetzten Verschuldung befinde, nicht die Gesellschaft der Träger dieser Verbindlichkeit sein können.

Allerdings sind die dem Entschädigungsansprüche unterliegenden schuldvollen Verletzungen zugleich mit Strafe bedroht, und es mag der Begriff der erforderlichen Verschuldung für die Entschädigung wie für die Strafe der gleiche sein. Auch kann sich die Verfolgung und Verhängung der Strafe nur gegen die einzelnen physischen Personen als solche richten. Aber die Strafandrohung hat nicht die Bedeutung, als Grund der durch die Eingriffe entstehenden Verantwortung den Bruch der allgemeinen Rechtsordnung, eine Verletzung der Sittlichkeit zu kennzeichnen, sodaß das unter Zivilschutz stehende Ersatzrecht nur der Ausfluß der Übertretung der allgemeinen Rechtsordnung wäre. Vielmehr ergibt die geschichtliche Entwicklung des Autor- und Erfinderrechtes wie des Markenschutzrechtes und die Systematik der betreffenden Gesetze, daß der Schutz gerade auf der Anerkennung der betreffenden Erzeugungen und Manifestationen als von Einzelnen erworbenener Rechtsgüter beruht und die Entschädigung das Äquivalent für das verletzte Gut ist, wenn

auch in Rücksicht auf die in Betracht kommenden Interessen der Freiheit des gutgläubigen Verkehrs die Geltendmachung der Entschädigung überhaupt oder in vollem Umfange von einer — in den betreffenden Gesetzen verschieden normierten — Verschuldung des Verleegers abhängig gemacht ist. Daß vielmehr gerade die Strafe der Ausfluß der als Grund der Vorschriften erachteten Verletzungen individueller Interessen ist, ergibt die Erforderlichkeit des Strafantrages des Verletzten für die Strafverfolgung, während es an einem positiven öffentlichen Interesse für ein solches Erfordernis, wie solches bei den Antragsdelikten des Strafgesetzbuches obwaltet, fehlt. Eine offene Handelsgesellschaft kann freilich nicht wegen Unterschlagung strafrechtlich verfolgt werden. Aber es ist nicht einzusehen, warum sie nicht, wenn die Gesellschafter ein der Gesellschaft vom Nichteigentümer im eigenen Namen anvertrautes Depot im gesellschaftlichen Geschäftsbetriebe angegriffen und verwendet haben, vom Eigentümer, der danach, weil auch nicht die Rückgabe an ihn bedungen, nicht die Kontraktklage hätte, im Geltungsgebiete des gemeinen Rechtes mit der *condictio furtiva*, in anderen Gebieten auf Schadensersatz in Anlehnung an die Grundgedanken dieser *condictio* sollte belangt werden können. . . . Es ist unzutreffend, daraus, daß die Handlung in widerrechtlicher Absicht unternommen ist, zu folgern, daß sie deshalb nicht dem Geschäftskreise der Gesellschaft angehören könne. Wenn die Gesellschafter für den gesellschaftlichen Zweck eine Firma oder ein Warenzeichen annehmen oder in dem gesellschaftlichen Verlagsgeschäfte ein Schriftwerk oder in der gesellschaftlichen Fabrik den Gegenstand einer Erfindung herstellen und namens der Gesellschaft vertreiben, so liegen Handlungen des Prinzipales vor, die mit den gewerblichen Veranstellungen der Gesellschaft und ihren Zwecken in unmittelbarer Verbindung stehen und ohne weiteres mit ihren Ergebnissen in das Reich der gesellschaftlichen gewerblichen Herrschaft fallen. Darauf aber allein kommt es an.

Was von dem Falle gilt, daß sämtliche Gesellschafter sich im Zustande der Verschuldung befinden, muß aber auch gelten, wenn die Verschuldung nur auf Seiten desjenigen in der Vertretung der Gesellschaft nicht beschränkten Gesellschafters vorhanden ist, der die Handlung angeordnet oder vorgenommen hat. Bei der bisherigen Erörterung ist davon ausgegangen, daß sämtliche Gesellschafter an der Vornahme der Handlung beteiligt sind. Prüft man nun aber weiter zunächst die

Frage, ob unter der bereits wiederholt betonten Voraussetzung des Fallens der Handlung in den Geschäftskreis der Gesellschaft die objektive Störung als eine von der Gesellschaft vorgenommene anzusehen ist, wenn sie beim Vorhandensein mehrerer Gesellschafter nur von einem derselben, der von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossen, bewirkt worden ist, so kann auch gegen die Bejahung dieser Frage nicht geltend gemacht werden, daß die Art. 114 flg. H.G.B. bei der Vertretung nur von rechtsgeschäftlichen Handlungen sprechen. Es soll kein entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, daß es sehr häufig gerade rechtsgeschäftliche Handlungen sein werden, welche, nur freilich in ihrer Wirkung gegen andere als die bei denselben Rechtsgeschäften Beteiligten, die Verletzung bewirken, wie denn im vorliegenden Falle die Bestellung der Maschine und der Verkauf der auf derselben angefertigten Flaschenverschlüsse in der That Rechtsgeschäfte sind. Die Art. 114 flg. erklären und erschöpfen nicht den Begriff der Vertretung. Sie bestimmen nur den Umfang der Befugnisse des Gesellschafters, der von der Vertretung nicht ausgeschlossen ist, in bezug auf Rechtsgeschäfte und die Unverbindlichkeit von Rechtsgeschäften, welche der von der Vertretung ausgeschlossene Gesellschafter eingeht. Die im zweiten Abschnitte des Titels von der offenen Handelsgesellschaft in den Art. 99 flg. behandelte Geschäftsführung und die im dritten Abschnitte behandelte Vertretung stehen nicht in der Richtung in einem begrifflichen Gegensatz, daß erstere die faktischen Geschäftshandlungen umfaßt, letztere sie ausschließt. Der zweite Abschnitt behandelt nur die Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander, der dritte das durch das Handeln der Gesellschafter entstehende Rechtsverhältnis der Gesellschaft gegen Dritte. Die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters beruht nicht auf der Übertragung einer Stellvertretung, sondern auf der nach dem Gesetze, entsprechend der natürlichen Bedeutung der gesellschaftlichen Verbindung, geltenden Prinzipalschaft jedes der Gesellschafter, sofern eben nicht diese natürliche Stellung durch Vereinbarung eine besondere Beschränkung erfahren hat (vgl. Art. 86 Abs. 2 Ziff. 4 H.G.B.). Ist dies nicht der Fall, so macht er die Gesellschaft verbindlich, sowohl wenn er für dieselbe Rechtsgeschäfte schließt, wie wenn sein Geschäftsbetrieb Dritte verletzt. Ist er von der Befugnis, als Geschäftsherr nach außen aufzutreten, ausgeschlossen, so vermag allerdings die ihm nur für das innere Verhältnis der Gesellschafter zu einander zustehende Befugnis zur

Geschäftsführung nicht, die Gesellschaft für seine Geschäftsführung verantwortlich zu machen. Es würde auch ein völlig unerträgliches Resultat sein, wenn ein gegen die Gesellschaft auf Einstellung des die Rechte eines Dritten verletzenden Geschäftsbetriebes ergangenes Urteil, trotz der Fortsetzung der Zuwiderhandlung seitens eines zur Vertretung befugten Gesellschafters gegen die Gesellschaft, nicht vollstreckbar wäre, weil noch andere Gesellschafter vorhanden sind, welche sich um den Geschäftsbetrieb nicht kümmern, vielleicht nach dem Gesellschaftsvertrage gar nicht kümmern dürfen. Ist aber beim Handeln eines zur Vertretung befugten Gesellschafters die Gesellschaft die Veranstalterin des Eingriffes, so giebt es bezüglich der Frage des Verschuldens, im vorliegenden Falle der Willentlichkeit, nur die Alternative, ob die Gesellschaft verschuldet oder unverschuldet, wissentlich oder unwissentlich handelt. Hier vermag das Nichtwissen einzelner Gesellschafter die Bedeutung des positiven Momentes des Wissens seitens des handelnden Gesellschafters nicht auszulöschen. Das Nichtwissen, daß eine Handlung ein fremdes Recht verletzt, seitens einer Person, deren Mitwirkung bei der Handlung oder auch nur Kenntnis von derselben gar nicht erforderlich ist, um die Handlung als Handlung der Gesellschaft erscheinen zu lassen, kann nicht erheblich sein. Wollte man die Verantwortlichkeit der Gesellschaft für den wissentlichen Eingriff eines vertretungsberechtigten Gesellschafters in fremdes Recht durch eine dem Geschäftsbetriebe angehörige, in Ausübung der Herrschaft über das Geschäft vorgenommene Handlung leugnen, so würde die Gesellschaft in den Fällen der Patent- und Markenrechtsverletzung auch die ihr aus diesen Verletzungen zugeflossenen Vorteile nicht herauszugeben brauchen. Denn sowohl das Patent- wie das Markenschutzgesetz haben das Maß der durch die Verletzung begründeten Verantwortlichkeit der Urheber der Verletzung und der Teilnehmer erschöpfend feststellen wollen. Da sie aber nur den wissentlichen Veranstalter des Eingriffes für verantwortlich erachten, so giebt es gegen den unwissentlichen auch keinen Erfahanspruch auf Höhe der Bereicherung.

Vgl. Rohler, Markenschutz S. 353; Patentrecht S. 456. 457; auch in bezug auf Nachdruck Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 12 S. 105 flg.

Veranstalterin des Eingriffes ist aber nach dem Ausgeführten die Gesellschaft, die eben nur, wenn man ihr das Wissen des handelnden

vertretungsberechtigten Gesellschafters nicht zurechnen will, unwissentlich gehandelt hätte.

2. Zutreffend ist die Annahme des Berufungsgerichtes, daß, wenn namens der offenen Handelsgesellschaft S. L. nach ihrer Errichtung durch Circular die Übernahme der Aktiva und Passiva der bisherigen Einzelfirma des Sidor L. kundgegeben worden ist, die Gesellschaft damit auch die Schadenersatzschuld des Sidor L. für seine Verletzung des Patentes in der Zeit seines Einzelbetriebes des Geschäftes übernommen hat. Der dritte Civilsenat des Reichsgerichtes hat in einem Urtheile vom 12. Januar 1886, in welchem in Frage stand, ob die erklärte Übernahme der Passiva bei einem Geschäftsübergange auch auf die Ersatzforderung eines Arbeiters wegen Beschädigung in dem Geschäftes infolge Verletzung des §. 120 Gew.D. zu beziehen sei, ausgesprochen, daß zu den Geschäftsschulden nicht bloß die aus handelsgeschäftlichen und kontraktlichen Verhältnissen entstandenen, sondern alle diejenigen Verpflichtungen gehörten, welche mit dem Geschäftsbetriebe in einer solchen engeren Verbindung ständen, daß sie als eine Folge dieses Geschäftsbetriebes erschienen.¹ Dieser Ansicht war beizutreten. Die Beträge aus Ersatzverpflichtungen des Kaufmannes, welche durch dessen Geschäftsbetrieb begründet werden, wird derselbe bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange als Geschäftsausgaben buchen und sie als Sollposten betrachten, für die in den aktiven Bestandteilen des Geschäftsvermögens Deckung vorhanden sein muß.

Vgl. Behrend, Handelsrecht §. 37 S. 204.¹²