

Anja Amend-Traut

## „Sich der Concurrenz erwehren ...“

Kaufmännischer Wettbewerb unter höchstgerichtlicher Kontrolle  
(16.–18. Jahrhundert)

Kaufmännische Konkurrenzverhältnisse schlagen sich heute wie früher in mehrfacher Weise nieder. Eine Rivalität zwischen einzelnen Unternehmen konnte und kann in Form von Urheberfragen, im Gebrauch von Handelsmarken oder im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen herrschen. Im Folgenden soll vor allem den letztgenannten Aspekten nachgegangen werden.

### I Marken

**Abb. 1:** Markenzeichen Audi (Audi Medienzentrale, Audi MDB Support Team)

Jeder kennt die Marke, sogar und gerade in China, dem Land, in dem sich der hier Geehrte und die Referentin vor mittlerweile mehr als 18 Jahren das erste Mal persönlich begegneten! Dabei ist dieser Markenname selbst ein Wortspiel zur Umgehung der Namensrechte des ehemaligen Kraftfahrzeugherstellers Horch. Dessen Unternehmensgründer, August Horch, hatte die A. Horch & Cie. Motorwagenwerke Zwickau nach Meinungsverschiedenheiten mit dem Finanzvorstand verlassen.<sup>1</sup> Nachdem das Reichsgericht ihm die Namensrechte an der bisherigen Firma abgesprochen hatte, griff Horch den Vorschlag des Sohns eines Zwickauer Aktionärs für den neuen Namen auf,<sup>2</sup> der die lateinische Übersetzung für Horch ist: Audi ist der Imperativ Singular von *audire* (zu Deutsch hören, zuhören) und bedeutet „Höre!“ bzw. „Horch!“<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> AUDI AG (Hrsg.), Audi in Ingolstadt. Vier Ringe an der Donau, Ingolstadt 2015, S. 5.

<sup>2</sup> JÜRGEN PÖNISCH, August Horch. Pionier der Kraftfahrt 1868–1951, Wilkau-Haßlau 2001, S. 108.

<sup>3</sup> Weitere bekannte, deutsche Marken und die juristischen Bemühungen, diese zu schützen, beschreibt SABINE ZENTEK, Produktprozesse. Entwicklung und Rechtsgeschichten bekannter deutscher Marken, Ludwigsburg 1999.

## 1 Tabakbriefe

Doch verlassen wir nun die jüngeren Beispiele für markenrechtliche Auseinandersetzungen und wenden uns solchen aus der Frühen Neuzeit zu, die bis an die Höchsten Gerichte des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation gelangten.

Im Jahr 1724 brach zwischen Katharina Asshauer und ihrem Schwiegersohn Jobst Ernst Schulz einerseits und Henning Johann Ökerman andererseits, beide in Peine ansässige Tabakhändler, ein Streit über die Rechte an einem Markenzeichen aus. Dieses verwendeten beide Parteien im Handelsverkehr auf so genannten Tabakbriefen, Tabaksetiketten oder -vignetten. Dabei handelte es sich nach Auskunft der „Oekonomischen Encyklopädie“ von Krünitz um „das Zeichen und die Verzierung einer jeden Tabakssorte, welche der Fabrikant in Kupfer stechen, oder lithographieren, oder auch in Holz schneiden, und es auf die Papiere abdrucken läßt, worein der Tabak von 1/8 bis 1 Pfd. gepackt wird.“<sup>4</sup> Solche Marken enthielten als Zeichnung üblicherweise Wappen und andere Sinnbilder, die sich entweder auf den Tabak selbst bezogen, oder aber auf die Länder, wo der Tabak angebaut und verarbeitet worden war, oder schließlich „auf Städte, die damit einen starken Handel treiben oder in denen die Fabrikation im Großen geschieht.“<sup>5</sup>

Die Marke wurde schon seit dem Frühmittelalter als rechtlich relevantes Zeichen verstanden, erfüllte jedoch im Verlauf der Jahrhunderte verschiedene Funktionen:<sup>6</sup> In der Zeit der Volksrechte als reines Persönlichkeitszeichen mit Symbolgehalt in Form einer Hausmarke zur Kennzeichnung des Hauses als Rechts- und Haftungsverband verwendet,<sup>7</sup> wandelte sich die Marke mit vordringender Schriftlichkeit zum Unterschriftenzeichen. Als Ausweis des Eigentums an einem Gegenstand lässt sich der Begriff der Marke bereits Mitte des 14. Jahrhunderts nachweisen; in einem Hanserezess aus dem Jahr 1359 heißt es: „... so war, dat sulk gherovet göd bevunden ware [...] dat men dat dem [...] kopman delivereren sal, also vere als hiit mid sier märke jof

---

<sup>4</sup> JOHANN GEORG KRÜNITZ, *Oekonomische Encyklopädie oder allgemeines System der Staats- Stadt-Haus- und Landwirthschaft*, Art. „Tabaksetiquette“, Bd. 179, 1. Aufl. 1842, S. 114 f.; digitale Version unter <http://www.kruenitz1.uni-trier.de/>.

<sup>5</sup> Ebd.

<sup>6</sup> Zusammenfassend KARL OTTO SCHERNER, Art. Marke, in: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, 1. Aufl., Bd. 3, 1984, Sp. 294–298; DERS., Art. Marke, HRG, 2. Aufl., Bd. 3, 2016, Sp. 1291 f.

<sup>7</sup> Dazu näher MAX GMÜR, *Schweizerische Bauernmarken und Holzurkunden*, Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bd. 77, Bern 1917, Nachdruck als 2. Aufl., Bern 1991, S. 7 f., 29, zur Entwicklung der juristischen Funktion S. 33–40. KARL KONRAD A. RUPPEL, *Die Hausmarke*, Leipzig 1939, bezieht sich zum bisherigen Stand inhaltlich explizit (vgl. dazu S. 19) v.a. auf EBERHARD VON KÜNSSBERG, *Rechtliche Volkskunde*, Halle/Saale 1936, ist aber im Übrigen wegen seines sich bereits im Untertitel andeutenden nationalsozialistischen Ansatzes, den Nachweis darüber führen zu wollen, dass „die Hausmarke das Symbol der germanischen Sippe gewesen“ sei, S. 31, nicht verwertbar.

mid gōder informatien betûghen mach.“<sup>8</sup> Damit wurde – entsprechend der ursprünglichen Wortbedeutung und -verwandtschaft zu Mark – eine Grenze gezogen;<sup>9</sup> Dritte sollten vom Zugriff auf Vieh, Holz oder das Haus eines Anderen abgehalten werden. Die Marke als Zeichen des Eigentums hatte damit beweissichernde Funktion. Letztere erlangte seit der Entstehung der mittelalterlichen Städte besondere Bedeutung und wandelte sich allmählich von der Hausmarke zur Handelsmarke.<sup>10</sup> Sie verband den Kaufmann mit seiner Ware, sie identifizierte die Ware als solche des kaufmännischen Geschäfts.<sup>11</sup> Kaufleute konnten mit ihrer Hilfe zu Wasser oder zu Land entwendete Waren erkennen und zurückfordern. Beim Weiterhandel wurde die ursprünglich auf der Verpackung oder der Ware selbst versehene Marke gelöscht und durch die neue Marke ersetzt. In Handelsbüchern wurden die Geschäftspartner häufig nicht allein mit ihrem Namen, sondern obendrein auch mit ihrer Marke eingetragen.

**Abb. 2:** Handelsmarken aus dem 15. und 16. Jahrhundert (abgebildet bei GEORG STEINHAUSEN, *Der Kaufmann in der deutschen Vergangenheit*, Leipzig 1899, Nr. 62)

Hieraus lässt sich schließen, dass die Kaufleute – nicht zuletzt auch durch die weit verbreiteten Kaufmannsbüchlein, also Schriften über merkantile Gepflogenheiten, oder durch persönliche Informationen – fremde Handelsmarken gut kannten. Der Rigaer Kaufmann Rutger Mant benachrichtigte seinen Brügger Geschäftspartner Jacob Richerd 1458 darüber, dass er sich nicht sicher sei, ob er dessen Marke richtig inne habe und übersandte Richerd dessen in Wachs geprägt Marke mit den Worten:

<sup>8</sup> GOTTFRIED WENTZ, *Die Recesse und andere Akten der Hansetage von 1256–1430*, Bd. I, Leipzig 1870, S. 155. W. N. in: *Heidelberger Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Deutsches Rechtswörterbuch (DRW)*, Bd. 9, Sp. 197 f.

<sup>9</sup> Nach GRIMMS *Deutschem Wörterbuch* handelt es sich bei „Marke“ um eine „Nebenform“ zu „mark grenze, grenzland“, *Deutsches Wörterbuch (DWB)*, Bd. 12, Sp. 1633, 1636. Die Begriffe „Mark“, „Marke“ lassen sich auf das mittelhochdeutsche Wort „marc“ zurückführen, das aus dem französischen „marque“ hervorging (angebrachtes Zeichen, Kennzeichen, „marquer“ – markieren, kennzeichnen), *DRW*, Bd. 9, Sp. 197 f.

<sup>10</sup> Diesen Prozess skizziert EUGEN LEITHERER, *Die Entwicklung des Markenwesens*, Diss. iur. Erlangen-Nürnberg 1954, S. 9–12.

<sup>11</sup> PAUL REHME, *Geschichte des Handelsrechtes*, Leipzig 1914, spricht der Marke als solcher die Eigenschaft eines handelsrechtlichen Instituts mit der Begründung ab, nicht allein Kaufleute, sondern auch Handwerker und Nichtgewerbetreibende bedienten sich der Marken, so dass „eine eigentümliche rechtliche Behandlung“ derselben in ihrer Funktion als „kaufmännisches Personal- oder Warenzeichen“ nicht erkennbar sei, S. 161.

„Ik wet nicht, of et up dem wasse ok so recht steit.“<sup>12</sup> Vertraten mehrere Personen – namentlich ein Faktor, also ein in Diensten von Gesellschaften stehender Handelsdiener, der für seinen Dienstherrn „Geld besorget, für ihn ein= oder verkauft, Waren und Geld empfängt oder wegsendet“,<sup>13</sup> bzw. Gesellschafter – das Handelsgeschäft im Außenverhältnis, diente die Kennzeichnung der Ware auch der Klarstellung ihrer Zugehörigkeit zu eben diesem Handelsgeschäft.<sup>14</sup> In Fischers Werk über Kameral- und Polizeyrechte heißt es etwa, dass zur besseren Unterscheidung im Handelsverkehr „bey den handelsspeditionen [...] die güter und Waaren gehörig mit Marken versehen seyn“ müssen.<sup>15</sup>

Die Marke diente daneben der Qualitätssicherung in Form einer Garantiefunktion für den Abnehmer der Ware. Durch Anbringung einer Marke bzw. eines Siegels an der geprüften Ware gewährten bis zum 16. Jahrhundert vor allem die Zünfte diesen Schutz.<sup>16</sup> Sie bürgten, durch die Marke gekennzeichnet, für eine ordnungsgemäße Herstellung der Produkte und übernahmen damit eine originär policeyrechtliche Funktion. Gewährleistet wurde der zünftige Qualitätsschutz – neben der öffentlichen Strafe<sup>17</sup> – einerseits durch ein Markenregister,<sup>18</sup> andererseits durch Strafandrohungen für Missbrauch.<sup>19</sup> In dem zu Beginn des 16. Jahrhunderts bis vor das Reichskammergericht gelangten Verfahren der Gmündener Sensenschmiedin Lemler schlugen sich eben diese Qualitätssicherung und die Erkennbarkeit der Güte mittels Marken noch als Motiv zünftiger Regulierung nieder.<sup>20</sup> Im Zuge merkantilistischer Wirtschaftspolitik – die 1732 in die Reichszunftordnung mündete – kam es dann zu einer zunehmenden Verlagerung des Schauwesens in die öffentliche Hand und damit zu Beschränkungen des Zunftwesens, so dass die Marke als Qualitätssiegel zwar weiter vergeben

**12** GEORG STEINHAUSEN, *Der Kaufmann in der deutschen Vergangenheit*, Leipzig 1899, unter Abb. 62.

**13** Nach KRÜNITZ (Anm. 4), Bd. 12, 21786, S. 20.

**14** WILHELM ENDEMANN, *Das Deutsche Handelsrecht*, Heidelberg 1868, konstatiert bei dieser Erklärung eine Entwicklungslinie zur Firma, § 18, S. 91.

**15** FRIEDRICH CHRISTOPH JONATHAN FISCHER, *Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeyrechte*. Sowol von Teutschland überhaupt, als insbesondere von den Preußischen Staaten, Bd. III, Frankfurt an der Oder 1785, § 340, S. 178.

**16** LEITHERER (Anm. 10), S. 13, 16, 21, 21–24; ARND KLUGE, *Die Zünfte*, Stuttgart 2009, S. 295–298.

**17** Reichspolizeiordnung 1577 Art. 36 § 1, in: *Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede, welche von den Zeiten Kayser Conrads des II. bis jetzo auf den Teutschen Reichs-Tägen abgefasst worden*, 3/4, Neudr. d. Ausg. 1747, Osnabrück 1967. Weitere landesherrliche Regelungen zur Qualitätssicherung und solche außerhalb des Reichs bei SIEGBERT LAMMEL, *Die Gesetzgebung des Handelsrechts*, in: Helmut Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 2. Band Neuere Zeit (1500–1800), 2. Teilband Gesetzgebung und Rechtsprechung, München 1976, S. 570–1083, hier S. 620, Fn. 2.

**18** OTTO GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, Leipzig 1895, S. 728; LEITHERER (Anm. 10), S. 39 f.

**19** LEITHERER (Anm. 10), S. 40–42.

**20** Hautstaatsarchiv (HStA) Stuttgart RKG Nr. 2066, nach KARL OTTO MÜLLER, Ein Warenzeichenschutzprozess um 1500 (Schwäbisch-Gmünd), *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung (ZRG GA)* 55 (1935), S. 244–263, hier S. 255.

wurde, von da an jedoch vornehmlich seitens obrigkeitlicher Verwaltungseinrichtungen.

Neben der Qualitätssicherung spielte aus obrigkeitlicher Sicht die Markierung wegen der damit verbundenen Möglichkeit, Wareneinfuhren zu kontrollieren und den Absatz staatlicher Produkte zu begünstigen, eine nicht zu unterschätzende Rolle.<sup>21</sup>

Wie bei Fischer werden auch in anderen juristischen Abhandlungen seit dem 14. Jahrhundert, v.a. freilich in der dezidiert handelsrechtlichen Literatur, namentlich bei Johann Marquard, die verschiedenen Funktionen der Marken als geltendes Recht anerkannt,<sup>22</sup> das besonderen Rechtsschutz genießt.<sup>23</sup> Als Teil des Handelsrechts und damit von der Rezeption wie auch vom gemeinen Recht weitgehend unbeeinflusst konnte sich die Handelsmarke in dieser spätmittelalterlich-frühneuzeitlichen Ausprägung bis ins 19. Jahrhundert erhalten. Und so finden sich auch eine ganze Reihe markenrechtlicher Auseinandersetzungen in den Quellen der beiden höchsten Gerichte des Alten Reichs,<sup>24</sup> wengleich die Suche nach ihnen in der Entscheidungsliteratur negativ ausfiel.<sup>25</sup>

Doch kommen wir nun auf die eingangs bereits skizzierte *causa* Asshauer/Schulz zurück. Der unterinstanzlich beklagte und appellantische Kaufmann Henning Johann Ökerman hielt dem Vorwurf des Plagiats entgegen, er habe das väterliche Familienwappen als Firmenzeichen nach Antritt des Erbes lediglich so fortgeführt, wie es zuvor bereits von seinem Vater seit mehr als 40 Jahren vor Rechtshängigkeit des Streits verwendet worden sei. Er habe sich der „Eicheln in seinem Wapen bedienet“, da dies „seinem Nahmen gar wohl accordiret, in dem das Wort Eichel auff nieder-Sächsisch Ecker oder Öcker außgesprochen wird, mithin appellant solches Eichel-Wapen von

<sup>21</sup> LAMMEL (Anm. 17), S. 620 m.w.N, S. 738 f., 796, 922, 1002.

<sup>22</sup> Die älteste Schrift, die sich mit juristischen wie ökonomischen Aspekten des Markenwesens gleichermaßen auseinandersetzt, ist der nach seinem Tod 1357 erstmals erschienene Traktat von BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *De insigniis et armis*, Nachdruck Mario Cignoni (Hrsg.), Firenze 1998. Später v.a. JOHANN MARQUARD, *Tractatus de iure mercatorum et commerciorum singulari*, Nachdruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1662, Frankfurt am Main 2008, *Ius commune. Rechtstradition der Europäischen Länder*, Bd. 19, Lib. II, Cap. IX., S. 282, Rn. 46, Lib. III, Cap. IX., S. 448, Rn. 62 ff.; JOHANNES VON SOM, *Dissertatio Inauguralis De Notis Mercatorum, vulgo Marck oder Zeichen derer Kauffleute*, Altdorfi 1681. W. N. bei CARL GUSTAV HOMEYER, *Die Haus- und Hofmarken*, Berlin 1870, Neudr. d. 2. Ausg. Berlin 1890, Aalen 1967.

<sup>23</sup> GIERKE (Anm. 18), S. 728; REHME (Anm. 11), S. 161 m. w. N.

<sup>24</sup> MÜLLER (Anm. 20), S. 244 ff., untersucht ebenso ein bis zum Reichskammergericht gelangtes Verfahren.

<sup>25</sup> So der Befund nach Durchsicht von ANDREAS GAIL, *Practicarum observationum*, Deutsche Übersetzung durch Thobias Loncius, *Deß Keiserlichen Cammer Gerichts Sonderliche Gerichtsbreuche vnnd Rechts=Regeln, in zweyen Büchern sein ordentlich zusam verfasst ...*, Hamburg 1601, spätere, unveränderte Auflage München 1673, und JOHANN ULRICH VON CRAMER, *Wetzlarische Nebenstunden, worinnen auserlesene bey dem Höchstpreißlichen Cammergericht entschiedene Rechts-Händel zur Erweiter- und Erläuterung der Deutschen in Gerichten üblichen Rechts-Gelehrsamkeit angewendet werden*, 128 Theile in 32 Bänden, 1 Hauptregisterband (Band 33), Ulm 1755–1773, Register 1779.

seinem Vater seel.“ vererbt bekommen habe und deshalb zu führen berechtigt sei.<sup>26</sup> „Woher aber im Gegentheile appellaten sich des Eicheln-Zeichens anmaßen können, solches sieht man gar nicht, ... da Asshauer und Schultze von Eicheln, alß Toback von Veilchen, entfernet“ sei. Es stehe deshalb zu vermuten, dass ursprünglich umgekehrt Asshauer von Ökermann das Zeichen abgekupfert habe,<sup>27</sup> und sämtliche Beschuldigungen so haltbar seien wie „Butter in der Sonne bestehet.“<sup>28</sup>

Hierauf ließ die appellatische Seite dem von ihr beauftragten Notar zwei Tabaksbriefe zukommen, die Ökerman Junior verwendete:

**Abb. 3:** Tabaksbrief Ökermann (HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 4, 11, 17)

Diese verglich nun der Bevollmächtigte mit dem alten, in den „fenstern befindliche“ Ökermanschen Familienwappen und stellte fest, dass „das Wapen so sich Henning Johann Okermans auf seinen briefen zu bedienen anfänget, mit demjenigen so sein selg Vatter geführet, und ich in beyden obgedachten fenstern angetroffen im geringsten nicht übereinkomet“<sup>29</sup> (siehe Abb. 4).

<sup>26</sup> Ökermansche Replik, HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/2, ohne [Q], undatiert, Eingangsvermerk Wetzlar, 09.04.1725, fol. 6<sup>r</sup>.

<sup>27</sup> Ebd., fol. 6<sup>v</sup>.

<sup>28</sup> Ebd., fol. 14<sup>v</sup>.

<sup>29</sup> HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 13, fol. 1.

**Abb. 4:** Familienwappen Ökermann (Nachzeichnungen des Wappens von Heinrich Ökerman d. Ä. aus den Fenstern, HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 15, 16)

Im Folgenden bescheinigte er gleich eine ganze Reihe von Unterschieden: So sei im väterlichen Wappen „ein gantzer und auffricht stehender Baum, hingegen auf dehnen Tobacks Briefen [...] nur ein abgehauener und niederliegender Ast“ zu sehen. Im alten Familienwappen hingen „an jedem baum nur zwo, auff dehnen briefen aber drey Eichelen“. Drittens würden im alten Emblem die Eicheln hängen, auf den Briefumschlägen „aber stehen sie in die höhe, und sind auf besondere Art außgebreitet.“ Weiter seien „die Eicheln in den Oekermanschen Wapen respectu des Baumes nur ein kleiner Theil des Schildes, da sie hingegen auff den Tobacks briefen, das größte

seien.“ Schließlich sei der „auff den Tobacks brieffen an der seithe stehende Mann mit dem abgehauenen Aste in dem Vätterlichen Öekermanschen Wapen gantz und gar nicht befindlich.“<sup>30</sup>

Dagegen konstatierte der Notar zum einen eine „große gleichheit mit den Ashauerischen Wapen in der form von Ziehraten, ja sogar an den Blättern des Astes“, die „in dem alten Öekermanschen Wapen gahr nicht zu finden“ seien:<sup>31</sup>

**Abb. 5:** Tabaksbrief Asshauer (HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 2, 10, 18. Ein ähnlicher Druck der Marke findet sich auch in dem Bestand Sack des Stadtarchivs Braunschweig, Signatur H V: 54, Tabakbriefe, datiert mit dem Jahr 1753)

Doch worauf konnte nun die klägerische Partei ihr Begehren, nämlich den Schutz einer Marke, rechtlich stützen? Es ging um nicht weniger als das alleinige Nutzungsrecht an der streitigen Marke.

Vereinzelt stellten gesetzliche Regelungen missbräuchliche Verwendungen fremder Marken unter Strafe, wie etwa für Neapel-Sizilien das Editto von 1760 für Verstöße sogar die Galeerenstrafe vorsah.<sup>32</sup> Das gemeine Recht bewertete die abusive

<sup>30</sup> HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 13, fol. 1<sup>v</sup>, 2<sup>r</sup>.

<sup>31</sup> HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 13, fol. 2<sup>r</sup>.

<sup>32</sup> De Armentario Regio, et de non abutendo Signis Machinarum et tornementum, in: DOMENICO ALFENO VARIO, Pragmaticae edicta, I, Neapoli 1772, S. 290; nach SCHERNER (Anm. 6), Sp. 297, LAMMEL (Anm. 17), S. 1001. W. N. ebd., S. 620.

Markennutzung als *crimen falsi*.<sup>33</sup> Nach Art. 113 der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. galt die Verwendung fremder Zeichen auf Waren als Fälschung der Ware selbst, wobei weder eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Kennzeichen noch eine Trennung zwischen Betrug und Fälschung vorgenommen wurde.<sup>34</sup> Sämtliche Regelungen, reichsrechtliche wie partikulare, zielten aber noch auf die Verletzung eines obrigkeitlichen Rechts ab; der Schutz des Publikumsinteresses durch Strafgesetze stand – abgesehen von ganz wenigen Ausnahmen,<sup>35</sup> darunter auch die bereits erwähnte *causa* der Witwe des Gmündener Sensenschmieds,<sup>36</sup> – noch im Vordergrund.<sup>37</sup> Dies sollte sich erst im 19. Jahrhundert ändern: 1864 kam es nach einer Eingabe von 10 Tabakfabrikanten an die Frankfurter Handelskammer bezüglich des Markenschutzes im Zollverein zu einer Zusatzregelung für die Freie Reichsstadt, wonach neben dem gewährten Strafschutz ausdrücklich ein Schadensersatzanspruch

**33** Nach JOHANN FRIEDRICH HEIGELIN, Allgemeines Fremdwörter-Handbuch für Teutsche ..., Tübingen 1819, S. 223, als Fälschungsverbrechen bezeichnet.

**34** „Straff der fälscher mit maß / wag vnnd kauffmannschafft. cxij. Item welcher bößlicher vnnd geuerlicher weiß / maß / wag / gewicht / specerey oder ander kauffmannschafft felscht / vnd die für gerecht gebraucht vnd außgibt / der soll zuo peinlicher straff angenommen / jm das land verboten / oder an seinem leib als mit ruotten außhawen oder dergleichen / nach gelegenhey vnd gestalt der überfarung / gestrafft werden / vnnd es möcht solcher falsch als offt größlich vnd bößhaftig geschehen / daß der thätter zuom todt gestrafft werden soll / alles nach radt wie zuo ende diser vnser ordnung vermeldet.“, in: Des allerdurchleuchtigsten großmechtigste[n] vnüberwindtlichsten Keyser Karls des fünfften: vnnd des heyligen Römischen Reichs peinlich gerichts ordnung, Mainz 1532. Zur strafrechtlichen Auflösung des unscharfen Sammelbegriffs *crimen falsi* ELMAR WADLE, Fabrikzeichenschutz und Markenrecht. Geschichte und Gestalt des deutschen Markenschutzes im 19. Jahrhundert, Teil 1, Schriften zur Rechtsgeschichte, Bd. 14, Berlin 1977, S. 277.

**35** Für Savoyen-Piemont das Edikt von 1623, für Frankreich das *arrêt du conseil portant régleme*nt von 1787 und für Cleve die Verordnung über Fabrikzeichen von 1794, nach LAMMEL (Anm. 17), S. 620, 738., 845 f. Das französische Arrêt sollte das Ansehen der Seidenindustrie sicherstellen, aber auch die Arbeit der Fabrikanten anerkennen. Dem Erfinder wurde für ein neues Muster ein maximal 15 Jahre laufendes Ausschließlichkeitsrecht eingeräumt, anderen wurde die Kopie des Musters untersagt. Die Hälfte der bei Missbrauch fälligen Strafe wurde dem geschädigten Erfinder zugebilligt, Art. 3, 4.

**36** HStA Stuttgart RKG Nr. 2066, nach MÜLLER (Anm. 20), S. 256.

**37** KAI ZAPFE, Die Ausgestaltung des Markenrechts in Deutschland seit 1874 unter besonderer Berücksichtigung des Markenbegriffs und der Markenkategorien, Berlin 2002, S. 7 f. Noch im 19. Jahrhundert wurde eine Strafbarkeit des Nachahmers vertreten, wenn „die Beglaubigungsmittel den betreffenden Privaten vom Staate in Verbindung mit einem ausschließlichen Rechte zur Produktion oder zum Debit gewisser Gegenstände eingeräumt sind. [...] Aus diesem folgt, daß z. B. die Nachahmung gewisser, nicht vom Staate ausdrücklich als ausschließliches Recht verliehener Zeichen kein Verbrechen sein kann, wenn dadurch weder ein gültiges Privilegium verletzt, noch der Käufer mit schlechterer Waare betrogen, noch ein anderer Bürger, welcher das nachgeahmte Zeichen führt, irgend einer Gefahr ausgesetzt wird [...] wenn es nur Zeichen und nicht der bürgerliche Name oder die Handelsfirma sind, welche nachgeahmt werden, wenn die Absicht bloß ist, inländischen Produkten den Kredit ausländischer zu verschaffen, und hiebei (sic) kein materieller Betrug unterläuft, so ist wohl nicht Fälschung anzunehmen“, HEINRICH ESCHER, Die Lehre von dem strafbaren Betrüge, Nachdr. d. Ausg. Zürich 1840, Bibliothek des deutschen Strafrechts, Neue Meister, Bd. 58, Stockstadt a. Main 2008, S. 391 f.

gestellt wurde.<sup>38</sup> Die erste reichsrechtliche Regelung erfolgte im Jahr 1874.<sup>39</sup> Dieser Schutz beschränkte sich jedoch zunächst auf „figürliche Warenbezeichnungen“, also Bildmarken. Nicht geschützt waren dagegen Wortmarken, die die Firma oder einen Namen enthielten. Selbst im 20. Jahrhundert war es noch streitig, ob das Muster von Tabakbriefen rechtlich geschützt sein könne; das Reichsgericht verneinte die Frage, ob deren Gestaltung vom sog. Ausstattungsschutz erfasst sein könne.<sup>40</sup> Heute sind Verpackungen vom Schutzbereich des § 3 I MarkenG ausdrücklich erfasst.<sup>41</sup> Nach modernen markenrechtlichen Maßstäben würde es sich wohl um eine sog. Wort-Bild-Marke handeln, also eine nicht nur vorübergehende Kombination textlicher und grafischer Elemente in einer Darstellung. Schon das Reichsmarkenschutzgesetz von 1874 verwendete den Begriff der „Marke“, der auch heute wieder seit der Einführung des Markengesetzes<sup>42</sup> im Jahr 1995 etabliert ist. Zwischenzeitlich hatte der Gesetzgeber mit dem Warenbezeichnungsgesetz aus dem Jahre 1894 den Rechtsbegriff „Warenzeichen“ eingeführt, den auch das Warenzeichengesetz von 1936 übernommen hatte. Die Wiedereinführung der Marke war dem Umstand geschuldet, dass bereits seit Ende der 1960er Jahre sowohl Waren als auch Dienstleistungen unter einem geschützten Zeichen gehandelt werden können. Dieser Erweiterung des Schutzbereiches genügte der Begriff des Warenzeichens nicht. Aber auch die im Zuge der modernen Technik möglich gewordene Bewerbung durch Ton und Bild waren ursächlich für den Wechsel von der begrifflich bloßen Bezeichnung einer Ware hin zur „Markierung“.

Marken als Zeichen des Eigentums an einer Sache selbst unter privatrechtlichen Schutz zu stellen, setzte freilich voraus, dass es sich bei der Marke ebenfalls um das Eigentum des Inhabers handelte. Erst hierdurch rückte das Interesse des Markeninhabers in den Vordergrund. Trotzdem also die Marke der Kläger Asshauer im Jahr 1724 noch nicht unter einem gesetzlich geregelten privatrechtlichen Schutz stand, verurteilte zunächst das Domkapitel zu Hildesheim den Beklagten Ökerman in einem Zwischenurteil zur Hinterlegung einer Kautions und verwarf gleichzeitig dessen Antrag auf Läuterung. Als Ökerman die Kautions nicht stellte, setzte das Domkapitel

<sup>38</sup> Näher dazu WADLE (Anm. 34), S. 223 f.

<sup>39</sup> RGBl. 143, vom 30.11.1874, in Kraft getreten am 01.05.1875. Näher dazu ELMAR WADLE, Das Markenschutzgesetz von 1874, Juristische Schulung (JuS) 1974, S. 761–766; ZAPFE (Anm. 37). Zur weiteren Entwicklung HANS-HEINRICH SCHMIEDER, Neues deutsches Markenrecht nach europäischem Standard, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, S. 1241–1247.

<sup>40</sup> Markenschutz und Wettbewerb (Reichsgericht MuW) 1930, S. 551, 554. Ebenso nachfolgende Entscheidungen bezüglich anderer Waren: RG MuW 1932, S. 178; 1935, S. 144, 145. Näher dazu HELMUT EICHMANN, Die dreidimensionale Marke, in: Jürgen F. Baur/Rainer Jacobs/Manfred Lieb/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am 6. November 1995, Berlin/New York 1995, S. 125–171, hier S. 128 f.

<sup>41</sup> REINHARD INGERL/CHRISTIAN ROHNKE, Markengesetz. Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 3. Aufl., München 2010, Rn. 30.

<sup>42</sup> Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, v. 25.10.1994, BGBl. I, S. 3082; 1995 I, S. 156; 1996 I, S. 682), zuletzt geändert durch Artikel 206 der Verordnung v. 31.08.2015 (BGBl. I, S. 1474).

zur Untersuchung des Sachverhaltes eine Kommission ein, die Ökerman die Tabakherstellung vorläufig untersagte, den Gebrauch der Marke verbot und die mit diesem gekennzeichneten Papier eingeschlagenen Tabakwaren beschlagnahmte.<sup>43</sup> Sodann wandte sich das Domkapitel an den Rat zu Peine und befahl diesem, Ökerman eine Geldstrafe und die Konfiskation seiner Waren anzudrohen, falls er weiterhin Tabak mit der Marke der Kläger vertreibe.<sup>44</sup> Und auch letztinstanzlich unterlag der Beklagte der mit einem *mandatum sine clausula* verbundenen Appellation vor dem Reichskammergericht.<sup>45</sup> Und gerade diese Verfahrensart ist auch ein Hinweis darauf, dass es hierbei nicht eigentlich um eine strafrechtliche Bewertung des Sachverhaltes als *crimen falsi*,<sup>46</sup> sondern um einen privatrechtlichen Schutz ging, war doch die Appellation an das Reichskammergericht in Strafsachen ausgeschlossen.

Noch rund 140 Jahre später, im Jahr 1863, sah sich dagegen die Hamburger Gerichtsbarkeit außer Stande, die Verwendung einer Handelsmarke zu untersagen. In dem Urteil des in diesem Verfahren letztinstanzlich angerufenen Reichsoberhandelsgerichts (ROHG) heißt es dazu: „Die Hamburgischen Gerichte [...] konnten [...] nach dem damaligen Stande der Gesetzgebung nicht so weit gehen, das Verbot auf die Benutzung der Marke auszudehnen. D & S setzten den Vertrieb ihres Fabrikats unter Beibehaltung der Marke fort.“<sup>47</sup>

Eine allgemeine Regelung, wonach die Benutzung fremder Marken verboten sei, war auch für das hier untersuchte Verfahren nicht ersichtlich. Entsprechend heißt es in einem von der Unterinstanz in Auftrag gegebenen unparteiischen Gutachten, „daß ein privatus dem anderen ein gleichmäßiges Signum in licitis [erlaubt, zulässig, Anm. d Verf.] nachzuführen regulariter nicht zu verweigern vermag.“<sup>48</sup> Doch dürfte die maßgebliche Ursache für die juristische Bewertung der hier untersuchten *causa* ein Privileg gewesen sein, das den Klägern laut eines Eintrags des reichskammergerichtlichen Protokolls von der Stadt Braunschweig zum Führen ihres Wappens erteilt worden war.<sup>49</sup> Tatsächlich erfahren wir weder aus der Akte noch aus den Beständen des Braunschweiger Archivs Konkretes über dieses Privileg. Der Verweis im Protokoll-

<sup>43</sup> Ausweislich der Ökermanschen Replik, HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/2, ohne [Q], undatiert, Eingangsvermerk Wetzlar, 09.04.1725, fol. 11<sup>r</sup>.

<sup>44</sup> HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, *acta priora*.

<sup>45</sup> BundA Berlin, AR-1-I, 1725 UBuchNr. 33, fol. 64.

<sup>46</sup> Wenngleich die appellatische Partei den Konkurrenten Ökerman auch wegen eines *crimen falsi* beschuldigt hatte, ausweislich des unparteiischen Gutachtens v. 19.01.1724, HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 24, fol. 1<sup>v</sup>; ebenso auch in der Ökermanschen Replik, HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/2, ohne [Q], undatiert, Eingangsvermerk Wetzlar, 09.04.1725, fol. 13<sup>v</sup>.

<sup>47</sup> Urteil v. 05.06.1877, ROHGE 22, S. 376 f. Dazu auch FRANZ HACKER, Die ältere Geschichte des Markenrechts als Standortfindung, NJW-Sonderheft 100 Jahre Markenverband – Marken im Wettbewerb, München/Frankfurt am Main 2003, S. 11–18, hier S. 11.

<sup>48</sup> *Rationes decidendi* des unparteiischen Gutachtens, HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 24, fol. 2<sup>r</sup>.

<sup>49</sup> HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, Protokoll, fol. 1<sup>v</sup>.

buch führt allein auf die Rückseite des Asshauerschen Tabaksbriefs, wo wegen der vielen Nachahmungen auf die beiden Kläger als die rechtmäßigen Hersteller und Verkäufer des „Virgini Blade-Tobacks“ hingewiesen wird:

**Abb. 6:** Tabaksbrief Asshauer, Rückseite (HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 2')

Ob diese Warnung wirklich auf ein Privileg zurückgeführt werden kann, lässt sich für diese Marke jedenfalls nicht mehr eindeutig nachvollziehen. Immerhin führt aber das Hildesheimer Domkapitel in seinen *rationes decidendi* aus, die Appellaten hätten die Tabakbriefe „dergestalt allein und privative geführt, daß solches anderen vermöge ertheilten Landts Fürstl. verbotts nicht erlaubt geweßen.“<sup>50</sup> So erklärt sich auch, dass bereits rund zwanzig Jahre vor dem hier besprochenen Verfahren der seinerzeit noch lebende Andreas Asshauer gegen einen Konkurrenten namens Conrad Wilms eine Entscheidung des Braunschweiger Gerichts erwirkt hatte, in der sich letzterer verpflichtete, er wolle seine Tabakbriefe ändern und die bisherige gleichartige

---

<sup>50</sup> Abschrift der *rationes decidendi* v. 19.01.1725, HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 1.

Werbung „hinfort bleyben lassen“.<sup>51</sup> Es bestätigt sich, dass „Privileg und Marktwirtschaft [...] keine antagonistischen Gegensätze“ waren.<sup>52</sup>

Nur am Rande sei bemerkt, dass der streitige Tabaksbrief abgesehen von der markenrechtlichen Komponente auf eine weitere Privilegierung der klägerischen Familie Asshauer hinweist, wenngleich die zum Tabakhandel legitimierende Urkunde aktenmäßig nicht nachweisbar ist;<sup>53</sup> Anbau und Handel von Tabak wurde im 17. Jahrhundert in weiten Teilen Europas an Private konzessioniert.

Spätestens seit der Expedition von Kolumbus wusste man in Europa von der Tabakpflanze, ihr erster Anbau in Deutschland soll im Jahr 1676 erfolgt sein.<sup>54</sup> Noch bis in das 17. Jahrhundert war die Tabakspflanze in großen Teilen Europas allein als Medizin anerkannt. Zu einem verbreiteten Konsum des Tabaks kam es in Europa seit dem Dreißigjährigen Krieg,<sup>55</sup> obwohl ihr nicht medizinisch verordneter Konsum unter Androhung von empfindlichen Strafen – Geldstrafe, Arrest, Prügelstrafe, Brandmarkung, Verbannung, in Lüneburg 1691 gar die Todesstrafe – häufig verboten war. Doch dann erkannten Landesherrn den fiskalischen Nutzen des neuartigen Genussmittels und regulierten Anbau, Verarbeitung und Handel über Tabaksregale, also dem ausschließlichen Recht, Tabak fabrizieren zu lassen, zu verkaufen und zu besteuern. In ganz Europa und über dessen Grenzen hinaus wurden verschiedene Besteuerungssysteme entwickelt, namentlich das sog. Appalto-System, bei dem die Tabaksregale an Private entgeltlich vergeben wurden.<sup>56</sup> In Preußen bezeichnete man diese als „Tabaksreuter“. Sie waren in der Bevölkerung unbeliebt, weil ihnen erlaubt war,

**51** Urteil des Bürgermeisters und Rates zu Braunschweig v. 17.01.1705, HStA Hannover RKG Hann. 27. Hildesheim Nr. 1400/1, [Q] 32, fol. 1<sup>v</sup>.

**52** Generell zur Regulierung des vorindustriellen Handwerks durch Privilegien ROBERT BRANDT, Handwerkliche Marktwirtschaft und Privileg in Frankfurt am Main in der Frühen Neuzeit (16.–18. Jahrhundert), in: Guillaume Garner (Hrsg.), *Die Ökonomie des Privilegs, Westeuropa 16.–19. Jahrhundert/L'économie du privilège, Europe occidentale XVIe–XIXe siècles*, Frankfurt am Main 2016, S. 333–347, Zitat S. 333. Zum Verhältnis zwischen Privilegierung und Konkurrenz für das Transportwesen ANNE CONCHON, *Privilèges et concurrence: le transport routier des marchandises en France au XVIII<sup>e</sup> siècle*, in: ebd., S. 397–416, insbes. S. 408–415.

**53** In den Gewerbeakten betreffend Tabakanbau und -handel konnte im StadtA Braunschweig, Signatur B IV 10 a: 26, Laufzeit 1645–1666 und C II: 92, Laufzeit 1675–1751, kein Privileg ermittelt werden.

**54** Für Österreich siehe neuerdings PETER RAUSCHER/ANDREA SERLES, Märkte, Monopole, Manufakturen. Der Tabakhandel im österreichischen Donaauraum um 1700, *Annales Mercaturae* 1 (2015), S. 61–96.

**55** BERND GEORG THAMM, Drogenfreigabe – Kapitulation oder Ausweg?, *Polizei und Politik*, Bd. 2, Hilden/Rhld. 1989, S. 30.

**56** GEORG VON MAYR, Tabaksteuer und Tabakmonopol in den europäischen Staaten und den Vereinigten Staaten von Nordamerika, in: *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Bd. 7, Jena <sup>2</sup>1901, S. 249–259. W. N. im Art. Tabaksteuer, in: *Meyers Großes Konversationslexikon*, Bd. 6, Leipzig/Wien <sup>6</sup>1905–1909, Sp. 271–273, hier Sp. 273; GREGORY AUSTIN, Die europäische Drogenkrise des 16. und 17. Jahrhunderts, in: Gisela Völger (Hrsg.), *Rausch und Realität. Drogen im Kulturvergleich*, Bd. I, Köln 1981, S. 64–72, hier S. 69–71.

gegen illegalen Anbau, Schmuggel oder Handel mit unversteuertem Tabak bewaffnet vorzugehen.<sup>57</sup> Die letzten Monopole wurden erst vor wenigen Jahren abgeschafft.<sup>58</sup>

## 2 Wasserzeichen im Papier

Mindestens ein weiteres reichskammergerichtliches Verfahren aus dem frühen 16. Jahrhundert,<sup>59</sup> weitere im Haus-, Hof- und Staatsarchiv nachgewiesene Privilegierungen aus dem späten 15. Jahrhundert<sup>60</sup> und das vor dem Reichshofrat im Jahr 1609 geführte Verfahren des Frankfurter Papierhändlers Michael Eisner gegen Johann Friedrich Hildebrandt bestätigen, dass Marken durch Privilegien geschützt werden konnten.<sup>61</sup> Eisner brachte vor, dass nur in seiner Papiermühle produziertes Papier mit einem Adler und dem lateinischen Buchstaben F gekennzeichnet werden dürfe und berief sich hierbei auf ein Privileg Kaiser Rudolf II. vom 17. Juli 1598, nach dem seine Marke „von Niemandt anders nachgemacht werden soll, auch ein namhaft Peen darauf gesetzt, wo Jemandt denselbigen, freventlich zur wider handeln würde.“<sup>62</sup> Die Strafe sei „halb in deroselbigen [*die kaiserliche, Anm. d. Verf.*] Cammer, und den anderen halb theil mir [Eisner] od[er] meinen Erben, unnachleßig zuebezalln.“<sup>63</sup>

Das Privileg war zunächst auf sechs Jahre befristet gewesen und nach erfolgreichem Antrag „noch auf anderer zehent Jar genediglich prorogiert und erstreckht, alß und der gestalt das ehr Michael Eyßner und seine Erben, des Papier [...] mit dem in der vorigen privilegio angezaigten zeichen des adlers, und in mitten stehenden lateinischen Buchstaaben F:, [...] weder heimlich noch öffentlich ... nachgemacht werden soll [...]“.<sup>64</sup> Zuvor hatte sich Eisner erfolglos vor der Druckerzunft und dem Bürgermeister und Rat der Stadt Frankfurt dagegen gewehrt, dass Hildebrandt diese Marke auf seinem Papier imitierte und es anderenorts als Frankfurter Papier verkauft hatte.<sup>65</sup> Es ist nicht verwunderlich, dass sich der Beschwerdeführer zunächst an die Zunft wandte, erfüllte diese doch nicht nur die bereits erwähnten qualitätssichernden

<sup>57</sup> HENNER HESS, Tabak, in: Sebastian Scheerer/Irmgart Vogt (Hrsg.), Drogen und Drogenpolitik. Ein Handbuch, Frankfurt am Main/New York 1989, S. 125–158, hier S. 127. THAMM (Anm. 55), S. 32–35; BIRGITTA KOLTE, Rauchen zwischen Sucht und Genuss, Wiesbaden 2006, S. 22.

<sup>58</sup> Das französische Tabakmonopol wurde förmlich erst 1995 abgeschafft, nachdem es erstmals 1674 von Jean-Baptiste Colbert eingeführt, nach seiner Aufhebung 1791 durch die Nationalversammlung 1810 unter Napoléon Bonaparte erneuert worden war und 1970 auf Beschluss der Europäischen Gemeinschaft zur Einführung eines gemeinsamen Rohtabakmarktes die Voraussetzungen zur Abschaffung nationaler Monopole geschaffen waren.

<sup>59</sup> Dazu MÜLLER (Anm. 20), S. 247, 252 f.

<sup>60</sup> ROBERT MELDAU, Vor 1500 eingetragene Warenzeichen, GRUR 43 (1938), S. 302–305.

<sup>61</sup> HHStA Wien, RHR, APA, K. 50, AB I/16, fol. 79<sup>v</sup>.

<sup>62</sup> HHStA Wien, RHR, APA, K. 50, AB I/16, fol. 129<sup>r</sup>.

<sup>63</sup> HHStA Wien, RHR, APA, K. 50, AB I/16, fol. 129<sup>v</sup>.

<sup>64</sup> HHStA Wien, RHR, APA, K. 50, AB I/16, fol. 131<sup>v</sup>–132<sup>r</sup>.

<sup>65</sup> Zu den Besonderheiten der Marke bei den Papiermühlen LEITHERER (Anm. 10), S. 45–47.

Aufgaben, sondern regulierte auch im Hinblick auf die Erhaltung der Nahrung ihrer Mitglieder wettbewerbliche Eingriffe in deren Betätigungsfeld.<sup>66</sup>

Auch überrascht es nicht, dass sich Eisner nach erfolglosem Bemühen in Frankfurt an den Reichshofrat und nicht an das Reichskammergericht wandte. Zwar sah erst der Jüngste Reichsabschied von 1654 ausdrücklich vor, dass sich Untertanen auch in Zunftssachen mittels einer Appellation an das Reichskammergericht wenden können sollten, wenn auch die Richter „in dergleichen Sachen keine Inhibition leichtlich erkennen“, sondern unter Berücksichtigung örtlicher wie reichsrechtlicher Regelungen zunächst an die örtlichen Obrigkeiten verweisen sollten.<sup>67</sup> Doch meinte Eisner vermutlich, dass er sich zum Schutz seines kaiserlichen Privilegs zielführender an den Reichshofrat als kaiserliche Behörde wenden sollte.<sup>68</sup> Als solche war der Reichshofrat auch originär zuständig für sämtliche Angelegenheiten bezüglich der kaiserlich erteilten Sonderrechte, wengleich durchaus Fälle bekannt sind, in denen der Kaiserhof die Entscheidung über gerügte Privilegienverletzungen explizit dem Reichskammergericht überlassen hatte.<sup>69</sup> Die klägerischen Anträge auf Beschlagnahme der Lagerbestände und Verurteilung zur im Privileg angedrohten Strafe für Zuwiderhandlungen wies der Reichshofrat jedenfalls zurück.

Privilegien stellten, gerade auf dem Gebiet des Handelsrechts, das bis in das 19. Jahrhundert weitgehend unbeeinflusst von der Rezeption und vom gemeinen Recht war und dessen Regelungen vielerorts auf gewohnheitsrechtlichen Übungen oder bestenfalls partikularrechtlichen Quellen basierte,<sup>70</sup> einen maßgeblichen Teil der Rechtsquellen nicht allein der Kaufleute, sondern auch vieler Handwerker dar – Heinz Mohnhaupt spricht davon, dass die Privilegien insbesondere „als Schutzinstrument im Wirtschaftsleben“ dienten.<sup>71</sup> Privilegien kam als Abweichung vom *ius*

<sup>66</sup> Zu dem Argument der Nahrungserhaltung, um damit konkurrierende Handwerker bzw. Händler über die Zünfte ausschalten zu können, LEITHERER (Anm. 10), S. 20; GUILLAUME GARNER, Die räumliche Dimension der Regulierung des Handels im 18. Jahrhundert, *Annales Mercaturae* 1 (2015), S. 127–146, hier S. 138 f.

<sup>67</sup> § 106 des Jüngsten Reichsabschieds, Neue und vollständigere Sammlung der Reichsabschiede, Bd. III, Franckfurt a.M. 1747, Neudruck Osnabrück 1967, S. 640 ff.

<sup>68</sup> 40 % des gesamten Arbeitsanfalls des Reichshofrats entfielen auf die sog. Gunsterweise, worunter wiederum mit dem größten Anteil auch die Privilegien zu rechnen sind, EVA ORTLIEB, Vortrag „Speyer als Tagungsort des Hofrats Karls V.“, gehalten am 15.10.2015 auf der wissenschaftlichen Tagung der Stadt Speyer, der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung Wetzlar e.V., sowie der 14. Tagung des Netzwerks Reichsgerichtsbarkeit „Speyer als Zentralort des Reiches im 16. Jahrhundert“.

<sup>69</sup> BERNHARD DIESTELKAMP, Zur ausschließlichen Zuständigkeit des Reichshofrats für die Kassation kaiserlicher Privilegien, in: Leopold Auer/Werner Ogris/Eva Ortlieb (Hrsg.), *Höchstgerichte in Europa. Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen, Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich*, Bd. 53, Köln/Weimar/Wien 2007, S. 163–176, hier S. 167 f.

<sup>70</sup> Dazu schon REHME (Anm. 11), S. 205–208.

<sup>71</sup> HEINZ MOHNHAUPT, Bestrebungen zur Vereinheitlichung der Privilegienvielfalt im Bereich des Handwerks im Kurfürstentum Brandenburg (1734–1736), in: Garner (Anm. 52), S. 33–53, hier S. 35.

*commune* grundsätzlich Gesetzescharakter zu,<sup>72</sup> jedenfalls soweit und solange sie der *utilitas publica* entsprachen.<sup>73</sup> Verletzte jemand ein Privileg zu Lasten des Begünstigten, verletzte er damit dieses Recht. Das Privileg erfüllte demnach eine Doppelfunktion: Es räumte dem Begünstigten einen rechtlich geschützten Handlungsrahmen ein und verbot gleichzeitig Dritten normativ in diesen geschützten Bereich einzudringen.<sup>74</sup> So erklärt sich auch die juristische Verfolgung eines Markenmissbrauchs vor Etablierung allgemeiner privatrechtlicher Schutzmechanismen.

Unrechtmäßige Nutzer versuchten sich dagegen – freilich erfolglos – zur Wehr zu setzen; so ist in der Sache der Witwe des Gmündener Sensenschmieds Lemler vom Beklagten Astlin zu hören, dass selbst ein kaiserliches Privileg niemanden am Gebrauch eines Zeichens – hier einer Lilie – hindern könne, da

dann im rechten öffentlich ist, das iederman im selbs ein zaichen setzen oder nehmen mag, domit er und sein arbeit in dem landt bekannt werde, es were dann sach, das ainer erleichten [erlauchten] oder hochgeachten personen zaichen annemen wollte, als der fürsten, grafen, ritter und edelleuten, welche dann durch sich oder ir vorfaren von röm. Königen oder kaysren durch indult hergepracht hetten. Derselben hohen fürsten und herrn die gedacht Lemlerin nit, sonder una persona privata ist.<sup>75</sup>

### 3 Zinnknöpfe

Bei der Erteilung solcher Privilegien, die zum Führen einer Marke berechtigten, kam es häufiger zu Verwirrungen, die Auseinandersetzungen nach sich zogen. So konnte es zu Überschneidungen kommen, weil ein Privileg gleich Mehreren zugebilligt worden war, wie dies auch in der bereits erwähnten *causa* Eisner gegen Hildebrandt

<sup>72</sup> Dies geht für das Privileg bis auf Bartolus zurück: „*Est privilegium lex scripta contra ius commune.*“ Zum Rechtsquellencharakter von Privilegien näher HEINZ MOHNHAUPT, *Privatrecht in Privilegien*, in: *Vorträge zur Geschichte des Privatrechts in Europa*, *ius commune Sonderhefte. Texte und Monographien*, Bd. 15, Frankfurt am Main 1981, S. 58–75, hier S. 59. Neuerdings auch ANJA AMEND-TRAUT, *Die Akten und Beilagen von Reichskammergericht und Reichshofrat als Quellen des Handelsrechts*, ZNR 37 (2015), S. 177–205, hier S. 194–199.

<sup>73</sup> Zusammenfassend KARL OTTO SCHERNER, *Zum Sonderrecht der Kaufleute bei Johann Marquard*, in: Hans-Peter Haferkamp/Tilman Repgen (Hrsg.), *Usus modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Klaus Luig zum 70. Geburtstag, *Rechtsgeschichtliche Schriften*, Bd. 24, Köln u. a. 2007, S. 199–217, hier S. 202–204. Zum Sonderrecht und seinem theoretischen Fundament näher THOMAS DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte* Frankfurt am Main, Bd. 231, Frankfurt am Main 2008, S. 12–25.

<sup>74</sup> Zu dieser negativen Drittwirkung im Kontext konkurrierender privilegierter Gilden MOHNHAUPT (Anm. 71), S. 49.

<sup>75</sup> HStA Stuttgart RKG Nr. 2066, zitiert nach MÜLLER (Anm. 20), S. 253.

erörtert wurde.<sup>76</sup> Da es weder am kaiserlichen Reichshofrat noch an landesherrlichen Behörden eine konstante und durchgängige Aktenführung gab, die die Vergabe von Sonderrechten registrierte,<sup>77</sup> verwundert dies freilich nicht weiter. Erstaunlich ist indessen der Mangel an solchen Verzeichnissen, war doch ein großer Teil des mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rechtssystems überhaupt auf der Vergabe von Einzelrechten aufgebaut, so dass in diesem Zusammenhang durch die so erreichte Regelungsdichte sogar von einer „gesetzesgleiche[n] Normgebung“ gesprochen wird.<sup>78</sup>

Auf das Fehlen einschlägiger Register über verwendete Marken dürfte auch zurückzuführen sein, dass es häufiger zu Auseinandersetzungen kam, weil Privilegien erteilt wurden, ohne dass zuvor eine Prüfung erfolgt wäre bzw. hätte erfolgen können, ob die fragliche Marke nicht bereits durch jemand anderen, wenn auch ohne vorherige ausdrückliche Privilegierung, verwendet wurde.<sup>79</sup> Die beiden Nürnberger Zinnknopfmacher Jürgen Backofen und Johann Georg Lauck verwendeten zunächst unterschiedliche Marken, Lauck für seine Knöpfe Lilien (siehe Abb. 7) und Backofen ein Opferlamm (siehe Abb. 8):

---

**76** So lautete auch einer der Vorwürfe in der *causa* Eisner gegen Hildebrandt, HHStA Wien, RHR, APA, K. 50, ABI/16, Beilage Lit. A, fol. 130<sup>r</sup>.

**77** Am Haus-, Hof- und Staatsarchiv gibt es zwar das sog. Reichsregister. Dort finden sich jedoch nur sporadische Spuren kaiserlicher Privilegien bzw. deren Bestätigungen und Prolongationen. Bekannt ist allerdings ein vor einigen Jahren wiederentdecktes, wenngleich wohl nicht abschließendes Formularbuch, in dem sich auch Entwürfe zur Erteilung von Privilegien finden, dazu HANSJÖRG POHLMANN, Ein unbekanntes „Reichskanzlei-Formularbuch“ im Wiener Archiv, *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983), S. 130–141. Allerdings weist das Inhaltsverzeichnis dieses Buchs keine Vorlage zur Erteilung eines Markenprivilegs auf. Allein „Wappen, so man ainem Handtwerk gibt“ sind dort berücksichtigt, HHStA Wien, Reichsarchive, Reichshofrat und Reichskanzlei-Verfassungsakten, Kanzleibücher 6, fol. 54<sup>v</sup>–56<sup>r</sup>. Herrn Dr. Ulrich Rasche sei an dieser Stelle für seine Hilfe beim Auffinden der Quelle gedankt! Daneben gibt es für das Kurfürstentum Brandenburg die so genannten „General-Privilegien“, die in einer Gesetzessammlung publiziert wurden, nachdem zuvor die Reichszunftordnung von 1731 die Vereinheitlichung des Handwerksrechts angemahnt hatte und daraufhin in Brandenburg-Preußen zunächst erteilte Einzelprivilegien aufgehoben worden waren. Dazu näher MOHNHAUPT (Anm. 71), S. 40–42, 45 ff.

**78** Das Zitat stammt von HEINZ MOHNHAUPT, Erteilung und Widerruf von Privilegien nach der gemeinrechtlichen Lehre vom 16. bis 19. Jahrhundert, in: Barbara Dölemeyer/Heinz Mohnhaupt (Hrsg.), *Das Privileg im europäischen Vergleich*, Bd. 1, *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Bd. 93, Frankfurt am Main 1999, S. 93–121, hier S. 109; DERS. (Anm. 71), S. 37, dort „gesetzesähnliche Normgebung“, freilich im Hinblick auf die allgemeinen und gleichen Bestimmungen in den Generalprivilegien, S. 50–52.

**79** Bislang ungeklärt ist, ob für die Markenprivilegien eine frühe legislative Form eines Schutzsystems bestand, wie dies für das im Verlagswesen etablierte Urheberrecht mit Rücksicht auf eine stark formalisierte Antrags-, Eintragungs- und Erteilungspraxis bei der kaiserlichen Kanzlei ausgemacht wurde, POHLMANN (Anm. 77), S. 136.

**Abb. 7:** Zinnkopf Lauck (HHStA Wien, RHR, Antiqua 432-2, fol. 44<sup>v</sup>)

**Abb. 8:** Zinnkopf Backofen (HHStA Wien, RHR, Antiqua 432-2, fol. 7<sup>v</sup>)

Später hatte Lauck Nürnberg verlassen und sich in Hanau niedergelassen. Dort verwendete er für seine Zinnknöpfe nun ebenfalls das Opferlamm-Markenzeichen in zwei Versionen (siehe Abb. 9):

Lauck, also der Imitator des Markenzeichens Backofens, erwarb 1699 ein kaiserliches Privileg, das ihm die Verwendung eben jenes „abgekupferten“ Markenzeichens gestattete, während Backofen kein solches Privileg besaß bzw. dieses jedenfalls nicht nachweisen konnte. Backofen erhielt zwar einige, freilich aber nur halbherzige Entscheidungen zu seinen Gunsten, die das Verfahren jedoch nur in die Länge zu ziehen vermochten. Die erbetene Kassation des seiner Meinung nach erschlichenen Privilegs, für die der Reichshofrat zuständig war,<sup>80</sup> erreichte Backofen aber nicht. Insbesondere eine inhaltliche Prüfung etwaiger für ihn streitender Rechte, namentlich in Form eines Bestandsschutzes, war nicht erfolgt.

## II Gesellschaftsverträge und Beschäftigungsverhältnisse

Kaufmännische Konkurrenzverhältnisse waren auch Inhalt von Gesellschaftsverträgen oder Gegenstand von Auseinandersetzungen über Beschäftigungsverhältnisse von Gesellen. Was die Gesellschaftsverträge betrifft, sind einschlägige Regelungen bereits seit dem Mittelalter nachgewiesen: Häufiger sahen die Klauseln eine Selbstverpflichtung der Gesellschafter untereinander vor, ihre Arbeitskraft allein der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen bzw. die Gesellschaft vor den materiellen Auswirkungen eines solchen Wettbewerbs zu schützen. Im ersten Gesellschaftsvertrag der Brüder Ulrich, Georg und Jakob Fugger, der am 18. August 1494 in Augsburg abgeschlossen wurde, heißt es u. a.: „Es sol auch unser keiner weder durch sich selbs für sich noch sunst mit yemands anderm einichen kaufmannshandel gewerb und gesellschaft ausserhalb dis die gedachten sechs jare haben noch treyben.“<sup>81</sup>

Ein weiteres Beispiel liefert der am 15. Juli 1503 zwischen Endris Grander, Conrad Rehlinger und Hans Hanolt auf vier Jahre abgeschlossene Handelsverbands-Vertrag, in dem es heißt:

Item es yst ach weyter geret und peschlossen worden, dass kainer nicht in sunderkeyt sell handlen ausserthhalb der gesellschaft weder umb weng noch umb fyl das kafmanschaft antref sunder fergunst und willen wyssen yrer gesellen, so lang und pyss dye zeyt ferschinen yst so und wir zusamen ferpunden seyen alls treylych und ungefarlych.<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Zur Entwicklung dieses Grundsatzes trotz Fehlens einer entsprechenden autoritativ-normativen Regelung DIESTELKAMP (Anm. 69), S. 171–176.

<sup>81</sup> MAX JANSEN, Jakob Fugger der Reiche. Studien und Quellen, Bd. I, Leipzig 1910, S. 263–268, hier S. 264. Inhaltlich zum vertraglich auferlegten Wettbewerbsverbot der Gesellschafter untereinander ELMAR LUTZ, Die rechtliche Struktur süddeutscher Handelsgesellschaften in der Zeit der Fugger. Bd. I. Darstellung, Schwäbische Forschungsgemeinschaft bei der Kommission für Bayerische Landesgeschichte Bd. 4; Studien zur Fuggergeschichte, Bd. 16, Tübingen 1976, S. 307–321.

<sup>82</sup> FRANZ JOSEF SCHÖNINGH, Die Rehlinger von Augsburg. Ein Beitrag zur deutschen Wirtschaftsgeschichte des 16. und 17. Jahrhunderts, Paderborn 1927, S. 68.

Ob diese Verbote eingehalten oder bei Nichteinhaltung gerügt und in welcher Form sie dann gegebenenfalls sanktioniert wurden, ist bislang noch nicht untersucht.

Neben diesen Abreden, mit denen sich die Gesellschafter selbst einer Wohlverhaltensformel unterwarfen, sind auch Klauseln nachgewiesen, in denen sich ein Faktor entsprechend verpflichtete, nur allein für diese, nicht jedoch daneben auch für andere Gesellschaften tätig zu werden.<sup>83</sup> So heißt es etwa: „Auch ist beredt und sonderlich ußgetragen, das [...] Friderich Heyde bynnen diesen zukunfftigen funff iaren keynen besondern handel triben, noch mit ymant geselleschaft haben, auch fur nyemant burge noch schuldener werden oder sich mitschuldener zu sin underscriben sal.“<sup>84</sup> Im Jahr 1499 verpflichtete sich der Diener der Thurzos und Fuggers nicht allein „mit yemant kein gesellschaft noch teyl noch gewinnung“ zu haben, sondern darüber hinaus „iren handel in getreuer guter geheim“ zu halten, und zwar „in der zeyt ich pey in pin und nachvolgent nymmer mer ewiglich niemals zu offenbaren weder wenig noch vil.“<sup>85</sup> Solche Geschäftsinterna stellten stets einen besonders sensiblen Bereich dar, den man vertraglich versuchte abzusichern, zumal wenn die Person, der man Vertrauen schenkte, kein Familienmitglied war.

Auch für das 18. Jahrhundert finden sich entsprechende Vereinbarungen, die den Schutz von Betriebsgeheimnissen oder Abwerbungsverbote beinhalteten.<sup>86</sup> In dem Verfahren des Hamburger „Cattondruckers“ Lorenz Hinrich Heybruch beschuldigte dieser seinen Konkurrenten Bartold Deppe, er habe einen ehemaligen Gesellen zum Verrat von Betriebsgeheimnissen verführt. Weil der Gehilfe insbesondere Dessins der hoch bezahlten „Zeichenmeister“ und Details der Kattunfabrikation preisgegeben habe, forderte Heybruch Schadensersatz, eventualiter eine eidliche Versicherung, wonach Deppe

(1) des Appellantis neue Cattun-Muster nicht durch geldt und promessen von dem form schneider brumberg an sich gebracht, noch (2) gewusst, daß dieser brumberg in des Appellantis besondern diensten stehe, sondern vilmehr (3) geglaubet habe, daß derselbige befugt gewesen, ihme oder anderen leuthen des Appellantis Cattun=Muster zu verkauffen.<sup>87</sup>

**83** ULLA KYPTA, Associates or Agents? Trading Enterprises in Northern and Southern Germany in the Late Middle Ages, Vortrag anlässlich der Tagung „The Small, Medium-sized and Large Company in Law and Economic Practice (Middle Ages–Nineteenth Century)“, in Brüssel, 21./22.05.2015.

**84** Vertrag aus dem Jahr 1502 von Hans Bromm dem Älteren und Hans Bromm dem Jüngeren mit ihrem Handelsdiener Friedrich Heyde, nach GEORG LUDWIG KRIEGK, Deutsches Bürgerthum im Mittelalter. Nach urkundlichen Forschungen, NF, unveränderter Neudr. der Ausg. Frankfurt am Main 1871, Frankfurt am Main 1969, S. 446–451, hier S. 448. Frau Ulla Kypta sei an dieser Stelle für die wertvollen Hinweise gedankt!

**85** JANSEN (Anm. 81), Verschreibung vom 17.04.1499, S. 378–381, hier S. 379.

**86** Darauf wurde bereits früher hingewiesen: ANJA AMEND-TRAUT, Die Spruchpraxis der höchsten Reichsgerichte im römisch-deutschen Reich und ihre Bedeutung für die Privatrechtsgeschichte, Schriftenreihe der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, Bd. 36, Wetzlar 2008, S. 19.

**87** *Libellis Appellationis* v. 28.02.1726, StA Hamburg RKG Nr. H 144, ohne [Q], fol. 3ʳ.

Heybruch hatte im Juni 1713 mit dem Vater seines Lehrlings Johann Andreas Brumberg einen „beständige[n] und unwiderruffliche[n] dienst contractus auffg[e]richtet“, wonach sich Heybruch verpflichtete, „den Knaben durch seinen bey ihm in dinns-ten stehenden formschneider in dieser kunst unterrichten zu lassen.“ Umgekehrt wurde Johann Andreas verpflichtet, für die folgenden sechs Jahre „gehorsam, ehrbar verschwiegen [zu sein] und [sich] also zu verhalten, wie es einem rechtschaffenen und Ehr liebenden knaben zu steht, auch soll er ohne seines Patrons wissen und willen nicht aus dem haus gehen oder sonsten mit andern verdächtige[n] buben und Leute[n]“ umgehen oder „schwätzen sondern in allem ihm anvertrauten, fürsichtig und rechtschaffen“ sein.<sup>88</sup>

An diesem wie an vielen anderen frühen Zeugnissen fabrikmäßiger Produktionsweise zeigt sich, dass die zünftigen Vorstellungen über Arbeitsbedingungen mit patriarchalischer Prägung, in denen Lehrlinge und Gesellen gegen Kost und Logis und unter permanenter Aufsicht in das „ganze Haus“ eingegliedert waren, überdauert hatten.<sup>89</sup> Der appellantischesse Anwalt lieferte die Erklärung, warum diese Vorsichtsmaßnahmen ergriffen wurden: Die „leuthe, welche theils allerhandt neue figuren zu inventiren [erfinden], theils aber also in die zum würcklichen drucken erforderliche holzformen einzuschmieden tüchtig sindt,“ müssten ihre Mitarbeiter zum Stillschweigen verpflichten, weil diese die „muster und formen, an niemanden anders communiciren und überlaßen dürffen damit nicht namlich auff solche art die neue muster auch zugleich in anderer professions verwandten hände gerathen undt durch dieselbige auff den meßen undt Jahrmärckten die preiße von dießen waaren, zum größten nachtheil“ der Schöpfer „verschlimmert werden mögten“.<sup>90</sup>

Genau dieses Szenario war aber nach Ansicht des Appellanten eingetreten: Zehn Jahre nach Abschluss des Ausbildungsvertrages trat der mittlerweile ausgebildete Johann Andreas Brumberg in die Dienste des Appellaten Deppe, der

auß einer gantz unsitlichen, undt wieder alle gute gesetze lauffenden invidie zu dem Entschluss gerathen ist, dießen jungen menschen durch allerhandt heimliche [...] practiquen und liebkoßen dahin zu verführen, daß er mit hindansetzung seiner contractspflicht, ihme von zeit zu zeit gegen ein sehr geringes entgelt bey 40 stück größtentheils gantz neue, überhaupt aber annoch rare und gar nicht vulgaire cattun formen so zu sagen verrathen, und zum unzuläßigen nachdruck einlieffern müssen.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Dienstvertrag v. 31.05.1714, StA Hamburg RKG Nr. H 144, Anlage 1, ohne [Q].

<sup>89</sup> Gustav Otruba (Hrsg.), Österreichische Fabriksprivilegien vom 16. bis ins 18. Jahrhundert und ausgewählte verwandte Quellen zur Frühgeschichte der Industrialisierung, *Fontes rerum Austriacarum*, 3. Abt., *Fontes iuris*, Bd. 7, Wien/Köln/Graz 1981, S. 111. Zu der personenrechtlichen Verbindung durch den Hausverband siehe auch THOMAS PIERSON, *Das Gesinde und die Herausbildung moderner Privatrechtsprinzipien*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Bd. 297, Frankfurt am Main 2016, S. 13.

<sup>90</sup> *Libellis Appellationis* v. 28.02.1726, StA Hamburg RKG Nr. H 144, ohne [Q], fol. 1<sup>v</sup>.

<sup>91</sup> *Libellis Appellationis* v. 28.02.1726, StA Hamburg RKG Nr. H 144, ohne [Q], fol. 2<sup>v</sup>.

Dadurch sei die Ware Heybruchs, die er auf den Messen „mit guthem vorthail, wegen ihrer neuen undt vermeinten seltenheit allein“ zu verkaufen glaubte, „im preiß mercklich abgeschlagen“. Denn durch „des Appellati unverantwortlichen nachdruck“ seien die Muster „bey andern Negotianten auch vorhanden geweßen“, so dass ihm, Heybruch, dadurch ein jährlicher Schaden von „wenigstens 2000 Reichsthalern“ entstanden sei.<sup>92</sup>

Nachdem Heybruch mit seinem Begehr erstinstanzlich vor dem Bürgermeister und Rat der Stadt Hamburg unterlegen war,<sup>93</sup> wandte er sich mittels einer Appellation an das Reichskammergericht und verlangte wegen der „vom appellaten geschehene Verführung“ und des hieraus zugefügten Schadens in Höhe von „viele[n] taußendt gulden“ entsprechenden Ersatz.<sup>94</sup> Das Hamburger Gericht kam zu dem Schluss, dass es „nichts strafbares wäre, von einem form schneider muster zu erhandeln, und daß er [der Beklagte Deppe] sich nicht darum zu bekümmern gehabt hätte, auff welchem fuße der Appellant mit diesem seinem form schneider stünde.“<sup>95</sup> Eine Entscheidung des Reichskammergerichts erging in der Sache nicht; Hintergrund dafür war vermutlich weniger die frühzeitig dem Appellanten kommunizierte Aussichtslosigkeit seines Begehrens als vielmehr das Hamburger Privileg in Kaufmannssachen, das den Rechtszug an die Höchsten Gerichte untersagte und auf das sich nicht allein der gegnerische Anwalt, sondern v.a. auch die Hamburger Justiz weitschweifend beriefen.<sup>96</sup>

Aber was bewegte den Appellanten, sich nicht gegen seinen ehemaligen Lehrling und späteren Gesellen zu wenden, sondern vielmehr gegen seinen Konkurrenten? Bei Ersterem dürfte auf privatrechtlichem Wege nicht viel zu holen gewesen sein. Vor allem hatte Johann Andreas auch nicht gegen die vertragliche Abrede verstoßen. Während seiner sechsjährigen Dienstzeit war er nicht vertragsbrüchig geworden. Sein vermeintlicher Verrat datierte auf die Zeit danach. Näher lag es also, sich an den zumal finanzstärkeren Konkurrenten zu halten. Eine plausible Erklärung für ein derartiges Vorgehen liefert allein das frühneuzeitliche Recht der abhängigen Arbeitskräfte.<sup>97</sup> Es war geprägt durch unfreie Dienstverträge, deren Ausgestaltung in starker Tradition zu zünftiger oder obrigkeitlicher Reglementierung stand. Charakteristisch

<sup>92</sup> *Libellis Appellationis* v. 28.02.1726, StA Hamburg RKG Nr. H 144, ohne [Q], fol. 2<sup>r</sup>.

<sup>93</sup> Urteil des Hamburger Rats v. 01.09.1724, StA Hamburg RKG Nr. H 144, Anlage 2, ohne [Q].

<sup>94</sup> Supplikation v. 27.08.1726, StA Hamburg RKG Nr. H 144, ohne [Q], 2<sup>r</sup>.

<sup>95</sup> *Libellis Appellationis* v. 28.02.1726, StA Hamburg RKG Nr. H 144, ohne [Q], fol. 2<sup>r</sup>.

<sup>96</sup> Das Privileg ist abgedruckt bei ULRICH EISENHARDT, *Die kaiserlichen privilegia de non appellando*, Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 7, Köln/Wien 1980, S. 211–219. Näher dazu ANJA AMEND-TRAUT, *Wechselverbindlichkeiten vor dem Reichskammergericht. Praktiziertes Zivilrecht in der Frühen Neuzeit*, Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 54, Köln/Wien 2009, S. 166; DIES. (Anm. 87), S. 98; ANDREAS EBERT-WEIDENFELLER, *Hamburgisches Kaufmannsrecht im 17. und 18. Jahrhundert*, Rechtshistorische Reihe, Bd. 100, Frankfurt am Main/Berlin/Bern u. a. 1992, S. 35 ff., 253 ff.

<sup>97</sup> Zu den folgenden Ausführungen insgesamt THORSTEN KEISER, *Vertragszwang und Vertragsfreiheit im Recht der Arbeit von der Frühen Neuzeit bis in die Moderne*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte Frankfurt

für sie war, dass sie vornehmlich den Schutz privilegierter Unternehmen im Auge behielten, hinter dem Individualinteressen einer Arbeitskraft oder die von Konkurrenten zurückzutreten hatten. Unterschieden werden konnte danach, ob es sich um zunftähnlich organisierte Anstellungsverhältnisse handelte oder um vertragliche Verpflichtungen von Arbeitern, die in Diensten eines Manufakturinhabers standen, der im Zuge merkantilistischer Wirtschaftspolitik vom Landesherrn begünstigt worden war. Diese waren im Gegensatz zum Kaiser auch noch im 18. Jahrhundert in ihrer Privilegienhoheit nicht eingeschränkt; Kaiser Karl VI. hatte mit der Wahlkapitulation auf das kaiserliche Erteilungsrecht verzichtet.<sup>98</sup> Die verliehenen Monopolprivilegien und -konzessionen waren nicht nur dazu gedacht, die Wettbewerber auszuschalten und damit den Absatz zu sichern.<sup>99</sup> Zugleich waren damit auch die zumeist wenigen fachlich ausgebildeten Arbeitnehmer an das begünstigte Unternehmen gefesselt, fanden sie doch andernorts nicht ohne Weiteres einen adäquaten Arbeitsplatz – nicht bloß eine mehr oder weniger zufällige Folge der Privilegierungen, sondern durchaus auch ein über die im Lichte der landesherrlichen Bevorrechtigung konzipierten Arbeitsverträge planmäßig verfolgtes Ziel.<sup>100</sup> Insgesamt wirkten sich die Privilegien so mittelbar über das persönliche Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und begünstigten Arbeitgebern hinaus aus; sie konnten dann einzelne Arbeitskräfte zur gewissenhaften Arbeit oder eben auch Dritte zur Unterlassung von Wettbewerbshandlungen zum Nachteil des Privilegierten anhalten.<sup>101</sup> Die Einhaltung dieser Normen war obrigkeitliche Angelegenheit und konnte deshalb auf Antrag des Arbeitgebers durch landesherrliche Behörden verfolgt werden.<sup>102</sup> Und auch der Kattundruck erfuhr im 18. Jahrhundert eine extensive obrigkeitliche Förderung v.a. in Form diverser Privile-

---

am Main, Bd. 278, Frankfurt am Main 2013, insbes. S. 170–186; speziell im Hinblick auf das Gesinde siehe PIERSON (Anm. 89), S. 14 ff.

**98** Art. 7 der Wahlkapitulation von 1711: Die kaiserliche Gewalt dürfe niemandem „einige privilegia auf Monopolia ertheilen, es geschehe solches bey Kauff-Händeln, Manufacturen, Künsten, [...] oder wie es sonst Namen haben möge.“ Zitiert nach: Neue und vollständigere Sammlung der Reichsab-schiede, Bd. IV, Franckfurt a.M. 1747, Neudruck Osnabrück 1967, S. 233–259, hier S. 237, 253.

**99** Zur Durchbrechung der Zunftverfassung durch Fabriksprivilegien, insbesondere um das Erforder-nis des katholischen Bekenntnisses bei Fachkräften zu umgehen, hin zu einer freizügigeren Praxis GUSTAV OTRUBA, Von den „Fabriksprivilegien“ des 17. und 18. Jahrhunderts zum „Österreichischen Fabrikenrecht“ 1838, *Scripta Mercaturae* 10/2 (1976), S. 75–108. Der wissenschaftstheoretischen Frage, welchen Argumentationslinien das juristische und ökonomische Schrifttum zwischen den 18. und frühen 19. Jahrhundert in der Debatte um die Steuerung des nichtzünftigen Gewerbes folgte, geht PETER COLLIN, Kreuzwege juristischer und ökonomischer Rationalitäten: Die Debatte um Privilegien, Monopole und Konzessionen in Deutschland am Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts, in: Garner (Anm. 52), S. 91–113, nach.

**100** HORST KRÜGER, Zur Geschichte der Manufakturen und der Manufakturarbeiter in Preußen: Die mittleren Provinzen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, Schriftenreihe des Instituts für Allge-meine Geschichte an der Humboldt-Universität Berlin, Bd. 3, Berlin (Ost) 1958, S. 79.

**101** Otruba (Anm. 89), Privileg zur Erzeugung von Gold- und silberreichen Stoffen, erteilt von Kaiser Karl VI. zugunsten Matthias Hemberger am 18.03.1727, Nr. 45, S. 245–252, hier S. 247, 249 f.

**102** Dazu siehe näher KEISER (Anm. 97), S. 172–174.

gien, avancierten doch gedruckte Baumwollwaren schon seit dem 18. Jahrhundert zu Massenbedarfsgütern.<sup>103</sup>

Demgegenüber weist die vertragliche Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen etwa von im Verlagssystem eingebundenen Gesellen häufig große Parallelen zu der überkommenen Zunftverfassung auf. So finden sich in deren Verträgen auch Abwerbungsverbote, die noch solchen aus dem zünftigen Handwerk entsprechen.<sup>104</sup> Noch häufiger kam es vor, dass Landesfürsten aus eigenem Interesse entweder Anreize für Arbeitskräfte schafften, sich nicht abwerben zu lassen – etwa durch Verbesserung von Arbeitsbedingungen – oder Strafvorschriften erließen, die sich nicht nur gegen vertragsbrüchige Arbeitnehmer richteten, sondern auch an abwerbende Konkurrenten adressiert waren.<sup>105</sup>

Gemeinsam ist diesen beiden Erscheinungsformen frühneuzeitlicher Regelungstypen unselbständiger Arbeit, dass das Vertragsverhältnis stark unter dem Einfluss überwölbter Ordnungsstrukturen stand, die insoweit eine Vertragsfreiheit beschränkten, vor allem aber auch über das Zweipersonenverhältnis zwischen Dienstherr und Arbeitnehmer hinausging. Reglementierten zuvor die Zünfte den Wettbewerb um Arbeitskräfte durch Abwerbungsverbote<sup>106</sup> und forcierten nach dem Bedeutungsverlust des Zunftwesens im 18. Jahrhundert die obrigkeitlichen Expansionsbestrebungen die Konkurrenz um qualifizierte Kräfte, waren nun Alternativen zur Vermeidung von Abwerbungen notwendig geworden: Wohl seltener kam es dabei vor, dass sich Unternehmer untereinander vertraglich zusicherten, gegenseitig keine Arbeitskräfte abzuwerben.<sup>107</sup> Wo Fabrikgerichte eingerichtet worden waren, griff deren Verfahrensrecht die Wettbewerbsproblematik auf. So heißt es in der „Regierungs-Instruction“ für das Göttinger Fabric-Gericht von 1756, dass nicht nur Kräfte zu verfolgen seien, die der „Faabric den Rücken zu kehren, und zu deren Verderb sich gebrauchen lassen“, sondern auch Personen, die „sich gelüsten“ ließen, „eine bey der Fabric engagirte Person durch widrige Insinuationes unter Anrühmung auswärtiger Fabriquen, Antrag und Versprechung einiger daselbst zu hoffen habenden grösse-

---

**103** Dies belegen etwa die Forschungen zur sächsischen Manufaktur: RUDOLF FORBERGER, Die Manufaktur in Sachsen vom Ende des 16. bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts, Schriften des Instituts für Geschichte, Reihe 1, Bd. 3, Berlin 1958, S. 170–177, 301 m. w. N.

**104** Art. 28, OTTO HINTZE/GUSTAV VON SCHMOLLER, Die preußische Seidenindustrie im 18. Jahrhundert und ihre Begründung durch Friedrich den Grossen, Bd. 1, Acta Borussica, Berlin 1892, S. 497; WILHELM EBEL, Quellen zur Geschichte des deutschen Arbeitsrechts (bis 1849), Quellensammlung zur Kulturgeschichte. Bd. 16, Göttingen/Berlin/Frankfurt am Main 1964, S. 221; KEISER (Anm. 97), S. 176.

**105** FORBERGER (Anm. 103), S. 51; REINHARD SPOHN, Kampf um die Arbeitskraft. Abwerbung von Handwerksgelesen im Zeitalter der Protoindustrialisierung, Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, Bd. 58, Frankfurt am Main 1993, S. 97; Otruba (Anm. 89), S. 249; weitere Privilegien mit entsprechenden Strafandrohungen: Nr. 27, S. 173–175; Nr. 43, S. 238–243; Nr. 73, S. 314–316.

**106** SPOHN (Anm. 105), S. 48 f., 345–349, 359.

**107** So aber der bei KRÜGER (Anm. 100), abgedruckte Vertrag Nr. 22 zwischen den Manufakturunternehmern Gebr. Schwartz und Wieler v. 17.09.1765, S. 567.

ren Vortheile, und dergleichen mehr, [...] zu alieniren [*entfremden, abgeneigt machen, Anm. d. Verf.*] und abspenstig zu machen.“<sup>108</sup>

Entscheidend für die zwar unterschiedlich ausgestaltete, doch erstaunlich hohe Regelungsdichte der Abwerbungsverbote war stets, dass ein Wechsel des Arbeitsplatzes immer auch eine Gefahr des Geheimnisverrats darstellte, der nicht selten die Existenz des gesamten Unternehmens bedrohte, beeinflussten doch Wissen und Können der Meister und Gesellen maßgeblich die Produktqualität.<sup>109</sup> Doch ging es über einen potentiellen Schaden für ein einzelnes Unternehmen hinaus stets auch um die drohende Allgemeinschädlichkeit von Abwerbungen, die auch in der wohlfahrtsstaatlichen Argumentation polizeirechtlicher Literatur beschrieben wird.<sup>110</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen scheint das Petitum des Appellanten Heybruch keineswegs mehr so fernliegend, wenngleich die Verfahrensakte keine Informationen über den Ausgang des Verfahrens liefert.

### III Ausblick

Schon dieser exemplarische Blick auf die Verfahrensakten mit Bezügen zu wettbewerblichen Verhältnissen deutet deren Bedeutung für die Handelsrechtsgeschichte wie auch anderer rechtshistorischer Teilgebiete an. Die hier vorgestellten Verfahren erlauben einen Ausblick darauf, inwieweit die Akten der Höchstgerichtsbarkeit geeignet sind, die bisherigen Erkenntnisse über die Geschichte des Markenrechts wie auch der wettbewerblichen Konkurrenzverhältnisse zwischen Gesellschaftern oder zwischen Unternehmern anzureichern. Dies ist umso bedeutsamer, als es sich um Gebiete handelt, die insbesondere im Hinblick auf ihre Verwissenschaftlichung bis in das 19. Jahrhundert weitgehend unbeeinflusst von der Rezeption und vom gemeinen Recht waren und deren Regelungen v.a. auf partikularrechtlichen Quellen oder auf Privilegien beruhten. Schon im Zusammenhang mit urheberrechtlich wirkenden Autoren- und Buchprivilegien wurde eine „gesetzesgleiche Normgebung“ durch die Regelungsdichte der für diesen Bereich erteilten Privilegien konstatiert; dieser Befund lässt sich mit Rücksicht auf die Vielzahl der auch für das Führen von Marken erteilten Privilegien übertragen und damit für einen weiteren Bereich des Handelsrechts ver-

**108** Abgedruckt bei JÜRGEN BRAND, Untersuchungen zur Entstehung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland, 1. Teilband, Zwischen genossenschaftlicher Standesgerichtsbarkeit und kapitalistischer Fertigungskontrolle, Wirtschaft und Recht in Europa, Bd. 1, Pfaffenweiler 1990, S. 464–471, hier S. 471.

**109** FORBERGER (Anm. 103), S. 45; KEISER (Anm. 97); Otruba (Anm. 89), S. 113 f. Dabei war der Schutz des „Fabriksgeheimnisses“ nicht unumstritten; der österreichische Verwaltungsreformer Joseph von Sonnenfels etwa sprach sich im Interesse der Verbreitung nützlicher Erkenntnisse dagegen aus, dazu OTRUBA (Anm. 99), S. 92.

**110** So etwa bei JOHANN HEINRICH GOTTLOB VON JUSTI, Staatswirthschaft, Bd. I, Leipzig 1755, §§ 6 f., 34 f. Zusammenfassend auch SPOHN (Anm. 105), S. 299–303.

allgemeinern.<sup>111</sup> Generell handelte es sich bei den Privilegien um ein „Massenphänomen“, die nicht zuletzt wegen ihrer großen Zahl unveröffentlicht sind.<sup>112</sup>

Darüber hinaus können uns die hier vorgestellten Verfahren vertiefte Einsichten in die wirtschaftspolitischen Zusammenhänge der frühneuzeitlichen Gesellschaft liefern. Privilegien waren ein hervorragendes Steuerungsinstrument obrigkeitlicher Wirtschaftspolitik. Mit ihrer Hilfe konnten merkantilistische Ziele zur Produktionssteigerung und sämtliche mit ihr verbundenen Parameter für ein Wirtschaftswachstum umgesetzt werden.

Persönliche Rechtsverhältnisse sind in der Frühen Neuzeit eingebettet in polycyrechtliche bzw. obrigkeitliche Strukturen oder mit Sonderrechten ausgestattet, die gleichermaßen subjektive Rechte wie auch objektives Recht verkörpern. Damit markieren die Verfahren langsame Transformationsprozesse: Im Bereich des Rechts der abhängigen Arbeit ist das der Übergang vom unfreien zum freien Dienstvertrag, die Verfahren sind Marksteine vom Zwang hin zu einer Vertragsfreiheit, die sich aber gerade im Arbeitsrecht erstaunlich lange nicht von patriarchalischen Herrschaftsstrukturen befreien konnte; die Nichterfüllung von Arbeitsverträgen wurde bis zur Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869 strafrechtlich sanktioniert. Auf dem Gebiet des Markenrechts etablierten sich privatrechtliche Schutzmechanismen gegen Markenmissbrauch erst im 19. Jahrhundert, nachdem Marken zwar schon seit dem Mittelalter als Rechtsinstitute anerkannt waren und besonderen Rechtsschutz genossen. Aber auch für diesen Bereich ist zuerst der zünftige, dann der polycyrechtlich gewährleistete Qualitätsschutz tonangebend, bevor die Marke zum Eigentum des Markeninhabers gerechnet wird und privatrechtlichen Schutz genießt.

---

111 MOHNHAUPT (Anm. 78), S. 109.

112 MOHNHAUPT (Anm. 78), S. 111 f.