



Prüfungsprotokoll der mündlichen Prüfung vom 26. November 2021

Prof. Dr. Dr. Fitzner und Prof. Dr. Kubis

Zu Beginn kam es zu einem kleinen Smalltalk zwischen den Prüfern und den Prüflingen, da wir seit Beginn der Corona- Pandemie (nach knapp 2 Jahren) die erste Präsenzprüfung sind.

Seitens der Prüfer wurde darauf hingewiesen, dass wir natürlich während der Prüfung auch in den Gesetzen blättern und nachschlagen dürfen, ja sogar sollen.

Außerdem waren die Prüfer leicht verwundert, dass wir weder Getränke noch Snack mitgebracht haben und wir doch bitte in Zukunft auf die körperliche Verpflegung in einer solchen Situation achten sollen und da auch keine falsche Scham zeigen sollen.

Während der Prüfung waren die Fenster teilweise auf Kipp und wurden zwischenzeitlich auch komplett geöffnet. Im Nachhinein meinte ich, dass es an den Füßen etwas gezogen hat. Daraufhin meinte Herr Fitzner, dass man sich doch bitte melden möge, um für sich adäquate Prüfungsumstände zu schaffen.

Herr Kubis und Herr Fitzner teilten sich die Zeit ungefähr zur Hälfte auf, wobei Herr Kubis gut acht Minuten überzog.

Fall 1

Dem Beklagten B gehört ein Grundstück, das als Parkplatz für einen Supermarkt S genutzt wird. Auf dem Parkplatz ist ein Schild angeordnet, das sagt:

nur für Kunden und Mitarbeiter des Supermarkts

Parkdauer 90 Minuten (mit Parkscheibe)

Widerrechtlich parkende Fahrzeuge werden kostenpflichtig abgeschleppt

B hat eine Vereinbarung mit dem Abschleppunternehmen U, dass U widerrechtlich parkende Fahrzeuge abschleppt. K parkt unbefugt (dies wurde angenommen) auf dem Parkplatz und wird folglich von U abgeschleppt. Um sein Auto wieder zu bekommen bezahlt K die Abschleppgebühren von 150 € an U. Später will K sein Geld von B zurück. Zu Recht?

Kandidaten: Um zu ermitteln, ob K einen Anspruch auf Rückzahlung des Geldes hat, müsste eine entsprechende Anspruchsgrundlage vorliegen. Dazu fängt man mit der Prüfung vertraglicher Anspruchsgrundlagen an, anschließend wird geprüft ob quasi vertragliche Anspruchsgrundlagen vorliegen, anschließend prüft man die dinglichen und zum Schluss die deliktischen und dann die bereicherungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen.

Für vertragliche Ansprüche müssten K und B einen Vertrag miteinander abgeschlossen haben, dazu braucht es zwei übereinstimmende Willenserklärungen, die hier nicht vorliegen. Immerhin ist es schwer zu glauben, dass sich K freiwillig abschleppen lässt.

Evtl. käme noch Leihe in Betracht, da B dem K den Platz auf seinem Parkplatz geliehen haben könnte.

Kubis Wo ist Leihe geregelt?

Kandidaten Äh das müsste bei § 600 BGB sein

Kubis Fast! Es ist 598 BGB. Was ist denn die Verpflichtung bei der Leihe und wie passt das hier zum Fall

Diskussion über „unentgeltlich“ und „Nutzung“.

Kubis: Also können wir vertragliche Anspruchsgrundlagen ausschließen.

Kandidaten Ja

Kubis Machen wir also mit quasi vertraglichen Anspruchsgrundlagen weiter, wie Ihr Vorredner schon angerissen hat.

Kandidaten Es könnte eine Nebenpflichtverletzung in Betracht kommen §§ 280, 241 2 BGB.

Kubis Also Schadensersatz aus der Nebenpflicht, kommt Schadensersatz statt der Leistung in Betracht?

Kandidaten Ja, wenn dem Geschädigten nicht mehr zuzumuten ist, dass die Hauptpflicht erfüllt wird.

Kubis Nennen Sie mir eine Nummer, wo das geregelt ist.

Kandidaten (nach längerem Blättern) § 282 BGB.

Kubis Genau. Welche weitere quasivertragliche Anspruchsgrundlage könnte noch in Betracht kommen?

Kandidaten Eine Pflichtverletzung im Rahmen einer Vertragsanbahnung.

Kubis Wo ist die zu finden?

Kandidaten §311 BGB, dazu benötigt man den Willen tatsächlich zu einem möglichen Vertragsabschluss zu kommen. Auch hier wird der K nicht wirklich dran interessiert sein, sein Fahrzeug abschleppen zu lassen. Außerdem wäre der Vertrag ja dann wohl eher zwischen U und K und nicht zwischen B und K.

Kubis Entsprechend liegt hier auch keine quasi vertragliche Anspruchsgrundlage vor. Wie geht's weiter?

Kandidaten Wir prüfen entsprechend der Prüfungsreihenfolge die dinglichen, deliktischen und bereicherungsrechtlichen Anspruchsgrundlagen.

Kubis Welche kommen da in Betracht?

Kandidaten §§ 812 (ber.), 861 (deliktisch), 985 (dinglich) BGB

Kubis (schmunzelt etwas) ich glaube § 985 BGB ist etwas zu weit weg. Fangen wir mit der Prüfung des §812 BGB an. Welche Tatbestandsmerkmale müssen geprüft werden?

Kandidaten (gehen 812 von vorne nach hinten durch) Fangen wir vorne an mit durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise.

Kubis und was ist das?

Kandidaten (Ahnungslos) was meinen Sie?

Kubis durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise

Kandidaten Alternativen

Kubis Ja, das auch. Aber das ist die Leistungskondition und Nichtleistungskondition. Machen wir weiter mit den nächsten Merkmalen

Kandidaten etwas, auf dessen Kosten erlangt und ohne rechtlichen Grund

Kubis In welcher Reihenfolge werden die Merkmale geprüft

Kandidaten ... durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise

Kubis ne, damit fängt man gewöhnlich nicht an

Kandidaten ohne rechtlichen Grund

Kubis Nein, da gibt es noch etwas wichtigeres

Kandidaten auf dessen Kosten

Kubis Etwas, fangen wir mit etwas an. Wer hat hier etwas von jemanden bekommen?

Kandidaten der U von K

Kubis Aber der K möchte ja etwas von B und nicht von U? Wie passt nun das Verhältnis zu B in den 812?

Diskussion wer was von wem bekommen hat. B hat etwas durch die Leistung des K bekommen, da K die Verpflichtung des B gegenüber U erfüllt hat (vgl. BGH V ZR 144/08).

Kubis Was bedeutet denn eigentlich Leistung?

Kandidaten Bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.

Es folgte noch eine kurze Diskussion über „ohne rechtlichen Grund“ und ob das denn hier der Fall sei (war es nicht). Stichwort war hier, dass K das Eigentum des B gestört hat.

Dann war auch schon Herr Fitzner dran. Er ließ ein Foto des Lindt **Goldhasen** durchgehen.

Fitzner Ein Mandant kommt zu Ihnen und will sich das Gebilde schützen lassen. Leider habe ich das Original nicht mehr gefunden.

Kandidaten Ist ja auch leicht die falsche Jahreszeit für Osterhasen. Ich fasse nochmal kurz zusammen: Ein Mandant will nicht, dass dieses Gebilde nachgeahmt wird.

Fitzner Ja genau. Welche Möglichkeiten gibt es?

Kandidaten Farbmarke

Fitzner Wo steht, dass man Farbmarken eintragen lassen kann?

Kandidaten §3 I MarkenG

Fitzner Genau, welche Möglichkeit gibt es noch für den Hasen?

Kandidaten Bildmarke, Wort-Bildmarke

Fitzner Weitere?

Kandidaten 3D-Marke, Geruchsmarke

Fitzner Geruchsmarke. Die haben Sie jetzt selber genannt. Kann man die eintragen lassen? Gibt's da Hindernisse und wenn ja wo stehen die im Gesetz?

Kandidaten Der Markenschutz entsteht mit Eintragung ins Register (§4 MarkenG). Das ist bei einer Geruchsmarke grundsätzlich schwierig. Vor allem hinsichtlich der Reproduzierbarkeit, dem Verfall des Geruchs mit fortschreitendem Alter der Eintragung. Und überhaupt ist Geruch sehr subjektiv, was eine eindeutige Bestimmung sehr schwer macht.

Fitzner Können Sie sich vorstellen, wie man trotzdem schon versucht hat einen Geruch einzutragen?

Kandidaten (leicht ahnungslos) mit einer chemischen Formel?

Fitzner Ja genau. Können Sie sich vorstellen an was das gescheitert ist?

Kandidaten Man will ja den Geruch schützen und nicht die chemische Darstellung des Geruchs.

Fitzner Genau. Gibt es noch weitere Möglichkeiten den Hasen zu schützen?

Kandidaten mit einem nicht eingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster

Fitzner Welche Vor- und Nachteile gibt es bei dem nichteingetragenen Gemeinschaftsgeschmacksmuster?

Kandidaten Vorteile: Keine Eintragung; Nachteile: Schwieriger Nachweis der Veröffentlichung, kurze Schutzdauer von 3 Jahren, keine Beanspruchung als Priorität möglich.

Fitzner Kennen Sie vielleicht noch ein Schutzrecht?

Kandidaten Klangmarke

Fitzner Genau. Wie können Sie diese objektiv angeben?

Kandidaten Seit geraumer Zeit durch einen Datenträger oder als Noten.

Fitzner Richtig. Auch wenn Ich meine Zweifel habe, dass sich der Klang nicht mit der Zeit ändert. Insbesondere bei Datenträgern...

Es folgte ein Abschnitt ins DesignG und was die Voraussetzungen für die Eintragung eines Designs sind (Stichworte: nicht technisch, sondern ästhetische Formschöpfung, was bedeutet Formenschatz, Neuheit und Eigenart, die jeweiligen Paragraphen wurden erwartet und genannt)

Fitzner Was bedeutet denn Neuheit beim Design?

Kandidaten Anders als beim Patent ist nicht absolute Neuheit relevant, sondern bezieht sich auf den „informierten Benutzer“.

Fitzner Genau, das Design eines Gullideckels ist also nicht notwendigerweise neuheitsschädlich für das Design eines Teekannendeckels.

Fitzner Und was für eine Möglichkeit gibt es noch den Hasen einzutragen?

Kandidaten Benutzungsmarke, also Schutzterlangung durch Verkehrsdurchsetzung

Fitzner Sehr gut. Ab wann spricht man denn von Verkehrsdurchsetzung? Gibt es da Zahlen?

Kandidaten Ab ungefähr 50%.

Fitzner Wie kann man die Verkehrsdurchsetzung nachweisen?

Kandidaten Gutachten und Umfragen?

Fitzner Was fällt Ihnen zu Umfragen ein? Haben die immer das gleiche Ergebnis?

Kandidaten Es gibt verschiedene Möglichkeiten: Telefonbefragung, postalische Befragung, online Befragung, in der Fußgängerzone. Je nach dem wo und wie gefragt wird, werden wohl verschiedene Ergebnisse zum gleichen Fragebogen erzielt.

Herr Fitzner wollte dann noch auf das Freihaltebedürfnis und die Unterscheidungskraft hinaus.

Damit war die Prüfung vorbei. Wir wurden kurz rausgeschickt und ca. 5 Minuten später zurück in den Prüfungsraum geholt. Es wurden 135 Punkte und 140 Punkte erreicht. Auch wurden im Anschluss die Gesamtnoten mitgeteilt.