

## **Gedächtnisprotokoll zur Prüfung am 09.12.2021**

(Ersatzprüfung zur mündlichen Prüfung vom 25./26.11.2021)



**Prüfer: Prof. Dr. Kubis (PK), Prof. Dr. Dr. Fitzner (PF)**

**Prüfungsdauer: 60 min (3 Teilnehmer)**

### **Vorbemerkung:**

Neben der Prüfung am 25.11.2021, die dieses Jahr anscheinend erstmalig wieder in Präsenz geplant war, wurde relativ kurzfristig die Option gegeben die Prüfung Online per Video-Konferenz abzulegen. Ich war Teilnehmer der Ersatzprüfung per Videokonferenz. Ob es inhaltlich andere Fälle gegeben hat, kann ich nicht sagen, aber es waren (zumindest für mich) die gleichen Prüfer, die es auch gewesen wären, wenn ich an der Präsenzprüfung teilgenommen hätte.

### **1. Fall: BGB (PK) (ca. 35 min)**

V verkauft dem K einen Gebrauchtwagen für einen Kaufpreis von 4600 €. Beide Parteien sind Privatleute. Vorab hat es ein Telefonat gegeben, bei dem die Frage aufkam, wer von den beiden Parteien einen Vertrag (gedruckt) mitbringen soll. Es wird sich darauf geeinigt, dass V den Vertrag mitbringt. Dabei handelt es sich um einen Standard-Vertrag, der für den Verkauf eines Autos gedacht ist. Der Vertrag enthält eine Klausel, nach der Mängelgewährleistungsrechte insoweit ausgeschlossen werden, sofern es sich nicht um arglistiges Verhalten handelt oder um die Übernahme einer Garantie. Nach Vertragsabschluss fällt dem K auf, dass es sich bei dem Wagen um einen Unfallwagen handelt, der zwar fachgerecht repariert wurde, aber dessen Preis dennoch durch die Beteiligung am Unfall 1000 € geringer ist, als der Kaufpreis betrug. Nun möchte der K von dem V die 1000 € verlangen. Es wird davon ausgegangen, dass der V nichts von dem Mangel wusste.

PK: Wie könnte der V vorgehen, um die 1000 € zu bekommen?

Wir: Prinzipiell Mängelgewährleistungsrechte. Wahrscheinlich Minderung nach § 441 BGB. Wir lesen § 441 I BGB vor.

PK: Das ist die richtige Richtung. Ist § 441 I BGB die AGL?

Wir: (etwas unsicher) Nein.

PK: Warum?

Es folgte eine kurze Diskussion, was ein Anspruch ist (§ 194 BGB) und dass es sich bei dem § 441 I BGB nicht um eine Forderung handelt, sondern um die Begründung eines Gestaltungsrechts. Weil wir unsicher waren, hatten wir zwischenzeitig § 346 BGB in den Ring geworfen, aber auch das war nicht der richtige Weg. Etwas zähflüssig sind wir dann darauf gekommen, dass die AGL § 441 IV BGB ist (man hätte einfach weiterlesen sollen...).

Nachdem die AGL geklärt war ging es weiter.

PK: Wie wird jetzt weitergeprüft.

Wir: Wirksamer KV (§ 433 BGB).

PK: Richtig. Weiter?

Wir: Ob ein Mangel vorliegt iSv § 434 BGB (Sachmangel).

PK: Genau. Liegt denn tatsächlich ein Sachmangel vor? Das Auto wurde ja fachgerecht repariert.

Hieran schloss sich eine kurze Diskussion an. Wir sind prinzipiell den § 434 BGB durchgegangen und haben das Für und Wider des Vorliegens eines Mangels besprochen. Letztendlich wurde ein Mangel iSv § 434 I Nr. 2 Alt. 2 bejaht ("Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann").

Dann ging es um den Ausschluss der Mängelgewährleistungsrechte.

PK: Können Mängelgewährleistungsrechte unbegrenzt ausgeschlossen werden?

Wir: Nein. Beispielweise gesetzliche Grenzen nach § 442 BGB oder eine Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB bei Vorliegen von AGBs.

PK: Gut. Liegen hier AGBs vor?

Bei den AGBs waren wir uns zunächst nicht ganz sicher und haben einen Blick in den § 305 BGB geworfen. Es wurde die Frage aufgeworfen und diskutiert, ob es sich um einen Vertrag handelt, der für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurde. Das wurde bejaht. PK hat uns darauf aufmerksam gemacht, dass es woanders ein Problem geben könnte, nämlich bei dem Teil "... die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags **stellt**". Der Fall basierte auf einem Fall, der letztlich beim BGH gelandet ist (es müsste "Anwendbarkeit der AGB-Vorschriften unter Privatleuten" sein, Urteil vom 17. Februar 2010 – VIII ZR 67/09). Da es hier an dem vorgenannten Tatbestandsmerkmal fehle ("stellen"; es war anfangs nicht klar gewesen, welche Partei den Vertrag mitbringen würde), handele es sich nicht um AGBs.

Zu diesem Zeitpunkt waren bereits ca. 35 min herum und PK hat an PF abgegeben.

## **2. Fall: MarkenG, DesignG (PF) (ca. 25 min)**

(Bei diesem Teil muss ich gestehen fällt es ein bisschen schwerer sich zu erinnern. Inhaltlich gab es teilweise kleinere und größere Sprünge.)

Eine Autofirma vertreibt Fahrzeuge, auf dessen Haube ein "V" angebracht ist. Ein Konkurrent der Autofirma, die auf das Tuning von Autos spezialisiert hat, tuned/frisiert ältere Fahrzeuge auf, sodass diese aussehen wie die Autos bzw. Hauben der Autofirma. Das findet die Autofirma natürlich nicht gut. Diese kommt jetzt zu Ihnen und möchte wissen, was unternommen werden kann.

PF: Was raten Sie der Autofirma?

Wir: Zunächst feststellen, ob es bestehende Schutzrechte gibt.

PF: Das ist sicherlich typischerweise die erste Frage eines Patentanwalts. Gehen Sie davon aus, dass es keine gibt.

Wir: Dann könnte z.B. ein nichteingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster in Frage kommen.

PF: Gut. Wie erlange ich das und wie lange ist die Schutzdauer?

Wir: 3 Jahre ab Veröffentlichung.

PF: Richtig. Was könnte noch in Frage kommen?

Wir: Benutzungsmarke oder notorisch bekannte Marke, § 4 Nr.2, 3 MarkenG.

Es ging zwischenzeitlich noch um die Frage, in welchem Fall ich Registerrechte nicht einsehen kann. PF wollte auf "vor Veröffentlichung" hinaus.

Es wurde auch kurz das Design besprochen (Entstehung, § 27 DesignG; Neuheit und Eigenart nach § 2 DesignG) und welche Probleme sich eventuell ergeben könnten für die Autofirma. PF wollte darauf hinaus, dass es sich bei der Haube mit dem "V" um einen Bestandteil eines komplexen Erzeugnisses iSv § 4 DesignG handelt und dass es eventuell Probleme bei der Abgrenzung gibt (BGH Urteil v. 01.07.2021 - I ZB 31/20).

Nachfolgend ging es dann mehr um die Durchsetzung.

PF: Wie gehen Sie nun gegen den Auto-Tuner vor (bei bestehendem Schutzrecht)?

Wir: Berechtigungsanfrage.

PF: Gut. Was wäre noch möglich?

Wir: Abmahnung.

PF: Das ginge auch. Wie könnte ich mich grundsätzlich gegen einstweilige Verfügungen schützen?

Da standen wir ziemlich auf dem Schlauch. PF wollte auf Schutzschriften hinaus. Wir haben noch kurz über deren Funktion/Wirkung gesprochen. Anschließend kamen noch ein, zwei Schlussfragen zu der einstweiligen Verfügung. PF fragte nach der Vollziehungsfrist (1 M, §§ 922 II, 929 II ZPO) und durch wen vollstreckt wird (Gerichtsvollzieher).

#### **Schlussbemerkung:**

Ich kann den anderen Protokollen nur folgen: die Stimmung während der Prüfung war (im Rahmen einer Prüfung) angenehm. Die beiden Prüfer haben uns durch die Prüfung geführt und uns ausreichend Zeit gegeben einen Paragraphen nachzuschlagen bzw. Zeit zum Nachdenken gegeben. Nach etwa 5 bis 10 min Beratung von PF und PK, während derer wir in einem virtuellen Warteraum waren, gab es dann zunächst die Verkündung, dass wir alle bestanden hätten und uns wurde die entsprechende Punktezahl mitgeteilt. Grundsätzlich haben uns PF und PK mehr Punkte gegeben, als wir in den schriftlichen Prüfungen erlangt haben. Dazu gab es jeweils noch eine kurze Anmerkung zu unserer Leistung und nach ein paar Abschlussbemerkungen waren wir entlassen.

Ich wünsche euch viel Erfolg bei der Prüfung!