

# VERKEHRSSICHERUNGSPFLICHT BEI TERRASSENBAU

*OLG Brandenburg, Urteil vom 13.9.2005 — Aktenzeichen: 11 U 20/05*

## **Leitsatz**

1. Ein Bauherr haftet nicht für Unfälle beim Hausbau an einer für alle offenkundigen Gefahrenstelle. 2. Ist eine Terrasse nur mit Kunststoffplatten abgedeckt, ist für jeden erkennbar, dass die Terrasse nicht fertiggestellt und ohne festen Belag ist. In diesem Fall ist es die Verantwortung der Betroffenen, sich vorsichtig zu bewegen.

## **Sachverhalt**

Der Beklagte führte an seinem Wohnhaus Bauarbeiten durch. An seinem Anbau schloss eine Terrasse an, die am Unfalltag noch nicht fertig gestellt war. Vor dem Unfalltag hatte der Beklagte die günstige Terrassenfläche mit Kunststoffplatten abgedeckt, die auf Holzleisten auflagen. Die Lage der Terrasse war um ca. 80 cm erhöht. Der Kläger betrat die Kunststoffplatten, die sofort einbrachen. Der Kläger stürzte nach unten, brach sich beide Fersenbeine.

Sodann nahm der Kläger den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch.

## **Entscheidung**

Das Begehren hatte weder in erster noch in zweiter Instanz Erfolg.

Zur Frage der Verkehrssicherung hat das OLG Brandenburg ausgeführt, dass es eine Verkehrssicherungspflicht, die jeden Unfall ausschließt, nicht gebe. Es reichen diejenigen Vorkehrungen, die erforderlich und zumutbar sind, um Gefahren von Dritten abzuwenden. Der Dritte ist nur vor solchen Gefahren zu schützen, die er selbst bei Abwendung der zu erwartenden Sorgfalt nicht erkennen und vermeiden kann.

Im konkreten Fall war — für jeden erkennbar — die Terrasse noch nicht fertiggestellt, es gab keinen festen Belag, es lagen Kunststoffplatten auf. Deshalb hätte der Kläger erkennen müssen, dass derartige Kunststoffplatten nicht ohne Weiteres geeignet sind, das Körpergewicht eines Erwachsenen zu tragen.

Einen Anspruch des Klägers hat das Oberlandesgericht verneint, da im konkreten Fall aus obigen Gründen die Gefahrenquelle durch die aufgelegten Kunststoffplatten mit einer „Selbstwarnung“ versehen war.

# MÜNDLICHE ANZEIGE REICHT ZUR ERHALTUNG DER MÄNGELEINREDE

BGH-Beschluss vom 25.01.2007 — Aktenzeichen: VII ZR 41/06

## Leitsatz

Eine mündliche Anzeige reicht zur Erhaltung der Mängelreede trotz Verjährung des Gewährleistungsanspruchs auch dann aus, wenn die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart haben. Eine schriftliche Rüge ist dazu nicht notwendig.

## Sachverhalt

Der Kläger verlangt Restwerklohn für den Einbau von Fenstern. Der Beklagte rügt eine mangelhafte Ausführung und rechnet mit dem Anspruch auf Kostenvorschuss zur Beseitigung der behaupteten Mängel auf. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, der Beklagte könne mit dem Vorschussanspruch nicht aufrechnen, weil dieser verjährt sei. Diese Auffassung hat der Bundesgerichtshof nicht geteilt.

## Entscheidung

Auszugehen ist vom Grundsatz, dass eine Aufrechnung auch mit einem bereits verjährten Zahlungsanspruch möglich ist, §§ 639 Abs. 1, 478, 479 BGB a.F. Selbst wenn ein derartiger Zahlungsanspruch verjährt sein sollte, ist die Aufrechnung möglich, denn der Beklagte hatte im Streitfall den Mangel unstreitig mehrfach in unverjährter Zeit angezeigt.

Nicht erforderlich für eine Anzeige der Mängel im Sinne des § 478 Abs. 1 BGB a.F. ist ein schriftliches Beseitigungsverlangen gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B. Die letztgenannte Vorschrift spielt nur eine Rolle für die Frage, ob sich die Verjährung nach dieser Regelung beurteilt. Für die Frage, ob der Aufrechnungseinwand mit der verjährten Forderung möglich ist, gilt hingegen das Bürgerliche Gesetzbuch. Die VOB/B schafft insoweit keine Sonderregelung. Ungeachtet und trotz des Wortlauts des § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B, der von einer schriftlichen Mängelanzeige ausgeht, bleibt das Recht des Beklagten auf Aufrechnung mit dem Zahlungsanspruch erhalten.

## Praxistipp

Wer als Auftraggeber Werkleistungen beauftragt, die sodann mangelbehaftet sind, darf sich nicht irreführen lassen durch die vom Gegner erhobene Einrede der Verjährung. Selbst wenn ein Anspruch auf Vorschusszahlung oder aber ein Anspruch auf Schadensersatzleistung verjährt sein sollte, kann dennoch mit diesem Anspruch unter Umständen gegenüber einer Werklohnforderung aufgerechnet werden.

(Beitrag vom 13. März 2007)

---

# HEIZUNGSROHRE UNGEDÄMMT: SCHADENSERSATZ IN HÖHE DER MÄNGELBESEITIGUNGSKOSTEN (36.000,00 €) ODER NUR DER HEIZMEHRKOSTEN (1.300,00 €)?

BGH, Beschluss vom 27.09.2006 — Aktenzeichen: VII ZR 291/05

## Leitsatz

1. Der Auftraggeber hat ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten auch dann, wenn er ankündigt, die Mängel nicht beseitigen zu wollen, weil die Beseitigung unzumutbar ist.
2. Verlangt der Auftraggeber die Kosten für die Neuverlegung gedämmter Heizungsrohre als Schadensersatz, sind die Kosten grundsätzlich nicht unverhältnismäßig, auch wenn sie fast dreißig Mal höher liegen als die Heizmehrkosten, die bei ungedämmten Rohren für die Zeit der Lebensdauer für die Heizungsanlage entstehen.

## Sachverhalt

Der Auftragnehmer (AN) baute im Haus des Auftraggebers (AG) eine neue Heizungsanlage ein. Fehlerhafter Weise unterblieb die Dämmung der Heizungsleitungen auf dem Rohbeton. Der AG rügt den Mangel, lehnt jedoch eine Neuverlegung als unzumutbar ab. Er macht gegen den AN die Mängelbeseitigungskosten mit ca. 36.000,00 € als Schadensersatz geltend. Der AN meint, die Mängelbeseitigungskosten seien im Verhältnis zu den Heizmehrkosten von 1.300,00 € für den gesamten Zeitraum der Lebensdauer der Heizungsanlage unverhältnismäßig.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

# WERBUNG EINER BRAUEREI FÜR REGENWALDPROJEKT ZULÄSSIG?

BGH, Urteil vom 26.10.2006 — Aktenzeichen: I ZR 33/04 sowie I ZR 97/04

## Leitsatz

Grundsätzlich ist die Verknüpfung der Förderung eines Umweltprojekts mit dem Warenabsatz zulässig.

## Sachverhalt

Die Brauerei Krombacher versprach den Kunden, für den Kauf eines Kasten Bieres 1 Quadratmeter Regenwald unter Einschaltung des World Wide Fund for Nature

(WWF) nachhaltig zu schützen. Im Prozess hielten die Kläger die Werbung mangels Transparenz für wettbewerbswidrig. Zudem liege ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot vor, da die beklagte Brauerei vermutlich nur einen geringen Betrag zum Schutze des Regenwaldes spenden würde.

Sowohl das Landgericht als auch nachfolgend das OLG haben den beiden auf Unterlassung gerichteten Klagen stattgegeben. Die Revisionen der Brauerei hatten Erfolg.

### **Entscheidung**

Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass die Verknüpfung der Förderung des Umweltprojektes mit dem Warenabsatz grundsätzlich zulässig sei. Es bestehe bei dieser Form der Werbung auch keine allgemeine Pflicht, über die Art und Weise der Unterstützung oder die Höhe der Zuwendung zu informieren. Der Gesetzgeber habe sich im Rahmen der UWG-Reform ausdrücklich gegen ein allgemeines Transparenzgebot entschieden. Die Verpflichtung zu aufklärenden Angaben könne daher nur angenommen werden, wenn andernfalls die Gefahr der unlauteren Beeinflussung des Verbrauchers durch Täuschung über den tatsächlichen Wert des Angebots gegeben sei. Das sei allerdings vorliegend nicht der Fall. Wenn ein Unternehmer verspreche, ein bestimmtes Projekt zu unterstützen, so bestehe der zusätzliche Kaufanreiz darin, dass der Verbraucher sich mit dem Kauf der Ware auch für das angegebene Ziel engagieren könne. Wenn also keine näher bestimmte Leistung versprochen werde, erwarte der Verbraucher deshalb nur, dass das werbende Unternehmen zeitnah überhaupt eine Sponsoringleistung erbringe und dass diese nicht so geringfügig sei, dass sich die werbliche Herausstellung nicht rechtfertige.

Im Ergebnis hat der BGH sodann die beiden Verfahren an die Instanzgerichte zurückverwiesen. Insoweit haben die Instanzgerichte nicht aufgeklärt, ob — wie von den Klägern behauptet — die Brauerei Krombacher in der Werbung eine umfangreichere Förderung des Regenwald-Projekts versprach als tatsächlich erbracht. Hierin könnte allenfalls eine Täuschung der Verbraucher in relevanter Weise zu sehen sein.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## **WER TRÄGT DIE KOSTEN EINES NOTWENDIGEN BAUGRUNDGUTACHTENS?**

*BGH, Urteil vom 27.7.2006 — Aktenzeichen: VII ZR 202/04*

### **Leitsatz**

Der Unternehmer trägt nicht nach allgemeinen wertvertraglichen Grundsätzen das Risiko für die Kosten eines von der Baugenehmigungsbehörde angeforderten

Baugrundgutachtens.

Sachverhalt

Auftragnehmer (AN) und Auftraggeber (AG) schließen einen Vertrag über die Sanierung eines Gebäudes. Die Baugenehmigungsbehörde fordert nach Vertragsschluss ein Baugrundgutachten, welches der AN erstellen lässt. Er verlangt hierfür eine Vergütung.

Das Oberlandesgericht Rostock hat diesen Anspruch verneint mit der Begründung, der AN trage nach allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen das wirtschaftliche Risiko für Vorleistungen der geschuldeten Sanierung. Der AN greift diese Entscheidung mit der Revision an.

### **Entscheidung**

Die Revision ist erfolgreich. Der BGH führt aus, dass die zwischen AN und AG geschlossene Vereinbarung auszulegen ist. Wenn ein Unternehmer Arbeiten an einem Grundstück des AG auszuführen hat, ist es grundsätzlich Sache des AG, dafür Sorge zu tragen, dass die für die Bauausführung erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen vorliegen. Wenn sich dem Vertrag zwischen AN und AG nicht entnehmen lässt, dass der AN das Risiko der Genehmigungsfähigkeit des Sanierungsvorhabens übernommen hat, fällt dieses Risiko ausschließlich in dem Bereich des AG. Wenn der AG den AN nicht ausdrücklich beauftragt haben sollte, ein entsprechendes Gutachten einzuholen, so kann der AN dennoch die entstandenen Kosten aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag herleiten, §§ 670, 677, 683 BGB.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## **MARKENRECHT - SCHUTZ FÜR „WM 2006“?**

*BGH - Beschluss vom 27.4.2006 — Aktenzeichen: I ZB 96/05 sowie I ZB 97/05*

### **Sachverhalt**

Die FIFA hatte für über 850 Waren und Dienstleistungen die Marken „FUSSBALL WM 2006“ sowie „WM 2006“ eingetragen. Dagegen waren mehrere Anträge auf Löschung der Eintragung wegen des Bestehens absoluter Schutzhindernisse gestellt worden.

Das Deutsche Patent- und Markenamt hat den Löschanträgen stattgegeben und die vollständige Löschung der Marken angeordnet. Im Beschwerdeverfahren hat das Bundespatentgericht die Löschung nur für einen Teil der Waren und Dienstleistungen bestätigt. In beiden Verfahren haben sowohl die FIFA als auch der Süßwarenhersteller Ferrero (als Löschantragstellerin) Rechtsbeschwerde eingelegt. Damit stand die Entscheidung des Bundespatentgerichts in vollem Umfang zur rechtlichen Nachprüfung durch den Markensenat des

Bundesgerichtshofs.

### **Entscheidung**

1. Der BGH hat entschieden, dass die Eintragung der Marke „FUSSBALL WM 2006“ für sämtliche Waren- und Dienstleistungen zu löschen ist. Der Marke fehle jegliche Unterscheidungskraft i.S.d. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG. Die Angabe „FUSSBALL WM 2006“ sei eine sprachübliche Bezeichnung für die damit beschriebene Sportveranstaltung, nämlich der im Jahre 2006 in Deutschland stattfindenden Fußballweltmeisterschaft. Der angesprochene Verkehr fasse diese Bezeichnung als beschreibende Angabe für das Ereignis selbst auf. Daher fehle der Bezeichnung die Eignung, Waren und Dienstleistungen einem Unternehmen zur Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen eines anderen Unternehmens zuzuordnen. Keinesfalls werde beim Verkehr der Eindruck erweckt, dass mit der Bezeichnung „FUSSBALL WM 2006“ alle in Verkehr gebrachten Waren oder Dienstleistungen unter Kontrolle der FIFA hergestellt oder erbracht worden seien. Dies folge aus dem eindeutigen Bezug, der durch den Bestandteil „Fußball“ zu der Veranstaltung der Fußballweltmeisterschaft im Jahre 2006 hergestellt werde.

2. Der BGH hat sich hinsichtlich der weiteren streitigen Marke „WM 2006“ nicht zu einem vergleichbar eindeutigen Ergebnis durchringen können. Nach Ansicht des BGH könne bei der Marke „WM 2006“ nicht von einem eindeutig beschreibenden Bezug der Bezeichnung ausgegangen werden. Zwar diene „WM 2006“ gleichfalls dazu, einen internationalen Wettkampf im Jahre 2006 zu beschreiben. Dieses Zeichen sei daher für solche Waren und Dienstleistungen nicht unterscheidungskräftig, die einen Bezug zum Wettkampf aufwiesen. Insoweit hat der Bundesgerichtshof auch die Löschung der Marke „WM 2006“ bestätigt. Anders als bei der Bezeichnung „FUSSBALL WM 2006“ könne bei „WM 2006“ jedoch nicht angenommen werden, dass der Verkehr diese Angabe allgemein für alle beanspruchten Waren und Dienstleistungen als nicht unterscheidungskräftigen Hinweis auf die Veranstaltung einer Weltmeisterschaft im Jahre 2006 verstehe. „WM 2006“ sei eine Zahlen- und Buchstabenkombination, die nicht notwendig für jede Ware oder Dienstleistung einen Bezug zu einer Weltmeisterschaft im Jahre 2006 nahe lege. Hier müsse differenziert werden. Insoweit wird bezüglich der Marke „WM 2006“ das Bundespatentgericht nunmehr hinsichtlich der von Ihnen belassenen Waren und Dienstleistungen die nach Auffassung des BGH gebotene Differenzierung vorzunehmen haben.

### **Praxishinweis**

Ein weiteres Mal bietet der BGH kaum nachvollziehbare vermeintlich feinsinnige Differenzierungen bei der Bewertung der Unterscheidungskraft von Marken. Schlicht nicht nachvollziehbar ist die Auffassung, die Marke „FUSSBALL WM 2006“ weise auf die damit beschriebene Sportveranstaltung hin, während „WM 2006“ lediglich eine Zahlen- und Buchstabenkombination sei, die nicht notwendig den Bezug zu einer Weltmeisterschaft im Jahre 2006 für jede Ware und Dienstleistung nahe lege. Weder der Laie noch der Markenjurist vermag eine solche Differenzierung nachzuvollziehen. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass bekanntlich – dem angesprochenen deutschen Verkehr geläufig – im Jahre 2006 nur eine einzige „WM“ in Deutschland stattfindet, dies ist die

Fußballweltmeisterschaft 2006. Im Ergebnis erscheint die Begründung des BGH hinsichtlich der Marke „WM2006“ falsch.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## **MARKENRECHT - VERWECHSLUNGSGEFAHR „SMARTKEY“/„KOBIL SMART KEY“?**

*BGH, Urteil vom 27.4.2006 — Aktenzeichen: I ZR 109/03 - SmartKey*

### **Sachverhalt**

Die Klägerin bietet eine Computer-Software unter dem Titel „SmartKey“ an, mit der Textbausteine und Makros erstellt und verwaltet werden können.

Die Beklagte vertreibt unter der Bezeichnung „KOBIL Smart Key“ Computer-Software nebst Kartenlesegeräten zur Verwaltung von Schlüsseln zum Signieren und Verschlüsseln.

Die Klägerin ist der Ansicht, der von ihr verwendeten Bezeichnung komme Werktitelschutz zu. Die Klägerin hat die Beklagte auf Unterlassung der Bezeichnung „KOBIL Smart Key“ in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte gleichfalls keinen Erfolg.

### **Entscheidung**

Der BGH stellt fest, dass der Klägerin gegen die Beklagten keine markenrechtlichen Unterlassungsansprüche zustehen.

Der BGH ist zunächst davon ausgegangen, dass die Klägerin für die Bezeichnung „SmartKey“ einen Werktitelschutz nach dem Markengesetz genießt. Bezeichnungen, unter denen Computerprogramme in den Handel kommen, sind grundsätzlich dem Werktitelschutz zugänglich. „SmartKey“ ist nach der Entscheidung des BGH als Bezeichnung für eine Computer-Software, mit der der Anwender Textbausteine und Makros erstellen und verwalten kann, von Haus aus hinreichend unterscheidungskräftig. Doch fehle es bei der Verwendung der Bezeichnung „KOBIL Smart Key“ an der für einen Unterlassungsanspruch erforderlichen Verwechslungsgefahr i.S.d. § 15 Abs. 2 MarkenG. Die sich gegenüberstehende Bezeichnung „SmartKey“ und „KOBIL Smart Key“ weisen nach Auffassung des BGH allenfalls geringe Zeichenähnlichkeit auf. Die Frage der Zeichenähnlichkeit sei danach zu bestimmen, welchen Gesamteindruck die sich gegenüberstehenden Bezeichnungen im Verkehr erweckten. Den Bezeichnungen, die das Werk beschreiben, kommen keine Kennzeichnungskraft zu. Sind solche beschreibenden Angaben als Bestandteil in einer aus weiteren Bestandteilen zusammengesetzten Gesamtbezeichnung enthalten, misst der Verkehr ihnen für

den Gesamteindruck der Bezeichnung keine Bedeutung zu. Der Verkehr fasst derartige Bestandteile dann auch nicht als selbständig kennzeichnend auf. Der BGH hat festgestellt, dass der beschreibende Gehalt von „SmartKey“ auch der beschreibende Bestandteil bei der Bezeichnung „KOBIL Smart Key“ ist. Folge ist, dass der Gesamteindruck der Bezeichnung „KOBIL Smart Key“ durch den in Großbuchstaben geschriebenen Teilbestandteil „KOBIL“ geprägt wird. Es liegt lediglich eine geringe Ähnlichkeit mit dem Zeichen der Klägerin vor. Eine Verwechslungsgefahr sei folglich zu verneinen.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## REITHALLENDACH MUSS DICHT SEIN.

*OLG Hamm, Urteil vom 10.3.2006 — Aktenzeichen: 12 U 15/03 (im Verfahren)*

### **Sachverhalt**

Der Auftraggeber bestellte ein neues Dach für seine Reithalle. Der Dachdecker deckt das Dach neu und verlangt im Prozess Restwerklohn. Der Reithallenbesitzer verweigert die Restzahlung mit der Begründung, dass bei starkem Regen das Dach teilweise nicht hundertprozentig dicht sei. Der Dachdecker hält dem entgegen, dass wegen der Art der Nutzung das Dach einer Reithalle nicht gänzlich regendicht, sondern lediglich regensicher sein müsse. Das Landgericht ist dieser Auffassung des Dachdeckers gefolgt. Der 12. Zivilsenat als einer der Bausenate des OLG Hamm sieht dies in der Berufungsinstanz anders.

### **Entscheidung**

Das OLG Hamm führt aus, dass nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag ein regendichtes und nicht lediglich ein regensicheres Dach geschuldet sei. Entscheidend ist nach Auffassung des OLG Hamm insoweit der Umstand, dass der Dachdecker den Auftraggeber auch nicht darauf hingewiesen habe, dass lediglich Regensicherheit erreicht werde. Dies hat zur Folge, dass die vertraglich geschuldete Dacheindeckung im Streitfall regendicht sein musste. Das OLG hat auch offen gelassen, ob derartige Reithallendächer typischerweise lediglich regensicher ausgeführt werden oder nicht. Offen gelassen hat das OLG ferner, ob für eine solche Ausführung mit dem Ergebnis lediglich der Regensicherheit auch die Höhe des vereinbarten Festpreises spricht. Denn ein Auftragnehmer – hier der Dachdecker – schuldet auch bei einer preisgünstigen Halle ein funktionstaugliches und regendichtes Dach, wenn nicht eine andere Beschaffenheit – hier: nur „regensicher“ – vertraglich vereinbart worden sei.

### **Hinweis für die Praxis**

Die Ausführungen des OLG Hamm in dem skizzierten Urteil lassen sich verallgemeinern:

Will der Handwerker/Bauunternehmer unter anderem auch im Hinblick auf einen niedrigen Preis eine einfachere Ausführung (im Streitfall: Regensicherheit statt Regendichtheit) vereinbaren, so muss zwingend ausdrücklich darauf hingewiesen werden. Es empfiehlt sich, diesen Hinweis zwecks Dokumentation schriftlich zu erteilen. Im Übrigen muss dieser Hinweis vor oder spätestens bei Vertragschluss erfolgen.

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## MARKENRECHT - FORM DES PORSCHE BOXSTER KANN ALS MARKE EINGETRAGEN WERDEN

Johannes Deppenkemper



*BGH, Urteil vom 15.12.2005 — Aktenzeichen: I ZB 33/04*

### **Problem/Sachverhalt**

Die Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG hatte 1997 die äußere Gestaltung des im Herbst 1996 vorgestellten Porsche Boxster als dreidimensionale Marke für die Waren „Kraftfahrzeuge und deren Teile“ angemeldet.

Das Deutsche Patent- und Markenamt hatte die Anmeldung mit der Begründung zurückgewiesen, das angemeldete Zeichen erschöpfe sich in der bloßen formgetreuen Wiedergabe der Waren, zu deren Kennzeichnung es gedacht sei; es fehle daher an der erforderlichen Unterscheidungskraft. Außerdem stehe der Eintragung ein Freihaltebedürfnis an der äußeren Gestaltungsform eines Kraftfahrzeuges entgegen, die nicht nur auf den ästhetischen Eindruck, sondern auch auf technische Erfordernisse abziele. Das Bundespatentgericht hatte die Beschwerde von Porsche zurückgewiesen und auch die Eintragung als durchgesetztes Zeichen abgelehnt. Das Markengesetz sieht vor, dass ein Zeichen eingetragen werden kann, dem von Haus aus die notwendige Unterscheidungskraft fehlt oder dem an sich ein schutzwürdiges Freihaltebedürfnis entgegensteht, wenn sich dieses Zeichen infolge der Benutzung im Verkehr als Herkunftshinweis durchgesetzt hat.

### **Entscheidung**

Auf die Rechtsbeschwerde der Porsche AG hat der Bundesgerichtshof am 15.12.2005 – I ZB 33/04 – die Entscheidung des Bundespatentgerichts aufgehoben. An der Unterscheidungskraft fehle es dem angemeldeten Zeichen nicht. Zwar werde die äußere Form eines Produkts häufig nicht als Hinweis auf einen bestimmten Hersteller verstanden, so dass dreidimensionale Zeichen, die sich in der Wiedergabe der äußeren Gestalt einer bestimmten Ware erschöpfen, die Unterscheidungskraft fehle. Bei Automobilen seien die Verbraucher dagegen seit langem daran gewöhnt, von der äußeren Form des Fahrzeugs auf den Hersteller zu schließen. Dagegen hat der BGH den Einwand gelten lassen, dass an der Form von Automobilen grundsätzlich ein Freihaltebedürfnis besteht. Die Kfz-Hersteller seien dringend darauf angewiesen, bei der Gestaltung von Automobilen auf eine Formenvielfalt zurückgreifen zu können. Wäre es möglich, sich die Form eines Autos auch vor der Markteinführung als Marke schützen lassen, müsste damit gerechnet werden, dass Markenrechte an einer Vielzahl von Formgestaltungen entstünden, und zwar nicht nur aufgrund von Anmeldungen der Automobilindustrie. Nach dem Gesetz könnte jedermann solche Marken erwerben. Erst wenn sie nach fünf Jahren immer noch nicht benutzt würden, könnte eine Löschung solcher Marken beantragt werden. Der Spielraum für Neuentwicklungen würde dadurch erheblich verengt.

Dieses berechnigte Interesse an der Formenvielfalt trete jedoch zurück, wenn es um die Form eines Automobils gehe, das bereits im Markt eingeführt sei. In dem zu entscheidenden Fall war die Marke erst fast ein Jahr nach der Markteinführung angemeldet worden. Die Form eines Sportwagens, über dessen Markteinführung – wie im Fall des Porsche Boxster – ausführlich in den Medien berichtet worden sei, habe sich – so der BGH – jedenfalls nach nicht allzu langer Zeit als Hinweis auf den bekannten Hersteller durchgesetzt. Porsche könne daher die Eintragung der angemeldeten Formmarke als durchgesetztes Zeichen beanspruchen.

### **Praxishinweis**

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs ist eine Einzelfallentscheidung. Bei Eintragung einer Formmarke verbleibt es bei der Problematik, dass sich in vielen Fällen das Zeichen in der schlichten Wiedergabe der Gestaltung erschöpfen wird, so dass es an der erforderlichen Unterscheidungskraft fehlt. Etwas anderes kann dann gelten – wie in dem Fall des Porsche Boxster –, wenn die Ware bereits vertrieben wird, sodann nachfolgend die Eintragung der Formmarke als durchgesetztes Zeichen begehrt wird.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)

---

## **ARBEITSEINSTELLUNG BEI STREIT ÜBER NACHTRÄGE**

### **Problem/Sachverhalt**

Das OLG Düsseldorf hatte einen Fall zu entscheiden, in dem es während der Durchführung eines Bauvorhabens zu Auseinandersetzungen über Nachträge kam. Der Auftragnehmer stellte seine Arbeiten ein. Der Auftraggeber erteilte die Nachträge dem Grunde nach, worauf der Auftragnehmer eine Sicherheit nach § 648a BGB verlangte, die wiederum der Auftraggeber nicht leistete. Der Auftraggeber setzte eine Frist zur Wiederaufnahme der Arbeiten, die fruchtlos verstrich. Sodann entzog der Auftraggeber dem Auftragnehmer den Auftrag gemäß § 5 Nr. 4 VOB/B i.V.m. § 8 Nr. 3 VOB/B. Mit der Schlussrechnung machte der Auftragnehmer „Schadensersatz/Gewinnausfall“ in Höhe von 150.000,00 € geltend. Der Auftraggeber kürzte die Rechnung auf 15.000,00 €. Der Auftragnehmer erhob Klage.

### **Entscheidung**

Die Klage blieb erfolglos.

Der Auftraggeber ist gemäß § 1 Nr. 3 VOB/B berechtigt, Bauentwurfsänderungen vorzunehmen. Als Folge dieses Rechts entsteht der Vergütungsanspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B. Grundlage des Vergütungsanspruches ist die ursprüngliche Preisvereinbarung mit dem Auftragnehmer, hinzuzusetzen sind die vorkalkulierten Mehr- und Minderkosten. Zwar soll gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B eine neue Preisvereinbarung getroffen werden, dies möglichst vor Beginn der Ausführung. Doch ist dies letztlich lediglich eine Empfehlung, nicht aber eine Wirksamkeitsvoraussetzung. Eine fehlende Einigung über die Höhe einer dem Grunde nach unstreitigen Nachtragsvergütung berechtigt den Auftragnehmer nicht, die Arbeiten einzustellen.

Auch ist der Auftragnehmer nicht berechtigt, auf der Grundlage einer neuen Berechnung des Werklohns eine höhere Sicherheitsleistung nach § 648a BGB zu verlangen, wenn es eine neue Preisvereinbarung noch nicht gibt. Einer solchen bedarf es allerdings nach Auffassung des OLG Düsseldorf als Grundlage einer Sicherheitsleistung.

### **Praxishinweis**

Vor der Möglichkeit des Leistungsverweigerungsrechts sollte nur ganz zurückhaltend durch den ausführenden Handwerker Gebrauch gemacht werden. Nur ausnahmsweise kommt das Leistungsverweigerungsrecht im Hinblick auf § 18 Nr. 4 VOB/B in Betracht. Nur in den Fällen, in denen der Auftraggeber die Bezahlung einer berechtigten Nachtragsforderung nachhaltig verweigert, kann ein Recht zur Arbeitseinstellung angenommen werden. Bei dem oben geschilderten Fall war diese Voraussetzung nicht erfüllt. Die Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf ist insoweit zutreffend.

Bedenklich allerdings erscheint die Begründung des OLG Düsseldorf zum angeblich nicht bestehenden Anspruch auf Leistung einer Sicherheit gemäß § 648a BGB. Die Sicherheit nach § 648a Abs. 1 Satz 2 BGB ist in Höhe der voraussichtlichen Vergütung zu leisten, wie sie sich aus dem Vertrag oder dem Nachtrag ergibt. Folgerichtig hätte das OLG Düsseldorf zumindest den Anspruch auf Leistung einer

Sicherheit gemäß § 648a BGB bejahen müssen, da es sich im Streitfall um einen unstreitigen Nachtrag handelt, die voraussichtliche Vergütung folglich zu berechnen ist.

**SCHLÜNDER** | RECHTSANWÄLTE | Bismarckstraße 16 | 59065 Hamm | Deutschland  
Tel. 02381 921 55-0 | FAX 02381 921 55-99 | Mail [hamm@schluender.info](mailto:hamm@schluender.info)