

18. 5. 2016 dehnte KP ihren Antrag auf den Zeitraum vom 1. 6. 2013 bis zum 31. 5. 2015 aus. Das BG Fünfhaus wies den Antrag von KP auf Zahlung von Unterhalt für den Zeitraum vom 1. 6. 2013 bis zum 31. 5. 2015 mit der Begründung ab, für diesen Zeitraum sei nach Art 3 HUP **deutsches Recht** anzuwenden, dessen Voraussetzungen für die Geltendmachung **rückständigen Unterhalts** nicht erfüllt seien. Art 4 Abs 2 des Haager Protokolls, der die Anwendung des am Ort des angerufenen Gerichts geltenden Rechts betreffe, beziehe sich nur auf Ansprüche, die seit Begründung des neuen gewöhnlichen Aufenthalts entstanden seien.

Art 3 HUP enthält die allgemeine Regel in Bezug auf das **anzuwendende Recht**, nach der für Unterhaltspflichten das Recht des Staates maßgebend ist, in dem die berechnete Person ihren **gewöhnlichen Aufenthalt** hat. Nach Art 4 Abs 2 HUP ist das am Ort des angerufenen Gerichts (im anderen MS) geltende Recht anzuwenden, wenn die berechnete Person nach dem in Art 3 HUP vorgesehenen Recht von der verpflichteten Person keinen Unterhalt erhalten kann. Das günstigere Recht des anderen MS (dessen Gerichte angerufen wurden) kann – im Fall eines Wohnsitzwechsels – auch das Recht des neuen Aufenthaltsstaats des Kindes sein; nach der Grundregel des Art 3 HUP wäre trotz Wohnsitzwechsels ausländisches Recht anzuwenden, weil es um alten Unterhalt (für die Zeit vor dem Wohnsitzwechsel) geht.

Christoph Brenn

→ **Eine Farbe ist keine Form: Eine Marke, die aus einer auf der Schuhsohle aufgetragenen Farbe besteht, fällt nicht unter das Verbot der Eintragung von Formen**

Art 3 Abs 1 lit e Z iii RL 2008/95/EG

ÖJZ 2018/89

Markenrecht; Form

Art 3 Abs 1 lit e Z iii der RL 2008/95/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der MS über die Marken ist dahin auszulegen, dass ein Zeichen, das aus einer auf der Sohle eines hochhackigen Schuhs aufgetragenen Farbe besteht, nicht ausschließlich aus der „Form“ iS dieser Bestimmung besteht.

EuGH 12. 6. 2018, C-163/16, *Christian Louboutin*

Hinweis: Hohe Absätze und rote Sohlen: Das sind wesentliche Charakteristika der vom französischen Designer Christian Louboutin kreierten Schuhe. Um vor Nachahmungen geschützt zu

sein, meldete er eine Marke an, die „aus der Farbe Rot (Pantone 18-1663TP)“ besteht, die auf der Sohle eines hochhackigen Schuhs aufgetragene ist. In einem Rechtsstreit mit einem niederländischen Schuhhändler, der – nicht von Louboutin stammende – hochhackige Schuhe mit roten Sohlen verkaufte, machte der Bekl geltend, dass die Marke ungültig sei. Das in diesem Rechtsstreit angerufene Gericht in Den Haag stellte fest, dass „ein erheblicher Teil der Verbraucher von hochhackigen Damenschuhen in den Benelux-Staaten in der Lage war, die Schuhe von [Christian Louboutin] als von diesem stammend zu identifizieren und sie daher von hochhackigen Damenschuhen zu unterscheiden, die von anderen Unternehmen stammen“, so dass die streitige Marke zu diesem Zeitpunkt für diese Waren als Marke wahrgenommen worden sei. Das Gericht legte aber die Frage, ob die in der MarkenrechtsRL 2008/95 vorgesehene Ausnahme, wonach Marken, die ausschließlich aus der Form, die der Ware einen wesentlichen Wert verleiht, bestehen, von der Eintragung ausgeschlossen sind, für die streitige Marke gelte, da diese aus einer auf der Sohle eines Schuhs aufgetragenen Farbe bestehe, die daher mit einem Bestandteil der Ware zusammenfalle. Insoweit sei fraglich, ob der Begriff „Form“ iS dieser Bestimmung auf dreidimensionale Merkmale einer Ware wie deren Kontur, Abmessungen oder Umfang beschränkt sei oder ob er auch andere, nicht dreidimensionale Eigenschaften einer Ware, wie etwa die Farbe, erfasse.

Der EuGH hielt fest, dass im Kontext des Markenrechts unter dem Begriff „Form“ allgemein die Gesamtheit der Linien oder Konturen verstanden wird, die die betreffende Ware räumlich begrenzen. Eine Farbe als solche ohne räumliche Begrenzung kann daher keine Form darstellen. Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Umstand, dass eine bestimmte Farbe an einer spezifischen Stelle der betreffenden Ware aufgetragene wird, bedeutet, dass das fragliche Zeichen aus einer Form iSv Art 3 Abs 1 lit e Z iii RL 2008/95 besteht. Der EuGH verneint dies, weil die Form der Ware oder eines Teils der Ware bei der räumlichen Begrenzung der Farbe zwar eine Rolle spielt, es jedoch nicht angenommen werden kann, dass ein Zeichen aus dieser Form besteht, wenn die Eintragung der Marke nicht diese Form, sondern nur die Aufbringung einer Farbe an einer bestimmten Stelle dieser Ware schützen soll. Die rote Sohle bleibt daher weiterhin – auch im rechtlichen Sinn – ein Markenzeichen der „Louboutins“.

Hans Peter Lehofer

[FORUM]

Zur Reichweite der Erfüllungsgehilfenhaftung des Vermieters

Anmerkung zu OGH 14. 12. 2017, 2 Ob 205/17 m¹⁾

ÖJZ 2018/90

Eine Privatperson mietet einen Lkw samt Hubarbeitsbühne, um Weihnachtsschmuck am Einfamilienhaus anzubringen. Nach zehn Minuten bricht der Korb und sie stürzt mehrere Meter ab, wodurch sie – wie man sich leicht vorstellen kann – eine schwere Verletzung erleidet. Dass der Vermieter für die Bereitstellung des mangelhaften Mietobjekts einstehen soll, scheint auf den ersten Blick einzu-leuchten, mag auch dem Vermieter samt seinem (leitenden) Angestellten selbst kein persönlicher Schuldvorwurf gemacht werden können, sondern bloß dem von diesem zur Überprüfung herangezogenen Sachverständigen. Abgestützt wird das Ergebnis der Ent-

scheidung dann noch durch Vorjudikatur sowie die Rechtslage in Deutschland, wonach beim Mietvertrag eine sehr weitreichende Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen erfolge.

Rechtsvergleichung ist gewiss wertvoll; freilich muss sie stets im Blick haben, ob die Gesetzeslage in der in Bezug genommenen Rechtsordnung mit der eigenen vergleichbar ist. Es ist somit im Ausgangspunkt die Frage zu stellen: Würde der Vermieter nach BGB ebenfalls haften? Die Antwort lautet: Ja. Die Begründung liegt

1) EvBl 2018/80 (Bürtscher)

aber nicht in einer weitreichenden Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen, sondern in einer von der Lit²⁾ durchaus kritisierten gesetzlich angeordneten Garantiehaftung des Vermieters in § 536 a Abs 1 Satz 1 HS 1 BGB für Mängel, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon vorhanden waren. Auf eine wie immer geartete Zurechnung eines Fehlverhaltens von Gehilfen oder sonstigen Dritten kommt es nach deutschem Recht somit nicht an. Der pauschale Verweis auf die vergleichbare Rechtslage in Deutschland berücksichtigt somit nicht, dass die Gesetzeslage von der in Österreich abweicht, es im ABGB keine dem § 536 a Abs 1 Satz 1 HS 1 BGB vergleichbare Norm einer verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für bei Vertragsschluss bestehende Mängel gibt; und diese Norm in Deutschland als überschießend kritisiert wird.

Im österr. Recht ist zudem zwischen Gewährleistung und Schadenersatz zu unterscheiden. Dass den Vermieter die Pflicht trifft, eine verkehrstüchtige und sichere Mietsache zur Verfügung zu stellen, steht völlig außer Diskussion. Wenn die Mietsache diese Eigenschaft nicht hat, stehen dem Mieter – verschuldensunabhängig – Gewährleistungsbehelfe zu. Um diese geht es freilich in concreto nicht. Es geht um eine Schadenersatzpflicht für einen Folgeschaden, der sich in der Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Mieters niedergeschlagen hat.

Dafür ist freilich nach allgemeinen Regeln Verschulden erforderlich, besteht bei Verträgen auch eine Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB und haftet ein solcher Vermieter auch für den Sorgfaltsmaßstab eines durchschnittlichen Vermieters nach § 1299 ABGB. Genau hier liegt aber der Knackpunkt. In der Entscheidung wurde festgestellt, dass nach der vom Vermieter zu verlangenden Sorgfalt die Bruchstelle – und damit der spätere – Bruch des Sockelrohrs zwischen Lkw und Hebebühne nicht erkennbar war. Was von ihm somit allein zu verlangen war, das war die regelmäßige Überprüfung durch einen Sachverständigen. Aufgrund der vom Vermieter zu verlangenden Sorgfalt war er zu mehr nicht verpflichtet; das hat er aber erfüllt.

Insoweit liegt dieser Sachverhalt anders als die zit. Fälle der Vorjudikatur, in denen Anhaltspunkte für eine eigene Sorgfaltspflichtverletzung des Vermieters gegeben waren, so etwa in 3 Ob 589/90,³⁾ wo es der Vermieter Jahrzehnte verabsäumt hatte, den Zustand des Kanaldeckels zu prüfen, mag er diese ihn treffende Pflicht auch seinem Hausverwalter oder Hausbesorger überantwortet haben; oder in 6 Ob 549/91, in der ein Fehlverhalten eines Bauführers dem Vermieter zugerechnet worden ist. Am ähnlichsten zum vorliegenden Sachverhalt sind der Aufzugsfall⁴⁾ sowie der Legionellenfall.⁵⁾ Im Aufzugsfall hatte ein Untermieter, ein frei schaffender Grafiker, eine Aufzugstür geöffnet und hat – wie das auch einem zerstreuten Professor passieren könnte – nicht bemerkt, dass der Aufzug sich in einem anderen Stockwerk befand war, worauf er in die Tiefe gestürzt war und erhebliche Verletzungen erlitt. Der OGH sprach aus, dass der Vermieter sich das Fehlverhalten des mit der Überprüfung betrauten Sachverständigen nicht als das seines Erfüllungsgehilfen nach § 1313 a ABGB zurechnen lassen müsse.

In der Legionellen-Entscheidung hat er gegenteilig entschieden: Der Hotelier, der ein Installationsunternehmen mit der Überprüfung betraut hat, ob die Wasseraufbereitungsanlage zu keiner Schädigung der Gäste durch eine Legionellen-Infektion führen werde, muss sich eine Sorgfaltswidrigkeit des betrauten Unternehmens als solche seines Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen. *Karner*⁶⁾ hat dazu kritisch angemerkt, dass die Begründung nur dann trage, soweit es sich um Wartungsarbeiten handle, die ein Beherbergungsbetrieb typischerweise selbst vornimmt, die Rechtslage aber „weniger eindeutig“ ist, wenn die Wartung „wegen ihrer Komplexität und dem nötigen Fachwissen stets selbstständigen Unternehmern übertragen wird“. Er räumt ein, dass es sich um

einen Grenzfall handle, der auch in Deutschland zulasten des Vermieters entschieden werde. Wie oben dargelegt, ist der Anlassfall und wäre auch der Legionellen-Fall nach deutschem Recht id der Ersatzpflicht des Vermieters zu entscheiden gewesen, weil ein bei Vertragsschluss vorhandener Mangel gegeben war, der zu einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung führt.

In der Legionellen-Entscheidung trug noch der Gedanke, dass sich ein Hotelier (eines Tiroler Sporthotels) wegen der Aufklärung durch seine Interessenvertretung mit der Ungefährlichkeit seiner Wasseraufbereitungsanlage selbst befassen muss, wenn auch nicht in allen Details; in der Lkw-Hebebühnen-Entscheidung wird man aber vom Vermieter in der Tat nicht mehr verlangen können, als deren Sicherheit durch einen geeigneten Sachverständigen in den von der Rechtsordnung (in concreto § 8 Abs 1 AM-VO) vorgegebenen Intervallen überprüfen zu lassen. Begeht dieser einen Sorgfaltsverstoß, geht es insoweit allerdings gerade nicht um den Verstoß einer den Vermieter treffenden Pflicht. Ist für die Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen nach § 1313 a ABGB maßgeblich, dass dieser einen Sorgfaltsverstoß begeht bei Delegation einer den Geschäftsherrn selbst treffenden Pflicht auf ihn,⁷⁾ ist konsequenterweise eine Haftung des Vermieters zu verneinen.

*Karner*⁸⁾ laviert und hält in der Anmerkung zur Legionellen-Entscheidung die Haftung des Vermieters schlussendlich aus pragmatischen Gründen für vertretbar, weil dann, wenn schlussendlich ein Unternehmer einstandspflichtig ist, es „bloß“ um die Abkürzung des Durchsetzungswegs geht. Das mag sein. Wie viel Gehirnschmalz kommt aber im Bereicherungsrecht namentlich bei der Rückabwicklung von Drei-Personen-Verhältnissen zur Anwendung, ob dieser oder jener ein Insolvenzrisiko zu tragen hat. Und im Schadenersatzrecht soll das alles dann keine Rolle (mehr) spielen? Da würde man insoweit zweierlei Maß anlegen. Zuzugeben ist, dass für den Geschädigten schwer abschätzbar ist, ob das (Höchst-)Gericht schlussendlich eine Zurechnung bejaht oder der Sachverständige aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Anspruch genommen werden muss. Ein solcher Vertrag ist jedenfalls zu bejahen; bei Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen führt aber das Subsidiaritätsdogma zur Verneinung der Passivlegitimation des Sachverständigen. Für eine saubere Differenzierung je nach Pflichtenverstoß spricht indes, dass bei (falscher) Verklagung des Gehilfen der OGH⁹⁾ das sehr wohl mit dem Prozessverlust und damit verbundenen Kostenfolgen sanktioniert. Zudem führt ein stringentes Abstellen auf den jeweiligen Pflichtenverstoß dazu, dass der Vermieter nicht anders behandelt wird als der Werkunternehmer oder der Händler, die sich Sorgfaltswidrigkeiten ihrer Lieferanten ebenfalls nicht nach § 1313 a ABGB zurechnen lassen müssen,¹⁰⁾ weil die österreichische Rechtsordnung – anders als die deutsche – dem Vermieter keine verschuldensunabhängige Haftung auferlegt.

Christian Huber,
RWTH Aachen

2) Pars pro toto *Bieder*, in beck-online.Großkommentar (Stand 1. 1. 2018) § 636 a Rn 4: Sonderstellung des Mietvertrags „Bruch mit wesentlichen Leitgedanken des allgemeinen Leistungsstörungenrechts“.

3) MietSlg 42.150.

4) OGH 7 Ob 26/11 s immolex 2011/99 (*Cerha*).

5) OGH 8 Ob 106/12i EvBl 2014/7 (*Karner*).

6) ÖJZ 2014, 314, 315.

7) Dazu *Ondreasova*, Die Gehilfenhaftung (2013) 40f.

8) ÖJZ 2014, 314, 315.

9) OGH 6 Ob 250/01 k ecolex 2002/160: Abweisung des Begehrens, als der Mieter einen vom Vermieter betrauten Bauunternehmer aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verklagt hat, der OGH aber eine Zurechnung von dessen Fehlverhalten nach § 1313 a ABGB an den Vermieter angenommen hat.

10) *Karner*, ÖJZ 2014, 314, 315.