



REPUBLIK ÖSTERREICH
Handelsgericht Wien

EINGEGANGEN

12. Sep. 2005

Hopmeier & Wagner
Rechtsanwälte OEG

Handwritten signature

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien hat als Berufungsgericht in der Rechtssache der klagenden Partei X X X, vertreten durch Hopmeier & Wagner Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien,, wider die beklagte Partei X X X, vertreten durch X X X, wegen EUR 13.122,72 S.A., über die Berufung der klagenden Partei (Berufungsinteresse: EUR 7.876,65 S.A.) und die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 4.905,07 samt Anhang) gegen das Urteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen Wien vom 7.1.2005, GZ 17 C 242/03t-36, in nicht öffentlicher Sitzung

I. durch die Richter Dr. Schinzel (Vorsitzender),
Mag. Ofner und Dr. Schlederer den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Berufung der klagenden
Partei wegen Nichtigkeit wird
v e r w o r f e n .

II. durch die Richter Dr. Schinzel (Vorsitzender),
Mag. Ofner und KR Hammerl nach öffentlicher und mündli-
cher Berufungsverhandlung zu Recht erkannt:

Beiden Berufungen wird
n i c h t Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 388,08 (darin EUR 64,68 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger beehrte EUR 13.122,72 samt Anhang auf Grund einer bei der Beklagten gebuchten Reise nach Ecuador. EUR 7.166,71 beehrte der Kläger, da er gleich nach der Ankunft das Ecuador-Denkmal habe besuchen müssen, obwohl dies zu einem späteren Zeitpunkt vorgesehen gewesen sei und die Reisegruppe in ärgster Hitze habe warten müssen. Der sprach- und fachkundige Bergführer sei nach einem Tag für zwei Tage von einem nicht Englisch oder Deutsch sprechenden Kollegen ersetzt worden. Drei Kirchenbesuche seien ersatzlos entfallen. Die 8-tägige Schiffsreise habe er auf einem Schiff in desolatem Zustand verbracht. Es hätte Kakerlaken gegeben, die Toiletten seien nicht oder nur mangelhaft funktionstüchtig gewesen. Es sei zu regelmäßigen Stromausfällen und zu verdorbenen Speisen gekommen, ferner seien die Passagiere durch einen unerträglichen Modergeruch belästigt worden. Der geltend gemachte Preisminierungsanspruch werde hinsichtlich der Schiffsreise mit 90 % bewertet, hinsichtlich restlicher Mängel bei Bergtour- bzw. Stadtbesichtigung mit 10 %. Diesen

Anspruch stützte der Kläger darüber hinaus auf Art. 5 der Pauschalreise-Richtlinie, wonach die Beklagte dem Kläger für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit eine angemessene Entschädigung zu bezahlen habe. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 26.11.2002 brachte der Kläger ferner vor, es seien keine frischen Handtücher zur Verfügung gestellt worden, erst am 4. Tag habe man über Aufforderung ein kleines Handtuch gewechselt; die Tischtücher im Speisesaal seien schmutzig gewesen wie auch Kleidung und Hände des Küchenpersonals. Eine Silvesterfeier habe nicht stattgefunden. In der letzten Nacht sei das Schiff ohne Besatzung verblieben. Mit Schriftsatz vom 24.8.2004 dehnte der Kläger die Klage um weitere EUR 5.965,01 samt Anhang an Schadenersatzansprüchen für sich und die übrigen drei Familienmitglieder wegen entgangener Urlaubsfreude aus.

Die Beklagte wendete ein, soweit es Abweichungen vom ursprünglichen Reiseplan gegeben habe, seien diese im Einvernehmen mit der Kläger erfolgt. Dem Kläger sei im Zuge der Buchung erklärt worden, das Schiff Sullivan sei kein hochwertiges Boot nach europäischen Maßstäben, sondern habe man nach den örtlichen Verhältnissen Einschränkungen zu akzeptieren. Die in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 26.11.2002 vorgebrachten Mängel seien verjährt. Auch ordneten die Übergangsbestimmungen des Zivilrechtsänderungsgesetzes 2004 ausdrücklich an, § 31e KSchG würde auf Sachverhalte nicht zur Anwendung kommen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes verwirklicht worden seien.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehren im Umfang von EUR 5.246,07 samt Zinsen statt und wies das darüber hinaus gehende Mehrbegehren im Umfang von EUR 7.876,65 samt Zinsen ab. Es traf die auf den Seiten 6 bis 9 der Urteilsausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf welche verwiesen wird.

In rechtlicher Hinsicht erachtete es eine Preisminderung von 5 % für den Ersatz des Bergführers X X X über zwei Tage hinweg durch einen nicht deutsch- oder englischsprachigen Kollegen als angemessen. Für den insgesamt desolaten Zustand des Schiffs, den Modergeschmack in den Kabinen, das Vorhandensein von Kakerlaken, den ungenügenden Handtuchwechsel samt dem Umstand, dass insgesamt nur ein kleines Handtuch zur Verfügung gestellt wurde, die unsaubere Kleidung und die schmutzigen Hände des Küchenpersonals, das einmalige Servieren schimmlichen Brotes sowie den einmaligen mehrstündigen Ausfall der Toiletten sprach es für den Reiseteil Galapagos-Kreuzfahrt 50 % als angemessen zu. Dass das Ecuador-Denkmal entgegen dem schriftlichen Reiseverlauf gleich nach Ankunft besichtigt worden sei, stelle eine geringfügige Verschiebung des Reiseablaufs dar, die entschädigungslos hinzunehmen sei.

Der Kläger ficht dieses Urteil im Umfang der Abweisung von EUR 7.876,65 samt Zinsen aus den Berufungsgründen der, Nichtigkeit, Aktenwidrigkeit, Verfahrensmängeln, unrichtigen Tatsachenfeststellungen in Folge unrichtiger Beweiswürdigung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung an und beantragt, das Urteil im angefochtenen Umfang als nichtig aufzuheben, in eventu es dahingehend abzuändern, dass dem Klagebegehren auch hinsichtlich

eines weiteren Betrages von EUR 7.876,65 samt Anhang stattgegeben werde. Die Beklagte ficht das Urteil im Umfang von EUR 4.905,07 an und beantragt, das Urteil im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung abzuändern. Hilfsweise beantragen beide Parteien, die Aufhebung des Urteils im Umfang ihrer Anfechtung und die Zurückverweisung der Rechtssache an das Erstgericht.

Beide Parteien beantragen, jeweils der Berufung der Gegenseite nicht Folge zu geben.

Die Berufungen sind nicht berechtigt.

Zu I. :

Teilweise nichtig soll das Urteil nach Ansicht des Klägers sein, da der Zuspruch einer Preisminderung für die Bergtour nicht geeignet sei, die Abweisung eines Schadenersatzbetrages zu begründen. Das Erstgericht habe nicht dargelegt, weshalb die Beklagte einen erheblichen Teil der vertraglichen Leistung betreffend die Bergtour erbracht haben soll. Auch sei anhand der Aussage des Klägers nicht ersichtlich, wie das Gericht zur Feststellung einer 30-minütigen Wartezeit gelangte. Angesichts der Aussagen zum Kakerlakenbefall sei nicht nachvollziehbar, wie das Erstgericht zur Ansicht komme, das Ausmaß des Ungezieferbefalls sei nicht feststellbar gewesen.

Hinsichtlich der Wartezeit und des Kakerlakenbefalls wendet sich der Kläger in Wahrheit gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichtes. Eine unvollständige, mangelhafte oder sogar fehlerhafte Beweiswürdigung bildet

jedoch keine Nichtigkeit im Sinne des § 477 Z 9 ZPO, sondern kann nur mit dem Berufungsgrund der unrichtigen Beweiswürdigung angefochten werden (RIS-Justiz RS0106079).

Ob hingegen für den Reisetil der Bergtour (auch) ein Schadenersatzanspruch gebührt oder nicht, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung. Schließlich begründet das Fehlen einer rechtlichen Begründung zu einzelnen Fragen gleichfalls keine Nichtigkeit (RS0042203).

Die vom Kläger behaupteten Nichtigkeitsgründe liegen somit nicht vor, weshalb die Nichtigkeitsberufung in nicht öffentlicher Sitzung zu verwerfen war (§§ 471 Z 5, 473 Abs. 1 ZPO).

Zu II.:

Die Feststellung, wonach der Kläger "in der Folge rund 30 Minuten in der Hitze wartend verbringen musste", sowie, dass das genaue Ausmaß des Ungezieferbefalls nicht feststellbar war, sei auch aktenwidrig. So habe der Kläger bei seiner Vernehmung angegeben, er habe 45 Minuten in der Hitze stehen müssen. Der Kläger sowie die Zeuginnen X X X hätten zusammengefasst ausgesagt, das ganze Schiff sei voller Kakerlaken gewesen, und hätten auch Mitreisende berichtet, Kakerlaken seien ihnen in der Nacht über Körper und Gesicht gelaufen.

Der Rechtsmittelgrund der Aktenwidrigkeit liegt nur vor, wenn die Feststellungen auf aktenwidriger Grundlage getroffen wurden, also auf einem bei der Darstellung der Beweisergebnisse unterlaufenen Irrtum beruhen,

der aus den Prozessakten selbst erkennbar und behebbar ist. Aktenwidrigkeit besteht auch in einem Widerspruch zwischen einer Tatsachenfeststellung und dem zu ihrer Begründung angeführten Beweismittel bzw., wenn im Urteil Tatsachenfeststellungen getroffen werden, die in den Akten überhaupt keine Grundlage haben. Darüber hinaus kann der Berufungsgrund der Aktenwidrigkeit nur dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn die Aktenwidrigkeit für das Urteil von wesentlicher Bedeutung ist (Kodek in Rechberger ZPO², § 471 Rz 7), "

Dem Kläger ist zuzugestehen, dass er seine Wartezeit mit 45 Minuten angab, während das Erstgericht eine Wartezeit von "rund 30 Minuten" feststellte. Zur Wesentlichkeit führte der Kläger lediglich aus, die Feststellung, der Kläger habe 45 Minuten in der Hitze wartend verbringen müssen, wäre geeignet gewesen, seinen Preisminderungsanspruch zu erhöhen und einen insgesamt höheren Ersatzanspruch für entgangene Urlaubsfreude zu begründen. Weitere Argumente, weshalb eine Wartezeit von 45 Minuten gegenüber einer Wartezeit von rund 30 Minuten einen derart gravierenden Unterschied ausmache, dass sie von Einfluss auf die Ansprüche des Klägers wäre, lässt der Kläger vermissen. Die Entscheidungswesentlichkeit der angestrebten Feststellung ist daher nicht erkennbar.

Betreffend den Kakerlakenbefall setzte sich das Erstgericht ausführlich (Seite 10 der Urteilsausfertigung) mit den Aussagen des Klägers und der Zeuginnen X X X bezüglich der gesichteten Anzahl auseinander. Daraus zog es in der Beweiswürdigung den Schluss, diese Angaben wären nicht hinreichend, um mit an Sicherheit

grenzender Wahrscheinlichkeit einen massiven Ungezieferbefall des Schiffs feststellen zu können. Auch beruhe die Feststellung über das Ausmaß des Ungezieferbefalls darauf, dass der Kläger zunächst allgemein ausgesagt habe, das Schiff sei voll mit Kakerlaken gewesen, konkret aber über nur eine Kakerlake berichten konnte. Das Erstgericht hat sich sohin mit den einzelnen Angaben der vernommenen Personen sorgfältig auseinandergesetzt und daraus einen Schluss gezogen, der zur angegriffenen Feststellung führte. Eine Aktenwidrigkeit haftet dieser Feststellung daher nicht an. Auch fehlt es an der erforderlichen Erheblichkeit, worauf bei der Behandlung der Beweistrüge noch eingegangen wird.

Als Verfahrensmangel rügt der Kläger die fehlende Feststellung des Erstgerichtes, es hätte an Bord des Schiffes zu wenig zu essen gegeben.

Ein Verfahrensmangel, also ein Verstoß gegen die Prozessgesetze, kann nur dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn der Mangel abstrakt geeignet war, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern und die Mangelhaftigkeit des Verfahrens überdies auf einem Fehler des Gerichts beruht (Kodek in Rechberger ZPO² § 4 96 ZPO Rz 3) . Der Kläger ist jedoch auf die ihm obliegende Behauptungslast zu verweisen: Die jeweils anspruchsbegründenden Tatsachen (hier: die Mängel) sind im Prozess zu behaupten (Fasching Lb², Rz 875 ff.). Ein unvollständiges Sachvorbringen führt eine für den Behauptungspflichtigen nachteilige Sachentscheidung herbei (Fasching Lb², Rz 654; Fucik in Rechberger ZPO², § 178 Rz 2). Nach ständiger Rechtsprechung darf das Gericht bei der

Beweisaufnahme hervor gekommene Umstände nur dann berücksichtigen, wenn sie im Parteilvortrag Deckung finden (Fucik in Rechberger ZPO² § 178 Rz 2) . Im vorliegenden Fall wurde seitens des Klägers nicht behauptet, das Essen sei nicht ausreichend gewesen. Wurde ein bestimmter Sachverhalt nicht behauptet, dann bedeutet das Unterlassen entsprechender - wenn auch auf Grund von Beweisergebnissen allenfalls möglicher Feststellungen keinen - und zwar weder einen primären noch einen wie ebenfalls geltend gemacht sekundären - Verfahrensmangel (Kodek in Rechberger², § 496 ZPO, Rz 4)

Soweit der Kläger die Feststellung des Erstgerichtes, wonach der Kläger rund 30 Minuten in der Hitze wartend verbringen musste, auch wegen unrichtiger Beweiswürdigung bekämpft und meint, das Erstgericht hätte die Wartezeit mit 45 Minuten festzustellen gehabt, ist er auf die Ausführungen unter dem Berufungsgrund der Aktenwidrigkeit zu verweisen. Dass dies für die Ansprüche des Klägers erkennbar wesentlich wäre, trifft nicht zu und zeigt der Kläger auch nicht auf, aus welchen Gründen die Dauer der Wartezeit von Bedeutung wäre.

Unrichtig soll die Beweiswürdigung des Erstgerichtes auch zum Ausmaß des Kakerlakenbefalls sein. Erkennbar bekämpft der Kläger folgende Feststellung:

Auf dem Schiff befanden sich auch Kakerlaken, wobei das genaue Ausmaß des Ungezieferbefalls nicht feststellbar ist.

Statt dessen strebt der Kläger die Konstatierung an, dass auf dem Schiff ein massiver Kakerlakenbefall herrschte. Das Erstgericht habe übersehen, dass der Kläger und die Zeugen X X X zusammengefasst ausgesagt hätten, das ganze Schiff sei voller Kakerlaken gewesen; drei weitere Mitreisende hätten gleichfalls berichtet, es seien ihnen Kakerlaken in der Nacht über Körper und Gesicht gelaufen. Auch sei nach allgemeiner Lebenserfahrung ausgeschlossen, dass es sich bei den Kakerlaken, welche von den übrigen Mitreisenden gesichtet worden seien, um die selben drei Kakerlaken-Exemplare gehandelt habe, die vom Kläger und seiner Familie mit eigenen Augen gesehen worden seien. Zudem sei allgemein bekannt, dass ein Kakerlaken-Befall bereits massiv sei, wenn einzelne Kakerlaken an mehreren Orten eines Gebäudes oder Schiffes trotz dortiger Anwesenheit von Menschen sichtbar auftreten. Das Erstgericht habe dabei offenbar einen unrichtigen Erfahrungssatz angewendet.

Zutreffend ist zwar, dass der Kläger (Seite 3 des Protokolls vom 26.11.2002, ON 6) aussagte, das ganze Schiff sei voll mit Kakerlaken gewesen. Hingegen äußerte die Zeugin X X X, im Zimmer der Kinder hätten sich Kakerlaken befunden, sie könne jedoch nicht sagen, wie viele. Sie selbst habe eine Kakerlake im Speisezimmer gesehen (Seite 6 und 7 des genannten Protokolls). Die Zeugin X X X gab an, es hätten sich Kakerlaken auf dem Schiff befunden. Sie habe eine Kakerlake auf dem Bett, in ihrer Unterwäsche, eine weitere Kakerlake auf dem Bett ihrer Schwester und eine Kakerlake beim Essen beim Fenster gesehen (Seite 7 des Protokolls vom 15.4.03, ON 12).

Auch X X X sagte aus, auf dem Schiff hätte es Kakerlaken gegeben. Sie habe am ersten Tag in ihrem Zimmer zwei Kakerlaken und auch im Speiseraum eine gesehen (Seite 9 des selber. Protokolls). Im Wesentlichen übereinstimmend sind die Aussagen des Klägers und der Zeuginnen X X X und X X X bezüglich eines Berichtes von Mitreisenden, welche behaupteten, es seien ihnen in der Nacht Kakerlaken über den Körper gelaufen. Erkennbar stellte das Erstgericht bei seiner Beweiswürdigung auf die eigenen Wahrnehmungen der von ihm selbst vernommenen Reisenden ab. Auch stellt der Kläger nicht in Abrede, dass er und seine Familie lediglich drei Kakerlaken-Exemplare wahrnahmen (Seite 18 der Berufung). Es lassen somit die Ausführungen des Klägers in der Berufung nicht erkennen, weshalb die von anderen Reisenden allenfalls gesichteten oder allenfalls sonst vorhandene Kakerlaken, mit denen der Kläger und seine Familie nicht in Berührung kamen, geeignet wären, die seitens der Beklagten gegenüber dem Kläger erbrachte Leistung zu schmälern. Zu beurteilen ist hier jedoch alleine, ob die dem Kläger zugekommene Leistung vom Geschuldeten abwich oder nicht. Die angestrebte Feststellung erweist sich somit als rechtlich unerheblich.

Die Beklagte bekämpft in ihrer Beweistrüge die Feststellung, das Schiff hätte sich in einem insgesamt desolaten und unsauberen Zustand befunden. Das Erstgericht habe diese Feststellung offenbar aus der Aussage des Klägers, wonach das ganze Schiff voll mit Kakerlaken gewesen sei, übernommen. Die Töchter des Klägers hätten lediglich Roststellen auf dem Schiff wahrgenommen. Auf Grund der Aussagen des Geschäftsführers der Beklagten,

X X X und des Zeugen X X X hätte das Erstgericht daher festzustellen gehabt:

Insgesamt befand sich das Schiff in dem Zustand eines gehobenen Mittelklasseschiffes und waren - wie bei Schiffen jeder Kategorie üblich - lediglich vereinzelt Rostflecken sichtbar.

Der Beklagten ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Kläger das Schiff als nicht sauber und nicht aufgeräumt bezeichnete und über an Deck liegende Eimer und Abfälle sowie schmutzige Tischtücher, welche nicht gewechselt worden seien, berichtete (Seite 3 des Protokolls vom 26.11.2002, ON 6). Er erklärte auch, eine Pumpe sei ausgefallen, sodass eine zweite Pumpe sowohl die Kühlung für den Motor als auch die restliche Wasserversorgung des Schiffes zu besorgen hatte. In der Folge sei auch die Kühlpumpe für den Motor in Mitleidenschaft gezogen worden (Seite 4 des genannten Protokolls). Die Zeugin X X X berichtete über einen schmutzigen Eindruck, den das Schiff gemacht habe, was auch für die Mannschaft gelte (Seite 6 bis 7 des genannten Protokolls). Der Zeuge X X X machte hingegen keinerlei Angaben zum Zustand des Schiffes. Der Geschäftsführer der Beklagten X X X gab an, über die Zustände auf dem Schiff nichts zu wissen (Seite 2 des Protokolls vom 15.4.2003, ON 12). Die angestrebte Feststellung lässt sich daher schon aus den von der Beklagten angeführten Beweismitteln nicht ableiten.

Soweit der Kläger das Ausmaß des Essens und die Frage, ob die Schiffsreise Hauptbestandteil der Kreuzfahrt im

Hinblick auf eine unterlassene Beweiswürdigung rügt, ist nicht erkennbar, welchen Berufungsgrund er hiermit zur Darstellung bringen möchte.

Das Berufungsgericht übernimmt somit die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen als Ergebnis eines mangelfreien Verfahrens und einer Beweiswürdigung, gegen die keine Bedenken bestehen.

In der Rechtsrüge führt der Kläger ins Treffen, für das Fehlen eines deutsch- oder englischsprachigen Führers stünde eine Preisminderung von 10 % zu. Dies treffe auch auf die Änderung des Reiseverlaufs dahingehend, dass das Ecuador-Denkmal gleich nach der Ankunft besichtigt worden und es dabei zu einer erheblichen Verzögerung gekommen sei, zu.

Richtig ist, dass das Reiseprogramm einen Transfer ins Hotel nach der Ankunft vorgesehen hätte. Soweit der Kläger allerdings argumentiert, er habe nicht die Gelegenheit gehabt, sich in seinem Hotelzimmer zu erholen, übersieht er, dass er kein Vorbringen "zur Dauer eines allfälligen Hotelaufenthaltes zwischen Ankunft und Aufbruch zur vorgesehenen Stadtbesichtigung erstattet hatte. Auch hat das Erstgericht dazu keine Feststellungen getroffen. Den tatsächlichen Annahmen des Erstgerichtes lässt sich in keiner Weise entnehmen, vor dem Beginn der am Ankunftstag geplanten Stadtbesichtigung hätte die Möglichkeit bestanden, sich im Hotelzimmer noch auszuruhen.

Zur vom Kläger neuerlich hervor gehobenen Wartezeit ist noch auszuführen, dass für subjektiv empfundene

Beeinträchtigungen den Leistenden grundsätzlich keine Haftung trifft. Voraussetzung der Mangelhaftigkeit im Sinne der §§ 922 ff. ABGB ist vielmehr primär, dass die erbrachte Leistung vom Geschuldeten abweicht (Reischauer in Rummel ABGB³ I Vor §§ 918 bis 933 Rz 1), wobei als geschuldet jene Leistung gilt, die sämtliche bedungenen oder im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweist. Dass der geplante Reiseverlauf durch die Wartezeit zu einer erheblichen Verzögerung führte, lässt sich den Konstatierungen des Erstgerichtes nicht entnehmen. Sofern die Wartezeit überhaupt die Grenze der Unerheblichkeit bzw. Geringfügigkeit überschreitet, findet sie jedenfalls in der insgesamt vom Erstgericht gewährten Minderung Deckung.

Mit der Argumentation, die Bergtour sei von einer Studienreise im Hochgebirge zu einer mehrtägigen Wanderung ohne Wissensvermittlung degradiert worden, entfernt sich der Kläger ebenfalls von den Feststellungen des Erstgerichtes. So sah das Reiseprogramm für den Zeitraum von 16.12. bis 26.12.2001 eine Bergtour vor, wobei dem Kläger die Begleitung durch den englischsprachigen Bergführer X X X zugesagt wurde.

Bei fehlender Reiseleitung sieht beispielsweise die "Frankfurter Tabelle" 0 bis 5 % für das Fehlen bloßer Organisation, bei Besichtigungsreisen 10 bis 20 % und bei Studienreisen mit wissenschaftlicher Führung 20 bis 30 % im Falle der Zusage vor. Nun kann die Tätigkeit eines Bergführers, dessen Aufgabe mangels anderer Anhaltspunkte im Wesentlichen wohl in der sicheren Führung durch dem Kläger unbekanntes Gelände und der fallweisen Auskunft über die dabei zu sehende Umgebung

bestand, nicht mit einer Besichtigungs- oder Studienreise verglichen werden. Dem Umstand, dass sich der Kläger offenbar zwar mit einem englischsprachigen, nicht jedoch einem spanischsprachigen Bergführer verständigen konnte, hat das Erstgericht durch Gewährung eines Preisminderungsanspruches ohnedies Rechnung getragen.

Zum zweiten Reiseteil (Schiffsreise und Landausflüge) vertritt der Kläger die Ansicht, beim Ausfall von Landausflügen bei Kreuzfahrten stünde ein Preisminderungsanspruch von 20 bis 30 % je Tag des Landausfluges zu. Daraus ergebe sich zwingend, die Schiffsreise stelle einen mit 70 bis 80 % zu bewertenden Hauptbestandteil der gesamten Reiseleistung der Kreuzfahrt dar. Daraus ergebe sich ein Preisminderungspotenzial des Kreuzfahrtpreises auf Grund von Mängeln der eigentlichen Schiffsreise in Höhe von 80 %. Das Erstgericht hätte daher auf Grund der festgestellten Mängel eine Preisminderung in Höhe der begehrten 90 % zusprechen müssen.

Der Kläger führt nun ins Treffen, angesichts der festgestellten Mängel sei kein Reise- bzw. Erholungswert in dem auf dem Schiff verbrachten Reiseteil gelegen. Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang den ohnedies als Mängel der Schiffsreise vom Erstgericht gewerteten Umständen auch noch das Verlassen des Schiffes durch die gesamte Mannschaft hinzu fügt, weicht der Kläger neuerlich von den Feststellungen des Erstgerichtes ab. Das Erstgericht konstatierte nämlich unbekämpft, dass dies vermutlich zur Müllentsorgung geschah, wobei die Dauer der Abwesenheit nicht

festgestellt werden konnte (Seite 8 der Urteilsausfertigung) . Weshalb ein solches Verlassen des Schiffes daher einen Mangel begründen sollte, unterlässt der Kläger überhaupt aufzuzeigen. Dem Kläger ist auch entgegenzuhalten, dass die Verpflegung, bis auf das einmalige Servieren schimmligen Brotes, das über Urgenz ausgetauscht wurde (Seite 8 der Urteilsausfertigung), vom Kläger auch nicht beanstandet wurde. Dies trifft auch auf die Ausstattung der Kabinen zu. Hier bemängelte der Kläger lediglich den modrigen Geruch sowie Ungezieferbefall. Auch zum Reiseverlauf der Kreuzfahrt gab der Kläger keine Mängel bekannt. Dass die eigentliche Schiffsreise daher "0" Wert gewesen wäre, trifft aus diesen Gründen nicht zu. Auch, dass die vom Erstgericht festgestellten Umstände geeignet gewesen wären, Angstgefühle oder Beklemmungszustände zu verursachen, lässt sich den Konstatierungen des Erstgerichtes nicht entnehmen. Ein Gefühl des Unbehagens, wie vom Kläger ebenfalls angeführt, wurde in dem vom Erstgericht zugebilligten Preisminderungsanspruch jedoch ausreichend berücksichtigt.

Der Kläger vermisst ferner die Feststellung, die Schiffsreise wäre für den Kläger und seine mitreisende Familie der Ausschlag gebende Hauptteil der gesamten Kreuzfahrt gewesen.

Dazu hatte der Kläger lediglich vorgebracht, dass der Kern der Reise für ihn die gemeinsame Schiffsreise mit der Familie zu den Galapagos-Inseln gewesen sei (Punkt 5. im Schriftsatz vom 24.8.2004, ON 33). Auch differenzierte der Kläger in seiner Aussage zwischen Schiffsreise einerseits und der Rundreise, die seine Familie

vor der Schiffsreise unternommen hatte, andererseits (Kläger auf Seite 5 des Protokolls vom 26.11.2002, ON 6) . Eine Differenzierung der Kreuzfahrt zwischen Schiffsreise (gemeint: im Sinne des Aufenthaltes auf dem Schiff selbst) und Landausflügen machte der Kläger nicht, sodass das Erstgericht eine Feststellung, wie sie der Kläger nun vermisst, weder auf Grund des Vorbringens des Klägers noch auf Grund der Beweisergebnisse zu treffen hatte. Soweit der Kläger auch moniert, es hätte grundsätzlich zu wenig Essen an Bord des Schiffes gegeben, ist er auf die Ausführungen zum Berufungsgrund des Verfahrensmangels zu verweisen.

Unterlassen habe das Erstgericht ferner die Feststellung, es habe insbesondere für die Töchter des Klägers die Notwendigkeit bestanden, bei offener Kabinentür zu schlafen. Wie der Kläger selbst ausführt, hat das Erstgericht zum Modergeruch, der vor allem bei den Töchtern des Klägers zunächst Übelkeit verursachte, sowie zu dem Umstand, die Kabinen hätten nach außen hin nicht gelüftet werden können, ohnedies Feststellungen getroffen. Da das Erfordernis des Offenhaltens der Kabinentüren vom Kläger nicht behauptet wurde, liegt auch kein sekundärer Verfahrensmangel vor. Im Übrigen legt der Kläger nicht dar, wie sich das Offenlassen der Türen auf die Höhe des Preisminderungsanspruches für den ohnedies festgestellten modrigen Geruch in den Kabinen auswirken könnte.

Die Beklagte wiederum wendet in ihrer Rechtsrüge mangelnde Aktivlegitimation des Klägers ein, da dieser nicht behauptet habe, Gewährleistungsansprüche seiner Familie wären ihm abgetreten worden.

Die Frage der Aktiv- oder Passivlegitimation ist nach ständiger Rechtsprechung in der Regel nur auf Einwendung und nicht von Amts wegen zu prüfen (RS0065553). Zwar genügt ein Vorbringen von Tatsachen, aus denen sich in rechtlicher Beurteilung ein Mangel der Sachlegitimation ergibt, doch hat die Beklagte ein derartiges Vorbringen in erster Instanz nicht erstattet. Mangels eines solchen Vorbringens stellt die Bestreitung der mangelnden Aktivlegitimation im Berufungsverfahren eine unzulässige Neuerung dar (OGH 30.11.2004, 4 Ob 154/04g; RS0042040). Ein Rechtssatz, wonach bereits in der Bestreitung des Klagsanspruches die Bestreitung der Sachlegitimation liege, ist der von der Beklagten zitierten Entscheidung SZ 42/105 (OGH 2.7.1969, 7 Ob 99/69) nicht zu entnehmen. Vielmehr hatte der dort Beklagte bereits im Verfahren erster Instanz die aktive Klagslegitimation mit der Begründung, allfällige Ansprüche seien abgetreten worden, substantiiert bestritten.

Im Übrigen vertritt die Beklagte die Ansicht, der Modergeruch in den Kabinen, das Vorhandensein von drei Kakerlaken," das einmalige Servieren schimmlichen Brotes, wobei Austausch durch frisches Brot anstandslos erfolgt sei, sowie der einmalige Ausfall der Toiletten stellten geringfügige unerhebliche Beeinträchtigungen dar und hätten sohin außer Betracht zu bleiben. Allenfalls würde ein Preisminderungsanspruch von höchstens 10 % angemessen sein.

Als unerhebliche Mängel sind solche Mängel anzusehen, die kein vernünftiger Mensch als Nachteil empfindet und

bei denen die Ausübung von gewährleistungsrechtlichen Ansprüchen reine Schikane darstellen würde (Apathy, Reisevertragsrecht und Gewährleistungsreform, JBl. 2001, 477).

Ob nun ein solcher unerheblicher Mangel vorliegt, lässt sich nur nach den Umständen des Einzelfalls beantworten. Ein und der selbe Mangel kann bei verschiedenen sonstigen Umständen einmal geringfügig, einmal zur Gewährleistung verpflichtend sein (Zechner, Reisevertragsrecht, Rz 373).

Die Beklagte legt nun weder dar, auf Grund welcher Erwägungen die von ihr zitierten Umstände von der Art sein sollten, die kein durchschnittlicher Reisender als Nachteil empfindet, noch weshalb der vom Erstgericht zugebilligte Preisminderungsanspruch dafür zu hoch gegriffen sei. Die Rechtsrüge erweist sich daher in diesem Punkt als nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Die Beklagte vermeint ferner, das Erstgericht habe gewährleistungsrechtliche Preisminderungsansprüche für die in der Streitverhandlung vom 26.11.2002 erstmals vorgebrachten Mängel zugesprochen. Jedoch könne die volle Konkurrenz zwischen Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen die Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche nicht verlängern.

Bereits seit der Entscheidung des verstärkten Senates SZ 63/37 kann statt Gewährleistung auch Schadenersatz verlangt werden (Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹², II, Seite 85; 4 Ob 47/01t) . Der Schaden des Bestellers liegt dabei schon in der Mangelhaftigkeit der Sache

bzw. der Leistung (Koziol/Welser aaO, Seite 88; 4 Ob 47/01t) . Eine solche Mangelhaftigkeit hatte der Kläger hinsichtlich der bei der Beklagten gebuchten Reise auch behauptet und wurde dies vom Erstgericht auch festgestellt. Ein Recht auf Schadenersatz in Geld steht wegen des Mangels an einer Sache oder Leistung unter den selben Voraussetzungen zu, unter denen der Besteller eine gewährleistungsrechtliche Preisminderung verlangen kann; zu ersetzen ist dabei das Erfüllungsinteresse. Das Erfüllungsinteresse in Geld kann - gleich der gewährleistungsrechtlichen Preisminderung - auch als Wertdifferenz (Differenz zwischen dem Wert der Leistung mit Mangel und ohne Mangel) verlangt werden (Koziol/Welser aaO Seite 87; 1 Ob 564/94; 4 Ob 47/01t).

Hat der Kläger - wie hier - die mangelhafte Leistung der Beklagten bewiesen, liegt in diesem Umfang Nichterfüllung vor, welche für den Kläger einen Schadenersatzanspruch im Ausmaß der Wertminderung entstehen lässt. Berücksichtigt man, dass die Reise im Zeitraum vom 16.12.2001 bis 5.1.2002 stattfand, war die dreijährige Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche am 26.11.2001 noch nicht abgelaufen.

Die Beklagte merkt weiters an, bei einer achttägigen Reise auf einem Schiff der gehobenen Mittelklasse sei das Wechseln der Handtücher nach vier Tagen durchaus üblich, das Zurverfügungstellen großer (Liege-)Handtücher könne nicht als üblicherweise vereinbart gelten und arbeitsbedingte Verschmutzungen des Personals begründeten keinen Gewährleistungsanspruch.

Auch diese Überlegungen vermögen nicht zu überzeugen. Zunächst ist die Beklagte darauf hinzuweisen, dass das Erstgericht keineswegs davon ausging, die schmutzige Kleidung und unsauberen Hände des Kochs sowie der Küchengehilfen wären arbeitsbedingt gewesen. Diesem Punkt legt die Berufung nicht die getroffenen Feststellungen zu Grunde.

Im Übrigen stellte das Erstgericht fest, der Kläger und seine Familie hatten jeweils lediglich ein kleines Handtuch zur Verfügung gestellt erhalten, welches erst am vierten Tag nach Urgenz gewechselt worden sei. Berücksichtigt man, dass das Schiff von der Beklagten als komfortables Boot der Mittelklasse, welches zu den neueren und besseren Booten dieser Kategorie gehöre, beschrieben wurde (Seite 7 der Urteilsausfertigung), darf ein darauf Reisender mit einem Service rechnen, das einem Mittelklassehotel entspricht. In einem solchen kann üblicherweise vorausgesetzt werden, dass jeder Gast nicht nur ein Handtuch, sondern auch ein Badetuch zur Verfügung gestellt erhält. Berücksichtigt man ferner, dass im vorliegenden Fall ein großes Handtuch (Badetuch) nicht zur Verfügung stand, ist ein einmaliges Wechseln des alleine vorhandenen kleinen Handtuches als ungenügend zu bezeichnen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass hinsichtlich der Minderungsansprüche beide Berufungen keine erkennbare Überschreitung des Ermessensspielraums durch das Erstgericht aufzuzeigen vermögen.

Die Beklagte wendet sich auch gegen die vom Erstgericht zugesprochenen Schadenersatzbeträge für entgangene

Urlaubsfreude. Dies mit der Begründung, dass derartige Ansprüche nur auf nach dem 1.1.2004 verwirklichte Schadensfälle Anwendung fänden.

Nach § 31e Abs. 3 KSchG hat der Reisende auch Anspruch auf angemessenen Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude, wenn der Reiseveranstalter einen erheblichen Teil der vertraglich vereinbarten Leistung nicht erbracht hat und dies auf einem dem Reiseveranstalter zurechenbaren Verschulden beruht. Art. 5 der Pauschalreiserichtlinie Nr. 90/314/EWG des Rates vom 13.6.1990 ist dahingehend auszulegen, dass dem Verbraucher grundsätzlich ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens, der auf der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung der Leistungen einer Pauschalreise beruht, zukommt (EuGH 12.3.2002, C-168/00, EFSlg. 100.717).

Zutreffend ist zwar, dass eine Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie erst durch das Zivilrechtsänderungsge-
setz 2004, BGBI. I 2003/91, mit welchem dem § 31e KSchG
der oben zitierte Absatz 3 angefügt wurde, erfolgte.
Allerdings vertrat der OGH zu 5 Ob 242/04f (und in weiterer Folge zu 10 Ob 20/05x) die Meinung, die richtlinienkonforme Interpretation im nationalen Recht gebiete es schon vor vollständiger Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie, den Ersatz derartiger Schäden nach den vom EuGH dargelegten Grundsätzen zu gewähren. Dabei billigte er ausdrücklich eine vor der Novellierung des § 31e KSchG erfolgte derartige Interpretation des österreichischen Schadenersatzrechts durch die Entscheidungen des Landesgerichtes Linz (15 R 5/00m, ZVR 2002/69) und des Landesgerichtes Feldkirch (3 R 93/04f). Der Gesetzgeber habe sich nur deshalb zur

Novellierung des § 31e KSchG veranlasst gesehen, um die Rechtslage klarzustellen und jeden Zweifel an der Vereinbarkeit des österreichischen Reiserechts mit den Vorgaben der Pauschalreiserichtlinie zu beseitigen (RV 173 22. GP; so auch die ständige Rechtsprechung des Handelsgerichtes Wien seit der Entscheidung 1 R 20/04v).

Dem Argument der Beklagten, dem Kläger gebühre kein Schadenersatzanspruch mangels Rückwirkung des Zivilrechtsänderungsgesetzes, kommt daher keine Berechtigung zu.

Der Kläger hingegen wendet sich gegen die vom Erstgericht vorgenommene Bemessung des Ersatzanspruches. Dazu vertritt er die Ansicht, die hinsichtlich der Schiffsreise festgestellten Mängel seien mit Schmerzen gleichzusetzen. Die Zustände auf dem Schiff seien geeignet, berechnigte Angstgeföhle, Beklemmungszustände und Unbehagen zu verursachen; Übelkeit sei jedenfalls als Schmerz anzusehen. Es erscheine denkunmöglich, dass ein Reisender die festgestellten Reisebedingungen in Verbindung mit der Ausweglosigkeit des faktischen Gefangenseins auf einem Schiff ohne psychische Schmerzen überstehe. Auch könne die Unmöglichkeit der Verrichtung der Notdurft über mehrere Stunden erhebliche physische Schmerzen verursachen. Angesichts der Schwere der festgestellten Mängel, der Zusage, dass das Schiff ein komfortables Boot der Mittelklasse sei, sowie des Zwecks des Urlaubes, eine unvergessliche Kreuzfahrt mit der Familie zu Weihnachten zu unternehmen, und unter Bedachtnahme auf den Reisepreis seien für den Kläger ein angemessener Ersatz von EUR 176,30

und für die übrigen drei Mitglieder je EUR 167,37 pro Reisetag und Person festzusetzen.

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass der Kläger weder Schmerzensgeld begehrte noch Schmerzen physischer oder psychischer Art behauptete. Dass die Reisenden solche erlitten hätten, lässt sich den Konstatierungen des Erstgerichtes auch nicht entnehmen. Der nunmehr erstmals behauptete Zweck des Urlaubes, eine unvergessliche Kreuzfahrt zu unternehmen, findet keine Deckung im Sachverhalt des angefochtenen Urteils. Darüber hinaus soll die Höhe des Ersatzes für entgangene Urlaubsfreude in einem angemessenen Verhältnis zu den von der Rechtsprechung festgelegten Schmerzensgeldbeträgen stehen, wobei Ansprüche auf Ersatz anderer Nachteile (wie auch Schmerzensgeldansprüche) durch die Regelung auf Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude nicht berührt werden (RV 173 22. GP, erläuternde Bemerkungen zur Z 5 (§ 31e Abs. 3 KSchG). Berücksichtigt man, wovon auch das Erstgericht in seiner rechtlichen Beurteilung ausging, dass die Landausflüge während der Kreuzfahrt unbeanstandet blieben, dass mit dem Vorhandensein von Kakerlaken im geringen Ausmaß in südlichen Ländern gerechnet werden muss (hg. 20 R 40/01w unter Berufung auf RdW 2000, 638) und sonst im Wesentlichen nur die Hygiene an Bord betreffende Umstände vom Kläger dargetan wurden, erscheint ein Pauschalbetrag von EUR 40,-- nicht als zu niedrig bemessen.

Darüber hinaus begehrt der Kläger auch Schadenersatz für entgangene Urlaubsfreuden hinsichtlich zweier Tage der Bergtour mit dem Argument, die Beklagte habe einen erheblichen Teil der vertraglichen Leistung nicht

erbracht, da die Kommunikation mit dem Bergführer einen solchen erheblichen Teil darstelle.

Nach der unbekämpften Feststellung des Erstgerichtes betraf die Bergtour den Zeitraum von 16.12. bis 26.12.2001 (Seite 6 der Urteilsausfertigung). Dass der Kläger, während sein Englisch sprachiger Bergführer durch einen lediglich Spanisch sprechenden Kollegen ersetzt wurde, diese Bergtour nicht fortführen konnte oder tatsächlich nicht fortführte, ist den Feststellungen des Erstgerichtes nicht zu entnehmen. Die Minderung der Leistung besteht daher lediglich darin, dass für die von ihm mit zwei Tagen geltend gemachte Dauer ein bloß Spanisch sprechender Bergführer zur Verfügung stand. Gemessen an der Gesamtdauer der Bergtour und dem Umstand, dass es offenbar zu keiner Unterbrechung der Tour kam, haftet der Bergtour somit kein erheblicher Mangel an, welcher einen Ersatz für entgangene Urlaubsfreude rechtfertigen würde.

Im Ergebnis kommt somit keiner der beiden Berufungen Berechtigung zu.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41, 50 ZPO. Eine Saldierung der Kosten der Berufungsbeantwortungen ergibt den zugesprochenen Betrag.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der ordentlichen Revision fußt auf §§ 500 Abs. 2 Z 3, 502 Abs. 3 ZPO. Im Wesentlichen hatte das Berufungsgericht die Ermessensentscheidung des Erstgerichtes zu überprüfen, worin in der Regel keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des § 502 Abs. 1 ZPO zu erblicken

ist. Im Übrigen orientierte sich das Berufungsgericht an der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung.



Handelsgericht Wien 1030
Wien, Marxergasse 1a Abt.
50, am 11. Juli 2005

Dr. Heinz-Peter SCHINZEL
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung!