

— 1. Tag a.o. Revision (Beklagte P.): 13. Juli 2008 VKI 29/07

- 2) D/ Kolt (VKI z. Kol. Reg. Eder) & K.
- 3) D/ Kermant & K.

Bezirksgericht für Handelsachen Wien
 Eingel. am 14. Juli 2008
 ... foch, mit ...

16L 91/28m
 1 R 70/09d



REPUBLIK ÖSTERREICH
 Handelsgericht Wien

EINGELANGT

13

BRÄUNER, KLAUFER & BÄNDL

Im Namen der Republik

Das Handelsgericht Wien hat als Berufungsgericht in der Rechtssache der klagenden Partei **Verein für Konsumenteninformation**, 1060 Wien, Linke Wienzeile 18, vertreten durch die Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, gegen die beklagte Partei **Thomas Cook Austria AG**, 1030 Wien, Ungargasse 59/61, vertreten durch Dr. Armin Bammer, Rechtsanwalt in 1030 Wien, wegen € 710,53 samt Anhang (Berufungsinteresse € 319,30 s.A.) über die Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Bezirksgerichtes für Handelssachen Wien vom 16.12.2008, 16 C 91/08m-9, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

I. durch die Richter Dr. Hinek (Vorsitzender), Dr. Schlederer und Dr. Ogris den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die Berufung wird, soweit darin Nichtigkeit geltend gemacht wird, verworfen.

II. durch die Richter Dr. Hinek (Vorsitzender), Dr. Schlederer und KR Schlossko zu Recht erkannt:

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

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 begehrt als im § 29 KSchG genannter Verband, dem Ansprüche von Mag. Wolfgang J. [REDACTED] und Mag. Edith J. [REDACTED] aus einem mit der Beklagten abgeschlossenen Pauschalreisevertrag nach Ibiza abgetreten wurde, Preisminderung und Schadenersatz, weil aufgrund eines gesunkenen Frachtschiffes kurz nach Ankunft am Urlaubsort der direkt beim Hotel befindliche Strand Playa D'en Bossa wegen des aus dem Wrack auslaufenden Öls behördlich gesperrt und ein Badeverbot verhängt wurde.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im Ausmaß von € 652,47 samt 4 % Zinsen seit 18.7.2007 statt und wies das Mehrbegehren von € 58,,06 ab.

Es traf die auf Seite 6 bis 8 seines Urteiles ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird.

Rechtlich führte es aus, im gegenständlichen Fall sei ein Bade- und Erholungsurlaub direkt am Strand gebucht worden. Aufgrund einer Ölpest wäre der vor dem Hotel gelegene Strandausschnitt unbenutzbar und zusätzlich das Baden im Meer unmöglich. Für jene Tage, an denen kein Mietauto zur Verfügung gestanden habe, sohin für den 11.7. bis 13.7. und den 17.7. gebühre unter Berücksichtigung, dass zwar ein Hotelpool vorhanden, dieser aber überlaufen gewesen sei, eine Preisminderung von 25 % (€ 290,28).

Durch die Anmietung eines Autos wären die Reisenden zwar in der Lage gewesen, unverschmutzte Strände aufzusuchen und dort im Meer zu baden, doch sei zu berücksichtigen, dass die Entfernung der Strände zum Hotel nunmehr eine andere wäre als vereinbart. Dies berechtige zu einer Preisminderung von 5 % für den Zeitraum 14.7. bis 16.7. (€ 43,54).

Da die Anmietung, Verlängerung und Rückgabe des Autos mit einem Zeitverlust verbunden gewesen wäre, gebühre dafür eine angemessene Preisminderung im Ausmaß des anteiligen Reisepreises für einen halben Tag (€ 145,14).

Die Beklagte habe als Veranstalter die Verpflichtung gemäß § 31e Abs 1 KSchG getroffen, ohne zusätzliches Entgelt angemessene Vorkehrungen zu treffen, damit die Reiseveranstaltung weiter durchgeführt werden könne, wenn ein erhebliche rTeil der vertraglich vereinbarten Leistung nicht erbracht werde oder nicht erbracht werden könne. Darunter falle auch das Anbieten einer Ersatzleistung, welche im Transport der Reisenden zu sauberen Stränden bestanden hätte. Indem die Beklagte dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei, habe sie schuldhaft gehandelt, sodass die Reisenden die Anmietungskosten für ein Leihfahrzeug aus dem Titel des Schadenersatzes zurückfordern könnten.

Gegen den Zuspruch eines € 333,17 samt Anhang übersteigenden Betrages richtet sich die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil hinsichtlich des Betrages von € 130,62 wegen Nichtigkeit ersatzlos aufzuheben und im übrigen dahingehend abzuändern, dass das Klagebegehren, soweit es über einen Betrag von € 333,17 hinausgehe, abgewiesen werde.

Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung der Beklagten nicht Folge zu geben.

Die Berufung ist nicht berechtigt.

Zu I.:

Unter dem Berufungsgrund der Nichtigkeit des Verfahrens rügt die Beklagte, dass das Erstgericht dem Kläger für die mit der Anmietung des Autos verbundenen Unannehmlichkeiten insgesamt € 188,68 zugesprochen habe, obwohl der Kläger lediglich einen Betrag von € 58,06 begehre. Hinsichtlich eines zugesprochenen Betrages von € 130,62 liege daher ein Verstoß gegen § 405 ZPO vor, der einen in § 477 ZPO nicht genannten Nichtigkeitsgrund darstelle.

Nichtigkeitsgründe sind schwere Verletzungen grundsätzlicher Verfahrensvorschriften, die ohne Rücksicht auf ihre Auswirkung im Einzelfall auch von den Rechtsmittelinstanzen von Amts wegen aufgegriffen werden müssen.

Im gegenständlichen Fall macht die Berufungswerberin eine Verletzung des § 405 ZPO geltend, wonach das Gericht einer Partei nicht etwas zusprechend darf, was nicht beantragt ist.

Dazu ist zu sagen, dass von der neueren Rechtsprechung nahezu einhellig die Meinung vertreten wird, ein Verstoß gegen die Bindung an den Urteilsantrag im Sinne des § 405 ZPO stelle lediglich einen sonstigen Verfahrensmangel und keine Nichtigkeit dar (*Fucik* in *Fasching/Konecny*² III, Rz 63 zu § 405 ZPO mwN; aA die einhellige Lehre [*Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³, Rz 6 zu § 405 ZPO mwN], wonach es sich dabei um einen in § 477 ZPO nicht genannten Nichtigkeitsgrund handle).

Weiters gilt zu bedenken, dass der Kläger im gegenständlichen Fall unter dem Titel der Reisepreisminderung nach Klageseinschränkung einen Betrag von € 537,02 begehrt und diesen Anspruch auf die Beeinträchtigungen des Urlaubes durch die Sperre des unmittelbar beim Hotel liegenden Strandes nach dem Sinken eines Frachtschiffes.

Die Rechtsprechung (*Fasching in Fasching/Konecny*² III, Rz 44 vor § 226 ZPO mwN) folgt der Lehre vom (prozessualen) zweigliedrigen Streitgegenstand. Neben dem Sachbegehren sind demnach als zweites Abgrenzungselement die „rechtserzeugenden Tatsachen“ heranzuziehen, die im Tatsachenvorbringen der Partei enthalten und zur Erfüllung des materiellrechtlichen Tatbestands erforderlich sind.

Im gegenständlichen Fall schlüsselte der Kläger die „aufgrund der katastrophalen Verschmutzung des Meeres durch das Tankerunglück, die gänzliche Unmöglichkeit der Nutzung des Strand und der ausdrücklichen Verweigerung der Mängelbehebung durch die Beklagte“ geltend gemachten Preisminderungsansprüche gliedert nach drei Zeitabschnitten (11.7 bis 13.7, 14.7 bis 16.7. und 17.7) auf. Daraus ist abzuleiten, dass die in der Zeit der Verwendung des Mietwagens fallenden Positionen „Verschmutzung des Meeres“ und „Unannehmlichkeiten wegen Mietwagen“ nicht isoliert zu betrachtende Positionen, sondern lediglich den Versuch einer Einordnung der aus einem Vorfall (Tankerunglück) resultierenden Preisminderungsansprüche nach dem Muster der Frankfurter Tabelle darstellen. Demgemäß sind beide Positionen zusammenzurechnen, zumal die Verschmutzung des Meeres am direkt beim Hotel befindlichen Strand durch die Verwendung eines Mietwagens als angemessene Vorkehrung im Sinne des § 31e Abs 1 KSchG in seiner Wertigkeit notwendigerweise mitbeeinflusst wird.

Demgemäß hat das Erstgericht für diesen Zeitraum vom 14.7 bis 16.7 (3 Urlaubstage) und den Zeitaufwand für die Übernahme und Rückgabe des Mietfahrzeuges eine Reisepreisminderung von € 188,68 als Resultat einer Gesamtschau der trotz Anmietung eines Mietwagens von den Reisenden hinzunehmenden Unannehmlichkeiten angenommen. Legt man den in der Verhandlung vom 27.5.2008 außer Streit gestellt Reisepreis zugrunde, ergibt

sich für den Zeitraum 14.7. bis 16.7 für die ungeachtet der Anmietung eines Leihautos von der Klägerin angesetzte Verschmutzung des Meeres ein Betrag von € 130,63 sowie für die von der Klägerin angesetzten Unannehmlichkeiten wegen Mietwagen für den Zeitraum 14.7. bis 17.7.2007 (Rückgabe des Fahrzeuges) ein Betrag von € 58,06. Insgesamt begehrt die Klägerin daher für diese als einheitlicher Mangel anzusehenden Unannehmlichkeiten einen Betrag von € 188,69, sodass der Zuspruch von € 188,68 dafür keinen Verstoß gegen § 405 ZPO darstellt.

Die Frage, ob es sich dabei um einen Verfahrensmangel oder eine Nichtigkeit handelt, kann damit letztendlich dahingestellt bleiben.

Die Nichtigkeitsberufung war daher zu verwerfen.

Zu II.:

Im Rahmen der Rechtsrüge bekämpft die Beklagte ausschließlich die erstgerichtliche Bemessung der Reisepreisminderung, sodass auf die unbekämpft in Rechtskraft erwachsenen Schadenersatzansprüche in Höhe der Mietwagenkosten (€ 173,51) nicht weiter eingegangen werden muss.

In diesem Zusammenhang argumentiert die Berufungswerberin zunächst damit, dass die Reisenden bereits für den 11.7 bis 13.7 ein Mietauto hätten nehmen können, sodass es ihnen möglich gewesen wäre, schon an diesen Tagen im Meer zu baden.

Dabei übersieht die Beklagte jedoch, dass § 31e KSchG den Reisenden ausschließlich zur unverzüglichen Mitteilung allfälliger Mängel verpflichtet, wohingegen der Reiseveranstalter verpflichtet ist, bei Nichterbringen eines erheblichen Teiles der vertraglich vereinbarten Leistungen angemessene Vorkehrungen zu treffen. Primär soll daher der Mangel durch Verbesserung

durch den Reiseveranstalter behoben werden (*Krejci* in *Rummel*³, Rz 4 zu § 31e KSchG). Das gilt auch für Mängel, die nicht einen erheblichen Teil der Leistung betreffen (*Krejci* in *Rummel*³, Rz 5 zu § 31e KSchG; ebenso *Mayer* in *Kosesnik-Wehrle* ua, KSchG², Rz 3 zu § 31e KSchG).

Erfolgt keine Verbesserung steht dem Reisenden schon nach allgemeinen gewährleistungsrechtlichen Grundsätzen das Gestaltungsrecht der Preisminderung zu (*Krejci* in *Rummel*³, Rz 5 zu § 31e KSchG, vgl. auch *Bläumauer*, *Reiserecht*, 104). Eine Pflicht zur Selbstabhilfe bei (hier vorliegender) Verbesserungsverweigerung des Reiseveranstalters besteht keinesfalls (zur Selbstabhilfe siehe *Bläumauer*, *Reiserecht*, 102f).

Im übrigen wendet sich die Beklagte in der Berufung gegen die Höhe der ausgemittelten Preisminderung durch das Erstgericht nach § 273 ZPO. Dabei ist zunächst zu klären, inwieweit die Beklagte als Reiseveranstalterin dem Grunde nach überhaupt für die Folgen des Unterganges eines Frachters in der Nähe des Urlaubsortes gewährleistungsrechtlich einzustehen hat.

Die Frage, ob durch die Folgen des gegenständlichen Schiffsunglückes eine zugesicherte oder im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft der Reise fehlt, richtet sich nach dem Inhalt des Reiseveranstaltungsvertrag.

Nach dem Reisekatalog wurde das Hotel als direkt am Strand am Rand eines Naturschutzgebietes liegend charakterisiert. Mag. Wolfgang J. [REDACTED] und seine Gattin Mag. Edith J. [REDACTED] buchten die Reise laut Sachverhalt als Bade- und Erholungsurlaub.

Bei einem Badeurlaub wird gewöhnlich die Bademöglichkeit vorausgesetzt. Dies bedingt bei einem Urlaub am Meer entsprechende Sauberkeit des Strandes und des Gewässers. Ein Swimmingpool bildet keinen geeigneten Ersatz für die Bademöglichkeit im

Meer (*Bläumauer*, Reiserecht, 92 mwN; ähnlich HG Wien, 1 R 517/90, wonach die vereinbarte Eignung des Strand es und des Meeres zum Baden schon durch die Verwendung der Worte „direkt am Strand“ indiziert ist).

Daneben ist ein Einstehenmüssen für die Verschmutzung des Wassers auch aus einer (hier nicht gegebenen) Verletzung von Informationspflichten denkbar. Der Reiseveranstalter hat auf eine mögliche Gefährdung hinzuweisen, sofern ein durchschnittlicher Reisender davon nicht ohnehin weiß (*Bläumauer*, Reiserecht, 118 unter Hinweis auf § 928 ABGB).

In der Entscheidung HG Wien, 1 R 517/90 wird darauf abgestellt, ob die Wasserverschmutzung (im gegebenen Fall durch die Algenpest) mehr oder weniger unvorhersehbar aufgetreten sei und diese Tatsache, ähnlich schlechtem Wetter, als Allgemeinwissen vernünftigerweise jedem bekannt sein müsse. In diesem Fall sei die dadurch verursachte geminderte Benützbarkeit des Meeres der Risikosphäre des Urlaubers zuzurechnen, solange hierüber keine Garantie vereinbart werde. Trete hingegen der Algenteppich zum ersten Mal auf, trage der Reiseveranstalter das Risiko, weil er als Werkunternehmer für die Erbringung des zugesicherten Erfolges einzustehen habe.

Auch für das deutsche Reisevertragsrecht wird bei örtlicher Meeresverschmutzung, die eine konkrete Gefährdung des Reisenden oder des gebuchten Reisezwecks bedingen könnte, eine eigenständige Informationspflicht des Reiseveranstalters aus dem Gesichtspunkt der Fürsorge für seinen Kunden angenommen. Erfolge keine derartige Information, liege darin schon ein selbständiger Reisemangel, soweit der Nutzen der Reise betroffen sei. Haftungsbegründend sei damit nicht der Umfeldeinfluss, sondern die mangelnde Information (*Führich*, Reiserecht⁵, 195).

Dabei wird zwischen höherer Gewalt und Reisetörungen, die dem allgemeinen Lebensrisiko des Reisenden zuzurechnen seien, unterschieden. Höhere Gewalt seien nur katastrophale Natureinwirkungen, nicht aber allgemeine Beeinträchtigung des Umfelds des Reiseziels, wie eine allgemeine Meeresverschmutzung oder etwa Algen im Meer (*Führich, Reiserecht*⁵, 195; ähnlich *Michitsch, Reiserecht*, 86 mwN). Der Reiseveranstalter hafte nur für den Gefahrenbereich seiner Unternehmersphäre, nicht aber für dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnenden Beeinträchtigungen von außen einschließlich dem nicht geschuldeten Umfeld im Zielgebiet, soweit die Reiseleistungen nicht betroffen seien, weil der Reisende nicht erwarten dürfe, dass sich die Einstandspflicht seines Vertragspartners auch auf diese allgemeinen Risiken seiner Privatsphäre und das allgemeine Umfeldrisiko erstrecken (*Führich, Reiserecht*⁵, 190f). Ein dicker Algen- oder Ölteppich zähle allerdings nicht zu den natürlichen, klimatischen, biologischen oder lebensstypischen Umfeldrisiken.

Staatliche Anordnungen, wie etwa im gegenständlichen Fall ein Badeverbot infolge Meeresverschmutzung, stellen dann einen Fall höherer Gewalt dar, wenn sie selbst einen ungewöhnlichen oder unvorhersehbaren Umstand darstellen, im Zusammenhang mit einem solchen stehen oder allein dem Schutz des Reisenden dienen (*Bläumauer, Reiserecht*, 72).

Daraus folgt, wie das Erstgericht zutreffend ausführt, dass die Beklagte für die über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehende - die vereinbarte Reiseleistung der Benutzung des Strandes und des Meeres zum Baden verhindernde - Verschmutzung durch einen Tankerunfall nach den Grundsätzen des Gewährleistungsrechtes einzustehen hat.

Die Berufungswerberin rügt die vom Erstgericht nach § 273 ZPO vorgenommene Preisminderung als Ermessensfehler. Richtig ist

nun, dass das Ergebnis der Festsetzung nach § 273 (Abs. 1) ZPO zur rechtlichen Beurteilung gehört und daher aufgrund einer ordnungsgemäß ausgeführten Rechtsrüge überprüft werden kann (Stohanzl, ZPO¹⁶, E 5 zu § 273 ZPO mwN).

Die Beweisbefreiung des § 273 ZPO setzt das (gebundene) Ermessen des Gerichtes an die Stelle der Ermittlungspflicht. Überprüfbar im Rahmen des hier geltend gemachten Berufungsgrundes der unrichtigen rechtlichen Beurteilung ist dabei lediglich die Überschreitung der Grenzen des Ermessensbereiches (Ermessensüberschreitung), die bewusste Herbeiführung eines vom Gesetz nicht gewollten Erfolgs durch Ermessensentscheidung (Ermessensmissbrauch) und die Nichtbeachtung der ausdrücklich oder immanent der Ermessensnorm zugrunde liegenden gesetzlichen Beurteilungsgesichtspunkte (bei gebundenem Ermessen; *Falschung*, ZPR², Rz 818; HG Wien, 1 R 405/01g). Dass nun aber das Erstgericht bei Festsetzung des aufgrund der festgestellten Strand- und Wasserverhältnisse zustehenden Preiserminderungsanspruches seinen Ermessensspielraum erkennbar überschritten habe, vermag die Berufung schon grundsätzlich nicht aufzuzeigen.

Die Frankfurter Tabelle sieht für Strandverschmutzung und Unmöglichkeit des Badens im Meer eine Reisepreiserminderung von 10 - 20 % vor. Sie ist allerdings lediglich als Orientierungshilfe zur Vereinheitlichung der Entscheidungspraxis in Preiserminderungsfragen anzusehen (RS0117126; ZVR 2003/109; HG Wien, 1 R 340/01y mwN; HG Wien, 1 R 435/02w). Diese Tabelle bildet nur eine grobe Richtschnur, wobei das Gericht nicht verhalten ist, sich sklavisch an die dort angeführten Prozentsätze zu halten. Stets sind unter sorgfältiger Abwägung der konkreten Gegebenheiten die Umstände des Einzelfalles zu beachten (HG Wien, 1 R 39/99b; HG Wien, 1 R 172/99m; HG Wien, 1 R 378/99f; HG Wien, 1 R 435/02w u.a.).

Was nun die für die Zeit ohne Mietwagen betreffenden Preismin-
derungsbeträge angeht, wurde bereits zu HG Wien 1 R 293/01m
eine 35% ige Reisepreismin-
derung des aliquoten Reisepreises
pro Tag für einen mit Teer und Seetang verschmutzten Strand
bei gleichzeitiger Zusage eines Badestrandes als innerhalb des
erstgerichtlichen Ermessens liegend angesehen. In HG Wien 1 R
517/90 wird erwähnt, dass dem Ambiente unter Bedachtnahme auf
die übrigen wesentlichen Reiseleistungen Unterkunft und Ver-
pflegung in der Regel höchstens 30 % des Reisewertes zugeord-
net werde.

Wenn die Berufungswerberin bei der Ausmessung der Preisminde-
rung die subjektive Kenntnis der Reisenden von alternativen
Freizeitangeboten und Unterhaltungsmöglichkeiten auf Ibiza an-
spricht, ist sie darauf zu verweisen, dass es bei der Bemessung
der Preismin-
derung auf die objektiv zu ermittelnde Preis-
differenz zwischen mangelfreiem Zustand und mangelhaftem Zu-
stand der Reisevertragsleistung ankommt. Bei Vorliegen eines
Bade- und Erholungsurlaubes fallen daher andere „Unterhal-
tungsmöglichkeiten“, die vertraglich nicht vereinbart wurden,
nicht ins Gewicht.

Davon ausgehend begegnet der Festsetzung der Reisepreisminde-
rung durch das Erstgericht für die nicht vorhandene Bademög-
lichkeit im Meer bei gleichzeitig vorliegendem völlig über-
füllten Poolbereich im Ausmaß von 25 % des Reisepreises pro
Tag für die Zeit ohne Mietwagen keine Bedenken. Dagegen
spricht auch nicht der Umstand, dass der Rückflug am 17.7. be-
reits um 16.25 Uhr stattfand.

Auch wenn die Reisenden für 3 Tage einen Mietwagen verwen-
den, um zu nicht gesperrten Ständen zu gelangen, wurde dadurch
der Mangel nicht zur Gänze aus der Welt geschaffen, weil damit
nicht nur ein Zeitverlust verbunden war, sondern auch die ge-

buchten Hotelleistungen (All-inclusive Verpflegung) lediglich in geringerem Ausmaß in Anspruch genommen werden konnten. Daher ist eine Kumulation von Verbesserungsansprüchen in Form von Selbstabhilfe und Preisminderungsansprüchen für die trotz Selbstabhilfe verbleibenden Restmängel vorzunehmen (*Bläumauer, Reiserecht*, 118). Der Zuspruch von 5 % Reisepreisminderung pro Tag und einer Minderung für die Unannehmlichkeiten bei der Besorgung eines Mietwagens liegt vor diesem Hintergrund jedenfalls im Ermessensspielraum des Erstgerichtes.

Der Berufung war daher insgesamt ein Erfolg zu versagen. Die Klägerin als im Berufungsverfahren obsiegende Partei hat für das Berufungsverfahren kein Kostenverzeichnis gelegt, sodass eine Kostenentscheidung entfallen konnte.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da sich die hier relevante Frage der gewährleistungsrechtlichen Haftung des Reiseveranstalters bei nach einem das Meer verschmutzenden Schiffsunfall mit der bisherigen Rechtsprechung lösen lässt und die Ausmittlung der Reisepreisminderung nach § 273 ZPO keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs. 1 ZPO darstellt.

Handelsgericht Wien

1030 Wien, Marxergasse 1a

Abt. 1, am 29.5.2009



Dr. Andreas HINEK

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: 