

# TE OGH 2007/2/27 4R153/06h

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.02.2007

## Kopf

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr Tessarek als Vorsitzenden sowie die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr Jesonek und den Kommerzialrat Wiesinger in der Rechtssache der klagenden Partei T\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, Geschäftsfrau, E\*\*\*\*\*, vertreten durch DrMag Harald Jelinek, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei G\*\*\*\*\*Reisebüro- und HandelsGmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag Wolfgang Kräutler LLM, Rechtsanwalt in Wien und die Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei Ö\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Bichler Zrzavy Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen EUR 11.784,29, über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 5.500,--) der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 1.100,--) und der Nebenintervenientin (Berufungsinteresse EUR 6.284,29) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 12.05.2006, 12 Cg 1/06a-14, gemäß § 492 ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr Tessarek als Vorsitzenden sowie die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichtes Dr Jesonek und den Kommerzialrat Wiesinger in der Rechtssache der klagenden Partei T\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, Geschäftsfrau, E\*\*\*\*\*, vertreten durch DrMag Harald Jelinek, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei G\*\*\*\*\*Reisebüro- und HandelsGmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag Wolfgang Kräutler LLM, Rechtsanwalt in Wien und die Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei Ö\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Bichler Zrzavy Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen EUR 11.784,29, über die Berufungen der klagenden Partei (Berufungsinteresse EUR 5.500,--) der beklagten Partei (Berufungsinteresse EUR 1.100,--) und der Nebenintervenientin (Berufungsinteresse EUR 6.284,29) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 12.05.2006, 12 Cg 1/06a-14, gemäß Paragraph 492, ZPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Sämtlichen Berufungen wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit EUR 1.165,25 (hierin enthalten 20% USt EUR 194,21) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen. Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei und der Nebenintervenientin binnen 14 Tagen die mit je EUR 728,11 (hierin enthalten 20% USt EUR 121,35) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die Revision ist nicht zulässig.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin hat über Vermittlung der Nebenintervenientin eine von der Beklagten veranstaltete Pauschalreise für die Zeit vom 26.10. bis 02.11.2005 nach Abu Dhabi mit Aufenthalt im Emirates Palace Hotel gebucht. Der Reisepreis betrug für 2 Personen einschließlich Flughafengebühr und Reiseversicherung EUR 7.519,02. Die Klägerin begeht EUR

11.784,29 sA unter dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes und brachte vor, dass sie nicht darauf hingewiesen worden sei, dass die Reisezeit in den Fastenmonat Ramadan falle. Das Hotel Emirates Palace sei eines der weltweit führenden Luxushotels. Wegen des Fastenmonats Ramadan habe man auch im Hotel zwischen Sonnenaufgang und Sonnenuntergang in der Öffentlichkeit nicht essen, trinken oder rauchen oder einen Imbiss am Hotelstrand einnehmen können. Die Beklagte habe ihr kein Ersatzquartier angeboten, weshalb sie und ihr Ehegatte am 28.10.2005 den Aufenthalt abgebrochen hätten. Dadurch seien ihnen für die Umbuchung Kosten von EUR 105,27 entstanden. Die Einschränkungen des Urlaubsgenusses seien insbesondere angesichts der gebuchten Hotelkategorie unzumutbar gewesen, weshalb der gesamte Reisepreis zuzüglich der Umbuchungsspesen zurückgefördert und an Schadenersatz für die entgangene Urlaubsfreude EUR 7.000,-- begehrt würden. Die Beklagte habe am 06.12.2005 eine Teilzahlung von EUR 2.840,-- geleistet.

Soweit erforderlich habe der Gatte der Klägerin seine Ansprüche aus dem gegenständlichen Reisevertrag abgetreten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dagegen wandte die Beklagte ein, dass keinerlei Mängel vorgelegen seien. Lediglich das Fastenverhalten der örtlichen Bevölkerung sei von der Klägerin und ihrem Gatten offenbar als Einschränkung empfunden worden. Man habe der Klägerin die Fortsetzung ihres Aufenthaltes im Hotel Burj al Arab in Dubai, wo die Fastengebote weniger streng eingehalten werden, angeboten. Das habe die Klägerin aber abgelehnt und am 28.10.2005 die vorzeitige Rückreise angetreten. Die Möglichkeit, auch am Strand einen Imbiss einzunehmen, sei im Prospekt nicht vorgesehen und damit nicht Vertragsinhalt geworden. Essen und Trinken in den Restaurants des Hotels sei durchaus möglich gewesen, aber nicht in Strandbekleidung. Der Betrag von EUR 2.840,-- sei aus Kulanzgründen bezahlt worden.

Die Nebenintervenientin bestritt insbesondere die Höhe des aus dem Titel des Schadenersatzes für entgangene Urlaubsfreude geltend gemachten Betrages und führte ferner aus, dass nach § 3d der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Ausübungsvorschriften für das Reisebürogewerbe (BGBI II Nr 401/1998) keine Verpflichtung bestehe, über religiöse Feiertage und deren Einhaltung im Urlaubsland zu informieren. Im Übrigen seien die Feiertage des Ramadan allgemein bekannt und es müsse bei einem Urlaubsziel in einem moslemischen Land damit gerechnet werden, dass es zu einer intensiven Brauchtums- und Religionspflege komme. Im Hinblick auf religiöse Hintergründe sei zu erwarten gewesen, dass Essen und Rauchen nicht allen Orten möglich sei. In einem Hotel dieser Kategorie sei es üblich, dass Restaurants nicht in Bade- und Strandkleidung betreten werden könnten. Eine herkömmliche Nutzung des Hotels sei jedenfalls möglich gewesen. Die Nebenintervenientin bestritt insbesondere die Höhe des aus dem Titel des Schadenersatzes für entgangene Urlaubsfreude geltend gemachten Betrages und führte ferner aus, dass nach Paragraph 3 d, der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Ausübungsvorschriften für das Reisebürogewerbe Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 401 aus 1998,) keine Verpflichtung bestehe, über religiöse Feiertage und deren Einhaltung im Urlaubsland zu informieren. Im Übrigen seien die Feiertage des Ramadan allgemein bekannt und es müsse bei einem Urlaubsziel in einem moslemischen Land damit gerechnet werden, dass es zu einer intensiven Brauchtums- und Religionspflege komme. Im Hinblick auf religiöse Hintergründe sei zu erwarten gewesen, dass Essen und Rauchen nicht allen Orten möglich sei. In einem Hotel dieser Kategorie sei es üblich, dass Restaurants nicht in Bade- und Strandkleidung betreten werden könnten. Eine herkömmliche Nutzung des Hotels sei jedenfalls möglich gewesen.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Klagebegehr im Umfang von EUR 6.284,29 sA statt und wies das Mehrbegehr von EUR 5.500,-- sowie ein Zinsenmehrbegehr ab.

Dabei ging es von den auf den Seiten 6 bis 12 der Urteilsausfertigung wiedergegebenen Feststellungen aus.

Davon ist - soweit für das Berufungsverfahren noch relevant - als entscheidungswesentlich folgendes hervorzuheben:

Das Emirates Palace Hotel in Abu Dhabi ist eine neu errichtete 4-stöckige, extrem weitläufige Hotelanlage mit äußerst luxuriöser Ausstattung einschließlich einer Swimmingpool-Anlage. Das Hotel liegt direkt am Sandstrand und bietet sich dadurch vor allem für einen Badeurlaub an. In der medialen Berichterstattung wurde dem Hotel „der Stempel eines 8-Stern-Hotels aufgedrückt“.

Der Fastenmonat Ramadan orientiert sich an Mondphasen und findet somit in jedem Jahr an anderen Kalendertagen statt. Das war dem bei der Beklagten für diese Reise zuständigen Mitarbeiter Gerhard S\*\*\*\*\* bekannt. Er wies die Mitarbeiterin der Nebenintervenientin Miriam S\*\*\*\*\* weder darauf hin, dass die gebuchte Reise in diesem Jahr in den

Ramadan fiel und noch teilte er ihr mit, dass es dadurch zu Beeinträchtigungen auch für nicht muslimische Touristen kommen könne.

Die Klägerin und ihr Gatte trafen am Abend des 26.10.2005 in Abu Dhabi ein und kamen etwa um Mitternacht im Hotel an. Dort wurde ihnen ihr Zimmer von einem Hotelmitarbeiter zugewiesen, der für die Dauer des Aufenthaltes die Funktion eines Butlers ausüben sollte. Dieser war für alle Wünsche und Beschwerden des Gastes zuständig. Die Klägerin, die starke Raucherin ist, verlangte sofort einen Aschenbecher für das Hotelzimmer, der auch gebracht wurde. Die Frühstückszeit war mit 11 Uhr limitiert. Die Klägerin und ihr Gatte trafen knapp vor 11 Uhr im Frühstücksraum ein. Der Gatte der Klägerin trug Bermudashorts und ein Freizeithemd. Er wurde darauf hingewiesen, dass er den Frühstücksraum ohne lange Hose und Jackett nicht benützen dürfe. Nachdem er darauf hingewiesen hatte, dass wegen der Weitläufigkeit des Hotels der Weg ins Zimmer und zurück nicht nur lang und beschwerlich wäre, sondern er dann auch nicht mehr zeitgerecht vor dem Ende der Frühstückszeit wieder hier sein könnte, wurde ihm unter Hinweis auf die Bekleidungsvorschriften ausnahmsweise das Verbleiben im Frühstücksraum und die Einnahme des Frühstücks gestattet. Danach wollten die Ehegatten den Sandstrand genießen. Nachdem vom Personal die Liegebetten und Sonnenschirme wunschgemäß aufgestellt worden waren, bestellte der Gatte der Klägerin ein Bier und die Klägerin wollte sich eine Zigarette anzünden. Beides wurde ihnen unter Hinweis auf den bereits begonnenen Ramadan verwehrt. Sowohl die am Strand befindlichen Konsumationsmöglichkeiten, nämlich Kiosk, Restaurant und Café als auch die in der Hotelanlage verstreut gelegenen 20 Restaurants waren geschlossen. Aufgrund einer Beschwerde wurde der Klägerin und ihrem Gatten mitgeteilt, dass eben bedingt durch den Ramadan, weder Getränke noch Essen bzw. Rauchen in der Öffentlichkeit gestattet sei. Dies müsste ausschließlich im Hotelzimmer stattfinden, wobei aber keine Bedienung, bzw. Servieren von Essen und Trinken erfolgen würde. Die Essens- und Getränkeaufnahme sei auf den Inhalt der Minibar im Hotelzimmer beschränkt. Aufgrund dieser Umstände telefonierte die Klägerin umgehend mit Miriam S\*\*\*\*\*, die die Beschwerde zur Kenntnis nahm und ihrerseits mit dem lokalen Vertreter der Beklagten telefonisch Kontakt aufnahm. Dieser bestätigte ihr, dass derart restriktive Maßnahmen im Hotel gesetzt werden und dass man dagegen nichts unternehmen könne. Die Klägerin und ihr Gatte erklärten Miriam S\*\*\*\*\*, dass sie umgehend eine Verlegung in ein anderes Hotel zumindest vergleichbarer Kategorie jedoch ohne Ramadan-bedingte Einschränkungen wünschten. Die Klägerin und ihr Gatte versuchten auch selbst mit dem Hotel Burj al Arab in Dubai, welches sie von einem früheren Aufenthalt kannten, Kontakt aufzunehmen. Dort wurde ihnen zwar bestätigt, dass gegenüber Touristen keine Ramadan-bedingten Beschränkungen eingehalten würden, es sei jedoch kein Zimmer frei. Der lokale Vertreter der Beklagten versuchte die Klägerin und ihren Gatten zu beschwichtigen und ihr Verständnis für die Restriktionen zu gewinnen. Er stellte ihnen in Aussicht, allenfalls in zwei Tagen eine Verlegung in ein anderes Hotel bewerkstelligen zu können, wenn auch nicht garantiert werden könne, ob und in welchem Umfang dort Restriktionen gehandhabt würden. Dasselbe teilte er auch Miriam S\*\*\*\* mit, wobei das von ihm namhaft gemachte Hotel für sie überhaupt keinerlei Bekanntheitsgrad besaß, insbesondere auch nicht, was die Kategorisierung betrifft.

Es folgten nun Telefonate zwischen Miriam S\*\*\*\* und dem Mitarbeiter der Beklagten Gerhard S\*\*\*\*\*, der zwar im Zuge des Gespräches bestätigte, dass er wisse, dass Ramadan sei, dass ihn jedoch die Restriktionen wunderten. Auch er bestätigte, dass eine Umbuchung und Verlegung der Klägerin und ihres Gatten frühestens in zwei Tagen möglich wäre.

Mittlerweile mussten die Klägerin und ihr Gatte bei ihrer Rückkehr in ihr Hotelzimmer am frühen Nachmittag feststellen, dass es nicht aufgeräumt worden war. Es war nur ein Früchtekorb aufgestellt worden. Der Inhalt des Aschenbeckers war auf den Tisch ausgeleert worden. Die Klägerin und ihr Gatte wandten sich daraufhin an den für sie zuständigen „Butler“, der ihnen erklärte, man könne dagegen nichts machen. Sie erfuhren, dass am Abend ab 20 Uhr zumindest 3 der 20 Restaurants geöffnet sein würden. Sie wollten daraufhin sofort in einem als italienisches Restaurant bezeichneten Lokal einen Tisch für 20 Uhr reservieren lassen. Das wurde vom Hotel mit dem Hinweis, bis 21.30 Uhr werde lediglich muslimisches Essen serviert, abgelehnt. Die Klägerin und ihr Gatte erklärten daraufhin Miriam S\*\*\*\*\*, dass sie nicht mehr bereit seien, in diesem Hotel zu verbleiben und verlangten umgehend die Veranlassung eines Rückfluges. Knapp vor 21.30 Uhr Ortszeit machte Gerhard S\*\*\*\* einen letzten Versuch, die Klägerin und ihren Gatten umzustimmen, wobei er abermals eine vage Zusage machte, dass in zwei Tagen eine Übersiedlung stattfinden könne, ohne jedoch ein konkretes Hotel nennen zu können, insbesondere nicht das Hotel Burj al Arab.

Hätten die Kläger vor Buchung dieser Pauschalreise gewusst, dass ihr Urlaub in den Ramadan falle und sie deshalb mit

derartigen Einschränkungen bezüglich Bedienung und Verköstigung rechnen müssten, hätten sie von dieser Reise Abstand genommen. Eine umgehende Übersiedlung noch am selben Tag in das Hotel Burj al Arab hätten sie als Ersatz angesehen und die Reise nicht abgebrochen. So flogen sie anstelle des für 9.10 Uhr Ortszeit vorgesehenen Rückfluges am 02.11.2005 bereits am 28.10.2005 nach Wien zurück. Für die Umbuchung mussten sie EUR 105,27 bezahlen.

In rechtlicher Hinsicht erwog das Erstgericht, dass angesichts des luxuriösen Charakters der gebuchten Pauschalreise, welcher sich auch im Reisepreis (durchschnittlicher Tageskostenaufwand EUR 1.500,--) ausdrücke, und keine umgehende Verbesserung durch Unterbringung im Hotel Burj al Arab erfolgt sei, ein zum Rücktritt und zur Wandlung berechtigender Reisemangel vorliege. Auch eine Irrtumsanfechtung wäre möglich. Der Klägerin sei daher der gesamte Pauschalpreis einschließlich der zusätzlichen Umbuchungsspesen zurückzuerstatten. Zum Schadenersatzanspruch aus dem Titel des entgangenen Urlaubsgenusses führte das Erstgericht aus, dass ein derartiger immaterieller Schaden der österreichischen Rechtsordnung bisher fremd geblieben sei. Eine der EU-Richtlinie für Pauschalreisen konforme Interpretation führe aber zur grundsätzlichen Bejahung solcher Ansprüche. Der Ersatz immaterieller Schäden bedürfe eines über grobe Fahrlässigkeit hinausgehenden schuldhaften Verhaltens, welches zumindest dem dolus gleich zu setzen sei. Gerhard S\*\*\*\*\* habe vom Ramadan und dessen Auswirkungen für die Lebensbedingungen von Moslems gewusst. Das vollständige Verschweigen bzw Negieren dieses Umstandes sei als dolos anzusehen. S\*\*\*\*\* habe, da er von der Möglichkeit von Restriktionen gewusst habe, diese gegenüber der Klägerin und ihrem Gatten zumindest billigend in Kauf genommen.

Bei der Höhe des grundsätzlich berechtigten Schadenersatzanspruches gehe es nicht darum, dass die gesamte Pauschalreise für die Klägerin und ihren Gatten grundsätzlich wertlos gewesen sei, sondern entscheidend sei, dass eine von den von der Klägerin und ihrem Gatten jährlich zwei Mal in Anspruch genommenen Urlaubswochen als frustriert anzusehen sei. Unter Berücksichtigung der Novität des Hotels, seiner außergewöhnlichen Luxuriosität und Hochpreisigkeit müsse der erwartete Urlaubsgenuss als durchaus wesentlich eingeschätzt werden. Mangels österreichischer Judikatur und vergleichbarer Anknüpfungspunkte bzw festgeschriebener Parameter sei der immaterielle Schaden nach richterlichem Ermessen auszumitteln. Der Klägerin und ihrem Gatten sei jedenfalls ein voller Urlaubstag rundum vermiest worden. Da sie sich schon am Vormittag des 28.10.2005 wieder im gewohnten heimatlichen Umfeld befunden hätten, konzentriere sich der Schadenersatzanspruch auf diesen Tag. Dafür sei ein Fünftel des Pauschalpreises ein adäquater Ausgleich. Die Annehmlichkeiten des Hotels nicht weiter in Anspruch nehmen zu können, stelle zwar eine Enttäuschung dar. Die Urlaubsfreude sei aber spätestens mit Beendigung des Katastrophentages getilgt worden. Als zusätzlicher Schadenersatz sei daher ein Betrag von EUR 1.500,-- angemessen. Gegen die Abweisung ihres Mehrbegehrens von EUR 5.500,-- wendet sich die Berufung der Klägerin mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinne eines Zuspruches weiterer EUR 5.500,--, hilfsweise mit einem Aufhebungsantrag.

Gegen den klagstättgebenden Teil der Entscheidung wendet sich im Umfang von EUR 1.100,-- die Berufung der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne einer Abweisung des den Ersatzanspruch für immateriellen Schaden aus dem Titel entgangener Urlaubsfreude soweit er EUR 400,-- übersteige.

Gegen die Entscheidung insgesamt, sinngemäß allerdings nur gegen ihren klagstättgebenden Teil, wendet sich die Berufung der Nebeninterventientin mit einem Abänderungsantrag im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung.

Alle Teile beantragen jeweils der Berufung der Gegenseite keine Folge zu geben.

Sämtliche Berufungen sind nicht berechtigt.

Alle Berufungen machen ausschließlich unrichtige rechtliche Beurteilung geltend. Die Beklagte bekämpft darüber hinaus die Kostenentscheidung.

1. Zum Anspruch auf Rückerstattung des Reisepreises einschließlich der Kosten der Umbuchung:

1.1. Der Reiseveranstaltungsvertrag ist nach herrschender Ansicht ein gemischter Vertrag, der Elemente des Werkvertrages, des Dienstleistungsvertrages und der Geschäftsbesorgung enthält (10 Ob 20/05x) und bei dem sich die Gewährleistungsrechte des Reisenden grundsätzlich nach den allgemeinen Gewährleistungsregeln der §§ 922ff ABGB richten. § 31e KSchG enthält für den Reiseveranstaltungsvertrag spezifische Gewährleistungs- und Schadenersatzverpflichtungen, die auf die besonderen Bedürfnisse des Reisenden zugeschnitten sind und insoweit

den allgemeinen Regeln vorgehen (vgl Kathrein in KBB, § 31e KSchG Rz 1; Krejci in Rummel<sup>3</sup> § 31e KSchG Rz 1; 10 Ob 20/05x).1.1. Der Reiseveranstaltungsvertrag ist nach herrschender Ansicht ein gemischter Vertrag, der Elemente des Werkvertrages, des Dienstleistungsvertrages und der Geschäftsbesorgung enthält (10 Ob 20/05x) und bei dem sich die Gewährleistungsrechte des Reisenden grundsätzlich nach den allgemeinen Gewährleistungsregeln der Paragraphen 922 f, f, ABGB richten. Paragraph 31 e, KSchG enthält für den Reiseveranstaltungsvertrag spezifische Gewährleistungs- und Schadenersatzverpflichtungen, die auf die besonderen Bedürfnisse des Reisenden zugeschnitten sind und insoweit den allgemeinen Regeln vorgehen vergleiche Kathrein in KBB, Paragraph 31 e, KSchG Rz 1; Krejci in Rummel<sup>3</sup> Paragraph 31 e, KSchG Rz 1; 10 Ob 20/05x).

1.2. Ob eine Reise mangelhaft ist, richtet sich nach dem konkreten Vertrag, das heißt die Reise muss die bedungenen sowie die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen (Krejci aaO § 31e KSchG Rz 3a ua; 10 Ob 20/05x).1.2. Ob eine Reise mangelhaft ist, richtet sich nach dem konkreten Vertrag, das heißt die Reise muss die bedungenen sowie die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufweisen (Krejci aaO Paragraph 31 e, KSchG Rz 3a ua; 10 Ob 20/05x).

Beinhaltet eine Pauschalreise den Aufenthalt in einem Luxushotel („8-Sterne-Kategorie“) mit mehreren Restaurants, Poolanlage und hoteleigenem Strand zu einem entsprechend hohen Preis, so kann es als selbstverständlich erwartet werden, dass auch unter tags die Möglichkeit besteht, innerhalb der Hotelanlage etwas zu essen und zu trinken zu bekommen. Auch ein adäquates Service kann als selbstverständlich erwartet werden.

1.3. Schon allein das Fehlen einer Verköstigungsmöglichkeit stellt einen derart gravierenden Mangel dar, der nach § 932 ABGB zur Wandlung berechtigt. Darüber hinaus ist es (zumindest derzeit noch) allgemein üblich, dass im Freien geraucht werden darf. Dass das Zimmer auch am frühen Nachmittag noch immer nicht aufgeräumt, dafür aber der Aschenbecher auf den Tisch (!) ausgeleert worden war und auch am Abend von den 20 Restaurants, über die die Hotelanlage verfügte, nur 3 geöffnet hatten und es für die Klägerin und ihren Gatten vor 21.30 Uhr nicht möglich war, auch in einem als italienisches Restaurant bezeichneten Lokal etwas anderes als muslimische Kost zu bekommen, sind weitere Unzukämmlichkeiten, die insgesamt geeignet waren, der Klägerin und ihrem Gatten den Aufenthalt zu vergällen und einen weiteren Verbleib unzumutbar machen.1.3. Schon allein das Fehlen einer Verköstigungsmöglichkeit stellt einen derart gravierenden Mangel dar, der nach Paragraph 932, ABGB zur Wandlung berechtigt. Darüber hinaus ist es (zumindest derzeit noch) allgemein üblich, dass im Freien geraucht werden darf. Dass das Zimmer auch am frühen Nachmittag noch immer nicht aufgeräumt, dafür aber der Aschenbecher auf den Tisch (!) ausgeleert worden war und auch am Abend von den 20 Restaurants, über die die Hotelanlage verfügte, nur 3 geöffnet hatten und es für die Klägerin und ihren Gatten vor 21.30 Uhr nicht möglich war, auch in einem als italienisches Restaurant bezeichneten Lokal etwas anderes als muslimische Kost zu bekommen, sind weitere Unzukämmlichkeiten, die insgesamt geeignet waren, der Klägerin und ihrem Gatten den Aufenthalt zu vergällen und einen weiteren Verbleib unzumutbar machen.

1.4. Da die Klägerin die Mängel sofort gerügt hat und eine adäquate Ersatzunterkunft nicht zur Verfügung gestellt wurde, ist der gesamte Reisepreis zur Gänze zurückzuerstatten. Der Reiseveranstalter hat in diesem Fall nach § 31e Abs 1 KSchG auch für den unentgeltlichen Rücktransport zu sorgen (vgl Kathrein aaO § 31e KSchG Rz 2; Krejci aaO § 31e KSchG Rz 4), sodass auch die Umbuchungskosten zu ersetzen sind.1.4. Da die Klägerin die Mängel sofort gerügt hat und eine adäquate Ersatzunterkunft nicht zur Verfügung gestellt wurde, ist der gesamte Reisepreis zur Gänze zurückzuerstatten. Der Reiseveranstalter hat in diesem Fall nach Paragraph 31 e, Absatz eins, KSchG auch für den unentgeltlichen Rücktransport zu sorgen vergleiche Kathrein aaO Paragraph 31 e, KSchG Rz 2; Krejci aaO Paragraph 31 e, KSchG Rz 4), sodass auch die Umbuchungskosten zu ersetzen sind.

1.5. Im Berufungsverfahren wendet sich allein die Nebeninterventientin gegen die Restituirung des gesamten Pauschalpreises mit der Begründung, dass wesentliche Leistungen der gebuchten Reise in Anspruch genommen werden könnten, nämlich die Nutzung des Pools oder des Strandes, was eine Hauptleistung eines Badeurlaubes sei. Auch die Nächtigung in dem gebuchten Hotel sei ebenso möglich gewesen wie die Einnahme des Frühstücks, wenn auch grundsätzlich nur mit langen Hosen. Nicht permanent zu Rauchen habe gesundheitsfördernde Aspekte und es sei der Klägerin ja immerhin möglich gewesen, jederzeit auf ihr Zimmer zu gehen und dort zu rauchen. Bei dieser Gelegenheit hätte sie auch Getränke aus der Minibar mit an den Pool nehmen können. Auch die Nahrungsaufnahme sei ab 20 Uhr möglich gewesen. Dass der Klägerin oder ihrem Ehemann muslimisches Essen nicht schmecken würde, sei nicht behauptet worden. Rücktritt und Wandlung seien daher nicht zulässig.

1.6. Es ist hier nicht der Ort für eine kritische Auseinandersetzung mit der Einstellung der Nebenintervenientin, die für ein Dienstleistungsunternehmen der Reisebranche allerdings höchst bemerkenswert ist. In der Sache selbst ist ihr zu erwidern, dass es nicht darauf ankommt, inwieweit einzelne Teile der geschuldeten Leistung doch erbracht wurden. Entscheidend ist vielmehr eine am Reisezweck und Reisecharakter orientierte Gesamtbetrachtung (vgl Apathy in Schwimann<sup>2</sup> § 31e KSchG Rz 4). Es kommt darauf an, inwieweit die Pauschalreise insgesamt von dem abwich, was die Klägerin erwarten durfte. Dass sie die Reise nicht gebucht hätte, wären ihnen die durch den Ramadan bedingten Einschränkungen des Services und ihres persönlichen Verhaltens bekannt gewesen, ist aus objektiver Sicht (nach den Maßstäben der allgemeinen Verkehrsauffassung) einleuchtend (vgl 5 Ob 242/04f). Die Nebenintervenientin verkennt die Komplexität eines Urlaubs- und Reiseerlebnisses, wenn sie unterstellt, der Leistungsgegenstand einer gebuchten Pauschalreise lasse sich in einzelne, selbständig konsumier- und bewertbare Leistungen zerlegen. Bei der Bemessung eines allfälligen Restnutzens der Reise ist die Orientierung am Erreichen des Reisezweckes geboten (5 Ob 242/04f mwN). Der Reisezweck lag hier keineswegs darin, einen bloßen Badeurlaub zu genießen, sondern diesen in luxuriöser Umgebung mit allem nur erdenklichen Komfort auf höchstem Niveau zu verbringen. Dieser Zweck wurde angesichts der vorgefundenen Umstände völlig verfehlt. 1.6. Es ist hier nicht der Ort für eine kritische Auseinandersetzung mit der Einstellung der Nebenintervenientin, die für ein Dienstleistungsunternehmen der Reisebranche allerdings höchst bemerkenswert ist. In der Sache selbst ist ihr zu erwidern, dass es nicht darauf ankommt, inwieweit einzelne Teile der geschuldeten Leistung doch erbracht wurden. Entscheidend ist vielmehr eine am Reisezweck und Reisecharakter orientierte Gesamtbetrachtung vergleiche Apathy in Schwimann<sup>2</sup> Paragraph 31 e, KSchG Rz 4). Es kommt darauf an, inwieweit die Pauschalreise insgesamt von dem abwich, was die Klägerin erwarten durfte. Dass sie die Reise nicht gebucht hätte, wären ihnen die durch den Ramadan bedingten Einschränkungen des Services und ihres persönlichen Verhaltens bekannt gewesen, ist aus objektiver Sicht (nach den Maßstäben der allgemeinen Verkehrsauffassung) einleuchtend vergleiche 5 Ob 242/04f). Die Nebenintervenientin verkennt die Komplexität eines Urlaubs- und Reiseerlebnisses, wenn sie unterstellt, der Leistungsgegenstand einer gebuchten Pauschalreise lasse sich in einzelne, selbständig konsumier- und bewertbare Leistungen zerlegen. Bei der Bemessung eines allfälligen Restnutzens der Reise ist die Orientierung am Erreichen des Reisezweckes geboten (5 Ob 242/04f mwN). Der Reisezweck lag hier keineswegs darin, einen bloßen Badeurlaub zu genießen, sondern diesen in luxuriöser Umgebung mit allem nur erdenklichen Komfort auf höchstem Niveau zu verbringen. Dieser Zweck wurde angesichts der vorgefundenen Umstände völlig verfehlt.

## 2. Zum Schadenersatz wegen entgangener Urlaubsfreude:

2.1. Schon vor dem Inkrafttreten des ZivRÄG 2004, BGBl I 2003/91 und der dadurch erfolgten Novellierung des § 31e KSchG hat der OGH in mehreren Entscheidungen die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden unter Hinweis auf die Entscheidung des EuGH Simone Leitner (C-168/00) vom 12.03.2002, wonach Art 5 der Pauschalreise-Richtlinie grundsätzlich Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens gewährt, der auf der Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung der eine Pauschalreise ausmachenden Leistungen beruht, bejaht (5 Ob 242/04f; 10 Ob 20/05x). 2.1. Schon vor dem Inkrafttreten des ZivRÄG 2004, BGBl römisch eins 2003/91 und der dadurch erfolgten Novellierung des Paragraph 31 e, KSchG hat der OGH in mehreren Entscheidungen die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden unter Hinweis auf die Entscheidung des EuGH Simone Leitner (C-168/00) vom 12.03.2002, wonach Artikel 5, der Pauschalreise-Richtlinie grundsätzlich Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens gewährt, der auf der Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung der eine Pauschalreise ausmachenden Leistungen beruht, bejaht (5 Ob 242/04f; 10 Ob 20/05x).

2.2. Auf den gegenständlichen Sachverhalt einer Pauschalreise in der Zeit vom 26.10. bis 02.11.2005 ist allerdings bereits § 31e Abs 3 KSchG idF des insoweit am 01.01.2004 in Kraft getretenen ZivRÄG 2004 anzuwenden. Danach 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. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Reise überhaupt nicht stattgefunden hat, oder ob sie zwar durchgeführt wurde, aber im Zuge der Durchführung erhebliche Reisemängel aufgetreten sind. Dem Reisenden soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers allerdings nicht wegen eines jeden Mangels ein Anspruch auf Ersatz der entgangenen Reisefreude zustehen, vielmehr soll ein solcher Anspruch nur dann in Betracht kommen, wenn der Veranstalter einen erheblichen Teil der vertraglich geschuldeten Leistung nicht (ordnungsgemäß) erbracht hat. In den Gesetzesmaterialien ist angeführt, dass ein Ersatzanspruch des Reisenden

wegen entgangener Urlaubsfreude bei bloß geringfügigen Mängeln nicht zielführend sei, weil dem Reisenden die Urlaubsfreude bei bloß geringfügigen Beeinträchtigungen - wie etwa einer geringfügigen Verspätung, dem Ausfall einer Abendveranstaltung oder einem Unterkunftsmangel, der rasch und vollständig behoben wurde, „im Allgemeinen nicht vergällt sein“ werde. Der österreichische Gesetzgeber sah allerdings ausdrücklich davon ab, die Erheblichkeitsschwelle näher zu präzisieren, etwa dem Reisenden einen Anspruch auf Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude erst zuzugestehen, wenn er wegen der Mangelhaftigkeit der Leistung zu einer Preisminderung von mehr als 50% des Reisepreises berechtigt ist (ErlRV 1973 BlgNr 22.GP 18; Riedler, Änderungen des KSchG durch das ZRÄG 2004 - insbesondere Ersatz entgangener Urlaubsfreude, RZ 2003, 296f; 10 Ob 20/05x).2.2. Auf den gegenständlichen Sachverhalt einer Pauschalreise in der Zeit vom 26.10. bis 02.11.2005 ist allerdings bereits Paragraph 31 e, Absatz 3, KSchG in der Fassung des insoweit am 01.01.2004 in Kraft getretenen ZivRÄG 2004 anzuwenden. Danach 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. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Reise überhaupt nicht stattgefunden hat, oder ob sie zwar durchgeführt wurde, aber im Zuge der Durchführung erhebliche Reisemängel aufgetreten sind. Dem Reisenden soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers allerdings nicht wegen eines jeden Mangels ein Anspruch auf Ersatz der entgangenen Reisefreude zustehen, vielmehr soll ein solcher Anspruch nur dann in Betracht kommen, wenn der Veranstalter einen erheblichen Teil der vertraglich geschuldeten Leistung nicht (ordnungsgemäß) erbracht hat. In den Gesetzesmaterialien ist angeführt, dass ein Ersatzanspruch des Reisenden wegen entgangener Urlaubsfreude bei bloß geringfügigen Mängeln nicht zielführend sei, weil dem Reisenden die Urlaubsfreude bei bloß geringfügigen Beeinträchtigungen - wie etwa einer geringfügigen Verspätung, dem Ausfall einer Abendveranstaltung oder einem Unterkunftsmangel, der rasch und vollständig behoben wurde, „im Allgemeinen nicht vergällt sein“ werde. Der österreichische Gesetzgeber sah allerdings ausdrücklich davon ab, die Erheblichkeitsschwelle näher zu präzisieren, etwa dem Reisenden einen Anspruch auf Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude erst zuzugestehen, wenn er wegen der Mangelhaftigkeit der Leistung zu einer Preisminderung von mehr als 50% des Reisepreises berechtigt ist (ErlRV 1973 BlgNr 22.GP 18; Riedler, Änderungen des KSchG durch das ZRÄG 2004 - insbesondere Ersatz entgangener Urlaubsfreude, RZ 2003, 296f; 10 Ob 20/05x).

2.3. Nachdem hier ein schwerwiegender Mangel vorlag, der den Reisezweck vollständig vereitelt hat, sodass infolge berechtigter Wandlung der gesamte Reisepreis zurückzuerstatten ist, ist hier die erste Voraussetzung der Nichterbringung eines erheblichen Teils der vertraglich geschuldeten Leistung jedenfalls gegeben.

2.4. Entgegen der Auffassung des Erstgerichtes steht dieser Anspruch dem Reisenden nicht nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, sondern auch bei leichtem Verschulden des Veranstalters oder seiner Gehilfen zu (ErlRV; Riedler aaO). Dabei obliegt es dem beklagten Reiseveranstalter, den ihm gemäß § 1298 ABGB obliegenden Beweis seiner Schuldlosigkeit an der Vertragsverletzung zu erbringen (10 Ob 20/05x).2.4. Entgegen der Auffassung des Erstgerichtes steht dieser Anspruch dem Reisenden nicht nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, sondern auch bei leichtem Verschulden des Veranstalters oder seiner Gehilfen zu (ErlRV; Riedler aaO). Dabei obliegt es dem beklagten Reiseveranstalter, den ihm gemäß Paragraph 1298, ABGB obliegenden Beweis seiner Schuldlosigkeit an der Vertragsverletzung zu erbringen (10 Ob 20/05x).

Das hat die Beklagte nicht getan. Davon abgesehen ist von einem Reiseveranstalter durchaus zu erwarten, dass er bei einer Reise in ein muslimisches Land überprüft, ob der Reisende während des Ramadan allfälligen Einschränkungen ausgesetzt sein könnte.

2.5. Bezuglich der Bemessung des Ersatzanspruches ist gemäß§ 31e Abs 3 KSchG insbesondere auf die Schwere und Dauer des Mangels, den Grad des Verschuldens, den vereinbarten Zweck der Reise sowie die Höhe des Reisepreises Bedacht zu nehmen. Nach den Gesetzesmaterialien bestehen keine Bedenken dagegen, der Bemessung Pauschalbeträge in einer Größenordnung von etwa EUR 50,-- bis EUR 60,-- pro Tag an entgangener Urlaubsfreude zugrunde zu legen. Gleichzeitig wird aber in den Gesetzesmaterialien auch betont, dass je nach den Umständen des Einzelfalles über oder unter diese Beträge gegangen werden können und auch darauf hingewiesen, dass die Höhe des Ersatzes für die entgangene Urlaubsfreude in einem angemessenen Verhältnis zu den von der Rechtsprechung festgelegten Schmerzengeldbeträgen stehen soll (vgl Riedler aaO Rz 2003, 272f). Die erwähnten Bemessungskriterien sind als „bewegliches System“ zu verstehen, innerhalb dessen Grenzen ein weiter Spielraum für die den Erfordernissen des Einzelfalls jeweils gerecht werdende Ermessensausübung besteht (vgl ZVR 2000/103 zur Ersatzbemessung bei

konventionswidrigen Freiheitsentzug; 10 Ob 20/05x). 2.5. Bezuglich der Bemessung des Ersatzanspruches ist gemäß Paragraph 31 e, Absatz 3, KSchG insbesondere auf die Schwere und Dauer des Mangels, den Grad des Verschuldens, den vereinbarten Zweck der Reise sowie die Höhe des Reisepreises Bedacht zu nehmen. Nach den Gesetzesmaterialien bestehen keine Bedenken dagegen, der Bemessung Pauschalbeträge in einer Größenordnung von etwa EUR 50,-- bis EUR 60,-- pro Tag an entgangener Urlaubsfreude zugrunde zu legen. Gleichzeitig wird aber in den Gesetzesmaterialien auch betont, dass je nach den Umständen des Einzelfalles über oder unter diese Beträge gegangen werden könne und auch darauf hingewiesen, dass die Höhe des Ersatzes für die entgangene Urlaubsfreude in einem angemessenen Verhältnis zu den von der Rechtsprechung festgelegten Schmerzengeldbeträgen stehen soll (vergleiche Riedler aaO Rz 2003, 272f). Die erwähnten Bemessungskriterien sind als „bewegliches System“ zu verstehen, innerhalb dessen Grenzen ein weiter Spielraum für die den Erfordernissen des Einzelfalls jeweils gerecht werdende Ermessensausübung besteht (vergleiche ZVR 2000/103 zur Ersatzbemessung bei konventionswidrigen Freiheitsentzug; 10 Ob 20/05x).

2.6. Im deutschen Recht werden als Bemessungskriterien die Schwere der Beeinträchtigung, die Schwere des Verschuldens und der Reisepreis herangezogen. Entgegen seiner früheren Judikatur hat der BGH die Heranziehung des Arbeitseinkommens des Reisenden als Maßstab aufgegeben (Führich, Reiserecht5 [2005] Rn 420 mwN). Zum Teil hat die deutsche Judikatur auch ein Tagessatzsystem entwickelt, wobei insbesondere das LG Frankfurt/M zuletzt von einem festen Tagessatz von EUR 72,-- pro Person als Höchstgrenze ausging (weitere Nachweise bei Führich aaO Rn 421). Führich selbst (aaO Rn 423) plädiert für eine Berechnung der Entschädigung für entgangene Urlaubsfreude nach der Formel

Reisepreis

Reisedauer × voll vertane Tage × Minderungsquote

Hiezu ist anzumerken, dass Führich unter den vertanen Tagen bei einem Abbruch der Reise nicht bzw. nicht nur die durch den Mangel beeinträchtigten Reisetage, sondern die gesamte geplante Urlaubszeit versteht (aaO Rn 413ff, insb. Rn 416).

2.7. Nach Riedler (aaO) solle sich auch die österreichische Judikatur und Praxis grundsätzlich dem von Führich entwickelten Berechnungssystem anschließen, da die Höhe der Frustration des Reisenden sich vor allem nach dem für den Urlaub aufgewendeten Betrag richtet werde. Die Praxis sollte daher bei der Berechnung des Ersatzanspruches im ersten Schritt als „Richtschnur“ grundsätzlich den Reisepreis pro Tag heranziehen und die Höhe des Ersatzes an der prozentuellen Beeinträchtigung des Urlaubstages bemessen. Für die Beurteilung der Minderungsquote sollte auf die Frankfurter Tabelle abgestellt werden. Letztlich sollte im zweiten Schritt ein auf Basis dieser Vorberechnungen angemessener Pauschalbetrag zugesprochen werden, wobei der sich aus den Vorberechnungen ergebende Betrag (nur) bei besonderen Umständen des Einzelfalles noch (idR nur geringfügig) nachjustiert werden könnte. Diese Berechnungsmethode eigne sich für „gleichlaufenden“ Urlaub (zB 7 Tage Badeurlaub). Falle jedoch eine besondere Urlaubsattraktion (zB Segelausflug am 3. Urlaubaustag) aus, so sollte die prozentuelle Minderung des Gesamtpreises durch den Entfall der Hauptleistung als „Richtschnur“ im ersten Schritt dienen.

Die Klägerin hat sich bei ihrem Schadenersatzbegehren für entgangene Urlaubsfreude von EUR 7.000,-- im Wesentlichen an dem von Führich entwickelten Berechnungsmodell orientiert und weist darauf auch in ihrer Berufung hin.

2.8. Dem vermag sich der erkennende Senat allerdings nicht anzuschließen, weil dieses Berechnungsmodell bei einer Luxusreise wie der klagsgegenständlichen insoferne versagt, als der sich nach dieser Berechnung ergebende Betrag nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu den von der Rechtsprechung festgelegten Schmerzengeldbeträgen steht. Wenn man davon ausgeht, dass die Oberlandesgerichte Wien, Graz und Innsbruck selbst für starke Schmerzen nur Beträge bis zu EUR 300,-- zuerkennen (vgl Hartl, Schmerzengeldsätze in Österreich in Euro, Stand Februar 2006, RZ 2006, 89) führt die Berechnungsmethode nach Führich hier zu einem unverhältnismäßigen Ergebnis. Ärger und Enttäuschung über einen nicht zustande gekommenen oder abgebrochenen Erholungsurlaub können nämlich kaum höher bewertet werden, als leichte körperliche Schmerzen, für die in der Judikatur der österreichischen Gerichte (vgl Hartl aaO) rund EUR 100,-- zugesprochen werden. Dieser Betrag steht auch in einer angemessenen Relation zu den in den Materialien genannten Pauschalbeträgen von EUR 50,-- bis EUR 60,-- pro Tag und dem von deutschen Gerichten entwickelten Tagessatzsystem von bis zu EUR 72,--. Einzig den Reisepreis als maßgebliches Kriterium heranzuziehen, würde letztlich auch zu einer Ungleichbehandlung jener führen, die sich (wie hier) eine extrem teure Reise leisten

können, gegenüber jenen, die nur um den Genuss eines ihren finanziellen Verhältnissen entsprechenden bloß durchschnittlichen Urlaubes gebracht wurden, auf den sie sich aber ebenso gefreut und über dessen Misslingen sie ebenso enttäuscht gewesen sein mögen. Insgesamt erscheint daher der vom Erstgericht allein nach § 273 ZPO ermittelte Schadenersatzbetrag für entgangene Urlaubsfreude bei einem siebentägigen Urlaub für 2 Personen mit EUR 1.500,-- im Ergebnis durchaus angemessen. 2.8. Dem vermag sich der erkennende Senat allerdings nicht anzuschließen, weil dieses Berechnungsmodell bei einer Luxusreise wie der klagsgegenständlichen insoferne versagt, als der sich nach dieser Berechnung ergebende Betrag nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zu den von der Rechtsprechung festgelegten Schmerzengeldbeträgen steht. Wenn man davon ausgeht, dass die Oberlandesgerichte Wien, Graz und Innsbruck selbst für starke Schmerzen nur Beträge bis zu EUR 300,-- zuerkennen vergleiche Hartl, Schmerzengeldsätze in Österreich in Euro, Stand Februar 2006, RZ 2006, 89) führt die Berechnungsmethode nach Führich hier zu einem unverhältnismäßigen Ergebnis. Ärger und Enttäuschung über einen nicht zustande gekommenen oder abgebrochenen Erholungsurlauf können nämlich kaum höher bewertet werden, als leichte körperliche Schmerzen, für die in der Judikatur der österreichischen Gerichte vergleiche Hartl aaO) rund EUR 100,-- zugesprochen werden. Dieser Betrag steht auch in einer angemessenen Relation zu den in den Materialien genannten Pauschalbeträgen von EUR 50,-- bis EUR 60,-- pro Tag und dem von deutschen Gerichten entwickelten Tagessatzsystem von bis zu EUR 72,--. Einzig den Reisepreis als maßgebliches Kriterium heranzuziehen, würde letztlich auch zu einer Ungleichbehandlung jener führen, die sich (wie hier) eine extrem teure Reise leisten können, gegenüber jenen, die nur um den Genuss eines ihren finanziellen Verhältnissen entsprechenden bloß durchschnittlichen Urlaubes gebracht wurden, auf den sie sich aber ebenso gefreut und über dessen Misslingen sie ebenso enttäuscht gewesen sein mögen. Insgesamt erscheint daher der vom Erstgericht allein nach Paragraph 273, ZPO ermittelte Schadenersatzbetrag für entgangene Urlaubsfreude bei einem siebentägigen Urlaub für 2 Personen mit EUR 1.500,-- im Ergebnis durchaus angemessen.

2.9. Soweit die Beklagte und ihre Nebenintervenientin meinen, der Klägerin wäre zu Unrecht immaterieller Schadenersatz auch für die entgangene Urlaubsfreude ihres Ehemannes zugesprochen worden, zumal eine Abtretung der Ersatzansprüche weder behauptet, noch bewiesen worden sei, ist dieser Vorhalt aktenwidrig. Die Klägerin hat in ihrem Schriftsatz vom 01.02.2006 (ON 7, 3) ausdrücklich vorgebracht, dass ihr ihr Ehemann alle ihm gegenüber der Beklagten in diesem Zusammenhang stehenden Ansprüche vor Klagseinbringung abgetreten hat. Dieses Vorbringen wurde weder von der Beklagten, noch ihrer Nebenintervenienten substantiiert bestritten, sodass die Tatsache der Abtretung der Ansprüche der Entscheidung gemäß § 266 Abs 1 iVm § 267 Abs 1 ZPO ohne weiteres zugrunde gelegt werden konnte (vgl Rechberger in Rechberger, Kommentar<sup>3</sup> §§ 266 bis 267 ZPO Rz 5 mwN). Dass die unsubstantiierte Bestreitung einem schlüssigen Geständnis gleich kommt, unterliegt hier keinem Zweifel, zumal die Abtretung auch schon im vorprozessualen Anspruchsschreiben Beil ./A behauptet wurde und überhaupt kein Anhaltspunkt für die Annahme besteht, die Beklagte hätte auch nur irgend welche Kenntnis von Umständen, die der behaupteten Abtretung entgegen stehen könnten. 2.9. Soweit die Beklagte und ihre Nebenintervenientin meinen, der Klägerin wäre zu Unrecht immaterieller Schadenersatz auch für die entgangene Urlaubsfreude ihres Ehemannes zugesprochen worden, zumal eine Abtretung der Ersatzansprüche weder behauptet, noch bewiesen worden sei, ist dieser Vorhalt aktenwidrig. Die Klägerin hat in ihrem Schriftsatz vom 01.02.2006 (ON 7, 3) ausdrücklich vorgebracht, dass ihr ihr Ehemann alle ihm gegenüber der Beklagten in diesem Zusammenhang stehenden Ansprüche vor Klagseinbringung abgetreten hat. Dieses Vorbringen wurde weder von der Beklagten, noch ihrer Nebenintervenienten substantiiert bestritten, sodass die Tatsache der Abtretung der Ansprüche der Entscheidung gemäß Paragraph 266, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 267, Absatz eins, ZPO ohne weiteres zugrunde gelegt werden konnte vergleiche Rechberger in Rechberger, Kommentar<sup>3</sup> Paragraphen 266 bis 267 ZPO Rz 5 mwN). Dass die unsubstantiierte Bestreitung einem schlüssigen Geständnis gleich kommt, unterliegt hier keinem Zweifel, zumal die Abtretung auch schon im vorprozessualen Anspruchsschreiben Beil ./A behauptet wurde und überhaupt kein Anhaltspunkt für die Annahme besteht, die Beklagte hätte auch nur irgend welche Kenntnis von Umständen, die der behaupteten Abtretung entgegen stehen könnten.

3. Die Beklagte wendet sich in ihrer Berufung auch noch gegen die Kostenentscheidung.

3.1. Sie meint, der Zuspruch der Gesamtkosten nach § 43 Abs 2 ZPO sei nicht berechtigt. Selbst wenn der Klägerin der zugesprochene Ersatzbetrag von EUR 1.500,-- zustehen sollte, sei bei der Kostenentscheidung zu berücksichtigen, dass die Klägerin lediglich mit ca 21% ihres Begehrens auf immateriellen Schadenersatz durchgedrungen sei. Sie habe damit hinsichtlich des immateriellen Ersatzanspruches dann immer noch zu ca 500% überklagt. Daher sei die

Kostenentscheidung unter Zugrundelegung der Obsiens-/Unterliegensquote abzuändern.3.1. Sie meint, der Zuspruch der Gesamtkosten nach Paragraph 43, Absatz 2, ZPO sei nicht berechtigt. Selbst wenn der Klägerin der zugesprochene Ersatzbetrag von EUR 1.500,-- zustehen sollte, sei bei der Kostenentscheidung zu berücksichtigen, dass die Klägerin lediglich mit ca 21% ihres Begehrens auf immateriellen Schadenersatz durchgedrungen sei. Sie habe damit hinsichtlich des immateriellen Ersatzanspruches dann immer noch zu ca 500% überklagt. Daher sei die Kostenentscheidung unter Zugrundelegung der Obsiens-/Unterliegensquote abzuändern.

3.2. Gemäß § 43 Abs 2 2. Fall ZPO ist auch bei einem solchen Ausgang des Rechtsstreites der einen Partei der Ersatz der gesamten, dem Gegner entstandenen Kosten aufzuerlegen, wenn der Betrag der von ihm erhobenen Forderung von der Feststellung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittlung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Abrechnung abhängig war. Das ist hier hinsichtlich des auf Ersatz immateriellen Schadens gerichteten Teiles der Klagsforderung (EUR 7.000,--) der Fall.3.2. Gemäß Paragraph 43, Absatz 2, 2. Fall ZPO ist auch bei einem solchen Ausgang des Rechtsstreites der einen Partei der Ersatz der gesamten, dem Gegner entstandenen Kosten aufzuerlegen, wenn der Betrag der von ihm erhobenen Forderung von der Feststellung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittlung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Abrechnung abhängig war. Das ist hier hinsichtlich des auf Ersatz immateriellen Schadens gerichteten Teiles der Klagsforderung (EUR 7.000,--) der Fall.

3.3. Nach herrschender Auffassung kommt eine Anwendung des§ 43 Abs 2 ZPO nicht in Betracht, wenn die Überklagung bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt erkennbar gewesen wäre. Hat der Kläger den Anspruchsgrund richtig beurteilt und hält sich sein Begehr im Rahmen des vernünftigerweise zu erwartenden Entscheidungsspielraums des Gerichts, soll der Kläger trotz Überklagung vollen Kostenersatz erhalten. Dies gilt auch, wenn der Kläger einer vor dem Prozess erhaltenen Teilzahlung schließlich überwiegend unterlegen ist, sofern nur die insgesamt erhobene Forderung nicht übermäßig hoch gegriffen erscheint. Eine Faustregel, etwa in dem Sinne, dass ein Unterliegen mit mehr als 50% die Anwendung des § 43 Abs 2 ZPO ausschließen würde, kann nicht aufgestellt werden; vielmehr sind immer die Umstände des einzelnen Falles bei der Beurteilung einer Überklagung zu berücksichtigen (vgl Bydlinski in Fasching/Konecny<sup>2</sup> II/1 § 43 ZPO Rz 19 mwN).3.3. Nach herrschender Auffassung kommt eine Anwendung des Paragraph 43, Absatz 2, ZPO nicht in Betracht, wenn die Überklagung bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt erkennbar gewesen wäre. Hat der Kläger den Anspruchsgrund richtig beurteilt und hält sich sein Begehr im Rahmen des vernünftigerweise zu erwartenden Entscheidungsspielraums des Gerichts, soll der Kläger trotz Überklagung vollen Kostenersatz erhalten. Dies gilt auch, wenn der Kläger einer vor dem Prozess erhaltenen Teilzahlung schließlich überwiegend unterlegen ist, sofern nur die insgesamt erhobene Forderung nicht übermäßig hoch gegriffen erscheint. Eine Faustregel, etwa in dem Sinne, dass ein Unterliegen mit mehr als 50% die Anwendung des Paragraph 43, Absatz 2, ZPO ausschließen würde, kann nicht aufgestellt werden; vielmehr sind immer die Umstände des einzelnen Falles bei der Beurteilung einer Überklagung zu berücksichtigen vergleiche Bydlinski in Fasching/Konecny<sup>2</sup> II/1 Paragraph 43, ZPO Rz 19 mwN).

3.4. Stellt man den eingeklagten Betrag (EUR 11.784,29) in Relation zum ersiegten Betrag von EUR 6.284,29, so ergibt sich immerhin noch ein Obsiegen zu 53%. Stellt man den der Klägerin insgesamt unter Berücksichtigung der vor Klagseinbringung geleisteten Teilzahlung von EUR 2.840,-- zustehenden Betrag (EUR 1.124,29) in Relation zur Gesamtforderung (EUR 14.624,29), so haben sich ihre Ansprüche als insgesamt mehr als 77% als berechtigt erwiesen. Betrachtet man alleine die vom richterlichen Ermessen abhängige Schadenersatzforderung, so ist die Klägerin zwar mit bloß 21% ihres Begehrens durchgedrungen. Da aber nicht allein auf das Ausmaß des Unterliegens, sondern auf die Umstände des einzelnen Falles abzustellen ist, ist hier insbesondere zu berücksichtigen, ob die Überklagung bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt erkennbar gewesen wäre. Der Gesetzgeber wollte durch § 43 Abs 2 ZPO tatsächlich jenen Kläger vor jeglicher Kostenbelastung frei stellen, der eine Überklagung auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden konnte (vgl Bydlinski aaO § 43 ZPO Rz 25).3.4. Stellt man den eingeklagten Betrag (EUR 11.784,29) in Relation zum ersiegten Betrag von EUR 6.284,29, so ergibt sich immerhin noch ein Obsiegen zu 53%. Stellt man den der Klägerin insgesamt unter Berücksichtigung der vor Klagseinbringung geleisteten Teilzahlung von EUR 2.840,-- zustehenden Betrag (EUR 1.124,29) in Relation zur Gesamtforderung (EUR 14.624,29), so haben sich ihre Ansprüche als insgesamt mehr als 77% als berechtigt erwiesen. Betrachtet man alleine die vom richterlichen Ermessen abhängige Schadenersatzforderung, so ist die Klägerin zwar mit bloß 21% ihres Begehrens durchgedrungen. Da aber nicht allein auf das Ausmaß des Unterliegens, sondern auf die Umstände des einzelnen Falles abzustellen ist, ist hier insbesondere zu berücksichtigen, ob die Überklagung bei Beachtung der gebotenen Sorgfalt erkennbar gewesen wäre. Der

Gesetzgeber wollte durch Paragraph 43, Absatz 2, ZPO tatsächlich jenen Kläger vor jeglicher Kostenbelastung frei stellen, der eine Überklagung auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden konnte vergleiche Bydlinski aaO Paragraph 43, ZPO Rz 25).

3.5. Da es für die Bemessung des Ersatzanspruches nach§ 31e Abs 3 KSchG noch kaum österreichische Judikatur, insbesondere keine, die sich mit Fall einer Luxusreise befasst hätte, gibt, kann der Klägerin aus der Überklagung kein Vorwurf gemacht werden. Dazu kommt, dass sie sich für das von ihr begehrte Ausmaß mit der von Riedler gebilligten Berechnungsmethode Führichs an durchaus maßgeblichen Lehrmeinungen orientiert hat. Trotz des verhältnismäßig hohen Ausmaßes der Überklagung ist daher die Anwendung von § 43 Abs 2 ZPO in diesem besonderen Falle zu billigen.3.5. Da es für die Bemessung des Ersatzanspruches nach Paragraph 31 e, Absatz 3, KSchG noch kaum österreichische Judikatur, insbesondere keine, die sich mit Fall einer Luxusreise befasst hätte, gibt, kann der Klägerin aus der Überklagung kein Vorwurf gemacht werden. Dazu kommt, dass sie sich für das von ihr begehrte Ausmaß mit der von Riedler gebilligten Berechnungsmethode Führichs an durchaus maßgeblichen Lehrmeinungen orientiert hat. Trotz des verhältnismäßig hohen Ausmaßes der Überklagung ist daher die Anwendung von Paragraph 43, Absatz 2, ZPO in diesem besonderen Falle zu billigen.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet auf §§ 41, 50 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet auf Paragraphen 41., 50 ZPO.

Die Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig, weil der OGH die Grundsätze der Schadensbemessung bereits dargelegt hat (10 Ob 20/05x mwN) und die Höhe des Schadenersatzes für entgangene Urlaubsfreude stets einzelfallbezogen ist (vgl 6 Ob 251/05p). Oberlandesgericht Wien. Die Revision ist gemäß Paragraph 502, Absatz eins, ZPO nicht zulässig, weil der OGH die Grundsätze der Schadensbemessung bereits dargelegt hat (10 Ob 20/05x mwN) und die Höhe des Schadenersatzes für entgangene Urlaubsfreude stets einzelfallbezogen ist vergleiche 6 Ob 251/05p). Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

#### **Anmerkung**

EW00616 4R153.06h

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OLG0009:2007:00400R00153.06H.0227.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20070227\_OLG0009\_00400R00153\_06H0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)