

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR
WIRTSCHAFTSRECHT
DEZEMBER 2003

12



885-972

Privatsphäre / entgangene Urlaubsfreuden / Nachbarschaftsrecht

Zivilrechtsänderungsgesetz 2004

Verschuldensunabhängige Dienstgeberhaftung?
Arbeitsunfälle mit Kraftfahrzeugen

Unternehmenszusammenschluss durch Übertragung von Mitarbeitern
und Vermögen?

Outsourcing und Fusionskontrolle

Weiterverwendung nicht lizenzierter Computer-Software
Urheberrechtsverletzung im Konkurs

„Inspire Art“: EuGH zur Niederlassungsfreiheit
Scheinauslandsgesellschaften

Steuerliche Attraktivität der Veranlagung in
Immobilieninvestmentfonds

Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung
BWG-Novelle 2003

Schadenersatz wegen „entgangener Urlaubsfreude“

„Endlich Geldersatz für verpatzte Ferien“ – so oder ähnlich rauschte es im Frühjahr 2002 durch den Blätterwald der Medien, als die EuGH-Entscheidung *Leitner / TUI* bekannt geworden war. Was man bisher nur aus dem deutschen Nachbarland kannte, sollte im Gefolge einer während einer Pauschalreise in der Türkei von der (damals) zehnjährigen Simone Leitner erlittenen Salmonellenerkrankung auch bei uns Realität werden. Während der VKI alle Schicksalsgefährten Simone Leitners aufforderte, ihre entgangenen Urlaubsfreuden „ab sofort“ ebenfalls einzuklagen, gemahnten realistischere Einschätzungen zur Vorsicht und rieten, eine gesetzliche Regelung abzuwarten. Mit dem ZivRÄG 2004 liegt letztere nun vor. Was sie bringt und ob sie die europarechtlichen Vorgaben erfüllt, soll im Folgenden untersucht werden.

MICHAEL WUKOSCHITZ

A. DIE VORGABEN

Mit der E *Leitner / TUI*¹⁾ hatte sich der EuGH darauf festgelegt, dass Art 5 der RL 90/314/EWG („Pauschalreise-RL“) die MS dazu verpflichtet, einen Anspruch auf den Ersatz immaterieller Schäden aus Pauschalreise-Verträgen zu gewähren. Der EuGH ging dabei davon aus, dass die Pauschalreise-RL (ua) die Beseitigung wettbewerbsverzerrender Unterschiede zwischen den Regelungen der MS bezwecke,²⁾ eine nur in einigen MS bestehende Ersatzpflicht für derartige Schäden zu einer spürbaren Wettbewerbsverzerrung führen würde³⁾ und für die Verbraucher, die durch die RL geschützt werden sollen, der Schadenersatz wegen entgangener Urlaubsfreude besondere Bedeutung habe.⁴⁾ Art 5 sei vor diesem Hintergrund auszulegen, wobei immaterielle Schäden durch die in Abs 2 Unterabs 4 vorgesehene Möglichkeit angemessener Beschränkung der Entschädigung für Schäden, die *nicht Körperschäden* sind, implizit anerkannt würden.⁵⁾

Dass selbst profilierte Verbraucherschützer wie *Tonner*⁶⁾ darunter bis dahin nur *Sachschäden* verstanden hatten, ließ der EuGH ebenso unbeachtet wie etwa die Einwände von *Cornides*,⁷⁾ der darauf hingewiesen hatte, dass auf europäischer Ebene kein einheitlicher vertraglicher Schadensbegriff bestehe und der an sich gebotenen „autonomen Interpretation“ ein Mangel an verlässlichen Anhaltspunkten für den Begriffsinhalt entgegenstehe.

Auf die sohin nicht unberechtigte Kritik⁸⁾ an dieser Entscheidung ist hier jedoch nicht mehr näher einzugehen: curia communitatis locuta, causa finita.

Österreich war daher zur Einführung eines bis dahin von der Rsp einhellig abgelehnten Anspruchs auf Ersatz ideeller Schäden zufolge Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung von Pauschalreiseverträgen⁹⁾ verpflichtet.

B. DIE ENTWICKLUNG DER NEUREGELUNG

Nachdem ursprünglich bereits für den Jahresbeginn 2003 eine entsprechende Gesetzesänderung angekündigt war,¹⁰⁾ stand der entsprechende Entwurf des Justizministeriums letztlich erst am 24. 9. 2003 auf der Tagesordnung des Nationalratsplenums. Bemerkenswert ist, dass die EB¹¹⁾ mit geradezu nonchalanter Selbstverständlichkeit so tun, als wäre der Anspruch ohnehin bereits geltendes Recht und als hätte das Gesetz daher nur „klarstellende“ Funktion.¹²⁾ Grundlage dieser Ansicht ist offenbar die E des LG Linz,¹³⁾ das aufgrund der EuGH-E im Anlassfall Schadenersatz zugesprochen hatte. Hingegen sah das HG Wien¹⁴⁾ nach wie vor *keine* rechtliche Grundlage für einen generellen Anspruch auf derartigen Schadenersatz – und das mit gutem Grund:

Dr. Michael Wukoschitz ist Rechtsanwalt in Wien.

- 1) Rs C-168/00 vom 12. 3. 2002
- 2) RN 20.
- 3) RN 21.
- 4) RN 22.
- 5) RN 23.
- 6) *Reiserecht in Europa*, 276.
- 7) wbl 2001, 407.
- 8) *Karner*, RdW 2002/194; B *Jud*, ecolx 2002, 307; zT auch *Saria*, RRa 2002, 102.
- 9) JBl 1989, 792; RdW 1989, 98; ZVR 1993, 110; ecolx 1994, 93; uam.
- 10) Vgl Wiener Zeitung v 14. 3. 2002, 18: „*Böhmendorfer*: Bis Jänner 2003 kommt Gesetzesänderung“.
- 11) GP 22. RV 173.
- 12) BT zu Art II Z 5 (§ 31e 3 KSchG): „Das österreichische Recht entspricht damit weiterhin (!) den Anforderungen des Art 5 Abs 2 Unterabs 1 der Pauschalreise-Richtlinie.“
- 13) JBl 2002, 600.
- 14) 1 R 441/02b; 1 R 235/02h; 1 R 293/02p; 20 R 23/02x; 1 R 538/02t.

Das LG Linz stützte seine Rechtsansicht, ein Zuspruch sei im Wege „richtlinienkonformer Interpretation“ des österreichischen Rechts möglich, einerseits auf die Ausführungen *Strassers*, der Schadensbegriff des § 1293 ABGB umfasse bereits ganz allgemein auch den ideellen Schaden, andererseits auf Teile der Lehre, die den Ersatz ideellen Schadens aus der Wendung „Tilgung der verursachten Beleidigung“ im § 1323 ABGB ableiten und diesen daher (nur) bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ersetzen wollen. Beide Lehrmeinungen wurden von der Rsp bis dahin freilich einhellig *abgelehnt*.¹⁵⁾

Der Versuch des LG Linz, aus einer (vermeintlich) „richtlinienkonformen Interpretation“ der §§ 1293, 1295 und 1323 ABGB eine Anspruchsgrundlage für ideellen Schadenersatz zu gewinnen, war sohin schon deswegen *untauglich*, weil er sich *gleichzeitig* auf zwei einander *zT widersprechende* Lehrmeinungen zu stützen versuchte. Die auf *Strasser* gegründete Ansicht, bereits der Wortlaut der §§ 1293, 1323 ABGB vermöge einen Anspruch auf ideellen Schadenersatz bei vertraglicher Haftung zu tragen, während die dagegen von der Lehre erhobenen Einwände aufgrund der Verpflichtung zu richtlinienkonformer Interpretation ihre Grundlage verlore, *übersieht* zudem, dass der *Wortlaut* dieser Regelungen *keinerlei* Differenzierung zwischen Reiseverträgen und anderen vertraglichen Tatbeständen zulässt, sodass – wollte man § 1293 ABGB tatsächlich in diesem Sinne auslegen – bei *sämtlichen* Verträgen auch *ideeller* Schadenersatz generell schon bei *leichter* Fahrlässigkeit begehrt werden könnte – wovon aber offenbar selbst das LG Linz zurückscheute. *Denselben* Wortlaut im Hinblick auf unterschiedliche Vertragstypen jeweils *anders* auszulegen, ist hingegen dogmatisch nicht zu begründen.

Zu beachten ist überdies, dass der EuGH die Auslegung, wonach der Begriff der „Nicht-Körperschäden“ in Art 5 Abs 2 der Pauschalreise-RL *immaterielle* Schäden umfasse, *auch* darauf stützt, dass eine solche Schadenersatzpflicht in nur einigen MS der EU und deren Fehlen in den anderen zu spürbaren *Wettbewerbsverzerrungen* führen würde.¹⁶⁾ Legt man der RL diese Bedeutung bei, so bleibt aber völlig offen, unter welchen *Voraussetzungen* ein solcher Ersatz zustehen soll. Das deutsche Recht (§ 651f Abs 2 BGB) gewährt ihn nur, wenn die Reise gänzlich *vereitelt* oder zumindest *erheblich* beeinträchtigt war. Auch das LG Linz machte in seiner Entscheidung eine „*erhebliche* Beeinträchtigung der eine Pauschalreise ausmachenden Leistungen“ zur Voraussetzung des ideellen Schadenersatzes, ohne dass jedoch die RL einen Anhaltspunkt für eine solche Einschränkung liefern würde.

Wie schon *B. Jud*¹⁷⁾ nachgewiesen hat, lässt sich der von der RL in der Interpretation des EuGH verlangte Ersatz immateriellen Schadens ohne Festlegung konkreter Voraussetzungen und selbst bei bloß *leichter* Fahrlässigkeit auch „bei Anwendung höchster Auslegungskunst“ für das österreichische Recht *nicht* erzielen. Im Übrigen hat *B. Jud* auch überzeugend dargelegt, dass richtlinienkonforme Auslegung im Verhältnis zu anderen Auslegungskriterien *keinen* absoluten Vorrang genießt und die Grenzen richtlini-

enkonformer Interpretation allein nach nationalem Recht zu bestimmen sind.¹⁸⁾

Bis zur gesetzlichen Umsetzung bietet das österreichische Recht daher nach wie vor *keine* Grundlage für den Ersatz „entgangener Urlaubsfreude“. Im Gegensatz zu den EB scheint dies der JA durchaus erkannt zu haben, spricht er doch in seinem Bericht¹⁹⁾ ausdrücklich von einem „mit der Novelle *neu eingeführten* (ideellen) Anspruch auf Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude“.²⁰⁾

C. DIE GESETZLICHE UMSETZUNG: § 31E ABS 3 KSCHG IDF DES ZIVRÄG

1. ANSPRUCHSVORAUSSETZUNGEN

Der neue Anspruch findet sich in einem dem § 31e KSchG angefügten Abs 3 und setzt voraus, dass

- der Reiseveranstalter einen *erheblichen* Teil der vertraglichen Leistung nicht erbracht hat und
- dies auf einem ihm zurechenbaren *Verschulden* beruht.

Der Grad des Verschuldens ist lediglich für die Höhe des Anspruchs relevant.

Ob diese Regelung tatsächlich den Vorgaben der Richtlinie entspricht – wie dies die EB lapidar behaupten²¹⁾ –, ist zweifelhaft:

Einerseits ist es mE zwar durchaus vertretbar, den Reiseveranstalter generell bei mangelndem Verschulden von der Haftung zu befreien, weil er nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch für jegliches Verschulden seiner Leistungsträger nach § 1313a ABGB einzustehen hat²²⁾ und ihm insoweit der Entlastungsbeweis obliegt, der ohnedies nur gelingen kann, wenn einer der in der Richtlinie (Art 5 Abs 2) angeführte Fälle vorliegt, nämlich

- Versäumnisse in der Sphäre des Reisenden,
- unvorhersehbare und unabwendbare Ereignisse, die Dritten zuzurechnen sind, oder
- höhere Gewalt oder sonst ein trotz aller gebotenen Sorgfalt nicht vorherseh- und abwendbares Ereignis

Damit besteht im Ergebnis eine Haftung (bereits) für leichte Fahrlässigkeit.²³⁾

Es ist daher durchaus *begrüßenswert*, dass anstelle einer (nahezu) wörtlichen Übernahme der kasuistischen Regelung der Richtlinie,²⁴⁾ die unterschiedliche Haftungskonzepte der MS (insb auch im Hinblick auf die im Vergleich zum österreichischen Recht *zT* sehr eingeschränkte Erfüllungsgelienhaft-

15) MGA 2³⁴, E 64 zu § 1293 ABGB.

16) RN 21.

17) *ecolx* 2002, 308.

18) ÖJZ 2003, 521.

19) GP 22. JA 212.

20) „Ideell“ ist in Wahrheit natürlich nicht der *Anspruch*, sondern der zu ersetzende *Schaden* – aber das ist wohl eine jener subtilen sprachlichen Differenzierungen, die man beim Gesetzgeber des Öfteren vermisst.

21) GP 22. RV 173, AT 9: „Der Entwurf entspricht in allen Belangen dem Gemeinschaftsrecht“.

22) *Zechner*, Reisevertragsrecht, Rz 429.

23) So auch schon *B. Jud*, *ecolx* 2002, 308.

24) Wie sie etwa *Saria* (RRa 2002, 112) vorgeschlagen hatte.

tung) berücksichtigen musste, generell und abstrakt auf das Prinzip der Verschuldenshaftung abgestellt wird, nicht zuletzt, weil damit auch die Systemkonformität mit dem sonstigen vertraglichen Haftungsrecht gewahrt wird.

Andererseits hat der Gesetzgeber aber verkannt, dass die Richtlinie keinerlei sachliche Einschränkung des Anspruchs (etwa: auf „erhebliche“ Beeinträchtigungen) enthält und die MS auch *nicht* zu einer solchen ermächtigt.²⁵⁾

Ausgehend davon, dass der EuGH die Ersatzpflicht für immaterielle Schäden aus den in Art 5 Abs 2 Unterabs 4 genannten Schäden, die nicht Körperschäden sind, ableitet, wäre auch das dort vorgegebene Regelungskonzept zu übernehmen gewesen:

Danach können die MS eine (angemessene) *vertragliche* Einschränkung der Entschädigung zulassen. Der vom Gesetzgeber gewählte Weg *gesetzlicher* Einschränkung findet in der Richtlinie hingegen keine Deckung und ist wohl nur damit zu erklären, dass der österreichische Gesetzgeber sein „*Heil*“ im Bereich des Verbraucherschutzes generell eher in einer *Einschränkung* der Vertragsautonomie zu finden glaubt und sehr wenig Vertrauen in eine angemessene Regelung durch die Vertragspartner selbst hegt.²⁶⁾

Der europäische Gesetzgeber sah dies in der Richtlinie offenkundig anders und räumte ausdrücklich die Möglichkeit vertraglicher Einschränkung ein.

Diesem Konzept folgend hätte der österr Gesetzgeber Einschränkungen des Anspruchs auf die vertragliche Ebene der Reisebedingungen verlagern und lediglich unangemessenen Einschränkungen durch die Vorgabe gesetzlicher Parameter entgegenwirken können (und müssen). Eine solche Regelung würde als *lex specialis* dem in § 6 Abs 1 Z 9 KSchG festgelegten Verbot einer Haftungsbeschränkung bei Personenschäden vorgehen.

Die Regelung des § 31e Abs 3 KSchG kann mE auch *nicht* damit gerechtfertigt werden, dass die Richtlinie den MS in Art 8 *strengere* Regelungen zum Schutz der Verbraucher erlaubt: die gesetzliche Regelung schränkt den Anspruch des Reisenden nämlich in *jedem* Fall auf erhebliche Leistungsstörungen ein, während es bei vertraglicher Regelung dem Reiseveranstalter überlassen bliebe, ob er Einschränkungen vorsehen will, und dieser darüber hinaus noch für die wirksame Einbeziehung einer solchen Klausel zu sorgen hätte. Da sohin durchaus vertragliche Regelungen getroffen werden könnten, die den Reisenden *besser* stellen als die gesetzliche, ist letztere nicht geeignet, einen über die Richtlinie hinausgehenden Schutz zu gewähren.

Der Vorteil einer mit einem gesetzlichen Angemessenheitskorrektiv ausgestatteten vertragsautonomen Regelung läge überdies in deren größeren Flexibilität, mit der etwa auch auf Besonderheiten gewisser Reisearten Rücksicht genommen werden könnte.

2. BEMESSUNG DES ERSATZANSPRUCHS

Bei der *Bemessung* des Anspruchs ist nach dem Willen des Gesetzgebers „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.

Für die praktische Anwendung sind diese Kriterien jedoch wenig hilfreich:

- dass der immaterielle Schaden von Schwere und Dauer des Mangels abhängt, versteht sich von selbst und bedarf keiner ausdrücklichen gesetzlichen Regelung;
- inwieweit der Grad des Verschuldens die Höhe des Ersatzanspruches beeinflussen sollte, ist nicht erkennbar: die mit negativen Reiseerlebnissen verknüpften emotionalen Beeinträchtigungen stellen sich *unabhängig* davon ein, ob sie der Reiseveranstalter leicht oder grob fahrlässig verursacht hat;
- der Zweck der Reise ist bereits bei Beurteilung der *Schwere* des Mangels zu berücksichtigen;
- die Höhe des Reisepreises taugt nur eingeschränkt zur Schadensbemessung, weil der ideelle Schaden ja gerade *nicht* in der Schlechterfüllung der im synallagmatischen Verhältnis zum Reisepreis stehenden Leistungen, sondern in darüber hinausgehenden Beeinträchtigungen besteht.

Unklar ist auch, in welchem Verhältnis die genannten Kriterien gegeneinander abzuwägen sind. Vollends unverständlich wird deren Bedeutung, wenn die EB²⁷⁾ anregen, Pauschalbeträge von € 50,- bis 60,- pro Tag zugrunde zu legen. Der Gesetzgeber hätte die Entwicklung geeigneter Bemessungskriterien daher wie auch in anderen Bereichen besser der Rsp überlassen.

3. FRIST

a) Allgemeines

Entschieden *abgelehnt* hat der Gesetzgeber die von der Branche geforderte Einführung einer Frist, innerhalb derer Ansprüche aus Reisemängeln nach Abschluss der Reise beim Veranstalter angemeldet werden müssen. Grundlage dieser Forderung war die deutsche Regelung in § 651g Abs 1 BGB, die den Reisenden verpflichtet, seine Ansprüche bei sonstigem Ausschluss binnen Monatsfrist nach vertraglichem Reiseende beim Reiseveranstalter anzumelden.

Die in den EB dagegen angeführten Argumente²⁸⁾ überzeugen nicht: wenn der überwiegende Teil der Reisenden aufgetretene Mängel ohnedies unmittelbar nach Abschluss der Reise rügt, wäre mit der Einführung einer angemessenen Rügefrist keinerlei Benachteiligung verbunden.

Auch die (nicht näher begründete) Behauptung, eine solche Regelung wäre im Verhältnis zum übrigen Konsumentenschutzrecht sachlich nicht gerechtfertigt, ist unzutreffend: als zeitlich befristete unkörperliche Werke, die mit ihrer Konsumation unwiederbringlich verbraucht werden, nehmen Reisen durchaus eine Sonderstellung im Waren- und Dienstleistungsverkehr ein, welcher durch eine (im Verhältnis zur deutschen Regelung durchaus auch längere) Rügefrist hätte Rechnung getragen werden können.

25) So auch *Tonner*, NJW 2002, 1475.

26) Vgl *Wukoschitz*, RdW 1997, 264.

27) RV 173 BT zu Z 5.

28) RV 173 AT 4.3.

Wenn man die vorangegangene Diskussion²⁹⁾ ins Kalkül zieht, kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass eher der politische Einfluss institutioneller Verbraucherschützer die Regelung verhindert hat als die angeführten sachlichen Erwägungen.

b) Vertragliche Regelung

Als „Trostpflaster“ für die Reiseveranstalter sieht § 31f Abs 1 KSchG in seiner neuen Fassung vor, dass die Verjährungsfrist für Ansprüche auf Ersatz immaterieller Schäden auf ein Jahr verkürzt werden kann – freilich *nur*, wenn dies im Einzelnen ausgehandelt wird.

Zieht man in Betracht, dass der weitaus überwiegende Teil von Reiseverträgen nicht unmittelbar mit dem Veranstalter, sondern über ein vermittelndes Reisebüro abgeschlossen wird und die immer beliebter werdenden Buchungsmöglichkeiten über das Internet ein „individuelles Aushandeln“ von Vertragsklauseln de facto ausschließen, erweist sich diese Regelung als legistische „Totgeburt“.

Auch beim Vertrieb über Reisebüros ist es nämlich geradezu lebensfremd anzunehmen, ein solches „Aushandeln“ könnte tatsächlich stattfinden. Beim harten Wettbewerb, der in dieser Branche herrscht, besteht für den Reisenden keinerlei Anreiz, eine solche individuelle Regelung zu akzeptieren, während es der wirtschaftliche Druck den Reisebüros unmöglich macht, darauf zu beharren.

Es ist daher völlig unerheblich, dass die in der RV noch für *alle* Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche aus während der Reise festgestellten Mängeln vorgesehene Regelung vom JA auf den Ersatz

ideeller Schäden eingeschränkt wurde: praktikabel ist sie ohnedies nicht.

D. IN-KRAFT-TRETEN

Die Neuregelungen treten mit 1. 1. 2004 in Kraft (§ 41a Abs 15 u 16 KSchG nF), wobei § 31f in seiner neuen Fassung auf bereits vorher abgeschlossene Verträge *nicht* anzuwenden ist.

Der neu geschaffene Anspruch auf Ersatz ideeller Schäden betrifft hingegen alle nach Inkrafttreten verwirklichten Schadensfälle *unabhängig* vom Datum des Vertragsschlusses, wirkt aber mangels ausdrücklicher Anordnung³⁰⁾ nicht auf bereits konsumierte Reisen zurück.

29) Dokumentiert etwa in *Saria*, Wer hat Recht im Urlaub? (NWV 2002).

30) EvBl 1977/67 mwN.

SCHLUSSSTRICH

Ab Beginn des nächsten Jahres ist bei erheblichen Reisemängeln oder gänzlicher Nichterfüllung auch der ideelle Schaden der „entgangenen Urlaubsfreude“ zu ersetzen, wobei jedoch erhebliche Bedenken gegen die EU-Konformität der Neuregelung bestehen. Die Möglichkeit, die Verjährungsfrist für den neuen Anspruch vertraglich auf ein Jahr zu verkürzen, ist praktisch bedeutungslos.