

Dr. Vito Roberto, Zürich

Verdorbene Ferien als Schaden*

I. Einleitung

Die Frage, ob der Reisende neben der Minderung und dem Ersatz des Mangelfolgeschadens auch für verpuschten *Ferien genuss* und verdorbene *Ferienzeit* einen Ersatz geltend machen kann, gehört zu den meistdiskutierten und umstrittensten Rechtsproblemen des Tourismusgewerbes. Nicht nur unter Laien, auch unter Juristen bestehen diesbezüglich erhebliche Unsicherheiten. Während die Lehre¹ die Entschädigungsfähigkeit verdorbener Ferien, wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen, überwiegend befürwortet, lehnen die Gerichte² dies überwiegend ab. Eine Ausnahme stellt die *Sri Lanka-Entscheidung* des Zürcher Obergerichts³ im Jahre 1980 dar. In diesem Fall stand einem Reisenden das gebuchte Zimmer an einem Küstenort in Sri Lanka bei seiner Ankunft nicht zur Verfügung. Er musste daher seine Ferien im lärmigen Stadtzentrum von Colombo verbringen. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass der Kläger unter Umständen auch den *Verdienstausfall* geltend machen könne, da sich der um den Erholungswert seiner Ferien Geprellte auch nach Ersatz der Reisekosten nur dann neue Ferien leisten könne, wenn er einen Verdienstausfall in Kauf nehme⁴.

II. Die Schadensproblematik

Die Untersuchung der Ersatzfähigkeit verdorbener Ferien muss beim Schadensbegriff ansetzen. Schaden ist eine ungewollte Verminderung des Reinvermögens und entspricht nach allgemeiner Auffassung der Differenz

zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Geht man von dieser traditionellen und in der Schweiz nach wie vor von der herrschenden Lehre⁵ und Rechtsprechung⁶ vertretenen *Differenzhypothese* aus, so begründen verdorbene Ferien keinen Schaden. Der Vermögensstand des Reisenden bleibt bei mangelhafter Erbringung der Reiseleistungen unverändert.

Um dem Reisenden gleichwohl eine Entschädigung zusprechen zu können, werden in der Literatur drei verschiedene Theorien angeboten. Während in Deutschland eine Entschädigung auf der Grundlage der Kommerzialisierungstheorie gewährt wurde⁷, beruft man sich in der Schweiz vor allem auf den Gedanken der Naturalrestitution und die Frustrationstheorie. Zu betonen ist, dass dem Reisenden mittels dieser im folgenden näher darzustellenden Theorien nicht ein immaterieller Schaden, eine Unbill, sondern ein *materieller* Schaden ersetzt werden soll⁸.

III. Kommerzialisierungstheorie

Nach dem Kommerzialisierungsgedanken⁹ hat jedes Gut, das gegen Geld erlangt werden kann, Vermögenswert. Nicht nur Güter, die sich vermögensvermehrend auswirken, gehören also zum Vermögen, sondern auch *Genüsse*, sofern diese im Geschäftsverkehr nur gegen Entgelt erworben werden können. Der Entzug dieses Genusses ist demnach eine Vermögensverletzung, ein Schaden¹⁰.

* Die folgenden Ausführungen finden sich vertieft in: Vito Roberto, Die Haftung des Reiseveranstalters, Diss. Zürich 1990. (Kommentare sind nach der jeweils letzten Auflage zitiert.)

¹ Gauch/Schluap, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Zürich 1987, N.1608h; Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. Aufl. Zürich 1975, 58 Anm. 23; Merz, SPR VI/1, Basel 1984, 198; Girsberger, Der Reisevertrag, ZSR 105 (1986) II 64; a. A. Stark, Zur Frage der Schädigung ohne Vermögensnachteile, FS Keller, Zürich 1989, 311 ff.

² Vgl. ZR 83 (1984) 40; SJZ 86 (1990), 32 f.; zuletzt: BGE vom 24. Oktober 1989, Pra 79 (1990) Nr. 92.

³ SJZ 77 (1981) 79.

⁴ SJZ 77 (1981) 81.

⁵ Vgl. z. B. Oftinger (Fn. 1), 58.

⁶ BGE 104 II 199 m. w. N.

⁷ Seit Erlass des neuen Reisevertragsgesetzes kann sich die deutsche Rechtsprechung auf BGB 651 f II berufen, in dem der Anspruch auf Entschädigung wegen nutzlos aufgewandter Ferienzeit gesetzlich verankert wurde.

⁸ Ungenau daher das Zürcher Handelsgericht, SJZ 86 (1990) 32.

⁹ Der Kommerzialisierungsgedanke wird zurückgeführt auf Kohler, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Das Obligationsinteresse, Archiv für Bürgerliches Recht, 12 (1897) 2 f. und 9 sowie Hellwig, Über die Grenzen der Vertragsmöglichkeit, AcP 86 (1896) 230.

¹⁰ Vgl. z. B. Münchener-Kommentar/Grunsky Vor BGB 249 N. 12 b; ausführlich Küppers, Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht, Karlsruhe 1976, 5 ff.

Anhand dieser Theorie entschied der deutsche Bundesgerichtshof im Jahre 1956 den berühmten «Seereise-Fall»¹¹. Das Gericht sprach damals dem Kläger und seiner Ehefrau eine Geldentschädigung dafür zu, dass deren Koffer nicht rechtzeitig auf das Schiff gelangt waren, sie sich infolgedessen während der Schiffsreise mit den Kleidern behelfen mussten, die sie bei Antritt der Reise trugen. Die Entscheidung wurde damit begründet, dass der Zweck der Seereise nicht primär in der Beförderung, sondern in der Möglichkeit des *ungestörten und erholsamen Genusses* bestanden habe. Dieser Genuss sei nun aber – so das Gericht – keineswegs ein rein immaterieller Wert. «Vielmehr sei dieser «Genuss» angesichts dessen, dass er in aller Regel nur durch entsprechende Vermögensaufwendungen «erkauft» werden könne und hier auch tatsächlich erkauft worden sei, in gewissem Umfange kommerzialisiert, so dass eine Beeinträchtigung dieses Genusses auch eine Beeinträchtigung des mit den gemachten Vermögensaufwendungen erstrebten – vermögenswerten – Äquivalents darstelle.»¹² In der Folge wurde diese Theorie vor allem bei der Entschädigung für den vorübergehenden Verlust der Gebrauchsfähigkeit eines Motorfahrzeugs herangezogen.

Eine weitere Dimension des Kommerzialisierungsgedankens eröffnete der BGH¹³ im Jahre 1974, als er erstmals auch die verdorbene *Ferienzeit* als Schadensposten und damit als ersatzfähig anerkannte. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass nach herrschender Anschauung die durch Arbeitsleistung verdienten oder durch sonstige Aufwendungen ermöglichten Ferien ebenso kommerzialisiert seien wie die Nutzungsmöglichkeit eines Motorfahrzeugs. In dem einen Fall sei es das unter Einsatz finanzieller Mittel erworbene Motorfahrzeug, das nicht mehr in der vorgesehenen Weise genutzt werden könne, im anderen Fall seien es die ebenfalls «erkauften» Ferien¹⁴.

Die Kommerzialisierungstheorie ist auf heftigsten Widerstand gestossen¹⁵. Ihre Schwäche liegt – wie die deutsche Rechtsprechung

bald erkennen musste – in der fehlenden Begrenzbarkeit. Fast alle ideellen Güter lassen sich dadurch, dass sie durch Geldmittel verschaffbar sind, in Vermögensgüter verwandeln. Ein Ersatz für entgangene Gebrauchsvorteile wurde in Deutschland z. B. verlangt bei einer zeitweiligen Nichtbenutzbarkeit eines privaten Schwimmbades¹⁶, eines Motorbootes¹⁷, eines Fernsehapparates¹⁸ und eines Pelzmantels¹⁹. Die deutsche Rechtsprechung sah sich deshalb gezwungen, die Phantasie der Kläger bei der «Entdeckung» neuer Vermögensschäden zu zügeln, um ein Mindestmass an Rechtssicherheit zu schaffen²⁰.

Wohl am deutlichsten zeigt sich die Unhaltbarkeit dieser Theorie am Beispiel der *Kommerzialisierung der Ferienzeit*. Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass hier unzulässigerweise die erbrachte Arbeitsleistung mit der verdorbenen Ferienzeit vermengt wird. Aus dem Arbeitsvertrag folgt nämlich lediglich der Anspruch auf Ferien, während sich aus dem Reisevertrag der Anspruch auf eine bestimmte Gestaltung der Ferien ergibt; beides hat nichts miteinander zu tun²¹. Ferner ist auch nicht einzusehen, weshalb Rentner, Schüler und Studenten leer ausgehen sollen, treffen verdorbene Ferien diese doch meist härter als den Gutverdienenden²². Und schliesslich müsste konsequenterweise nicht nur die Ferienzeit, sondern die Freizeit schlechthin kommerzialisiert werden. Nicht nur die Ferien, auch das Wochenende und der Feierabend werden schliesslich durch die Arbeitsleistung «erkauft»²³. Zu welchen uferlosen Konsequenzen dieses «Zeit ist Geld»-Denken führt, macht der Entscheid des AG Berlin-Schöneberg²⁴ deutlich, in dem die Einbusse von zwei Stunden Freizeit mit 100 DM entschädigt wurde.

Insgesamt kann also festgehalten werden, dass die Verdinglichung der Gebrauchsmöglichkeit auf eine ökonomisch sinnlose Vermeh-

¹¹ NJW 1956 1234.

¹² NJW 1956 1235.

¹³ BGHZ 63, 98.

¹⁴ BGHZ 63, 104.

¹⁵ Statt vieler: Hagen, Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden?, JZ 1983 833 (heillose Verwirrung); Dunz, Schadensersatz für entgangene Sachnutzung, JZ 1984 1014 (Lendenschurz für Differenzierungen höchst subjektiver Art); Keuk, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972, 208 ff.

¹⁶ BGHZ 76, 180.

¹⁷ BGHZ 89, 64.

¹⁸ LG Berlin, VersR 1980 830.

¹⁹ BGHZ 63, 395.

²⁰ Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, München 1981, 50.

²¹ Zutreffend Müller, Schadensersatz auf Grund verdorbenen Urlaubs, Berlin 1986, 74; ebenso Stoll, Anmerkung zu BGHZ 63, 98, JZ 1975 253.

²² Münchener-Kommentar/Tonner BGB 651 f N.45; Stoll (Fn.21), 255.

²³ Stoll (Fn.21), 253; Tolk, Der Frustrierungsgedanke und die Kommerzialisierung immaterieller Schäden, Berlin 1977, 97 f.; Müller (Fn.21), 75; Landwehrmann, Zeit ist Geld? Probleme des Schadensersatzes für Freizeitbeeinträchtigung, Diss. Münster 1971, 37.

²⁴ SJZ 86 (1990) 20 = NJW 1989 2824.

zung der Vermögensgüter und auf eine nicht mehr nachvollziehbare Unterscheidung zwischen immateriellem und materiellem Schaden hinausläuft. Dies gilt noch verstärkt für Versuche, die Verhaltensmöglichkeiten des Menschen in der Zeit oder die Zeit selbst zu verdinglichen²⁵.

IV. Die Naturalrestitutionsthese

Zu prüfen ist, ob eine Entschädigung für verdorbene Ferienzeit auf der Grundlage der *Naturalrestitution* zugesprochen werden kann. Die schweizerische Literatur lehnt zwar die Kommerzialisierungstheorie im allgemeinen und die Kommerzialisierung der Ferienzeit im besonderen entschieden ab²⁶; ein Teil der Lehre will deren Ergebnisse aber durch den Restitutionsansatz, also gleichsam durch die Hintertür, auch auf die schweizerischen Verhältnisse übertragen²⁷. Ausgangspunkt hierfür ist die Überlegung, dass der vertragskonforme Urlaub zu einem späteren Zeitpunkt durch Inanspruchnahme unbezahlter Ferien nachholbar ist²⁸. Der zu ersetzende Schaden liege dann eben im Lohnausfall.

Die Lösung auf der Grundlage des Restitutionsgedankens ist einmal schon deshalb nicht haltbar, weil der Arbeitnehmer im Ergebnis besser dastehen würde, als wenn ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Er empfängt nämlich während der verdorbenen Ferien Lohn, ohne Arbeit leisten zu müssen²⁹. Sodann handelt es sich dabei um einen Naturalersatz für eine Unbill, die sich nicht mehr aus der Welt schaffen lässt. Solche Äquivalente sind bei fast allen immateriellen Schäden denkbar: bei physischen oder psychischen Schmerzen etwa die Verschaffung einer Vergnügungsreise oder einer Theateraufführung. Folgerichtig müssten immaterielle Einbussen allgemein als *materielle Schäden* anerkannt werden. Es kann nämlich keinen Unterschied machen, ob man diese unmittelbar in Geld umsetzt oder sich erst ein immaterielles Äquivalent, eine «Ersatz-

freude», ausdenkt, dessen gewöhnliche Kosten dann dem Ersatzpflichtigen in Rechnung gestellt werden³⁰. Und schliesslich läuft auch die Naturalrestitution der Ferienzeit auf eine allgemeine Kommerzialisierung der Zeit hinaus. Weshalb sollen nämlich nur Ferien, nicht aber die Freizeit ganz allgemein «nachgeholt» werden können?

V. Frustrationstheorie

Die Ersatzfähigkeit verdorbener Ferien wurde – insbesondere vom Zürcher Obergericht³¹ – auch auf der Grundlage der Frustrationstheorie diskutiert. Nach dieser auf *von Tuhr*³² zurückgehende Lehre sind *freiwillig* gemachte Aufwendungen wie Schäden zu ersetzen, wenn sie durch ein schädigendes Ereignis nachträglich entwertet werden. Wie der Frustrationsgedanke für die verdorbene Ferienzeit nutzbar gemacht werden kann, zeigt die Begründung des Zürcher Obergerichts im Sri Lanka-Fall³³. Danach sind sowohl die anlässlich der verpuschten Ferien gehaltenen Auslagen als auch der in Kauf genommene, durch die Schlechterfüllung des Vertrages jedoch nutzlos gewordene Verdienstausschlag Frustrationsschäden und damit grundsätzlich zu entschädigen.

Gegen die Ersatzfähigkeit nutzlos gewordener Aufwendungen ist zunächst einzuwenden, dass diese, weil freiwillig erbracht, nach dem herkömmlichen Schadensbegriff keinen Schaden begründen. Gleichwohl anerkennt die schweizerische Lehre³⁴ frustrierte Aufwendungen als Schadensposten. Unklar ist indessen die Begründung. Während *Guhl/Merz/Kummer*³⁵ und *von Tuhr/Peter*³⁶ darin eine analoge Anwendung der Auslobungsregelung

²⁵ Stoll ebenda.

²⁶ Vgl. vorne Fn. 2.

²⁷ Von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 1. Aufl. Tübingen 1924, 69; ebenso in der von Peter neubearbeiteten 3. Aufl. Zürich 1979, 84.

²⁸ SJZ 77 (1981) 81.

²⁹ Von Tuhr/Peter (Fn. 32), 84; Gauch/Schluep (Fn. 1), N. 1608g; Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. Aufl. Zürich 1980, 60; Oftinger (Fn. 1), 58; mit Einschränkungen Merz (Fn. 1), 197. Abgelehnt wird der Frustrationsschaden von Stark (Fn. 1), 315f.; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/1, 4. Aufl. Zürich 1987, 508 Anm. 148; Brehm, Berner Kommentar, OR 41 N. 83; Serozan, Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, Bd. II, Zürich 1981, 475f.

³⁰ Guhl/Merz/Kummer (Fn. 34), 60.

³¹ Von Tuhr/Peter (Fn. 32), 84.

²⁵ Soergel-Kommentar/Mertens Vor BGB 249 N. 111.

²⁶ Vgl. Stark (Fn. 1), 313; Gauch/Schluep (Fn. 1), N. 1608i; Gauch, «Entgangener Ferienenuss» – Gedanken zu einer «Mitteilung», SJZ 79 (1983) 276: «Erfindungen» und «Konstruktionen».

²⁷ Oftinger (Fn. 1), 58 Anm. 23; Gauch/Schluep (Fn. 1), N. 1608h; Gauch (Fn. 26), 570.

²⁸ So auch das Zürcher Obergericht im Sri Lanka-Entscheid (Fn. 3).

²⁹ Honsell, Die misslungene Urlaubsreise – BGHZ 63, 98, JuS 1976 226; Stoll (Fn. 21), 254.

(OR 8 II) erblicken, verweisen *Oftinger*³⁷ und *Merz*³⁸ auf *Larenz*³⁹, der für eine dogmatische Grundlage dieser aus Billigkeitserwägungen befürworteten Schadensausweitung sorgte. Er überwindet das Argument der Freiwilligkeit nutzloser Aufwendungen folgendermassen: Eine Aufwendung werde regelmässig in der sicheren Erwartung des durch sie erworbenen Vorteils getätigt. Durch die Vereitelung dieses Vorteils werde sie nachträglich nutzlos. Da die Aufwendung als nutzlos nicht gewollt war und nicht gemacht worden ist, falle das Merkmal der Freiwilligkeit nachträglich weg. Es sei deshalb gerechtfertigt, sie «in gewissem Umfang Schäden gleichzustellen»⁴⁰.

Diese auf den ersten Blick annehmbare juristische Lösung erwies sich wegen der fehlenden Begrenzbarkeit, insbesondere bei ausservertraglichen Schädigungen, als unhaltbar. *Larenz* sah sich deshalb gezwungen, die Lehre einzuschränken, da sie in dieser Allgemeinheit nicht haltbar sei.

Er vertritt nunmehr die Auffassung, dass nur bei Unbrauchbarkeit *der Sache selbst* ein Frustrationsschaden vorliegen solle, nicht aber, wenn nur der Geschädigte nicht mehr in der Lage ist, die Sache zu nutzen⁴¹. Gegen diese Ansicht ist einzuwenden, dass es höchst fragwürdig erscheint, bei der Ersatzfähigkeit danach zu unterscheiden, ob die Aufwendungen durch Zerstörung des Gebrauchsobjekts oder durch Verletzung des Gebrauchssubjekts, d. h. des Nutzungsberechtigten, zwecklos werden. Wer dem dinglich Berechtigten für die endgültige Vereitelung der Konsumierbarkeit einer Sache einen Schadenersatz zuerkennt, schützt nichts anderes als dessen Nutzungsvermögen. Und um eben dieses geht es auch im Falle der Körperverletzung. Nicht nur in wirtschaftlicher, auch in rechtlicher Hinsicht macht es keinen Unterschied, ob ein vermögenswerter Gebrauchsvorteil nicht realisiert werden kann, weil das Nutzungssubstrat entfällt oder aber (zeitweilig) der Nutzungsberechtigte⁴².

³⁷ *Oftinger* (Fn. 1). Nutzlos gewordene Aufwendungen des Geschädigten werden als «wichtige Ausnahme» des ansonsten in der Schweiz durchgehaltenen Schadensbegriffs bezeichnet, 58.

³⁸ *Merz* (Fn. 1), 197.

³⁹ *Larenz*, Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, in: FS *Oftinger*, Zürich 1969, 151 ff.

⁴⁰ *Larenz* (Fn. 39), 152.

⁴¹ *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 14. Aufl. München 1987, 502 f.; ebenso *Merz* (Fn. 1), 197; *Gauch/Schlupe* (Fn. 1), N. 1608 g.

⁴² Zutreffend *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, Bd. I, 6. Aufl. Heidelberg/Karlsruhe 1984, 491.

Unklar bleibt ferner, weshalb derjenige, der eine Reise geschenkt erhalten hat, leer ausgehen soll, und was zu ersetzen ist, wenn der Geschädigte die Reise zu einem übersetzten Preis erworben hat. Werden im letzteren Fall die von subjektiven Wünschen beeinflussten Aufwendungen ersetzt, entfällt die Grenze zum Affektionsinteresse⁴³. Wird hingegen nur der üblicherweise zu bezahlende Preis, d. h. der Marktpreis ersetzt, ist man wieder bei der Kommerzialisierungsthese angelangt. Es kann nämlich keinen Unterschied machen, ob man argumentiert: Die *üblichen* Aufwendungen für eine Reise seien ersatzfähig – oder, ob der Reise wegen des *üblicherweise dafür aufzuwendenden Betrages* ein Vermögenswert zuerkannt wird, weshalb deren Beeinträchtigung einen Schaden darstelle (so die Kommerzialisierungsthese)⁴⁴.

VI. Genugtuung für verdorbene Ferien

Lehnt man die Auffassung ab, wonach verdorbene Ferien einen materiellen Schaden darstellen, so bleibt zu prüfen, ob sie als immaterieller Schaden, als erlittene Unbill, entschädigungsfähig sind. Nach OR 49 in Verbindung mit OR 99 III kann ein Genugtuungsanspruch wegen widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung auch aus einer Vertragsverletzung entstehen. Ein solcher Anspruch ist aber nur dann gegeben, wenn die Vertragsverletzung zugleich eine schwere Verletzung des Betroffenen in seinen persönlichen Verhältnissen im Sinne von ZGB 28 darstellt⁴⁵.

Ob der Schutz der Persönlichkeit für die verdorbenen Ferien nutzbar gemacht werden kann, ist zweifelhaft. Zum einen wird die vorausgesetzte Schwere der Verletzung nur selten vorliegen. Zum anderen steht die Möglichkeit zur *ungestörten Freizeitgestaltung* meines Erachtens nicht in so engem Bezug zum Individuum, dass von einem Persönlichkeitswert gesprochen werden kann; d. h., das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wird nicht schon dadurch verletzt, dass die Ferien nicht wie geplant verbracht werden können.

Verdorbene Ferien als möglicher Gegenstand einer Persönlichkeitsverletzung ist auch

⁴³ *Stark* (Fn. 1), 315.

⁴⁴ *Tolk* (Fn. 23), 117 f.

⁴⁵ BGE 102 II 224.

im Hinblick auf die bisher anerkannten Persönlichkeitswerte abzulehnen. Wenn schon kein Recht auf Förderung der Persönlichkeit, d. h. kein Recht auf Wohnung, Arbeit und dergleichen besteht, wie soll dann ein *Recht auf ungestörte Freizeit* Rechtfertigung finden?⁴⁶

VII. Fazit

Die deutsche Rechtsprechung zu Fällen verdorbener Ferien sollte deutlich gemacht haben, dass die Fortentwicklung des Schadensbegriffs für eine spezielle Fallgruppe aus einer «ad-hoc-Motivation» heraus nicht ratsam ist, da sie erhebliche Auswirkungen auf das ganze Schadenersatzrecht zeitigt. Ohne Not sollte der traditionelle Schadensbegriff jedenfalls nicht aufgegeben werden. Ansonsten riskiert man die gleiche Diskussion um den Grenzverlauf zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden zu entfachen, wie sie in Deutschland seit Jahren intensiv und mit grossem Aufwand an juristischem Scharfsinn, aber letztlich ergebnislos geführt wird.

VIII. Dennoch: ein Lösungsvorschlag

Im folgenden ist zu prüfen, ob der Reisende im *vertraglichen* Verhältnis (und nur da) für die Beeinträchtigung immaterieller Interessen nicht doch zu entschädigen ist und ob auch seine nutzlosen Aufwendungen – aber wiederum nur im Vertragsverhältnis – ersetzt werden müssen.

A. Subjektiverte Minderungsberechnung

Ein wesentlicher Grund für die unbefriedigende rechtliche Erfassung mangelhafter Reisen liegt in der herkömmlichen Minderungsberechnung. Nach gängiger Definition ist die Minderung die verhältnismässige Herabsetzung des Preises zur Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung. Die durch die mangelhafte Reiseleistung gestörte Äquivalenz sollte demnach mittels der Minderung des Reisepreises wiederhergestellt werden. Die herkömmliche Minderungsberechnung erfasst indessen Rei-

semängel rechnerisch oft nicht oder nicht vollständig. Dieses Problem entsteht deshalb, weil der Preis nach allgemeiner Auffassung in dem Verhältnis herabzusetzen ist, in dem der objektive Wert der mangelfreien zum objektiven Wert der mangelhaften Vertragsleistung steht⁴⁷. Massgebend sind also die *objektiven Werte* der Leistungen.

Im Gegensatz zur Minderungsberechnung wird bei der Bestimmung des Mangels nicht auf objektive Kriterien über die ordnungsgemässe Erfüllung von Verträgen, sondern auf den Inhalt des jeweiligen Vertrages abgestellt. Eine Leistung, die zur gewöhnlichen, nicht aber zur vereinbarten besonderen Verwendung geeignet ist, stellt deshalb eine mangelhafte, weil nicht vertragskonforme Vertragserfüllung dar⁴⁸. Unbeachtlich ist der objektive Wert der erbrachten Leistung. Es widerspricht nun aber nicht nur der Logik, wenn bei der Bestimmung der mangelhaften Leistung ein subjektiver und bei der Minderungsberechnung ein objektiver Massstab zugrunde gelegt wird; vielmehr entsteht dadurch auch eine *Lücke* im Gewährleistungsrecht⁴⁹. Immer dann, wenn die Mängel den objektiven Wert der Reise nicht herabsetzen und damit die Voraussetzung für eine Ausgleichung der vertragswidrigen Erfüllung mittels der Minderung nicht gegeben ist, fehlt ein genügender Rechtsschutz. So ist z. B. im «Sri Lanka-Fall» durchaus denkbar, dass aus der Unterbringung inmitten der lärmigen Stadt statt im versprochenen, ruhig gelegenen Ferienort keine Herabsetzung des objektiven Werts der Reise resultiert. Gleiches gilt, wenn die ausdrücklich zugesagte Verbindungstür zu dem Zimmer der Kinder fehlt; keine Tauchschule, dafür aber ein Fitnessraum vorhanden ist; statt einer Squash-Halle ein Tennisplatz zur Verfügung steht usw.

Da beim Reisevertrag die immateriellen Vertragsinteressen im Vordergrund stehen, wirkt sich diese Lücke im Gewährleistungsrecht stärker als bei anderen Vertragstypen aus. Diese Lücke sollte nun meines Erachtens geschlossen werden, indem der Berechnung des Minderungswerts ebenfalls ein *subjektiver Einschlag* gegeben wird; d. h. der Minderwert ist auch nach Massgabe der Beeinträchtigung von immateriellen Vertragsinteressen zu bestimmen⁵⁰.

⁴⁷ Vgl. statt vieler BGE 105 II 101; Keller/Lörtscher, Kaufrecht, 2. Aufl. Zürich 1986, 87; Gauch, Der Werkvertrag, 3. Aufl. Zürich 1985, N. 1139 ff.

⁴⁸ Vgl. z. B. Gauch (Fn. 47), N. 918.

⁴⁹ Ebenso Gauch (Fn. 47), N. 944 und 1147.

⁵⁰ Vgl. in diesem Sinne auch BGHZ 86, 216.

⁴⁶ Münchener-Kommentar/Schwerdtner BGB 12 N. 281; Müller (Fn. 21), 86.

Selbstverständlich bedeutet dies nicht, dass auf sämtliche Interessen des jeweiligen Reisenden abgestellt werden muss. Sind die immateriellen Interessen nicht durch Vereinbarung der Parteien Vertragsinhalt geworden, handelt es sich also lediglich um ein einseitiges Motiv, das den Reisenden zum Vertragsabschluss bewogen hat, so sind sie juristisch unbeachtlich. Insoweit kommen dieselben Grundsätze wie bei der Konkretisierung der mangelhaften Vertragserfüllung zur Anwendung. Die Höhe der Minderung sollte somit nach der Beeinträchtigung des *mit der Reise erkennbar verfolgten Zwecks* bestimmt werden⁵¹.

Gegen die – insbesondere in der deutschen Literatur erhobenen – Bedenken, eine Entschädigung immaterieller Interessen lediglich im Rahmen der Minderung sei nicht hinreichend, ist einzuwenden, dass die teilweise oder vollständige Rückzahlung des Reisepreises eine nicht unerhebliche Sanktion darstellt. Der Reiseveranstalter hat immerhin seine – wenn auch mangelhafte – Leistung (teilweise) erbracht, ohne dass er ein (volles) Entgelt erhält. Wer darüber hinaus eine Sanktion für notwendig erachtet, muss eben den Gesetzgeber bemühen⁵².

B. Ersatz für nutzlos gewordene Aufwendungen

In der Literatur und Rechtsprechung ist unstreitig, dass der Veranstalter dem Reisenden die *speziell im Hinblick* auf die Reise getätigten Aufwendungen – wie etwa die Kosten für das Visum, die Fahrt zum Flughafen und dergleichen – zu ersetzen hat⁵³. Nicht ganz einfach ist

jedoch die dogmatische Begründung. Die Schwierigkeit liegt – im Gegensatz zur Frustrationstheorie – nicht etwa in der fehlenden Kausalität zwischen schädigendem Ereignis und Schaden. Durch die mangelhafte Vertragserfüllung wird nämlich gegen den Vertrauenstatbestand, den der Vertrag schafft, verstossen. Massgebender Zeitpunkt für die Kausalitätsüberlegung ist daher die Schaffung des Vertrauenstatbestandes, d.h. der Vertragsabschluss⁵⁴. Problematisch ist vielmehr, dass der Gläubiger mit der Geltendmachung der Aufwendungen sein negatives Interesse verfolgt. Bei Schlechterfüllung des Vertrages steht dem Reisenden aber nur das positive, d.h. das Erfüllungsinteresse zu⁵⁵. Beim Erfüllungsschaden tritt anstelle des Ersatzes für nutzlose Aufwendungen der infolge der Vertragsverletzung entgangene Gewinn⁵⁶.

Nun kann aber nach der in Deutschland vertretenen und zutreffenden Auffassung, wenn der entgangene Gewinn nicht messbar oder schwer nachweisbar ist, auf die Höhe der nutzlosen Aufwendungen als *Mindestschaden*, als «erster handgreiflicher Schaden» abgestellt werden⁵⁷. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Gläubiger als vernünftige Person selbst am besten weiss, ob und weshalb ein Vertrag für ihn wirtschaftlich sinnvoll ist. Diese Überlegung kann auch auf Verträge, die ein immaterielles Interesse verfolgen, übertragen werden. Der Schuldner wird hinnehmen müssen, dass das immaterielle Interesse des Gläubigers nach der Höhe seiner *erkennbar notwendigen*, nachträglich aber nutzlos gewordenen Aufwendungen berechnet wird⁵⁸.

⁵¹ Jauernig-Kommentar/Teichmann, BGB 651 d Anm. 1.

⁵² Honsell (Fn. 29), 228.

⁵³ Vgl. z. B. Stark (Fn. 1), 317; Zürcher Handelsgericht (Fn. 8), 32.

⁵⁴ Küppers (Fn. 10), 65.

⁵⁵ Keller, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Zürich 1949, 232.

⁵⁶ Keller (Fn. 55), 259.

⁵⁷ Vgl. z. B. BGH, JZ 1987 516.

⁵⁸ Vgl. auch Keller (Fn. 55), 262 Anm. 395.