2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

BGer 4A_394/2018 (zur Publikation bestimmt): Schadenersatz, Minderwert

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_394/2018 vom 20. Mai 2019, A.A., B.A., C.C., D.C., E.E. und F.E. *gegen* G.G., Schadenersatz, Minderwert.

Markus Vischer*

Bei Immobilien ist ein merkantiler Minderwert nur bei Vorliegen eines konkreten Schadens ersatzfähig.

I. Sachverhalt

Die sich im Konkurs befindende H. GmbH (Beklagte 1) bezweckte u.a. die Führung einer Generalunternehmung und den Handel sowie den Kauf und Verkauf von Immobilien. G.G. (Beklagte 2) ist die Frau des im Oktober 2006 verstorbenen H.G., der Geschäftsführer der Beklagten 1 mit Einzelunterschrift war. Im Jahr 2001 schlossen drei Paare (Kläger 1–6) mit der Beklagten 1 je einen Vertrag über den Bau von je einem Einfamilienhaus. Infolge von heftigen Regenfällen vom 7. bis 9. August 2007 kam es zu einem Wassereinbruch in den drei Häusern der Kläger. Nachdem die Kläger bei der Beklagten 1 schriftlich Mängelrüge erhoben und sie erfolglos zur Behebung der Mängel sowie zum Schutz vor allfälligen weiteren Schadensfällen aufgefordert hatten, liessen sie im Sinne einer Ersatzvornahme ein Hochwasserschutzkonzept realisieren. Am 30. August 2012 verkauften die Kläger 3 und 4 ihr Einfamilienhaus.

Im Gerichtsverfahren, welches die Kläger mit Klage vom 23. März 2009 gegen die Beklagten einleiteten, drangen die Kläger mit ihrem Begehren, Ersatz des von ihnen geltenden gemachten merkantilen Minderwerts zu erhalten, nicht durch, weshalb die Kläger mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gelangten.

II. Begründung

Das Bundesgericht hielt fest, dass – nach der Konkurseröffnung über die Beklagte 1 – die Beschwerdegegnerin im vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahren nur noch die Beklagte 2 sei. Die Leistungspflicht der Beklagten 2 beruhe

* Markus Vischer, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich.

auf den Entscheiden der Vorinstanzen, welche eine persönliche Haftung von H.G. als Organ der Beklagten 1 gestützt auf Art. 55 Abs. 3 ZGB bejaht hätten. Als Erbin von H.G. sei die Beklagte 2 für allfällige von H.G. durch unerlaubte Handlung begründete Schulden haftbar. Die Beklagte 2 habe die grundsätzliche Haftung für einen allfälligen von H.G. durch unerlaubte Handlung verursachten Schaden aus merkantilem Minderwert im vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahren nicht in Frage gestellt. Gegenstand des vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahrens bilde daher einzig noch die Frage des Bestands und gegebenenfalls der Höhe des von den Klägern geltend gemachten Schadens aus merkantilem Minderwert (E. 2.1, 2.2 Ingress).

Unter einem merkantilen Minderwert verstehe man die durch ein schädigendes Ereignis verursachte Minderung des Verkehrswerts einer Sache, die unabhängig von deren technischer bzw. funktioneller Beeinträchtigung eintrete. Dieser merkantile Minderwert orientiere sich am subjektiven Empfinden potenzieller Käufer, wobei der Grund, weshalb der Markt mit einem nicht technisch begründeten Preisabschlag reagiere, ohne Belang sei. Während diese Wertminderung sich regelmässig – etwa bei einer beschädigten Sache – mit dem Verdacht verborgener Mängel trotz technisch einwandfreier Instandsetzung der Sache erklären liesse, seien auch andere wertmindernde Faktoren rein psychologischer Art denkbar. Ob der merkantile Minderwert als Mangelfolgeschaden zu qualifizieren oder dem Bereich der Minderung zuzuordnen sei, sei in der Lehre umstritten. In der Schweiz werde ein merkantiler Minderwert bei Motorfahrzeugen anerkannt. In einem neueren unpublizierten Urteil,[1] in welchem es um einen Brand bei der Errichtung eines Panoramarestaurants ging, habe das Bundesgericht erwogen, dass ein merkantiler Minderwert prinzipiell bei allen Sachen eintreten könne, für die aufgrund ihrer Eigenart die Möglichkeit erhöhter Schadenanfälligkeit typisch sei, bei denen also die Befürchtung verborgener Schäden oder Mängel für den weiteren Gebrauch der Sache von Bedeutung sei (E. 3.1).

In der Lehre werde einhellig darauf hingewiesen, dass der merkantile Minderwert infolge Zeitablaufs abnehme. Das liesse sich damit erklären, dass das Misstrauen des Marktes mit der Zeit abnehme bzw. das schadensstiftende Ereignis langsam vergessen gehe, bis es bei der Bewertung gar keine Rolle mehr spiele. Bei Immobilien werde davon ausgegangen, dass der merkantile Minderwert nach höchstens 15 Jahren ganz verschwinde (E. 3.2.1).

Nach ständiger Rechtsprechung gelte als Schaden die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Der Schaden entspreche – gemäss der in der Schweiz herrschenden Differenztheorie – der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (E. 4.1.1).

Bei der Frage des im Schadenersatzrecht relevanten Zeitpunkts (bzw. der relevanten Zeitpunkte) seien zwei Aspekte auseinanderzuhalten. Einerseits stelle sich die – verfahrensrechtliche – Frage des Zeitpunkts der Vornahme der Schadenersatzberechnung durch das Gericht. Andererseits stelle sich die – materiellrechtliche – Frage des für die Schadensermittlung massgebenden Zeitpunkts (E. 4.1.2 Ingress).

Die erste, prozessrechtliche Frage bereite keine besonderen Schwierigkeiten. Massgebend für die Schadensberechnung sei der Zeitpunkt, bis zu dem die letzte kantonale Instanz noch neue Tatsachen berücksichtigen könne. Bei der schwierigeren materiellrechtlichen Frage gehe es im Wesentlichen um den massgebenden Zeitpunkt für die Ermittlung der beiden Vermögensstände, die im Sinne der Differenztheorie zu vergleichen seien. Wie bereits ausgeführt erfordere die Ermittlung des Schadens nach der herrschenden Differenztheorie einen Vergleich zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Das Abstellen auf das «gegenwärtige» Vermögen bedeute nach der Rechtsprechung und der Lehre einen Vergleich per Urteilszeitpunkt. Dabei sei präzisierend beizufügen, dass – auch wenn auf den Urteilszeitpunkt abgestellt werden soll – in Kauf zu nehmen sei, dass der massgebende Zeitpunkt nicht in allen Fällen genau der Urteilszeitpunkt sein könne. Dies hänge im Wesentlichen damit zusammen, dass gegebenenfalls – etwa mangels entsprechender Angaben der Parteien oder diesbezüglich nicht aufschlussreicher Beweismittel – keine Informationen über die Schadensentwicklung bis zum definitionsgemäss unvorhergesehenen Urteilstag vorhanden seien. Je nach Konstellation könne es folglich angebracht sein, einen anderen – dem Urteilstag jedoch möglichst naheliegenden – Zeitpunkt für die Ermittlung des Schadens heranzuziehen. Aufgrund der Vielfalt der haftungsbegründenden Tatbestände und deren Auswirkungen in zeitlicher Hinsicht sei es wünschenswert, dass der Richter bei der Bestimmung der für die Ermittlung des Schadens massgebenden zeitlichen Kriterien vermehrt von seinem Ermessensspielraum Gebrauch mache (E. 4.1.2.1 und 4.1.2.2).

Das beurteilende Gericht verfüge nicht immer bereits zum Zeitpunkt des Urteils über sämtliche Elemente zur Bemessung des Schadens. Das treffe insbesondere zu, wenn die Schadensentwicklung im Urteilszeitpunkt noch nicht abgeschlossen sei. Das führe nicht zum Aufschub des Ur-

[1] BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017.

teils. Vielmehr werde die Streitsache auf der Basis einer Prognose der zukünftigen Entwicklung nach der allgemeinen Lebenserfahrung in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR endgültig erledigt. Der Praktikabilität der Rechtsordnung werde in diesem Zusammenhang mehr Gewicht beigemessen als der genauen Richtigkeit des zugesprochenen Schadenersatzes (E. 4.1.3).

Die Frage der rechtlichen Behandlung von sich mit der Zeit ändernden Schäden werde insbesondere im Zusammenhang mit Sachen diskutiert, die Wertveränderungen ausgesetzt seien. Das treffe etwa bei Sachen zu, die naturgemäss mit der Zeit bzw. Nutzung an Wert verlieren würden (z.B. Konsumgüter), wie auch bei Sachen, deren Wert schwanke, ohne dass die Wertentwicklung mit Sicherheit vorausgesagt werden könne (z.B. Wertpapiere). Von der Rechtsprechung und Lehre weniger beleuchtet seien Schäden, die sich nicht wegen zeitbedingter Veränderungen des Werts einer Sache, sondern ihrer Natur nach im Zeitablauf veränderten. Die Berücksichtigung von zukünftigen Entwicklungen im Rahmen der Schadensermittlung betreffe nicht nur zum Urteilszeitpunkt noch nicht entstandene Schadensposten, sondern auch Schäden, die voraussehbaren Änderungen ausgesetzt seien. Dazu gehöre der Schaden aus merkantilem Minderwert. Es sei nicht einzusehen, weshalb der Umstand, dass ein solcher Schaden nach allgemeiner Auffassung stets kleiner werde, bis er in verhältnismässig kurzer Zeit ganz verschwinde, unberücksichtigt bleiben solle (E. 4.1.3).

Nach dem Gesagten könne ein merkantiler Minderwert grundsätzlich bei allen Sachen eintreten, bei denen der Markt infolge eines schädigenden Ereignisses mit einem weder technisch noch funktionell begründeten Preisabschlag reagiere. Unter welchen Voraussetzungen ein solcher merkantiler Minderwert ersatzfähig sei, könne nicht allgemein festgehalten werden, sondern erfordere eine differenzierte Betrachtung je nach Art der betroffenen Sache (E. 4.2.1 Ingress).

Bei Motorfahrzeugen könne grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein erlittener Schaden aus merkantilem Minderwert regelmässig eine bleibende Vermögensverminderung darstelle. Folglich sei an der langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ersatz eines Schadens aus merkantilem Minderwert bei Fahrzeugen, wonach eine abstrakte Schadensberechnung zulässig sei, festzuhalten (E. 4.2.2).

Bei Immobilien vermindere sich ein merkantiler Minderwert nicht parallel zum Minderwert, den die Sache ohnehin durch Zeitablauf erfahre. Im Vergleich zu Motorfahrzeugen seien Immobilien langlebige Wirtschaftsgüter und besonders wertvolle Güter. Der vorübergehenden Natur eines Schadens aus merkantilem Minderwert werde bei Immobilien am besten dadurch Rechnung getragen, dass der Ersatz eines solchen Schadens auf den Fall zu beschränken sei, dass eine konkrete Vermögensverminderung nachgewiesen werde. Folglich sei für den Ersatz eines merkantilen Minderwerts bei Immobilien nur eine konkrete Schadensberechnung zulässig. Soweit sich aus dem erwähnten unpublizierten Urteil etwas anderes ergäbe, könne daran nicht festgehalten werden (E. 4.2.3).

Die Kläger 1, 2, 5 und 6 hätten keine Dispositionen über ihre Liegenschaften getroffen und könnten auch nicht aus anderen Gründen einen bleibenden unveränderlichen Schaden in ihrem Reinvermögen nachweisen. Nach dem Gesagten hätten sie folglich keinen Anspruch auf den Ersatz eines allfälligen merkantilen Minderwerts. Die Kläger 3 und 4 hätten keinen konkreten Schaden aus merkantilem Minderwert dargetan. Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei (E. 5 und 6).

III. Bemerkungen

A. Relativität des Schadensbegriffs

Der Wert dieses Urteils liegt im sehr offenen Ansprechen der praktischen Probleme bei der Bestimmung des jeweils relevanten Schadens im konkreten Einzelfall. Einerseits wird im Urteil ausgesprochen, dass der Schaden etwas Relatives ist, v.a. in zeitlicher Hinsicht. Andererseits wird im Urteil festgehalten, dass das Prozessrecht der Schadensbestimmung Grenzen setzt.

Diese Probleme sind jedem Praktiker und insbesondere jedem praktisch tätigen Prozessrechtler bekannt, der weiss, dass es sich beim Schadensbegriff um eine Wundertüte handelt, aus der sich je nach konkretem Fall alles Mögliche entwickeln kann, wobei in Bereichen, in denen keine gefestigte Rechtsprechung existiert, fast keine Prognosen bezüglich dieser Entwicklungen möglich sind. Das zeigt gerade das vorliegende Urteil bezüglich des merkantilen Minderwertes.

B. Untauglichkeit der Differenztheorie

Auch wenn das Bundesgericht die Gültigkeit der Differenztheorie fast gebetsmühlenartig wiederholt, ändert das nichts an der Tatsache, dass die Differenztheorie nicht in der Lage ist, vernünftige und praktikable Lösungen zu bieten. Das zeigt auch der vorliegende Fall, welchen das Bundesgericht im Resultat nicht mit einem Rückgriff auf die Differenztheorie löst. Denn diese erklärt weder die Anwendung der konkreten Berechnungsmethode bei Immobilien noch die unterschiedliche Behandlung des merkantilen Minderwerts bei Fahrzeugen und Immobilien. Entsprechend gehört die Differenztheorie als Fundamentalprinzip im Schadensrecht

endlich in die Mottenkiste der Rechtswissenschaft verabschiedet.[2] Schaden ist keine Tatsache, die sich als natürlich existierend rein naturwissenschaftlich ermitteln lässt.[3] Entsprechend gibt es keinen natürlichen Schadensbegriff.[4] Vielmehr ist der Schaden ein Rechtsbegriff. Er ist zudem ein unbestimmter Rechtsbegriff. Der Richter hat deshalb wie generell bei unbestimmten Rechtsbegriffen (bzw. Generalklauseln) in Anwendung von Art. 1 und 4 ZGB und des vertraglichen und gesetzlichen Kontextes je nach Anwendungsbereich typisierende Regeln zur Schadensbestimmung sowie zum für die Schadensbestimmung relevanten Zeitpunkt aufzustellen, was schon Art. 43 Abs. 1 OR bzw. dem dortigen Hinweis auf die Umstände zu entnehmen ist.[5] So geht denn auch die Praxis, und auch das Bundesgericht trotz immerwährender Berufung auf die Differenztheorie, in aller Regel vor.[6] Entsprechend ist von einem normativen, für einzelne Fallgruppen aber jeweils zu typisierenden Schadensbegriff auszugehen.[7]

C. Fehlgriff des Bundesgerichts in Bezug auf die Behandlung des merkantilen Minderwerts bei Immobilien

Die Ausführungen des Bundesgerichts zur Relativität des Schadensbegriffs v.a. in zeitlicher Hinsicht sind wie gesagt verdienstlich. Nur schiesst das Bundesgericht im konkreten Fall in der Anwendung dieses Relativitätsgedankens über das Ziel hinaus, weil es den merkantilen Minderwert bei Immobilien abgesehen von einem realisierten merkantilen Minderwert ins Nichts relativiert, da der merkantile Minderwert über die Zeit verschwinde. Denn das liesse sich bei vielen Schadensarten, z.B. beim Haushalts- oder Versorgerschaden, ja überhaupt bei jedem Schaden sagen, weil dieser spätestens beim Tod des Geschädigten, aber auch bei anderen Ereignissen[8] in ferner Zukunft immer Null beträgt (wenn man einmal die Rechtsnachfolgethematik ausblendet). Auch der vom Bundesgericht bei Fahrzeugen nach wie vor nach abstrakter Berechnungsmethode berechnete merkantile Minderwert beträgt in ferner Zukunft Null, wenn das Fahrzeug keinen Wert mehr hat.[9] Damit ist auch gesagt, dass die differenzierte Behandlung des merkantilen Minderwerts bei Fahrzeugen und Immobilien in keiner Art und Weise überzeugt.

---

2 Im Resultat gl.M. Vito Roberto, Haftpflichtrecht, 2. A., Bern 2018 (zit. Haftpflichtrecht), N 23.05 ff., N 26.01 ff. auch mit der Ablehnung von vermittelnden Auffassungen; Heinrich Honsell/Bernhard Isenring/Martin A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2013, § 1 N 26 ff.; Heinrich Honsell, Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, in: Stephan Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht – Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich/Basel/Genf 2010, 255 ff., insb. 257 ff. zum historischen Hintergrund der Differenztheorie; Vito Roberto, Schadensrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997 (zit. Schadensrecht), 18; s.a. BGE 129 III 331 E. 2.2: «Der Geldersatz ist deshalb unabhängig von einer allfälligen Vermögenseinbusse im Sinne des allgemeinen Schadensbegriffs (Differenzhypothese) zu leisten»; differenzierend z.B. BGE 127 III 403 E. 4a; Roland Brehm, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 41 OR N 70b ff.; Walter Fellmann/Andrea Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012, N 121 ff.

3 Roberto, Schadensrecht (FN 2), 18.

4 Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. A., Zürich/Basel/Genf 2014, N 2853; Roberto, Schadensrecht (FN 2), 18.

5 Z.B. Gauch/Schluep/Emmenegger (FN 4), N 2853; Honsell/Isenring/Kessler (FN 2), § 1 N 33 f., § 8 N 12; Fellmann/Kottmann (FN 2), N 119; Honsell (FN 2), 255 f., 271, allerdings mit einer zu einseitigen Verweisung auf Art. 4 ZGB; s.a. Roberto, Schadensrecht (FN 2), 18: «Der Schaden lässt sich eben nicht auf einen reinen Rechenvorgang reduzieren, sondern bedarf der wertenden Konkretisierung», 47: «Immer mehr setzt sich die Erkenntnis durch, dass sich weitere Regeln nur mit Blick auf die zur Lösung anstehenden Problemgruppen aufstellen lassen»; zur entsprechenden Regelbildung beim (unbestimmten Rechts-)Begriff des wichtigen Grundes Markus Vischer, BGer 4A_241/2017: Alleinvertriebsvertrag, AJP 2019, 130 ff., 131 ff.

6 Heinz Rey/Isabelle Wildhaber, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2018, N 186: «Die Differenztheorie gelangt in der Praxis kaum je zur Anwendung, sie erweist sich hinsichtlich ihrer Praktikabilität als fragwürdig»; Alfred Koller, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 46.59: «Die Differenztheorie ist nicht nur unpraktikabel, […]»; Fellmann/Kottmann (FN 2), N 75; Rolf H. Weber, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2000, Art. 97 OR N 153; s.a. BGE 144 III 155 E. 2.2: «Nach dem allgemeinen Schadensbegriff, wie er in der Praxis des Bundesgerichts verwendet wird, ist der Schaden eine unfreiwillige Vermögensverminderung, der in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder im entgangenen Gewinn bestehen kann. Er entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte […]. Zu beachten ist indessen, dass der so definierte allgemeine Schadensbegriff im Einzelfall konkretisiert werden muss, damit er brauchbare Kriterien für die Schadensberechnung liefern kann.»

7 Markus Vischer, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskaufvertrag, SJZ 2010, 129 ff., 130; s.a. Roberto, Haftpflichtrecht (FN 2), N 26.05 ff., und Vito Roberto, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 19.1.2001, Einwohnergemeinde Bern c. Z., BGE 127 III 73, AJP 2001, 723 ff., 725, der in diesem Zusammenhang von einem gegliederten Schadensbegriff spricht.

8 S.a. Roberto, Haftpflichtrecht (FN 2), N 23.09, mit dem Beispiel der Schädigung eines Konsumguts, das bis zum Urteilstag so oder so konsumiert worden wäre.

9 S.a. Roberto, Haftpflichtrecht (FN 2), N 23.09, mit dem Beispiel der Schädigung eines Fahrzeugs, das vor dem Urteilstag einen Totalschaden erleidet.

Mit der Verneinung der Anwendung der abstrakten Berechnungsmethode des merkantilen Minderwerts bei Immobilien setzt sich das Bundesgericht zudem nicht nur in Widerspruch zur von ihm nach wie vor bejahten Anwendung der abstrakten Berechnungsmethode des merkantilen Minderwerts bei Fahrzeugen, sondern generell zu den Fällen, in denen nach ihm und der Lehre die abstrakte Berechnungsmethode anzuwenden ist. Bei Sachschäden z.B. liegt u.U. auch dann ein Schaden vor, wenn die beschädigte Sache nicht verkauft, nicht repariert oder nicht ersetzt wird.[10] Ebenso ist u.U. sogar ein bloss vorübergehender Schaden ein Schaden, was v.a. im Strafrechtsbereich gängige Praxis des Bundesgerichts ist.[11]

D. Zum merkantilen Minderwert im Allgemeinen

Damit sei nicht verneint, dass es das vom Bundesgericht beschriebene Phänomen des merkantilen (kommerziellen) Minderwerts gibt. Denn es ist in der Tat so, dass der Markt in bestimmten Fällen Sachen, also nicht nur Fahrzeugen oder Immobilien, nach der Wiederherstellung nach einem Schadensfall einen tieferen Wert als den Wert vor dem Schadensfall beimisst, obwohl nach der Wiederherstellung keine technische oder funktionelle Beeinträchtigung der Sache mehr vorhanden ist.

Entsprechend stellt sich die Frage, wie mit diesem real existierenden Phänomen im Schadensrecht umzugehen ist.

E. Zum merkantilen Minderwert im Gewährleistungsrecht

Im Gewährleistungsrecht verwendet der Gesetzgeber beim Rechtsbehelf der Minderung den Begriff des Minderwerts (z.B. Art. 205 Abs. 1 und Abs. 2 OR oder Art. 368 Abs. 2 OR), weshalb es legitim scheint, bei Ausführungen zum Minderwert und zum merkantilen Minderwert im Gewährleistungsrecht zu starten. Damit ist auch gesagt, dass nach der hier vertretenen Auffassung die Frage, ob im Gewährleistungsrecht ein merkantiler Minderwert zu ersetzen ist, eine Frage der (verschuldensunabhängigen) Minderung ist und sie sich entsprechend nicht erst im Rahmen des Schadenersatzrechts bei der Prüfung stellt, ob der merkantile Minderwert ein u.U. nur verschuldensabhängig zu ersetzender Mängelfolgeschaden ist.[12]

Es ist im Gewährleistungsrecht umstritten, ob der Minderwert nach der sogenannten relativen oder der absoluten Methode zu bestimmen ist. Die h.L. und das Bundesgericht wenden in konstanter Rechtsprechung die relative Methode an,[13] was nach der hier vertretenen Meinung nicht korrekt ist. Vielmehr ist die absolute Methode anzuwenden.[14] Danach entspricht der Minderwert, der mit dem direkten Schaden an der Sache selbst gleichzusetzen und eben wie gerade ausgeführt kein Mängelfolgeschaden ist,[15] im Sinne einer einfachen Differenzrechnung[16] der Differenz zwischen dem (Kauf-/Werk-)Preis (= [Markt-]Wert ohne Mängel) und dem (Markt-)Wert mit Mängel.[17] Letzterer ist mit Hilfe der Frage zu ermitteln, welchen (tieferen) (Kauf-/Werk-)Preis die

---

10 Noch korrekt BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.1: «Der soeben beschriebene Minderwert (inkl. des nicht begründeten Anteils) tritt sogleich mit der Rechtsgutverletzung – der Beschädigung der Sache – ein […]. Denn der Verkehrswert der Sache sinkt in diesem Moment, wodurch sich die Aktiven vermindern und ein Schaden im Sinne der Differenztheorie entsteht. Dieser Schaden entsteht also nicht erst, wenn die geschädigte Person die Sache verkauft und dabei aufgrund des geringeren Entgelts eine entsprechende Einbusse erleidet […]»; so schon BGer, 6B_499/2008, 12.11.2008, E. 2.6: «Der Schaden ist indessen bereits aufgrund der festgestellten Sachentziehung entstanden. Er setzt nicht Auslagen für einen Neuerwerb der Sache voraus», und BGE 64 II 137 E. 3c: «Der Schaden ist also nicht erst entstanden, wenn der Geschädigte die Sache verkauft und dabei ein entsprechende Einbusse erleidet; […]»; s. zum Ganzen auch Karl Oftinger/Emil Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. A., Zürich 1995, § 6 N 354 ff.; s. zur abstrakten Berechnungsmethode im Allgemeinen z.B. Roberto, Haftpflichtrecht (FN 2), N 28.03: «Entgegen der in der Literatur vertretenen Ansicht […] ist die konkrete (bzw. subjektive) Schadensberechnung nicht selbstverständlich. In zahlreichen Fallgruppen lässt sich der Schaden nur abstrakt (bzw. objektiv) ermitteln (die Terminologie ist in der Lehre uneinheitlich)»; s.a. Art. 191 Abs. 3 OR und Art. 215 Abs. 2 OR zu gesetzlich geregelten Fällen der abstrakten Berechnungsmethode.

11 BGer, 6B_278/2018, 17.5.2019, E. 9.4 m.w.H.

12 Im hier diskutierten Urteil hat das Bundesgericht ausgeführt, dass es in der Lehre umstritten sei, «[o]b der merkantile Minderwert als Mängelfolgeschaden zu qualifizieren oder dem Bereich der Minderung zuzuordnen [sei]», die Frage also offengelassen (BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 3.1); gl.M. wie hier Heribert Trachsel, Der merkantile Minderwert im Werkvertrags-, Grundstückkauf- und Nachbarrecht, BR 2017, 333 ff., 337 ff.; wohl gl.M. wie hier Arnold F. Rusch/Angelo Schwizer, Gewährleistung und Haftung bei abgasmanipulierten Fahrzeugen, AJP 2016, 1299 ff., 1302 f.

13 Nachweise bei BSK OR I-Honsell, Art. 205 N 8, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser); Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, N 688 f.

14 Vischer (FN 7), 131, bezüglich Kaufrecht; gl.M. BSK OR I-Honsell (FN 13), Art. 205 N 9, bezüglich Kaufrecht; BSK OR I-Zindel/Pulver/Schott (FN 13), Art. 368 N 36, bezüglich Werkvertragsrecht.

15 S.a. Vischer (FN 7), 131 f.

16 BSK OR I-Honsell (FN 13), Art. 205 N 9, bezüglich Kaufrecht.

17 Vischer (FN 7), 131 f., bezüglich Kaufrecht; Rolf Watter/Charlotte Wieser, Gedanken zur Minderwert- und Schadensberechnung bei Unternehmenskaufträgen, in: Matthias Oertle/Matthias Wolf/Stefan Breitenstein/Hans-Jakob Diem (Hrsg.), M&A Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, 149 ff., 161.

Parteien bezahlt hätten, hätten sie den Preis in Kenntnis der Mängel ausgehandelt.[18] Massgebend bei der Beantwortung der Frage ist der wirkliche oder, wenn dieser nicht feststellbar ist, der hypothetische Vertragswille.[19]

Die relative Methode und die absolute Methode führen dann zum gleichen Resultat, wenn der Kaufpreis dem (Markt-)Wert der Sache ohne Mängel gleichgesetzt wird, was im Sinne einer Vermutung oft getan wird,[20] weil der (Markt-)Wert einer Sache schwer zu ermitteln ist,[21] zumal der (Markt-)Wert ebenfalls ein unbestimmter Rechtsbegriff ist.[22] Die Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Methode ist auch dann bedeutungslos, wenn der Minderwert mit den Mängelbehebungskosten (und damit die Verminderung der Aktiven mit der Erhöhung der Passiven) gleichgesetzt wird, was im Sinne einer Vermutung erneut oft getan wird.[23] Unter Umständen sind statt der Mängelbehebungskosten die Ersatzbeschaffungskosten relevant.[24]

Die Tatsache der bloss vermutungsweisen Gleichsetzung des Minderwerts mit den Mängelbehebungskosten zeigt, dass der Minderwert auch höher sein kann.[25] Die entsprechende Differenz wird wie gezeigt dann mit dem Begriff des merkantilen Minderwerts eingefangen, wenn der Markt der Sache nach Mängelbehebung (auch Verbesserung genannt)[26] trotz nicht technischer oder funktioneller Beeinträchtigungen einen (Markt-)Wert beimisst, der tiefer als der Kaufpreis und damit tiefer als der (Markt-)Wert ist, den sie ohne Mängel gehabt hätte.[27] In diesem Fall liegt ein teilweise nicht behebbarer Mangel vor.[28] Die Vermutung ist deshalb mindestens teilweise beiseitezuschieben. Der Minderwert inklusive des merkantilen Minderwerts ist alsdann nach der vorstehend beschriebenen absoluten Methode letztlich als Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem tieferen Kaufpreis, den die Parteien nach dem mutmasslichen oder hypothetischen Vertragswillen für die Sache mit Mängeln bezahlt hätten (also als Verminderung der Aktiven), zu ermitteln. Alternativ ergibt sich der relevante Schaden aus den Mängelbehebungskosten (Erhöhung der Passiven) zuzüglich des merkantilen Minderwerts (Verminderung der Aktiven).[29]

Wie gesagt ist der Minderwert insgesamt mit dem direkten Schaden gleichzusetzen und stellt der merkantile Minderwert eine Position des direkten Schadens und nicht des Mängelfolgeschadens dar.[30] Die Klassifizierung ist relevant, weil bei direkten Schäden ein Verschulden keine Voraussetzung für die Haftung ist. Bei Mängelfolgeschäden ist dagegen ein Verschulden verlangt, sieht man einmal vom Sonderfall der verschuldensunabhängigen Haftung für unmittelbare Mängelfolgeschäden bei der Wandelung im Kaufrecht gemäss Art. 208 Abs. 2 OR ab.[31]

Relevanter Zeitpunkt zur Ermittlung des Minderwerts inklusive des merkantilen Minderwerts ist im Gewährleistungsrecht der Gefahrübergang oder nach Wahl des Käufers/Bestellers der Urteilszeitpunkt.[32] Folglich ist die Entwicklung des Minderwerts inklusive des merkantilen Minderwerts nach diesem Zeitpunkt irrelevant.

---

18 Vischer (FN 7), 135, bezüglich Kaufrecht; Watter/Wieser (FN 17), 161 f.

19 Zur Vertragsauslegung und -ergänzung im Allgemeinen z.B. Markus Vischer/Dario Galli, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, Besprechung des Urteils 4A_62/2017 des schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 2017, GesKR 2018, 222 ff., 227 f.

20 BGE 111 II 162 E. 3b bezüglich Kaufrecht; Vischer (FN 7), 134, bezüglich Kaufrecht; Koller (FN 13), N 675, 690, bezüglich Werkvertragsrecht.

21 Bezüglich Unternehmen z.B. Vischer (FN 7), 152 ff.

22 Zum Wertbegriff als Rechtsbegriff und nicht als Tatsache Dario Galli/Michael Kündig/Markus Vischer, «Schiedsgutachterklauseln» in M&A-Verträgen, GesKR 2018, 424 ff., 427.

23 BGE 111 II 162 E. 3c bezüglich Kaufrecht; BGE 116 II 313 E. 4a bezüglich Werkvertragsrecht; Vischer (FN 7), 134 f., bezüglich Kaufrecht, auch mit einem Caveat zu dieser Vermutung beim Unternehmenskauf; Koller (FN 13), N 675, 690, bezüglich Werkvertragsrecht.

24 BGer, 4A_61/2015, 25.6.2015, E. 3.1, 3.4.

25 S.a. BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.2: «Nicht zu verwechseln oder gleichzusetzen mit diesem durch die Beschädigung eingetretenen Minderwert (oder auch dem nur technisch bedingten Teil davon) sind die Kosten, die für eine Reparatur der beschädigten Sache anfallen ([…]). Diese zwei Posten brauchen in ihrer Höhe nicht übereinzustimmen.»

26 S. Art. 366 Abs. 2 OR und Art. 368 Abs. 2 OR.

27 S. auch Koller (FN 13), N 677.

28 Koller (FN 13), N 677.

29 BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.3: «Entweder wird als Sachschaden der gesamte Minderwert der beschädigten, unreparierten Sache geltend gemacht; […]. Oder es werden die Reparaturkosten zuzüglich eines allfälligen trotzdem bestehenden merkantilen Minderwerts beansprucht; […]»; s.a. zur Streitfrage, ob Reparaturkosten im Sinne fiktiver Kosten auch beansprucht werden können, wenn die Reparatur nicht ausgeführt wurde, BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.2; Roberto, Haftpflichtrecht (FN 2), N 29.01 ff., insb. N 29.11 ff.

30 Gl.M. Koller (FN 13), N 545 f., bezüglich Werkvertragsrecht.

31 Zur Streitfrage der Abgrenzung des unmittelbaren und des mittelbaren Schadens gemäss Art. 208 Abs. 2 und Abs. 3 OR und zur Streitfrage, ob Art. 208 Abs. 2 und 3 OR nur bei der Wandelung oder auch bei der Minderung etc. anwendbar sind, z.B. Markus Vischer, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, 129 ff., auch unter Hinweis auf den bekannten BGE 133 III 257 (Papageienfall). In diesem (Papageien-)Fall äussert sich das Bundesgericht dahingehend, dass der unmittelbare Schaden entgegen der hier vertretenen Meinung nicht nur der direkte Schaden, d.h. der Schaden an der Sache selbst, ist, sondern alle Schadenspositionen umfasst, welche «innerhalb der Kausalkette direkt durch den Mangel und nicht erst durch das Hinzutreten weiterer Schadensursachen hervorgerufen wurde[n]» (Regeste).

32 Vischer (FN 7), 134, bezüglich Kaufrecht.

Umfasst der vorstehend geschilderte Minderwert auch einen merkantilen Minderwert, so lässt sich dann, wenn der merkantile Minderwert auf die Befürchtung des Markts zurückzuführen ist, es könnten trotz Nachbesserung noch verdeckte Fehler bestehen,[33] sagen, es bestehe eine Haftung des Verkäufers/Unternehmens für einen blossen Verdacht.[34] Das ist nach der hier vertretenen Meinung nicht absurd, sondern im Gegenteil u.U. gerechtfertigt, ist im Gewährleistungsrecht doch von einem weiten Eigenschaftsbegriff auszugehen[35] und einem blossen Verdacht bzw., in einer anderen Terminologie, einer gebrauchsunabhängigen Eigenschaft[36] u.U. durchaus das Attribut eines Mangels zu geben.[37]

F. Zum merkantilen Minderwert im Recht der unerlaubten Handlung

Im Fall, der dem hier besprochenen Urteil zugrunde liegt, ging es nicht um Gewährleistungsrecht, sondern um eine unerlaubte Handlung. Allerdings verhält es sich in diesem Bereich bezüglich des merkantilen Minderwerts nicht anders als im Gewährleistungsrecht. Der gesamte Minderwert, d.h. der gesamte (direkte) Schaden, ist auch hier die Differenz zwischen dem (Markt-)Wert vor und nach dem Schadensfall, während der merkantile Minderwert bei Wiederherstellung die Differenz zwischen dem (Markt-)Wert vor dem Schadensfall und den effektiven Wiederherstellungskosten bzw. die Differenz zwischen dem (Markt-)Wert vor und nach der Wiederherstellung ist.[38] Alternativ entspricht der Schaden wiederum den Wiederherstellungskosten zuzüglich des merkantilen Minderwerts.[39] Der massgebende Zeitpunkt ist nach der hier vertretenen Meinung nach Wahl des Klägers erneut der Zeitpunkt des Schadensfalls oder der Urteilszeitpunkt.[40] Umfasst der Schaden auch den merkantilen Minderwert, ist dessen Abnahme ebenso wie dessen Realisation irrelevant. Dass der merkantile Minderwert irgendwann Null ist, wenn keine Realisation eintritt, ist nicht stossend, ist doch wie erwähnt jeder Schaden irgendwann Null, nämlich spätestens dann, wenn der Geschädigte tot ist. Der relevante Zeitpunkt hat eben etwas Aleatorisches, wie das Bundesgericht ja selbst im vorliegend diskutierten Urteil aufzeigt.

---

33 S. zu den verschiedenen Ursachen eines merkantilen Minderwerts das hier diskutierte Urteil BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 3.1.

34 Arnold F. Rusch, Schleichwege zur werkvertraglichen Sachgewähr, BR 2017, 289 ff., 290 f.; Arnold F. Rusch, Verdacht als Mangel, AJP 2012, 44 ff.; s.a. OGer ZH, LB 170015, 18.3.2019, E. II.3; Trachsel (FN 12), 337 ff.; Peter Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich/Basel/Genf 2011, N 1424.

35 Im Allgemeinen z.B. Markus Vischer, Unternehmensübertragungsvertrag – Besprechung des Urteils 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, GesKR 2011, 81 ff., 84; Markus Vischer, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, 233 ff., 235.

36 Z.B. Koller (FN 13), N 545.

37 S.a. in BSK OR I-Honsell (FN 13), Art. 197 N 6, erwähntes Beispiel.

38 So Roberto, Haftpflichtrecht (FN 2), N 28.28.

39 So BGer, 4A_61/2015, 25.6.2015, E. 3.1.

40 Ähnlich Roberto, Haftpflichtrecht (FN 2), N 30.39.