



Merkantiler Minderwert

Bemerkungen zu BGE 145 III 225

VITO ROBERTO*



BURIM PAVATAJ**

985

Die Ersatzfähigkeit des merkantilen Minderwerts ist bei Unfallfahrzeugen im schweizerischen Recht anerkannt. Das Bundesgericht musste in den vergangenen zwei Jahren zwei Mal die Ersatzfähigkeit dieser Schadensposition bei Immobilien beurteilen. Es kommt zum Ergebnis, dass der merkantile Minderwert – anders als bei Unfallfahrzeugen – nur zu ersetzen ist, wenn er sich infolge durchgeführter Reparatur und Veräusserung der Sache konkret beim Geschädigten niederschlägt. Dies könne bloss der Fall sein, wenn der Verkaufserlös unter dem geschätzten Verkehrswert liege.

Die Autoren zeigen auf, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts weder in der Sache noch dogmatisch überzeugt. Der Geschädigte, der diesen Schaden geltend machen will, wäre gezwungen, die Sache zu reparieren und zu veräussern. Sowohl bei Unfallfahrzeugen als auch bei Immobilien sollte der merkantile Minderwert unabhängig von Reparatur oder Veräusserung ersatzfähig sein.

Le droit suisse reconnaît l'indemnisation pour la dépréciation mercantile dans le cas des véhicules accidentés. Ces deux dernières années, le Tribunal fédéral a eu à se prononcer à deux reprises sur l'indemnisation de ce poste de dommage dans le cas d'immeubles. Il parvient à la conclusion que, contrairement aux véhicules accidentés, la dépréciation mercantile ne peut être indemnisée que lorsqu'elle produit des effets concrets chez le lésé suite à la réparation et à la cession de la chose. Cela ne saurait être le cas que lorsque le bénéfice résultant de la vente est inférieur à la valeur vénale estimée.

Les auteurs démontrent que cette jurisprudence du Tribunal fédéral ne saurait être suivie, ni en l'espèce, ni sur le plan dogmatique. Le lésé qui veut faire valoir ce dommage serait obligé de réparer et de vendre l'immeuble. Que ce soit pour les véhicules accidentés ou les immeubles, la dépréciation mercantile devrait pouvoir être indemnisée indépendamment de la réparation et de la vente.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Wassereintrich bei Häusern
- III. Zum merkantilen Minderwert als Schadensposition
 - A. Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - B. Kritische Bemerkungen
- IV. Zum massgebenden Zeitpunkt für die Schadensermittlung
 - A. Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - B. Kritische Bemerkungen
- V. Zur Berechnungsmethode des merkantilen Minderwerts
 - A. Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - B. Kritische Bemerkungen
- VI. Verkehrswert, Verkaufserlös und merkantiler Minderwert
 - A. Rechtsprechung des Bundesgerichts
 - B. Kritische Bemerkungen
- VII. Zusammenfassung und abschliessende Würdigung

I. Einleitung

Das Schadenersatzrecht wird im Schrifttum regelmässig auf die Differenztheorie reduziert. Schaden ist danach die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Vermögensstand, wie er ohne schädigendes Ereignis wäre. Dass die Vermögensdifferenzformel von geringem heuristischem Wert ist, zeigt exemplarisch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein merkantiler Minderwert ersatzfähig ist.

In einem unlängst ergangenen Entscheid des Bundesgerichts¹ wurde die Ersatzfähigkeit des merkantilen Minderwerts ausführlich thematisiert. Der geradezu lehrbuchmässige Sachverhalt und die differenzierten und rechtsvergleichenden Überlegungen des Gerichts rechtfertigen eine vertiefte Analyse des Entscheids sowie der Argumente in Bezug auf diese Schadensposition. Dies gilt umso mehr, als das Gericht knapp zwei Jahre zuvor bereits den merkantilen Minderwert im Zusammenhang mit einer beschädigten Liegenschaft zu beurteilen hatte² und die rechtliche Beurteilung in dieser kurzen Zeitspanne teilweise änderte.

II. Wassereintrich bei Häusern

Der Sachverhalt, der Grundlage des neuen Entscheids des Bundesgerichts bildet, ist folgender: Drei Ehepaare vereinbarten mit einer Generalunternehmerin den Bau von drei nebeneinanderliegenden Einfamilienhäusern. Infolge heftiger Regenfälle kam es im fünften Jahr nach Fertigstellung der Häuser zu einem Wassereintrich. Nachdem die Ehepaare Mängelrüge erhoben und die Generalunternehmerin erfolglos zur Behebung der Mängel sowie zum

* VITO ROBERTO, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

** BURIM PAVATAJ, M.A. HSG, Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

¹ BGE 145 III 225 = BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019; nachfolgend wird auf die Erwägungen des unpublizierten Entscheids verwiesen.

² BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017.

Schutz vor etwaigen weiteren Schäden aufgefordert hatten, liessen sie im Sinne einer Ersatzvornahme ein Hochwasserschutzkonzept realisieren.

Die drei Ehepaare und Kläger erhoben Klage gegen die Generalunternehmerin sowie deren Geschäftsführer. Die erste und die zweite kantonale Instanz bejahten die Haftung der Generalunternehmerin für die Nachbesserungsarbeiten sowie die solidarische Haftung der Generalunternehmerin mit dem Geschäftsführer für weitere Schadenspositionen. Abgewiesen wurde dagegen die Forderung in der Höhe von etwas mehr als CHF 1 Mio. als Schaden aus merkantilem Minderwert. Über die Generalunternehmerin wurde zwischenzeitlich der Konkurs eröffnet und das Verfahren sistiert; die im Grundsatz bestehende ausservertragliche Haftung des Geschäftsführers aus Art. 55 Abs. 3 ZGB wurde bejaht und vor Bundesgericht nicht bestritten. Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildete daher einzig die Frage, ob und in welcher Höhe der von den Beschwerdeführern geltend gemachte Schaden aus merkantilem Minderwert bestand.

Eines der drei Ehepaare hatte seine Liegenschaft im Laufe des Verfahrens für CHF 3,2 Mio. an Dritte verkauft, die über den Wassereinbruch informiert worden waren. Einige Jahre später, aber immer noch während des kantonalen Verfahrens, schätzte ein Gutachter den Verkehrswert der unbelastet gedachten Liegenschaft auf CHF 3 Mio. Dieser Aspekt ist aus einem doppelten Grunde wesentlich: Erstens gab es im zu beurteilenden Sachverhalt sowohl Geschädigte, welche Eigentümer der beschädigten Sache blieben, als auch Geschädigte, welche die Liegenschaft veräussert hatten; in der Rechtsprechung bestehen Unsicherheiten, ob die beiden Fallgruppen unterschiedlich zu behandeln sind. Zweitens gelang es den Betroffenen, welche die Sache veräussert hatten, einen über den geschätzten Verkehrswert hinausgehenden Verkaufspreis zu erzielen; dies wirft die Frage auf, ob eine Liegenschaft in einem solchen Fall einen merkantilen Minderwert aufweisen kann.

III. Zum merkantilen Minderwert als Schadensposition

A. Rechtsprechung des Bundesgerichts³

Das Bundesgericht definiert den merkantilen Minderwert als die *«durch ein schädigendes Ereignis verursachte Minderung des Verkehrswertes einer Sache, die unabhän-*

gig von deren technischen bzw. funktionellen Beeinträchtigung eintritt».⁴ Dieser merkantile Minderwert orientiert sich am subjektiven Empfinden potenzieller Käufer. Der Grund, weshalb der Markt mit einem technisch nicht begründeten Preisabschlag reagiere, sei ohne Belang.⁵

In der Schweiz ist die Ersatzfähigkeit des merkantilen Minderwerts in erster Linie bei Motorfahrzeugen anerkannt.⁶ Das Bundesgericht erinnert in diesem Zusammenhang an zwei ältere Entscheidungen, in welchen eine solche Schadensposition bejaht wurde, obwohl nach Vornahme der Reparatur technisch kein Nachteil mehr vorhanden gewesen sei.⁷ Eine Entschädigung könne eben unabhängig davon beansprucht werden, *«ob der Geschädigte das Auto behalte oder verkaufe»*.⁸

Der merkantile Minderwert ist freilich nicht auf den Fahrzeugbereich beschränkt. Vielmehr kann dieser, wie das Bundesgericht in den letzten Jahren zwei Mal festgehalten hat, prinzipiell bei allen Sachen eintreten. Vorwiegend kommen Sachen in Betracht, für die aufgrund ihrer Eigenart die Gefahr einer erhöhten Schadensanfälligkeit infolge der Beschädigung typisch ist, bei denen also die Befürchtung verborgener Mängel von Bedeutung sei.⁹

Der merkantile Minderwert nimmt infolge Zeitablaufs ab. Dies lässt sich damit erklären, dass das Misstrauen des Marktes, es könne trotz der Reparatur ein Mangel verblieben sein, mit der Zeit abnimmt. Gemäss Bundesgericht geht das schadenstiftende Ereignis langsam vergessen, bis es bei der Bewertung keine Rolle mehr spielt. Dieser Aspekt finde *«in Rechtsprechung und Lehre bei der Festlegung des für die Bestimmung eines solchen Schadens relevanten Zeitpunktes kaum Beachtung»*.¹⁰

845 ff., der insbesondere auf die für diese Problematik unergiebige Differenzhypothese und die vertraglichen Aspekte eingeht.

⁴ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 3.1.

⁵ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 3.1; siehe auch BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.1.

⁶ Vgl. etwa KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., Zürich 1995, § 6 N 370; HANS MERZ, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI/1, Basel 1984, 195; WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012, § 6 N 2344; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, N 18.08; HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich 2018, N 371; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, 3. A., Bern 2017, N 1092 ff.

⁷ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 3.1 mit Verweis auf BGE 64 II 137 und BGE 84 II 158.

⁸ BGE 64 II 137; siehe auch BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.1 und E. 4.3.3.1.

⁹ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.2.1 und E. 3.1 mit Verweis auf BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.1 und E. 4.3.3.1.

¹⁰ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 3.2.2.

³ Siehe zu diesem Urteil auch MARKUS VISCHER, BGer 4A_394/2018 (zur Publikation bestimmt): Schadenersatz, Minderwert, AJP 2019,

B. Kritische Bemerkungen

Welche Einbussen als Schäden ersatzfähig sind, ist – wie einleitend schon festgehalten – oftmals unklar, und die Frage lässt sich regelmässig nicht mit Verweis auf die Differenztheorie beantworten.¹¹ Dieser Befund wird durch den vorliegenden Bundesgerichtsentscheid exemplarisch belegt.

Zutreffend ist der Hinweis des Bundesgerichts, dass der Verkehrswert einer reparierten Sache aufgrund der Unsicherheit über verbliebene Mängel eine Einbusse erfährt. Unmittelbar evident ist die Auswirkung dieses im Markt bestehenden Misstrauens bei Fahrzeugen. Der merkantile Minderwert wird zwar primär bei Fahrzeugen diskutiert, kommt aber grundsätzlich bei allen Sachen in Betracht, bei welchen sich entsprechende Unsicherheiten auf den Marktpreis niederschlagen.¹²

Weniger Zustimmung verdient die Auffassung des Bundesgerichts, der merkantile Minderwert beruhe nicht auf objektiven Gründen, sondern auf dem «*subjektiven Empfinden potenzieller Käufer*». Beim merkantilen Minderwert handelt es sich nicht bloss um ein «*subjektives Empfinden*», was das Gericht in einer älteren Entscheidung in deutlichen Worten herausstrich: «*Selbst Laien im Autohandel wissen, dass nach derartigen Reparaturen mit der Möglichkeit erst später auftretender Mängel gerechnet werden muss, weshalb solche Wagen im Handel niedriger bewertet werden.*»¹³

Bei reparierten Sachen ist die Wahrscheinlichkeit versteckter Mängel nach der Lebenserfahrung oftmals

höher;¹⁴ dies gilt zumindest bei erheblichen Schädigungen. Die Auswirkungen dieser Gefahr führen daher zu einem «*objektiven Minderwert*». Im Handel ist aus diesem Grunde auch auf eine entsprechende Reparatur hinzuweisen; das arglistige Verschweigen einer solchen Reparatur kann den strafrechtlichen Tatbestand des Betrugs erfüllen.¹⁵

Sachgerecht ist die Feststellung des Bundesgerichts, wonach der merkantile Minderwert im Laufe der Zeit absinkt und schliesslich ganz verschwindet.¹⁶ Die Wahrscheinlichkeit, dass bei einer beschädigten Sache nicht sämtliche Mängel festgestellt werden können bzw. der Mangel erst zu einem späteren Zeitpunkt zu Tage tritt, nimmt im Laufe der Zeit zwangsläufig ab. Damit stellen sich interessante Fragen im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Schadensfeststellung.¹⁷ Das Bundesgericht hat sowohl im aktuellen als auch im zwei Jahre zuvor ergangenen Entscheid zum merkantilen Minderwert¹⁸ umfangreiche Überlegungen hierzu angestellt.

IV. Zum massgebenden Zeitpunkt für die Schadensermittlung

A. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht tut sich schwer mit der Frage, auf welchen Zeitpunkt bei dieser Schadensposition abzustellen ist. Dies wird schon dadurch ersichtlich, dass der zeitliche Aspekt in beiden Entscheidungen der letzten Jahre, welche sich mit dem merkantilen Minderwert befassen, einen erheblichen Teil der Erwägungen bildet.

Keine besonderen Probleme stellen sich hinsichtlich des prozessrechtlich massgebenden Zeitpunktes für die Schadensberechnung. Eine differenzierte Herangehensweise erfordere dagegen, so das Gericht, «*die schwierigere materiellrechtliche Frage des für die Schadensermittlung massgebenden Zeitpunktes. Dabei geht es im Wesentlichen um den massgebenden Zeitpunkt für die Ermittlung der beiden Vermögensstände, die im Sinne der Differenztheorie zu vergleichen sind.*»¹⁹ In Betracht

¹¹ HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich 2013, § 1 N 32; VISCHER (FN 3), AJP 2019, 847; VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, 2. A., Bern 2018, N 23.05 ff. mit weiteren Hinweisen; ferner dazu BENOÎT CHAPPUIS, Le moment du dommage, Zürich 2007, 40 ff.

¹² BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 3.1 mit Verweis auf BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.1 und E. 4.3.3.1; siehe auch ROBERTO (FN 11), N 28.25 ff.; OFTINGER/STARK (FN 6), § 6 N 370; RENÉ SCHAFFHAUSER/JAKOB ZELLWEGER, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. II, Bern 1988, N 1118; FELLMANN/KOTTMANN (FN 6), § 6 N 2344; ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013, Art. 41 OR N 78b; WERRO (FN 6), N 1092 ff.

¹³ BGE 96 IV 145, 147; vgl. dazu auch FRANK WALTER/ROBERT KORVES, Der merkantile Minderwert beim Immobilienkauf, NJW 2016, 1985 ff., 1985, wonach die Möglichkeit des erneuten Schadenseintritts trotz ordnungsgemässer Reparatur keine fiktive, irrationale Möglichkeit darstellt, sondern aus technischen Gründen durchaus vorliegen kann. Als Beispiel erwähnen sie Immobilien mit vollständig reparierten Rissen im Innen- und Aussenputz, wenn die Nachbesserung nur die Schadensfolgen beseitigt, die Ursache aber unverändert fortbesteht.

¹⁴ Siehe auch Soergel BGB-EKKENGA/KUNTZ, § 249 N 141, in: Hans Theodor Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III/II, 13. A., Stuttgart 2014.

¹⁵ So bereits BGE 96 IV 145, 147.

¹⁶ Vgl. dazu ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 49.12; HELMUT KOZIOL, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 3. A., Wien 1997, N 10.59 ff.

¹⁷ Monographisch zu dieser Thematik CHAPPUIS (FN 11), 93 ff.

¹⁸ BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017.

¹⁹ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.1.2.2.

kommt in Bezug auf den merkantilen Minderwert der Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses oder der Zeitpunkt nach erfolgter Reparatur.

Nach Auffassung des Bundesgerichts ist der Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses aus folgendem Grund nicht relevant: *«Da im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses die Reparatur noch nicht erfolgt ist, kann ein allfälliger trotz Reparatur bestehender merkantiler Minderwert noch gar nicht eintreten.»*²⁰ Infolgedessen sei *«auf die Situation abzustellen, wie sie sich im Zeitpunkt des Abschlusses der Reparatur präsentiert.»*²¹ Entsprechende Ausführungen finden sich bereits im zwei Jahre zuvor ergangenen Entscheid.²²

B. Kritische Bemerkungen

Anders als der technische Minderwert tritt der merkantile Minderwert nach Auffassung des Bundesgerichts nicht bereits mit der Rechtsgutverletzung ein. Bei einer beschädigten Sache hat der Betroffene die Wahl, wie er hinsichtlich des technischen Minderwerts vorgehen will: Er kann entweder die Differenz zwischen dem Wert der Sache ohne und dem Wert der Sache mit Beschädigung beanspruchen oder er kann die Sache reparieren und die Reparaturkosten als Schaden geltend machen.

Der merkantile Minderwert soll dagegen frühestens nach durchgeführter Reparatur entstehen. Damit zwingt man den Geschädigten, welcher den merkantilen Minderwert geltend machen will, die beschädigte Sache zu reparieren.²³ Wer auf die Reparatur verzichtet und die Sache im beschädigten Zustand weiterverwendet, erhält bloss den technisch feststellbaren Minderwert ersetzt und trägt den Nachteil etwaiger später zu Tage tretender Mängel, welche bei der Feststellung der Wertminderung infolge der Schädigung verborgen blieben.²⁴ Diese Differenzierung vermag sachlich nicht zu überzeugen.

Die Auffassung des Bundesgerichts ist nicht bloss von der Sache her zweifelhaft, sie ist überdies auch dogma-

tisch verfehlt. Wer einen Minderwert geltend macht, betätigt sein Kompensationsinteresse. Dieses tritt mit der Rechtsgutverletzung ein. Anderes gilt hinsichtlich des Restitutionsinteresses. Bei diesem beansprucht der Geschädigte nicht die durch die Schädigung unmittelbar verursachte Verminderung des Vermögens, sondern die Kosten für die Wiederherstellung des vor der Schädigung bestehenden Zustandes. Der merkantile Minderwert bildet – ebenso wie der technische Minderwert – Teil des Kompensationsinteresses.²⁵ Die Unterscheidung zwischen den beiden Interessensarten findet auch in der Lehre zu wenig Beachtung.²⁶

Die Erwägungen zur Beschränkung des merkantilen Minderwerts waren in den zu entscheidenden Sachverhalten überdies unnötig. Der Wasserschaden wurde bei allen drei Häusern behoben, weshalb sich die Frage, ob ein solcher Minderwert auch gefordert werden kann, wenn keine Reparatur erfolgt, nicht stellt.²⁷ Schliesslich ist zu beachten, dass die Auffassung in Widerspruch zum weniger als zwei Jahre zuvor ergangenen Entscheid zum merkantilen Minderwert steht. Dort wurde ausgeführt: *«Ein merkantiler Minderwert kann also auch eintreten, wenn eine Sache nicht repariert wird.»*²⁸

V. Zur Berechnungsmethode des merkantilen Minderwerts

A. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Ein merkantiler Minderwert könne, so das Bundesgericht, *«grundsätzlich bei allen Sachen eintreten, bei denen der*

²⁰ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 3.2.2.

²¹ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 3.2.2 mit Verweis auf BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.4.

²² BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.2: *«Ebenso wenig wie die Kosten der Reparatur bereits im Moment der Rechtsgutsverletzung entstehen, tritt dieser von ihr abhängige merkantile Minderwert bereits da ein. Er entsteht vielmehr erst, wenn überhaupt, nach der durchgeführten Reparatur.»*

²³ HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, Schadensersatz, 3. A., Tübingen 2003, 266.

²⁴ MüKo BGB-OETKER, § 249 N 54 mit weiteren Hinweisen, in: Franz J. Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 8. A., München 2019 (zit. MüKo BGB-Verfasser).

²⁵ Siehe zum grundlegenden Unterschied zwischen dem Kompensations- und dem Restitutionsinteresse VITO ROBERTO, Schadensrecht, Basel 1997, 136 ff.; ROBERTO (FN 11), N 29.11 ff., je mit weiteren Nachweisen; dazu auch HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 11), § 8 N 50.

²⁶ Die Lehre überlässt es denn auch dem Geschädigten, bei der Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs zwischen diesen beiden Interessen bzw. den für ihn günstigeren Zeitpunkt für die Schadensberechnung zu wählen, ohne darauf einzugehen, ob der Geschädigte tatsächlich eine Restitution, also eine Wiederherstellung des schadensfreien Zustandes, vorgenommen hat; siehe OFTINGER/STARK (FN 6), § 6 N 380; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, 123; MAX KELLER/SONJA GABI/KARIN GABI, Haftpflichtrecht, 3. A., Basel 2012, 106; UELI KIESER/HARDY LANDOLT, Unfall – Haftung – Versicherung, Zürich 2012, N 1821; VISCHER (FN 3), AJP 2019, 851.

²⁷ Anders lagen die Dinge dagegen im zuvor ergangenen Urteil BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.4 ff. Bei diesem führte diese Unterscheidung letztlich zur Abweisung des entsprechenden Anspruchs.

²⁸ BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.1.

Markt infolge eines schädigenden Ereignisses mit einem weder technisch noch funktionell begründeten Preisabschlag reagiert. Unter welchen Voraussetzungen ein solcher merkantiler Minderwert ersatzfähig ist, kann nicht allgemein festgehalten werden, sondern erfordert eine differenzierte Betrachtung je nach Art der betroffenen Sache.»²⁹

In Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung ist gemäss dem Gericht bei Motorfahrzeugen davon auszugehen, dass der erlittene Schaden aus merkantilem Minderwert regelmässig eine «bleibende» Werteinbusse darstellt. Die Abnahme des merkantilen Minderwerts sei bei Fahrzeugen und Konsumgütern nicht darauf zurückzuführen, dass das schädigende Ereignis in Vergessenheit gerate. Vielmehr sei die Abnahme dem ebenfalls abnehmenden Wert des Fahrzeuges, bis es schliesslich zum Gebrauch ungeeignet sei, geschuldet. Durch diese Wertabnahme verliere auch der merkantile Minderwert seine Bedeutung. Aus Sicht des Eigentümers sei der infolge eines Autounfalls entstehende Schaden aus merkantilem Minderwert bleibend, verfüge er doch nach dem Unfall über ein Fahrzeug, das von den Marktteilnehmern grundsätzlich nur noch als minderwertiger Unfallwagen betrachtet werde. Folglich sei an der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach eine abstrakte Schadensberechnung zulässig sei, festzuhalten.³⁰

Anders stelle sich die Ausgangslage dagegen bei Immobilien dar. Mit Verweis auf die österreichische Rechtsprechung vermindert sich nach Auffassung des Bundesgerichts bei Immobilien der merkantile Minderwert nicht parallel zum Minderwert, den die Sache ohnehin durch Zeitablauf erfährt. Nach einem schädigenden Ereignis erleide eine Immobilie keinen «bleibenden», sondern allenfalls einen «vorübergehenden» Schaden, «der nach höchstens 15 Jahren bei der Immobilienbewertung bedeutungslos wird».³¹ Für die Bewertung sei ohnehin eine Vielzahl von Faktoren von Bedeutung. Überdies seien Immobilien im Gegensatz zu Motorfahrzeugen langlebige Güter, die für den Eigentümer eine besondere Bedeutung haben und nur mit hohem Aufwand verkauft werden können. Der merkantile Minderwert spiele daher bei der Entscheidung, über eine Immobilie zu verfügen, eine untergeordnete Rolle.³²

Mit Blick auf die vorübergehende Natur des Schadens aus merkantilem Minderwert bei Immobilien sei der

Ersatz eines solchen Schadens – anders als bei Fahrzeugen – auf Fälle zu beschränken, in denen eine konkrete Vermögensverminderung nachgewiesen werde. Eine solche Vermögensverminderung entsteht beim Verkauf (bzw. Enteignung oder Zwangsverwertung) der Immobilie, sofern der merkantile Minderwert tatsächlich zu einem niedrigeren Erlös führt.³³

B. Kritische Bemerkungen

Bei Fahrzeugen verlangt das Bundesgericht nicht, dass der Schaden sich infolge einer Veräusserung der Sache konkret niederschlägt. Vielmehr hält das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass bei diesen Gütern der Schaden abstrakt zu berechnen ist. Dies entspricht auch der Rechtslage in Deutschland und Österreich.

Eine abstrakte Berechnung des merkantilen Minderwerts hätte im neuesten Entscheid zu dieser Thematik bei allen drei Liegenschaften zu einer Zusprechung dieser Schadensposition führen müssen. Diese Konsequenz wollte das Bundesgericht offenkundig vermeiden. Anders lassen sich die ausschweifenden Erläuterungen zu verschiedenen, im vorliegenden Zusammenhang unerheblichen schadensrechtlichen Themen wie künftige Erwerbseinbussen, Versorgerschaden, Haushaltsschaden, Schaden bei fristloser Beendigung des Agenturvertrages und dergleichen mehr nicht erklären. Diese Exkurse sind eher geeignet, Verwirrung zu stiften, als zur Klärung der zu entscheidenden Frage beizutragen.

Entsprechendes gilt für die Feststellungen des Bundesgerichts zur Rechtslage in Deutschland. Zunächst weist das Gericht darauf hin, dass der deutsche Bundesgerichtshof in einem älteren Entscheid den merkantilen Minderwert bloss als ersatzfähig erachtete, wenn dieser sich, namentlich infolge einer Veräusserung, konkret im Vermögen des Geschädigten auswirkt. Bereits zwei Jahre danach sei diese Rechtsprechung – bemerkenswerterweise mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts³⁴ – geändert worden, wobei das Bundesgericht die nachvollziehbaren Überlegungen des Bundesgerichtshofs ausführlich wiedergibt.

Tatsächlich sprechen die deutschen Gerichte seit Jahrzehnten in fester Rechtsprechung den merkantilen Minderwert unabhängig davon zu, ob der Geschädigte die Sache behält oder veräussert.³⁵ Der vom Bundesgericht

²⁹ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.2.1.

³⁰ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.2.2.

³¹ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.2.3 mit Verweis auf ROLAND VOGEL, Merkantiler Minderwert, GuG 1993, 154 ff., 159.

³² BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.2.3.

³³ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.2.3; KOLLER (FN 16), N 49.12.

³⁴ BGH, VI ZR 238/60, 3.10.1961 mit Verweis auf BGE 64 II 137.

³⁵ BGH, VII ZR 158/84, 10.9.1985, in: NJW 1986, 428 f., 429; BGH, VII ZR 146/60, 5.10.1961; vgl. dazu auch KG Berlin, 7 U 120/09, 27.4.2010, in: BeckRS 2013, 861 ff.; OLG Köln, 12 U 44/13,

erwähnte Entscheid des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1958 stellt lediglich einen «Ausreisser» dar. Zu erwähnen ist der Umstand, dass im deutschen Recht die Anerkennung des merkantilen Minderwerts bei Gebäuden weiter zurückreicht als bei Fahrzeugen.³⁶ Weil sich Reparaturen bei Häusern oftmals deutlich schwieriger und aufwendiger gestalten als bei Fahrzeugen und die Wirkung der Wiederherstellung weniger gesichert ist, schlägt sich die Unsicherheit über etwaige Spätschäden überdies kaum weniger als bei Fahrzeugen auf den Marktpreis nieder.³⁷

Eine Unterscheidung in einen «bleibenden» merkantilen Minderwert bei Fahrzeugen und einen «vorübergehenden» bei Immobilien ist jedenfalls sowohl der umfangreichen deutschen Rechtsprechung als auch der deutschen Lehre fremd. Aus diesem Grund zieht das Bundesgericht für diesen Aspekt die österreichische Rechtsprechung heran.

Der österreichische Oberste Gerichtshof anerkennt bei Fahrzeugen den merkantilen Minderwert unabhängig von einem Verkauf auf der Grundlage einer abstrakten Schadensberechnung,³⁸ er sieht auch keine Gründe, diesen Grundsatz nicht auch auf Immobilien anzuwenden.³⁹ Dennoch spricht der Oberste Gerichtshof den merkantilen Minderwert bei Liegenschaften, in welchen sich diese Wertminderung lediglich während einer kurzen Zeitspan-

ne auswirkt, bloss bei einer konkreten Einbusse zu.⁴⁰ Der Gerichtshof geht bei Immobilien allerdings nicht in allen Fällen von einem «vorübergehenden» merkantilen Minderwert aus und spricht diese Einbusse bei «bleibenden» Auswirkungen durchaus zu.⁴¹

Die eklektischen Ausführungen des Bundesgerichts, welche verschiedene schadenersatzrechtliche Themen und rechtsvergleichende Hinweise in schwer nachvollziehbarer Weise enthalten, bereiten den Weg vor, welchen das Bundesgericht beschreiten will: abstrakte Berechnung des merkantilen Minderwerts bei Fahrzeugen, konkrete Berechnung bei Immobilien. Gleichzeitig will man sich von der gegenteiligen Auffassung im knapp zwei Jahre zuvor ergangenen Entscheid, welcher ebenfalls den merkantilen Minderwert bei einer Liegenschaft zum Gegenstand hatte, distanzieren. Die frühere Entscheidung ging bei dieser Schadensposition von der abstrakten Berechnung aus; eine Veräusserung wurde nicht vorausgesetzt.⁴²

Die Unterscheidung zwischen Fahrzeugen und Immobilien ist nach Auffassung des Bundesgerichts primär im Hinblick auf die Langlebigkeit der Immobilien und der im Vergleich dazu «vorübergehenden» Natur des merkantilen Minderwerts gerechtfertigt. Bei Fahrzeugen überdauere der merkantile Minderwert dagegen den Verkehrswert des Fahrzeuges, weshalb dieser «bleibend» sei.

Gegen diese Auffassung ist zunächst einzuwenden, dass der merkantile Minderwert sowohl beim Fahrzeug als auch bei der Liegenschaft im Laufe der Zeit abnimmt.⁴³ Weshalb die Werteinbusse bloss bei Fahrzeugen, nicht jedoch bei Liegenschaften abstrakt zu ersetzen sei, erschliesst sich mit diesem Argument nicht. Überdies ist die Feststellung des Bundesgerichts, der merkantile Minderwert werde «nach höchstens 15 Jahren bei der Immobilienbewertung bedeutungslos»,⁴⁴ etwa in Fällen von

16.6.2014; OLG Oldenburg, 8 U 140/09, 11.12.2014, in: IBR 2015, 188 ff.; UWE DIEHR, Der merkantile Minderwert im Bau-recht, ZfBR 2015, 427 ff., 428; JÜRGEN ULRICH, Der «merkantile Minderwert» bei deutschen Immobilien: Standard oder Axiom, gar Chimäre, bloss ein Irrtum?, in: Martin Oswald/Matthias Zöllner (Hrsg.), Aachener Bausachverständigentage 2018, 142 ff., 159, der darauf hinweist, dass die Auffassung, der merkantile Minderwert verwirkliche sich erst im Zeitpunkt des Weiterverkaufs des betroffenen Objekts, überholt ist.

³⁶ GOTTFRIED SCHIEMANN, Schadenersatzrecht, §§ 249 – 254, Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch II, Berlin 2017, § 251 N 94, der auf die entsprechende Rechtsprechung des Reichsgerichts verweist; überdies erachtet er den Ersatz für merkantilen Minderwert bei Grundstücken jedenfalls eher berechtigt als bei Fahrzeugen.

³⁷ Vgl. etwa OLG Stuttgart, 12 U 74/10, 8.2.2011, N 19 f. mit dem Hinweis, dass in der Praxis der Nachweis der Mängelbeseitigung bei Feuchtigkeitsschäden häufig ein erneutes Öffnen des Daches erfordert. Eine solche erneute Öffnung des Daches würde aber nicht unerhebliche Kosten und neue Risiken nach sich ziehen. Das OLG Stuttgart ging in dieser Entscheidung davon aus, dass sich potenzielle Kaufinteressenten nur bei einer Kaufpreisreduzierung für einen Ankauf einer solchen Immobilie interessieren würden; siehe dazu auch RENÉ POEW, Merkantiler Minderwert – Minderung des Verkaufswertes eines Gebäudes trotz ordnungsgemässer Mängelbeseitigung, Recht Aktuell 2011, 1 f.

³⁸ OGH, 5 Ob 762/80, 20.1.1981, in: JBl 1981, 534.

³⁹ Vgl. dazu OGH, 10 Ob 113/98k, 9.6.1998; OGH, 5 Ob 47/98t, 10.3.1998.

⁴⁰ Siehe OGH, 5 Ob 762/80, 20.1.1981, in: JBl 1981, 534, wonach die Gefahr einer Senkung des Erdreichs infolge von Grabungen auf dem Nachbargrundstück vorübergehend sei, weil solche Auswirkungen nach etwa acht Jahren nicht mehr auftreten sollten; vgl. ferner OGH, 10 Ob 113/98k, 9.6.1998; Rummel ABGB-REISCHAUER, § 1332 N 16, in: Peter Rummel (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 3. A., Wien 2002.

⁴¹ Vgl. etwa OGH, 1 Ob 74/09b, 8.9.2009, 15, wonach der merkantile Minderwert, der aus einer verbleibenden Restkontaminierung des Bodens und infolgedessen in einem tieferen Verkehrswert resultiert, bleibend und damit ersatzfähig ist.

⁴² Siehe BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.3.

⁴³ Auch in der schweizerischen Lehre findet sich keine entsprechende Unterscheidung. KOLLER (FN 16), N 49.12, auf den das Bundesgericht verweist, geht zwar von einem mit der Zeit abnehmenden merkantilen Minderwert aus; eine Unterscheidung zwischen einem bleibenden merkantilen Minderwert bei Fahrzeugen und einem vorübergehenden bei Immobilien macht er jedoch nicht.

⁴⁴ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.2.3.

Bodenkontaminierungen oder Verwendung von potenziell gesundheitsschädigenden Materialien, fragwürdig. Schwer verständlich ist ferner die Ansicht des Bundesgerichts, dass bloss bei Immobilien das «*Vertrauen des Marktes in die Sache mit der Zeit wieder zunimmt bzw. das schadenstiftende Ereignis vergessen geht*»,⁴⁵ bei Fahrzeugen sei dies dagegen nicht der Fall. Schliesslich ist gegen die konkrete Schadensberechnung bei Immobilien einzuwenden, dass man den Eigentümer, welcher den merkantilen Minderwert geltend machen will, zwingt, die beschädigte Sache nicht nur zu reparieren, sondern anschliessend auch zu veräussern.⁴⁶

Dem Bundesgericht gelang es zwar mit dieser wenig überzeugenden Differenzierung, sämtliche Klagen abzuweisen; ob die Rechtsprechung Bestand hat, ist jedoch fraglich. Das Gericht wird sich schwer tun mit Fällen, in welchen langlebige Fahrzeuge betroffen sind,⁴⁷ welche also eine ähnlich lange Lebensdauer wie Liegenschaften aufweisen können. Gleiches gilt für Güter, welche hinsichtlich der Langlebigkeit zwischen Fahrzeugen und Immobilien angesiedelt sind, wie dies z.B. bei Schiffen der Fall ist.

VI. Verkehrswert, Verkaufserlös und merkantiler Minderwert

A. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Da zwei Ehepaare ihre Liegenschaften zwar repariert, aber nicht veräussert hatten, konnten sie gemäss Bundesgericht nicht mit Erfolg einen Anspruch auf Ersatz eines merkantilen Minderwerts geltend machen.⁴⁸ Beim Ehepaar, welches die Liegenschaft nach Eintritt des schadenstiftenden Ereignisses sowohl repariert als auch verkauft hatte, kam ein Ersatz des merkantilen Minderwerts auf der Grundlage einer konkreten Schadensberechnung dagegen grundsätzlich in Betracht.

Das Bundesgericht lehnt jedoch auch in diesem Fall einen Ersatz ab.⁴⁹ Zur Begründung weist es darauf hin, dass gemäss einer Liegenschaftsschätzung, auf deren Berechnungen sich das Ehepaar für die Geltendmachung

ihrer Forderung stützt, der Verkehrswert der unbelastet gedachten Liegenschaft CHF 3 Mio. betrug. Die Liegenschaft sei jedoch für CHF 3,2 Mio. verkauft worden, wobei die Käufer über den Wassereinbruch sowie dessen Behebung informiert worden seien. Angesichts des über dem Schätzwert liegenden Verkaufspreises sei «*kein Schaden ersichtlich*».⁵⁰

B. Kritische Bemerkungen

Die Argumentation des über dem Schätzwert liegenden Verkaufswerts greift zu kurz. Wie das Gericht in den Erwägungen ausführt, hängt der Verkaufspreis bei Immobilien von einer Vielzahl von Faktoren ab. Der Markt ist jedenfalls weit weniger liquid als bei Fahrzeugen. Eine Verkehrswertschätzung kann sich bloss am mutmasslich angemessenen Wert des Objekts orientieren; der im Einzelfall bezahlte Preis weicht jedoch oftmals deutlich davon ab.

So kann der Verkaufspreis erheblich über dem Schätzwert liegen, etwa wenn ein bestimmter Käufer bereit ist, einen Liebhaberpreis zu zahlen, oder andere Gründe vorliegen, weshalb er genau diese Liegenschaft erwerben will. Umgekehrt kann der Preis auch deutlich unter dem Schätzwert liegen, wenn in der fraglichen Zeitspanne, in welcher ein Käufer gesucht wird, wenige Interessenten bestehen oder sich das Marktumfeld ändert. Die Zusprennung eines merkantilen Minderwerts kann kaum von diesen Zufälligkeiten abhängen.

Das Abstellen auf Schätzpreise führt überdies auch zu in der Sache falschen Ergebnissen: Wird eine Immobilie in einer solchen Fallkonstellation zu einem über dem Schätzwert liegenden Preis veräussert, heisst dies nicht, dass der Preis ohne die Auswirkung des merkantilen Minderwerts nicht höher gewesen wäre. Umgekehrt ist nicht bei allen Veräusserungen zu Preisen unter dem Schätzwert zwangsläufig anzunehmen, der tiefere Verkaufspreis sei auf einen merkantilen Minderwert zurückzuführen.

VII. Zusammenfassung und abschliessende Würdigung

Das Bundesgericht anerkennt den merkantilen Minderwert als ersatzfähigen Schaden. Nicht gefolgt werden kann dem Gericht bei der Feststellung, der Schaden beruhe auf einem «*subjektiven Empfinden potenzieller Käufer*». Wenn die Marktpreise bei reparierten Sachen wie

⁴⁵ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.2.2.

⁴⁶ LANGE/SCHIEHMANN (FN 23), 266; ROBERTO (FN 25), 163 ff. Bei Immobilien seien, so das Gericht, andere Gründe gewichtiger, weshalb diesem Argument keine grössere Bedeutung zukomme, siehe BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 4.2.3.

⁴⁷ Zu denken ist etwa an Oldtimer, Luxusautos, Baumaschinen oder öffentliche Verkehrsmittel.

⁴⁸ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 5.2.

⁴⁹ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 5.2.

⁵⁰ BGer, 4A_394/2018, 20.5.2019, E. 5.2.

namentlich «*Unfallautos*» tiefer liegen als bei Sachen, die nicht erheblich beschädigt und repariert werden, dann beruht diese Schadensposition ebenso auf objektiven Gründen wie Werteinbussen infolge eines technischen Minderwerts.

Das Gericht setzt zu Unrecht voraus, dass die Reparatur vorgenommen werde; ohne Reparatur könne kein merkantiler Minderwert bestehen. Die entsprechenden Ausführungen sind sachlich und dogmatisch fragwürdig; überdies waren sie jedenfalls in der neuesten Entscheidung auch nicht entscheidungsrelevant und damit unnötig. In der kurz zuvor ergangenen Entscheidung wurde im Übrigen gerade gegenteilig entschieden.

Sodann anerkennt das Gericht die abstrakte Schadensberechnung bloss bei Fahrzeugen; bei Immobilien muss sich der merkantile Minderwert dagegen infolge einer Veräusserung konkret beim Geschädigten niedergeschlagen haben. Weder ist die Begründung für diese Differenzierung nachvollziehbar noch ist klar, welche Güter neben den Liegenschaften unter das Kriterium der «*Langlebigkeit*» und damit unter die konkrete Berechnungsmethode fallen. Diese Voraussetzung wurde auch in der kurz zuvor ergangenen Entscheidung nicht erwähnt.

Schliesslich wird die Schadensposition nicht ersetzt, wenn der Verkaufspreis über dem geschätzten Marktwert der Liegenschaft liegt. Der Anspruch auf den merkantilen Minderwert hängt bei Liegenschaften infolgedessen auch davon ab, welchen Preis der Geschädigte bei einer Veräusserung erzielen kann, was von vielen Faktoren, nicht bloss vom merkantilen Minderwert, abhängt.

Bei beiden in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichts zum merkantilen Minderwert ist unverkennbar, dass das Gericht nach Argumenten sucht, um einen Ersatz zu verneinen. Der Grund für die Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Zusprache des merkantilen Minderwerts bei Immobilien dürfte primär darin liegen, dass die Berechnung höchst unsicher ist. Aufgrund des liquiden Marktes für Gebrauchtwagen bestehen für diese Güter Schätzungskriterien, welche als Orientierungshilfen dienen können.⁵¹ Die Beurteilung merkantiler Minderwerte von Immobilien ist – insbesondere mangels statistisch verifizierter Bewertungsansätze – weitaus schwieriger.⁵²

Auffallend ist, dass der neueste Entscheid des Bundesgerichts zum merkantilen Minderwert in Fünferbesetzung erging. Gemäss Art. 20 Abs. 2 BGG entscheidet eine Abteilung des Bundesgerichts in Fünferbesetzung bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung oder auf Antrag eines Richters. Mit Blick auf die dogmatischen Schwierigkeiten dieser schadensrechtlichen Thematik erscheint deren Einordnung als «*Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung*» zwar angemessen. Es ist jedoch zu beachten, dass das Bundesgericht sowohl den merkantilen Minderwert als auch andere schwierige schadensrechtliche Fragestellungen bereits zwei Jahre zuvor in Dreierbesetzung entschieden hatte. Näherliegend ist daher die Annahme, dass die Bundesrichter keine einheitliche Meinung hatten und die Fünferbesetzung auf Antrag eines Richters erfolgte.

Auch wenn den Erwägungen des Gerichts nicht in jeder Hinsicht gefolgt werden kann, ist die ausführliche und rechtsvergleichende Begründung, welche nicht bloss die Rechtslage in Deutschland, sondern auch jene in Österreich heranzieht, erfreulich. Gerade im Haftungs- und im Schadensrecht, die im schweizerischen Recht primär auf der Generalklausel in Art. 41 Abs. 1 OR beruhen, sind ausführlich begründete Entscheidungen, welche die massgeblichen Unterscheidungen und Überlegungen offenlegen, von besonderer Bedeutung.

⁵¹ Dies gilt aufgrund der Fülle an Rechtsprechung primär für die Rechtslage in Deutschland. Die in der Lehre erarbeiteten Schätzungskriterien anerkennt der deutsche Bundesgerichtshof als brauchbare Bewertungsgrundlage; siehe MüKo BGB-OETKER (FN 24), § 249 N 57.

⁵² ULRICH (FN 35), 160.