



Ersatzfähigkeit abstrakter Schäden

Merkantiler Minderwert, Nutzungsausfall und Schadensregulierung

VITO ROBERTO*

1241

Im «Panoramarestaurant-Entscheid» befasste sich das Bundesgericht mit der Geltendmachung abstrakter Schäden. Diese betrafen den merkantilen Minderwert, den Nutzungsausfall sowie die Schadensregulierung. Der merkantile Minderwert ist entgegen der Auffassung des Gerichts unabhängig von einer Reparatur oder einer Veräusserung der Sache ersatzfähig. Der Nutzungsausfall selbst ist kein Schaden. Im kommerziellen Bereich führt die vereitelte Nutzung aber zu einem Ertragsausfall. Mangels anderer Anhaltspunkte kann dieser aufgrund der im Hinblick auf die Nutzung getätigten Aufwendungen berechnet werden. Die Schadensregulierung gehört in den Pflichtenkreis des Geschädigten und führt, sofern sie den üblichen Rahmen nicht überschreitet, nicht zu einem ersatzfähigen Schaden.

Dans l'« arrêt du restaurant panoramique », le Tribunal fédéral s'est penché sur les prétentions formulées en lien avec des dommages abstraits. Ceux-ci concernaient la moins-value commerciale, la perte d'usage ainsi que le règlement du dommage. Contrairement à ce qu'a estimé le tribunal, l'indemnisation de la moins-value commerciale n'est pas nécessairement subordonnée à la réparation ou à la vente de l'objet. La perte d'usage n'est en soi pas un dommage. En matière commerciale, le fait de ne pas pouvoir utiliser un bien entraîne cependant une perte de revenus. Faute d'autres éléments, cette perte peut être calculée sur la base des dépenses effectuées en vue de l'utilisation. Le règlement du dommage fait partie des obligations du lésé et ne constitue pas un dommage pouvant donner lieu à une indemnisation, à condition que les démarches n'excèdent pas le cadre usuel.

Inhaltsübersicht

- I. Das abgebrannte Panoramarestaurant: BGer 4A_113/2017
- II. Merkantiler Minderwert
 - A. Technischer und merkantiler Minderwert
 - B. Schadenseintritt erst nach der Reparatur?
 - C. Schadenseintritt bei Immobilien erst nach Reparatur und Veräusserung
 - D. Zwischenfazit
- III. Nutzungsausfall
 - A. Schaden wegen entgangener Nutzung?
 - B. Rentabilitätsvermutung bei kommerziell genutzten Gütern
 - C. Konkretisierung der Rentabilitätsvermutung
 - D. Zwischenfazit
- IV. Schadensregulierung
 - A. Allgemeines
 - B. Fiktiver Erwerbsschaden
 - C. Parallelen und Unterschiede zur Eigenreparatur
 - D. Zwischenfazit
- V. Zusammenfassung

I. Das abgebrannte Panoramarestaurant: BGer 4A_113/2017

Das Panoramarestaurant stand kurz vor der Fertigstellung, als ein Bauarbeiter einen Brand verursachte. Mit Ausnahme der Tragstrukturen brannte der Neubau nieder. Das wiederaufgebaute Panoramarestaurant konnte erst ein Jahr später als geplant eröffnet werden.

Der Eigentümer des Restaurants klagte wegen der von der Versicherung nicht gedeckten Schadenspositionen gegen den Bauarbeiter, welcher den Brand verursachte, sowie gegen dessen Arbeitgeber. Die Haftung war vor dem Bundesgericht nicht umstritten. Zu entscheiden hatte das Gericht dagegen, ob und in welcher Höhe die geltend gemachten Schadenspositionen im Zusammenhang mit dem abgebrannten Panoramarestaurant ersatzfähig sind.

Die drei höchsten geltend gemachten Schadensbeträge betrafen den merkantilen Minderwert (nachfolgend II.), den einjährigen Nutzungsausfall (nachfolgend III.) sowie den aufgewendeten Zeitaufwand für die Schadensregulierung (nachfolgend IV.). Diese drei Schadenspositionen lassen sich nicht konkret berechnen. Als abstrakte Schäden gehören sie zu den umstrittensten Fragen des Schadensrechts.

Der exemplarische Sachverhalt des «Panoramarestaurant-Entscheidung»¹ veranschaulicht die Schwierigkeiten, welche mit diesen Schadensthemen verbunden sind, weshalb bei den nachfolgenden Erläuterungen primär auf dieses Urteil Bezug genommen wird. Zu beachten ist freilich, dass beim merkantilen Minderwert vor kurzem ein weiteres Urteil ergangen ist, in welchem das Bundesgericht bei einem Wassereintrich bei Einfamilienhäusern seine im «Panoramarestaurant-Entscheid» dargelegte

* VITO ROBERTO, Prof. Dr. iur., LL.M., Universität St. Gallen.
Ich danke Nada Pauer, Dr. iur., und Jennifer Zbinden, B.A. HSG, beide Universität St. Gallen, für die Mithilfe bei den Nachweisen.

¹ BGer, 4A_113/2017, 6.9.2019.

Auffassung hinsichtlich eines Aspekts bereits wieder modifiziert hat.²

II. Merkantiler Minderwert

A. Technischer und merkantiler Minderwert

Entgegen den Ausführungen des Bundesgerichts im «*Panoramarestaurant-Entscheid*» kann auch nach einer fachmännisch durchgeführten Reparatur sowohl ein merkantiler als auch ein «*technischer Minderwert*» verbleiben, weshalb sich diese beiden Schadenspositionen nicht ausschliessen.³ So lässt sich etwa eine verbogene oder abgebrochene Eisenstange geradebiegen oder anschweißen; gleichwohl verbleibt ein technischer Minderwert, da die Lebensdauer der Stange in der Folge tiefer liegt. Es ist auch das Gegenteil möglich: Wird etwa eine beschädigte Eisenstange durch eine neue ersetzt, liegt die Lebensdauer höher, womit sich die Frage des Abzugs «*neu für alt*» stellt.⁴ Die höhere Lebensdauer wirkt sich in den meisten Fällen nicht wertvermehrend aus, da die neu eingebaute Sache am Ende der Lebensdauer der Hauptsache ebenfalls wertlos wird.⁵ Anders verhält es sich etwa bei der Reparatur eines beschädigten Hauses, da notwendigerweise neue, oft höherwertige Teile an die Stelle der alten treten

und die Lebensdauer von Häusern meist nicht vorhersehbar ist.⁶

Eine andere Art der trotz Reparatur verbleibenden Werteinbusse ist der «*merkantile Minderwert*».⁷ Darunter versteht man die im Verkehr trotz vollständiger Reparatur geringere Bewertung einer reparierten Sache.⁸ Bei einer reparierten Sache ist oftmals unsicher, ob nicht doch ein versteckter Mangel verblieben ist. Diese Zweifel schlagen sich nachteilig auf den Marktpreis nieder.⁹ Aus diesem Grund muss man bei Gebrauchtfahrzeugen offenlegen, ob es sich um ein Unfallauto handelt.¹⁰ Der merkantile Minderwert beruht somit nicht auf einem subjektiven Empfinden. Vielmehr sind reparierte Sachen nach der allgemeinen Lebenserfahrung schadensgeneigter, weshalb im Markt Zweifel bestehen, ob die Mängel vollständig beseitigt werden konnten. Der Minderwert ist ebenso ein «*objektiver*», wie dies auch für einen technischen Minderwert gilt.¹¹

B. Schadenseintritt erst nach der Reparatur?

Bislang war unsicher, ob der merkantile Minderwert bereits mit der Rechtsgutverletzung eintritt oder eine Reparatur voraussetzt und sich damit erst nach erfolgter Wiederherstellung niederschlägt. Das Bundesgericht hat im «*Panoramarestaurant-Entscheid*» folgende Unterscheidung vorgeschlagen: Danach könne man als Sachschaden alternativ entweder den gesamten Minderwert der beschädigten, unreparierten Sache, also sowohl den technischen als auch den merkantilen Minderwert, geltend machen, welcher im Moment der Rechtsgutverletzung eintrete.

² BGE 145 III 225; siehe zu diesem «*Wassereinbruch-Entscheid*» VITO ROBERTO/BURIM PAVATAJ, Merkantiler Minderwert, Bemerkungen zu BGE 145 III 225, AJP 2019, 985 ff.; MARKUS VISCHER, BGER 4A_394/2018 (zur Publikation bestimmt): Schadenersatz, Minderwert, AJP 2019, 845 ff.; WALTER FELLMANN/YVONNE BURGER, Der merkantile Minderwert bei Grundstücken, HAVE 2019, 260 ff.; CHRISTOPH MÜLLER/ESTELLE VUILLEUMIER, Dépréciation mercantile d'un bien immobilier – Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_394/2018 du 20 mai 2019, HAVE 2019, 268 ff.

³ Insofern ungenau BGER, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.4, wonach es sich beim «*zusätzlich geltend gemachten merkantilen Minderwert*» deshalb nur um denjenigen handeln kann, «*der trotz Reparatur besteht*». In der deutschen Rechtsprechung ist anerkannt, dass der merkantile und der technische Minderwert nebeneinander bestehen können (BGH, VII ZR 181/00, 9.1.2003, NJW 2003, 1188; OLG Nürnberg, VersR 1971, 865); der BGH fordert dafür eine Beschädigung von «*einigem Gewicht*» (BGH, VI ZR 139/60, 30.5.1961, VersR 1961, 707).

⁴ Statt vieler KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., Zürich 1995, § 6 N 369; OLIVER JAKOB, Ersatz fiktiver Kosten nach Allgemeinem Schadensrecht? Eine Untersuchung zu § 249 Satz 2 BGB, Berlin 1998, 123.

⁵ HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, Schadenersatz, 3. A., Tübingen 2003, 260 f.

⁶ GOTTFRIED SCHIEMANN, § 249 BGB N 175, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 249–254, Buch II, Berlin 2017 (zit. Staudinger-Verfasser).

⁷ Siehe ROBERTO/PAVATAJ (FN 2), AJP 2019, 986 mit weiteren Hinweisen.

⁸ In der Praxis anerkannte das Bundesgericht einen merkantilen Minderwert bei Fahrzeugen, siehe BGE 64 II 137; 84 II 158. Strengere Anforderungen gelten bei Immobilien, siehe BGE 145 III 225. Zur Rechtslage in Deutschland BGH, VI ZR 357/03, 23.11.2004, NJW 2005, 277; in Österreich OGH, 6 Ob 92/11i, 16.6.2011.

⁹ Vgl. BGER, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.1; BGE 145 III 225 E. 3.1; ROBERTO/PAVATAJ (FN 2), AJP 2019, 987.

¹⁰ BGE 96 IV 145 E. 2. Ebenso im deutschen Recht, siehe etwa THOMAS GÜNTHER, Merkantiler Minderwert trotz Mängelbeseitigung, IBR 2012, 1240.

¹¹ Siehe auch FRANK WALTER/ROBERT KORVES, Der merkantile Minderwert beim Immobilienkauf, NJW 2016, 1985 ff., 1985. Anders dagegen BGE 145 III 225 E. 3.1, wonach sich diese Schadensposition am «*subjektiven Empfinden potenzieller Käufer*» orientiere; ähnlich REINER BRUMME, Merkantiler Minderwert bei Baumängeln und Grundstücksmängeln, GuG 2015, 274 ff., 275.

«Oder es werden die Reparaturkosten zuzüglich eines allfälligen trotzdem bestehenden merkantilen Minderwerts beansprucht; diese Schäden treten erst in einem späteren Zeitpunkt ein.»¹²

Das Bundesgericht anerkennt grundsätzlich zutreffend, dass zwischen Reparaturkosten und Minderwert zu unterscheiden ist. Die schweizerische Lehre beachtet den grundlegenden Unterschied zwischen «Restitution» und «Kompensation» oft nicht. Strebt der Geschädigte eine Restitution an, also die Wiederherstellung des schadungsfreien Zustandes, dann kann er das Restitutionsinteresse geltend machen, wobei die Wiederherstellungskosten angemessen sein müssen. Anderenfalls ist der Schaden nach dem Kompensationsinteresse zu berechnen, d.h., die Werteinbusse kann geltend gemacht werden.¹³

Nicht gefolgt werden kann dem Bundesgericht dagegen bei der Einordnung des merkantilen Minderwerts. Dieser stellt immer eine Kompensation dar, also eine Schadensberechnung gemäss der Werteinbusse, und zwar unabhängig davon, ob der Geschädigte die Sache reparieren lässt oder nicht.¹⁴ Der merkantile Minderwert tritt somit – entgegen der Auffassung des Bundesgerichts – in beiden Alternativen unmittelbar mit der Rechtsgutverletzung ein.¹⁵

Dieser Aspekt war im konkreten Sachverhalt bedeutsam, da das Panoramarestaurant vor Abschluss des Wiederaufbaus als Sacheinlage in eine Aktiengesellschaft eingebracht wurde. Aufgrund der Auffassung, wonach der merkantile Minderwert erst nach der Reparatur eintritt, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Anspruch abzulehnen sei.¹⁶

C. Schadenseintritt bei Immobilien erst nach Reparatur und Veräusserung

In einem wenig später ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht seine Auffassung «verschlimmbessert». Neben der Frage, ob ein merkantiler Minderwert eine vorgängige

Reparatur bedingt, prüfte das Gericht im Zusammenhang mit einem Wassereinbruch bei Einfamilienhäusern die Frage, ob die Häuser veräussert werden müssen, um einen Entschädigungsanspruch zu begründen.

Die Notwendigkeit einer vorgängigen Veräusserung liesse sich damit begründen, dass die geringere Bewertung sich beim Betroffenen erst dann konkret niederschlägt, wenn er die Sache veräussert.¹⁷ Das Bundesgericht weist im «Wassereinbruch-Entscheid»¹⁸ überdies darauf hin, dass sich der merkantile Minderwert im Laufe der Zeit verringert. Bei Immobilien werde der merkantile Minderwert nach höchstens 15 Jahren bedeutungslos. Anerkennt man diese Einbusse erst im Zeitpunkt der Veräusserung, erhält der Eigentümer nur Ersatz für jene Schäden, die er konkret erleidet.

Diese Auffassung übersieht, dass sich auch ein technischer Minderwert erst bei einer Veräusserung konkret niederschlägt. Ein verkratztes Möbelstück, ein verbeultes Auto oder ein beschädigtes Haus kann durch den Eigentümer weiterhin genutzt werden. Veräussert er die Sache nicht, schlägt sich die Sachbeschädigung nicht konkret nieder. Gleichwohl sollte der Geschädigte Ersatz für die Werteinbusse geltend machen.

Letztlich scheint auch das Bundesgericht nicht vollends von der Veräusserungsnotwendigkeit überzeugt zu sein. Der merkantile Minderwert ist nach Auffassung des Gerichts bloss bei Immobilien vorübergehend. Bei Fahrzeugen sei er dagegen «bleibend», weshalb der Minderwert unabhängig von einer Veräusserung als ersatzfähig anerkannt wird.¹⁹

D. Zwischenfazit

Während im «Panoramarestaurant-Entscheid» der merkantile Minderwert sowohl mit als auch ohne Reparatur

¹² BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.3.

¹³ Im Einzelnen dazu VITO ROBERTO, Schadensrecht, Basel 1997, 136 ff.; HEINRICH HONSELL/BERNHARD ISENHART/MARTIN A. KESSLER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich 2013, § 8 N 50.

¹⁴ Ebenso das OLG Hamburg 17 U 92/09, 10.5.2010, GuG 2013, 56 = IBR 2010, 1305.

¹⁵ In diesem Sinne auch der BGH, III ZR 186/79, 2.4.1981, NJW 1981, 1663.

¹⁶ BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 4.3.3.2 und E. 4.4. Allenfalls könnte sich der merkantile Minderwert auf den Substanzwert der Aktien auswirken, was jedoch mangels entsprechender Behauptungen nicht zu beurteilen war.

¹⁷ Vgl. ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 49.12, der sich grundsätzlich für eine konkrete Berechnung des merkantilen Minderwerts ausspricht. Vgl. auch BGH, VI ZR 357/03, 23.11.2004, NJW 2005, 277. Anders BGE 64 II 137 E. 3c, wonach Schadenersatz unabhängig vom Verkauf geltend gemacht werden kann.

¹⁸ Siehe BGE 145 III 225 E. 3.2.2; ROBERTO/PAVATAJ (FN 2), AJP 2019, 987 mit weiteren Hinweisen; HERIBERT TRACHSEL, Der merkantile Minderwert im Werkvertrags-, Grundstückkauf- und Nachbarrecht, BR 2017, 333 ff., 336. Zur Lehre in Österreich FRIEDRICH HARRER/ERIKA M. WAGNER, § 1323 N 21 ff., in: Michael Schwimann/Georg E. Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Bd. VI, 4. A., Wien 2016 (zit. ABGB Praxiskommentar-Verfasser); zur Lehre in Deutschland WOLFGANG KLEIBER/JÜRGEN SIMON, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, Köln 2007, N 152, 475. Kritisch Staudinger-SCHIEHMANN (FN 6), § 251 BGB N 34 ff., 94.

¹⁹ Siehe BGE 145 III 225 E. 4.2.2 und E. 4.2.3.

anerkannt wurde, hat das Bundesgericht im nachfolgenden «*Wassereinbruch-Entscheid*» entschieden, die Geltendmachung eines merkantilen Minderwerts bedinge zwingend eine Reparatur. Bei Immobilien sei neben der Reparatur auch eine Veräusserung der Sache notwendig.

Die unterschiedlichen Auffassungen des höchsten Gerichts hinsichtlich des merkantilen Minderwerts in zwei kurz aufeinander ergangenen Entscheidungen sind erstaunlich. Gleichzeitig weist dieser Umstand auf die bestehenden Unsicherheiten der Rechtsprechung bei Fragen des Schadenersatzrechts hin. Eine Differenzierung hinsichtlich der Ersatzfähigkeit eines merkantilen Minderwerts danach, ob es sich um Fahrzeuge oder um Immobilien handelt, vermag jedenfalls weder dogmatisch noch von der Sache her zu überzeugen. Es ist zu bezweifeln, dass die Rechtsprechung Bestand haben wird.²⁰

Beachtet man den grundlegenden Unterschied zwischen Restitution und Kompensation, ist eine Reparatur Ausdruck des Restitutionsinteresses. Wird keine Reparatur vorgenommen oder verbleibt trotz Reparatur ein Minderwert, kann diese Einbusse im Rahmen der Kompensation ersetzt verlangt werden. Der merkantile Minderwert stellt *unabhängig* von einer Reparatur, und nicht bloss bei Fahrzeugen, eine Werteinbusse dar, welche – wie der technische Minderwert – unmittelbar mit der Rechtsgutverletzung eintritt und im Rahmen der Kompensation zu ersetzen ist.²¹ Einzuräumen bleibt, dass die Festlegung des merkantilen Minderwerts – wie bei zahlreichen anderen Schadenspositionen – im Einzelfall höchst unsicher sein kann.²²

III. Nutzungsausfall

A. Schaden wegen entgangener Nutzung?

Eine weitere geltend gemachte Schadensposition betraf den einjährigen Nutzungsausfall. Das Panoramarestaurant konnte erst ein Jahr später als geplant in Betrieb genommen werden. Der Schadenersatzanspruch richtete sich nicht auf eine konkrete Vermögenseinbusse. Vielmehr wurde Ersatz für einen abstrakten Nutzungsausfall geltend gemacht. Der Kläger begründete den Anspruch

mit dem während dieser Zeitspanne nutzlos investierten Kapital und beanspruchte in Anlehnung an Art. 73 Abs. 1 OR einen Zins von 5 % auf diesen Betrag während eines Jahres. Darüber hinaus hielt er sich die Geltendmachung des während desselben Jahres erlittenen Gewinnausfalls vor.²³

Ob neben dem Substanzwert auch die «*entgangene Nutzung*» einen ersatzfähigen Schaden begründen kann, gehört zu den umstrittensten Fragen des Schadensrechts.²⁴ Diskutiert wird die Frage vor allem im Zusammenhang mit beschädigten Fahrzeugen; etwa wenn der Geschädigte kein Ersatzfahrzeug mietet, aber gleichwohl Ersatz der Mietkosten beansprucht.²⁵ Während die deutsche Rechtsprechung einen Ersatz anerkennt,²⁶ da der Geschädigte, indem er sich anderweitig behilft, «*in die eigene Tasche, und nicht in die Tasche des Schädigers sparen*» will, hat das Bundesgericht einen entsprechenden Anspruch abgelehnt.²⁷

B. Rentabilitätsvermutung bei kommerziell genutzten Gütern

Die Gebrauchsmöglichkeit bildet keinen zu dem Substanzwert hinzutretenden Vermögenswert. Der Entzug der Gebrauchsmöglichkeit stellt daher keinen ersatzfähigen Vermögensschaden dar; er ist aber eine mögliche Scha-

²³ BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 5.

²⁴ Siehe ausführlich dazu ROBERTO (FN 13), 191 ff.; BARBARA KLETT, Der Nutzungsausfall als Schadensposition, HAVE 2012, 377 ff. Vgl. ferner ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013 (zit. BK-BREHM), Art. 41 OR N 80 ff.; BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 4, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser).

²⁵ Ablehnend: VITO ROBERTO, Haftpflichtrecht, 2. A., Bern 2018, N 29.27 f.; HONSELL/ISENRING/KESSLER (FN 13), § 8 N 54; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Bern 2016, N 14.11; BK-BREHM (FN 24), Art. 41 OR N 83; BSK OR I-KESSLER (FN 24), Art. 41 N 4. Anderer Meinung UELI KIESER/HARDY LANDOLT, Unfall – Haftung – Versicherung, Zürich/St. Gallen 2012, N 1830 f.

²⁶ BGHZ 40, 345, 348 ff. = NJW 1963, 2020. Der BGH beschränkt den Ersatz des privaten Nutzungsausfalles auf Dinge, «*deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist*»; siehe BGH, VI ZR 57/17, 23.1.2018. MüKo BGB-OETKER, § 249 N 62, 74, in: Franz J. Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 8. A., München 2019.

²⁷ BGE 126 III 388 E. 11. Siehe ferner BGE 115 II 474 E. 3a.

²⁰ So bereits ROBERTO/PAVATAJ (FN 2), AJP 2019, 991.

²¹ Siehe etwa der österreichische OGH, 1 Ob 620/94, 29.5.1995, 1 Ob 321/99h, 22.2.2000, und 1 Ob 62/16y, 24.5.2016.

²² ROBERTO/PAVATAJ (FN 2), AJP 2019, 992 mit weiteren Hinweisen. Zur notwendigen Schätzung einer Fachperson siehe TRACHSEL (FN 18), 336. Das OLG Hamburg, 302 O 365/14, 3.2.2016, hat den merkantilen Minderwert im Falle eines geringfügigen merkantilen Minderwerts ganz abgelehnt.

densquelle.²⁸ Ein ersatzfähiger Schaden kommt namentlich bei kommerziell genutzten Sachen in Betracht. Die entgangene Nutzungsmöglichkeit führt bei solchen Sachen regelmässig zu einem Ertragsausfall und oftmals auch zu einem entgangenen Gewinn.²⁹ Der Nachweis des Ertragsausfalls ist naturgemäss nicht einfach zu erbringen.

Aus diesem Grunde sollte bei gewinnstrebigen Unternehmungen eine «Rentabilitätsvermutung» nach Massgabe der getätigten Aufwendungen greifen.³⁰ Solche Unternehmungen tätigen Aufwendungen jeweils im Hinblick auf die zumindest in dieser Höhe erwarteten Erträge. Das geschädigte Unternehmen kann darüber hinaus einen Gewinn geltend machen, wobei die üblichen Beweisschwierigkeiten bestehen.³¹ Dem Schädiger sollte umgekehrt der Gegenbeweis offenstehen, wonach die Aufwendungen zu keinen oder zumindest zu tieferen Erträgen geführt hätten, das klagende Unternehmen somit mit den Aufwendungen nicht einen Gewinn, sondern einen Verlust erlitten hätte.

Es ist somit schadensrechtlich zu unterscheiden, ob jemand sein Zweitauto, seinen Swimming-Pool oder seinen Wintergarten zeitweise nicht gebrauchen kann oder ob bei einem Transportunternehmen ein Lastwagen ausfällt, bei einem Thermalbad ein Schwimmbad nicht zur Verfügung steht oder bei einem Restaurant ein Panoramalokal brandbedingt erst später genutzt werden kann. Die verhinderte Nutzung wirkt sich im privaten und im geschäftlichen Bereich unterschiedlich aus: Anders als bei privat genutzten Gütern werden die Investitionen und laufenden Kosten für den Lastwagen, für das Schwimmbad oder für das Panoramalokal im Hinblick auf die erwarteten Erträge, welche mit diesen Sachen erwirtschaftet werden können, getätigt. Die Aufwendungen im Zusammenhang mit der nicht nutzbaren Sache können somit als «*erster handgreiflicher Schaden*» für die Berechnung des Ertragsausfalls herangezogen werden.³²

Präzisierend ist darauf hinzuweisen, dass nicht die im Hinblick auf die Nutzung getätigten Aufwendungen selbst den Schaden bilden. Solche Aufwendungen wären ohnehin angefallen, werden lediglich infolge des schädigenden Ereignisses nachträglich nutzlos und sind somit als «*frustrierte*» Aufwendungen nicht ersatzfähig.³³ Ersatzfähig ist vielmehr der entgangene Ertrag.³⁴ Lässt sich dieser nicht beziffern, greift man auf die getätigten Aufwendungen als Berechnungsgrundlage zurück, die insofern als vermutter «*Mindestschaden*» eingeordnet werden.

C. Konkretisierung der Rentabilitätsvermutung

Hat im konkreten Fall der Kläger für die Erstellung des Panoramarestaurants einen Bankkredit aufgenommen und verzögert sich die Inbetriebnahme des Lokals um ein Jahr, können als «*Mindestschaden*» im erwähnten Sinne die Bankzinsen während dieses Jahres ersetzt verlangt werden. Entsprechendes gilt für andere während dieses Jahres anfallende Kosten wie Pachtzinsen oder Versicherungsprämien. Ein abstrakter Nutzungsausfall kann insofern im geschäftlichen Bereich mit konkreten Aufwendungen berechnet werden. Dabei steht, wie erwähnt, den Parteien der Nachweis offen, der Ertrag wäre höher als die Aufwendungen, also ein Gewinn realisierbar gewesen bzw. der Ertrag wäre unter den Aufwendungen gelegen, d.h., auch bei ordnungsgemässer Nutzung wäre ein Verlust entstanden.

Um bei der Rentabilitätsvermutung berücksichtigt zu werden, müssen die Aufwendungen tatsächlich getätigt worden sein. Abzulehnen ist dagegen das Heranziehen von abstrakten, in Wirklichkeit nicht angefallenen Kosten. Fallen keine Bankzinsen, Pachtzinsen, Versiche-

²⁸ Siehe ROBERTO (FN 25), N 29.26; LANGE/SCHIEHMANN (FN 5), 285.

²⁹ Der Ertragsausfall führt bloss dann auch zu einem Gewinnausfall, wenn Ersterer über den Aufwendungen liegt. In der Literatur beachtet man den Unterschied zwischen dem Ausfall des Ertrages und dem entgangenen Gewinn meist nicht, siehe etwa BK-BREHM (FN 24), Art. 41 OR N 78a. Differenzierend dagegen KLETT (FN 24), 381. Ebenso der BGH, BGHZ 98, 212, 216 ff.; BGH, VII ZR 39/88, 11.5.1989, NJW-RR 1989, 980, zur Anerkennung der entgangenen Nutzungsmöglichkeit im Rahmen von § 252 BGB.

³⁰ Siehe dazu ROBERTO (FN 13), 37 mit Verweis auf die entsprechende Rechtslage im englischen Recht.

³¹ Vgl. WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012, N 142.

³² Siehe VITO ROBERTO, Die Haftung des Reiseveranstalters, Zürich 1990, 168 f.; vgl. auch NIKLAUS LÜCHINGER, Schadenersatz im

Vertragsrecht, Freiburg 1999, N 496 ff. Siehe zum deutschen Recht etwa JENS RAUH/ANDY ZUCHANDKE/SEBASTIAN REDDEMANN, Die Ermittlung der Schadenshöhe im Kartelldeliktsrecht, WRP 2012, 173 ff., 175, und BGHZ 71, 234, 238 ff.; REINER SCHULZE, § 281 N 21, in: Reiner Schulze/Herbert Grziwotz/Rudolf Lauda (Hrsg.), Nomos Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 10. A., Baden-Baden 2019 (zit. Nomos Kommentar-Verfasser). Anders als früher (6 Ob 201/98x, RdU 1999/187) tendiert der OGH in neuerer Zeit dazu, Ertragsausfälle extensiv zu beurteilen und Ersatz zuzuerkennen, wo «*die Realisierung einer Erwerbschance nach den typischen Marktverhältnissen praktisch gewiss gewesen wäre*». Das betrifft auch Ersatz für nutzlose Aufwendungen in Hinblick dieser Erwerbschance, siehe etwa 10 Ob 103/07f, 22.4.2008. ABGB Praxiskommentar-WAGNER (FN 18), § 1293 N 11.

³³ Zum Frustrationsschaden ROBERTO (FN 25), N 24.16 ff.; vgl. auch HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., Zürich 2018, N 207 mit weiteren Hinweisen.

³⁴ So auch BGHZ 98, 212, 216 ff.; BGH, VI ZR 241/06, 4.12.2007, NJW 2008, 913; Nomos Kommentar-SCHULZE (FN 32), § 252 N 3.

rungsprämien oder sonstige Aufwendungen an, fehlt die Voraussetzung für die Rentabilitätsvermutung. Es gibt keine Aufwendungen, welche infolge des schädigenden Ereignisses nutzlos werden. Zu Recht hat es das Bundesgericht beim «*Panoramarestaurant-Entscheid*» abgelehnt, einen abstrakten Schadenszins für die Berechnung des abstrakten Nutzungsausfalls heranzuziehen.

Schliesslich hat der Kläger im «*Panoramarestaurant-Entscheid*» übersehen, dass die Aufwendungen im Hinblick auf eine Nutzung und ein entgangener Ertrag nicht gleichzeitig gefordert werden können. Die Aufwendungen werden wegen des Nutzungsausfalls obsolet; der Ertrag entgeht infolge des Nutzungsausfalls. Die beiden Forderungen beziehen sich somit auf denselben Sachverhalt und zielen darauf ab, dieselbe Einbusse auszugleichen.

D. Zwischenfazit

Sachen haben einen Substanzwert. Ob ihnen zusätzlich noch ein Nutzungswert zukommt, weshalb der Nutzungsausfall zu einem ersatzfähigen Schaden führt, ist im Schrifttum kontrovers. Richtiger Ansicht nach führt der Nutzungsausfall nicht zu einem ersatzfähigen Schaden. Vielmehr ist die Nutzungsmöglichkeit im Substanzwert enthalten. Bei kommerziell eingesetzten Sachen führt die beeinträchtigte Nutzung dagegen regelmässig zu einem Folgeschaden. Primär ist in diesen Fällen der infolge der Nutzungsbeeinträchtigung bewirkte Einnahmefall zu ersetzen. Sind die entgangenen Einnahmen schwer zu ermitteln, kann der Geschädigte die im Hinblick auf die erhofften Einnahmen getätigten Aufwendungen als «*erster handgreiflicher Schaden*» beanspruchen. Es ist dem Geschädigten unbenommen, auch einen darüber hinausgehenden Gewinn geltend zu machen. Dem Schädiger steht umgekehrt der Gegenbeweis offen, wonach der Geschädigte weder Gewinne erzielt hätte noch die Aufwendungen durch die Erträge gedeckt gewesen wären.

IV. Schadensregulierung

A. Allgemeines

Ein schädigendes Ereignis kann beim Geschädigten zu zeitintensiven Arbeiten führen. Zu denken ist etwa an Abklärungen über den Umfang der Schädigung, Auftragserteilungen an Unternehmen für die Reparatur, die Organisation von Zwischenlösungen und sonstigen Behelfsmassnahmen für die Zeitspanne bis zur Beseitigung der Schädigung, die Zusammenstellung der finanziellen

Folgen, die Anmeldung der Ansprüche gegen die Versicherung, die Beauftragung eines Rechtsanwaltes und dergleichen mehr.

Im «*Panoramarestaurant-Entscheid*» machte der Kläger einen Schaden bezüglich des ihm und seiner Ehefrau entstandenen zeitlichen Aufwands im Zusammenhang mit dem Brandfall geltend.³⁵ Insgesamt wurden 500 Stunden zu einem Stundenansatz von CHF 300 für den Kläger bzw. von CHF 200 für dessen Ehefrau geltend gemacht. Ob der Zeitaufwand für die Regulierung und Abwicklung der Schadensbeseitigung sowie für die Verfolgung der Ansprüche zu einem ersatzfähigen Schaden führen kann, ist nach wie vor unklar und umstritten.³⁶

B. Fiktiver Erwerbsschaden

Setzt der Geschädigte seine Arbeitskraft erwerbstätig ein und führt das schädigende Ereignis dazu, dass seine Erwerbstätigkeit ganz oder teilweise entfällt («*Arbeitsunfähigkeit*»), liegt ein ersatzfähiger Schaden vor. Schwieriger zu beantworten ist dagegen die Frage, ob ein ersatzfähiger Schaden auch dann vorliegt, wenn die Arbeitskraft für die Behebung der Folgen eines schädigenden Ereignisses aktiviert wird. Da kein konkreter Erwerb entfällt, handelt es sich um einen fiktiven Schaden.³⁷

Die Schadensregulierung wäre dann ersatzfähig, wenn man die Arbeitskraft als Vermögenswert ansieht. Ob die Arbeitskraft ohne schädigendes Ereignis erwerbstätig eingesetzt worden wäre, ist diesfalls unerheblich. Dieser Gedanke liesse sich damit begründen, dass die – auf der Grundlage einer langjährigen Berufsausbildung und -ausübung erworbene – Arbeitskraft für einen grossen Teil der Bevölkerung die wichtigste Einnahmequelle und damit der wesentlichste Vermögensbestandteil ist.³⁸

Das Bundesgericht anerkennt die Aktivierung der Arbeitskraft unabhängig von einem konkreten Erwerbsausfall beim Haushaltsschaden und beim Pflegeschaden.³⁹

³⁵ Siehe BGer, 4A_113/2017, 6.9.2017, E. 6.2.6.

³⁶ Siehe dazu ROBERTO (FN 13), 228 ff.; SCHWENZER (FN 25), N 15.10a; BK-BREHM (FN 24), Art. 41 OR N 77f f. Vgl. zum Diskussionsstand in Deutschland STAUDINGER-SCHIEHMANN (FN 6), § 251 BGB N 125 f.

³⁷ Siehe allgemein zu fiktiven Erwerbsausfällen ROBERTO (FN 25), N 29.31 ff.

³⁸ In diesem Sinne WOLFGANG GRUNSKY, Schadensersatz bei Verletzung eines Gewerbetreibenden oder Freiberuflers, DAR 1988, 400 ff., 403.

³⁹ Siehe BGE 131 III 360 E. 8.2 und E. 8.3 mit weiteren Hinweisen («*Haushaltsschaden*») und BGer, 4C.276/2001, 26.3.2002, E. 6b/bb («*Pflegeschaden*»).

Dem Problembereich der Schadensregulierung noch näher steht die Fallgruppe der Eigenreparatur.⁴⁰

C. Parallelen und Unterschiede zur Eigenreparatur

Der Geschädigte kann die nachteiligen Auswirkungen einer Schädigung selbst beheben. So kann der Autospengler einen Karoserieschaden an seinem Fahrzeug oder ein Schreiner Beschädigungen an seinen Möbeln eigenhändig reparieren. Gleiches gilt für sonstige Geschädigte, welche für die Reparatur nicht Dritte beauftragen, sondern dies eigens bewerkstelligen. Der Eigenreparatur gleichgestellt sind jene Fälle, in denen der Geschädigte die unentgeltliche Hilfe seitens Familienangehöriger oder anderer Personen in Anspruch nehmen kann. Dies ist namentlich bei Haushalts- und Pflegeschäden der Fall.⁴¹

Wer den Schaden selbst (bzw. durch nahestehende Personen) behebt, betätigt sein Restitutionsinteresse und sollte hierfür eine Entschädigung beanspruchen können. Dies gilt jedenfalls in jenen Fällen, in denen der Geschädigte durch seine Arbeitskraft Marktleistungen substituiert. Würde man eine Entschädigung mit dem Hinweis, es handele sich nicht um eine konkret eingetretene Vermögenseinbusse, verweigern, fehlt dem Geschädigten jeglicher Anreiz, die ökonomisch wünschbare Schadensbeseitigung selbst vorzunehmen.⁴² Entsprechendes gilt hinsichtlich der Haushaltsschäden oder Pflegeschäden. Bei der Anspruchshöhe sind dagegen nicht Marktpreise zugrunde zu legen, da ansonsten auch ein angemessener Gewinn, welchen gewinnorientierte Unternehmen zu erzielen pflegen, zu ersetzen wäre.⁴³

Es stellt sich die Frage, ob der Problembereich der Schadensregulierung und -abwicklung schadensrechtlich gleich zu behandeln ist wie die Eigenreparatur bzw. der Haushalts- oder Pflegeschaden. Es liesse sich argumentieren, dass der Geschädigte, welcher seine Arbeitskraft für die Regulierung und Abwicklung der Schadensbeseitigung einsetzt, ebenso einen abstrakten Schaden be-

anspruchen kann, wie dies bei der Eigenreparatur bzw. dem Haushalts- oder Pflegeschaden der Fall wäre. Trotz der Ähnlichkeit sprechen die besseren Argumente für eine Ablehnung eines abstrakten Anspruchs im Zusammenhang mit den zeitlichen Aufwendungen für die Schadensbeseitigung.⁴⁴

Der entscheidende Unterschied zwischen den Problemereichen liegt darin, dass der haftpflichtige Dritte verpflichtet ist, die verursachte Rechtsgutverletzung zu beseitigen bzw. dem Geschädigten die Kosten für die Reparatur oder die Haushaltsführung und Pflege zu entschädigen. Anderes gilt für die Schadensregulierung und -abwicklung. Die Feststellung der Rechtsgutverletzung, die Beauftragung und Prüfung der Schadensbeseitigung durch Dritte, die Anmeldung der Ansprüche an Versicherungen, die Wahrnehmung der Rechte und dergleichen mehr fallen in den Pflichtenkreis des Geschädigten.⁴⁵ Eine Entschädigung kommt hierfür bloss in Betracht, wenn der Aufwand den üblichen Rahmen deutlich überschreitet, es daher sachgerecht ist, dass der Geschädigte hierfür Marktleistungen in Anspruch nimmt.

D. Zwischenfazit

Wendet der Geschädigte Zeit auf, um die Folgen einer Schädigung zu beheben, stellt sich die Frage, ob er hierfür eine Entschädigung geltend machen kann. Die generelle Anerkennung der Arbeitskraft als Vermögenswert ist abzulehnen. Sachgerechter ist es, danach zu unterscheiden, ob die Behebung in den Pflichtenkreis des Schädigers fällt oder zu den durch den Geschädigten wahrzunehmenden Aufgaben gehört. Der Schädiger hat die Kosten für eine Reparatur der beschädigten Sache sowie die Haushaltsführung und Pflege bei verletzten Personen zu tragen. Kümmert sich der Geschädigte um die Reparatur oder übernehmen nahestehende Personen die Haushaltsführung oder Pflege, sollte die aufgewendete Zeit entschädigt werden. Anderes gilt dagegen hinsichtlich der Schadensregulierung. Diese gehört, soweit sie den üblichen Rahmen nicht überschreitet, zu den Aufgaben des Geschädigten, weshalb die hierfür aufgewendete Zeit nicht zu einem Ersatzanspruch führt.

⁴⁰ Siehe ausführlich zu dieser Schadensposition ROBERTO (FN 13), 219 ff. Vgl. ferner FELLMANN/KOTTMANN (FN 31), N 2348; KIESER/LANDOLT (FN 25), N 1785; REY/WILDHABER (FN 33), N 390; ARNOLD F. RUSCH/ADRIAN FISCHBACHER, Entschädigung des anwaltlichen Prozessierens in eigener Sache und verwandter Formen, AJP 2019, 686 ff., 692.

⁴¹ Siehe zu diesen Fällen statt aller HARDY LANDOLT, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 45–49 OR, 3. A., Zürich 2007, Art. 46 OR N 241 ff., 889 ff.

⁴² CHRISTIAN HUBER, Fragen zur Schadensberechnung, 2. A., Wien 1995, 108.

⁴³ ROBERTO (FN 25), N 29.44.

⁴⁴ Siehe ausführlich dazu ROBERTO (FN 13), 228 ff.

⁴⁵ Siehe dazu ROBERTO (FN 25), N 29.45; vgl. ferner RUSCH/FISCHBACHER (FN 40), AJP 2019, 686.

V. Zusammenfassung

Der bundesgerichtliche Entscheid zeigt exemplarisch auf, dass sich das Schadensrecht keineswegs auf eine mathematische Subtraktion im Sinne der Differenztheorie reduzieren lässt. Es ist zu begrüßen, dass das Bundesgericht dies in neuerer Zeit anerkennt und jeweils versucht, Regeln für die verschiedenen schadensrechtlichen Problemfelder zu formulieren. Der Umstand, dass das Gericht in den Entscheidungen gleichwohl noch am Textbaustein der Schadensdefinition nach Massgabe der Differenzhypothese festhält, ist unschädlich. Entscheidend ist, dass das Gericht in den Begründungen jeweils die auf die einzelnen Schadensprobleme anwendbaren Regeln herauschält. Anderes gilt dagegen für denjenigen Teil des Schrifttums, welcher die Gesamtvermögensdifferenz nach wie vor als massgebliche Regel zur Bestimmung des Schadens versteht.

Im bundesgerichtlichen Entscheid, welcher sich mit dem abgebrannten Panoramarestaurant befasst, standen verschiedene Einbussen zur Diskussion. Die drei bedeutendsten Schadenspositionen waren der merkantile Minderwert, der Nutzungsausfall und die Entschädigung für die Schadensregulierung. Es handelt sich dabei um umstrittene Fragen des Schadensrechts.

Der merkantile Minderwert kann neben dem technischen Minderwert bzw. den Reparaturkosten beansprucht werden. Ebenso wie der technische Minderwert stellt der merkantile Minderwert Teil des Kompensationsinteresses dar. Die Einbusse entsteht daher bei beiden Arten von Minderwerten mit der Rechtsgutverletzung und nicht, wie das Bundesgericht im «*Panoramarestaurant-Entscheid*» darlegt, erst nach der Reparatur.

Das Bundesgericht hat im nachfolgenden «*Wassereintrich-Entscheid*» seine Rechtsprechung zum merkantilen Minderwert bereits wieder geändert. Danach kann diese Schadensposition bloss geltend gemacht werden, wenn erstens die Reparatur durchgeführt wurde; zweitens unterscheidet das Gericht nunmehr zwischen Fahrzeugen und Immobilien. Während bei Fahrzeugen der merkantile Minderwert weiterhin abstrakt berechnet werden darf, muss sich bei Immobilien diese Schadensposition infolge eines Verkaufs konkret niedergeschlagen haben. Dass diese Rechtsprechung weder dogmatisch noch von der Sache her überzeugt, wurde anderswo bereits erläutert.⁴⁶

Der Nutzungsausfall führt nicht zu einem ersatzfähigen Schaden. Vielmehr ist die Nutzungsmöglichkeit im Substanzwert enthalten. Eine Besonderheit gilt bei pro-

duktiv eingesetzten Sachen. Primär ist in diesen Fällen bei einer Nutzungsbeeinträchtigung der Einnahmefall zu ersetzen. Ist dieser schwer zu ermitteln, kann der Geschädigte die im Hinblick auf die erhofften Einnahmen getätigten Aufwendungen als «*ersten handgreiflichen Schaden*» beanspruchen. Zusätzlich kann er einen darüber hinausgehenden Gewinn geltend machen, wobei dem Schädiger der Gegenbeweis offensteht, dass weder Gewinne erzielt noch die Aufwendungen durch die Erträge gedeckt worden wären.

Die zeitlichen Aufwendungen für die Schadensbeseitigung gehören in den Pflichtenkreis des Geschädigten und führen – anders als bei der Eigenreparatur, Haushaltsführung und Pflege des Geschädigten – nicht zu einer Entschädigung für die aufgewendete Arbeitskraft. Auch der tatsächlichen Inanspruchnahme von Marktleistungen, etwa durch Beauftragung von Beratern, Buchhaltern, Anwälten usw., ist ein enger Massstab anzulegen. Diese sind nur ersatzfähig, wenn sie den üblichen Rahmen deutlich übersteigen bzw. den Betroffenen überfordern würden.

⁴⁶ ROBERTO/PAVATAJ (FN 2), AJP 2019, 991.