

# Fünf Thesen zum Werkvertragsrecht

ALFRED KOLLER

## Inhaltsübersicht

Einleitung	379
I. Erste These: Der merkantile Minderwert bildet Gegenstand der Minderung	379
II. Zweite These: Die Fälligkeit eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs hat mit einem allfälligen Prozess über den Anspruch nichts zu tun	381
III. Dritte These: Schaden i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR ist auch der Mangelschaden	383
IV. Vierte These: Eine entgangene Gebrauchsmöglichkeit und Hotelkosten sind einer abstrakten Schadensberechnung nicht zugänglich	386
V. Fünfte These: Art. 377 OR schliesst eine Berufung auf die <i>clausula rebus sic stantibus</i> nicht aus	387

## Einleitung

Die Thesen, auf die im Titel Bezug genommen wird, betreffen allesamt das Schadenersatzrecht, genauer die Haftung aus Vertrag. Der Ausdruck These deutet an, dass es um kontroverse Punkte geht, ich also nicht allseits Bekanntes und Anerkanntes von mir gebe. Der Ausdruck deutet aber auch an, dass der vorliegende Beitrag sich nicht als abschliessende und umfassende Stellungnahme versteht, sondern ein Diskussionsbeitrag sein will.

### I. Erste These: Der merkantile Minderwert bildet Gegenstand der Minderung

Gegenstand dieser These bildet die Streitfrage, ob der sog. merkantile Minderwert, den ein Werk wegen eines Werkmangels hat, zum Minderwert i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR gehört oder nicht. Bejaht man die Frage, kann wegen eines merkantilen Minderwerts der Werklohn u.U. herabgesetzt werden, ohne dass es auf ein Verschulden des

Werkunternehmers ankäme. Verneint man die Frage, so kann der merkantile Minderwert nur unter schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten geltend gemacht werden<sup>1</sup>. Der Unternehmer kann also nur in Anspruch genommen werden, wenn ihn ein Verschulden trifft (Art. 368 Abs. 1 und 2 OR).

Vorweg ist der Begriff des merkantilen Minderwerts zu klären. Der merkantile Minderwert bildet das Gegenstück zum technischen Minderwert. Technisch ist der Minderwert, den eine schadhafte Sache wegen des Mangels hat. Merkantil ist der Minderwert, den eine schadhafte Sache trotz einwandfreier Reparatur behält, weil allfällige Käufer versteckte Mängel befürchten. Schulbeispiel sind Unfallautos, gegen welche der Verkehr trotz einwandfreier Reparatur Misstrauen hegt und die daher weniger wert sind als vergleichbare unfallfreie Autos. Misstrauen und Minderwert nehmen mit der Zeit ab und verschwinden irgendwann ganz. Wenn ein Unfallauto, um bei diesem Beispiel zu bleiben, zehn Jahre gefahren wird, ohne dass sich Unfallfolgen gezeigt haben, so besteht kein merkantiler Minderwert mehr. Im Werkvertragsrecht mag der merkantile Minderwert keine überragende Rolle spielen. Er kommt aber vor. Das deutsche Reichsgericht<sup>2</sup> hatte sich seinerzeit mit dem Fall zu befassen, dass ein Haus mit Schwamm befallen war. Es hat festgestellt, ein solches Haus weise trotz tadelloser und dauerhafter Beseitigung des Schwamms einen merkantilen Minderwert auf, falls und solange ein durchschnittlicher Käufer nicht daran glaube, dass sich Schwamm dauerhaft beseitigen lässt.

Bei der Begründung der These, wonach der merkantile Minderwert zum Minderwert i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR gehört und daher Gegenstand der Minderung sein kann, ist vom Sinn und Zweck des Minderungsrechts auszugehen. Dieses ist Ausgleich dafür, dass der Besteller nicht das erhält, wofür er den Werklohn versprochen hat. Es kommt somit entscheidend auf die Frage an, was der Besteller eines Werks als Gegenleistung für den Werklohn erwarten darf: Darf er bloss erwarten, dass das Werk keinen technischen Minderwert aufweist oder darf er darüber hinaus erwarten, dass es auch keinen merkantilen Minderwert hat? Vorab ist klar, dass man die Frage vertraglich regeln kann. Was aber, wenn dies – wie regelmässig – nicht der Fall ist? Es fragt sich dann, ob der Besteller stillschweigend voraussetzen darf, dass ein merkantiler Minderwert nicht gegeben ist. Das kann man wohl weder generell bejahen noch generell verneinen. Es kommt vielmehr auf die Umstände an. Insbesondere dann, wenn ein Werk ersichtlich zur Weiterveräusserung bestimmt ist, muss der Besteller mit einer merkantilen Wertverminderung des Werks nicht rechnen. Letzten Endes gelten im vorliegenden Kontext – mutatis mutandis – dieselben Kriterien, welche für die Feststellung eines Mangels gelten.

<sup>1</sup> Die «Schadenersatztheorie» vertritt z.B. GAUCH PETER, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Rz. 1633 ff., die «Minderungstheorie» GUHL THEO, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., Zürich 2000, § 1–47 bearbeitet von ALFRED KOLLER, § 47 Rz. 53.

<sup>2</sup> RGZ 85 (1915), 252.

Der merkantile Minderwert kann zwar – wie soeben gesagt – einen Minderwert i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR darstellen, es handelt sich aber immer um einen *besonderen* Minderwert, weil er – wie erwähnt – naturgemäss mit der Zeit von selbst verschwindet. Daraus folgt, dass sich der merkantile Minderwert nicht notwendigerweise realisiert. Er realisiert sich dann, wenn der Besteller des Werks dieses verkauft und wegen des merkantilen Minderwerts eine Einbusse erleidet. Er realisiert sich hingegen nicht, wenn der Besteller das Werk behält, bis der Minderwert verschwunden ist. Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob eine Minderung nur bei realisiertem Minderwert oder ob sie generell zulässig ist. M.E. ist die Frage im ersten Sinne zu entscheiden, also die generelle Ersatzfähigkeit zu verneinen. Zur Begründung sei auf das im OR AT Gesagte verwiesen<sup>3</sup>. Dort geht es zwar unmittelbar nicht um die Minderung, sondern um die Frage, ob auch der nicht realisierte merkantile Minderwert einen Anspruch auf Schadenersatz verschafft. Die Problematik ist jedoch unter rechtlichem Gesichtspunkt dieselbe.

## II. Zweite These: Die Fälligkeit eines vertraglichen Schadenersatzanspruchs hat mit einem allfälligen Prozess über den Anspruch nichts zu tun

Schadenersatzansprüche werden *grundsätzlich* mit der Schadensentstehung fällig<sup>4</sup>. Eine *Ausnahme* gilt hinsichtlich *künftiger, finanzieller Nachteile*, wie z.B. Erwerbsausfall. Diese sind sofort zum Ersatz fällig, doch ist «der zu ersetzende Betrag entsprechend zu diskontieren» (BGE 127 III 73, 81), d.h. der Geschädigte hat sich den mit der vorzeitigen Auszahlung verbundenen Zinsvorteil schadensmindernd anrechnen zu lassen. Steht also beispielsweise fest, dass ein anspruchsberechtigter Verletzter Arztkosten in bestimmtem Umfang haben wird, so kann er diese bereits im Voraus ersetzt verlangen, aber eben unter Abzug eines Diskonts.

Das alles muss auch im Werkvertragsrecht gelten. Das war bis vor kurzem die allgemeine Auffassung. Davon abgerückt ist BGE 130 III 591 E. 3.1. Es ging in diesem Entscheid – mit rechtlich unerheblichen Vereinfachungen – um Folgendes:

A liess in den Jahren 1987/88 auf seinem Grundstück ein Gewerbehaus erstellen. Mit den Architekturarbeiten betraute er die B. AG. Im Herbst 1988 konnte das Bauwerk bezogen werden. Kurz darauf bildeten sich in den Fassaden Risse. Für diese machte A die B. AG verantwortlich. Nach erfolglosen Vergleichsverhandlungen reichte A am 11. März 1992 beim

<sup>3</sup> ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2006, § 49 Rz. 11, § 52 Rz. 8; a.A. BGE 64 II 137 E. 3c; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, Rz. 690.

<sup>4</sup> MATTHIAS LEEMANN, Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 2002, S. 26 m.w.Nw.

Handelsgericht des Kantons St.Gallen Klage ein. Er stellte den Antrag, die B. AG sei zur Bezahlung der Mängelbeseitigungskosten im Betrage von knapp 1,9 Mio Fr. zu verpflichten, zuzüglich Verzugszins zu 5 % seit Klageanhebung, also seit 11. März 1992. Das angerufene Gericht hat die Klage im Betrage von rund Fr. 715'000.- gutgeheissen und den Zinsanspruch auf diesem Betrag bejaht. Die B. AG hat eidgenössische Berufung eingereicht und dem Bundesgericht beantragt, das angefochtene Urteil sei, was den Zinsanspruch anbelangt, aufzuheben. Sie stellte sich auf den Standpunkt, die Zinspflicht sei erst mit Ausfällung des angefochtenen Urteils entstanden. Das Bundesgericht hat diesen Standpunkt geschützt und festgestellt, der fragliche Schadenersatzanspruch sei nicht schon mit Klageeinleitung, sondern erst mit Urteilsausfällung fällig geworden. In diesem Zeitpunkt sei auch sofort – ohne Mahnung – Verzug eingetreten.

Aus dem Urteil geht nicht im Einzelnen hervor, wie der Kläger seine Schadenersatzforderung begründet hat. Er hatte – aus meiner Sicht – zwei Möglichkeiten:

- Entweder konnte er geltend machen, das Werk habe aufgrund der Risse einen Minderwert in Höhe der mutmasslichen Mängelbeseitigungskosten. Wenn er so argumentierte, machte er einen *gegenwärtigen* abstrakten Schaden geltend<sup>5</sup>. Das konnte er, weil nach allgemeiner Auffassung bei Sachschäden eine abstrakte Schadensberechnung auf der Grundlage der mutmasslichen Mängelbeseitigungskosten zulässig ist.
- Oder aber der Kläger konnte geltend machen, er beabsichtige die Beseitigung der Mängel und verlange die damit verbundenen Kosten ersetzt. Wenn er so argumentierte, machte er keinen abstrakten gegenwärtigen, sondern einen konkreten *künftigen* Schaden geltend. Das war ebenfalls zulässig.

So oder anders war der Schadenersatzanspruch nach dem, was oben einleitend zur zweiten These gesagt wurde, im Zeitpunkt der Klageeinleitung fällig, und spätestens mit der Klageerhebung bzw. der Zustellung der Klage an die Beklagte trat Verzug ein. Denn damit wurde der Beklagte i.S.v. Art. 102 Abs. 1 OR gemahnt. Dementsprechend war die Verzugszinspflicht ab Klageerhebung begründet. Demgegenüber hat das Bundesgericht die Verzugszinspflicht – wie gesagt – verneint, und zwar deshalb, weil es der Auffassung war, die Fälligkeit sei erst mit Fällung des handelsgerichtlichen Urteils eingetreten. Es ist somit davon ausgegangen, der Kläger habe einen nicht fälligen Anspruch eingeklagt. Das ist insofern überraschend, als die Klagbarkeit eines Anspruchs in der Regel an die Fälligkeit geknüpft wird. Zwar gibt es die Klage auf Erbringung einer künftig fällig werdenden Leistung<sup>6</sup>. Indes ist im Bundesgerichtsurteil davon nicht die Rede. Das lässt wohl den Schluss zu, dass das Bundesgericht sich der Fälligkeitsproblematik nicht in vollem Umfang bewusst war und daher bei anderer Gelegenheit möglicherweise auf seinen Entscheid zurückkommen wird.

<sup>5</sup> Zum Begriff der abstrakten Schadensberechnung s. unten IV. und KOLLER, OR AT (Fn. 3), § 49 Rz. 7.

<sup>6</sup> Vgl. KOLLER, OR AT (Fn. 3), § 52 Rz. 27 ff.

### III. Dritte These: Schaden i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR ist auch der Mangelschaden

Art. 368 Abs. 2 OR sieht vor, dass der Besteller, dem ein mangelhaftes Werk abgeliefert wird, im Normalfall ein Minderungs- und ein Nachbesserungsrecht hat und bei Verschulden des Unternehmers zusätzlich ein Schadenersatzrecht. Fraglich ist, was mit dem Schadenersatz in Art. 368 Abs. 2 OR gemeint ist.

GAUCH<sup>7</sup> ist der Auffassung, damit sei nur der sog. Mangelfolgeschaden gemeint, nicht aber auch der Mangelschaden. Nicht zum Schaden i.S.v. Art. 368 Abs. 2 OR zähle daher Schaden, der «im Mangel selbst begründet [ist]», «in der Mangelhaftigkeit des Werks selbst liegt». Daher sei «die auf das Vorhandensein des Mangels beschränkte Entwertung der vom Unternehmer erbrachten Leistung [...] kein Mangelfolgeschaden». Dementsprechend gebe das Schadenersatzrecht aus Art. 368 Abs. 2 OR keinen «Ausgleichsanspruch für unterbliebene Nachbesserung oder für Kosten einer vom Besteller unternommenen Eigenverbesserung». Im praktischen Ergebnis hat dies vor allem folgende Konsequenz: Wenn der Besteller einen vorhandenen Mangel nicht im Wege der Nachbesserung durch den Unternehmer, sondern durch einen Dritten beseitigen lässt und in der Folge die Minderung erklärt, so kann er Kosten, welche den Minderungsbetrag überschreiten, nicht ersetzt verlangen. Er bleibt vielmehr auf diesen Kosten sitzen.

Diese Auffassung wurde vom Bundesgericht übernommen (BGE 116 II 305 E. 4), sie dürfte heute herrschend sein. Insbesondere hat sich ihr auch HONSELL in seinem Lehrbuch zum OR BT seit der 3. Auflage angeschlossen<sup>8</sup>. In der 2. Auflage hatte er hingegen noch die Auffassung vertreten, der Anspruch aus Art. 368 Abs. 2 OR erfasse sowohl Mangel- als auch Mangelfolgeschäden<sup>9</sup>. M.E. verdient diese frühere Auffassung Honsells den Vorzug<sup>10</sup>, aus folgenden Gründen:

Nach Art. 368 Abs. 2 OR soll der Besteller – anders als z.B. nach österreichischem Recht (§ 932 Abs. 2 i.V.m. § 1167 ABGB) – zwischen Minderung und Nachbesserung frei wählen können, falls – wie regelmässig – die Voraussetzungen für beide Rechte gegeben sind. Das Nachbesserungsrecht hat also keinen Vorrang. Hinter dieser gesetzlichen Gewährleistungskonzeption steckt die Idee, dass der Besteller wegen des

<sup>7</sup> GAUCH (Fn. 1), Rz. 1864 (mit den im Text folgenden Zitaten).

<sup>8</sup> HEINRICH HONSELL, Das Schweizerische Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl., Bern 2006, S. 288–290.

<sup>9</sup> HEINRICH HONSELL, Das Schweizerische Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Bern 1992, S. 221.

<sup>10</sup> Ich selbst habe früher ebenfalls die hier abgelehnte Ansicht vertreten (ALFRED KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 2. Aufl., Zürich 1995, Rz. 8 und S. 232 oben). Die Kehrtwende kam im Jahre 2000 (GUHL/KOLLER (Fn. 1), § 47 Rz. 54), seither noch ALFRED KOLLER, Die Vergütungsgefahr beim Werkvertrag, in: Harrer/Portmann/Zäch (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, FS für Heinrich Honsell, Zürich 2002, S. 401 ff., S. 413/414.

Mangels das Vertrauen zum Unternehmer verloren haben kann und es ihm daher nicht zumutbar ist, den Unternehmer, der den Mangel produziert hat, nachbessern zu lassen. Stattdessen soll er mindern können. Das für den Verschuldensfall zusätzlich gewährte Schadenersatzrecht soll es dem Besteller ermöglichen, jeden beliebigen, aus dem Mangel resultierenden Schaden zu beseitigen. Das ergibt sich aus der allgemeinen Regel von Art. 97 OR, wonach ein Gläubiger, der zufolge einer schuldhaften Vertragsverletzung Schaden erlitten hat, diesen auf den Schuldner abwälzen kann. Warum es sich gerade beim Werkvertrag anders verhalten sollte, warum also der Besteller eines Werks schlechter gestellt sein soll als andere Gläubiger, ist nicht einzusehen und wird jedenfalls vom Bundesgericht und der herrschenden Lehre nicht dargelegt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nach der Gewährleistungskonzeption von Art. 368 Abs. 2 OR der Besteller bei Mängeln des Werks die Möglichkeit haben muss, auf die Nachbesserung durch den Unternehmer zu verzichten, die Mängel durch einen Dritten beseitigen zu lassen, die Minderung zu erklären und Verbesserungskosten, welche den Minderungsbetrag übersteigen, auf dem Schadenersatzweg auf den Unternehmer abzuwälzen, falls diesen ein Verschulden trifft<sup>11</sup>. Die unterschiedlichen Auffassungen seien an einem Beispiel verdeutlicht:

B lässt durch Unternehmer U an seinem Haus ein neues Dach erstellen. Kurze Zeit nach der Ablieferung beginnt das Dach zu rinnen. Ein Fachmann erklärt B, das Dach sei unfachmännisch angefertigt worden. In dieser Situation kann B m.E. die Mängel durch einen Dritten beseitigen lassen, die Minderung erklären und für Verbesserungskosten, welche den Minderungsbetrag übersteigen, Schadenersatz verlangen. Demgegenüber ist ein solcher Schadenersatz nach Auffassung des Bundesgerichts ausgeschlossen. Will daher B nicht riskieren, einen Teil der Verbesserungskosten selbst zu tragen, so ist er gezwungen, die Mängel durch den Unternehmer beseitigen zu lassen. Die von Gesetzes wegen bestehende Möglichkeit, zwischen Minderung und Nachbesserung frei zu wählen, ist also faktisch eingeschränkt.

Das Gesagte bedarf verschiedener Ergänzungen:

- Das Bundesgericht erlaubt zwar dem Besteller nicht, Drittverbesserungskosten als Schadenersatz nach Art. 368 Abs. 2 OR zu liquidieren. Hingegen können solche Kosten nach Art. 366 Abs. 2 OR, welchen das Bundesgericht analog anwendet, liquidiert werden (grundlegend BGE 107 II 50<sup>12</sup>)<sup>13</sup>. Diese Möglichkeit besteht allerdings nur dann, wenn sich der Unternehmer nachzubessern weigert, wenn er eine

<sup>11</sup> Gleich im Ergebnis ROGER BRÄNDLI, Nachbesserung im Werkvertrag, Diss. St.Gallen 2007, Rz. 608.

<sup>12</sup> Neuestens bestätigt im Entscheid 4C.130/2006 vom 8.5.07, E. 6.1.

<sup>13</sup> A.A. GAUCH (Fn. 1), Rz. 1821; THEODOR BÜHLER, Zürcher Kommentar, N 62 zu Art. 366 OR; wie das Bundesgericht ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 621 zu Art. 366 OR, m.w.Nw.; DERS., Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme, in: Haftung für Werkmängel, St.Gallen 1998, S. 1 ff., S. 12 f.; JÜRIG NIKLAUS, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Diss. St.Gallen 1999, Rz. 4.12.

ihm gesetzte Verbesserungsfrist unbeachtet lässt oder wenn er zur Nachbesserung unfähig ist. Art. 366 Abs. 2 OR erlaubt also dem Besteller nur ausnahmsweise, Kosten einer Drittverbesserung auf den Unternehmer abzuwälzen. Demgegenüber trifft dies nach der hier vertretenen Ansicht generell zu, immer vorausgesetzt, dass der Unternehmer schuldhaft den Werkmangel verursacht hat.

- Der Besteller, dem ein mangelhaftes Werk abgeliefert wird, kann – bei gegebenen Voraussetzungen – frei wählen, ob er nur Schadenersatz verlangt oder ob er stattdessen ein verschuldensunabhängiges Mängelrecht geltend macht und den dadurch nicht beseitigten Schaden zusätzlich ersetzt verlangt. Insbesondere kann er frei wählen, ob er mindert und allfällig verbleibenden Schaden ersetzt verlangt oder ob er nur Schadenersatz verlangt. Wenn im Beispiel der Bauherr dieses durch einen Dritten reparieren lässt, so kann er – bei gegebenen Voraussetzungen – wählen, ob er mindert und zusätzlich Verbesserungskosten, welche den Minderungsbetrag übersteigen, unter dem Titel des Schadenersatzes liquidiert oder ob er für die gesamten Verbesserungskosten Schadenersatz verlangt. Das Letztere wird er tun, wenn offensichtlich ist, dass den Dachdecker ein Verschulden trifft. Ist dies hingegen zweifelhaft, so wird er sinnvollerweise zweistufig vorgehen.
- Der Minderungsbetrag ist regelmässig identisch mit den Kosten, welche im Falle einer Drittverbesserung entstehen<sup>14</sup>. In diesem Regelfall spielt es keine Rolle, ob man der bundesgerichtlichen oder der hier vertretenen Ansicht folgt. Immerhin gibt es Fälle, in denen der Minderungsbetrag hinter den Drittverbesserungskosten zurückbleibt oder überhaupt kein Minderwert vorliegt. Dann spielt die Kontroverse sehr wohl eine Rolle. Zur Illustration ein Beispiel:

Bauherr A beauftragt Maler M, sein Haus grau zu streichen. M, der gerade keine graue Farbe zur Hand hat, streicht das Haus gelb. In einem solchen Fall dürfte das Haus keinen Minderwert aufweisen, denn im Verkehr sind graue Häuser wohl gleich viel wert wie gelbe. Wenn in dieser Situation A das Haus durch einen Dritten neu – diesmal grau – streichen lässt, so kann er die damit verbundenen Kosten unter dem Titel der Minderung nicht ersetzt verlangen. Nach bundesgerichtlicher Ansicht kann er sie auch schadenersatzrechtlich nicht liquidieren. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies hingegen möglich.

---

<sup>14</sup> KOLLER, Nachbesserungsrecht (Fn. 10), Rz. 177 und vor allem S. 237.

#### IV. Vierte These: Eine entgangene Gebrauchsmöglichkeit und Hotelkosten sind einer abstrakten Schadensberechnung nicht zugänglich

Die Schadensberechnung wirft zahllose Probleme auf, von denen die meisten kontrovers beurteilt werden. Strittig ist insbesondere auch die Frage, inwieweit Schäden, welche keinen konkreten finanziellen Nachteil zur Folge haben, weder einen finanziellen Verlust noch einen Gewinnentgang, durch eine Geldleistung abzugelten sind, immer vorausgesetzt, dass ein Haftungstatbestand erfüllt ist. Soweit ein Ersatz zulässig ist, spricht man von abstrakter Schadensberechnung, eben weil von einem konkreten finanziellen Nachteil abgesehen, davon abstrahiert wird. Auch von normativer Schadensberechnung ist die Rede. Doch ist die Terminologie schwankend<sup>15</sup>. Im Folgenden interessiert nicht mehr die Terminologie, sondern die Frage, ob Hotelkosten oder eine entgangene Gebrauchsmöglichkeit abstrakt berechnet werden dürfen.

Ich beginne mit der zweiten Frage und illustriere sie anhand von BGE 126 III 388. Dieser Entscheid betraf folgenden Sachverhalt:

B hatte ein Einfamilienhaus erstellen lassen. Die Architekturarbeiten hatte er dem A übertragen. In der Folge zeigten sich von A verschuldete Mängel, insbesondere kam es im Haus zu Wassereintrüben. Hierauf hat B den A auf Schadenersatz belangt, u.a. mit dem Argument, er habe einzelne Zimmer vorübergehend nicht gebrauchen können. Das von B angerufene Gericht hat die Haftung als solche bejaht und dem B u.a. auch wegen der entgangenen Gebrauchsmöglichkeit Schadenersatz zugesprochen, und dies, obwohl B keine durch den Nichtgebrauch der Zimmer bedingten, finanziellen Nachteile nachgewiesen hatte. Weder hatte er zusätzliche Kosten (z.B. durch Anmietung anderer Räume), noch war ihm ein Einnahmeausfall entstanden. Das Bundesgericht hat eine von A eingereichte Berufung teilweise gutgeheissen und hinsichtlich der entgangenen Gebrauchsmöglichkeit jeden Schadenersatzanspruch ausgeschlossen. M.E. zu Recht. Denn<sup>16</sup>:

Grundsätzlich ist nur eine konkrete Schadensberechnung zulässig, d.h. ein Anspruch auf Geldersatz besteht nur unter der Voraussetzung, dass eine finanzielle Einbusse entstanden ist. Eine abstrakte Berechnung setzt immer einen besonderen Grund voraus. Dies sei am sog. Haushaltsschaden illustriert. Wird eine haushaltsführende Person in haftbar machender Weise verletzt, so dass sie den Haushalt nicht mehr führen kann, so kann sie eine Haushaltshilfe anstellen und die dadurch verursachten Kosten auf den Haftpflichtigen abwälzen. Das ist konkrete Schadensberechnung. Stattdessen kann sie aber auch auf die Anstellung einer Haushaltshilfe verzichten, die anfallenden Arbeiten durch Verwandte oder Bekannte verrichten lassen und die fiktiven Kosten einer Haushaltshilfe ersetzt verlangen. Das ist abstrakte Schadensberechnung. Hier rechtfertigt sich eine abstrakte Schadensberechnung mit Rücksicht darauf, dass

---

<sup>15</sup> Vgl. zur Terminologie HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, *Schadenersatz*, 3. Aufl., Tübingen 2003, S. 353 ff.

<sup>16</sup> Siehe zum Folgenden KOLLER, OR AT (Fn. 3), § 49 Rz. 8 ff., 15 ff.



es der haushaltsführenden Person u.U. nicht zumutbar ist, einen ihr fremden Dritten den Haushalt führen zu lassen. Verzichtet sie zur Wahrung der Intimsphäre auf den Beizug einer Haushaltshilfe, so soll davon nicht der Haftpflichtige profitieren (BGE 127 III 403 E. 4b). Derartige, eine abstrakte Schadensberechnung rechtfertigende Gründe bestehen bei einer entgangenen Gebrauchsmöglichkeit nicht.

Dasselbe gilt auch hinsichtlich fiktiver Hotelkosten. Demgegenüber hat der deutsche Bundesgerichtshof in einem Entscheid aus dem Jahre 2003 gegenteilig judiziert<sup>17</sup>. Es ging hier um Folgendes:

U hatte sich verpflichtet, für B ein Einfamilienhaus zu errichten. Nach Einzug stellte B Risse in den Fussbodenfliesen fest. Er beabsichtigte nicht, die Mängel zu beheben. Dennoch verlangte er Schadenersatz für die – fiktiven – Mängelbeseitigungskosten sowie für einen dreiwöchigen Hotelaufenthalt, welcher bei einer Vornahme der Mängelbeseitigung erforderlich geworden wäre. Der Bundesgerichtshof hat für beide Schadenspositionen Ersatz zugesprochen. Dagegen ist nichts einzuwenden, soweit es um die Kosten der Mängelbeseitigung geht. Denn insoweit war eine abstrakte Schadensberechnung zweifellos zulässig. Hingegen hätten die Hotelkosten nach schweizerischem Recht nicht abstrakt berechnet werden dürfen.

## V. Fünfte These: Art. 377 OR schliesst eine Berufung auf die *clausula rebus sic stantibus* nicht aus

Der Besteller eines Werks hat gemäss Art. 377 OR das Recht, den Werkvertrag vorzeitig aufzulösen. Tut er dies, so wird er dem Unternehmer nach der betreffenden Bestimmung jedoch schadenersatzpflichtig. Er hat ihm – vereinfacht gesagt – den zufolge der vorzeitigen Vertragsauflösung entgehenden Werklohn zu ersetzen. Umstritten ist, ob der Besteller auch bei Vorliegen eines *clausula*-Tatbestandes den Vertrag nur nach Art. 377 OR auflösen kann oder ob in einem solchen Falle die Vertragsauflösung gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* zulässig ist. Umstritten ist mit anderen Worten, ob Art. 377 OR die *clausula rebus sic stantibus* verdrängt. Diese Frage ist nach den allgemeinen Grundsätzen über die Gesetzeskonkurrenz zu beantworten<sup>18</sup>. M.E. schliesst Art. 377 OR die *clausula* nicht aus<sup>19</sup>. Folgt man dem, so ist der Besteller, der den Werkvertrag bei Vorliegen eines *clausula*-Tatbestandes vorzeitig auflöst, nicht ohne weiteres schadenersatzpflichtig, vielmehr entscheidet der Richter nach seinem Ermessen über die Folgen der Vertragsauflösung.

<sup>17</sup> BGH, BauR 8/2003, S. 1211 ff.

<sup>18</sup> Siehe dazu ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., Bern/München/Wien 2005, S. 96 ff.; ferner KOLLER, OR AT (Fn. 3), § 59 Rz. 1 ff.

<sup>19</sup> KOLLER, OR AT (Fn. 3), § 29 Rz. 31; gegenteilig GAUCH (Fn. 1), Rz. 576.