Urteilkopf

145 III 225

30. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A.A. und Mitb. gegen G.G. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_394/2018 vom 20. Mai 2019

Regeste (de):

Art. 42 Abs. 2 und 97 Abs. 1 OR; merkantiler Minderwert.

Definition des Schadens aus merkantilem Minderwert (E. 3). Bedeutung des Zeitablaufs im Rahmen der Schadensermittlung und rechtliche Behandlung von sich mit der Zeit ändernden Schäden (E. 4.1). Voraussetzungen der Ersatzfähigkeit eines merkantilen Minderwerts bei Motorfahrzeugen und Immobilien (E. 4.2).

Regeste (fr):

Art. 42 al. 2 et 97 al. 1 CO; moins-value commerciale.

Définition du dommage issu d'une moins-value commerciale (consid. 3). Importance de l'écoulement du temps dans le cadre de la détermination du dommage et traitement juridique de dommages évoluant dans le temps (consid. 4.1). Conditions de la réparation d'une moins-value commerciale de véhicules automobiles et de propriétés immobilières (consid. 4.2).

Regesto (it):

Art. 42 cpv. 2 e 97 cpv. 1 CO; minor valore mercantile.

Definizione del danno sorto da un minor valore mercantile (consid. 3). Importanza dello scorrere del tempo nell'ambito della determinazione del danno e trattamento giuridico dei danni che mutano con il tempo (consid. 4.1). Presupposti della risarcibilità di un minor valore mercantile di veicoli a motore e di immobili (consid. 4.2).

Sachverhalt ab Seite 225

BGE 145 III 225 S. 225

Die sich in Liquidation befindende H. GmbH (Beklagte 1) mit Sitz in Zug bezweckte die Führung einer Generalunternehmung, den
BGE 145 III 225 S. 226

Handel mit sowie den Kauf und Verkauf von Immobilien und Beteiligungen. G.G. (Beklagte 2, Beschwerdegegnerin) ist die Frau des am 21. Oktober 2006 verstorbenen H.G., der bis November 2006 als Geschäftsführer der Beklagten 1 mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen war. Im Jahr 2001 schlossen A.A. und B.A. (Kläger und Beschwerdeführer 1 und 2), C.C. und D.C. (Kläger und Beschwerdeführer 3 und 4) sowie E.E. und F.E. (Kläger und Beschwerdeführer 5 und 6) mit der Beklagten 1 je einen "Generalunternehmer-Werkvertrag". Die Beklagte 1, deren Projektleiter H.G. war, übernahm die Verpflichtung, an der Strasse U. 50, 52 bzw. 54 in Küsnacht/ZH je ein Einfamilienhaus zum Preis von Fr. 1,81 Mio, Fr. 1,71 Mio. bzw. Fr. 1,797 Mio bis zum 1. September 2002 zu erstellen. Infolge von heftigen Regenfällen vom 7. bis 9. August 2007 kam es zu einem Wassereintritt in den drei Häusern der Kläger. Nachdem die Kläger bei der Beklagten 1 schriftlich Mängelrüge erhoben und sie erfolglos zu deren Behebung sowie zum Schutz vor allfälligen weiteren Schadensfällen aufgefordert hatten, liessen sie im Sinne einer Ersatzvornahme ein Hochwasserschutzkonzept realisieren. Am 30. August 2012 verkauften die Kläger 3 und 4 ihre Liegenschaft an der Strasse U. 52 an Dritte. Dabei erzielten sie einen Kaufpreis von Fr. 3,2 Mio. Mit Klage vom 23. März 2009 beantragten die Kläger beim Kantonsgericht Zug, die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, ihnen Fr. 1'959'861.85 nebst Zins zu bezahlen, unter Vorbehalt der

Erhöhung bzw. Herabsetzung dieses Betrages nach Durchführung des Beweisverfahrens. Nachdem das Verfahren auf die Frage der Haftung der Beklagten beschränkt worden war, stellte das Kantonsgericht Zug mit Vorentscheid vom 8. November 2013 fest, dass die Beklagte 1 den Klägern die Kosten für verschiedene Nachbesserungsarbeiten an den drei streitbetroffenen Liegenschaften zu ersetzen habe. Überdies wurde festgestellt, dass die Beklagten 1 und 2 dem Grunde nach für verschiedene Arten von Schäden, insbesondere auch für den merkantilen Minderwert, der Kläger haften. Mit Urteil vom 16. Dezember 2014 wies das Obergericht des Kantons Zug die gegen diesen Vorentscheid erhobene Berufung der Beklagten 2 - mit Ausnahme des Kostenpunktes - sowie die von den Klägern erhobene Anschlussberufung ab.

BGE 145 III 225 S. 227

An der Hauptverhandlung vom 27. Februar 2017 änderten die Kläger ihr Rechtsbegehren und beantragten, die Beklagte 1 sei zu verpflichten, den Klägern Fr. 1'419'322.05 nebst Zins zu bezahlen und ihr seien sämtliche Kosten aller drei gerichtlichen Gutachten aufzuerlegen. Die Beklagte 2 sei zu verpflichten, den Klägern Fr. 1'097'810.- nebst Zins zu bezahlen, und ihr seien die Kosten für das gerichtliche Gutachten des Sachverständigen I. aufzuerlegen. Mit Entscheid vom 24. April 2017 verurteilte das Kantonsgericht Zug die Beklagte 1 zur Zahlung von Fr. 329'547.25 nebst Zins an die Kläger. Daneben wurden die Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, den Klägern den Betrag von Fr. 44'402.85 (vorprozessuale Anwaltskosten und Selbstbehalt Gebäudeversicherung) nebst Zins zu zahlen. Gegen diesen Entscheid erhoben die Kläger am 26. Mai 2017 Berufung beim Obergericht des Kantons Zug. Sie beantragten, es seien die Beklagten 1 und 2 unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, ihnen - zusätzlich zu dem mit Entscheid des Kantonsgerichts vom 24. April 2017 zugesprochenen Betrag - Fr. 1'040'000.- nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Februar 2009 als Schaden aus merkantilem Minderwert zu bezahlen. Mit Urteil vom 29. Mai 2018 wies das Obergericht die Berufung hinsichtlich der Beklagten 2 ab, soweit darauf einzutreten war. Hinsichtlich der Beklagten 1 wurde das Verfahren infolge Konkuseröffnung sistiert. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragten die Kläger, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 29. Mai 2018 sei aufzuheben und es sei die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz, eventualiter an die Erstinstanz, zurückzuweisen. Eventualiter sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 29. Mai 2018 aufzuheben und es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den Beschwerdeführern zusätzlich zu dem erstinstanzlich zugesprochenen Betrag den Betrag von Fr. 1'040'000.- nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Februar 2009 zu bezahlen. Zusätzlich sei die Sache zur Neuverlegung der Prozesskosten der kantonalen Verfahren an die Vorinstanz, eventualiter an die Erstinstanz, zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Zusammenfassung)

BGE 145 III 225 S. 228

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Da sich das Bundesgericht über die Anerkennung eines merkantilen Minderwerts bei Immobilien als ersatzfähigen Schaden noch nie konkret geäußert hat, sind zunächst allgemeine rechtliche Fragen in Zusammenhang mit dieser Schadensart zu prüfen.

3.1 Unter dem merkantilen Minderwert versteht man die durch ein schädigendes Ereignis verursachte Minderung des Verkehrswertes einer Sache, die unabhängig von deren technischen bzw. funktionellen Beeinträchtigung eintritt. Dieser merkantile Minderwert orientiert sich am subjektiven Empfinden potenzieller Käufer, wobei der Grund, weshalb der Markt mit einem nicht technisch begründeten Preisabschlag reagiert, ohne Belang ist. Während diese Wertminderung sich regelmässig - etwa bei einer beschädigten Sache - mit dem Verdacht verborgener Mängel trotz technisch einwandfreier Instandsetzung der Sache erklären lässt, sind auch andere wertmindernde Faktoren rein psychologischer Art denkbar. Ob der merkantile Minderwert als Mangelfolgeschaden zu qualifizieren oder dem Bereich der Minderung zuzuordnen ist, ist in der Lehre umstritten (vgl. zu diesem Meinungsstreit HERIBERT TRACHSEL, Der merkantile Minderwert im Werkvertrags-, Grundstückkauf- und Nachbarrecht, BR 2017 S. 336 f., 337 ff.). In der Schweiz wird ein merkantiler Minderwert bei Motorfahrzeugen anerkannt. In BGE 64 II 137 bejahte das Bundesgericht das Vorliegen eines ersatzfähigen Minderwerts eines Autos in Höhe von Fr. 400.- infolge einer schweren Unfallbeschädigung, dies obwohl nach Vornahme der Reparatur technisch kein Nachteil mehr vorhanden war. In BGE 84 II 158 führte das Bundesgericht aus, es sei notorisch, dass sich ein Unfall mit Reparaturkosten von Fr. 900.- negativ auf den Verkehrswert des Autos auswirkt, dies auch nach einwandfreier Reparatur der sichtbaren Schäden ("C'est le cas même si les dégâts apparents ont été

parfaitement réparés"). Im zuerst zitierten Entscheid erwog das Bundesgericht, dieser Schaden bestehe unabhängig davon, ob der Geschädigte das Auto behalte oder verkaufe. Massgebend für die Berechnung des Schadens sei der Tauschwert, d.h. die Summe, für welche der Eigentümer die Sache hätte verkaufen können (BGE 64 II 137 E. 3c). Dies bestätigte das Bundesgericht in einer allgemeinen Erwägung in einem neueren nicht publizierten Urteil, in welchem es um die schadensrechtlichen Folgen eines Brands bei der Errichtung eines Panoramarestaurants ging. BGE 145 III 225 S. 229

Es erwog, dass ein merkantiler Minderwert prinzipiell bei allen Sachen eintreten könne, für die aufgrund ihrer Eigenart die Möglichkeit erhöhter Schadenanfälligkeit typisch sei, bei denen also die Befürchtung verborgener Schäden oder Mängel für den weiteren Gebrauch der Sache von Bedeutung ist. Ob dies im konkreten Fall zutrefte, wurde offengelassen, da dem Beschwerdeführer der Schadensnachweis nicht gelang (Urteil 4A_113/2017 vom 6. September 2017 E. 4.3.1 und 4.3.3.1).

3.2

3.2.1 In der Lehre wird einhellig darauf hingewiesen, dass der merkantile Minderwert infolge Zeitablaufs abnimmt (MATTHIAS ZÖLLER, Der merkantile Minderwert: technische und rechtliche Widersprüche, in: Aachener Bausachverständigentage 2018, S. 137; ERIK THEES, Zur Versachlichung der Ermittlung der Höhe eines (bautechnisch irrationalen) merkantilen Minderwertes, in: Aachener Bausachverständigentage 2018, S. 165 f.; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, RZ. 49.12; REINER BRUMME, Merkantiler Minderwert bei Baumängeln und Grundstücksmängeln - Schlichtungs- und Schiedsordnung SOBau, Grundstücksmarkt und Grundstückswert [GuG] 5/2015 S. 276; ROBERTO, Schadensrecht, 1997, S. 163; ROLAND VOGEL, Merkantiler Minderwert: am Beispiel eines Altbau-Mietshauses (Rendite-Objekt), GuG 3/1997 S. 154 f.; vgl. auch TRACHSEL, a.a.O., S. 336 f., der immerhin erwähnt, dies treffe bei selbstständigen Bauwerken weniger zu als bei beweglichen Werken). Auch in der reichhaltigen diesbezüglichen deutschen Rechtsprechung wird davon ausgegangen, dass der im merkantilen Minderwert liegende Schaden, falls er nicht inzwischen durch eine konkrete Auswirkung des Minderwerts auf den Vermögensstand des Eigentümers festgelegt worden ist, immer geringer wird, bis er schliesslich verschwindet (vgl. z.B. Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes VI ZR 82/57 vom 29. April 1958, Rz. 15). Dies lässt sich damit erklären, dass das Misstrauen des Marktes mit der Zeit abnimmt bzw. das schadenstiftende Ereignis langsam vergessen geht, bis es bei der Bewertung gar keine Rolle mehr spielt. Bei Immobilien wird davon ausgegangen, dass der merkantile Minderwert nach höchstens 15 Jahren ganz verschwindet (WOLFGANG KLEIBER, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, 8. Aufl. 2016, Rz. 573; VOGEL, a.a.O., S. 159).

3.2.2 Dass ein merkantiler Minderwert nach allgemeiner Auffassung mit der Zeit abnimmt, bis er in überschaubarer Zeit bei der BGE 145 III 225 S. 230

Bewertung gar keine Rolle mehr spielt, findet in Rechtsprechung und Lehre bei der Festlegung des für die Bestimmung eines solchen Schadens relevanten Zeitpunktes kaum Beachtung. Das Bundesgericht hat darauf hingewiesen, dass der Geschädigte, der neben dem Ersatz der Reparaturkosten auch einen Schaden aus merkantilem Minderwert geltend macht, für dessen Bestimmung nicht auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses abstellen kann. Da im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses die Reparatur noch nicht erfolgt ist, kann ein allfälliger trotz Reparatur bestehender merkantiler Minderwert noch gar nicht eintreten. Daraus wurde abgeleitet, es sei vielmehr auf die Situation abzustellen, wie sie sich im Zeitpunkt des Abschlusses der Reparatur präsentiert (Urteil 4A_113/2017 vom 6. September 2017 E. 4.4). Dies entspricht der in Deutschland herrschenden Auffassung. Nach ständiger Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes wird für die Bemessung des merkantilen Minderwerts der Zeitpunkt der beendeten Instandsetzung der beschädigten Sache als massgebend erachtet (vgl. Urteile des deutschen Bundesgerichtshofes VI ZR 72/65 vom 2. Dezember 1966, Rz. 11; III ZR 186/79 vom 2. April 1981, Rz. 10, mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofes hat der Schädiger dem Geschädigten die Differenz zwischen dem Zeitwert des Fahrzeugs zum Zeitpunkt des Unfalls und dem Zeitwert im reparierten Zustand nach dem Unfall zu ersetzen (vgl. Urteil des österreichischen obersten Gerichtshofes 2 Ob 73/89 vom 20. Juni 1989). In der Lehre wird teilweise davon ausgegangen, es sei grundsätzlich auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses (vgl. MIHAL VUIA, Der merkantile Minderwert als Teil des Vermögensschadens, Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 2012 S. 3060) bzw. nach der Wahl des Geschädigten entweder auf den Schädigungs- oder den Urteilszeitpunkt abzustellen (KIESER/LANDOLT, Unfall - Haftung - Versicherung, 2011, S. 631 Rz. 1821).

3.3 In einem Entscheid aus dem Jahre 1958, bei welchem es um einen beschädigten Personenkraftwagen ging, erwog der deutsche Bundesgerichtshof, dass die Besonderheit des merkantilen Minderwertes, stetig abzunehmen und in verhältnismässig kurzer Zeit ganz zu verschwinden, nicht unberücksichtigt bleiben könne. Nur wenn der merkantile Minderwert als ein bleibender Schaden der Höhe nach festgelegt sei, etwa weil die geschädigte Person die Sache verkaufte oder ausreichende Anhaltspunkte für einen bleibenden - unveränderlichen - Schaden vorhanden seien, könne der Haftpflichtige zum
BGE 145 III 225 S. 231

Ersatz dieses Schadens verurteilt werden. Sonst müsse sich der Geschädigte einstweilen mit der blossen Feststellung begnügen, dass der Schädiger verpflichtet ist, ihm den Minderwert des Fahrzeuges zu ersetzen (Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes VI ZR 82/57 vom 29. April 1958, Rz. 15-17). Diese Rechtsprechung änderte der Bundesgerichtshof mit dem wenige Jahre später ergangenen Urteil VI ZR 238/60, bei welchem es wiederum um ein beschädigtes Fahrzeug ging. Dabei erwog der Gerichtshof, dass der Umstand, dass die Wertminderung bei weiterem Gebrauch des Wagens im Laufe der Zeit geringer werde und überhaupt keine Bedeutung mehr habe, wenn der Wagen schliesslich zum Fahren ungeeignet werde, keine Besonderheit des merkantilen Minderwertes sei, sondern in gleicher Weise bei Wertminderungen zutrefte, die auf Schönheitsmängeln oder technischen Fehlern beruhen. Dass eine auf einer Sachbeschädigung beruhende Minderbewertung mit der Zeit an Bedeutung verliere, führe nicht dazu, dass der Schädiger dem betroffenen Eigentümer keinen Ersatz zu leisten brauche, wenn dieser sich dazu entschliesse, die weniger wertvolle Sache weiter zu benutzen. Der Eigentümer, der sich entschliesse, den Wagen weiter zu gebrauchen, müsse sich mit der Benutzung eines Wagens begnügen, dessen Wert nach der allgemeinen Verkehrsauffassung geringer sei als der eines unfallfreien Wagens. Die Minderbewertung trage der Tatsache Rechnung, dass erheblich geschädigte und dann reparierte Wagen im Allgemeinen eine grössere Schadensanfälligkeit aufweisen würden, ohne dass der Zusammenhang neuer Schäden mit dem Unfall oder einer unzureichenden Reparatur im Einzelfall nachweisbar zu sein brauche. Daher sei die Erstattungsfähigkeit des merkantilen Minderwertes unabhängig davon anzuerkennen, ob im konkreten Fall - etwa aufgrund eines Verkaufs - ein bleibender unveränderlicher Schaden festgelegt werden könne. Mit Verweis auf BGE 64 II 137 erwog der Gerichtshof, dass dies der in der Schweiz geltenden Lösung entspreche (Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes VI ZR 238/60 vom 3. Oktober 1961, E. 1a). Diese Grundsätze wendet der Bundesgerichtshof auch auf Immobilien an (vgl. Urteile des deutschen Bundesgerichtshofes III ZR 186/79 vom 2. April 1981, Rz. 8; VII ZR 173/66 vom 24. Februar 1969, Rz. 50; VII ZR 146/60 vom 5. Oktober 1961, Rz. 24; vgl. auch die Übersicht der deutschen Rechtsprechung bei JÜRGEN ULRICH, Der "merkantile Minderwert" bei deutschen Immobilien: Standard oder Axiom, gar Chimäre, bloss ein Irrtum?, in: Aachener Bausachverständigentage 2018, S. 144 ff., sowie bei BRUMME, a.a.O., S. 274 ff.).
BGE 145 III 225 S. 232

Nach der Rechtsprechung des österreichischen obersten Gerichtshofes ist der Ersatz des merkantilen Minderwertes eines Fahrzeuges unabhängig von dessen Verkauf zu ersetzen (vgl. Urteil des österreichischen Obersten Gerichtshofes 2 Ob 232/71 vom 13. April 1972). Auch wenn seines Erachtens grundsätzlich kein ernsthaftes Hindernis bestehe, die in Zusammenhang mit dem merkantilen Minderwert beschädigter Kraftfahrzeuge entwickelten Grundsätze auch auf Immobilien anzuwenden (Urteile des österreichischen Obersten Gerichtshofes 10 Ob 113/98k vom 9. Juni 1998; 5 Ob 47/98t vom 10. März 1998), bejaht der Oberste Gerichtshof die Ersatzfähigkeit eines vorübergehenden Schadens aus merkantilem Minderwert bei einer Liegenschaft nur dann, wenn dieser sich in einem konkreten Verwertungs- bzw. Nutzungsfall in einem Vermögensnachteil niederschlägt. Als vorübergehend wurde etwa der Minderwert einer Liegenschaft erachtet, der auf der Gefahr möglicher Setzungen des Erdreiches beruht, wenn festgestellt wird, dass solche Schäden lediglich bis zu acht Jahren nach der Bauführung auftreten können (Urteil des österreichischen Obersten Gerichtshofes 5 Ob 762/80 vom 20. Januar 1981 in: Juristische Blätter [JB] 1981 S. 534, zusammengefasst in Urteil 10 Ob 113/98k vom 9. Juni 1998).

4.

4.1

4.1.1 Nach ständiger Rechtsprechung gilt als Schaden die ungewollte Verminderung des Reinvermögens. Der Schaden entspricht - gemäss der in der Schweiz herrschenden Differenztheorie - der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Er kann in einer Vermehrung der Passiven, einer Verminderung der Aktiven oder in entgangenem Gewinn bestehen (BGE 132 III 359 E. 4, BGE

131 III 564 E. 6.2). Das im Haftpflichtrecht als allgemeines Prinzip anerkannte Bereicherungsverbot schliesst es aus, dem Geschädigten eine Entschädigung zuzugestehen, die den durch das schädigende Ereignis erlittenen Schaden übersteigt (BGE 132 III 321 E. 2.2; BGE 131 III 12 E. 7.1, BGE 131 III 360 E. 6.1; BGE 129 III 135 E. 2.2).

4.1.2 Der Zeitablauf kann im Rahmen der Schadensermittlung verschiedentlich von Bedeutung sein. Bei der Frage des im Schadenersatzrecht relevanten Zeitpunktes (bzw. der relevanten Zeitpunkte) sind zwei Aspekte auseinanderzuhalten. Einerseits stellt sich die - verfahrensrechtliche - Frage des Zeitpunktes der Vornahme der Schadensberechnung durch das Gericht. Dabei geht es um den Zeitpunkt, zu dem das Gericht die der Schadensermittlung zugrunde liegenden

BGE 145 III 225 S. 233

Tatsachenelemente berücksichtigt. Andererseits stellt sich die - materiellrechtliche - Frage des für die Schadensermittlung massgebenden Zeitpunktes, bei welcher es um die Bestimmung der für die Ermittlung des Schadens massgebenden zeitlichen Kriterien geht (vgl. zum Ganzen BENOÎT CHAPPUIS, *Le moment du dommage*, 2007, S. 93 ff.).

4.1.2.1 Die erste, prozessrechtliche Frage bereitet keine besonderen Schwierigkeiten, geht es doch bei ihr um die für die Ermittlung des prozessrechtlich massgebenden Sachverhalts zu berücksichtigenden Tatsachen. Damit eng verbunden ist die von Rechtsprechung und Lehre eingehend behandelte Frage der Bestimmung des Prozessstadiums, bis zu dem neue Tatsachen und Beweismittel eingebracht werden dürfen, mithin des sogenannten Aktenschlusses. Massgebend für die Vornahme der Schadensberechnung ist der Zeitpunkt, bis zu dem die letzte kantonale Instanz noch neue Tatsachen berücksichtigen kann (BGE 125 III 14 E. 2c; BGE 99 II 214 E. 3b).

4.1.2.2 Eine differenzierte Herangehensweise erfordert 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 (ROBERTO, a.a.O., S. 16). Wie bereits ausgeführt, erfordert die Ermittlung des Schadens nach der herrschenden Differenztheorie einen Vergleich zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem (hypothetischen) Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Das auf BGE 64 II 137 zurückgehende Abstellen auf das "gegenwärtige" Vermögen (zum Ursprung der Schadensdefinition und deren Entwicklung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, vgl. CHAPPUIS, a.a.O., S. 78 ff.) bedeutet nach Rechtsprechung und Lehre, dass der Vergleich zwischen der tatsächlichen und der hypothetischen Vermögenslage grundsätzlich zum Urteilszeitpunkt zu erfolgen hat (BGE 122 III 53 E. 4c; BGE 99 II 214 E. 3b; BGE 81 II 38 E. 4; 77 II 152 S. 153; Urteile 6B_515/2008 vom 19. November 2008 E. 5.4.3; 4C.260/2003 vom 6. Februar 2004 E. 6.2.1; REY/WILDHABER, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl. 2018, S. 47 Rz. 254; FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, 3. Aufl. 2017, S. 301 Rz. 1046; ROLAND BREHM, in: *Berner Kommentar*, 4. Aufl. 2013, N. 7 zu Art. 42 OR; HONSELL/ISENRING/KESSLER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Aufl. 2013, S. 94 Rz. 22; FELLMANN/KOTTMANN, *Schweizerisches*

BGE 145 III 225 S. 234

Haftpflichtrecht, Bd. I, 2012, S. 466 Rz. 1379 f.; CHAPPUIS, a.a.O., S. 73 ff. Rz. 153 ff.; CHRISTOPH MÜLLER, *La perte d'une chance*, 2002, S. 250 Rz. 359; ROBERTO, a.a.O., S. 16). Dabei ist präzisierend beizufügen, dass - auch wenn auf den Urteilszeitpunkt abgestellt werden soll - in Kauf zu nehmen ist, dass der massgebende Zeitpunkt nicht in allen Fällen genau der Urteilstag sein kann. Dies hängt im Wesentlichen damit zusammen, dass gegebenenfalls - etwa mangels entsprechender Angaben der Parteien oder diesbezüglich nicht aufschlussreiche Beweismittel - keine Informationen über die Schadensentwicklung bis zum definitionsgemäss unvorhersehbaren Urteilstag vorhanden sind. Es ist zu beachten, dass das Gericht in der Regel nicht unmittelbar nach dem Aktenschluss seinen Entscheid fällt. Dazu kommt, dass die konkrete Schadensberechnung aus praktischen Gründen nicht immer am genauen Urteilstag erfolgt, was insbesondere bei komplexen Haftpflichtfällen zutreffen dürfte. Je nach Konstellation kann es folglich angebracht sein, einen anderen - dem Urteilstag jedoch möglichst naheliegenden - Zeitpunkt für die Ermittlung des Schadens heranzuziehen (CHAPPUIS, a.a.O., S. 76 Rz. 158).

Der Grundsatz des Abstellens auf den Urteilstag gilt in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht uneingeschränkt. Für die Berechnung des Versorgerschadens wird etwa der Zeitpunkt des Todes des Versorgers als massgebend erachtet, wobei auch Tatsachen, die sich nach dem Tod ereignet haben, durchaus berücksichtigt werden dürfen (BGE 124 III 222 E. 4c; BGE 119 II 361 E. 5b; BGE 99 II 207 E. 6; BGE 97 II 123 E. 6; kritisch: HONSELL/ISENRING/KESSLER, a.a.O., S. 94 f. Rz. 22). Beim Haushaltsschaden entspricht der im Rahmen der Schätzung des Wertes der im Haushalt geleisteten Arbeit zu berücksichtigende Lohn dem einer Haushaltshilfe bzw. Haushalters zum Zeitpunkt des Todes zuzüglich eines Aufschlages, welcher der Qualität der Arbeit des Geschädigten Rechnung trägt

(BGE 131 III 360 E. 8.3; BGE 129 II 145 E. 3.2.1; je mit Hinweisen). Dabei ist der kantonale Richter befugt, den für die Berechnung des Schadens massgeblichen Stundenansatz etwas zu erhöhen, um zukünftigen Lohnerhöhungen Rechnung zu tragen (BGE 132 III 321 E. 3.7.1; BGE 131 III 360 E. 8.3; je mit Hinweisen). Im Rahmen der Berechnung des Schadenersatzanspruches des Agenten infolge fristloser Entlassung werden - zur Vermeidung einer einseitigen Benachteiligung des Entlassenen - nach der Vertragsauflösung unerwartet tatsächlich eingetretene Marktveränderungen nicht berücksichtigt (BGE 125 III 14 E. 2c). Bei Zerstörung, Beschädigung oder Verlust einer Sache, die naturgemäss mit der Zeit
BGE 145 III 225 S. 235

bzw. Nutzung an Wert verliert (z.B. ein Konsumgut), ist grundsätzlich der Anschaffungspreis einer neuen Sache zu leisten, abzüglich der durch Gebrauch und Abnutzung bereits vor der Schädigung (und nicht vor dem Urteilstag) erlittenen Werteinbusse (Urteil 4C.343/2001 vom 13. Februar 2002 E. 2b; WERRO, a.a.O., S. 301 Rz. 1046; BREHM, a.a.O., N. 26 zu Art. 42 OR; vgl. auch OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl. 1995, S. 374 Rz. 380, wonach bei Wertveränderungen einer zerstörten, verlorenen oder beschädigten Sache zwischen der Schädigung und dem Urteil auf den für den Geschädigten günstigeren Zeitpunkt abzustellen sei). Bei Schadenersatz wegen unmöglich gewordener Rückgabe von hinterlegten Aktien hat nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Hinterleger die Wahl zwischen dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Rückforderung und dem Zeitpunkt des letzten kantonalen Urteils (BGE 109 II 474 E. 3). Auch in der Lehre wird hervorgehoben, es lasse sich nicht rechtfertigen, für die Ermittlung des Schadens allgemein auf den Zeitpunkt des Urteils abzustellen. Dabei wird darauf hingewiesen, dass der Urteilszeitpunkt sowohl von Zufälligkeiten als auch von prozessualen Taktiken der Parteien abhängt (ROBERTO, a.a.O., S. 16; CHAPPUIS, a.a.O., S. 412 Rz. 895). CHAPPUIS, der für die Schadensbemessung grundsätzlich den Zeitpunkt des Eintritts der schädigenden Wirkungen als massgebend erachtet, steht dennoch einem schematischen Ansatz kritisch gegenüber. Aufgrund der Vielfalt der haftungsbegründenden Tatbestände und deren Auswirkungen in zeitlicher Hinsicht, sei vielmehr wünschenswert, dass der Richter bei der Bestimmung der für die Ermittlung des Schadens massgebenden zeitlichen Kriterien vermehrt von seinem Ermessensspielraum Gebrauch mache (CHAPPUIS, a.a.O., zusammenfassend S. 421 ff. Rz. 912 ff.).

4.1.3 Das beurteilende Gericht verfügt nicht immer bereits zum Zeitpunkt des Urteils über sämtliche Elemente zur Bemessung des Schadens. Dies trifft insbesondere zu, wenn die Schadensentwicklung im Urteilszeitpunkt noch nicht abgeschlossen ist. In diesem Fall werden regelmässig einerseits der bereits entstandene Schaden ermittelt, andererseits der künftige Schaden aufgrund einer Prognose so konkret wie möglich bestimmt (Urteil 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 5). Dies gilt auch, wenn der Schadenumfang von künftigen Ereignissen abhängt und zum Urteilszeitpunkt noch nicht mit Sicherheit ermittelt werden kann. Dass die zukünftige Weiterentwicklung des Schadens definitionsgemäss unsicher ist, führt folglich nicht etwa zum Aufschub des Urteils. Vielmehr wird die Streitsache auf der Basis
BGE 145 III 225 S. 236

einer Prognose der zukünftigen Entwicklung nach der allgemeinen Lebenserfahrung endgültig erledigt (BGE 95 II 255 E. 6; FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., S. 464 Rz. 1372; CHAPPUIS, a.a.O., S. 151 ff. Rz. 317 ff.; OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 250 Rz. 9). Art. 42 Abs. 2 OR, wonach der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen ist, bezieht sich nicht nur auf den bereits eingetretenen Schaden, sondern auch auf Nachteile, die der Geschädigte voraussichtlich noch erleiden wird (BGE 114 II 253 E. 2a). Der Praktikabilität der Rechtsordnung wird in diesem Zusammenhang mehr Gewicht beigemessen als der genauen Richtigkeit des zugesprochenen Schadenersatzes (OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 250 Rz. 9). Bei der Schätzung des künftigen Erwerbsausfalls des Geschädigten werden etwa die zu erwartenden künftigen Reallohnsteigerungen mitberücksichtigt (BGE 131 III 360 E. 5.1; BGE 116 II 295 E. 3a).

4.1.4 Die Frage der rechtlichen Behandlung von sich mit der Zeit ändernden Schäden wird insbesondere in Zusammenhang mit Sachen diskutiert, die Wertveränderungen ausgesetzt sind. Das trifft etwa bei Sachen zu, die naturgemäss mit der Zeit bzw. Nutzung an Wert verlieren (z.B. Konsumgüter), wie auch bei Sachen, deren Wert schwankt, ohne dass die Wertentwicklung mit Sicherheit vorausgesagt werden kann (z.B. Wertpapiere). Von Rechtsprechung und Lehre weniger beleuchtet sind Schäden, die sich nicht wegen zeitbedingter Veränderungen des Wertes einer Sache, sondern ihrer Natur nach, im Zeitablauf verändern. Dazu gehört der Schaden aus merkantilem Minderwert. Dabei ist zu bemerken, dass der vorübergehende Charakter dieser Schadensart nicht darauf beruhen muss, dass die beschädigte Sache im Zeitablauf an Wert einbüsst, bis sie schliesslich zum Gebrauch ungeeignet ist, womit die merkantile Wertminderung ebenfalls

unbedeutend wird (so das Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes VI ZR 238/60 vom 3. Oktober 1961). Diese Überlegung bezieht sich nur auf die oben erwähnten Sachen, die mit der Zeit an Wert verlieren. Angesprochen wird hier vielmehr der Umstand, dass das Misstrauen des Marktes mit der Zeit abnimmt bzw. das schadenstiftende Ereignis langsam vergessen geht, bis es bei der Bewertung gar keine Rolle mehr spielt (s. oben E. 3.2.1). Die Berücksichtigung von zukünftigen Entwicklungen im Rahmen der Schadensermittlung betrifft nicht nur zum Urteilszeitpunkt noch nicht entstandene Schadensposten, sondern auch Schäden, die BGE 145 III 225 S. 237

voraussehbaren Änderungen ausgesetzt sind. Dazu gehört der Schaden aus merkantilem Minderwert. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Umstand, dass ein solcher Schaden nach allgemeiner Auffassung stets kleiner wird, bis er in verhältnismässig kurzer Zeit ganz verschwindet, unberücksichtigt bleiben sollte. Die antizipierte Entwicklung dieser Schadensart sollte vielmehr vom Gericht beachtet werden. Dies entspricht den dargestellten Grundsätzen des schweizerischen Schadensrechts und führt - im Gegensatz zum starren Abstellen auf einen allgemeinen Zeitpunkt für die Bestimmung des Schadens - zu einem sachgerechten Ergebnis.

4.2

4.2.1 Nach dem Gesagten kann ein merkantiler Minderwert grundsätzlich bei allen Sachen eintreten, bei denen der 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.

4.2.2 Bei Motorfahrzeugen kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein erlittener Schaden aus merkantilem Minderwert regelmässig eine bleibende Vermögensverminderung darstellt. Im Gegensatz zu Immobilien beruht die Veränderung des Schadens aus merkantilem Minderwert bei Autos im Zeitablauf nicht primär darauf, dass das Vertrauen des Marktes in die Sache mit der Zeit wieder zunimmt bzw. das schadenstiftende Ereignis vergessen geht. Dass die Bedeutung des merkantilen Minderwertes für die Bewertung eines Fahrzeuges mit der Zeit abnimmt, ist vielmehr in erster Linie darauf zurückzuführen, dass das Fahrzeug im Zeitablauf an Wert einbüsst, bis es schliesslich zum Gebrauch ungeeignet ist, weshalb die merkantile Wertminderung ebenfalls unbedeutend wird (vgl. oben E. 4.1.4). Dies hängt also nicht mit der Natur des merkantilen Minderwertes zusammen, sind doch die allermeisten Konsumgüter einer derartigen zeitbedingten Wertverminderung ausgesetzt. Aus Sicht des Eigentümers ist der infolge eines Autounfalls allenfalls entstehende Schaden aus merkantilem Minderwert vielmehr bleibend, verfügt er doch nach dem Unfall über ein Fahrzeug, das von den Marktteilnehmern grundsätzlich als minderwertiger Unfallwagen betrachtet wird. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein Unfallwagen in der Regel einen tieferen Wiederverkaufswert besitzt als ein unfallfreies Auto, was nicht zuletzt aus der bundesgerichtlichen BGE 145 III 225 S. 238

Kasuistik zu den Offenlegungspflichten des Verkäufers beim Verkauf eines Unfallwagens ersichtlich ist (vgl. z.B. BGE 96 IV 145). Die allermeisten Grundsätze zum merkantilen Minderwert wurden in der ausländischen Rechtsprechung auch in Zusammenhang mit Unfallautos entwickelt. In der Lehre wird teilweise in Zusammenhang mit dem Schaden aus merkantilem Minderwert sogar nur von Motorfahrzeugen gesprochen (vgl. OFTINGER/STARK, a.a.O., S. 369 f. Rz. 370). Damit ist aber nicht gesagt, dass ein merkantiler Minderwert bei jedem reparierten Unfallauto vorliegt. Es darf insbesondere nicht ausser Acht bleiben, dass bei Instandsetzung gegebenenfalls abgenutzte Bauteile durch neue ersetzt werden, weshalb bei neueren Fahrzeugen ein merkantiler Minderwert tendenziell eher zu rechtfertigen ist (vgl. dazu ZÖLLER, a.a.O., S. 134 f., wonach ein merkantiler Minderwert bei einem Fahrzeugalter von 5-7 Jahren gegen null tendiert). Ob eine merkantile Wertminderung vorliegt, ist vielmehr in jedem konkreten Fall zu prüfen, wobei insbesondere das Alter des Fahrzeuges und die Art der erfolgten Reparaturen zu berücksichtigen sind. Folglich ist an der langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ersatz eines Schadens aus merkantilem Minderwert bei Fahrzeugen (BGE 64 II 137; 84 II 158), wonach eine abstrakte Schadensberechnung zulässig sein sollte, festzuhalten.

4.2.3 Ein allfälliger merkantiler Minderwert vermindert sich bei Immobilien nicht parallel zum Minderwert, den die Sache ohnehin durch Zeitablauf erfährt. Wie dargelegt hängt der Umstand, dass ein allfälliger Schaden aus merkantilem Minderwert bei Immobilien mit der Zeit abnimmt, vielmehr mit dessen Natur zusammen. Nach allgemeiner Verkehrsauffassung wird eine Immobilie infolge eines schadenstiftenden Ereignisses nicht langfristig als minderwertig angesehen. Es besteht aus Sicht des

Eigentümers kein bleibender, sondern allenfalls ein bloss vorübergehender Schaden, der nach höchstens 15 Jahren bei der Immobilienbewertung bedeutungslos wird. Im Vergleich zu Motorfahrzeugen sind Immobilien langlebige Wirtschaftsgüter, die nur mit einem hohen Aufwand verkauft werden können. Für den Erwerb einer Immobilie und deren Bewertung durch den Markt sind zudem eine Vielzahl von Faktoren - wie z.B. Lage und Ausbaustandard - von Bedeutung. Weiter sind Immobilien besonders wertvolle Güter, die für den Eigentümer und dessen Angehörigen bzw. - bei Geschäftsimmobilien - für das Geschäft eine besondere Bedeutung haben. Deshalb dürfte ein allfälliger merkantiler

BGE 145 III 225 S. 239

Minderwert bei der Entscheidung, über eine Immobilie zu verfügen, gewöhnlich nur eine untergeordnete Rolle spielen. Das in der Lehre gegen das Erfordernis einer konkreten Schadensberechnung anzutreffende Argument, der Geschädigte würde andernfalls vor die Wahl gestellt werden, entweder sofort zu verkaufen oder auf den Ersatz zu verzichten (kritisch dazu: ROBERTO, a.a.O., S. 164), lässt sich folglich kaum auf Immobilien übertragen (vgl. dazu ZÖLLER, a.a.O., S. 140). Der vorübergehenden Natur eines Schadens aus merkantilem Minderwert wird bei Immobilien am besten dadurch Rechnung getragen, dass der Ersatz eines solchen Schadens auf den Fall zu beschränken ist, dass eine konkrete Vermögensverminderung nachgewiesen wird. Dies entspricht der in der Lehre teilweise vertretenen Auffassung, wonach bei einem Schaden aus merkantilem Minderwert grundsätzlich nur eine konkrete Schadensberechnung zulässig sei (KOLLER, a.a.O., S. 857 Rz. 49.13). Ein konkreter - im Reinvermögen des Geschädigten bleibender - Schaden kann in erster Linie dadurch entstehen, dass die Immobilie verkauft wird: Weist der Geschädigte nach, dass er wegen einer durch ein schädigendes Ereignis verursachten Minderung des Verkehrswertes der Immobilie bei deren Verkauf einen geringeren Erlös erzielt hat, schuldet ihm der Schädiger den Ersatz dieses Schadens, auch wenn diese Minderung unabhängig von der technischen bzw. funktionellen Beeinträchtigung der Sache eintritt. Neben dem Verkauf der Sache kann aber ein konkreter bleibender Schaden auch bei anderen Gelegenheiten vorkommen, bei denen es auf eine Bewertung der Immobilie ankommt, wie etwa bei einer Enteignung oder Zwangsverwertung.

Folglich ist für den Ersatz eines merkantilen Minderwertes bei Immobilien nur eine konkrete Schadensberechnung zulässig. Soweit sich aus dem Urteil 4A_113/2017 vom 6. September 2017, bei welchem die Ersatzfähigkeit eines allfälligen Schadens aus merkantilem Minderwert nicht materiell geprüft werden musste, etwas anderes ergeben sollte, kann daran nicht festgehalten werden.

5.

5.1 Vorliegend verlangen die Beschwerdeführer Fr. 1'040'000.- allein unter dem Titel des merkantilen Minderwertes. Auch wenn die Vorinstanzen auf die Schätzungen des Gutachters nicht abstellten, kann nicht ausser Acht bleiben, dass die vom Gutachter ermittelten Werte von, je nach Zeitpunkt, 6 bzw. 12 % des hypothetischen Verkehrswertes der Liegenschaften im Lichte der reichhaltigen deutschen

BGE 145 III 225 S. 240

Kasuistik nicht stossend sind (vgl. dazu BRUMME, a.a.O., S. 276 ff.). In der Lehre wird davon ausgegangen, dass der merkantile Minderwert bei Immobilien die Mängelbeseitigungskosten erreichen oder sogar übertreffen kann (TRACHSEL, a.a.O., S. 333). Es wäre stossend, dem Geschädigten einen solchen beträchtlichen Ersatz für einen Schaden zuzusprechen, von dem aufgrund seiner Eigenart anzunehmen ist, dass er in absehbarer Zeit nicht mehr bestehen wird. Ein solcher abstrakter Ersatz würde einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten gleichkommen. Nach den vorstehenden Ausführungen ist ein allfälliger Schaden vielmehr nur ersatzfähig, wenn er sich im konkreten Fall als ein bleibender unveränderlicher Schaden im Reinvermögen des Geschädigten auswirkt.

5.2 Die Beschwerdeführer 1, 2, 5 und 6 haben keine Dispositionen über ihre Liegenschaften getroffen und können auch nicht aus anderen Gründen einen bleibenden unveränderlichen Schaden in ihrem Reinvermögen nachweisen. Nach dem Gesagten haben sie folglich keinen Anspruch auf den Ersatz eines allfälligen merkantilen Minderwertes. Da die Beschwerdeführer 3 und 4 hingegen ihrerseits das an der Strasse U. 52 gelegene Grundstück seit dem schadenstiftenden Ereignis verkauft haben, kommt eine konkrete Schadensberechnung im Sinne der obigen Ausführungen grundsätzlich in Frage. Inwiefern ihnen ein Schaden aus merkantilem Minderwert entstanden sein soll, wird jedoch von ihnen nicht dargetan. Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz wurde das Grundstück am 30. August 2012 für Fr. 3'200'000.- an Dritte verkauft, die unbestrittenermassen über den Wassereinbruch sowie dessen Behebung informiert worden sind. Gemäss der Schätzung des Gutachters, auf dessen Berechnungen sich die Beschwerdeführer für die Geltendmachung ihrer

Forderung stützen, betrug der Verkehrswert der unbelastet gedachten Liegenschaft am 24. Oktober 2016 Fr. 3'000'000.-. Angesichts dessen ist, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, kein Schaden ersichtlich.

5.3 Angesichts der vorstehenden Ausführungen sind die von den Beschwerdeführern in Zusammenhang mit dem beantragten Ersatz eines angeblichen Schadens aus merkantilem Minderwert erhobenen Rügen nicht mehr zu behandeln.