

Thomas Siegenthaler

## Merkwürdige Minderung

*Algebra und Vertragsrecht haben wenig Berührungspunkte. Dickste Bücher zum Vertragsrecht kommen ohne jegliche algebraische Formeln aus - mit einer Ausnahme: Im Kapitel über die Minderung fehlt selten eine Formel, welche die sogenannte relative Methode algebraisch ausdrückt. Dies ist indessen nicht die einzige Originalität der Minderung.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Minderung nach bewährter Lehre und Überlieferung
- III. Merkwürdigkeiten
  - 1. Mehr als «nur» Schadenersatz
  - 2. «Subjektiver» Minderwert?
  - 3. Minderung und Mangelfolgeschaden
  - 4. Mängel von Gesamtwerken und Mängel von Komponenten
- 4. Schlussbemerkung

### I. Einleitung

Für den Fall, dass ein Kaufobjekt oder ein Werk mangelhaft ist, sieht das Schweizerische Obligationenrecht neben anderen Mängelrechten auch vor, dass der Käufer die Möglichkeit hat, den «Ersatz des Minderwertes der Sache» (Art. 205 Abs. 1 OR) zu fordern bzw. «einen dem Minderwerte des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen» (Art. 368 Abs. 2 OR). Diese Grundregel erscheint auf den ersten Blick schon fast als juristische Banalität, und trotzdem ist die Minderung in mancher Hinsicht eigenartig.

### II. Die Minderung nach bewährter Lehre und Überlieferung

[Rz 1] Das Minderungsrecht richtet sich auf Herabsetzung der Vergütung entsprechend dem Minderwert der mangelhaften Kaufsache bzw. des mangelhaften Werkes. Herabgesetzt wird dabei der Vergütungsanspruch für die gesamte vom Lieferanten geschuldete Leistung, d.h. nicht nur die Vergütung für den vom Mangel betroffenen Lieferungsteil.<sup>1</sup> Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist bei der Minderung der Preis im Verhältnis herabzusetzen, in welchem der objektive Wert der mängelfreien Lieferung zum objektiven Wert der fehlerhaften Lieferung steht (sogenannte relative Methode).<sup>2</sup> Das lässt sich algebraisch wie folgt ausdrücken:<sup>3</sup>

$$\frac{\text{objektiver Wert der mängelfreien Sache}}{\text{objektiver Wert der mangelhaften Sache}} = \frac{\text{Kaufpreis bzw. Werkpreis}}{y}$$

[Rz 2] Die relative Methode wird in der Rechtslehre teilweise kritisiert, namentlich weil es sich nicht rechtfertigt, dem Käufer, welcher im Rahmen eines (für ihn) guten Geschäfts eine Sache für weniger als den objektiven Wert gekauft habe, dadurch zu «bestrafen», dass man ihm nur einen Teil des Minderwertes ersetze – oder distinguierter ausgedrückt: «Der Moderationseffekt der relativen Minderungsmethode steht im Widerspruch zum Grundsatz «pacta sunt servanda»».<sup>4</sup> Entsprechend wird die sogenannte absolute Methode vorgeschlagen, welche stets eine Herabsetzung um den vollen Betrag des Minderwertes vorsieht.<sup>5</sup>

[Rz 3] In der Praxis wird der Theorienstreit um die relative und die absolute Methode indessen selten relevant, da von tatsächlichen Vermutungen ausgegangen wird:

(a) Es besteht die (widerlegbare) tatsächliche Vermutung, dass die volle Vergütung (Kaufpreis oder Werkpreis) dem Wert der mängelfrei gedachten Kaufsache bzw. Werkes entspricht.<sup>6</sup>

(b) Es besteht die (widerlegbare) tatsächliche Vermutung, dass der Minderwert dem Geldbetrag entspricht, der aufgewendet werden muss, um die Mängel zu beseitigen.<sup>7</sup>

(c) Eine weitere tatsächliche Vermutung erwähnte das Bundesgericht im Urteil 4C.201/2000 vom 12. Juni 2001 (E. 4). Es ging um ein vertragswidrig realisiertes Entwässerungskonzept mit höheren Unterhaltskosten. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass «die tatsächliche Vermutung, der objektive Minderwert entspreche im vorliegenden Fall den kapitalisierten Mehrkosten, welche das tatsächlich realisierte Entwässerungssystem gegenüber dem ursprünglich geplanten System verursache, bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist.»

(d) Eine andere Methode kam im Urteil 4C.231/2004 vom 8. Oktober 2004 (E. 3.2) zur Anwendung, wo es um eine ungenügende Reinigung ging: Die Minderung wurde anhand eines Vergleichs des tatsächlichen Aufwandes mit dem für eine mängelfreie Leistung notwendigen Aufwand errechnet. Konkret kam das Bundesgericht zum Schluss, dass für eine einwandfreie Reinigung der doppelte Stundenaufwand notwendig gewesen wäre, so dass der Werklohn auf die Hälfte gemindert wurde.

[Rz 4] Für die Feststellung des Wertes ist im Kaufrecht der Zeitpunkt des Gefahrübergangs<sup>8</sup> und im Werkvertragsrecht der Zeitpunkt der Ablieferung<sup>9</sup> massgebend. Auf jeden Fall kann der Minderwert nicht höher sein als die Kosten einer vollständigen Beseitigung der Mängel.<sup>10</sup> Wenn der Bezüger als Kauf- oder Werkpreis bereits mehr bezahlt hat, als dem herabgesetzten Betrag entspricht, hat er ein Recht auf Rückzahlung<sup>11</sup>.

[Rz 5] Diese Grundprinzipien der Minderung können als gefestigte Rechtsprechung und Lehre gelten. Trotzdem stehen diese Grundsätze in einem gewissen Spannungsverhältnis zu anderen Rechtsprinzipien und können – zumindest in einzelnen Aspekten – als rechtliches Kuriosum verstanden werden:

### III. Merkwürdigkeiten

#### 1. Mehr als «nur» Schadenersatz

[Rz 6] Im Schadenersatzrecht gilt der Grundsatz der Differenztheorie, wonach der Schaden in der Differenz besteht zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.<sup>12</sup> Um Schadenersatz geht es bei der Minderung aber eben gerade nicht: Bei der Minderung geht es nur um den Minderwert des Werkes bzw. der Kaufsache und nicht darum, ob durch die Lieferung das Vermögen des Bestellers vergrössert bzw. ob durch den Mangel das Vermögen des Bestellers verkleinert wurde. Das kann dazu führen, dass der Besteller unter dem Titel der Minderung mehr erhält als «nur» einen Ausgleich seines Schadens:

**Beispiel 1:** Ein Schwimmbecken im Garten eines Einfamilienhauses wird um 10cm weniger tief ausgeführt, als dies vereinbart war. Eine Verkehrswertschätzung der Liegenschaft zeigt auf, dass die 10 cm fehlende Tiefe des Schwimmbeckens nicht den geringsten Einfluss auf den Wert der Liegenschaft hat.<sup>13</sup> Im Sinne der Differenztheorie ist dem Besteller durch den Mangel also kein Schaden entstanden. Das schliesst allerdings nicht aus, dass der Besteller einen Anspruch auf einen Ausgleich des Minderwertes des Schwimmbeckens hat.

**Beispiel 2:** Das mangelhafte Anbringen einer Tapete in einer Wohnung bedeutet auch dann ein Minderwert, wenn die verwendete Tapete geschmacklich äusserst partikulär ist (z.B. «Gartenzwerg-Tapete») und bei einer Verkehrswertschätzung als wertmindernder Sanierungsbedarf veranschlagt würde. Obschon hier die Tapete den Wert der Wohnung und damit das Vermögen des Eigentümers verringert, kann der Besteller den Minderwert ihrer mangelhaften Ausführung fordern.

#### 2. «Subjektiver» Minderwert?

[Rz 7] Ein Werk (oder eine Kaufsache)<sup>14</sup> kann vertragswidrig sein, ohne dass es deswegen weniger wert wäre, als eine

vertragsgemässe Lieferung:

**Beispiel:** Ein Maler streicht eine Fassade nicht mit dem vertraglich vereinbarten Farbton, sondern mit einem leicht abweichenden anderen Farbton, welcher jedoch ästhetisch als gleichwertig erscheint wie der vertraglich vereinbarte.

[Rz 8] In solchen Fällen gibt es eigentlich keinen Minderwert. Auch eine Nachbesserung ist in den meisten Fällen ausgeschlossen, weil diese nach Art. 368 Abs. 2 OR daran scheitert, dass sie dem Unternehmer «übermässige Kosten» verursachen würde.<sup>15</sup> Es scheint daher, dass in diesen Fällen der Mangel für den Unternehmer «sanktionslos» durchgeht und der Bauherr sich mit dem vertragswidrigen Werk ohne weiteres abfinden muss. Dies widerspricht dem Rechtsgefühl – zumindest offenbar dem Rechtsgefühl des Bundesgerichts, denn dieses hat in seinem Entscheid 4C.346/2003 vom 26. Oktober 2004 (E. 4.3.2) ausgeführt, ein derartiges Fehlen eines Minderungsanspruches widerspräche dem Zweck des Minderungsrechts, einen Wertausgleich zwischen den Leistungen des Bestellers und denen des Bauunternehmers zu schaffen. Gestützt auf diesen Gedanken des «Wertausgleichs» hat es dann den Bauunternehmer zum Ersatz der Verbesserungskosten verurteilt.

[Rz 9] Dieses Urteil steht meines Erachtens in einem Wertungswiderspruch zu Art. 368 Abs. 2 OR, wonach eine Nachbesserung dann nicht verlangt werden kann, wenn sie dem Unternehmer «übermässige Kosten verursacht» (d.h. Kosten, welche in einem Missverhältnis zum Interesse des Bestellers an einem mängelfreien Werk stehen).<sup>16</sup> Es liegt ein Wertungswiderspruch vor, wenn angesichts der Unverhältnismässigkeit der Nachbesserungskosten ein Nachbesserungsrecht des Bestellers verneint wird, aber andererseits dem Besteller unter dem Titel der Minderung die Verbesserungskosten zugesprochen werden.

[Rz 10] Man könnte den Gedanken des Bundesgerichts, wonach es ein Zweck des Minderungsrechts sei, einen Wertausgleich zwischen den Leistungen des Bestellers und des Bauunternehmers zu schaffen, dahingehend aufnehmen, dass auch die subjektive Komponente berücksichtigt wird: Den Ärger der Bauherren über den unerwünschten Anstrich könnte man in Anlehnung an den Gedanken des Frustrationsschadens als «subjektiven Minderwert» bezeichnen.<sup>17</sup> Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der Frustrationsschaden im Haftpflichtrecht als nicht ersatzfähig abgelehnt wird<sup>18</sup>, mag dieser Gedanke als kühn erscheinen. Im Rahmen des Mängelhaftungsrechts wäre eine Anlehnung an das Konzept des Frustrationsschadens indessen nicht sehr weit hergeholt: So gilt zum Beispiel der Vorstellungsbesuchsvertrag als Werkvertrag<sup>19</sup> und die mangelhafte Erfüllung dieses Vertrages hat Mängelhaftungsfolgen (Minderung). Wenn der Vorstellungsbesucher indessen – z.B. wegen eines Verkehrsunfalls – die Vorstellung verpasst, so liegt darin (gegenüber dem Verursacher des Verkehrsunfalls) aus der Perspektive des ausservertraglichen Haftpflichtrechts ein nicht ersatzfähiger Frustrationsschaden.<sup>20</sup>

### 3. Minderung und Mangelfolgeschaden

[Rz 11] Zusätzlich zur Herabsetzung des Werklohnes nach den Prinzipien der Minderung kann der Besteller nach Art. 368 Abs. 2 OR auch den Ersatz des Mangelfolgeschadens verlangen. Dies kann unter Umständen dazu führen, dass der Besteller wirtschaftlich mehr erhält, als er bei einer mängelfreien Erfüllung erhalten hätte:

**Beispiel:** Ein Besteller lässt eine Maschine anfertigen, für welche ein bestimmter Leistungswert (100%) vereinbart wird. Erreicht wird aber lediglich ein Leistungswert von 90%. Das Minderungsrecht ermöglicht es dem Besteller, den Werklohn entsprechend zu verringern und somit letztlich den Preis zu bezahlen, welcher dem Wert einer Maschine mit einer Leistungsfähigkeit von nur 90% entspricht. Oder anders gesagt: Der Besteller bezahlt also letztlich (d.h. nach Abzug der Minderung) den Preis einer Maschine mit 90% Leistung.

Dies hindert den Besteller indessen nicht daran (bei Vorliegen eines Verschuldens, zugleich auch noch den Mangelfolgeschaden geltend zu machen, namentlich den Produktionsausfall von 10% mit all seinen negativen Folgen (suboptimale Ressourcenauslastung mit entsprechend höheren Produktionskosten etc.). Etwas pointiert könnte man sagen, dass der Besteller für den Preis einer Maschine mit einem Leistungswert von 90% (Minderung) durch die zusätzliche Geltendmachung von Mangelfolgeschaden letztlich den wirtschaftlichen Nutzen einer Maschine mit einer Leistung von 100% erhält. Es besteht also der Widerspruch, dass der Besteller nur für den tieferen Wert einer mangelhaften Sache bezahlen muss (Minderung), aber über den Ersatz des Mangelfolgeschadens den vollen wirtschaftlichen Gegenwert einer mängelfreien Sache erhält. Nicht ohne

Grund wird die Haftung für Mangelfolgeschaden in internationalen Lieferverträgen in der Praxis häufig ausgeschlossen.<sup>21</sup>

[Rz 12] Eine adäquate Lösung bestünde meines Erachtens in der Weiterführung eines Gedankens aus dem Bereich der Wandelung: Bei einer Wandelung kann der Besteller nicht auch noch den entgangenen Gewinn geltend machen, der ihm aus dem gewandelten Vertrag selbst entgeht. Ein Anspruch auf Ersatz dieses positiven Erfüllungsinteresses verträgt sich nicht mit der Wandelung, die auf das Abstreichen vom Vertrag abzielt<sup>22</sup> – ganz nach der Redensart, wonach man nicht den «Foifer und 's Weggli» haben kann.

[Rz 13] Analog zu diesem Grundsatz der Wandelung wäre meines Erachtens auch im Bereich der Minderung zu argumentieren: Die Minderung stellt mit Bezug auf den konkreten Mangel sozusagen eine «kleine Wandelung» dar.<sup>23</sup> Der Besteller soll nicht eine Kompensation für den Minderwert (Minderung) verlangen können und zudem unter dem Titel des Mangelfolgeschadens das ungeminderte positive Erfüllungsinteresse erhalten. Denn: Bei der Minderung gelten die vertraglichen Bindungen «nur eingeschränkt weiter, nämlich in einem vom Umfang der Mangelhaftigkeit der Leistung des Verkäufers, resp. des Unternehmers, abhängigen reduzierten Mass.»<sup>24</sup>

#### 4. Mängel von Gesamtwerken und Mängel von Komponenten

[Rz 14] Nach der Rechtslehre wird durch die Minderung der gesamte Vergütungsanspruch des Unternehmers verringert. Die Minderung beschränkt sich also nicht auf die Vergütung für den vom Mangel betroffenen Einzelteil einer Gesamtleistung.<sup>25</sup> Massgebend ist der Minderwert des gesamten vom Unternehmer geschuldeten Werkes (bzw. der gesamten Kaufsache). Die Bemessung des Minderwerts hängt also letztlich stark davon ab, ob vertraglich nur ein Teilwerk (bzw. eine Komponente) geschuldet ist oder ob ein Gesamtwerk (bzw. Gesamtsache) geschuldet ist. Identische Mängel können daher zu unterschiedlichen Minderwerten führen, je nachdem ob sich der entsprechende Vertrag auf ein Teilwerk oder auf ein Gesamtwerk bezieht. Beispiele:

- Fall eines ästhetisch ungenügenden Anstrichs einer einzigen Wand in einem sonst mängelfreien neuen Mehrfamilienhaus, das als Gesamtwerk von einem Generalunternehmer erstellt wurde: Der Mangel am Teilwerk (Wandanstrich) ist im Kontext des Gesamtwerkes sehr geringfügig und hat daher keinen Einfluss auf den Verkehrswert. Denn: Kein Investor würde wegen des Anstrichs einer einzelnen Wand ernsthaft eine Reduktion eines sechsstelligen Kaufpreises um ein paar hundert Franken verlangen. Bei einer isolierten Betrachtung des Anstrichs der einzelnen Wand, besteht indessen durchaus ein Minderwert.
- Fall eines ungenügenden Alarmsystems einer Bijouterie, wobei einer von drei Zugängen nicht genügend gesichert ist. Der Minderwert des Teilwerkes «Alarmsystem» besteht nur darin, dass ein Drittel der Leistung nicht korrekt erbracht wurde. Der Minderwert des Gesamtwerkes (Bau einer Bijouterie) besteht indessen darin, dass dieses Gesamtwerk nicht bestimmungsgemäss als Bijouterie genutzt werden kann.<sup>26</sup>

[Rz 15] Dieses Resultat ergibt sich daraus, dass der kumulierte Wert aller Teilleistungen nicht notwendigerweise dem Wert des Gesamten entspricht, denn es gibt Teilleistungen, welche den Gesamtwert nicht im vollen Teilwert erhöhen, und es gibt Teilleistungen, welche den Gesamtwert um ein Mehrfaches ihres eigenen Wertes erhöhen, z.B. indem sie die Nutzung anderer Teilleistungen durch eine bestimmte Komponente erst ermöglichen. Das bedeutet, dass ein identischer Mangel zu einem anderen Minderwert führen kann, je nachdem ob die Minderung eines Teilwerkes (Komponente) oder eines Gesamtwerkes (Gesamtsache) zur Diskussion steht.

[Rz 16] Auf den ersten Blick erscheint es als merkwürdig, dass identische Mängel je nach Gesamtumfang der Leistungspflicht zu anderen Minderungsbeträgen führen können. Es ist allerdings Sache der Vertragsparteien, ob sie die Erbringung von Gesamtleistungen oder von Teilleistungen vereinbaren und das rechtfertigt meines Erachtens auch eine unterschiedliche Bewertung technisch identischer Mängel: Durch die Wahl der Parteien, ob sie einen Vertrag über eine Gesamtleistung oder nur über eine Teilleistung abschliessen, werden diverse, mängelhaftungsrechtlich relevante Weichen gestellt. Es geht namentlich darum, ob der Lieferant eine Haftung für das Gesamtsystem oder nur für die Qualität von Einzelteilen übernimmt. Vor diesem Hintergrund dünkt es mich richtig, auch bei der Bemessung der Minderung zu unterscheiden, ob eine Komponente oder ein Gesamtwerk geschuldet ist – selbst wenn der Mangel in technischer Hinsicht identisch ist.

#### 4. Schlussbemerkung

[Rz 17] Obwohl die Minderung eine Art des finanziellen Ausgleichs für eine Vertragsverletzung (Mangel) darstellt, kann sie im Resultat wesentlich davon abweichen, was nach den allgemeinen Regeln zum vertraglichen Haftpflichtrecht als Ausgleichsanspruch anerkannt würde. Während ansonsten die Differenz des Vermögens des Geschädigten massgebend ist,<sup>27</sup> spielt der Einfluss des Mangels auf das Gesamtvermögen des Geschädigten bei der Minderung keine Rolle. Ausschlaggebend sind der von den Parteien vereinbarte Preis sowie der Wert der von den Parteien definierten Leistung. Die Minderung verfolgt also einen Ansatz, welcher ausschliesslich das vom Mangel betroffene Vertragsobjekt der Differenzberechnung unterwirft.

[Rz 18] Ist die Minderung damit eher ein veraltetes Kuriosum oder ein zukunftsgerichteter «Trendsetter»? Mein Eindruck ist, dass die Minderung mit ihrem von der Differenztheorie losgelösten Ansatz im haftpflichtrechtlichen Trend liegt – vor allem wenn man an die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur widerrechtlichen Zerstörung von Bäumen denkt, wo nun eine «subjektive Komponente» des Schadensbegriffs hervorgehoben wurde:<sup>28</sup> Statt bei einer Zerstörung eines Baumes bei der Schadenberechnung auf eine (häufig nicht vorhandene) Verminderung des Verkehrswertes des Grundstückes abzustellen, richtet sich die Bemessung des Schadenersatzes nach den Kosten einer Neuanpflanzung.<sup>29</sup> Der Wert des zerstörten Baumes wird also isoliert betrachtet – nicht als Teil eines Grundstückes. Dieser Ansatz entspricht der Minderung mit ihrer Bemessung des Minderungsbetrages auf der Basis des Wertes der vertraglich geschuldeten Leistung – und zwar ohne Berücksichtigung des Wertes dieser Leistungen im Gesamtkontext des Vermögens des Bestellers.

---

Dr. iur. Thomas Siegenthaler, M.Jur., Rechtsanwalt bei Schumacher Baur Hürlimann, in Zürich und Baden.

---

<sup>1</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996, Nr. 1614; vgl. VENTURI, La réduction du prix de vente en cas de défauts ou de non-conformité de la chose, Fribourg 1994, Nr. 1064.

<sup>2</sup> BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988, S. 101 und S. 210; BÜHLER, Zürcher Kommentar, Der Werkvertrag, Zürich 1998, N 95 zu Art. 368; ENGEL, Contrats de droit suisse, 2. Auflage, Bern 2000, S. 46, S. 451; FURRER, Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Zürich 1973, S. 71 f.; GAUCH, a.a.O., Nr. 1669 ff.; GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, S. 389 LENZLINGER-GADIANT, Mängel und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, Zürich 1994, S. 114 f.; MAISSEN, Sachgewährleistungsprobleme beim Kauf von Auto-Occasionen, Zürich 1999, S. 96; STOTZ, Die Leistungspflicht und die Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Basel 1988, S. 104; ZINDEL/PULVER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2003, N 43 zu Art. 368; BGE 116 II 305, S. 313; BGE 111 II 162, S. 163; BGE 105 II 99, S. 101; BGE 88 II 410, S. 414; kritisch HONSELL in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2003, N 9 f. zu Art. 205; SCHENKER, Gedanken zur «relativen» Minderungsmethode, in: TERCIER (Hrsg.), In Sachen Baurecht, Freiburg 1989, S. 91 ff.; TERCIER, Les contrats speciaux, 3. Aufl., Zürich 2002, Nr. 785; VENTURI, a.a.O., Nr. 1103 ff.

<sup>3</sup> KELLER/SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl, Zürich 1995, S. 92; vgl. GAUCH, a.a.O., Nr. 1664.

<sup>4</sup> SCHENKER, a.a.O., S. 96; vgl. TERCIER, a.a.O., Nr. 785; VENTURI, a.a.O., Nr. 1103 ff.

<sup>5</sup> VENTURI, a.a.O., Nr. 1210 ; vgl. SCHENKER, a.a.O., S. 99; TERCIER, a.a.O., Nr. 785.

<sup>6</sup> CHAIX, in: THÉVENOZ/WERRO (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I, Genf/Basel/München 2003, N 31 zu Art. 368; GAUCH, a.a.O., Nr. 1677; KELLER/SIEHR, a.a.O, S. 93; kritisch: VENTURI, a.a.O., Nr. 1170

<sup>7</sup>

- BÜHLER, a.a.O., N 86, N 103 zu Art. 368; ENGEL, a.a.O., S. 451; GUHL/KOLLER, a.a.O., S. 389, S. 535; HONSELL, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 205; KELLER/SIEHR, a.a.O., S. 93; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 44 zu Art. 368; BGE 116 II 305, S. 313 f.; BGE 111 II 164; Urteil 4C.294/2001 vom 3. Januar 2002, E. 3b; vgl. GAUCH, a.a.O., Nr. 1680 ff.; LENZLINGER GADIANT, a.a.O., S. 115; kritisch TERCIER, a.a.O.; Nr. 790; VENTURI, in: THÉVENOZ/WERRO (Hrsg.), Commentaire Romand, Genf/Basel/München 2003, N 25 zu Art. 205; VENTURI, a.a.O., Nr. 1159 ff.
- <sup>8</sup> BÜHLER, Vertragsrecht im Maschinenbau und Industrieanlagenbau, Zürich 1987, S. 180; FURRER, a.a.O., S. 72; HONSELL, Basler Kommentar, N 9 zu Art. 205; BGE 117 II 550, S. 552; vgl. aber LENZLINGER GADIANT, a.a.O., S. 115; VENTURI, a.a.O., Nr. 1075 ff.
- <sup>9</sup> ENGEL, a.a.O., S. 451; GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1653; STOTZ, a.a.O., S. 105; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 45 zu Art. 368.
- <sup>10</sup> BGE 105 II 200, S. 202; BÜHLER, a.a.O., N 86 zu Art. 368; ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 38 zu Art. 368.
- <sup>11</sup> GAUCH, Der Werkvertrag, Nr. 1617; STOTZ, a.a.O., S. 101; TERCIER, a.a.O., Nr. 791, Nr. 4214; BGE 117 II 550, S. 552; BGE 116 II 315.
- <sup>12</sup> REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Zürich 2003, N 153; BGE 128 III 22, S. 26: «Le dommage juridiquement reconnu réside dans la diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 127 III 73 consid. 4a ; 126 III 388 consid. 11° et les arrêts cités).
- <sup>13</sup> So die Ausgangslage im englischen Entscheid Ruxley Electronics v. Forsyth [1996] A.C. 344. Dieser Sachverhalt weckt Assoziationen zum Schwimmbecken in BGE 93 II 317 ff., wo das Bundesgericht einen Unternehmer wegen einer fehlenden Länge von 5,5 - 8 cm zur Nachbesserung des Schwimmbeckens verurteilte (E. 4 b). Allerdings war in jenem Entscheid ausschlaggebend, dass es sich um ein Sport-Schwimmbecken handelte, welches für sportliche Wettkämpfe und für Trainingsschwimmen gebraucht werden sollte (E. 4 c).
- <sup>14</sup> GAUCH, a.a.O., Nr. 1399, Nr. 1437, Nr. 1684.
- <sup>15</sup> vgl. zum Kriterium der Übermässigkeit der Verbesserungskosten: BÜHLER, a.a.O., N 144 zu Art. 368; GAUCH, a.a.O., Nr. 1749 ff., je mit Hinweisen.
- <sup>16</sup> Das Urteil lässt sich auch schwer mit dem Urteil 4C.140/2004 vom 19. Juli 2004 vereinbaren, worin das Bundesgericht festgehalten hatte, dass die «Verbesserungskosten-Vermutung» nicht spielt, wenn der Mangel keinen Einfluss auf den objektiven Wert des Werkes hat.
- <sup>17</sup> Nach der herrschenden Lehre ist allerdings allein der objektive Wert massgebend, nicht der subjektive Wert (Affektionswert): BGE 105 II 99, S. 101: «Auf den subjektiven Wert für den Besteller kommt nichts an.»; ebenso CHAIX, a.a.O., N 31 zu Art. 368, GAUCH, a.a.O., N 1628; vgl. VENTURI, a.a.O., Nr. 480.
- <sup>18</sup> REY, a.a.O., N 393, mit Verweisen.
- <sup>19</sup> BGE 70 II 218 (bestätigt in BGE 80 II 26, S. 34 und in BGE 109 II 43, S. 46).
- <sup>20</sup> vgl. das ähnliche Beispiel bei REY, a.a.O., N 390.
- <sup>21</sup> SIEGENTHALER/GRIFFITHS, Indirect and Consequential Loss Clauses under Swiss Law, The International Construction Law Review (ICLR), October 2003, Volume 20, Part 3, p. 447.
- <sup>22</sup> GAUCH, a.a.O., N 1875; FURRER a.a.O., S. 68; KLAUSER, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Zürich 1973, S. 58 ff.; anders GIGER, Berner Kommentar, Bern 1980, N 45 zu Art. 208 OR; KELLER/SIEHR, a.a.O., S. 92.
- <sup>23</sup> vgl. SCHENKER, a.a.O., S. 90, welcher die Minderung als «ein Mittelding zwischen Wandelung und Nachbesserung» bezeichnet.
- <sup>24</sup> SCHENKER, a.a.O., S. 90.
- <sup>25</sup> GAUCH, a.a.O., Nr. 1614; vgl. VENTURI, a.a.O., Nr. 1064.
- <sup>26</sup> vgl. BGE 116 II 305, S.314, wo das Bundesgericht auf die Möglichkeit verwies, dass der Minderwert des Gesamtwerkes den Wert des mangelhaften Werkteils übersteigen könnte.
- <sup>27</sup> BGE 128 III 22, S. 26; BGE 120 II 296, S. 298.
- <sup>28</sup>

BGE 129 III 331, S. 333; BGE 127 III 73, S. 76; vgl. auch BGE 116 II 441, S. 444: «Der Differenzrechnung unterworfen ist das vom schädigenden Ereignis betroffenen Rechtsgut...». Zur «subjektiven Berechnung» des Schadens vgl. REY, a.a.O., Nr. 318 ff. mit Hinweisen.  
<sup>29</sup> BGE 129 III 331, S. 334.

Rechtsgebiet: Baurecht  
Erschienen in: Jusletter 13. Juni 2005  
Zitiervorschlag: Thomas Siegenthaler, Merkwürdige Minderung, in: Jusletter 13. Juni 2005  
Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4028>