

Der Nutzungsausfall als Schadensposition

Barbara Klett*

Während der Reparatur einer beschädigten Sache fällt diese für ihre vorgesehene Nutzung aus. In der Schweiz ist der Nutzungsausfall als Schadensposition nicht gesetzlich verankert. Auch im Rahmen der (eingestellten) Arbeiten in Zusammenhang mit der Revision des Haftpflichtrechts wurde kein gesetzgeberischer Vorschlag erarbeitet¹. Die Frage, ob und in welchem Umfang der Geschädigte den Ersatz für den Ausfall der Nutzung an der beschädigten Sache verlangen kann, wurde bis heute in der Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Die Autorin geht dieser Frage im vorliegenden Beitrag nach und vertritt die Auffassung, dass der Nutzungsausfall einen Vermögensschaden darstellt, der als Folge eines Sachschadens, als ersatzberechtigt zu anerkennen ist.

Pendant la réparation d'une chose endommagée son possesseur est privé de son usage. La perte de jouissance de la chose n'est pas considérée comme un élément du dommage dans la législation suisse. Elle ne fait pas non plus l'objet d'une proposition législative dans le cadre du projet de révision du droit de la responsabilité civile, actuellement mis en sommeil. Quant à la doctrine et à la jurisprudence, elles n'ont pour l'heure pas offert une réponse uniforme à la question de la réparation de la privation de l'usage d'une chose et de son étendue. L'auteure s'empare de la question dans la présente contribution. Elle est d'avis que la perte de jouissance est un préjudice économique indemnisable car il découle d'un dommage matériel.

Unter einem Schaden wird eine unfreiwillige Vermögensverminderung verstanden, welche in einer Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen kann. Da die Sach- und Rechtslage in Anwendung der Differenztheorie von der Praxis als unbefriedigend empfunden wird, hat sie – unter punktueller Aufgabe des vermögensbezogenen Schadensbegriffs – den abstrakten Schaden, welcher auch als «normativer» Schaden bezeichnet wird, als ersatzfähigen Nichtvermögensschaden anerkannt. In Anlehnung an die deutsche Rechtsentwicklung wird in der Schweiz seit einiger Zeit die Relativierung des vermögensbezogenen Schadensbegriffs auch unter dem Gesichtspunkt des Kommerzialisierungs- und Frustrationsgedankens diskutiert.

Auch in Zusammenhang mit den Auswirkungen aus der Stilllegung einer nutzbaren und benutzten Sache ist der klassische vermögensbezogene Schadensbegriff nicht passend. Es dürfte unbestritten sein, dass der Nutzungsausfall während der Reparaturarbeiten einer Maschine oder eines Fahrzeuges, die betrieblich und kommerziell eingesetzt werden, einen wirtschaftlichen Wert hat, obwohl sich dieser im Vermögen nicht direkt niederschlägt.

I. Ausgestaltung der Nutzung und der Nutzungsstörung

Als Produktions- und Nutzungsausfall – in gewissen Branchen auch «Chômage» genannt – versteht man den Ausfall von Mieteinnahmen, Benutzungsgebühren usw. Bei der Beschädigung eines Fahrzeuges werden in der Versicherungspraxis in der Regel die Kosten für ein Ersatzfahrzeug verlangt und erstattet, wenn der Geschädigte beruflich auf ein Fahrzeug angewiesen ist oder die Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel wegen Zeitverlustes nicht zumutbar ist. Regelmässig kein Ersatz wird anerkannt bei der Beschädigung eines privat genutzten Fahrzeuges, welches bloss zum Vergnügen gebraucht wurde. Der Ersatz der Mietauslagen wird lediglich anerkannt, wenn ein konkret geplanter Verwendungszweck durchkreuzt wird (Ferienreise). In den Bereich des Nutzungsausfalls gehört ebenfalls der Ersatz nutzloser Aufwendungen, wie beispielsweise die Garagenmiete, Versicherung und Steuern.

Während die meisten Motorfahrzeugversicherungen die Deckung für den Nutzungsausfall (Chômage) ausdrücklich ausschliessen, ist in zahlreichen Mietverträgen für Fahrzeuge folgende Erweiterung der Haftung für Schäden am Mietfahrzeug zu finden: «Zusätzlich werden dem Mieter die Kosten für den Rücktransport des Wagens an den Vermietungsort, ein eventueller Minderwert des Fahrzeuges, sowie der Nutzungsausfall (Chômage) belastet».

* LL.M., Fachanwältin SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Partnerin bei Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte, Luzern. <www.krlaw.ch>.

¹ PIERRE WIDMER/PIERRE WESSNER, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern 2000.

In den Bereichen des öffentlichen Verkehrs und der Nutzfahrzeuge haben Interessenvertreter der Versicherungsbranche und der betroffenen Versicherten Vereinbarungen hinsichtlich der Erledigungsparameter des Nutzungsausfalls, der durch einen Unfall beschädigten Fahrzeuge, abgeschlossen². Die Betroffenen der Branche haben damit die Ersatzfähigkeit des Nutzungsausfalls anerkannt und die Kalkulation definiert. Die zwischen den Branchenverbänden und der Versicherungsbranche entwickelten Regeln bestätigen die Anerkennung ersatzfähiger finanzieller Folgen der Stilllegung eines kommerziell genutzten Fahrzeuges und stellen eine gefestigte Versicherungspraxis in der Berechnung des Nutzungsausfalls dar. Auch im Zusammenhang mit der Reparatur von Fahrzeugen hat sich eine Erledigungspraxis entwickelt. Die spärliche Rechtsprechung zu diesem Thema ist damit zu begründen, dass die Bedürfnisse der Hauptplayer in der am meisten betroffenen Branche (Nutzfahrzeuge, öffentlicher Verkehr) abgedeckt sind.

II. Die Differenztheorie des Schadensbegriffs

Nach der von Lehre und Rechtsprechung formulierten Differenztheorie wird der Schaden als unfreiwillige Vermögensverminderung definiert. Die von Bundesgericht³ und Lehre⁴ konstant verwendete Formel begreift den Schaden als Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.

Unterschieden wird auch zwischen entgangenem Gewinn und erwachsenem Schaden. Beides gehört zum «Schaden» i.S.v. Art. 41 OR und ist grundsätzlich zu ersetzen. Diese Vermögenseinbusse kann in einer Abnahme der Aktiven bzw. Zunahme der Passiven (damnum emergens) oder in einer Nichtzunahme der Aktiven bzw. Nichtabnahme der Passiven (lucrum cessans) bestehen⁵. Das Vermögen wird demnach als Summe der geldwerten Güter umschrieben.

² Vereinbarung zwischen dem Verband öffentlicher Verkehr (VöV) und dem Schweizerischen Versicherungs-Verband (SVV) zur Festlegung der Tagesansätze für Chômage-Entschädigungen vom März 2003 und Kalkulation der Chômage-Entschädigung des Schweizerischen Nutzfahrzeugverbandes ASTAG vom Mai 2007, welche vom Ausschuss der Chef-Experten der Schadenleiterkommission des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV geprüft und genehmigt wurde.

³ Statt vieler BGE 129 III 331, E. 2.1; 128 III 22, E. 2e/aa = Pra 2002 Nr. 74, 431; 126 III 388, E. 11a.

⁴ Statt vieler BK-BREHM, Art. 41 OR N 70b; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Besonderer Teil, Band II/1, 4. Aufl., Zürich 1987, N 20 zu § 16.

⁵ BGE 133 III 462, E. 4.4.2; 132 III 359, E. 4; 129 III 331, E. 2.1.

Versteht man den Schaden in oben definierter Weise, so wird der Entzug bzw. Verlust geldwerter Vorteile, welcher sich nicht im Vermögen niederschlägt (beispielsweise unentgeltliche, geldwerte Arbeitsleistung oder Gebrauchsüberlassung) aus definitorischen Gründen haftpflichtrechtlich nicht erfasst⁶. Der klassische, vermögensbezogene Schadensbegriff vermag daher der wirtschaftlichen und sozialen Realität der modernen Gesellschaft nicht mehr umfassend gerecht zu werden⁷. Die jüngere Lehre⁸ kritisiert zu Recht die zurückhaltende Rechtsprechung des Bundesgerichts beispielsweise in Zusammenhang mit dem Nutzungsausfall des Bauherrn⁹ oder im Bereich des Immaterialgüterrechts¹⁰.

Da die Nichtberücksichtigung der wirtschaftlichen Realität zu unbilligen Ergebnissen führen kann, hat die Praxis den konkreten Vermögensschaden einzelfallweise mit dem abstrakten Schaden¹¹ ergänzt.

III. Der normative oder abstrakte Schaden

Dem der Differenztheorie zugrunde liegende Schadensbegriff wird der normative Schadensbegriff gegenübergestellt, welcher die Differenztheorie wertend konkretisieren oder korrigieren soll. Unter dem Blickwinkel normativer Wertungsgesichtspunkte ist demgemäss ein Nachteil auch dann ersatzwürdig, wenn dieser sich nicht in einer Vermögensdifferenz manifestiert oder ein Aufwand, der durch das schadenersatzbegründende Ereignis nicht verursacht worden, aber nutzlos geworden ist. Nach Art. 43 Abs. 1 OR bestimmt der Richter Art und Grösse des Schadenersatzes sowohl nach Würdigung der Umstände als auch nach der Grösse des Verschuldens. Der Hinweis auf

⁶ Differenzierter zum Schadensbegriff: LUKAS HANDSCHIN, «Verminde- rung der Aktiven...» - Schadensbegriff und Fair Value-Bewertung, in: Büchler/Müller-Chen (Hrsg.), Private Law, national – global – comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 697 ff.

⁷ Zur Kritik gegenüber Inhalt und Bedeutung des Vermögensbegriffs bei der Definition des Schadens und der fehlenden Auseinandersetzung in der Lehre siehe THOMAS PROBST, Der Ersatz «immateriellen Schadens» im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht, in: Probst/Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 2010, 1 ff., 4 ff.; HUBERT STÖCKLI, Schaden und Schadenersatz beim Bauen, in: Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2003, 7 ff., 10 f.; HEINRICH HONSELL, Differenztheorie und normativer Schadensbegriff, in: Fuhrer (Hrsg.), Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 255 ff., 265 f.

⁸ PETER GAUCH, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 225 ff., 226 ff.; STÖCKLI (Fn. 7), 31; PROBST (Fn. 7), 39 ff.; HARDY LANDOLT, Der Nichtvermögensschaden, Ersatzpflicht für immaterielle, normative und fiktive Schäden, in: Fuhrer (Hrsg.), Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 341 ff., 343 ff. und 354; HONSELL (Fn. 7), 257 ff.

⁹ BGE 126 III 388, E. 11c.

¹⁰ BGE 132 III 379, E. 3.3.2.

¹¹ Auch als geldwerter Nichtvermögensschaden definiert: PROBST (Fn. 7), 35 ff.; LANDOLT (Fn. 8), 343.

die Umstände und das Ermessen des Gerichts führt zu Art. 4 ZGB und zu der dort verankerten Befugnis, nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Der Gesetzgeber trägt somit dem Umstand Rechnung, dass der Schadenersatz oftmals nicht mit rechnerischer Exaktheit, sondern nur nach Billigkeit und wertender Zurechnung bestimmt werden kann¹².

Lehre und Rechtsprechung anerkennen die Ersatzfähigkeit des sog. normativen Schadens in verschiedenen Bereichen. Im Zusammenhang mit Personenschäden beim sog. Haushaltsführungsschaden sowie beim Pflege- und Betreuungsschaden hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung wiederholt und explizit festgehalten, dass aus Gründen der Billigkeit ein Durchbruch des klassischen Schadensbegriffs gerechtfertigt sei.

Unter dem Begriff des Haushaltschadens bejaht das Bundesgericht das Vorliegen eines Schadens auch, falls die Haushaltsarbeit, welche das Opfer selber nicht mehr zu leisten vermag, gar nicht oder nicht durch eine bezahlte Hilfsperson verrichtet wird. Die Besonderheit des Haushaltschadens liegt somit darin, dass er nach der Rechtsprechung selbst dann zu ersetzen ist, wenn er sich nicht in zusätzlichen Aufwendungen niederschlägt, mithin gar keine Vermögensverminderung eintritt. Der Haftpflichtige hat insoweit für normativen Schaden einzustehen¹³. Dabei orientiert sich das Gericht bezüglich der Höhe dieses abstrakten Schadens am hypothetischen Entgelt für eine Ersatzkraft. Der Grund für die, unabhängig von den konkreten Mehrkosten, vorzunehmende abstrakte Schadensermittlung sieht das Bundesgericht darin, dass der Beizug einer aussenstehenden Person für Arbeiten im privaten Rahmen eines Haushalts nicht durchwegs zumutbar erscheint¹⁴.

Beim Ersatz des Pflegeschadens richtet sich die Höhe der Entschädigung grundsätzlich nach dem entgangenen Erwerbseinkommen der betreuenden Person, falls diese ihre Erwerbstätigkeit für die Pflege des Verletzten einschränkt oder vorübergehend aufgibt. Das Bundesgericht begründet die Zulässigkeit der abstrakten Berechnung damit, dass sich unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung derartige freiwillige Leistungen nicht zugunsten des Schädigers auswirken sollen, wenn der Leistende nicht diesen, sondern den Geschädigten begünstigen will¹⁵.

Ebenfalls aus Gründen der Billigkeit und zur Vermeidung einer Privilegierung des Schädigers stellt die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammen-

hang mit der Ersatzfähigkeit der Lohnfortzahlung im Rahmen des Regressanspruches des Arbeitgebers gegenüber dem Haftpflichtigen ebenfalls auf einen hypothetischen Schaden, den der Arbeitnehmer ohne die Zahlung des Arbeitgebers erlitten hätte, ab¹⁶.

Zusammenfassend kann ausgeführt werden, dass die Ersatzfähigkeit eines normativ-abstrakten Schadens einerseits aus Überlegungen der Zumutbarkeit des Einsatzes eines Ersatzes und andererseits aus Gerechtigkeitsüberlegungen heraus bzw. Vorteilsausgleichung zwischen Schädiger und Geschädigtem erfolgt. Der Zweck des Schadenersatzes ist der Ausgleich für den zugefügten Schaden. Beim Ausgleichsprinzip handelt es sich um die zentrale Maxime des Haftpflichtrechts¹⁷.

IV. Ökonomisch strukturierter Schadensbegriff

Die ökonomisch strukturierte Schadenskonzeption hält zwar grundsätzlich an der Differenztheorie fest, allerdings werden in den Begriff des Vermögensschadens ökonomische Komponenten miteinbezogen. Unter dem Einfluss des Kommerzialisierungsgedankens ist in der Lehre und Praxis das Bestreben spürbar, den Bereich des ersatzfähigen Schadens auszudehnen, unter anderem auf den mittelbaren Nutzungsausfall¹⁸. Damit wird ein normativer Schadensbegriff anerkannt, mit dem Ziel, bestimmte Nachteile unter Berücksichtigung normativer Wertungsgesichtspunkte auch dann für ersatzfähig zu betrachten, wenn keine Vermögensdifferenz im eigentlichen Sinne vorliegt. Der Kommerzialisierungsgedanke trägt insbesondere dem Umstand Rechnung, dass in unserer modernen Gesellschaft viele Güter und Dienstleistungen nicht wegen ihres Sachwertes, sondern wegen ihres Gebrauchs- oder Nutzwertes erworben werden und daher der Entzug entgeltlich erworbener Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten einen wirtschaftlichen Schaden darstellen kann.

Unter dem Kommerzialisierungsgedanken (Kommerzialisierung im Sinne von Anerkennung des Marktwertes von Nutzungsmöglichkeiten) wie unter dem Frustrationsgedanken (im Sinne von Anerkennung nutzloser Aufwendungen) stellt die Beeinträchtigung der abstrakten Gebrauchsmöglichkeit einen ersatzfähigen Schaden dar¹⁹. Bei der Kommerzialisierung geht es um die Ersatzfähigkeit in Fällen, in denen eine Nutzungsmöglichkeit beeinträchtigt wird, während der

¹² HONSELL (Fn. 7), 255 ff., 262.

¹³ Vgl. Pra 1995 Nr. 172, 548 ff.; BGE 127 III 403, E. 4; 131 III 360, E. 8.

¹⁴ BGE 127 III 403, E. 4b.

¹⁵ Urteil des BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002, E. 6, 6b/aa = Pra 2002 Nr. 212, 1127 ff.; ZBJV 2003, 394 ff.

¹⁶ BGE 126 III 521, E. 2.

¹⁷ HONSELL (Fn. 7), 266.

¹⁸ WALTER FELLMANN, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, 878 ff., 882.

¹⁹ VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 597 ff.; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 371 ff.; Probst (Fn. 7), 27 ff. und 34 ff.; Stöckli (Fn. 7), 11 f.; LANDOLT (Fn. 8), 354.

Frustrationsgedanke die Ersatzfähigkeit unnützer Aufwendungen zu bewerkstelligen sucht.

Beim Kommerzialisierungsgedanken und beim Frustrationsgedanken geht es im Ergebnis um dieselbe Frage, nämlich inwieweit der Entzug des geldwerten Gebrauchs oder Nutzens von Gütern bzw. Dienstleistungen einen rechtlich relevanten und damit ersatzfähigen Schaden darstellt, obschon keine oder keine unmittelbare Vermögensbeeinträchtigung im klassischen Sinne vorliegt. Mit anderen Worten geht es um die Grundsatzfrage, wie mit geldwerten Nichtvermögensnachteilen im Vertrags- und Haftpflichtrecht umzugehen ist²⁰.

Nach einem Teil der Lehre²¹ ist der Kommerzialisierungsschaden ausnahmsweise ersatzfähig, wenn es sich um entgeltlich erworbene Nutzungsmöglichkeiten handelt, auf die der Betroffene besonders angewiesen ist und deren ständige Verfügbarkeit für ihn zentral ist. Aus ökonomischer Sicht stellt die Nutzung einer betrieblich und kommerziell eingesetzten Maschine für die Berechtigten einen Vermögenswert dar. Insofern das Schadenersatzrecht wirtschaftliche Einbussen des Geschädigten ausgleicht, muss daher auch der unverschuldete Nutzungsausfall kompensiert werden.

V. Die Nutzung als wirtschaftlicher Wert

Bei Gebrauchs- oder Verbrauchsgütern haben nicht nur die Kapitalanlage, sondern auch die Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten einen wirtschaftlichen Wert. Güter und Dienstleistungen, welche regelmässig auf dem Markt entgeltlich angeboten und nachgefragt werden, kommt ein Geldwert zu. Der Kauf einer Maschine oder eines Fahrzeuges bezweckt in der Regel – mit Ausnahme von Sammlerstücken wie z.B. bei einem Oldtimer – keine Kapitalanlage. Vielmehr steht der Gebrauchs- und Nutzwert als Investitions- oder Konsumgut, d.h. bei Maschinen für die Produktion, bei Fahrzeugen für den Transport von Personen und Gütern, im Vordergrund. Dementsprechend gibt der Kaufpreis bei einem Gebrauchs- oder Verbrauchsgut vorwiegend den auf den Gegenwert kapitalisierten künftigen Gebrauchs- bzw. Nutzwert wieder²².

Diese wirtschaftliche Betrachtung wird nicht nur – wie ausgeführt in verschiedenen kommerziellen Transportbranchen – sondern in unserer Rechtsordnung in verschiedenen Bereichen anerkannt. Das Obligationenrecht regelt den Gebrauch und den Nutzen von Sachen und Rechten bzw. von Gütern und Dienstlei-

tungen in verschiedenen Bereichen wie beispielweise im Kaufrecht, im Mietrecht, im Zusammenhang mit der Leihe und der Hinterlegung. Mit der Miete, Pacht oder dem Leasing einer Sache sichert sich der Übernehmende gegen Entgelt die künftige Nutzung des Objektes. Falls die Vertragspartei ihrer vertraglichen Pflicht nicht nachkommt, gibt das Gesetz dem anderen Vertragspartner für den entgangenen Gebrauch bzw. die entgangene Nutzung einen Ersatzanspruch²³. Im Vertragsrecht anerkennen daher Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich einen wirtschaftlichen Wert der Nutzung einer Sache.

Die Nutzung als wirtschaftlicher Wert gewinnt ebenfalls in der europäischen Rechtsentwicklung an Anerkennung. Aufgrund der vorzunehmenden europarechtskonformen Auslegung der nationalen Gesetzesbestimmungen ist mit einer allgemeinen Anerkennung der Entschädigung für die Verhinderung der vertragskonformen Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten – beispielsweise im Bereich des entgangenen Genusses bei Pauschalreisen²⁴ – auszugehen. Dadurch wird de lege lata das vertragliche Erfüllungsinteresse Nachteile abdecken, die nach der klassischen Differenztheorie geldwerte Nichtvermögensschäden darstellen²⁵.

Der Vertragsgläubiger hat Anspruch auf das Erfüllungsinteresse und ist daher so zu stellen, wie wenn der vertraglich vereinbarte Gebrauch vertragskonform erfolgt bzw. ermöglicht worden wäre. Im Umfang des Gebrauchs- bzw. Nutzungsausfalls hat der Vertragsgläubiger Anspruch auf Minderung des noch zu bezahlenden bzw. auf Rückerstattung des bereits bezahlten Entgelts. Dabei handelt es sich um den Geldwert der Gebrauchs- bzw. Nutzungsmöglichkeit, welcher ihm entgangen ist. In diesem Zusammenhang ist die Frage, ob der Ausfall des Gebrauchs bzw. der Nutzung des Vertragsobjektes einen konkreten Einfluss auf das Vermögen des Gläubigers gehabt hat (Vermögensschaden) oder nicht (Nichtvermögensschaden), daher berechtigt.

Unter dieser Voraussetzung ist die Tragweite des Schadenbegriffes im ausservertraglichen und vertraglichen Bereich zu untersuchen. In der schweizerischen Rechtsordnung gilt ein einheitlicher Schadensbegriff²⁶. Es bestehen somit keine triftigen Gründe, um geldwerte Nichtvermögensschäden im ausservertraglichen Bereich anders zu definieren und zu qualifizieren als im vertraglichen Verhältnis. Der massgebliche Unterschied zwischen der vertraglichen und der ausserver-

²⁰ PROBST (Fn. 7), 35 ff.; REY (Fn. 19), N 374 ff.; ROBERTO (Fn. 19), N 602 ff. und 610 f.; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N 14.07.

²¹ Vgl. REY (Fn. 19), N 389 ff. mit weiteren Angaben, vgl. auch N 312 ff.

²² PROBST (Fn. 7), 34 ff. und 38.

²³ Siehe detaillierte Verweise auf die gesetzliche Grundlage bei PROBST (Fn. 7), 39.

²⁴ Richtlinie 90/314/EWG (13. Juni 1990) Amtsblatt Nr. L 158 vom 23. Juni 1990, 59 f.

²⁵ PROBST (Fn. 7), 44 f.

²⁶ BGE 132 III 379, E. 3.

traglichen Schadenersatzlage liegt weder im Schadensbegriff noch im Kausalitäts- oder Verschuldensbegriff, sondern in der Rechtswidrigkeit. Aus Gründen der Kohärenz und der Rechtsgleichheit ist es daher angezeigt, nicht nur im vertraglichen Bereich mittels Erfüllungsinteresse, sondern auch im ausservertraglichen Bereich geldwerte Nichtvermögensschäden in Form eines Gebrauchs- oder Nutzungsausfalls als ersatzfähig zu betrachten²⁷. Solche Tendenzen sind ausserdem im ausservertraglichen Bereich bereits ersichtlich und anerkannt im Rahmen des Ersatzes des Erwerbsausfalls bei Personenschäden. Gestützt auf Art. 46 OR wird nämlich die künftige wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit der eigenen Arbeitskraft, die keinen Vermögensbestandteil darstellt, ersetzt²⁸.

VI. Definition und praxisorientierte Sicht des Nutzungsausfalls

Wird im Zusammenhang mit einem haftungsbegründenden Ereignis eine Sache oder ein Fahrzeug beschädigt, entsteht dem Eigentümer als Folge des Ereignisses und der daraus folgenden Stilllegung des Betriebes der beschädigten Maschine, ein Nutzungsausfall. Der unmittelbare Nutzungsausfall betrifft den Nutzungsausfall bzw. das Nichtgebrauchenkönnen der beschädigten Sache an sich. Als Folge davon können mittelbare Nutzungsausfälle und nutzlose Aufwendungen entstehen.

Selbst wenn der Entzug der Nutzungsmöglichkeit als solcher dogmatisch keinen ersatzfähigen Schaden im Sinne der Differenztheorie darstellt, kommen geldwerte Nichtvermögensschäden in Form von Gebrauchs- und Nutzungsausfall als ersatzfähige Nachteile in Betracht, wenn sie im Zusammenhang mit einem Personen- oder Sachschaden stehen. Geldwerter Nichtvermögensschaden als Folgeschaden eines Sach- oder Personenschadens ist als potenziell ersatzfähig zu betrachten. Von einem ersatzfähigen Schaden nach der Differenztheorie wird daher erst dann gesprochen, wenn als Folge des Nutzungsausfalls entweder Kosten, beispielweise Ersatzwagenkosten, ein Einkommensausfall oder ein Gewinnausfall, resultieren. Auch die sog. nutzlosen Aufwendungen sind nach der Differenztheorie an sich nicht zu entschädigen, weil es sich um Kosten handelt, die beim Maschineneigentümer ohnehin, d.h. auch ohne Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses, angefallen wären.

Die Fragen der Ersatzfähigkeit und der Berechnung des Nutzungsausfalls drehen sich daher – zumindest bei kommerziell eingesetzten Sachen, Fahrzeugen und Maschinen – um die Frage des Nachweises eines fi-

nanziellen und unfallbedingten Nachteils. Finanzielle Auswirkungen der fehlenden Benutzungsmöglichkeit aus kommerziell eingesetzten Sachen stellen die Regel dar. Wie bereits ausgeführt, sollte unbestritten sein, dass beispielsweise kommerzielle Transportunternehmungen eine finanzielle Einbusse erleiden, wenn die für den kommerziellen Transport bestimmten Fahrzeuge planwidrig stillstehen.

VII. Entwicklungen und Erledigungspraxis in den verschiedenen Branchen

Im Zusammenhang mit der Schadenerledigung von Autoschäden besteht Einigkeit darüber, dass der Geschädigte während der Dauer der Reparatur bzw. der Wiederbeschaffung den Ersatz der Mietkosten eines vergleichbaren Ersatzfahrzeuges verlangen kann, sofern er das beschädigte Fahrzeug überwiegend wahrscheinlich benutzt hätte²⁹. Verzichtet hingegen der geschädigte Fahrzeugeigentümer bei an sich gegebener Ersatzpflicht auf die Miete eines Ersatzfahrzeuges oder ist eine Anmietung eines Ersatzwagens nicht möglich, bejaht die Rechtsprechung grundsätzlich den Nutzungsausfall des geschädigten Fahrzeuges als Schaden³⁰.

Auch bei Unmöglichkeit der Miete eines Ersatzfahrzeuges – beispielsweise bei speziellen Fahrzeugen wie Ambulanzen – bejaht die Praxis einen Ersatzanspruch. Der Geschädigte soll in diesem Fall zwar nicht die mutmasslichen Mietkosten eines gleichwertigen Fahrzeugersatzes, aber die weiterlaufenden Fixkosten als Nutzungsausfallentschädigung erhalten. Weiter vertritt die Praxis die Meinung der Ersatzfähigkeit der normativen und fiktiven Ersatzwagenmietkosten mit der Begründung, dass der Geschädigte weder verpflichtet sei, einen Ersatzwagen zu mieten noch durch eine allfällige Unmöglichkeit der Miete eines Ersatzfahrzeuges schlechter gestellt werden soll. Da die Ersatzfähigkeit von normativen und fiktiven Ersatzwagenmietkosten eng mit der Ersatzfähigkeit von Nutzungsausfällen zusammenhängt, ist dem Geschädigten ein Wahlrecht einzuräumen³¹.

Der Verzug bzw. die mangelhafte Lieferung der Werkleistung des Unternehmers führen beim Bauherrn regelmässig zu einem Nutzungsausfall. Dieser kann vermögensmässig sein und der Schaden damit im Rahmen der Differenztheorie abgerechnet werden. Allerdings kann er auch ohne Vermögensfolge bleiben, wobei es sich um einen abstrakten Nutzungsausfall

²⁷ PROBST (Fn. 7), 46 ff.; OFTINGER/STARK (Fn. 4), N 257 zu § 29.

²⁸ BGE 127 III 403, E. 4; PROBST (Fn. 7), 46, Fn. 173.

²⁹ Siehe dazu HARDY LANDOLT, Haftpflichtrechtliche Ersatzpflicht für Autoschäden, in: Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2008, St. Gallen 2008, 89 ff., 120 f.; LANDOLT (Fn. 8), 348 ff.

³⁰ JdT 1964 I, 455, Nr. 68; JdT 1984 I, 444, Nr. 52.

³¹ LANDOLT (Fn. 29), 121 ff.

handelt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können entgangene Nutzungsmöglichkeiten zwar zu einem Mangelfolgeschaden führen, stellen aber selbst nicht schon Schaden dar. Begründet wurde diese ablehnende Haltung unter anderem mit der Schwierigkeit, diese Schadensposition zu quantifizieren³². Diese Begründung ist allerdings nicht überzeugend, da die Praxis eben zeigt, dass für die Berechnung von Nutzungsausfall mit Pauschalbeträgen durchaus ausgleichende Lösungen erzielt werden können. Diverse kantonale Entscheide betreffend Nutzungsausfall von Fahrzeugen zeigen beispielweise auf, dass auf Tagespauschalen abgestellt werden kann. Die bereits erwähnten Vereinbarungen zwischen Versicherungsverband und Branchenverbände³³ bestätigen, dass selbst komplizierte Verhältnisse durch Erfahrungswerte und Pauschalen erfasst und bereinigt werden können.

VIII. Exkurs Deutschland

Die deutsche Lehre und Rechtsprechung anerkennen sowohl die Ersatzfähigkeit der Vorhaltekosten als auch den Nutzungsausfall.

Zu den Vorhaltekosten zählt der Aufwand, der vor dem Ereignis betrieben wird, um über den normalen Bedarf eines Betriebes hinaus Fahrzeuge bereitzuhalten und um dadurch Fahrzeugausfälle überbrücken zu können. Diese Kosten sind nach Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich erstattungsfähig, sofern der Geschädigte durch den Einsatz einer Reserve seine Obliegenheit zur Schadenminderung erfüllt. Der Geschädigte kann allerdings nicht anstelle der entstandenen Reservevorhaltekosten eine (höhere) Nutzungsausfallentschädigung verlangen. Die Auffassung, es dürften nur die blossen Vorhaltekosten erstattet werden, hat der BGH abgelehnt³⁴.

Eine Nutzungsentschädigung ist nach der deutschen Praxis geschuldet, selbst wenn kein Ersatz verlangt wird, sofern Nutzungswille und hypothetische Nutzungsmöglichkeit bestehen. Nach herrschender Auffassung hat die Benutzbarkeit eines Fahrzeuges einen selbständigen Vermögenswert, sodass die vorübergehende Entziehung als Vermögensschaden anzusehen ist. Fallgruppenbezogen wird ermittelt, was dem Ver-

kehr die Einsatzfähigkeit der Sache für den Eigengebrauch wert ist³⁵.

IX. Quantifizierungs-Modell

Wie die Schadensberechnung des Nutzungsausfalls im Detail zu erfolgen hat, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Grundsätzlich ist der Schaden konkret zu berechnen, soweit nicht Gesetz oder Rechtsprechung ausnahmsweise eine abstrakte Schadensberechnung bzw. eine Erleichterung beim Schadensbeweis vorsehen³⁶. Das Gesetz sieht dennoch die Möglichkeit vor, den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Der Geschädigte muss die Umstände, die für den Eintritt eines Schadens sprechen und dessen Abschätzung erlauben, soweit möglich und zumutbar behaupten und beweisen³⁷. Dabei genügt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Nebst der Konstellation der Unmöglichkeit der Quantifizierung werden von der erwähnten Norm zur Beweiserleichterung auch die Fälle der erhöhten Komplexität der Quantifizierung erfasst.

Es wurde bereits ausgeführt, dass der Zugriff auf standardisierte Berechnungsmodelle und Pauschalen durchaus eine Alternative zur konkret nicht möglichen bzw. nicht zumutbaren konkreten Berechnung darstellt. Aufgrund der Komplexität der Schadensberechnung beim Nutzungsausfall eines Nutzfahrzeuges beispielsweise sind Berechnungsmodelle zu gestatten. Das gewählte Modell soll die Grundlage für eine umfassende Betrachtung der komplexen Wirkungszusammenhänge bilden. Die Praxis hat Modelle für die Berechnung des Nutzungsausfalls von Fahrzeugen, die kommerziell eingesetzt werden, entwickelt³⁸. In der Berechnungsgrundlage werden die Fixkosten wie Systemkosten (Anschaffungskosten), Amortisationszeit, Amortisationskosten, Kapitalzinsen, Garage-/Depotkosten, Versi-

³² BGE 126 III 388, E. 11c.

³³ Siehe Fn. 2.

³⁴ GERHARD KNERR, Schadenersatz wegen Beschädigung oder Zerstörung von Sachen (3. Kapitel), in: Geigel, Der Haftpflichtprozess (Hrsg. Kurt Haag), 26. Aufl., München 2011, 57 ff., N 101 f.; WERNER FILTHAUT, Beck'sche Kurz-Kommentare, Haftpflichtgesetz, § 10 Haftungsgrenze für Sachschäden, 8. Aufl., München 2010, N 25-35, N 29, 33 und dort zitierte Rechtsprechung.

³⁵ KNERR (Fn. 34), N 95 ff.; FILTHAUT (Fn. 34), N 30 ff. und dort zitierte Rechtsprechung.

³⁶ BREHM (Fn. 4), Art. 42 OR N 12 ff.; WALTER FELLMANN, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2007, Zürich 2007, 35 ff.

³⁷ BGE 122 III 219, E.3a: «Die vom Geschädigten vorgebrachten Umstände müssen geeignet sein, den Bestand des Schadens hinreichend zu belegen und seine Grössenordnung hinreichend fassbar werden zu lassen. Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen».

³⁸ Siehe die bereits in Fn. 2 erwähnte: «Vereinbarung zwischen dem Verband öffentlicher Verkehr (VöV) und dem Schweizerischen Versicherungs-Verband (SVV) zur Festlegung der Tagesansätze für Chömage-Entschädigungen» vom März 2003 und die «Kalkulation der Chömage-Entschädigung des Schweizerischen Nutzfahrzeugverbandes ASTAG» vom Mai 2007.

cherungsprämien, Verkehrssteuer, Reklamekosten und administrative Kosten berücksichtigt. Diese Modelle sollen als Grundlage im Rahmen der Schadenquantifizierung bzw. im Rahmen der Abschätzung und Prüfung des Schadens durch den Richter nach Art. 42 Abs. 2 OR dienen.

X. Branchenbezogene Berechnung des Nutzungsausfalls

In der Schweiz sind branchenbezogene Lösungen mit den Versicherungen, die zur Übernahme des entsprechenden Schadens beigezogen werden, zur Berechnung der Nutzungsausfallentschädigung gefunden worden, welche nachfolgend kurz dargestellt werden.

Chômage-Kalkulation des Schweizerischen Nutzfahrzeugverbandes ASTAG

In der Nutzfahrzeug-Branche wird der Ausfall eines Fahrzeuges durch unfallbedingte Reparaturen als ersatzfähiger Schaden anerkannt. Der Schweizerische Nutzfahrzeugverband ASTAG hat in Zusammenarbeit mit dem Ausschuss der Chef-Experten der Schadenleiterkommission des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV die nachfolgend erläuterten Formulare zur Ermittlung der Chômage-Entschädigung entwickelt. Dabei gelangen, entsprechend den unterschiedlichen Berechnungsmethoden, für den Werkverkehr (Produktions- und Handelsbetrieb mit eigenem Fahrzeugpark) bzw. für das Transportgewerbe (Unternehmen, das für Dritte gegen Entgelt Transporte ausführt) zwei unterschiedliche Berechnungen zur Anwendung. Im *Werkverkehr* dienen die trotz Einsatzausfall des Fahrzeuges entstandenen Kosten als Ausgangsbasis, d.h. die Fixkosten (u.a. Fahrerlohn, Fahrzeugsteuern und obligatorische Abgaben, Versicherungsprämien, Garage oder Abstellplatz, kalkulatorische Abschreibung). Im *Transportgewerbe* erfolgt die Berechnung gestützt auf den Transporteinnahmen-Ausfall abzüglich der nicht entstandenen variablen Betriebskosten für das Fahrzeug sowie – gegebenenfalls – des Anteils des Fahrerlohnes bei anderweitigem Einsatz des Fahrers. Aus den Berechnungsmodellen ergibt sich ein Tagesansatz, dem geltend zu machenden sog. Chômage-Tagesansatz entsprechend und stellt, multipliziert mit der Anzahl effektiver Ausfalltage, die vom Schädiger bzw. seiner Versicherung zu fordernde Summe dar.

Vereinbarung im öffentlichen Verkehr

Mit Vereinbarung zur Festlegung der Tagesansätze für Chômage-Entschädigungen vom März 2003 haben der Verband öffentlicher Verkehr (VöV) und der Schweizerische Versicherungs-Verband (SVV) die Berechnungsmodalitäten für die Nutzungsentschädigungen von Transportmitteln im konzessionierten öffentlichen

Verkehr geregelt³⁹. Als sog. Chômage-Entschädigung werden grundsätzlich die während der reparaturbedingten Stillstandzeit anfallenden festen Kosten entschädigt, unabhängig davon, ob und allenfalls mit welchen Massnahmen der Fahrzeugausfall beispielsweise durch Mietfahrzeuge tatsächlich überbrückt wird. In der Berechnung werden folgende Berechnungsfaktoren berücksichtigt: Systemkosten (Anschaffungskosten), Amortisationszeit, Amortisationskosten, Kapitalzinsen, Garage-/Depotkosten, Versicherungsprämien, Verkehrssteuer, Reklamekosten, administrative Kosten.

Der Umstand, dass die Betroffenen (Geschädigte und Haftpflichtige) gemeinsame Berechnungsgrundsätze vereinbart haben, führt zu zwei Feststellungen: Einerseits wird in der kommerziellen gewerblichen Welt der Nutzungsausfall als ersatzfähige Schadensposition anerkannt. Andererseits haben diese effizienten und nachhaltigen Lösungen dazu geführt, dass kein Bedarf bestand, die Gerichte mit der Frage des Ersatzes des Nutzungsausfalls zu bemühen. Die Lehre hingegen – wie bereits ausgeführt – hat sich wiederholt zu dieser Frage geäußert und den Bedarf nach einer Bestätigung der Ersatzfähigkeit des Nutzungsausfalls postuliert⁴⁰. Die Feststellung, dass nicht genossenschaftlich organisierte Partner eine gemeinsame Schadenregulierung erreicht haben, die seit Jahrzehnten unangetastet geblieben ist, zeigt die Zustimmung zur Ersatzpflicht des Nutzungsausfalls in der Branche bzw. die Berechtigung dieser Lösung. Die damit gebildete versicherungstechnische Regulierungspraxis stellt Gewohnheitsrecht dar.

XI. Schlussfolgerung

Nach den haftpflichtrechtlichen Grundsätzen ist jeder entstandene oder noch entstehende Nachteil zu ersetzen, sofern er nur als adäquate Folge der haftungsbe gründenden Ursache erscheint. Dass die Beschädigung oder Zerstörung einer Maschine, die kommerziell eingesetzt wird, eine finanzielle Folge hat, ist selbstverständlich und systembedingt. Der Gebrauchsausfall einer Sache oder einer Maschine kann, wenn kein Ersatz beschafft werden kann, grössere Teile eines Betriebes stilllegen. Dafür ist Schadenersatz geschuldet und zwar nicht nur für den eigentlichen Produktionsausfall, sondern auch für eventuelle vertragliche Ersatz-Verpflichtungen wegen Nichterfüllung oder Verzug. Der Nutzungsausfall stellt einen Vermögensschaden dar, der als Folge eines Sachschadens als ersatzberechtigt anerkannt werden muss.

³⁹ Siehe Fn. 2.

⁴⁰ PROBST (Fn. 7), insb. 35 ff., 39 und 52; STÖCKLI (Fn. 7), 31; GAUCH (Fn. 8), 226 ff.; LANDOLT (Fn. 8), 342 ff. und 354.

Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, den Schadensbegriff zu definieren, deshalb ist es durchaus angezeigt, über den klassischen Begriff gemäss Rechtsprechung hinauszugehen und nach Massgabe der wirtschaftlichen Betrachtung den Nutzungsausfall als ersatzfähigen Schaden anzuerkennen. Das Bundesgericht hat bereits durch die Bejahung der Ersatzfähigkeit der abstrakten Beeinträchtigung der Arbeitskraft in der Haushaltsführung und damit der bloss fehlenden Nutzungsmöglichkeit einen Marktwert zuerkannt. Die stärkere Hinwendung zum nicht vermögensorientierten Schadensbegriff wird zwangsläufig zur Frage führen, was im Obligationenrecht überhaupt unter «Vermögen» zu verstehen ist.

Beim Nutzungsausfall von gewerblich und kommerziell eingesetzten Maschinen und Anlagen dürften die Bedenken betreffend eine ökonomisch nicht tragbare Haftungserweiterung unbegründet sein, insbesondere

unter Berücksichtigung der Tatsache, dass davon betroffene Branchen die Ersatzfähigkeit bereits umfassend anerkennen und die entsprechenden Berechnungsmodelle entwickelt haben.

Die seit Jahrzehnten entwickelte Schadenerledigungspraxis im Bereich der Nutzfahrzeuge und der öffentlichen Transportfahrzeuge stellt eine eingespielte Schadenregulierungspraxis dar. Die Berechnungsmodelle berücksichtigen die Fixkosten wie Systemkosten (Anschaffungskosten), Amortisationselemente, Kapitalzinsen und laufende Kosten. Diese Schadenregulierungspraxis bestätigt einerseits das Vorliegen einer ersatzfähigen finanziellen Auswirkung der Stilllegung eines kommerziell genützten Fahrzeuges und andererseits die Tauglichkeit der für den verfolgten Zweck entwickelten pragmatischen und ökonomisch sinnvollen Lösungsmodelle für die Schadensberechnung.