

Wichtige Entwicklungen in den Jahren 2002 und 2003

ausgewählt von Marc Schaeztle* und Stephan Weber**

«Versteht man rechtliche Systeme nicht als Selbstzweck, wird das ständige unbefangene Infragestellen auch bewährter rechtlicher Lösungen zur Selbstverständlichkeit.»

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

I. Haftungsbegründung	192
II. Schadenszurechnung	195
III. Schaden und seine Berechnung	197
A. Erwerbsschaden	197
B. Rentenschaden	199
C. Perte d'une chance	199
D. Haushaltschaden	200
E. Betreuungs- und Pflegeschaden	201
F. Versorgungsschaden	202
IV. Schadenersatz und seine Bemessung	203
V. Genugtuung und seine Bewältigung	205
VI. Form der Entschädigung	207
A. Kapitalabfindung	207
B. Entschädigung in Rentenform	212
VII. Prozessuales und Anwaltskosten	213
VIII. Privatversicherungsrecht	214
A. Anzeigepflichtverletzung	215
B. Rückwärtsversicherung	216
C. Regress und Leistungskoordination	216
IX. Sozialversicherungs- und Koordinationsrecht	218
A. ATSG	218
B. 4. IV-Revision	218
C. 11. AHV-Revision	219
D. 1. BVG-Revision	220

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

** Schriftleiter HAVE, n.a. Handelsrichter Zürich/Eglisau.

Einleitung

Der eingangs zitierte Satz steht in der kürzlich erschienenen Dissertation von MARCEL BRÜLHART (vgl. nachfolgend Ziff. I). Er gibt eine Haltung wieder, die v.a. im Haftpflichtrecht angezeigt ist, das mit seinen alten, heterogenen Regeln und Rechtsfiguren eine zeitgemässe Verantwortlichkeitsordnung gewährleisten muss. Immerhin hat das Bundesgericht in diversen Entscheiden den Mut aufgebracht, seine bisherige Praxis zu hinterfragen und neue Lösungsansätze zu entwerfen. Auch auf Gesetzesebene hat sich einiges geändert und zahlreiche Autoren haben zur Feder gegriffen und zu wichtigen Fragen rund um die Personenschäden Stellung genommen und da und dort wohl den Keim für die zukünftige Rechtsfortbildung gelegt. Unsere Zusammenstellung ist wiederum nur eine Auswahl, soweit dies unbewusst geschehen ist, führt es auf unsere Unvollkommenheit zurück.

I. Haftungsbegründung

Wer für andere in eine Grube steigt...

Wer andern einen Liebesdienst erweist, hat nun intakte Chancen auf Schadenersatzleistungen, falls ihm dabei etwas zustösst. In BGE 129 III 181 stieg A auf Bitten des B in eine Baugrube, um ihm bei der Umplatzierung eines Rundholzes behilflich zu sein. Dabei stürzt er von der Leiter. Das Bundesgericht geht zwar von einer blossen **Gefälligkeit** aus, findet den Weg für die Entschädigung aber über eine analoge Anwendung von OR 422, der für die fremdnützige, echte Geschäftsführung ohne Auftrag eine Kausalhaftung vorsieht. Haftungsgrund bildet dort nicht nur das Handeln im Interesse eines anderen, sondern gegebenenfalls auch der Umstand, dass sich der Geschäftsführer dabei in Gefahr begibt. In diesem Sinne enthalte Art. 422 Abs. 1 OR auch das Element einer Risikohaftung, die auf dem sowohl vertraglich wie ausservertraglich gültigen Prinzip beruhe, dass das Risiko schadensgeneigter, gefährlicher Tätigkeit von jenem zu tragen ist, in dessen Interesse und zu dessen Nutzen sie ausgeführt wird. Dies müsse auch bei der Beurteilung von Gefälligkeitshandlungen ohne Rechtsbindungswillen gelten. Die Haftung greife allerdings nur, wenn sich das der gefährlichen Tätigkeit immanente Risiko verwirkliche, nicht aber, wenn sich in der Schädigung das allgemeine Lebensrisiko manifestiere.

Praktisch hat der Entscheid zur Konsequenz, dass nicht mehr nach Gefälligkeit, Geschäftsführung ohne Auftrag und unentgeltlichem Auftrag differenziert werden muss, massgebend ist einzig, ob das altruistische Handeln mit besonderen Risiken

verbunden ist, die eine Schadensüberwälzung rechtfertigen. Das Urteil wird in HAVE 2003, 139 ff. von WALTER FELLMANN besprochen und ausführlich mit der Problematik befasst hat sich BETTINA HÜRLIMANN-KAUP (Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg 1999), die de lege ferenda eine gesetzliche Erfassung der Haftung aus Gefälligkeit vorschlägt, die aus der bestehenden Sonderverbindung und den daraus resultierenden Schutzpflichten abgeleitet wird. Dieses Resultat hat das Bundesgericht nun aus dem Fundamentalsatz geschöpft, wonach derjenige das Risiko tragen muss, in dessen Interesse die gefährliche Tätigkeit erfolgt, der hinter den Gefährdungshaftungen steht.

Mars macht mobil, aber nicht Schadenersatzpflichtig

Auch wenn dem Schlagwort der Amerikanisierung des Haftpflichtrechts mit Vorsicht zu begegnen ist, zeigen sich zumindest in Deutschland Spuren einer solchen Entwicklung. Dort ist vor kurzem das erste Urteil ergangen, in dem ein herzkranker **Raucher** von einem Tabakkonzern **Schadenersatz und Schmerzensgeld** für Gesundheitsschäden verlangt hat. Das Landesgericht Arnberg hat in einem (zur Zeit der Drucklegung noch nicht rechtskräftigen) Urteil vom 14.11.03 den Anspruch mit der Begründung abgelehnt, dass jeder wisse, dass Rauchen zu schweren Gesundheitsschäden führen könne. In den USA, wo die Klagen erfolgreich waren, streitet man sich derweil über die Höhe der punitive damages, die zum Schadenersatz (compensatory damages) z.T. in einem Verhältnis von 600:1 stehen und ursprüngliche Summen bis gegen USD 80 Mio. erreicht haben (PHi 2003, 238 f.; dazu auch CLAUDIO PARIZZI, Klagen aus Tabakschäden, HAVE 2003, 180 ff.; CHRISTIAN THIELE, Die zivilrechtliche Haftung der Tabakindustrie, Tübingen 2003).

Keine Chance hatte in Deutschland auch die Klage gegen eine **Bierbrauerei** (Urteil des OLG Hamm 9 W 23/00 vom 14.2.2001) und chancenlos blieb auch ein Richter vor dem OLG Düsseldorf (Urteil 14 U 99/03 vom 20.12.02, VersR 2003, 912 ff.), der Schadenersatz für den **Konsum von Schokoriegeln** verlangte, die bei ihm eine Diabeteserkrankung und Zahnschäden hervorgerufen hätten. Er vertrat die Auffassung, dass die Produkte sowohl einen Konstruktions- (zu hoher Zuckergehalt und suchtauslösende Komponenten) wie auch einen Instruktionsfehler (Warnhinweis) aufweisen. Zu diesem Entscheid KAI BISCHOFF, Warnpflichten des Produzenten – auch bei Schokoriegeln? VersR 2003, 958 ff. Wenn es nach der Agenda der US-Rechtsprechung geht, werden Übergewichtige demnächst auch hierzulande die Fastfoodketten ins Visier nehmen, nachzulesen bei SUSANNE AUGENHOFER, Fat teens und Big Macs – Eine Anmerkung zu Pelman v. McDonald's, HAVE 2003, 193 ff.

Erweiterung des Patchworks

Das Sammelsurium von speziellen Haftungstatbeständen ist mit einer weiteren Bestimmung angereichert worden. Art. 30 des BG über die **Gentechnik** im Aussenhumanbereich (SR 814.91), das am 1. Januar 2004 in Kraft getreten ist, sieht eine neue Kausalhaftung vor. Von der äusserst umfangreichen und umständlich redigierten Norm sei nur der erste Absatz zitiert: *«Wer als bewilligungs- oder meldepflichtige Person mit gentechnisch veränderten Organismen im geschlossenen System umgeht, solche Organismen im Versuch freisetzt oder sie unerlaubt in Verkehr bringt, haftet für Schäden, die bei diesem Umgang wegen der Veränderung des genetischen Materials entstehen.»*

Als Vorwirkungen des Vorentwurfs zu einer Vereinheitlichung und Revision des Haftpflichtrechts dürfen die Art. 32 und 33 GTG gesehen werden. Sie verlängern die relative Verjährung im Genbereich auf drei Jahre, die absolute gar auf 30 Jahre. Ausdrücklich festgehalten wird zudem, dass für den Nachweis des Kausalzusammenhangs eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt, was allerdings bereits nach der heutigen Rechtsprechung gilt (wieder einmal bestätigt in BGE 128 III 276, vgl. dazu auch MARTIN KAUFMANN, Bewiesen? Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, AJP 2003, 1199 ff., insbes. 1202 f. und 1204).

Zur Lektüre sei die Dissertation von MARCEL BRÜLHART, Gentechnik und Haftpflichtrecht – Vom rechtlichen Umgang mit Unsicherheit, Bern 2003, empfohlen, der in den Schlussbemerkungen auf das hohe Evolutionstempo hinweist, das neuartige Probleme für die gesellschaftliche Entscheidungsfindung und die Rechtsentwicklung mit sich bringe, was aber nicht zu beunruhigen brauche: *«Versteht man rechtliche Systeme nicht als Selbstzweck, wird das ständige unbefangene Infragestellen auch bewährter rechtlicher Lösungen zur Selbstverständlichkeit. Bedauerlicherweise fehlt es bis heute an diesem Willen zur grundsätzlichen Infragestellung rechtlicher Institute, die im Rechtsbewusstsein zwar fest verankert sind, den sich rasant entwickelnden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen aber nicht mehr (vollumfänglich) zu genügen vermögen»* (a.a.O. 222).

Von Visionen zu Illusionen

Den Mut zu einer **Generalklausel für die Gefährdungshaftung**, wie sie der Vorentwurf für die Vereinheitlichung und Revision des Haftpflichtrechts vorschlägt (Art. 50 VE OR), hat man bislang jedenfalls noch nicht aufgebracht. Immerhin wurde am letztjährigen Juristentag (einmal mehr) eine Resolution verabschiedet und darin die Erwartungen an ein neues Haftpflichtrecht skizziert: *«Ziel dieses Gesetzeswerkes müsste es sein, die allgemeinen Bestimmungen (des Zivilgesetzbuchs sowie) von rund dreissig Spezialgesetzen zu vereinheitlichen und die Errungenschaften der Rechtsprechung zu kodifizieren. Das neue Recht würde so mithelfen,*

die Rechtssicherheit zu erhöhen und damit verbesserte Rahmenbedingungen für wirtschaftliche Aktivitäten wie auch für die Schadloshaltung der verletzten Personen zu schaffen.» Das tönt nicht gerade nach Visionen und nachdem sich der Juristentag bereits vor 30 Jahren zu einer dringlichen Revision bekannt hat, darf man sich wohl auch keine allzu grossen Illusionen machen.

II. Schadenszurechnung

Vom Schein der Leichtigkeit und der Grenze der Harmlosigkeit

Nach dem Eidgenössischen Versicherungsgericht (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgericht U 193/01 vom 24. Juni 2003, auszugsweise in plädoyer 6/2003, 73 ff.) kann die Adäquanz bei Schadenfällen nach einem Schleudertrauma selbst bei einem **Unfall** bejaht werden, **der als leicht zu taxieren** ist. So hat es in einem Fall entschieden, in dem das verkehrstechnische Gutachten eine kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung (Δv) von 3 – 7,2 km/h auswies. Zunächst stellte das Gericht fest, dass die auf den übereinstimmenden Arztberichten bejahte **natürliche Kausalität** nicht durch das im unfallanalytischen Gutachten festgestellte Bagatellereignis erschüttert werden könne: *«Eine unfalltechnische oder biomechanische Analyse vermag allenfalls gewichtige Anhaltspunkte zur – einzig mit Blick auf die Adäquanzprüfung relevanten (...) – Schwere des Unfallereignisses zu liefern; sie bildet jedoch in keinem Fall eine hinreichende Grundlage für die Kausalitätsbeurteilung (...). Wird (...) eine unfallkausale HWS-Verletzung aus technischer oder biomechanischer Sicht klar ausgeschlossen, spricht dies mithin nicht gegen die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs».*

Es war schon bislang schwer nachvollziehbar, dass physikalische und medizinische Beurteilungen, wie sie in solchen Gutachten vorgenommen werden, bei der **Adäquanz** einfließen. Jedenfalls machen sie – wenn überhaupt – mehr Sinn auf der Ebene der natürlichen Kausalität, als bei einer wertenden, rechtspolitischen Betrachtung, wie sie bei der Adäquanz anzustellen ist. Nun aber hat das EVG die Relevanz auch für die Adäquanzbeurteilung verneint: *«Im vorliegenden Fall kann letztlich offen bleiben, ob die Auffahrkollision (...) den leichten oder aber den mittelschweren, im Grenzbereich zu den leichten liegenden Unfällen zuzuordnen ist. Denn auch bei einem als leicht zu qualifizierenden Unfall ist der adäquate Kausalzusammenhang – als Ausnahme zur Regel – dann zu prüfen, wenn er unmittelbare Unfallfolgen zeitigt, die sich nicht offensichtlich als unfallunabhängig erweisen (z.B. Komplikationen durch die besondere Art der erlittenen Verletzung, verzögerter Heilungsverlauf, lang dauernde Arbeitsunfähigkeit); dabei sind die Kriterien, die für Unfälle im mittleren Bereich gelten heranzuziehen».*

Die Bejahung der Adäquanz kann bei einem leichten Unfall als «Ausnahme zur Regel» bejaht werden, wenn die Zusatzkriterien erfüllt seien, die bei mittelschweren Unfällen herangezogen werden. Im Ergebnis führt der Entscheid dazu, dass nicht mehr zwischen leichten und mittleren Unfällen zu unterscheiden ist. Es gibt denn auch keinen vernünftigen Grund, leichte Unfälle aus dem Schutzbereich der obligatorischen Unfallversicherung auszuklammern, sofern kausale Unfallfolgen nachgewiesen sind. Die Rechtsprechung krankt aber nach wie vor an der **Vermischung von Beweis- und Adäquanzfragen**, was zunehmend in der Literatur ja auch kritisiert wird.

Auch in **Deutschland** hat sich der BGH mit der Frage befasst (Urteil vom 28.1.2003, VI ZR 139/02; VersR 2003, 474 ff. mit Anmerkungen von LOTHAR JAEGER), ob sich bei HWS-Bagatellunfällen die Zurechnung verneinen lasse. Er hat dabei eine starre Grenzziehung abgelehnt, wie sie verschiedentlich, allerdings in Deutschland klar unter dem Kausalaspekt, gefordert wird: *«Bei der Prüfung, ob ein Unfall eine Halswirbelsäulenverletzung verursacht hat, sind stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (...). Die von der Revision herangezogene Auffassung, wonach bei Heckunfällen mit einer bestimmten, im Niedriggeschwindigkeitsbereich liegenden kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung, die im Bereich zwischen 4 und 10 km/h anzusetzen sei («Harmlosigkeitsgrenze»), eine Verletzung der Halswirbelsäule generell auszuschliessen sei, (...), stösst in Rechtsprechung und Schrifttum zunehmend auf Kritik (...). Gegen die schematische Annahme einer solchen «Harmlosigkeitsgrenze» spricht auch, dass die Beantwortung der Kausalitätsfrage nicht allein von der kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung, sondern daneben von einer Reihe anderer Faktoren abhängt, wobei u.a. auch der Sitzposition des betreffenden Fahrzeuginsassen Bedeutung beizumessen sein kann».*

Das Ringen um angemessene Lösungen schlägt sich auch in der jüngsten haftpflicht- und versicherungsrechtlichen **Literatur** nieder, wo das Thema einen absoluten Spitzenplatz einnimmt: BEATRICE BREITENMOSE, IV quo vadis? Die Kausalitätsprobleme der IV, CHSS 2002, 361 ff.; ULRIKE HOFFMANN-RICHTER, Zur natürlichen Kausalität psychischer Unfallfolgen aus psychiatrischer Sicht, SZS 2003, 2 ff.; PETER JÄGER, Darstellung und Kritik der neueren Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum adäquaten Kausalzusammenhang beim Schleudertrauma der Halswirbelsäule, HAVE 2003, 291 ff.; BETTINA KAHIL-WOLFF, Distorsion de la colonne cervicale ou «coup du lapin» – son appréciation en droit des assurances sociales, Journées du droit de la circulation routière 2002, Fribourg 2002; ERNST A. KRAMER, Schleudertrauma: Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in: MURER/NIEDERER/RADANOV/RUMO-JUNGO/STURZENEGGER/WALZ (Hrsg.), Das so genannte «Schleudertrauma». Medizinische, biomechanische und rechtliche Aspekte der Distorsionen der Halswirbelsäule, Bern 2002, 73 ff.; THOMAS LOCHER, HWS-Distorsion (Schleudertrauma) -

Einführung in die Rechtslage nach schweizerischem Recht, in: MURER/NIEDERER/RADANOV/RUMO-JUNGO/STURZENEGGER/WALZ (Hrsg.), Das so genannte «Schleudertrauma». Medizinische, biomechanische und rechtliche Aspekte der Distorsionen der Halswirbelsäule, Bern 2002, 29 ff.; ERWIN MURER, Systembedingte Hindernisse auf dem Weg zur Entscheidungsfindung in Fällen unklarer Kausalität zwischen Gesundheitsschaden und Invalidität in der IV, SZS 2002, 399 ff.; DERSELBE., Distorsionstrauma-HWS ohne sichtbare Folgen: konstruktive Ansätze statt Schleuderkurs, in: Strassenverkehrsrechts-Tagung 2002, Freiburg 2002; DERSELBE., Die Rechtsprechung zum so genannten «Schleudertrauma»: Eine Nachfrage, SZS 2003, 365 ff.; JÜRGEN SENN, Harmlosigkeitsgrenzen bei Unfällen mit HWS-/Hirnverletzung? AJP 2002, 274 ff.; MAX SIDLER, Betrachtungen nach einer Dekade der besonderen Adäquanzprüfung bei sog. Schleudertraumen, AJP 2002, 791 ff.; *Deutschland*: ULRICH STAAB, Psychisch vermittelte und überlagerte Schäden – Zugleich Besprechung des HWS-Urteils des BGH vom 28.1.2003 (VI ZR 139/02), VersR 2003, 1216 ff.; KLAUS-DIETER THOMANN/MICHAEL RAUSCHMANN, Von der «railway spine» zum Schleudertrauma – Geschichte und aktuelle Bedeutung seelischer Störungen nach entschädigungspflichtigen Ereignissen, ZVersWiss 2003, 533 ff.; MARTIN NOTHOFF, HWS-Verletzungen im Fall geringer Geschwindigkeiten, VersR 2003, 1499 ff.; GERDA MÜLLER, Der HWS-Schaden – Bestandsaufnahme und Perspektiven, VersR 2003, 137 ff.

III. Schaden und seine Berechnung

In den vergangenen zwei Jahren sind zu diesem Thema zwei leading cases ergangen: BGE 129 III 135 i.S. Bui (auf deutsch in Pra 2003 Nr. 69) und Pra 2002 Nr. 212 (Urteil des Bundesgerichts 4C.276/2001 vom 26. März 2002 i.S. Kramis). Der erstere ist besprochen u.a. in HAVE 2003, 50 ff. und 326 ff., der letztere in AJP 2002, 841 sowie HAVE 2002, 276 ff. und 2003, 123 ff. In diesen Entscheiden sind einige Fragen geklärt worden, doch hat die Komplexität der Schadensberechnung dadurch nicht abgenommen.

A. Erwerbsschaden

Sicher ist nur die Veränderung

Der **bisherige Schaden** bis zum Urteil- oder Rechnungstag ist möglichst konkret zu berechnen, wobei aber vermehrt auch Vergleichszahlen und statistische Daten beigezogen werden.

Dem BGE 129 III 135 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein 32-jähriger Vietnameser verunfallt schwer. Am Rechnungstag ist er 45 Jahre alt. Für diese Zeitperiode von 13 Jahren wird eine durchschnittliche Lohnentwicklung von jährlich 4% angenommen.

Beim **zukünftigen Erwerbsschaden** ist von der wahrscheinlichen **Reallohnentwicklung** auszugehen, wobei aber in casu keine weitere Lohnentwicklung angenommen wird, u.a. weil der bisherige Schaden bereits grosszügig berechnet worden ist und der Geschädigte im Urteilszeitpunkt schon 45 Jahre alt war.

Auch wenn die AHV-Einkommensstatistik zeigt, dass die Reallöhne etwa ab Alter 50 abnehmen (SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Zürich 2001, N 4.4 ff.), so wird die Lohnentwicklung zusätzlich zur Teuerung auch vom allgemeinen Produktions- und Wirtschaftswachstum sowie von **individuellen Faktoren**, wie etwa der beruflichen Erfahrung beeinflusst. Dabei zeigen die Erfahrungswerte der langjährigen AHV-Einkommensstatistik, dass im Sinne einer Normhypothese wohl mindestens von einer 1%igen Lohnsteigerung auszugehen ist. Bei Jüngeren liegt diese wesentlich höher, bei Älteren dagegen tendenziell tiefer (vgl. hiezu auch FERNAND CERF, Perte de gain future, HAVE 2003, 188 ff.).

Wählt der Geschädigte statt einer Kapitalabfindung die **Rentenform**, so ist nicht nur die künftige Reallohnentwicklung zu beachten, sondern die Schadenersatzrente an den Nominallohnindex zu knüpfen, d.h. die Teuerung mitzuberechnen (Pra 2002 Nr. 212 E. 8).

Ende der Quadranti-Ära

Der Erwerbsschaden ist nicht mehr auf der Basis des Bruttolohnes inklusive der rentenbildenden Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherer, sondern ab BGE 129 III 142 ff. während der aktiven Phase auf der Grundlage des **Nettolohnes** zu berechnen. Damit kann eine Überentschädigung vermieden werden. Die Kompensation erfolgt über den Ersatz des künftigen Rentenausfalls im AHV-Alter.

Die konkrete Berechnung des Nettolohns, Jahr für Jahr für den bisherigen Schaden, ist rechnerisch anspruchsvoll, weshalb sich durchschnittliche Annahmen aufdrängen. Dies gilt auch für den künftigen Schaden, wenn die BVG-Beiträge mit dem Alter ändern. Die Software LEONARDO erleichtert die Berechnung dank den Hilfsmasken wesentlich und reduziert die Fehlerhäufigkeit. In casu wurde u.a. nicht berücksichtigt, dass der Geschädigte, der seit dem Unfall zu 100% invalid ist, als Nichterwerbstätiger gemäss Art. 28 Abs. 1 AHVV auch AHV-IV und EO-Beiträge zahlen muss, welche die subtrahierten Beiträge zur Berechnung des Nettolohnes beinahe aufwiegen. Bei unfallbedingten Geschädigten, die kein Erwerbseinkommen mehr erzielen können, sind die mutmasslichen Sozialver-

sicherungsbeiträge folglich für die ganze angenommene Erwerbsphase wieder zu addieren, ansonsten sie unterentschädigt werden, was ebenso wie eine Überentschädigung zu vermeiden ist.

B. Rentenschaden

Prospektiv und pauschal

Das Bundesgericht bestätigt in BGE 129 III 135 einen früheren, in Pra 2002 Nr. 152 publizierten Entscheid, wonach der **Renten-Direktschaden** neu als Differenz zwischen den mutmasslichen Altersleistungen ohne Unfall und den tatsächlich zu erwartenden AHV-/UV- und/oder BVG-Leistungen zu berechnen ist. In BGE 129 III 150 wurde angenommen, dass die Altersleistungen 65% vom mutmasslichen Einkommen bei Erreichen des AHV-Alters betragen würden, d.h. 65% von CHF 94'296.– = CHF 61'292.–. Hievon werden die IV-, UV- und die BV-Leistungen von gesamthaft CHF 60'965.– subtrahiert, was einen jährlichen Renten-Direktschaden von CHF 327.– ergibt, wobei vernachlässigt wurde, dass mit der Einstellung der Kinderrente die UV-Komplementärrente angepasst wird. Der jährliche Renten-Direktschaden wird alsdann neu als bis zum AHV-Alter aufgeschobene Mortalitätsrente kapitalisiert.

Zum Rentenschaden schwillt die **Literatur** weiter an: PETER BECK, Empfehlungen zum Rentenschaden, HAVE 2002, 139 ff.; DERSELBE, Der Regress beim Rentenschaden, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2003, St. Gallen, 69 ff. und BRUNO SCHATZMANN, Rentenschaden im Invaliditätsfall: Stand der Diskussion, HAVE 2002, 253 ff., 342 ff. Unterstützung verdient die Tendenz, den Rentenschaden, der überwiegend für die Regresswertberechnung relevant ist, pauschalisiert zu bestimmen und von umfangreichen Vorsorgeberechnungen abzusehen, die ja ein Stück weit ebenfalls Spekulation bleiben.

C. Perte d'une chance

Unter diesem Titel sind zwei Urteile erwähnenswert:

- Als **Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens**: Eine 26-jährige Frau verunfallt, erleidet aber nach einer kürzeren Heilbehandlung keine Erwerbseinbusse mehr. Dennoch nimmt das Bundesgericht eine künftige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens an (vgl. hierzu auch ADRIAN RUFENER, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2003, St. Gallen, 25 ff.). Für die Quantifizierung wird vom ärztlich attestierten **medizinisch-theoretischen Invaliditätsgrad** von 15% ausgegangen und zusätzlich die Prognose berücksichtigt, dass sich diese Be-

einträchtigung im Laufe der Zeit auf 25% erhöhen könnte, weshalb die jährliche Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens auf 8% des Lohnes festgesetzt wird (Urteil des Bundesgerichts 4C.108/2003 vom 1. Juli 2003).

- Bei einem **mutmasslichen (Wieder)-Einstieg ins Berufsleben**: Stehen keine Vergleichslöhne zur Verfügung, so sind wir auf statistische Erhebungen angewiesen. Dies ist etwa der Fall, wenn Kinder oder Jugendliche verunfallen. Ähnlich nimmt das Handelsgericht des Kantons Zürich für eine am Rechnungstag 54-jährige Frau an, dass sie den Wiedereinstieg geschafft hätte, obwohl sie 16 Jahre vor dem Unfall keine Berufstätigkeit mehr ausgeübt hat. Für die Lohnentwicklung bis zum Urteilstag stellt das Gericht auf die Erhebungen des Bundesamtes für Statistik ab (vgl. ZR 2003 Nr. 36, besprochen von VOLKER PRIBNOW in HAVE 2003, 317 ff.).

Einen umfassenden Überblick zu diesem Themenkreis gibt CHRISTOPH MÜLLER, *La perte d'une chance. Etude comparative en vue de l'indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Thèse Neuchâtel 2002; in Deutschland ist dazu ebenfalls ein Werk erschienen: HELGE GROSSRICHTER, *Hypothetischer Geschehensverlauf und Schadensfeststellung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung vor dem Hintergrund der perte d'une chance*, München 2001.

D. Haushaltschaden

Mangels kongruenten UV- und oft auch IV-Leistungen kommt dem Haushaltschaden bei der Schadensberechnung besondere Bedeutung zu, was sich auch am wachsenden Interesse in der **Lehre** niederschlägt: z.B. PRIBNOW/WIDMER/SOUSA-POZA/GEISER, *Die Bestimmung des Haushaltsschadens auf der Basis der SAKE*, HAVE 2002, 24 ff.; PRIBNOW/WIDMER/SOUSA-POZA, *Aktualisierte Stundenansätze für den Haushaltschaden*, HAVE 2002, 235; ROLF WIDMER/ALFONSO SOUSA-POZA, *Haushaltschaden und SAKE: neue Entwicklungen*, HAVE 2003, 173 f.; PETER GOMM, *Haushaltschaden in der Opferhilfe (BGE 8.12.2000)*, HAVE 2002, 49 ff.; RIA WIGGENHAUSER-BAUMANN, *Fachstelle für monetäre Haushaltbewertung. Der Haushaltschaden im Haftpflichtfall*, Ossingen 2002.

SAKE-Daten sind gesetzt

«Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE; franz: ESPA), die periodisch vom Bundesamt für Statistik durchgeführt wird, bietet eine geeignete Grundlage zur Bestimmung des durchschnittlichen tatsächlichen Aufwands der schweizerischen Bevölkerung für den Haushalt und zur Festsetzung der in jedem individuellen Fall gewidmeten Zeit unter Berücksichtigung der zeitlichen Dynamik der Haushaltarbeit» (Pra 2003 Nr. 69, 360).

Damit spricht sich das Bundesgericht für eine **abstrakte Schätzung auf Grund statistischer Erfahrungswerte** aus und gegen die bisher oft fragwürdige Versuchung, den konkreten Aufwand im Einzelfall festzulegen, was spätestens für die Bestimmung der künftigen Schadenentwicklung misslingen muss.

Brutto-brutto x 52

Massgebend ist der ortsübliche Marktwert, der für eine Ersatzkraft zu bezahlen ist (Pra 2002 Nr. 212). Für die Bestimmung des Haushaltschadens (wie auch für den Pflegeschaden) ist somit vom Bruttoloohn zuzüglich **Arbeitgeberbeiträge** an die Sozialversicherung, inklusive **Ferien und dreizehntem Monatslohn** auszugehen (ausführlicher HAVE 2002, 276 ff.).

Und sie steigen doch

Im eben genannten Urteil gingen die Vorinstanz und das Bundesgericht für den bis Ende August 2017 angenommenen Haushaltschaden von einem Stundenansatz von CHF 27.- aus und trug dabei erklärermassen den Lohnnebenkosten und der **Reallohnentwicklung** Rechnung. Damit wird zwar anerkannt, dass die künftige Entwicklung des Lohnes, der einer Ersatzkraft zu entrichten sein wird, zu berücksichtigen sei, in der Berechnung dann aber doch vernachlässigt wurde. Denn bisher sind die Löhne, die einer Haushalthilfe zu bezahlen sind, stetig angestiegen: In den letzten 20 Jahren haben sie sich beinahe verdoppelt. Warum das für die kommenden 15 Jahre – die Klägerin wird, so wird angenommen, bis ins Jahr 2017 von ihrer Mutter betreut und muss anschliessend in einem Heim untergebracht werden – anders sein soll, müsste u.E. diejenige Partei nachweisen, die behauptet, in Zukunft würden die Löhne von Ersatzkräften entgegen aller bisherigen Erfahrungen nicht mehr ansteigen. Der Grund für die Vernachlässigung der Kostenentwicklung dürfte wiederum darin liegen, dass die Kapitalisierung einer steigenden Rente ohne Computerprogramm nach Möglichkeit vermieden wird.

E. Betreuungs- und Pflegeschaden

Wahlfreiheit bestimmt den Tarif

Einlässlich zu diesem Schadensposten, der an Konturen gewinnt, HARDY LANDOLT, *Pflegerecht*, Bd. II, Bern 2002, 411 ff.; DERSELBE, *Der Pflegeschaden, Personen-Schaden-Forum* 2003, 67 ff.; ferner DANIEL N. KAUFMANN, *Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht*, HAVE 2003, 123 ff.

Die Betreuungsleistung wird, analog zum Haushaltschaden, am **Marktwert** bemessen, auch wenn sie «freiwillig» und unentgeltlich z.B. von der Mutter der Geschädigten übernommen wird (Pra 2002 Nr. 212). Ausschlaggebend ist, dass die geschädigte Person hinsichtlich der Pflegekosten so gestellt wird, dass sie frei wählen kann, wie sie die notwendige Pflege oder Betreuung organisieren will.

In diesem Entscheid wird der Ersatz für den Betreuungs- und Pflegeschaden erstmals in Form einer **lohnindexierten Rente** zugesprochen. Würde die Kapitalabfindung von der geschädigten Person vorgezogen, so müsste der realen Kostendynamik Rechnung getragen werden.

F. Versorgungsschaden

Egal wer zahlt

In BGE 129 II 49 stand die zwar seltene, aber nicht minder interessante Frage zur Entscheidung, ob auch der **Ausfall der Alimentenbevorschussung** als Versorgungsschaden zu ersetzen sei. In der Literatur hat nur ALFRED KELLER an diese Möglichkeit gedacht (Haftpflicht im Privatrecht, 2. A. Bern 1998, 80). Schadensrechtlich sei entscheidend, so das Bundesgericht, dass die Unterhaltsleistungen – von wem auch immer – erbracht wurden und auch in Zukunft ohne den Tod des Unterhaltspflichtigen weiterhin erbracht worden wären. Ob der Unterhaltspflichtige die Zahlungen selbst leistet oder an seiner Stelle das Gemeinwesen oder sonst jemand, sei irrelevant. Nur diese Sichtweise harmonisiere mit dem Zweck von OR 45 III, der die Beibehaltung der bisherigen Lebensführung der Hinterbliebenen garantieren soll. Das Resultat führte dazu, dass der Wegfall der staatlichen Fürsorgeleistungen wiederum durch staatliche Leistungen kompensiert wurde. Die Anspruchsberechtigung erfolgte nämlich unter der Optik des Opferhilferechts, dem ein haftpflichtrechtliches Schadensverständnis zugrunde liegt. Der Entscheid wird besprochen von KATHRIN HÄSSIG in HAVE 2003, 237 ff.

Schlechte Noten für die Quoten

VOLKER PRIBNOW und MARKUS SCHMID werfen in HAVE 2003, 70 ff. die Frage auf, ob die tabellierte **Versorgungsquoten** (SCHAEZTLE/WEBER, Kapitalisieren, N 4.123 ff.) auch auf den **Haushaltschaden** übertragbar sind. Das ist wohl zu verneinen, Alternativen müssen aber erst gefunden werden. Sie gehen zudem davon aus, dass die Versorgungsquoten angesichts der **Fixkosten** wesentlich höher angesetzt werden müssten. Diese Feststellungen sollten noch etwas untermauert werden. Zweckdienliche Hinweise auf die Unterhaltssituation können auch hier statistische Erhebungen liefern. Das Bundesamt für Statistik führt regelmässig Einkommens-

und Verbrauchserhebungen (EVE) durch, die Aufschluss über die Einkommen und Konsumausgaben der Haushalte geben und auch nach Haushaltgrösse differenzieren.

Die beiden Autoren sprechen sich zudem gegen eine **Gesamtversorgungsquote** aus, die aus Praktikabilitätsgründen zwar verlockend wäre, aber mit den soeben erörterten Differenzierungen bei den Versorgungsquoten, mit der Kapitalisierung und letztlich mit dem Kongruenzerfordernis bei der Koordination mit Sozialversicherungsleistungen kollidiert. Weniger Bedenken hatte das Bundesgericht, das im Urteil 5C.7/2001 vom 20. Juli 2001 die Gesamtrechnung der Vorinstanz absegnet, die das Erwerbseinkommen beider Ehepartner sowie den Wert der geleisteten Haushaltarbeit kumuliert und basierend darauf die Versorgungsquoten bestimmt hat.

Empfohlene Zweiphasigkeit

Beim Invaliditätsschaden wird der aufgelaufene, bisherige Schaden bis zum **Rechnungstag** aufaddiert und verzinst, ab Rechnungstag kapitalisiert und diskontiert. Der Versorgungsschaden wird demgegenüber auf den **Zeitpunkt des Todestages** berechnet. Die damit vorgenommene Abzinsung des bisherigen Schadens hat rechnerische Ungereimtheiten zur Folge, die massiv zu Buche schlagen können. Aus diesem Grunde wird in der Lehre ein Korrekturzins gefordert (DINGER/SCHLUEP, ZBJV 1995, 503 ff., dazu auch nachstehend Ziff. VI/A). Nun haben BSV, SVV und Suva eine Empfehlung erlassen, in der sie sich für die zweiphasige Berechnung des Versorgungsschadens aussprechen (HAVE 2003, 355). Ein begrüssenswerter Schritt, der eine weitere Kontroverse eliminiert. Es bleibt zu hoffen, dass sich auch die Gerichte dieser Auffassung anschliessen, die u.a. auch klarstellt, dass Ereignisse nach dem Tod berücksichtigt werden können, was der Devise «so konkret wie möglich und so abstrakt wie nötig» entspricht.

IV. Schadenersatz und seine Bemessung

Richterliche Lebenserfahrungen und Verwechslungen

Das Bundesgericht hatte sich erneut mit der Frage zu befassen, inwieweit eine gesundheitliche Vorschädigung, eine sog. **konstitutionelle Prädisposition**, eine Kürzung der Schadenersatzleistungen rechtfertigt. Im Urteil 4C.416/1999 vom 22. Februar 2000 (Pra 2000 Nr. 154) wurde diese Kürzungsmöglichkeit im Rahmen von OR 44 I stark eingeschränkt (vgl. WEBER/SCHAETZLE, Entwicklungen 123 ff.). Auslöser für den neuen Entscheid (Urteil 4C.215/2001 des Bundesgerichts vom

15. Januar 2002, Pra 2002 Nr. 151) war ein auf die Strasse springender Hund, der den Lenker eines Motorrades zu Fall brachte. Die Vorinstanz hat die Ersatzpflicht des Beklagten gestützt auf Art. 44 Abs. 1 OR um einen Viertel herabgesetzt mit der Begründung, die Arbeitsunfähigkeit des Klägers sei nicht nur auf den Unfall zurückzuführen, sondern zum Teil durch das vorbestehende Rückenleiden bedingt.

Das Bundesgericht erinnert an die zu unterscheidenden Konstellationen, je nachdem, ob sich das Leiden mit oder ohne Unfall ausgewirkt hätte. Bei den daran knüpfenden Rechtsfolgen unterläuft ihm dann aber ganz offensichtlich eine Verwechslung, wenn es ausführt, dass unfallunabhängige Folgen im Rahmen von OR 44 I Rechnung getragen werden können, bei den übrigen Konstellationen dagegen der Schädiger voll verantwortlich bleibe. Grundsätzlich sind unfallunabhängige Folgen von der Schadensberechnung auszuklammern, all jene Folgen aber, die unfallbedingt sind, werden selbst dann zugerechnet, wenn sie durch einen Vorzustand verschlimmert oder erst entstanden sind.

Man staunt in diesem Entscheid über den medizinischen Sachverstand der Richter, die ohne Zögern diagnostizieren, dass die Scheuermann'sche Krankheit so oder anders zu einer Erwerbsunfähigkeit führen werde, auch wenn dies ärztlich nicht attestiert wurde. Nicht ganz unproblematisch sind aber auch die Ausführungen zum **richterlichen Ermessen**, die auf OR 44 gemünzt sind. Es handelte sich nicht um einen Anwendungsfall der Schadenersatzbemessung, sondern um einen Fall von überholender Kausalität, der bei der Schadensberechnung einzuordnen ist. Das Ermessen in OR 44 I und OR 42 II, der für die Schadensberechnung zum Zuge käme, sind aber nicht identisch. Auch wenn für die Schadensschätzung im Rahmen von OR 42 II dem Richter ein Ermessen zusteht, findet dieses nicht in der gleichen Bandbreite statt, wie die Schadenersatzbemessung im Rahmen von OR 43 und 44.

Mit den beiden Entscheiden zur konstitutionellen Prädisposition hat sich SABINE PORCHET (Die konstitutionelle Prädisposition – hat das Urteil 4C.416/1999 des Bundesgerichts vom 22. Februar 2000 etwas geändert? HAVE 2002, 382 ff.) befasst. Sie kommt zum Schluss, dass die beiden neuen Konstitutions-Urteile nichts an der bisherigen Praxis geändert haben. Es sei im Übrigen nicht möglich, für die Reduktionsfälle eine allgemeine Regel aufzustellen, da es sich um einen Billigkeitsentscheid handle, der fallbezogen sei. Zu einem anderen Schluss gelangt dagegen STEFAN A. DETTWILER (Bestätigung der Rechtsprechung zur konstitutionellen Prädisposition, HAVE 2002, 302 ff.), der in der bundesgerichtlichen Praxis ebenfalls ein «**Kürzungsverbot**» erblickt.

Quoteln oder Kompensieren?

Geradezu lehrbuchartig hat das Bundesgericht in BGE 129 III 65 (Pra 2003 Nr. 121) eine Schadensaufteilung zwischen einem **Werkentümer und dem Halter eines Fahrzeugs** vorgenommen. Letzteres kam auf einer vereisten Strasse ins Rutschen und kollidierte in der Folge mit einem Baum. Im Stile des Kuchenprinzips, gehobener **sektorielle Verteilung** genannt, hat das Bundesgericht die Umstände i.S.v. OR 44 I gewichtet. Der Fehler des Strassenarbeiters wurde als durch den Werkmangel in OR 58 konsumiert betrachtet, beim Kläger dagegen sein Verschulden und die Betriebsgefahr zur Anrechnung gebracht (nicht in die Waagschale gelegt!). In einem filigranen Wertungsprozess, in dem eruiert wurde, in welchem Mass die den Parteien zuzurechnenden Umstände den Schaden bewirkt haben, reduzierte das Bundesgericht den Anspruch des Halters um weitere 20%, da die Vorinstanz die Betriebsgefahr nicht berücksichtigt hatte. Deren Einbezug führte zu einer 5-%igen Reduktion des Verschuldensanteils, der letztlich mit 35% in die Kalkulation eingesetzt wurde. Die Betriebsgefahr wurde mit 25% gewichtet, sodass vom Kanton als Strasseneigentümer noch 40% des Schadens übernommen werden musste.

Überzeugend hat URBAN VINZENZ HULLIGER – wie schon andere Autoren vor ihm – in seiner Dissertation «Die Haftungsverhältnisse nach Art. 60 und 61 SVG» (Freiburg 2003) nachgewiesen, dass die sektorielle Verteilung auch bei der Haftungskollision und der internen Aufteilung unter Haltern zur Anwendung kommen muss, dies, obwohl der Wortlaut von **SVG 60 II und SVG 61 I** und der historische Wille des Gesetzgebers eher für die Kompensation der Betriebsgefahren sprechen (a.a.O. 106 ff., 128 ff.). Es gibt keinerlei Gründe bei diesen Konstellationen anders zu verfahren, als im soeben wiedergegebenen Entscheid. Das Schadenpotenzial hinter der Betriebsgefahr ist Anlass der SVG-Haftung und soll entsprechend auch bei der Schadenersatzbemessung und Regressaufteilung zum Zuge kommen.

V. Genugtuung und seine Bewältigung

Heute = gestern + Zins?

Viele Genugtuungsfragen beschäftigen die Gerichte unter der Optik des OHG, so auch in BGE 129 IV 149, in dem es um Ansprüche der Opfer von sexuellen Übergriffen ging und der sich mit **Zinsfragen** auseinandersetzt. Das Bundesgericht hat dabei die eigene Praxis, wonach zwischen Ansätzen im Verletzungszeitpunkt plus Zins und den Ansätzen im Urteilszeitpunkt gewählt werden kann, angesichts des grossen Ermessensspielraums als fragwürdig taxiert. Der Selbstkritik ist zuzu-

stimmen. Zwischen den aktuellen und den damaligen Tarifen kann kaum differenziert werden, da sprunghafte Entwicklungen selten sind und diese daher kaum abweichen. Die Entschädigungen verharren nach wie vor auf einem auch rechtsvergleichend eher bescheidenen Niveau. Das Urteil äussert sich primär zum Beginn des Fristenlaufs, der hier die Besonderheit aufwies, dass die schädigende Handlung nicht ein einmaliger, abgeschlossener Vorgang darstellte. In Anlehnung an die Grundsätze der Entschädigung materieller Schäden schlägt das Bundesgericht vor, bei mehreren Verletzungen über einen längeren Zeitraum einen mittleren Zeitpunkt für die gesamte Verletzung als massgebend anzusehen.

Mit dem Urteil hat sich auch PETRA DUCKSCH, (Genugtuung nach heutiger Wertung plus Zins? HAVE 2003, 149) beschäftigt. Sie wirft die Frage auf, ob die geschädigte Person durch die kumulative Zusprechung von Zins und heutigem Wert nicht überentschädigt werde, da der Zins ein Nominalzins sei und damit die **Teuerung** zweimal ausgleiche. Sie schlägt als Gegenmassnahme vor, die Genugtuung an einen Realzins zu binden. Der immaterielle Schaden entzieht sich wohl aber ein Stück weit einer solchen Differenzierung. Und zudem fragt sich, welche Funktion dem Schadenszins überhaupt zufällt. Ist es tatsächlich die vorenthaltene Nutzung des Kapitals, die ausgeglichen werden soll oder nicht vielmehr ein «Entbehrungszins», für den nicht die möglich Rendite, sondern der Zins für die Beschaffung des nötigen Kapitals massgebend wäre?

Absolute Gleichheit als erträglichste Ungerechtigkeit

Eine per se gerechte Lösung für die Quantifizierung der immateriellen Schäden gibt es nicht, denn hier hilft auch der Ausgleichsgedanke nicht weiter, so lange keine Übereinstimmung darin besteht, was mit wie viel Geld aufzuwiegen ist. Überzeugend ist die Tendenz, bei der Bemessung der Genugtuung stärker zu typisieren und schwer nachweisbare Vorgänge, wie die Intensität der Beziehung nicht zum Streitgegenstand zu erheben. So hat das Bundesgericht (Pra 2003 Nr. 122) beim Genugtuungsanspruch der **Geschwister** eines Getöteten entschieden und den von der Vorinstanz mangels Substanziierung der besonders intensiven Beziehung abgelehnten Anspruch gutgeheissen: «*Grundsätzlich muss der Umstand, dass die Geschwister mit dem Getöteten vor dem Ereignis im gleichen Haushalt gelebt haben, als Ausdruck einer näheren Verbundenheit für die Zusprechung einer Basisgenugtuung ausreichen, da es schwierig sein dürfte, die Intensität der Beziehungen zwischen noch kindlichen oder jugendlichen Geschwistern ausreichend herauszukristallisieren.*»

In die gleiche Kerbe schlägt auch MAX SIDLER mit dem Aufsatz «Die Bemessung der Genugtuung bei Todesfällen – ein Plädoyer für die Zusprechung von Regelenugtuungen» (recht 2003, 54 ff.). Für die Bemessung der Genugtuung sei nicht

so sehr auf die individuellen Verhältnisse abzustellen, sondern ein auf **objektiven Kriterien** beruhendes Entschädigungssystem anzuwenden. Für dieses Vorgehen, das sich auch bei Körperverletzungen empfiehlt, sprechen nicht nur die Beweisthemen, die damit fassbarer werden, sondern auch die wünschbare Vereinfachung der Schadenabwicklung. Es liesse sich so ein weiterer Konfliktpunkt entschärfen und eine offene Diskussion über die Höhe der Entschädigungen könnte an die Stelle des oft unwürdigen Pokers treten, in der die Genugtuung nur als Rundungsfaktor in der Schlussabrechnung figuriert. Der Genugtuungseffekt lässt sich nur wirklich erreichen, wenn das Geld unbürokratisch schnell fliesst und nicht erst, wenn alles Geschirr zerschlagen ist.

Auch im **Ausland** hat man sich Gedanken zum immateriellen Schaden gemacht: Etwas älter, aber profund, ist die Arbeit von ERNST KARNER, *Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung*, Wien/New York 1999; neueren Datums die Arbeiten von FRANZ BYDLINSKI, *Die «Umrechnung» immaterieller Schäden in Geld*, in: *Liber Amicorum Pierre Widmer*, hrsg. von HELMUT KOZIOL UND JAAP SPIER, Wien/New York 2003 und HELMUT KOZIOL, *Die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schäden*, in *Festschrift für Heinz Hausheer*, hrsg. von GEISER/KOLLER/REUSSER/WALTER/WIEGAND, Bern 2002, 597 ff.

VI. Form der Entschädigung

A. Kapitalabfindung

Rechnungstag ist Zahltag

Der **Rechnungstag** (im Prozessfall oft gleich Urteilstag) bildet die Zäsur zwischen dem vergangenen und zukünftigen Schaden. Der Erstere wird summiert, der künftige diskontiert. Es dauert oft sehr lange, bis ein **Invaliditätsfall** definitiv erledigt wird, beispielsweise 11 Jahre nach dem Unfall in BGE 123 III 115, 12 Jahre in ZR 2003 Nr. 36 und je 13 Jahre in den Entscheiden Bui und Kramis. In dieser Zeitspanne hat sich die Rechtsprechung wesentlich und kaum vorhersehbar geändert (allein in der Schadensberechnung z.B: Nettolohn statt Brutto-Brutto-Lohn, angemessenere Berücksichtigung der Einkommensentwicklung, Kapitalisierung des Rentenschadens als aufgeschobene Mortalitätsrente und des Haushaltsschadens als Aktivitätsrente, lebenslängliches Regressrecht der AHV-, UV- und BV-Versicherer, neue Kapitalisierungsfaktoren, neue Möglichkeit anstelle einer Kapitalabfindung eine indexierte Rente zu verlangen, etc.).

Für die Berechnung des bisherigen Schadens sind in verschiedener Hinsicht **Rundungen** unausweichlich, weil eine genauere Berechnung ohne Computerprogramm kaum durchführbar ist, z.B. für eine taggenaue Berechnung der Schadenszinsen. Diese fallen bei verschleppter Erledigung ins Gewicht, belaufen sie sich doch z.B. im Fall Bui auf über CHF 130'000.–.

In der **Praxis** wird beim Invaliditätsschaden oft ein Rechnungstag gewählt, der in der Vergangenheit liegt, beim Versorgungsschaden durchwegs. Dies benachteiligt die geschädigte Person, da der Schaden bis zu diesem Zeitpunkt diskontiert wird, obwohl sie den kapitalisierten Schadenersatz erst nach dem rechtskräftigen Urteil bzw. bei Auszahlung erhält. Zudem sollte bei der Kapitalisierung mit Wahrscheinlichkeiten nur für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit gerechnet werden. Im Zeitpunkt des Urteils steht fest, ob die geschädigte Person noch lebt, sodass die bisherige Sterbenswahrscheinlichkeit nicht zu berücksichtigen ist.

Die Dauer wird genauer

- **Erwerbs- und Rentenschaden:** Der Erwerbsschaden wird während der mutmasslichen Aktivphase seit BGE 123 III 115 in konstanter Praxis bis zu einem angenommenen Schlussalter als temporäre Aktivitätsrente kapitalisiert, in der Regel bis zum Erreichen des AHV-Alters. Einfacher und sachlich richtiger wäre es, auch für den Erwerbsschaden eine zeitlich bis auf diesen Zeitpunkt limitierte Mortalitätsrente anzunehmen, insbesondere seit der an den Erwerbsschaden anschliessende Rentenschaden als aufgeschobene Mortalitätsrente berechnet wird (BGE 129 III 151). Zur Begründung vgl. etwa SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Beispiel 1c.
- **Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens:** Im Urteil des Bundesgerichts 4C.102/2003 vom 1. Juli 2003 wird dieser Schadensposten, obwohl als «*affaiblissement de la lésée dans sa vie professionnelle et sur le marché du travail*» umschrieben, d.h. erwerbsspezifisch aufgefasst, als nicht-temporäre Aktivitätsrente kapitalisiert.
- **Haushaltschaden:** Praxisänderung im Fall Bui. «Die gegenwärtige Rechtsprechung ist zu ändern und festzustellen, dass der zukünftige Haushaltschaden von nun an ausschliesslich nach den Aktivitätstafeln zu kapitalisieren ist» (Pra 2003 Nr. 69, 364). Damit ist die bisherige Praxis, die auf den Mittelwert Aktivität/Mortalität abstellte, überholt, was die Kapitalisierung erleichtert.

Im Entscheid Kramis wird der Haushaltschaden auf das 70. Altersjahr der Mutter beschränkt, weil die geschädigte Person nachher in einem Heim untergebracht würde. Kritisch zu einer zeitlichen Limitierung: HAVE 2002, 279.

- **Betreuungs- und Pflegeschaden:** Wenn mit einer Gesundung nicht gerechnet werden kann, ist von einem lebenslänglichen Schaden auszugehen, d.h. eine nicht-temporäre Mortalitätsrente zu kapitalisieren. Angesichts der Kostenexplosion im Gesundheitswesen dürfte eine Abfindung in Form einer indexierten Rente jedoch nahe liegender und vorsichtiger sein, zumal der noch immer verwendete Kapitalisierungszinssatz von 3.5% die geschädigte Person zusätzlich benachteiligt. Deshalb beantragte die Geschädigte im Urteil des Bundesgerichts 4C.276/2001 vom 26. März 2002 eine nominallohn-indexierte Rente, die ihr bis an ihr Lebensende zugesprochen wurde, und zwar in zwei Phasen, zuerst CHF 61'740.– bis 2017 und danach CHF 71'136.– pro Jahr (Pra 2002 Nr. 212, 1133).

Formeln statt Tafeln

Obwohl die Vorinstanz die 4. Auflage der Barwerttafeln aus dem Jahr 1989 verwendete, übernimmt das Bundesgericht in seiner Entscheid vom 19. Dezember 2002 richtigerweise die **Kapitalisierungsfaktoren der neuen 5. Auflage** (BGE 129 III 148). Ebenso das Zürcher Handelsgericht in ZR 2002 Nr. 36, 172. Auch das Eidg. Versicherungsgericht in Luzern stellt auf die 5. Auflage ab (z.B. im Urteil I 353/02 vom 8. August 2002).

Die 5. Auflage der Barwerttafeln ist 2001 erschienen und basiert auf der aktuellen und extrapolierten **AHV-Sterbetafel VII^{bis}**. Diese wurde von den Bundesämtern für Sozialversicherung und für Statistik für die gesamte Bevölkerung in der Schweiz ermittelt und wird deshalb für die Berechnung von Personenschäden sowie für entsprechende Reservierungen der Haftpflichtversicherer und allfällige Sicherstellungen beigezogen. Die von den Lebensversicherern und Pensionskassen benutzten Rechnungsgrundlagen dagegen dienen der Berechnung von Deckungskapitalien und berücksichtigen ausgewählte Versichertengruppen und zum Teil Verwaltungskosten, weshalb sie sich auch für Regresswertberechnungen nicht eignen.

Im LEONARDO-Programm, Version 03 und im ebenfalls neu erschienenen Kapitalisator, sind nun die **Formeln** für die Barwertberechnungen implementiert. Dies hat zur Folge, dass die Faktoren – im Gegensatz zu den Barwerttafeln in Buchform – nicht mehr gerundet und insofern etwas genauer sind und vor allem nun alle Rentenvariationen kapitalisiert werden können (z.B. beliebiger Zinssatz, aufgeschobene und zugleich temporäre Renten, für gestaffelte Perioden, Renten auf das kürzere oder längere Leben, für gleichgeschlechtliche Versorgung, unterschiedliche Zahlungsweisen etc.).

Verlust an Rechtssicherheit oder Realitätsverlust

Seit dem Beretta-Entscheid vom 11. Mai 1999 (BGE 125 III 312) stellt das Bundesgericht bis heute auf den damals beibehaltenen **Kapitalisierungszinsfuss von 3.5%** ab, obwohl es sich dabei um eine Rechtsfrage handelt und die Kapitalerträge inzwischen drastisch gesunken sind.

Der seither eingetretene Vertrauensschwund beschäftigt auch die Wissenschaft zunehmend, weshalb die Frage nach dem korrekten Kapitalisierungszinsfuss zu zahlreichen Stellungnahmen führte. Für eine **Beibehaltung** des Kapitalisierungszinsfusses plädieren u.a.: GUY CHAPPUIS, Le taux de capitalisation en responsabilité civile ou les incertitudes de la prévisibilité économique face à la sécurité de droit, HAVE 2003, 158 ff. und WALTER FELLMANN/CLAUDIO BAZZANI, Kapitalisierungszinsfuss und Rechtssicherheit – ein Diskussionsbeitrag, HAVE 2003, 161 ff.; für eine **Senkung** sprechen sich aus: MAX SIDLER, Kapitalisierungszinsfuss 3.5%: Das Ende einer Illusion, HAVE 2002, 388 ff. und ders., Kapitalisierungszinsfuss und Rechtssicherheit – ein weiterer Diskussionsbeitrag, HAVE 2003, 361 ff.; PETER BECK, Senkung des Kapitalisierungszinsfusses angezeigt, HAVE 2002, 391 ff.; ATILAY ILERI, Kapitalisierungszinsfuss, HAVE 2002, 394; MAX BERGER, Einer für alle, alles mit einem? Die Höhe des Kapitalisierungszinsfusses in Haftpflichtfällen, SJZ 99 (2003) 323 ff.; ADRIAN RUFENER, Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2003, St. Gallen, 43 f.; MARC SCHAEZTLE, Von den Barwerttafeln zum capitalisator, plädoyer 6/2003, 19 ff. und in HAVE 2003, 166 ff.; JÜRGEN NEHLS, Kapitalisierungszinsfuss, Tagung «Kapitalisieren – Neue Mittel und Wege», 2003, <http://www.capitalisator.ch>.

Wir haben bereits in unserem Artikel «Von Einkommensstatistiken zum Kapitalisierungszinsfuss oder warum jüngere Geschädigte zu wenig Schadenersatz erhalten und ältere zu viel» in der **AJP 1997, 1105 ff.** Stellung bezogen und schon damals eine Senkung in Übereinstimmung mit der **ökonomischen Beurteilung** von AUCKENTHALER/ZIMMERMANN, «Reale Zinsen und Portefeuille-Renditen in der Schweiz – Im Hinblick auf den massgebenden Kapitalisierungszinsfuss» in AJP 1997, 1129 ff. vorgeschlagen. Der inzwischen ergangene Beretta-Entscheid hat unsere Ansicht aus folgenden Gründen noch verstärkt:

Der Kapitalisierungszinsfuss von 3.5% basiert auf der Annahme, dass die geschädigte Person auf dem Kapital, das sie im Voraus erhält, einen **Realertrag von 3.5%** erzielen kann. Eine solche Annahme ist aber nicht realistisch.

Die langfristige **Teuerung** beträgt mehr als 1%. Infolgedessen wird dem Kapitalempfänger ein Nominalertrag von über 4.5% Jahr für Jahr mit Zinseszins angerechnet.

Als 1946 der Kapitalisierungszinsfuss von 4% wiederum auf 3.5% gesenkt worden ist (BGE 72 II 134), wurde er als **Nominalzinssatz** verstanden. Ein halbes

Jahrhundert später wird er zum **Realzinssatz** uminterpretiert (BGE 125 III 312 E. 5). Dies stellt eine Praxisänderung dar, da der angenommene Realzins von 3.5% einem Nominalzins von rund 4.5% entspricht, d.h. faktisch wurde der Kapitalisierungszinsfuss im Jahr 1999 um einen Prozentpunkt erhöht. Das damals ausschlaggebende Argument der Rechtssicherheit hätte durch die Neuinterpretation im Grunde zu einer Senkung des Kapitalisierungszinsfusses im Umfang der mutmasslichen Teuerung führen sollen.

Dazu kommt, dass die **Lebensversicherer** und die **Pensionskassen** nach eigenen Aussagen trotz riesigen Portefeuilles nicht mehr in der Lage sind, einen langfristigen Nominalzins von 3% zu erzielen. Wie aber soll eine geschädigte Person das Kapital zu nominal 4.5% anlegen können, wenn die professionellen Vermögensverwalter sich ausserstande erklären müssen, einen Nominalzins von 3% zu erwirtschaften?

Aber selbst wenn davon ausgegangen würde, dass eine invalide oder versorgte Person, welche das Kapital für ihren Lebensunterhalt benötigt, das Geld ebenso gut investieren kann wie ein Lebensversicherer, so könnte sie folglich höchstens einen **Kapitalertrag von nominal 3% bzw. real 2%** erzielen.

Der Widerspruch, in den sich die Assekuranz verstrickt, ist offensichtlich, wenn sie behauptet, sie sei nicht in der Lage einen langfristigen Realertrag von mehr als 2% zu erwirtschaften, der geschädigten Person aber einen Realzins von 3.5% anrechnen lassen will.

Infolgedessen drängt sich eine erneute Praxisänderung auf, da der langfristige Realzins nur 2% beträgt (vgl. etwa CARL HELBLING, NZZ vom 19.12.2002, 29). Der nun jährlich anzupassende BVG-Minimalzinssatz, der für das laufende Jahr 2004 auf 2.25% (nominal, d.h. real unter 2%) gesenkt wurde, ist gemäss der Eidg. BVG-Kommission künftig an den Renditen der zehnjährigen Bundesobligationen auszurichten. Diese Laufzeiten nehmen Rücksicht auf die **Langfristigkeit** der Verpflichtungen im Pensionskassensystem, die auch im Haftpflichtrecht zu berücksichtigen ist und deren Nominalrendite seit Jahren zwischen 2% und 3% pendelt.

Der Grundsatz der **Rechtsgleichheit** gebietet, dass für die Geschädigten nicht schlechtere Richtlinien verwendet werden als für die Privatversicherer. Wenn letztere langfristig nur einen Realzins von 2% erzielen können, so darf von den Geschädigten wie auch von den Sozialversichern kein höherer Realzins verlangt werden. Infolgedessen ist die mit BGE 125 III 312 eingeleitete Praxisänderung – Kapitalisierungszinsfuss neu als Realzins verstanden – durch eine erneute Änderung der Rechtsprechung – Senkung des Kapitalisierungszinsfusses – zu vollenden, damit auch die angestrebte **Rechtssicherheit** wieder erreicht wird.

B. Entschädigung in Rentenform

Der Geschädigte hat die Wahl, Rente oder Kapital

Im Entscheid Kramis wird zum ersten Mal, seitdem der geschädigten Person das Wahlrecht zwischen **Rente und Kapital** zugestanden wird (BGE 125 III 320 f.), eine Rente für den Betreuungs- und Pflegeschaden zugesprochen.

- **Bindung an den Nominallohnindex:** «Die geschädigte Person soll mit einer indexierten Rente den Ausfall so ersetzt erhalten, wie sie ihn erleidet, und so lange, wie er dauert». Deshalb folgt das Bundesgericht der überwiegenden Lehrmeinung, «dass es wenig Sinn macht eine Rente, die spezifische, dem Geschädigten regelmässig anfallende Lohnkosten ersetzen soll, an einen allgemeinen Kostenindex zu binden, wenn ein spezieller Lohnindex zur Verfügung steht (Pra 2002 Nr. 212, 1132 f.).
- **Reservierung:** Die Reservierung von nominallohn-indexierten, lebenslänglich oder während mehrerer Jahrzehnte laufender Renten ist nicht einfach. Dennoch stellt das Bundesgericht fest: «*Das Rückstellungsproblem zu lösen obliegt den Haftpflichtigen bzw. deren Versicherern, denen man die Tragung der Unwägbarkeiten der wirtschaftlichen Entwicklung eher zumuten darf als den Geschädigten*» (Pra 2002 Nr. 212, 1133).
- **Sicherstellung:** Wird eine Rente zugesprochen oder vereinbart, hat gemäss Art. 43 Abs. 2 OR der Haftpflichtige Sicherstellung zu leisten. Mangels direktem Forderungsrecht muss dies z.B. für einen Arzt, der für einen Kunstfehler haftet oder für einen Anwalt, der einen Personenschaden falsch berechnet, gelten. Selbst die Insolvenz eines Haftpflichtversicherers ist nicht mehr auszuschliessen. Zur Sicherstellung von Haftpflicht-Versicherungsrenten und ihrer Berechnung, HAVE 2003, 155 ff.

Zur Rentenform ausführlich: MATTHIAS LEEMANN, Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 2002 sowie LUKAS DENGER/PETER GOMM, Haftpflichtrenten für Erwerbs- und Rentenschaden, HAVE 2002, 310 ff.

... oder ein Kombinat

Die Wahl zwischen Rentenform oder Kapitalabfindung steht der geschädigten Person zu. Sie kann die beiden Schadenersatzarten auch kombinieren, indem sie beispielsweise für den Haushaltschaden die Kapitalform und für den Betreuungsschaden die Rentenform vorzieht (so etwa im Entscheid Kramis, Pra 2002 Nr. 212 E. 7 f.) oder für den Erwerbsausfall kapitalisierten Ersatz und für die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens die lohnindexierte Rente wählt (so ein

Urteil des Kassationsgerichts St. Gallen vom 25.6.2003). Eine **Kombination der beiden Entschädigungsformen** kann für die geschädigte Person durchaus vorteilhaft sein, wenn sie nicht bereit ist, das Anlagerisiko allein zu tragen.

VII. Anwalts- und Prozesskosten

Überklagen kann nichts schaden

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat in einem Entscheid vom 23.05.03 (ZR 2003 Nr. 59) die **Kostenverteilung** durch das Handelsgericht geschützt, das der Klägerin trotz teilweisem Unterliegen – die Klägerin erhielt von den geforderten rund 6 Mio. nur rund 2.5 Mio. zugesprochen – eine volle Prozessentschädigung zugesprochen hat. Für seine Haltung berufen sich die Zürcher Richter auf das Bundesgericht (BGE 112 Ib 322 E. 7) und die Lehre, die angesichts der dem Haftpflichtrecht anhaftenden «Unschärfe» bei der Schadensschätzung ein gewisses Mass an Überklagen für systemimmanent hält. Ergänzend verweist das Kassationsgericht zudem auf den Vorentwurf zur Haftpflichtrevision, der in Art. 56g OR vorsieht, dass das Gericht die Gerichtskosten und die Parteientschädigung «nach Massgabe der Umstände (...), die Anlass zum Rechtsstreit gegeben haben» festsetzen kann und nicht an den Ausgang des Verfahrens gebunden ist.

Auch in der **Literatur** hat man sich mit der Kostenseite der Haftpflichtprozesse befasst. MAX BERGER (Der Geschädigte hat ein Recht auf Ersatz seiner Anwaltskosten – Die Anwaltskosten im Haftpflichtprozess unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Überklagens, HAVE 2003, 131 ff.) geht einmal mehr der Frage der Rechtsnatur der prozessualen und vorprozessualen **Anwaltskosten** nach, betrachtet diese zutreffend als Teil des Schadens, die damit nicht das Schicksal der prozessualen Kostenregelung teilen, plädiert ebenfalls für eine Toleranzgrenze beim Überklagen, schlägt auch die sozialversicherungsrechtlichen und strafprozessualen Aufwendungen dazu und fordert schliesslich, dass die Kostenverlegung aus Billigkeit nicht der Haftungsquote folgen soll.

Geschuldet oder freiwillig?

Die Deckung der Anwaltskosten durch einen Rechtsschutzversicherer ist Gegenstand der Ausführungen von DANIEL SIEGRIST (Die Deckung von aussergerichtlichen Anwaltskosten durch **Rechtsschutzversicherungen** in Haftpflichtfällen, HAVE 2003, 215 ff.). Crux ist hier der Deckungsausschluss für Kosten, zu deren Übernahme ein haftpflichtiger Dritter verpflichtet ist. Bezahlt der Rechtsschutzversicherer die Anwaltskosten, gerät er mit der Subrogationsnorm VVG 72 in

Konflikt und läuft Gefahr, dass der Anspruch verjährt ist oder die Regresskaskade die Durchsetzung des Anspruchs verhindert. Der Autor schlägt vor, die Akontozahlungen als freiwillige Vorschusszahlungen anzusehen, die aus eigenem Recht vollumfänglich vom Haftpflichtversicherer zurück verlangt werden können.

VIII. Privatversicherungsrecht

A. Anzeigepflichtverletzung

Gelegentlich ist nicht regelmässig oder wer ungenau fragt, muss die Antwort scheuen

Hinsichtlich der bei der Antragsstellung verwendeten Fragebogen hat das Bundesgericht im Urteil 5C.240/2001 vom 13. Dezember 2001 die Anforderungen präzisiert. Auf dem Prüfstand war die Frage: «Konsumieren Sie oder haben Sie regelmässig Alkohol oder Drogen konsumiert». Die unrichtige Beantwortung einer solchen Frage kann nach VVG 6 zum Verlust der Versicherungsdeckung führen und zwar unabhängig davon, ob der später eingetretene Schaden mit der Anzeigepflichtverletzung in einem Zusammenhang steht oder nicht. Das Bundesgericht hat eine Anzeigepflichtverletzung verneint, obwohl der Beklagte gelegentlich Cannabis konsumierte. Zwar dürfe der Versicherer davon ausgehen, dass der Antragsteller bei der Beantwortung der ihm gestellten Fragen mit der nötigen Sorgfalt verfare, die Genauigkeit der Antwort, die erwartet werden dürfe, hänge jedoch von der **Präzision der Fragen** ab. Angesichts des nur gelegentlichen Cannabiskonsums hat das Bundesgericht eine Verletzung der Anzeigepflichtverletzung verneint, denn das Wort «regelmässig» stehe nach gewöhnlichem Sprachgebrauch gerade im Gegensatz zu einem nur gelegentlichen Konsum.

Grund- und Wirkungslos

Mit der Anzeigepflicht beschäftigt sich das Bundesgericht auch im Urteil 5C.284/2002 vom 3. April 2003. Der Versicherer trat in dieser Entscheidung nach Einsicht in den ärztlichen Bericht über die Todesursache wegen Anzeigepflichtverletzung «vorsorglich» vom Vertrag zurück. Obwohl die Klägerin die Anzeigepflichtverletzung ihres verstorbenen Ehemannes anerkannte, betrachtet das Bundesgericht die Rücktrittserklärung als inhaltlich mangelhaft und daher ungültig. Um beachtlich zu sein, müsse diese den **Grund der Anzeigepflichtverletzung** ausführlich darlegen. Insbesondere muss die unrichtig beantwortete Frage erwähnt werden. Das bestätigende und begründete Schreiben des Versicherers lag bereits

ausserhalb der vierwöchigen Frist, in der eine Anzeigepflicht geltend gemacht werden kann, und war damit verspätet. Es nützt dem Versicherer also nichts, wenn er prophylaktisch eine Anzeigepflichtverletzung geltend macht und die Gründe später nachschiebt.

Im Rahmen der Teilrevision des VVG, die sich in der parlamentarischen Beratung befindet, soll die Anzeigepflichtverletzung neu geregelt werden. Der Verlust des Versicherungsschutzes setzt gemäss Entwurf einen Kausalzusammenhang zwischen der Anzeigepflichtverletzung und dem Versicherungsfall sowie Verschulden voraus, was bislang nicht der Fall war und zu stossenden Ergebnissen geführt hat (vgl. die Botschaft in BBl 2003, 3856).

Keine Selbstdenunziation

In BGE 129 III 510 befasste sich das Bundesgericht mit dem Umfang der **Anzeigepflicht im Schadenfall**. Das Bundesgericht hielt dabei fest, dass diese nicht auch Umstände umfasst, aus denen sich eine allfällige Anzeigepflicht bei Vertragsabschluss ergibt. Eine Selbstdenunziation kann also nicht verlangt werden: *«Die von der Beklagten verlangten Auskünfte bezweckten offensichtlich die Erhellung der von ihr vermuteten Verletzung der Anzeigepflicht durch die Klägerin im Sinne von Art. 6 VVG (...). Damit ging die von der Klägerin verlangte Mitwirkung klar über den in Art. 39 Abs. 1 VVG umschriebenen Gegenstand der Auskunftspflicht hinaus. (...) Nach dem Wortlaut von Art. 39 VVG bezieht sich die Mitwirkungs- bzw. die Auskunftspflicht des Anspruchsnehmers auf Tatsachen, die zur Ermittlung der Umstände dienlich sind, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses.»*

In der amtlichen Sammlung wird das Urteil leider nur stark verkürzt publiziert. Eine ausführliche Besprechung von HANSJÖRG STEINER findet sich in HAVE 2003, 335. Offenbar planen einige Versicherungsgesellschaften die Mitwirkungspflichten in den Vertragsbedingungen extensiver zu fassen, was angesichts des dispositiven Charakters von VVG 38 grundsätzlich möglich ist. STEINER weist aber zu Recht auf die Grenzen einer solchen Produktegestaltung hin, denn das AVB-Recht, aber auch der Persönlichkeits- und Datenschutz lassen keine beliebigen Klauseln zu.

B. Rückwärtsversicherung

Kein Schutz für alte Leiden

Dass der Wechsel der Kranken-Zusatzversicherung ein riskantes Unterfangen sein kann, zeigt sich in BGE 127 III 21. Selbst bei korrekter Deklaration des Gesundheitszustandes droht dem Versicherten nämlich eine Leistungsverweigerung, wenn diese bereits vor Vertragsabschluss eingetreten ist. Eine Versicherungsnehmerin wies bei Vertragsabschluss auf eine ärztliche Behandlung wegen Arthritis hin. Darauf ordnete der Versicherer eine ärztliche Untersuchung an, schliesst aber den Vertrag ohne Vorbehalt ab. Als die Versicherungsnehmerin später ein Kursesuch für eine Therapie gegen Gelenkschmerzen stellt, hebt der Versicherer die Zusatzversicherung rückwirkend auf. Das Bundesgericht verweist auf das **Rückwärtsversicherungsverbot** in VVG 9 und gibt dem Versicherer recht. Das Ergebnis vermag nicht zu befriedigen und stellt das Verbot der Rückwärtsversicherung grundsätzlich in Frage. Jedenfalls sollte anlässlich der VVG-Revision überlegt werden, ob nicht die Streichung der Bestimmung angezeigt wäre. Eingehend hat sich ROLAND SCHAER mit dem Urteil auseinandergesetzt («Das alte Leiden» und die «leidige Rückwärtsversicherung» – Ein «kränkelndes» Urteil des Bundesgerichtes vom 19.10.2000, HAVE 2002, 295). Er gibt uns folgenden Rat: «*Es bedarf nicht etwa eines weiteren Bundesgerichtsentscheides zu dieser Frage: Man tut gut daran, VVG 9 schlicht zu ignorieren und wo kein Kläger, auch kein Richter*» (a.a.O. 301).

C. Regress und Leistungskoordination

Warum kompliziert, wenn es auch einfach geht

Dass die heutige Regelung des Regressrechts in **VVG 72** nicht befriedigt, wird fast durchwegs anerkannt. Es ist nicht einzusehen, warum der eigene Schadenversicherer nicht auf einen Haftpflichtigen Rückgriff nehmen kann, wenn dieser aus Vertrag oder Gesetz haftbar wird. Aus diesem Grunde wird auch im Rahmen der Haftpflichtrevision eine **Subrogationsnorm** vorgeschlagen, die **integral** wirken soll:

Art. 54

¹ Die geschädigte Person, die aus einer Schadensversicherung begünstigt ist, muss sich die Leistungen, die sie vom Versicherer erhalten hat, an ihre Ersatzansprüche gegen die haftpflichtige Person anrechnen lassen.

² Mit der Zahlung der Versicherungsleistungen tritt der Versicherer für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte der geschädigten Person ein.

Nach HEINRICH HONSELL (Ungeklärte Fragen des Regresses nach Art. 72 VVG, in: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, FS für Heinz Hausheer, Bern 2002, 569 ff.) könnte schon heute zu diesem Befreiungsschlag angesetzt werden. Statt auf **OR 51 II** auszuweichen, der ohnehin nicht passe, sei es keineswegs zwingend, unter «Ansprüchen aus unerlaubter Handlung» in VVG 72 nur die Verschuldenshaftung zu verstehen. Der Verweis umfasse den zweiten Abschnitt des OR und damit auch die Werkeigentümer und Tierhalterhaftung und zwanglos lasse eine analoge Anwendung auch den Einbezug der ausserhalb des OR stehenden Gefährdungshaftungstatbestände zu. Dem ist zuzustimmen, umso mehr, als man unter unerlaubter Handlung auch andernorts dieses Verständnis zugrunde legt, z.B. im IPRG, wo der 3. Abschnitt so betitelt ist und das gesamte ausservertragliche Haftpflichtrecht umfasst. Wird OR 51 II herangezogen und der Versicherer auf die zweite Regressstufe gestellt, so wäre sogar ein Regress des zahlenden Haftpflichtigen auf den Schadensversicherer denkbar, ein absurdes Resultat, würde damit doch die eigene Versicherung die Ersatzpflicht des Schädigers decken!

Gesetzeskenntnisse von Vorteil

Wieder einmal hat sich das Bundesgericht auch mit der Unterscheidung von **Summen- und Schadensversicherung** befassen müssen (Urteil 5C.106/2003 vom 7. November 2003). Anlass dazu bot eine Zusatzversicherung zum UVG. Umstritten war, ob die Leistungen gekürzt werden können, wenn sie zusammen mit einem Resterwerbseinkommen den Erwerbsausfall übersteigen. Die AVB regelten nur den Fall des Zusammentreffens mit Sozialversicherungsleistungen. Sie enthielten aber einen umfassenden Verweis auf das UVG. Daraus schliesst das Bundesgericht, dass der damals noch geltende Art. 40 des UVG heranzuziehen sei. Dort stehe zwar auch nichts über das Zusammentreffen mit einem Erwerbseinkommen, doch stimme Lehre und Rechtsprechung überein, dass ein effektiv erzielter Einkommen anzurechnen sei. Auch die Unklarheitenregel lässt das Bundesgericht nicht gelten, denn diese beziehe sich nur auf die verweisende Parteiabrede und die sei unmissverständlich. Konsumentenfreundlich ist ein solches Produkt aber zweifellos nicht. Zwar lässt die Verweisteknik schlanke Bedingungen zu, dem Versicherungsnehmer ist aber ein Jusstudium zu empfehlen.

IX. Sozialversicherungs- und Koordinationsrecht

A. ATSG

Überholende Rechtsprechung und brisante Neuerungen

Die für die Personenschäden wichtigsten Ereignisse im Sozialversicherungsrecht sind das In-Kraft-Treten des ATSG sowie die IV-Revision. Einige der Fragen rund um die Neuregelung des Koordinationsrechts im ATSG werden in diesem Tagungsband von SYLVIA LÄUBLI (vorne S. 165 ff.) behandelt. Weitere finden sich bei PETER BECK, Die Regressbestimmungen des ATSG, in: Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), St. Gallen 2003, 121 ff. und im ATSG-Kommentar von UELI KIESER (erschienen Zürich 2003).

Wichtigste Änderungen sind die **Abschaffung des Haftungsprivilegs** (ATSG 75, zu dadurch entstehenden neuen Problemen BETTINA KAHIL-WOLFF, Remarques sur l'abrogation du privilège de responsabilité de l'employeur, HAVE 2003, 301 ff.) und die neue **Überentschädigungsregelung** in ATSG 69 (auch dazu ist eine Empfehlung von BSV, SVV und SUVA ergangen, HAVE 2003, 346 ff.). Modifiziert wurde auch die **Quotenteilung** (ATSG 73 II).

Eine weitere Neuerung, nämlich den Grundsatz der **Solidarität** auch beim Sozialversicherungsregress (ATSG 72 II), hat das Bundesgericht als Grundsatz noch kurz vor In-Kraft-Treten des ATSG auch für das «alte» Recht bestätigt, das noch keine entsprechende Bestimmung aufwies (Urteil 4C.208/2002 vom 19. November 2002) und damit eine alte Kontroverse doch noch entschieden.

B. 4. IV-Revision

Verfeinerung und Verdoppelung

Einen guten Überblick über die im Zusammenhang mit der Schadenbehandlung wichtigsten Änderungen im Rahmen der IV-Revision gibt der Beitrag von GION PEIDER CASALTA, IV-Revision und Schadensliquidation, Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2003, 115 ff. Herausgegriffen seien nur die wichtigsten Änderungen im Leistungsbereich:

- Auf den 1.1.2004 wird die **Rentenabstufung** verfeinert. Neu wird die Dreiviertelrente eingeführt, die ab einem Invaliditätsgrad von 60% zugesprochen wird. Für eine ganze Rente werden 70% verlangt, die Viertelsrente beginnt bei 40 und die halbe Rente bei 50% (IVG 28). Die laufenden Renten werden bei Personen,

die am 31.12.2003 noch nicht das 50. Altersjahr erreicht haben und einen Invaliditätsgrad unter 70% aufweisen, nach Eintritt der Gesetzesänderung überprüft. Dies kann Auswirkungen auf den Direktschaden haben, was immer dann, und das ist die Regel, problematisch ist, wenn dieser in Kapitalform entschädigt worden ist.

- Die nach bisherigem Recht vorgesehenen **Zusatzrenten** für den Ehegatten (IVG 34) fallen weg, bereits zugesprochene Zusatzrenten werden aber weiter gewährt.
- Neu gestaltet und vereinheitlicht wird auch die **Hilflosenentschädigung**: Bei hohem Assistenzbedarf, für dessen Beurteilung nebst den bisherigen Kriterien auch auf die Notwendigkeit einer «lebenspraktischen Begleitung» abzustellen ist (IVG 42), werden 80% des Höchstbetrages der AHV-Altersrente bezahlt, bei einem mittleren Assistenzbedarf 50% und bei geringem Bedarf 20%. Versicherte, die sich in einem Heim aufhalten, erhalten die Hälfte dieser gegenüber den bisherigen Ansätzen verdoppelten Leistungen.

Aus der **Literatur** ist für den IV-Bereich die Arbeit von URS MÜLLER, Die materiellen Voraussetzungen der Rentenrevision in der Invalidenversicherung, Freiburg 2003, zu erwähnen, der sich nicht nur mit der Feststellung von Mängeln begnügt, sondern gleich auch Vorschläge für eine Neuformulierung der IVG-Bestimmungen macht.

C. 11. AHV-Revision

Schon bald gleiches Endalter?

Am 3. Oktober 2003 ist die 11. AHV-Revision verabschiedet worden. Das Referendum ist zustande gekommen. Die Volksabstimmung wird am 16. Mai 2004 (zusammen mit der Volksabstimmung über Finanzierung der AHV/IV durch Anhebung der Mehrwertsteuersätze) stattfinden. Die wichtigsten leistungsrechtlichen Änderungen stichwortartig:

- Angleichung **Rentenalter** Frau – Mann; Alter 65 mit Übergangsfrist bis 31. Dezember 2008 (es gilt bis dahin noch altes Recht);
- Neuordnung **Witwen-, Witwer- und Waisenrenten**; mit Herabsetzung der Witwen- und Witwerrente auf max. 60% der Altersrente und Erhöhung der Waisenrente auf max. 60% der Altersrente mit gestaffelter Anpassung seit Inkrafttreten der 11. AHV-Revision;
- Aufschiebung und Vorbezug der Altersrente.

D. 1. BVG-Revision

Kleinere Renten und bessere Regresschancen

Die erste BVG-Revision ist vom Parlament ebenfalls am 3. Oktober 2003 verabschiedet worden. Es ist mit keinem Referendum zu rechnen. Am 1. April 2004 treten die Transparenzbestimmungen in Kraft, am 1. Januar 2005 die übrigen Bestimmungen. Die wichtigsten leistungsmässigen Änderungen:

- **Mindestumwandlungssatz:** 6,8%;
- Neuordnung der **Hinterlassenenleistungen**;
- Anpassung der Leistungen bei **Invalidität** ans IVG (Mindestinvalidität 40%; Anpassung an das Recht gemäss 4. IV-Revision).

Neu wird in Art. 34b für die Pensionskassen eine **Subrogationsnorm** eingeführt, die wie folgt lautet:

Gegenüber einem Dritten, der für den Versicherungsfall haftet, tritt die Vorsorgeeinrichtung im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person, ihrer Hinterlassenen und weiterer Begünstigter nach Artikel 20a ein.

Damit werden alte Streitigkeiten beendet, allerdings nur im Umfange der **obligatorischen Leistungen**. Für die überobligatorischen bleibt es grundsätzlich bei der alten Regelung, die alles andere als klar ist. Aus Praktikabilitätsgründen sollten die Leistungen regressmässig das gleiche Schicksal teilen, denn eine Aufspaltung lässt sich in der Praxis kaum durchführen. Den Weg zu einer solchen Lösung könnte BGE 126 III 522 f. ebnen, der dem Arbeitgeber für die Lohnfortzahlung ein integrales Regressrecht eingeräumt hat. Es ist nicht einzusehen, warum die Pensionskassen, für die OR 51 II ebenso unpassend ist, anders behandelt werden sollten. Es bliebe dann einzig der Unterschied des Zeitpunkts des Rechtseintritts.

Für ein **integrales Regressrecht** tritt auch ALEXANDRA RUMO-JUNGO ein (Zusammenspiel zwischen Haftpflicht und beruflicher Vorsorge, in: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, FS für Heinz Hausheer, Bern 2002, 611 ff.), die sich auf VVG 72 stützt, der entsprechend zu interpretieren sei (vgl. auch vorstehend Ziff. VIII.), bzw. auf eine Gesetzeslücke, für die die sozialversicherungsrechtlichen Subrogationsnormen heranzuziehen sind (a.a.O. 622 f.). In die gleiche Richtung stösst auch der Artikel von ISABELLE VETTER-SCHREIBER, in: Berufliche Vorsorge 2002, hrsg. von RENÉ SCHAFFHAUSER/HANS-ULRICH STAUFFER, St. Gallen, 2002, 201 ff.

