

Nachvollzug der Rechtsprechung und Schließung einer Koordinationslücke

Anmerkungen zum neuesten LEONARDO-Update

Stephan Weber*

I. Todestag als Rechnungstag

Im BGE 147 III 402 E. 5¹ hat das Bundesgericht entschieden, dass bei der Berechnung des Versorgungsschadens für die Kapitalisierung auf den Todestag abzustellen sei. Das Bundesgericht sah keine «ernsthaften, sachliche Gründe», die eine Änderung der über sechzigjährigen bundesgerichtlichen Praxis zu begründen vermöchten.² Insbesondere konnte das Bundesgericht auch nicht überzeugen, dass man mit *LEONARDO* zweiphasig rechnen und dabei das Mortalitätsrisiko des Versorgers berücksichtigen konnte.³ Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid vor allem damit, dass ein Versorgungsschaden anders gelagert sei als ein Invaliditätsschaden: «Der Invalide lebt weiter».⁴ Das ist in der Tat ein wichtiger Unterschied. Strukturell sind die Berechnungen dagegen gleich aufgebaut, insbesondere was das Verhältnis von konkreten und abstrakten Berechnungsfaktoren anbelangt, die bei beiden Berechnungen auftreten. Jedenfalls kann ein Todesfall nicht rein abstrakt berechnet werden. So wie sich ein Invaliditätsfall schon vor dem Rechnungstag nicht konkret, sondern nur mit hypothetischen und abstrakten Elementen rekonstruieren lässt: Der Invalide lebt eben *anders* weiter.

Kritisch wurde der Entscheid bereits in HAVE/REAS 2021, 396 ff. beleuchtet.⁵ Hier ist nachzuholen, dass *LEONARDO* zwar eine *korrekte zweiphasige Berechnung* mit einem aktuellen Rechnungstag zugelassen hat, die in der Praxis bislang üblich war, nicht aber eine korrekte Kapitalisierung per Todestag. Die mit einer solchen Berechnung verbundenen Implikationen und Komplikationen wurden bislang – sozusagen mangels Nachfrage – nicht aufgegriffen und sie werden auch im Entscheid des Bundesgerichts nicht thematisiert. Eine Kapitalisierung per Todestag erfordert nämlich *zwei Korrekturschritte*: Zum einen muss der Barwert ab Todestag verzinst werden, zum andern das Mortalitätsrisiko der Versorgten abgezogen werden, das mit der Kapitalisierung per Todestag einfließt. Ersteres wurde erkannt⁶ und unter dem verwirrenden Begriff des Korrekturzinses auch in der Lehre als Notwendigkeit beschrieben, die vorzeitige Diskontierung rückgängig zu machen.⁷ Der zweite Punkt wurde bislang nicht berücksichtigt, weil sich in der Praxis die zweiphasige Berechnung durchgesetzt hatte. Auch im vorliegenden Prozess waren die Modalitäten nicht strittig, das Handelsgericht hat von sich aus eine einphasige Berechnung vorgenommen und damit die Kontroverse erst ausgelöst.

Eine Kapitalisierung im Zeitpunkt des Schadeneintritts führt dazu, dass es keinen bisherigen Schaden mehr gibt, wenn der *Rechnungstag auch als Zäsur zwischen dem bisherigen und zukünftigen Schaden verstanden* wird. Dieser Nebeneffekt ist nicht sachgerecht, es gibt immer einen bisherigen Schaden, denn der Schaden wird kaum je am Todestag abgewickelt und steht zu diesem Zeitpunkt ja auch noch nicht definitiv fest. Das zwingt zu einer anderen Betrachtungsweise und die wurde nun in *LEONARDO* darin gefunden, dass neben dem Rechnungstag ein *Zinstermin (ZT)* eingeführt wird, der gleich wie der Rechnungstag vom Anwender zwingend festzulegen ist. Er bildet *neu die Abgrenzung zwischen dem bisherigen und zukünftigen Schaden*, wobei schon bisher, mit dem Zins ab Rechnungstag, die Möglichkeit in *LEONARDO* gegeben war, den Zins weiterlaufen zu lassen und damit einen nicht aktuellen Rechnungstag zu korrigieren. Nun ist er aber eine zwingende Determinante, die mit dem Tag der Bezahlung des geschuldeten Schadenersatzes übereinstimmen sollte.

* Dr. h.c., Geschäftsführer Leonardo Productions AG, Eglisau.

¹ In der amtlichen Version sind nur die Erwägungen zum Rechnungstag und zur Anrechnung der Vermögenserträge abgedruckt, alle weiteren Ausführungen, die für die Entwicklung des Versorgungsschadens ebenso von Interesse sind, wie die Festlegung der Sparquote und die Bestimmung und Aufteilung der Fixkosten, sind nicht aufgenommen worden, vgl. dazu BGE 4A_389/2020, 4A_415/2020 vom 18. Mai 2021, insbes. E. 6–8.

² Nach dem Bundesgericht «muss sich eine Praxisänderung auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die – vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit – umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich grundsätzlich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht, andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten», a.a.O. E. 5.3.3.

³ E. 5.3.4.3.

⁴ E. 5.3.4.2.

⁵ STEPHAN WEBER, Ein Schritt vor und zwei zurück – einphasiges Rechnen, gleichmässiges Verteilen und grosszügiges Anrechnen von Vermögenserträgen.

⁶ Klipp und klar BGE 131 III 12 E. 9.5: «Dabei ist selbstverständlich, dass bei einer Kapitalisierung des künftigen Schadens der Kapitalbetrag ab dem Zeitpunkt der Kapitalisierung verzinst werden muss, um die Diskontierung auszugleichen».

⁷ Vgl. LUKAS DINGER/KURT SCHLUEP, Berücksichtigung der aufgelaufenen Teuerung beim Ersatz von Versorgerschäden, ZBJV 1995, 503 ff., vom Korrekturzins spricht auch BGE 124 III 422 E. 4.c.

Die Umstellung hat zur Folge, dass in den Ergebnis-masken des Programms die Aufteilung in einen bisherigen und zukünftigen Schaden integral in «Schaden bis Rechnungstag» und «Schaden nach Rechnungstag» umbenannt worden ist. Mit dem Zinstermin als neue Zäsur gibt es weiterhin eine zweiphasige Berechnung auch bei der Kapitalisierung am Todestag, in den Invaliditätsfällen ist die Berechnung u.U. sogar dreiphasig, wenn Rechnungstag und Zinstermin differieren.

Dem bei einer Kapitalisierung per Todestag mit der Verbindungsrente eingerechneten *Mortalitätsrisiko* der (noch lebenden!) Angehörigen wird mit einem *Korrekturzuschlag* Rechnung getragen, der individuell für jeden Versorgten ermittelt wird. Die prozentuale Abweichung wird mit einem Vergleich zwischen einer einfachen Rente mit der Verbindungsrente bis zum Zinstermin ermittelt; massgebend ist für die Phase zwischen Todestag und Zinstermin nur das Mortalitäts- und Aktivitätsrisiko des Versorgers, das mit einer Kapitalisierung einer einfachen Rente auf ein Leben erfasst wird.

Die vom Bundesgericht bestätigte alte Rechtsprechung, die nun zur *Aufhebung der Empfehlung von Suva, BSV und SVV zur zweiphasigen Berechnung* geführt hat,⁸ lässt erwarten, dass in der Praxis vermehrt mit dem Todestag als Rechnungstag gerechnet wird. Im Ergebnis weichen die Resultate in der Regel nur minim ab. Der auf den Todestag verzinste Barwert ist bei einer nicht allzu langen Dauer der Schadenabwicklung für die Hinterbliebenen etwas vorteilhafter, da ein (einfacher) Schadenzins von 5% gegenüber einem Zinseszins von 3.5%, wie er für die Kapitalisierung verwendet wird, in den ersten 20 Jahren günstigere Resultate liefert, danach wendet sich dann das Blatt.

⁸ Empfehlung 6/2003 vom 30.10.2003 mit dem Titel «Versorgungsschaden: Zweiphasige Berechnung mit Kapitalisierung per Rechnungstag» wurde wie folgt begründet: «Angesichts der diversen Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Schadensberechnung auf den Todestag ergeben, ist der Versorgungsschaden inskünftig in Analogie zum Invaliditätsschaden in zwei Phasen mit einem aktuellen Rechnungstag zu berechnen. Dies hat zur Folge, dass für die erste Phase bis zum Rechnungstag der Schaden konkret bestimmt wird mit entsprechender Anrechnung der aufgelaufenen Sozialversicherungsleistungen. Der Schadenzins wird dabei nur auf den bis zum Rechnungstag aufgelaufenen regressfähigen Leistungen (./ Akontozahlungen) berechnet. Die Sterbens- und Invalidisierungswahrscheinlichkeit der versorgenden Person zwischen Todestag und Rechnungstag kann mittels den Korrekturfaktoren gemäss den Tabellen 4 und 5 von SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Rz. 4.102 ff., S. 515 ff. berücksichtigt werden.» Das Bundesgericht kontert gegen die Empfehlung, «dass eine solche gelebte Praxis weder belegt wird noch deren Gründe offengelegt werden», dies, obschon sich die Praxis längst etabliert hat und die Begründung in der Empfehlung nachzulesen ist. Die zweiphasige Berechnung war unter den Parteien nicht strittig, die Diskussion entstand, weil das Handelsgericht – etwas aus der Zeit gefallen – mit dem Todestag als Rechnungstag kapitalisiert hat.

II. Überentschädigungsberechnung nach Art. 69 Abs. 2 ATSG

In *LEONARDO 22* wurde nebst weiteren Neuerungen auch eine der letzten *Koordinationslücken* geschlossen. Seit 2009 wurden Hilfsrechner für die Sozialversicherungsleistungen entwickelt und die intra-, inter- und extrasystemische Koordination weitgehend automatisiert. Ein wesentlicher Schritt war aber noch zu gehen, nämlich die Koordination zur Verhinderung einer Überentschädigung nach Art. 69 Abs. 2 ATSG. Sie betrifft insbesondere das *Zusammentreffen von UVG-Taggeld und IV-Rente*. Nach dem Wortlaut der Bestimmung liegt eine Überentschädigung «in dem Masse vor, als die gesetzlichen Sozialversicherungsleistungen den wegen des Versicherungsfalls mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich der durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfälliger Einkommenseinbussen von Angehörigen übersteigen.»

Die Besonderheit gegenüber anderen Koordinationsbestimmungen liegt darin, dass nebst dem entgangenen Verdienst der Versicherten auch die *Mehrkosten und Erwerbseinbussen von Angehörigen* in die Überentschädigungsberechnung einbezogen werden. Bis heute ist nicht restlos geklärt, in welchen Fällen die Aufstockung der Überentschädigungslimite zulässig ist,⁹ das muss der Anwender auch bei der Berechnung mit *LEONARDO* selbst entscheiden, ebenso, ob die Familienzulagen einbezogen werden sollen oder nicht, was kontrovers ist. Mit der so bestimmten Koordinationsgrenze berechnet *LEONARDO* durch eine Globalrechnung das geschuldete Taggeld und bezieht dabei auch die Taggeldphase vor der IV-Rente ein, wie das die bundesgerichtliche Praxis fordert.¹⁰ Das legt eine Neuberechnung des Taggeldansatzes über die gesamte Periode nahe. Allerdings würde eine rückwirkende Korrektur des Taggeldansatzes nicht dem Zahlungsfluss entsprechen, wie er sich in der Praxis abspielt und damit auch die Berechnung der geschuldeten Zinsen für den Direktschaden und den Regress verfälschen. Die Überentschädigung wird oft mittels Verrechnung zwischen IV und UVG-Versicherer ausgeglichen, *LEONARDO* setzt den Rotstift primär in den Phasen

⁹ Dazu MARC HÜRZELER, Basler Komm., N 33 ff. zu Art. 69 ATSG. Einzu-beziehen sind insbesondere behandlungs- und betreuungsbedingte Mehrkosten, soweit diese nicht durch Sozialversicherungsleistungen abgedeckt sind. Bei den Einkommenseinbussen sind nur tatsächlich eingetretene finanzielle Verluste anzurechnen, wobei der auslegungsbedürftige Angehörigenbegriff weit zu fassen ist, vgl. dazu auch die Empfehlung der Ad-hoc-Kommission Schaden UVG 2/92 zum Zusammentreffen von UVG-Geldleistungen mit anderen Sozialversicherungsleistungen.

¹⁰ BGE 117 V 394 (noch zu Art. 49 aUVG). Bei der Ermittlung der Überentschädigung mittels Globalmethode sind auch Perioden zu berücksichtigen, in welchen Taggelder der IV anstelle der UVG-Leistungen bezogen werden: BGE 126 V 193.

UVG-Taggelder - 3/4

Geburtsdatum: 12.09.1983 Unfalldatum: 18.06.2011 Rechnungstag: 01.02.2022

Leistungsparameter -- Leistungsberechnung -- **Leistungscoordination** -- Leistungsübersicht/Grafik

zuzüglich Familienzulagen Mehrkosten Einkommenseinbussen Angehöriger

AUF in %	Von	Bis	Valid/Jahr	Invalid/Jahr	FamZ/ Jahr	entg. Verdienst	Mehrkosten	Einkommenseinbussen Angehöriger	Koordinationslimite	N/AHV	UV	Total V-Leistungen	Überentschädigung	UV koordiniert
100.00	21.06.2011	11.11.2011	50'000	0	3'000	20'909.59			20'909.59		15'780.96	15'780.96	-5'128.63	15'780.96
75.00	12.11.2011	31.12.2011	50'000	12'500	3'000	5'547.95			5'547.95		4'109.63	4'109.63	-1'438.32	4'109.63
75.00	01.01.2012	31.03.2012	50'499	12'625	3'000	10'162.66			10'162.66		7'479.52	7'479.52	-2'683.14	7'479.52
83.17	01.04.2012	31.05.2012	75'000	12'625	3'000	10'895.83			10'895.83		8'339.60	8'339.60	-2'556.23	8'339.60
83.17	01.06.2012	06.06.2012	75'000	12'625	3'000	1'071.72			1'071.72	637.38	820.29	1'457.67	385.94	782.80
75.00	07.06.2012	14.07.2012	75'000	18'750	3'000	6'151.64	1'750		7'901.64	4'036.72	4'684.83	8'721.55	819.91	4'470.73
50.00	15.07.2012	31.08.2012	75'000	37'500		4'918.03	1'000		5'918.03	5'099.02	3'945.12	9'044.14	3'126.10	3'764.83
50.00	01.09.2012	31.12.2012	75'000	37'500		12'500.00			12'500.00	6'480.00	10'027.18	16'507.18	4'007.18	9'568.94
50.00	01.01.2013	31.12.2013	76'922	38'461		38'461.00	750	19'500	58'711.00	19'608.00	30'001.18	49'609.18	-9'101.82	30'001.18
50.00	01.01.2014	31.12.2014	78'845	39'422		39'423.00			39'423.00	19'608.00	30'840.68	50'448.68	11'025.68	29'431.27
50.00	01.01.2015	03.03.2015	80'767	40'383		6'859.75			6'859.75	3'346.98	5'381.60	8'728.58	1'868.83	5'135.66
43.00	04.03.2015	30.04.2015	80'767	46'037		5'518.74			5'518.74	3'131.05	4'329.58	7'460.63	1'941.89	4'131.72
43.00	01.05.2015	30.09.2015	80'767	46'037		14'558.05			14'558.05	4'134.77	11'421.14	15'555.92	997.86	10'899.20
Total	21.06.2011	30.09.2015				176'977.97	3'500	19'500	199'977.97	66'081.91	137'161.30	203'243.22	3'265.25	133'896.05

Zurück Weiter Speichern Übernehmen Löschen Abbrechen

LEONARDO-Hilfsrechner UVG-Taggelder – Leistungscoordination nach ATSG 69

an, in denen eine Überentschädigung auftritt, und kürzt die Leistungen dort im Verhältnis der festgestellten Überentschädigung mit einem prozentualen Abzug. Bei einer Überentschädigung von z.B. CHF 24'000 und einem Taggeld von CHF 80'000 in den Phasen mit einer Überentschädigung werden die Leistungen um 30% gekürzt. Damit soll der Taggeldansatz möglichst nahe bei den effektiv geschuldeten Leistungen liegen, auch wenn die Überentschädigung erst zu einem späteren Zeitpunkt korrigiert wird.

Mit den *Mehrkosten* und den *Einkommenseinbussen Angehöriger* werden auch Positionen in die Überentschädigungsberechnung einbezogen, die mit dem Erwerbsschaden *sachlich nicht kongruent* sind. Der Anteil der zum Erwerbsausfall nicht kongruenten Taggeldleistungen wird auf der letzten Seite des Hilfsrechners mit einem Prozentsatz angegeben. Die Taggelder können alsdann in diesem Umfang analog der gemischten Methode bei IV-Renten an andere Schadenspositionen, z.B. den Pflege- und Betreuungsschaden, angerechnet werden. In einer *Empfehlung des SVV*¹¹ wird ein solches Vorgehen in Absprache mit dem Bundesamt für Sozialversicherung und der Suva empfohlen und dabei an einem Rechenbeispiel verdeutlicht, wie die Anrechnung der Mehrkosten und Erwerbseinbussen der Angehörigen an den Pflegeschaden erfolgen kann. Das hat, was ebenfalls aufgezeigt wird, auch Konsequenzen bei einer Teilhaftung, wo das Quotenvorrecht dazu verhilft, dass der Direktschaden trotz Kürzung beim Erwerbs- und Pflegeschaden ausgeglichen wird. Zu beachten ist, dass bei der Aufteilung des Regresssubstrats die IV-Leistungen vollumfänglich beim Erwerbsscha-

den angerechnet werden, da die kongruenzkritische Kürzung im Rahmen von Art. 69 Abs. 2 ATSG nur UVG-Leistungen betrifft.

III. Ein Rückblick auf 20 Jahre Softwareentwicklung und verbliebene Missverständnisse

Seit der ersten Version hat sich *LEONARDO* stark verändert. Ursprünglich für die Berechnung der Schadenersatzansprüche konzipiert, wurden verschiedene Tools für die Berechnung und Koordination der Sozialversicherungsleistungen entwickelt. Heute beherrscht *LEONARDO* das gesamte Schadenausgleichssystem, d.h. die Berechnung der Schadenersatz- und Leistungsansprüche der Sozialversicherer und die inter- und extrasystemische Koordination. *LEONARDO* hat sich auch als Kommunikationsmittel etabliert, mit dem viele Anwender ihre Vorstellungen über die Schadenabwicklung austauschen.

Vor zwei Missverständnissen muss aber gewarnt werden: Die Annahmen bei der haftpflichtrechtlichen Schadenberechnung müssen immer noch von den Bearbeitern vorgenommen werden, das betrifft insbesondere die Einschränkung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit und die Höhe der entgangenen konkreten oder hypothetischen Einnahmen. *LEONARDO* unterstützt lediglich mit verschiedenen Tools die rechnerische Umsetzung mit hinterlegten statistischen Daten und Hilfsrechnern, ermittelt mit den Initialwerten wie dem massgebenden Einkommen oder versicherten Verdienst die sozialversicherungsrechtlich geschuldeten Leistungen und verknüpft die Zahlungsströme. Das führt vereinzelt zum Fehlschluss, dass man von der ganzen Kalkulation nichts mehr verstehen muss und

¹¹ Empfehlung der Schadenleiterkommission des SVV vom 03.09.2003 zur «Überentschädigungsberechnung nach Art. 69 ATSG»

man bedauert nostalgisch verklärt, dass die Schadenbearbeiter nicht mehr wie früher Kapitalisieren und Rechnen können.

Beides trifft nicht zu. *LEONARDO* setzt ein *fundiertes Expertenwissen* rund um die Personenschäden voraus, nur dann können die Berechnungen verstanden und korrekt eingegeben werden. Und die Vorstellung, dass die Kalkulation früher besser beherrscht worden ist, beschränkt sich bestenfalls auf das Wissen, welche Tafel zum Kapitalisieren herangezogen und wie mit den Faktoren multipliziert werden muss, welches unterschiedlich ausgeprägt bei Anwälten und Schadenmitarbeiterinnen vorhanden war. Das Kapitalisieren deckt aber nur einen kleinen, wenn auch wichtigen Teil der Schadenermittlung ab. Die Zusammenhänge und Auswirkungen der einzelnen Berechnungsparameter können durch die detaillierte und grafische Darstellung der Ergebnisse mit *LEONARDO* heute besser nachvollzogen werden. Und eine einmal gemachte Berechnung kann jederzeit aktualisiert und an die Verhandlungspositionen angepasst werden, was früher kaum je geschehen ist.

Man sollte sich in den *Verhandlungen* auf die *Berechnungsfaktoren* konzentrieren und darüber einen Konsens suchen. Danach können die Daten, auf die man sich geeinigt hat, ins System eingegeben werden. Ebenso muss man über die einzelnen *Berechnungselemente* (Höhe des Einkommens, Invaliditätsgrad, Haftungsquote usw.) diskutieren und auch dort die besseren Argumente respektieren. Dem Bundesgericht kann beigespflichtet werden, wenn es *LEONARDO* als Argument für eine bestimmte Berechnungsmethode nicht als ausreichend betrachtet.¹² Eine intensivere Auseinandersetzung mit den Berechnungsmethoden ist gleichwohl unumgänglich geworden. Ausreden wie «Sorry, Zahlen sind nicht so mein Ding» oder das Diktum «*Iudex non calculat*» reichen jedenfalls als Begründung für eine mehr oder weniger freihändige Schadensschätzung im LegalTech-Zeitalter nicht mehr aus, nicht einmal als scherzhafte Bemerkung.

¹² «Soweit gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung weiter eingewendet wird, den in BGE 84 II 292 erwähnten Schwierigkeiten bei der Berechnung des Schadens könnte durch die Verwendung des *LEONARDO*-Programms begegnet werden, liegt darin kein wichtiger Grund, um die bisherige Praxis aufzugeben: Obgleich das *LEONARDO*-Programm schon länger in Gebrauch ist, hielt das Bundesgericht an seiner Praxis fest. Zum anderen räumt dieses Programm nicht alle praktischen Schwierigkeiten einer konkreten Berechnung aus. Schliesslich – und vor allem – gründet die bestehende Praxis nicht einzig auf Praktikabilitätsüberlegungen» (BGE 147 III 402 E. 5.3.4.3).