

Zeit ist Geld oder der unterschätzte Einfluss des Rechnungstages auf die Schadensberechnung

Stephan Weber und Marc Schaetzle

Die Abwicklung von schweren Personenschäden dauert regelmässig mehrere Jahre. Mit der Wahl eines Rechnungstages wird die Quantifizierung des bisherigen und zukünftigen Schadens festgelegt. Die beiden Phasen unterscheiden sich fundamental. Während der bisherige Schaden oft konkret bestimmt werden kann und zu verzinsen ist, ist der zukünftige Schaden abstrakt und im Falle einer Kapitalabfindung ohne Teuerung zu berechnen. Zudem werden die künftigen Leistungen diskontiert. Entsprechend gross ist die Bedeutung des als Zäsur wirkenden Rechnungstages. Er sollte mit dem Zahltag identisch sein, ist es in der Praxis oft aber nicht, was zu grossen Differenzen führen kann.

Le règlement des dommages corporels graves s'effectue très souvent sur plusieurs années. En fixant une date de capitalisation on détermine le montant du dommage en deux phases fondamentalement distinctes, dont l'une comporte le dommage passé et l'autre le dommage futur. Alors que le dommage couru peut souvent être déterminé concrètement et doit comprendre un intérêt, le dommage futur quant à lui doit être calculé abstraitement, et dans le cas d'un versement sous forme de capital, aucune prise en compte d'un renchérissement n'est effectuée. Du surcroît ces prestations futures sont escomptées. D'où l'importance de la date de capitalisation qui provoque une rupture entre les deux phases. Cette date devrait coïncider avec celle du paiement, ce qui n'est souvent pas le cas et ce qui peut aboutir à des différences importantes.

Inhalt

- I. Bisheriger und zukünftiger Schaden – zwei unterschiedliche Welten**
 - A. Fälligkeit, Schadens-, Verzugs- und Regresszins
 - B. Kapitalisierung und Diskontierung
 - C. Konkret und abstrakt
 - D. Nominal und real, Rente oder Kapital
- II. Zeitpunkt der Schadensberechnung: Theorie und Praxis**
 - A. Invalidität
 - B. Versorgungsschaden
 - C. Genugtuung
- III. Rückstellungen und Rechnungstag**
 - A. Relevanz der Abwicklungsdauer
 - B. Berücksichtigung von Veränderungen
 - C. Rückstellung von (indexierten) Renten
- IV. Leistungskoordination und Rechnungstag**
- V. Thesen und Fazit**

I. Bisheriger und zukünftiger Schaden – zwei unterschiedliche Welten

Die Auswirkungen einer Körperverletzung oder eines Todesfalls lassen sich meist erst Jahre nach dem schädigenden Ereignis überblicken. Der Schaden wird auch nicht sofort, sondern erst nach einiger Zeit manifest, denn nicht die Körperverletzung oder der Tod an sich,

sondern die daraus resultierenden *finanziellen Folgen gelten als Schaden* und bilden die Grundlage der Sozialversicherungs- und Haftpflichtleistungen. Als solche können Heilungs- und Pflegekosten, ein Erwerbsausfall oder etwa ein Haushaltschaden zu Buche schlagen. Charakteristisch für schwere Personenschäden ist auch, dass sie sich über grosse Zeiträume erstrecken können und damit auch nach Jahren noch längst nicht abgeschlossen sind. Gleichwohl muss in einem bestimmten Zeitpunkt der Umfang des Schadens abgeschätzt werden. Jedenfalls hat es sich eingespielt, dass ein Schaden nach der Konsolidierung des Gesundheitszustandes und wenn die Sozialversicherungsleistungen definitiv feststehen, haftpflichtrechtlich erledigt wird. Der geschädigten oder versorgten Person werden die nicht von Versicherungsleistungen gedeckten finanziellen Einbussen als Direktschaden vergütet, dem Sozialversicherer die erbrachten und noch zu erbringenden Leistungen auf dem Regressweg ganz oder teilweise zurückerstattet.

Ist der Zeitpunkt für die Liquidierung des Schadens gekommen, so ist der Tag zu bestimmen, auf den die Quantifizierung der Ansprüche erfolgen soll. Dieser Tag wird als *Rechnungstag* bezeichnet und im Folgenden als RT abgekürzt. Der RT teilt den Schaden in den bisherigen und künftigen Schaden. Er bildet die Zäsur in der Gegenwart. Die Zeit vor dem RT wird zum vergangenen, bereits eingetretenen, die Zeit danach zum künftigen, hypothetischen Schaden.

Der bisherige und der künftige Schaden unterscheiden sich in der Berechnung ganz wesentlich. Für den *bisherigen Schaden* ist ein Schadenszins geschuldet, während der künftige zumeist kapitalisiert, d.h. diskontiert, wird. Der bereits erlittene Schaden lässt sich weitgehend konkret berechnen, während der künftige Schaden lediglich gestützt auf Hypothesen geschätzt werden kann. Zudem ist bis zum RT der effektiv erlittene Schaden inklusive der eingetretenen Teuerung einzurechnen, während beim kapitalisierten Schaden nur die reale Lohn- oder Kostenentwicklung berücksichtigt wird. Der RT bildet auch für die Berechnung der Regressansprüche eine wichtige Zäsur. Bedeutsam ist er aber auch für die Rückstellungen, die der Haftpflichtversicherer bilden muss.

Die Funktion des Rechnungstages ist nicht überall hinreichend bekannt, zumindest lässt die *Praxis*, die der zeitlichen Fixierung der Schadensberechnung oft wenig Beachtung geschenkt hat, darauf schliessen. Mit fatalen Folgen. Die nicht korrekte Setzung des Rechnungstages kann die Schadensberechnung massiv beeinflussen. Dies zum Schaden der Geschädigten, aber auch zum Nachteil der regressierenden Sozialversicherer und der Haftpflichtversicherer, die auf verlässliche Rechnungsgrundlagen angewiesen sind.

Die einzelnen Berechnungsphasen sind nachfolgend mit all ihren Implikationen beschrieben. Das bedingt einige Wiederholungen zu bereits früher behandelten Themen, hat aber den Vorteil einer geschlossenen Darstellung des recht komplexen Problemkreises.

A. Fälligkeit, Schadens-, Verzugs- und Regresszins

Mit Eintritt eines Schadens entsteht, wenn die übrigen Voraussetzungen einer Haftung erfüllt sind, eine Schadenersatzforderung gegenüber dem Haftpflichtigen bzw. Haftpflichtversicherer. Zusätzlich wird der Schuldner verpflichtet, auf dem erlittenen Schaden einen Schadenszins zu entrichten¹. Die geschädigte Person, so die Begründung, soll so gestellt werden, wie wenn sie den Schaden nicht erlitten hätte. Das bedeutet, dass sie über den Gegenwert des eingetretenen Schadens hätte verfügen und diesen beispielsweise verzinslich anlegen können². Mit dieser Argumentation wird

auch die Diskontierung bei der Kapitalisierung gerechtfertigt. Der Zins ist Teil der Schadenersatzforderung. Eine In-Verzug-Setzung braucht es nicht. Der Schadenszins beträgt grundsätzlich – in analoger Anwendung von Art. 73 Abs. 1 bzw. 104 Abs. 1 OR – 5%³.

Der Schadenszins beginnt zu dem Zeitpunkt zu laufen, ab dem sich das schädigende Ereignis finanziell auswirkt und endet mit der Bezahlung. Im Prozessfall wird der Schadenszins ab Urteilstag vom Verzugszins abgelöst⁴. Dieser erstreckt sich auch auf den bis dahin aufgelaufenen Schadenszins⁵. Bei einer gütlichen Einigung wird, zumindest in der Literatur, dem Vergleichstag die gleiche Wirkung wie dem Urteil zuerkannt⁶.

a) dies a quo

Der Schadenszins ist für den gesamten vergangenen Schaden geschuldet, wobei der Beginn für jede einzelne Schadensposition grundsätzlich gesondert festgelegt werden müsste und oft wird. Dies verkompliziert insbesondere im Prozessfall die Formulierung des Rechtsbegehrens sowie des Dispositivs, wenn bei unterschiedlichem Fristenbeginn für jede Schadensart eine gesonderte Regelung für den jeweiligen dies a quo getroffen werden muss⁷.

Für Kosten beispielsweise, welche die geschädigte Person direkt begleicht, beginnt der Schadenszins von der Bezahlung an zu laufen. Bei mehreren Rechnungsposten wird zum Teil, um die Zinsrechnung abzukürzen, ein mittlerer Fälligkeitstermin gewählt oder es wird die Hälfte der bisherigen Gesamtkosten ab Unfalltag verzinst⁸.

sondern, im Falle der Restitution, auch um die Kreditierung fehlender Mittel, was einen anderen Zinssatz nach sich ziehen kann; nur diesen Aspekt hervorhebend HONSELL (Fn. 1), § 8 N 27. Die Diskussion um den angemessenen Schadenszins muss daher differenziert geführt werden. Beim Zinssatz handelt es sich um eine Vermutung, die umgestossen werden kann, was in BGE 121 III 183 für den geforderten Zins von 6% nicht gelang, in BGE 81 II 221 wurde dagegen mit Blick auf die Verhältnisse auf dem Kapitalmarkt mit 3% gerechnet. Im Ausland werden z.T. deutlich höhere Schadens- und Verzugszinsen verlangt. Bei «Bad Faith Claims» sehen das spanische und französische Recht Zinsen bis 20% vor. Auch nach der 4. EG KH-Richtlinie ist der geschuldete Betrag mit 5% über dem Basiszins zu verzinsen, wenn nicht innerhalb von drei Monaten ein Angebot gemacht wird.

³ Statt vieler: OFTINGER/STARK (Fn. 1), § 6 N 25; BK-BREHM (Fn. 1), N 101 zu OR 41.

⁴ BGE 122 III 56.

⁵ BGE 97 II 134, offengelassen in BGE 122 III 56 f.; BK-BREHM (Fn. 1), N 99 zu OR 41.

⁶ KELLER (Fn. 1), 47.

⁷ Als Beispiel BGE 129 III 139: «La Cour 1. Condamne X. et B. à payer à A., à titre solidaire, les sommes de: a) 34785 fr. avec intérêts à 5% dès le 13 juin 1996; b) 99309 fr. avec intérêts à 5% dès le 31 décembre 1995; c) 342337 fr. avec intérêts à 5% au 15 mars 2002; d) 86534 fr. avec intérêts à 5% dès le 31 décembre 1995; e) 172936 fr. avec intérêts à 5% au 15 mars 2002; f) 131628 fr. avec intérêts à 5% dès le 31 décembre 1995; g) 157860 fr. avec intérêts à 5% au 15 mars 2002; h) 29200 fr. avec intérêts à 5% au 15 mars 2002.»

⁸ So etwa BGE 82 II 35.

¹ BGE 122 III 53 E. 4a. m.w.H.; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 5. A., Zürich 1995, § 6 N 23 ff.; ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 2. A. Bern 1998, N 97 ff. zu OR 41; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2003, N 170a; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2000, § 8 N 27; VITO ROBERTO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, § 30 N 821; ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 2. A., Bern 1998, 47 f.

² Die Begründung ist allerdings nicht umfassend. Beim Schadenszins geht es nicht immer um den Ausgleich einer Renditemöglichkeit,

Auch bei einem periodisch anfallenden Schaden (z.B. Lohnausfall) wird in der Praxis oft ein Schadenszins ab mittlerem Verfall angenommen⁹. Bleibt der Schaden bis zum RT konstant, genügt diese Annäherung¹⁰. Ist dagegen von einem variablen Schaden auszugehen, weil der Einkommensentwicklung oder einem unterschiedlichen Invaliditätsgrad Rechnung zu tragen ist, dann kann der mittlere Verfall als dies a quo zu grösseren Abweichungen führen. Eine exakte Berechnung ist auch angezeigt, wenn Akontozahlungen entrichtet werden, die bei der Zinsrechnung im gegenläufigen Sinne zu berücksichtigen sind.

b) dies ad quem

Der Zins von 5% ist geschuldet bis zur Bezahlung des Schadenersatzes (BGE 129 IV 152). Der Schadenszins läuft damit weiter über den RT hinaus¹¹. Für die Periode ab RT bis zum Zahltag sind der bisherige Schaden samt Schadenszins sowie der Kapitalwert des künftigen Schadens gesamthaft zu verzinsen.

Das gilt auch für den Prozessfall, wie in BGE 122 III 56 festgehalten wird:

«Während das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung den Schadenszins im Deliktsrecht an Stelle eines Verzugszinses linear zusprach (vgl. etwa BGE 33 II 124 /133, 81 II 213 E. 5 S. 221) oder jedenfalls mit dem – späteren – Verzugszins nicht mitverzinst (BGE 81 II 512 E. 6), addiert es nunmehr den Schadenszins bis zum Urteilstermin des oberen kantonalen Gerichts auf und unterstellt ihn ebenfalls dem Verzugszins für den Schadenersatz, welcher am Urteilstag zu laufen beginnt.»

Auch der kapitalisierte, künftige Schaden ist ab RT zu verzinsen, im Prozessfall als Verzugszins, im Vergleichsfall als Schadenszins¹².

Zuerst ist folglich der Schadenszins auf den verschiedenen Schadensposten unter Berücksichtigung der geleisteten, kongruenten Sozialversicherungsleistungen sowie der zu subtrahierenden Zinsen auf allfällig geleisteten Akontozahlungen bis zum RT zu berechnen. Anschliessend ist der gesamte bisherige und künftige Direktschaden ab RT bis zur Auszahlung zu verzinsen¹³.

⁹ Da der Lohnausfall oft degressiv erlitten wird, schlägt BREHM vor, die Schadenhöhe zu gewichten und den dies a quo entsprechend zum Unfallzeitpunkt hin vorzuerlegen (La réparation du dommage corporel en responsabilité civile, Bern 2002, N. 17 und 464).

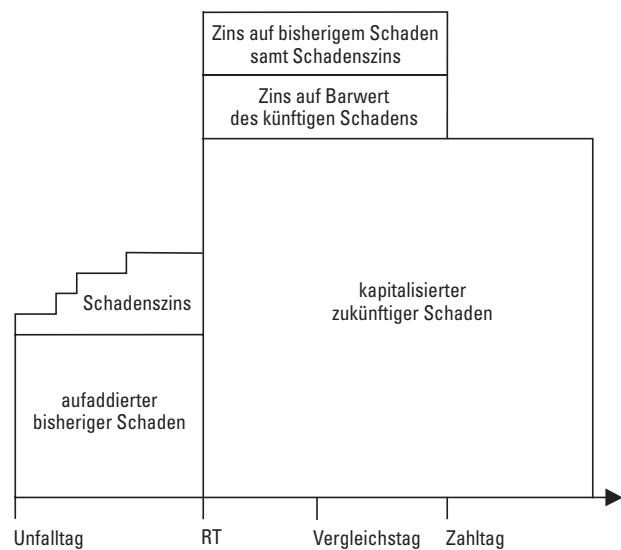
¹⁰ Ebenso KELLER (Fn. 1), 47.

¹¹ Es sei denn, der Schaden werde auf einen künftigen Tag berechnet, aber vorher beglichen, was in der Praxis kaum vorkommt.

¹² BGE 123 III 119; HONSELL (Fn. 1), § 8 N 27. Nach KELLER (Fn. 1), 47 läuft nach der «Festsetzung» des Schadens auch bei einer gütlichen Einigung ein Verzugszins, womit auch die Schadenszinsen erfasst wären.

¹³ Ohne Computerprogramm ist die genaue Zinsberechnung, die sich bei variablen Schäden und zahlreichen Zahlungsflüssen aufdrängt, oft ein zeitraubendes und fehleranfälliges Unterfangen, das aber quantitativ nicht unterschätzt werden darf.

Grafik 1: Zinsenlauf



In der Regel erhält die geschädigte Person Sozialversicherungsleistungen, die infolge Subrogation an den Gesamtschaden anzurechnen sind (Art. 72 ATSG). In diesem Umfang reduziert sich der Schaden und damit auch der geschuldete Schadenszins. Der Schadenszins ist ab Zeitpunkt der Ausrichtung der Sozialversicherungsleistungen folglich nur noch auf dem Direktschaden geschuldet.

Spiegelbildlich beginnt ab Auszahlung und im Umfang der kongruenten Leistungen ein Regresszins zu Gunsten des Sozialversicherers zu laufen. Der Regresszins bildet das Korrelat zum Schadenszins. In der Praxis werden die Zinsen allerdings nur eingefordert, wenn keine genügenden Akontozahlungen geleistet werden¹⁴.

Auch der Regresszins ist über den RT hinaus bis zur Bezahlung auf dem gesamten Regresssubstrat des bisherigen und künftigen Schadens geschuldet. Da die Regresserledigung am Schluss einer Schadenbearbeitung steht, wird häufig nicht mit einem aktuellen RT gearbeitet. Es wäre zwar erstrebenswert, die Direkt- und Regressansprüche in einem Aufwisch zu erledigen, praktisch dürfte dies aber kaum realisierbar sein. Wichtig ist, dass auch für die Regresswertberechnung mit einem RT gearbeitet wird, der mit der Erfüllung der Ansprüche korrespondiert, zumindest muss bei einer weit zurückliegenden Kalkulation für die Zeit zwischen RT und Zahlung ein Zins erhoben werden.

¹⁴ Vgl. Vereinbarung zwischen den Mitgliedsgesellschaften der Schweizerischen Vereinigung der Haftpflicht- und Motorfahrzeug-Versicherer (HMV, heute SVV) und dem Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) betreffend Verzicht auf die Geltendmachung von Verzugszins und Leistung von Akontozahlungen vom 24.1.81 / 13.1.82. Die Vereinbarung wird zurzeit überarbeitet und soll neu auch die Unfallversicherer einbeziehen.

B. Kapitalisierung und Diskontierung

«Der Verletzte kann vom Zeitpunkt der Verletzung an verlangen, dass ihm der Schuldner allen aus ihr erwachsenen Schaden, auch den erst künftig in Erscheinung tretenden, ersetze [...]»¹⁵

Wird der künftige, noch nicht erlittene Schaden in Kapitalform abgegolten, wie das bei den Personenschäden noch immer regelmässig der Fall ist, so erhält die geschädigte Person den Schadenersatz vor dessen Fälligkeit. Der unterschiedliche Zeitpunkt der Bezahlung – für den bisherigen Schaden im Nachhinein, für den künftigen Schaden im Voraus – wirkt sich auf die Schadensberechnung wie folgt aus:

Auf dem vergangenen Schaden ist, wie soeben ausgeführt, ein Schadenszins geschuldet. Infolgedessen muss auf dem künftigen Schaden, für den die geschädigte Person ein Kapital erhält, obschon der Schaden noch gar nicht eingetreten ist, sondern erst nach und nach entsteht, ein «negativer Schadenszins» eingerechnet werden. Dies erfolgt über eine entsprechende *Diskontierung* bei der Kapitalisierung.

Die Faktoren in den Barwerttafeln sind nach der bisherigen Praxis mit 3,5% abgezinst. Abzinsen bedeutet, dass mit Zinseszins diskontiert wird¹⁶.

Idealerweise sollte der RT möglichst nahe beim Zahltag liegen, damit der Abzinsungsbeginn und die Auszahlung in zeitlicher Hinsicht übereinstimmen. Wenn dies nicht der Fall ist, so ist der gesamte Direktschaden ab RT bis zur Bezahlung zu verzinsen. Letzteres wird in der Erledigungspraxis oft vernachlässigt, denn zwischen der Einigung auf Basis eines zuvor gerechneten Vorschlages oder der Klageeinleitung verstreicht meist viel Zeit und es wird nicht beachtet, dass die vorgenommenen Berechnungen durch Zeitablauf «falsch» geworden sind.

Korrekt wurde dagegen in BGE 123 III 119 Erw. 9 vorgegangen. Das Urteil wurde erst drei Jahre nach dem RT gefällt und der Versicherer vom Bundesgericht verpflichtet, auf dem Kapitalbetrag für diese Dauer Zins zu entrichten¹⁷. Wird der Zins vernachlässigt, erleidet die geschädigte Person einen zusätzlichen Schaden, der bei einem grösseren Auseinanderdriften von RT und Erfüllung ins Gewicht fällt. Einerseits wird das

Kapital rückwirkend auf den RT abgezinst, obwohl die Anspruchsberechtigten das Geld noch gar nicht erhalten haben. Im Sinne einer Vorteilsanrechnung wird gleichwohl ein Zins von 3,5% (mit Zinseszins) ab RT bis zum Zeitpunkt der Auszahlung angerechnet. Andererseits wird berücksichtigt, dass die geschädigte Person vor der Auszahlung hätte sterben können, was ebenfalls nicht richtig ist, denn Wahrscheinlichkeitsrechnungen sind nur für hypothetische Annahmen anzuwenden.

Die Auswirkungen seien an einem *Beispiel* veranschaulicht, in dem der Zins zwischen RT und Zahltag vernachlässigt wird, wie dies in der Schadenerledigung – insbesondere wenn die Klausel «per Saldo aller Ansprüche» verwendet wird – immer wieder vorkommt.

Ein 40-jähriger Mann (geb. am 1.7.1955) verunfallte am 1.7.1995. Sein bisheriger und künftiger Erwerbsschaden betrage CHF 100 000 pro Jahr. Wird als RT der 1.7.2000 gewählt, so beträgt sein gesamter Erwerbsschaden CHF 1,91 Mio. Wird der RT zwei Jahre später auf den 1.7.2002 angesetzt, beläuft sich der Gesamtschaden auf gut 2,07 Mio., d.h. CHF 160 000 mehr. Stimmt der RT mit dem Auszahlungstag überein (z.B. 1.7.2004), steigt der Schaden auf CHF 2,24 Mio. (inklusive Schadenszins von CHF 200 000).

In diesem Beispiel erhält der Geschädigte CHF 330 000 zu wenig, wenn der RT vier Jahre zurückliegt, und CHF 170 000 zu wenig, wenn der RT zwei Jahre zu früh angesetzt wird und ab RT kein Zins auf dem Kapitalbetrag mehr bezahlt wird. Im ersten Fall beträgt der Fehler 15%, im zweiten noch immer die Hälfte.

Korrekterweise müsste der kapitalisierte Betrag im Sinne einer Rekapitalisierung für die Periode zwischen RT und Zahltag unter Berücksichtigung der Sterbenswahrscheinlichkeit wieder mit 3,5% aufgezinst werden. Stattdessen kann vereinfachend der kapitalisierte Direktschaden mit 5% (ohne Zinseszins) bis zum Zahltag verzinst werden¹⁸.

Der korrekte RT ist der mutmassliche *Zahltag* und nicht der Vergleichstag. Erfolgt die Kapitalisierung des künftigen Schadens vorzeitig, so empfiehlt es sich, im Vergleich explizit vorzusehen, dass auf dem gesamten Direktschaden der Zins ab RT bis zur Auszahlung geschuldet ist. Diese Präzisierung drängt sich auf, weil im Falle einer Saldo-Klausel die Zinsen zwischen RT und Auszahlung von dieser miterfasst werden. Aber auch ohne Saldo-Klausel sollte der Zins für diese Periode vereinbart werden, um die fälschlicherweise bis

¹⁵ BGE 87 II 162.

¹⁶ SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren – Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, N. 5.99 ff.

¹⁷ «S'agissant d'un dommage futur, l'intérêt doit être calculé dès la date de la capitalisation, qui coïncide généralement avec celle du jugement [...]. Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce. La cour cantonale a en effet fixé la date de la capitalisation au 1^{er} mars 1994, soit à une date antérieure à celle de son arrêt. Or, en pareille hypothèse, le Tribunal fédéral a jugé que les intérêts devaient courir dès la date de la capitalisation.»

¹⁸ DINGER/SCHLUEP (Berücksichtigung der aufgelaufenen Teuerung beim Ersatz von Versorgungsschäden, in ZBJV 131, 1995, 503 ff.) zeigen anhand von Vergleichsrechnungen, wie sich die Kapitalisierung per Todestag, die rückwirkend oft erst Jahre später im Urteils- oder Vergleichszeitpunkt vorgenommen wird, auswirkt.

zum RT vorgenommene Kapitalisierung zu kompensieren¹⁹.

Entsprechendes gilt für den *Regresszins*. Liegt der RT in der Vergangenheit, weil für die Regresswertberechnung z.B. auf den Rentenbeginn abgestellt worden ist, so wird der Sozialversicherer benachteiligt, wenn auf dem gesamten Regresswert ab RT kein Zins mehr geleistet wird. Die Aktualisierung des Rechnungstages wird mit einem Computerprogramm erleichtert, da dieses ohne weiteres auf den Zeitpunkt der Auszahlung gelegt werden kann, was korrekte Ergebnisse liefert.

C. Konkret und abstrakt

Der bisherige Schaden ist in der Regel überschaubar. Die Lohnentwicklung ist abschätzbar, das Invalideneinkommen zurechenbar, die Kosten für die Betreuung bezifferbar, die Haushaltgrösse und die Zahl zu Hause wohnender Familienmitglieder bekannt, die Sozialversicherungsleistungen eruiert, d.h., der Schaden kann möglichst konkret berechnet werden. Dabei ist es Sache der geschädigten Person, den eingetretenen Schaden, soweit zumutbar, zu substantiieren.

Anders verhält es sich beim noch nicht eingetretenen Schaden. Über die Zukunft können bestenfalls Mutmassungen und Prognosen angestellt werden. Wir wissen nicht, wie lange die geschädigte Person noch leben wird, wie lange sie gearbeitet hätte, wie viel sie verdient, wo sie gewohnt, was sie gemacht hätte, ob sich der Gesundheitszustand verbessern oder verschlechtern wird, mit welchen Sozialversicherungsleistungen sie ohne Unfall hätte rechnen können und welche sie zeit ihres Lebens erhalten wird, etc.

Ist der künftige Schaden in Kapitalform zu ersetzen, sind folglich im Zeitpunkt der Berechnung Annahmen und Hypothesen über die zukünftige Entwicklung zu treffen. Je länger der Schaden andauern wird (z.B. bis zur mutmasslichen Pensionierung für den Erwerbsschaden oder bis zum Tod im Betreuungsfall), desto schwieriger und oft unzuverlässiger wird die Vorausschau.

OR 42 II verweist als Richtschnur auf den «gewöhnlichen Lauf der Dinge», eine Formulierung, die auch in der Adäquanzformel verwendet wird und zu einer empirischen Sichtweise auffordert. Kann der konkrete Schadensverlauf nicht ermittelt werden, ist es nahe liegend, auf die normale durchschnittliche Schadensent-

wicklung abzustellen. Auch wenn Zukunftsprognosen gefragt sind, ist zunächst ein kritischer Blick in die Vergangenheit zu werfen und zu fragen, ob Anzeichen vorhanden sind, die einen anderen Verlauf vermuten lassen. Wenn die Frage verneint werden kann, darf man davon ausgehen, dass das, was sich in der Vergangenheit abgespielt hat, sich so oder ähnlich auch in der Zukunft wiederholt.

Entsprechend nimmt die Bedeutung der konkreten Umstände, wie sie im Zeitpunkt des Unfalls vorlagen, mit zunehmendem Zeitlauf ab. So kann beispielsweise für Kinder oder Jugendliche nicht einfach auf die Schulzeugnisse oder den Beruf der Eltern abgestellt werden, denn solche Anhaltspunkte erweisen sich als äusserst unzuverlässig und spekulativ. Auch aus der jeweiligen Wohnsituation lässt sich nicht ableiten, dass diese für die ganze Aktivitätszeit wahrscheinlich so geblieben wäre, wie sie gerade war, als sich der Unfall ereignete. Aussagekräftiger sind statistische Erfahrungswerte, die sich z.B. aus der AHV-Einkommensstatistik oder der SAKE²⁰ ableiten lassen. Zwar treffen diese im Einzelfall nicht genau so zu, so wenig wie die zur Kapitalisierung verwendeten Aktivitäts- und Mortalitäts-erwartungen, doch dürften die Annäherungen an den wahrscheinlichen Verlauf auf diese Weise besser gelingen. Zudem wirken sich Durchschnittswerte günstig auf die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit aus und sie vereinfachen die Schadensberechnung. Sie schaffen eine Vermutung, die derjenige zu widerlegen hat, der einen abweichenden Verlauf behauptet²¹.

D. Nominal und real, Rente oder Kapital

Aus dem haftpflichtrechtlichen Schadenverständnis folgt, dass der Schaden, der dem Geschädigten ohne Unfall erwachsen wäre, vollumfänglich zu ersetzen ist. Die bisherige und künftig zu erwartende Teuerung ist in die Schadensberechnung einzubeziehen²².

Seit 5 Jahren, d.h. seit BGE 125 III 312, hat die geschädigte Person die Wahl zwischen Rentenform oder Kapitalabfindung. Heute zeichnet sich mehr und mehr ab, dass die *Rentenform* für zahlreiche Konstellationen als die geeignetere Entschädigungsart von den geschädigten Personen vorgezogen werden sollte²³.

Wird der Schadenersatz in Rentenform abgegolten, ist die Rente grundsätzlich zu indexieren. Das Bundesgericht hatte bislang erst zur Frage Stellung genommen,

¹⁹ Ungenau BREHM (Fn. 9), N. 590: «En cas de transaction, les intérêts moratoires ne courent immédiatement que si la transaction le prévoit. Dans la négative, il faudra au préalable une mise en demeure du responsable (art. 102 CO).» Da es sich jedoch um eine blosser «Verrechnung» handelt, weil auf einen zu frühen Zeitpunkt diskontiert wurde, bedarf es keiner In-Verzug-Setzung.

²⁰ So nun BGE 129 III 155 f.

²¹ Dazu die Beiträge von MAX SIDLER und MARCEL SÜSSKIND im Tagungsband Personen-Schaden-Forum 2004, 87 ff. und 111 ff.

²² WEBER/SCHAETZLE, Von Einkommensstatistiken zum Kapitalisierungszinsfuß und warum jüngere Geschädigte zu wenig Schadenersatz erhalten und ältere zu viel, in AJP/PJA 1997, 1111.

²³ SCHAETZLE/WEBER (Fn. 15), N. 3.59 ff. und 3.109 ff.

wie der Betreuungsschaden zu indexieren ist und sich dabei für den Nominallohnindex entschieden²⁴. Diese Lösung muss zweifellos auch für den Erwerbs-, aber auch für den Haushaltsschaden gelten.

Hinsichtlich *Indexierung* empfiehlt sich, *den Gesamtschaden zu indexieren und hievon die effektiv in Zukunft erbrachten, kongruenten Sozialversicherungsleistungen zu subtrahieren*. Die Fehler, die entstehen, wenn lediglich der Direktschaden an den massgebenden Index geknüpft wird, sind beachtlich und seien ebenfalls an einem *Beispiel* erläutert:

Nehmen wir an, die jährliche Entschädigung betrage für eine 20-jährige Frau CHF 50 000 und von diesem Betrag werden CHF 40 000 von Sozialversicherungsleistungen kompensiert. Weiter wird angenommen, dass der Lohnindex zu einer durchschnittlich 2%igen Erhöhung pro Jahr führen wird. Die Sozialversicherungsleistungen werden sich aber nur um 1% erhöhen. Dies führt zu folgendem Direktschaden:

Rente CHF 50 000, Steigerung 2% p.a.	
Mortalitätsrente bis Alter 65, Zinsfuss 0% ²⁵	
Gesamtschaden	CHF 3 753 940

Soviel sollte die Geschädigte insgesamt erhalten. Wird für die Rente der ermittelte Direktschaden von CHF 10 000 als Basiswert genommen und indexiert und weiter angenommen, dass die Sozialleistungen nur 1% Steigerung p.a. erfahren werden, was durchaus realistisch ist, da ja nur die Leistungen von AHV und IV und auch diese nur teilweise an der Lohnentwicklung partizipieren, dann erhält die Geschädigte folgenden Betrag:

Direktschaden CHF 10 000, Steigerung 2% p.a.	
Mortalitätsrente bis Alter 65, Zinsfuss 0%	CHF 750 797
Sozialversicherungsleistungen CHF 40 000, Steigerung 1% p.a.	
Mortalitätsrente bis Alter 65, Zinsfuss 0%	CHF 2 253 971
Total	CHF 3 004 768
Die Differenz bzw. der Fehlbetrag beträgt	CHF 749 172

Erfolgt die Abfindung in *Kapitalform*, ist der jeweilige Barwert für jeden Schadensposten zu berechnen²⁶. Dabei ist gemäss BGE 125 III 312 weiterhin der Kapitalisierungszinsfuss von 3,5% zu verwenden, obwohl in diesem Entscheid erstmals explizit festgehalten wurde, dass mit diesem Zinssatz die künftig zu erwartende Teuerung bereits berücksichtigt sei. Das hat zur Folge,

dass bei der Kapitalisierung des jährlichen Schadens lediglich die reale Lohn- oder Kostenentwicklung einzurechnen ist. Die künftige Inflation dagegen findet keinen Eingang mehr in die Schadensberechnung, d.h., sie ist in der zu kapitalisierenden Rente ausser Acht zu lassen. Diese Rechnung geht aber für den künftigen, kapitalisierten Schaden dann nicht auf, wenn es der geschädigten Person nicht gelingt, einen Realertrag in der Höhe von 3,5% zu erwirtschaften, wie dies das Bundesgericht annimmt.

Zurzeit ist der Bundesrat der Auffassung, dass die Versicherer im BVG-Bereich einen Nominalzins von 2,25% erwirtschaften können und im vergangenen Jahr 2003 einen solchen von 3,25%²⁷. Mit dem BVG-Mindestzins wird die durch die Vorsorgeeinrichtung zu erbringende minimale Gutschrift auf dem Deckungskapital der Versicherten bestimmt. Es sollte ein marktkonformer, risikoarmer Zinssatz sein, der mindestens der Höhe des Lohnwachstums entspricht. Dieser Satz wird gemäss Art. 15 BVG vom Bundesrat festgesetzt und soll mindestens im Zweijahresrhythmus überprüft werden.

Der Mindestzins ist eine garantierte Verpflichtung, welche die Vorsorgeeinrichtung höchstwahrscheinlich erwirtschaften wird. Dies zwingt zu einer Minimierung des Anlagerisikos. Wird die vorgesehene Mindestrendite dennoch nicht erreicht, weist die Pensionskasse eine Unterdeckung aus bzw. wird der Fehlbetrag dem Lebensversicherer belastet. Werden dagegen Überschüsse erzielt, so profitieren davon in einem nun transparenter gestalteten Verfahren die Versicherten.

Im Bericht zur Überprüfung der Höhe des Mindestzinssatzes wird vom Ausschuss Anlagefragen zuhanden der Eidgenössischen BVG-Kommission festgehalten, dass einerseits der bereits gesenkte Mindestzinssatz von 3,25% von den meisten Vorsorgeeinrichtungen nicht mehr durch die Erträge der Anlagen erreicht werden kann und dass andererseits das Spannungsverhältnis von geforderten sicheren Rentenleistungen und unsicheren Anlageerträgen nur dann entschärft werden kann, wenn bei der Mindestverzinsung ein Satz gewählt wird, der mit einem risikoarmen Portefeuille zu erreichen sein wird²⁸. Als solches werden v.a. die Bundesobligationen angesehen^{29,30}.

²⁴ Pra 2002 Nr. 212.

²⁵ Die Diskontierung ist für die Vergleichsrechnung nicht nötig, da die Abgeltung als indexierte Rente – und nicht in Kapitalform – erfolgt. Zum gewählten Endalter 65 siehe Fn. 69. Die Berechnungen wurden mit der Software «capitalisator» durchgeführt.

²⁶ Möglich ist auch die Kombination von Rente und Kapital. In Pra 2002 Nr. 212 wurde der Betreuungsschaden in Rentenform und der Haushaltsschaden als Kapitalabfindung verlangt und entsprechend zugesprochen.

²⁷ Art. 12 lit. b BVV 2 in der Fassung vom 10.9.2003 (AS 2003, 3523) bzw. vom 23.10.2002 (AS 2002, 3904).

²⁸ Bericht vom Mai 2003, 3 und 14 f.

²⁹ «Den Bundesobligationen kommt, als sichere nominelle Wertpapiere, ein hoher Stellenwert zu. Bundesobligationen weisen, wie alle Obligationen, für Anleger, die diese bis zur Fälligkeit halten, eine feste (nominelle) Rendite auf, und sind deswegen grundsätzlich sicherer als Beteiligungspapiere und Immobilienanlagen. Wegen der hohen Bonität des Emittenten gilt die Rendite von Bundesobligationen als Bezugsgrösse zur Messung von risikoarmen Portefeuilles»; Bericht der Kommission für Anlagefragen, 18. Gleich auch BRUNO GEHRIG (Plädoyer für ein rationales BVG-Regime, in NZZ vom 27.5.2004, 25): «Als Basis zur Festlegung des Mindestzinssatzes bietet sich die Rendite langfristiger, kreditrisikofreier

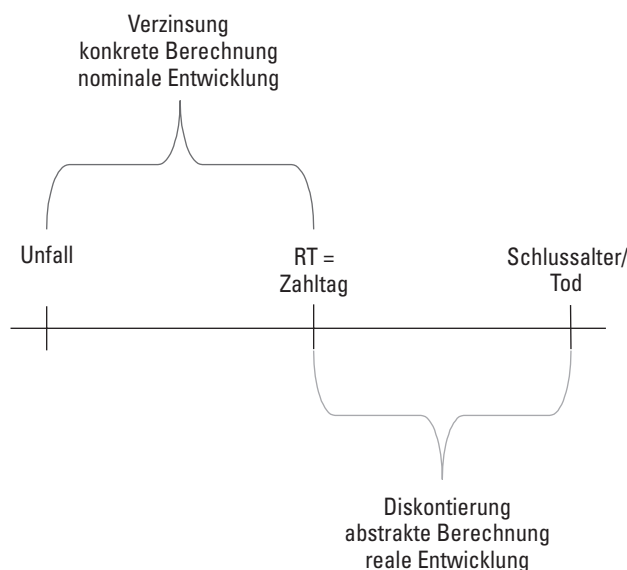
Über weite Strecken kann bei den Renditeüberlegungen im Bereich BVG und Haftpflichtrecht von den gleichen Annahmen ausgegangen werden. Auch im Haftpflichtrecht dürfen von der geschädigten Person bei der Vermögensanlage keine allzu hohen Risiken verlangt werden, denn auch dort geht es wie bei der Altersversorgung um die Deckung des Lebensbedarfs. Die Zurückhaltung bei den Ertragsersparungen gilt bei Schadenersatzleistungen wohl noch vermehrt, da die von einem Schadenersatzleistung Betroffenen nicht über die nötige Erfahrung in Anlagefragen verfügen und zum Teil verletzungsbedingt die Vermögensverwaltung gar nicht selber übernehmen können. Sie verfügen als Kleinanleger auch nicht über die gleichen Möglichkeiten, Volatilitäten auszugleichen und dürfen daher keinem allzu hohen Performance-Druck ausgesetzt werden.

Es macht daher auch bei den Personenschäden Sinn, die Rendite der langfristigen Bundesanleihen als Referenzwert in den Mittelpunkt zu stellen. Nicht möglich und sinnvoll ist es aber, den Kapitalisierungszinsfuss periodisch anzupassen. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sollte er möglichst konstant gehalten werden. Somit sind nicht die momentanen Marktverhältnisse ausschlaggebend, sondern ein längerfristiger Anlagehorizont und es dürfen daher nicht einfach die in der BVG-Diskussion gehandelten Mindestzinsen zum Vergleich herangezogen werden.

Mit den 10-jährigen Bundesobligationen wird im langfristigen Durchschnitt eine reale Rendite von rund 2% erreicht³¹. Dieser Satz sollte folglich bei der Kapitalisierung langfristiger Renten zur Anwendung kommen. Nur er gewährleistet, dass die geschädigten Personen bei der Entschädigung in Kapitalform keine finanziel-

len Verluste erleiden und damit ihren Schaden voll ersetzt erhalten. Aber auch die Sozialversicherer sind nicht in der Lage, à la longue eine Realrendite von 3,5% zu erwirtschaften³², so dass auch für die Regressansprüche von einem tieferen Zins auszugehen ist. Dieser Schritt, der indirekt auch in zahlreichen anderen Rechtsgebieten von Bedeutung ist³³, drängt sich auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichwertigkeit von Kapital und Rente auf³⁴.

Grafik 2: Unterschiede des bisherigen und zukünftigen Schadens



II. Zeitpunkt der Schadensberechnung: Theorie und Praxis

A. Invalidität

Zwischen dem Unfalltag und dem RT verstreichen regelmässig etliche Jahre bis der Schaden überblickbar und auch für die Zukunft berechenbar wird. Beispiele aus der jüngsten Praxis zeigen, dass es insbesondere im Prozessfall mehr als ein Jahrzehnt dauern kann, bis der Schaden definitiv feststeht³⁵.

Beim Invaliditätsschaden besteht eine lang währende, feste Praxis, den bisherigen Schaden bis zum RT aufzuaddieren und den künftigen Schaden ab RT zu kapi-

Staatsobligationen an, wobei von diesem Wert ein Abschlag vorzusehen ist. Überdies sollte der Mindestzins mittels einer Formel an die Kapitalmarktentwicklung gebunden werden, damit seine Festlegung nicht zu Disputen und unsachgemässen Entscheidungen führt. Zudem sichert nur die direkte Bindung an einen Marktzins – naheliegenderweise an einen rollenden Durchschnitt der Rendite langfristiger Bundesobligationen – die für die Vorsorgeeinrichtungen und Versicherte unerlässliche Transparenz und Berechenbarkeit. Der Schweizerische Versicherungsverband hat, inspiriert durch die Regelungen in einigen Ländern der EU, die Bindung an den rollenden Durchschnitt der Rendite zehnjähriger Bundesobligationen mit einem Abschlag von 40% dieses Durchschnitts zur Diskussion gestellt. Dieser Vorschlag ist eine zweckdienliche Grundlage.»

³⁰ Auch die II. Öffentlichrechtliche Abteilung des Bundesgericht hatte sich bereits mit dem Umwandlungssatz und den Mindestzinsen zu befassen (BGE 2A.441/2003 vom 12.3.2004) und kam dabei zu folgendem Schluss: «Klaffen die effektiv erzielbaren Kapitalerträge und der Mindestzinssatz während längerer Zeit deutlich auseinander, ist nicht ausgeschlossen, dass es zu einer gesetzwidrigen Unterdeckung kommt, der längerfristig nur mit zusätzlichen Einnahmen begegnet werden kann. Das Gesetz will dies zwar möglichst vermeiden, weshalb es den Bundesrat anhält, den Mindestzinssatz aufgrund der Anlagemöglichkeiten so festzusetzen, wie er längerfristig auf dem Kapitalmarkt auch tatsächlich erwirtschaftet werden kann (vgl. Art. 15 Abs. 2 BVG)».

³¹ Bericht des Ausschusses Anlagefragen, 30, sowie CARL HELBLING, Politischer Hickhack um den BVG-Zins, NZZ 19.9.2002, 29.

³² Vgl. PETER BECK, Senkung des Kapitalisierungszinsfusses angezeigt, HAVE 2002, 391 ff.

³³ Der in konstanter Praxis für die Kapitalisierung von Personenschäden (Direktschäden und Regresswerten) benutzte Zinsfuss von 3,5% wird oftmals unbesehen auch in anderen Rechtsgebieten verwendet, u.a. weil die Faktoren der Barwerttafeln entsprechend berechnet sind.

³⁴ SCHAETZLE/WEBER (Fn. 15), N. 3.109 ff.

³⁵ Etwa Urteil 4C.252/2003 des Bundesgerichts vom 23.12.2003, zwischen Unfall und Urteilstag 12 Jahre; Pra 2002 Nr. 212: 13 Jahre, BGE 129 III 135: 14 Jahre.

talisieren³⁶. Hievon wird nur ausnahmsweise abgewichen, obwohl die geschädigte Person seit 5 Jahren die Möglichkeit hat, statt eines Kapitals eine indexierte Rente zu verlangen (BGE 125 III 312).

Im Prozess bildet der Tag, an dem letztmals noch neue Tatsachenbehauptungen vorgebracht werden können, der letztmögliche RT³⁷. Dieser prozessrechtlich bedingte RT bildet jedoch materiellrechtlich keine sinnvolle Lösung, da der RT optimalerweise mit dem Zahltag korrespondieren sollte. Sie befriedigt auch deshalb nicht, weil die Entwicklungen zwischen dem RT und dem letztinstanzlichen Urteil nicht mehr berücksichtigt werden können. Es bleibt nur der Ausweg, wenn der RT nicht aktualisiert werden darf oder kann, wenigstens den gesamten Direktschaden ab RT zu verzinsen, wie vorne beschrieben ist.

Unabhängig von der Schadenersatzform wird durchgehend vernachlässigt, dass die geschädigte Person zwischen dem Unfalltag und dem RT auch hätte arbeitsunfähig werden können, wenn sich das schädigende Ereignis nicht ereignet hätte (z.B. krankheits- und unfallbedingt). Die *Invalidisierungswahrscheinlichkeit* wird für diesen Zeitraum also ignoriert, was eine sinnvolle Vereinfachung darstellt. Dadurch wird angenommen, dass die geschädigte Person in den Jahren zwischen Unfallzeitpunkt und RT keinen Schaden erlitten hätte.

Die Möglichkeit, invalid zu werden, sollte u.E. auch für den künftigen Erwerbsschaden ausser Acht gelassen werden, da die hypothetischen Sozialversicherungsleistungen in der Regel den Schaden zum grösseren Teil decken³⁸. Diese hypothetischen Leistungen sind, gleich wie das hypothetische Validen- und Invalideneinkommen, zu berücksichtigen. Gleich wie der nun von der Rechtsprechung anerkannte Rentenschaden³⁹, der die Nachteile einer Erwerbsunfähigkeit in der Altersversorgung ausgleicht, muss auch ein Sozialversicherungsschaden in der Aktivphase entschädigt werden.

Wird der Erwerbsschaden mit den Aktivitätstafeln kapitalisiert, werden die substituierenden Leistungen der Sozialversicherer ausgeblendet und fingiert, dass die geschädigte Person, falls sie invalid würde, keine Invalidenrenten erhalte. Auch wenn die Invalidisie-

rung nicht unfallbedingt erfolgt, erreichen die Leistungen der 1. und 2. Säule annähernd das bisherige Leistungsniveau⁴⁰. Die Invalidisierung wirkt sich heute daher lediglich noch im Sinne einer Einkommensminderung, nicht aber als gänzlicher Lohnausfall aus⁴¹.

Mit der Verwendung der Mortalitätsfaktoren wird die Kapitalisierung zudem einfacher und korrekter. Der Erwerbsschaden wird als temporäre Mortalitätsrente und der Rentenschaden als aufgeschobene Mortalitätsrente kapitalisiert. Die Zäsur bildet der mutmassliche Pensionierungszeitpunkt. Werden die beiden Faktoren addiert, resultiert der Faktor für die entsprechende Leibrente. Gemäss heutiger Praxis entsteht aber eine Deckungslücke, wenn der Erwerbsschaden als temporäre Aktivitätsrente und der Rentenschaden als aufgeschobene Mortalitätsrente berechnet werden⁴². Die Summe der Faktoren ist kleiner als diejenige der Leibrente.

B. Versorgungsschaden

Im Gegensatz zum Invaliditätsschaden wird bei der Berechnung des Versorgungsschadens in ständiger Bundesgerichtspraxis seit 1958 (BGE 84 II 300) rückwirkend auf den *Todestag* kapitalisiert. Diese Rechtsprechung stösst zunehmend auf Kritik⁴³.

In unserem Beispiel 20b⁴⁴ haben wir vorgeschlagen, auch den Versorgungsschaden per RT zu kapitalisieren. Danach ist zuerst der bisherige Schaden zu addieren unter

³⁹ BGE 129 III 135.

⁴⁰ Bei Erreichen des AHV-Alters erhält ein Grossteil der Versicherten von Pensionskassen nach dem Leistungsprimat «eine Altersrente aus 1. und 2. Säule von über 70% des AHV-Lohns, bei knapp 30% liegt das Leistungsniveau über 85%» (NZZ vom 10.5.2004, Nr. 107, 22). Auch bei Beitragsprimat-Kassen wird in der Regel ein ansehnliches Niveau erreicht. Dies trifft auch zu, wenn ein Versicherter vor Erreichen des AHV-Alters invalid wird.

⁴¹ Betragen im hypothetischen Invaliditätsfall die mutmasslichen Sozialversicherungsleistungen mehr als 50% des angenommenen Valideneinkommens, was die Regel bildet, so ist der Fehler kleiner, wenn für die Kapitalisierung des Erwerbsschadens auf die Mortalitätsfaktoren statt auf die Aktivitätsfaktoren abgestellt wird.

⁴² So auch VOLKER PRIBNOW, Nettolohn, Lohnentwicklung und Haushaltsschaden vor dem Bundesgericht, HAVE 2003, 52.

⁴³ Den Todestag als Kapitalisierungszeitpunkt befürworten u.a. OFTINGER/STARK (Fn.1), § 6 N 350; BK-BREHM N 94 zu OR 45; Rey (Fn. 1), N 304; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2.A., Bern 1982, § 26 N 28; EDMOND C. PERRUCHOU, Les intérêts en matière de responsabilité civile, Juristische Schriften des TCS Nr. 10, Genf 1994, 18; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band II, Haftpflicht und Versicherung, Bern 1998, N 1146 f., während die nachfolgenden Autoren den Rechnungstag vorziehen; ZEN-RUFFINEN, La perte de soutien, Diss. Bern 1979, 58 ff.; MAX KELLER/SONJA GABI, Haftpflichtrecht (Das Schweizerische Schuldrecht, Band II), 2. A., Basel 1988, 73, 98; HONSELL (Fn. 1), § 8 N 22; FLAVIO PERINI, Richterliches Ermessen bei der Schadenersatzberechnung, Diss Zürich 1994, 61 f.; WALTER OTT/KRISTINA TENCHIO-KUZMIG, Der massgebende Zeitpunkt der Schadensberechnung im Delikts- und Vertragsrecht, ZSR 1998 I 187. SCHAETZLE/WEBER, Barwertafeln – neue Rechnungsgrundlagen für den Personenschaden, in TERCIER (Hrsg.), Kapitalisierung – neue Wege, Fribourg 1998, Ziff. 2.3 und 4.4.

⁴⁴ SCHAETZLE/WEBER (Fn. 15) sowie N 3.394 und N 4.95.

³⁶ Zum Zeitpunkt der Schadensberechnung: BGE 81 II 38, 49; 77 II 153. OFTINGER/STARK (Fn. 1), § 6 N 21; BK-BREHM, N 7 zu OR 42; BasK-SCHNYDER N 4 zu OR 42; Rey (Fn. 1), N 218a; HONSELL (Fn. 1), § 8 N 22; ROBERTO (Fn. 1), § 30 N 819. Vgl. aber auch HERMANN LANGE, Schadenersatz, 2.A., Tübingen 1990, 46 und MATTHIAS LEEMANN, Die Rente als Art des Schadenersatzes im Haftpflichtrecht, Diss. Zürich 2002, 43, die den verfahrensrechtlichen Zeitpunkt der Schadensberechnung als nicht entscheidend für die materiellrechtliche Beurteilung ansehen.

³⁷ In BGE 123 III 115 wird beispielsweise als RT auf den 1.3.1994 abgestellt, da die Parteien bis zu diesem Zeitpunkt letztmals Noven vorbringen konnten, während das Bundesgericht diesen Fall erst drei Jahre später entschied.

³⁸ Ähnlich LEEMANN (Fn. 21), 114.

Berücksichtigung der sich ändernden Sozialversicherungsleistungen⁴⁵ und anschliessend der Barwert des künftigen Schadens entsprechend zu berechnen.

Bei der Kapitalisierung sind dabei die gleichen Grundsätze wie beim Invaliditätsschaden zu beachten.

Inzwischen haben nun auch das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV), der Schweizerische Versicherungsverband (SVV) und die Suva eine *Empfehlung* erlassen, wonach der Versorgungsschaden zweiphasig berechnet werden sollte. Danach ist für die Kapitalisierung nicht mehr auf den Todestag, sondern neu auf den RT abzustellen.

Diese Empfehlung ist in HAVE 2003, 347 abgedruckt und lautet: «Angesichts der materiellen Bedeutung der Sozialversicherungsleistungen an Hinterbliebene, der gut funktionierenden Praxis bei der Berechnung des bisherigen und künftigen Invaliditätsschadens und der in der Gerichtspraxis feststellbaren Tendenz, bei Kapitalisierung per Todestag, Tatsachen und Entwicklungen zwischen Todestag und Urteilstag nicht auszublenden, sondern immerhin zurückhaltend zu berücksichtigen, wird vorgeschlagen, den Versorgungsschaden zweiphasig zu berechnen»⁴⁶.

Soll die Berechnung möglichst genau durchgeführt werden, können zusätzlich die Sterbens- und Invalidisierungswahrscheinlichkeiten der versorgenden Person zwischen Todestag und RT berücksichtigt werden⁴⁷.

Es ist zu hoffen, dass die Gerichtspraxis ebenfalls der zweiphasigen Berechnung den Vorzug geben wird. Vermieden wird damit die Abdiskontierung in der Vergangenheit, die mit dem Schadenszins wieder korrigiert werden muss und klargestellt ist damit auch, dass die konkreten Entwicklungen inklusive teuerungsbedingte Änderungen bis zum Rechnungstag zu berücksichtigen sind.

C. Genugtuung

Grundsätzlich ist die Genugtuung bereits im Unfallzeitpunkt geschuldet. Aber das Ausmass des immateriellen Schadens, die Schwere der Unfallfolgen werden jedoch erst im Laufe der Zeit überblickbar. Deshalb wird die Höhe der Genugtuung erst später, meist im Zeitpunkt der Schadensberechnung definitiv festgelegt.

Für die Genugtuung ist ebenfalls ein Zins geschuldet. Bis heute ist allerdings nicht restlos geklärt, ab wann

dieser läuft und welche Funktion ihm überhaupt zukommt. Zum einen wird der Zins als *Aufwertungsfaktor* für die inflationsbedingten Änderungen gesehen⁴⁸, zum anderen soll er die vorenthaltene Nutzung des Kapitals zwischen dem schädigenden Ereignis und der Zahlung ausgleichen⁴⁹. Nach SZÖLLÖSY ist beides geschuldet, da die «inflationsbedingte Revalorisierung der Genugtuungsbeiträge und deren Verzinsung zwei verschiedene Dinge sind»⁵⁰.

Das Bundesgericht hat in BGE 129 IV 153 grundsätzliche Bedenken gegenüber der Ansicht angemeldet, wonach entweder auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen oder der Zins ab Unfalltag einzurechnen sei: «Ob diese Alternative überhaupt richtig sei, erscheint zweifelhaft, da es angesichts des weiten Ermessens bei der Festlegung der Genugtuungssummen fragwürdig erscheint, von «Ansätzen» zu sprechen und bei einer generellen Veränderung in der Grössenordnung der zugesprochenen Summen nach allgemeinen Grundsätzen sämtliche noch nicht rechtskräftig entschiedenen Fälle gemäss der neuen Praxis zu entscheiden sind».

Auch uns scheint die doppelte Anknüpfung wenig sinnvoll, da zwischen den heutigen und damaligen Tarifen kaum differenziert werden kann⁵¹. Zudem geht es bei einer Aktualisierung der Genugtuungsansätze nicht allein um die Teuerung und diese ist, zumindest in den letzten Jahren, mit 5% auch zu hoch veranschlagt. Da für die angemessene Bestimmung der Genugtuung ein Überblick über die vergangene Leidenszeit bestehen sollte, muss diese in die Schätzung einfließen, weshalb – wie beim Versorgungsschaden – die *Verhältnisse am RT massgebend* sein müssen⁵². Dies gilt aber nicht

⁴⁵ Z.B. infolge Anpassung an die Teuerung oder Wegfall einer Waisenrente.

⁴⁶ Diese Regelung gilt gemäss dieser Absprache ab sofort für alle pendenten Fälle. Vgl. HAVE 2003, 355.

⁴⁷ Die entsprechenden Abzüge in Prozenten finden sich im Band «Kapitalisieren» (Fn. 15), N. 2.422, oder lassen sich mit der Software «LEONARDO» direkt bestimmen.

⁴⁸ Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 9. Mai 1972 i.S. Tonezzer (teilweise publiziert in BGE 98 II 129 ff.) für die Bemessung der Genugtuung die Ansätze angewendet, die zur Zeit der Verletzung galten (JT 1973 I 470 Nr. 72). In der Lehre ist kritisiert worden, dass damit den Geschädigten der Nachteil der inzwischen eingetretenen Teuerung treffe (SZÖLLÖSY, ZBJV 112/1976, 31; BK-BREHM (Fn. 1), N. 92 zu Art. 47 OR). BK-BREHM (Fn. 1), N. 94 zu Art. 47 OR schlägt daher vor, dem Geschädigten entweder zusätzlich zu der nach den Ansätzen am Verletzungstag bemessenen Summe einen Zinsanspruch zuzugestehen oder eine Genugtuung nach den Ansätzen am Urteilstag ohne Zins zuzusprechen. Vgl. auch BGE 116 II 299, der die Frage ebenso wie BGE vom 23.2.1994 (Semjud 116, 1994, 598) offen lässt.

⁴⁹ BGE 129 IV 152 f.: «Der Zins bildet Teil der Genugtuung, denn diese soll der geschädigten Person unabhängig von der Länge des Verfahrens bis zur endgültigen Festlegung der Genugtuungssumme bzw. bis zur Zahlung in vollem Betrag zur Verfügung stehen; der Zins soll die vorenthaltene Nutzung des Kapitals für die Zeit zwischen dem Delikt bzw. dessen Auswirkung auf die Persönlichkeit des Opfers und der Zahlung ausgleichen».

⁵⁰ PAUL SZÖLLÖSY, Kommt es in der Schweiz zu einer Praxisänderung in der Zusprechung der Genugtuungssummen, VersR 1983, 98/100.

⁵¹ SCHÄTZLE/WEBER, Wichtige Entwicklungen in den Jahren 2002 und 2003, in: HAVE-Tagungsband Personen-Schaden-Forum 2004, 205 f.

⁵² Wenn beispielsweise das Opfer vor dem RT stirbt, so kann dies bei der Bemessung nicht vernachlässigt werden. Ebenso wenig, wie wenn zunehmend klar wird, dass mit einer reduzierten Lebenserwartung gerechnet werden muss.

nur für die individuelle Entwicklung, sondern muss auch für die Bemessung der Höhe der Genugtuung gelten⁵³. Falls die Wertungen sich zwischenzeitlich geändert haben und diese sich auf die Genugtuungsansätze auswirken, so darf folglich nicht auf die seinerzeitigen Ansätze abgestellt und die seitherige Entwicklung ausser Acht gelassen werden⁵⁴.

Bleibt die Frage, ob auch bei einer zeitgemässen Bewertung des immateriellen Schadens zusätzlich ein Zins geschuldet ist und ab wann er zu laufen beginnt. Die Funktion des Zinses besteht im Ausgleich der vorerhaltenen Nutzung des Kapitals, und präsentiert sich damit grundsätzlich gleich wie beim materiellen Schaden. *Zins ist daher auch für die «aktualisierte» Genugtuung geschuldet*⁵⁵. Fällig wird die Entschädigung mit der Zufügung der seelischen Unbill. In der Regel ist dies der Unfall. «Man muss die Verursachung des Ungemachs als Gesamtheit ansehen, die mit dem Schadenereignis ihren Anfang nimmt»⁵⁶. Davon ist abzuweichen, wenn sich die genugtuungsbegründenden Folgen erst viel später einstellen⁵⁷.

In BGE 129 IV 154 wurde auf einen *mittleren Verfall* abgestellt. Dies rechtfertigt sich, wenn wiederholte Verletzungshandlungen zur Diskussion stehen, wie dies bei den Anspruchstellern der Fall war, die über einen längeren Zeitraum sexuell missbraucht wurden. Anders verhält es sich aber bei einem einmaligen schädigenden Ereignis (z.B. einem Unfall), bei dem dieser Zeitpunkt auch der dies a quo für den Zins bildet⁵⁸.

⁵³ Im Ergebnis ebenso PETRA DUCKSCH, Genugtuung nach heutiger Wertung plus Zins? Urteil 6S.392/2002 des Bundesgerichts vom 17. Dezember 2002, in HAVE 2003, 150.

⁵⁴ Im Bereich der Genugtuung besteht zudem ein gewisser Nachholbedarf, da die Genugtuungsleistungen im europäischen Vergleich eher tief liegen und die geringen Genugtuungssummen von den Opfern oft auch kaum nachvollzogen werden können, z.B. umgerechnet CHF 10.- pro Tag für schwere oder irreversible Schädigungen, welche die verbleibende (und oft reduzierte) Lebenszeit arg beeinträchtigen (vgl. SCHAETZLE/WEBER, (Fn. 15), Beispiel 13a).

⁵⁵ Gleich wie hier auch KELLER (Fn. 1) 131: «Genugtuung nach damaligen Ansätzen plus Zins oder nach heutigen Massstäben ohne Zins, klingt logisch. Richtig gestellt lautet die Frage aber nicht: Was hätte die geschädigte Person, aus damaliger Sicht, bekommen?, sondern: Was hätte sie damals nach heutigem Verständnis bekommen sollen? (wie sich denn Änderungen der Rechtsprechung auch auf hängige Fälle auswirken). Neben veränderten Anschauungen hat die Geldentwertung zu höheren Genugtuungssummen geführt; dies darf ohnehin berücksichtigt werden: Fazit: Genugtuung nach heutiger Wertung plus Zins».

⁵⁶ KELLER (Fn. 1), 130.

⁵⁷ KELLER (Fn. 1), 131: «[...] etwa eine harmlos scheinende Verletzung erst nach Jahr und Tag zu einem schlimmen Leiden oder zum Tode führt oder wo eine Berufskrankheit erst nach langer Zeit ausbricht».

⁵⁸ Die Analogie zum Erwerbsschaden, die PETRA DUCKSCH (Fn. 48) allgemein zu Gunsten des mittleren Verfalls anführt, vermag nur zu überzeugen, wenn wiederholte Verletzungen begangen werden. Zudem wurde im Entscheid richtigerweise auf den mittleren Zeitpunkt der Missbrauchsphase und nicht auf den mittleren Verfall zwischen Verletzungsbeginn und RT abgestellt. Die Rechnerei wirkt allerdings bei der Genugtuung und angesichts der zugesprochenen Beträge kleinlich, wenn nicht gar peinlich!

III. Rückstellungen und Rechnungstag

A. Relevanz der Abwicklungsdauer

Der Haftpflichtversicherer muss sich bereits in einem frühen Stadium ein Bild über das Schadenausmass machen, dies als Grundlage für die sachgerechte Schadenregulierung, aber auch – bei Schäden mit einer längeren Abwicklungsdauer – um die nötigen Rückstellungen zu bilden⁵⁹. Auch bei der Berechnung der Rückstellungen kommt dem RT eine zentrale Bedeutung zu. Der RT ist dabei auf den *Zeitpunkt der mutmasslichen Erledigung* des Schadenfalles zu legen, denn die Berechnung der Rückstellung ist nichts anderes als eine antizipierte Berechnung der späteren Schadenersatz- und Regressansprüche und muss daher mit diesen möglichst genau übereinstimmen. Dies wird nicht immer beachtet. Namentlich die *Abwicklungsdauer* eines Falles wird oft nicht oder zumindest nicht realistisch (meist zu optimistisch) eingeschätzt.

Die Abwicklung eines schweren Personenschadens dauert mehrere Jahre. Der Durchschnitt wird mit acht Jahren angegeben⁶⁰. Vorstehend wurde aufgezeigt, dass die Aufwendungen und Ausfälle bis zum Erledigungszeitpunkt summiert werden. Geschuldet ist zudem ein Schadens- und Regresszins. Für die Rückstellung muss auch die *inflationbedingte Erhöhung* der einzelnen Schadenspositionen abgeschätzt werden⁶¹. Keinesfalls aber dürfen die Leistungen auf den Zeitpunkt der Berechnung der Rückstellungen kapitalisiert werden.

Der Grund für das «*Diskontierungsverbot*» hat damit zu tun, dass die auf den Rückstellungen erwirtschafteten Finanzerträge nicht in die Rückstellungen, sondern regelmässig ins allgemeine Finanzergebnis fliessen. Wird auf den Zeitpunkt der Rückstellungsberechnung diskontiert, werden somit in der Bilanz zu tiefe Rückstellungen ausgewiesen und ein Abwicklungsverlust erzielt⁶². Erst für die Leistungen nach dem mutmasslichen Erledigungszeitpunkt darf diskontiert werden, dies aber auch nur, wenn die Entschädigung in Kapitalform geleistet wird⁶³. Auch bei der Berechnung von Rückstellungen müssen also die beiden Phasen vor

⁵⁹ Weiterführend SYLVA FISNAR, Reservierung schwerer Körperschäden, Methodik und Praxis in der Haftpflichtversicherung, Publikation Swiss Re, Zürich 1999.

⁶⁰ Genauere Zahlen sind nicht bekannt, doch würde sich eine solche Auswertung lohnen, da der Haftpflichtversicherer auch diesbezüglich Erfahrungswerte braucht.

⁶¹ In der Praxis wird beim Regress auf den Zins verzichtet, wenn regelmässig Akontozahlungen geleistet werden. Vgl. Fn. 13.

⁶² FISNAR (Fn. 54), 17: «Dadurch erschiene das Geschäftsergebnis in einem besseren Licht und würde den Grundsatz der Bilanzwahrheit verletzen».

⁶³ Dazu nachstehend 108.

und nach dem RT unterschieden werden, auch wenn – auf den ersten Blick etwas paradox – die Leistungen vor dem RT noch in der Zukunft liegen.

Besonders gravierend wirkt sich die Missachtung dieser Grundsätze bei der Reservierung von *Kinderschäden* aus. Hier wird mit der Schadenerledigung meist zugewartet, bis die Betroffenen ein Alter erreicht haben, in dem sich in medizinischer und beruflicher Hinsicht verlässlichere Prognosen stellen lassen. Das ist regelmässig erst dann der Fall, wenn die Betroffenen erwachsen sind und eine allenfalls mögliche Berufsausbildung abgeschlossen haben.

Auch wenn die Schadenersatzleistungen erst viel später ausbezahlt werden, darf aber nicht der aktuelle RT genommen und aufgeschoben auf den mutmasslichen Abschlusszeitpunkt gerechnet werden. Dies würde nämlich voraussetzen, dass der auf dem Kapitalbetrag erwirtschaftete Zinsertrag während der Zeit des Aufschubs den Rückstellungen gutgeschrieben wird, was in der Praxis aber nicht geschieht.

Nehmen wir für ein Rechenbeispiel einen 10-jährigen Knaben und unterstellen, dass der Schaden frühestens erledigt wird, wenn er das 20. Altersjahr erreicht hat. Rechnen wir mit einem konstanten Einkommen von CHF 80 000 bis Alter 65 einmal aufgeschoben und sodann korrekt mit Alter 20, so resultiert eine Differenz von über einer halben Million:

Alter 10, um 10 Jahre aufgeschobene Leibrente bis Alter 65, 3,5%	→ Faktor 15,69	
15,69 x CHF 80 000 =		CHF 1 254 928
Alter 20, temporäre Leibrente bis 65, 3,5%	→ Faktor 22,19	
22,19 x CHF 80 000 =		CHF 1 775 167
Fehlbetrag		- CHF 520 239

Die Problematik findet sich freilich nicht nur bei Kindern, sondern in jedem Schadenfall mit Dauerfolgen. Auch bei einem bereits Erwerbstätigen muss die Zeit bis zur Auszahlung der Entschädigung geschätzt und der bis zu diesem Zeitpunkt zu erwartende Erwerbsausfall summiert und allenfalls verzinst werden. Zudem muss von einem nominalen Verlauf ausgegangen, also auch die inflationsbedingte Erhöhung eingerechnet werden, was regelmässig zur Annahme einer höheren Lohndynamik zwingt. Eine weitere Fehlerquelle, die Ursache für zu tiefe Rückstellungen sein kann.

Etwas anderes gilt für die Zeit nach dem RT. Kann davon ausgegangen werden, dass die Entschädigung in Kapitalform erfolgt, darf ohne weiteres auch der zukünftige Schaden für die Rückstellungen kapitalisiert werden. Der geschädigten Person wird eine diskontierte Entschädigung ausbezahlt und dieser Betrag ist auch für die Rückstellung relevant.

B. Berücksichtigung von Veränderungen

In den Rückstellungen muss auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Verhältnisse ändern können. Der Mensch neigt zur Denkhaltung, alles bleibe so, wie es ist. Das Gegenteil ist aber die Regel: *Die einzige Konstante ist die Veränderung* und diese muss bei der Schadensschätzung stets einbezogen werden. Nebst Veränderungen des Gesundheitszustandes sind auch die ökonomischen und rechtlichen Entwicklungen einzuschätzen. Eine Prognose über die Rechtsentwicklung fällt natürlich schwer, gleichwohl haben gerade die letzten Jahre gezeigt, dass sich auch punkto Schadensberechnung viel ändern kann⁶⁴. Etwas einfacher verhält es sich mit den wirtschaftlichen Entwicklungen. Hier stehen z.T. aussagekräftige Statistiken zur Verfügung, die als Erfahrungswerte für die Zukunftsprognosen heranzuziehen sind. Via Lohnstrukturhebung und AHV-Einkommensstatistik verfügen wir z.B. über ziemlich genaue Kenntnisse der Lohnentwicklungen. Anhand dieser Daten kann die mutmassliche Einkommensentwicklung jedenfalls verlässlicher bestimmt werden, als mit einer Schätzung, die nur den Einzelfall im Visier hat.

Geht man von einer generellen Einkommenssteigerung von 1% aus und nimmt die individuellen Erhöhungen dazu, die sich aus der AHV-Einkommensstatistik ableiten lassen⁶⁵, so können die Barwerte der mittleren Einkommen für die einzelnen Altersgruppen angenommen werden. Der Erwerbsausfall bewegt sich zwischen 1 Mio. für die Altersgruppe der 50- bis 54-jährigen und bis zu 2 Mio. für die 20- bis 24-jährigen.

Basierend auf diesen Zahlen, lässt sich folgende Tabelle bilden⁶⁶:

Grafik 3: Schätzwerte auf Grundlage der AHV-Einkommensstatistik:

Altersklasse	Anfangslohn	Aufschlagsfaktor	%	Kapitalisierungsfaktor	Barwert
20–24	50000	2,65	2,2	21,45	2210000
25–29	60000	2,1	1,9	20,34	2080000
30–34	70000	1,65	1,5	19,08	1900000
35–39	80000	1,45	1,3	17,61	1820000
40–44	83000	1,3	1,1	15,76	1560000
45–49	85000	1,20	1,0	13,50	1290000
50–54	86000	1,15	1,0	10,85	1020000

⁶⁴ Als Beispiel sei auf BGE 129 III 135 ff. = Pra 2003 Nr. 69 hingewiesen, der das Einkommen auf Nettobasis rechnet und mit statistischen Daten einem Mann auch einen beachtlichen Haushaltsschaden zuspricht, was noch vor 10 Jahren kaum der Regel entsprach.

⁶⁵ SCHÄTZLE/WEBER (Fn. 15), N 4.34 ff.

⁶⁶ Verwendet wurden dabei die Medianwerte der neuesten Statistik 2001 (vgl. dazu ANDREA HÄRTER, AHV-Einkommen der Arbeitnehmer/innen 2001, CHSS 2004, 31 ff.), wobei die Einkommen der jüngsten Altersgruppe angehoben wurden, da die Zahlen infolge der ausbildungsbedingt hohen Zahl Teilerwerbstätiger nicht repräsentativ sind. Es handelt sich bei den Zahlen aber ohnehin nur um Grössenordnungen!

Vereinfachend kann der *Lohndynamik* bei der Kapitalisierung dadurch Rechnung getragen werden, dass der Zinsfuss entsprechend gesenkt wird⁶⁷. Bei jüngeren Geschädigten müsste also – bei Annahme eines konstanten Einkommens auf Basis im Unfallzeitpunkt – mit einem Zinsfuss von 1,5% (3,5% minus 2%), bei älteren mit 2,5% (3,5% minus 1%) gerechnet werden. Genauer ist die Kalkulation mit einem entsprechend veränderlichen Einkommen, was allerdings nicht mehr manuell durchgeführt werden kann.

C. Rückstellung von (indexierten) Renten

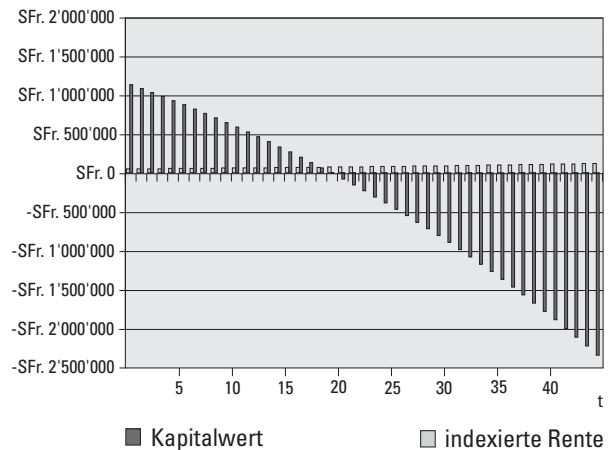
Zu den bedeutsamen Rechtsentwicklungen gehört die Zulassung der *Entschädigung in Rentenform*. Für die Renten sind auch bei den Rückstellungen neue Wege zu beschreiten, denn es kann nicht einfach gleich kalkuliert werden wie bei der Abfindung in Kapitalform. Wird die Rentenverbindlichkeit wie üblich diskontiert, entstehen u.U. massive *Abwicklungsverluste*, zumindest wenn keine zusätzlichen administrativen Vorkehrungen getroffen werden⁶⁸. Wie erwähnt fließen keine Erträge in die Rückstellungen, sodass bereits aus der Diskontierung bei einer Rentenlösung ein Verlust resultiert. Das abdiskontierte Kapital reicht nicht aus, um die geschuldeten Renten zu bezahlen. Zusätzlich müssen die indexbedingten Erhöhungen berücksichtigt werden. Bei einer nominallohnindexierten Rente bedeutet dies, dass nicht nur die reale Veränderung wie bei der Kapitalisierung, sondern die nominale Entwicklung, also auch die Teuerung eingerechnet werden muss. Die *Nominallohnentwicklung* war in den letzten Jahren beachtlich, sie betrug in den letzten 20 Jahren durchschnittlich 3,3%, in den letzten 15 Jahren 2,8% und über einen Zeitraum von 30 Jahren 5,9%.

Nehmen wir eine Rente einer 20-jährigen Frau von CHF 50 000, die an den Lohnindex gebunden ist. Auch hier verwenden wir die Prognose, dass die nominale Lohnentwicklung im jährlichen Durchschnitt 2% betragen wird. Im ersten Jahr kommt somit eine Rente von CHF 50 000 zur Auszahlung, im zweiten CHF 51 000, im dritten CHF 52 020 usw. Auf der anderen Seite wird die Rente mit einem Diskontsatz von 3,5% zurückgestellt.

Der für die Rückstellung berechnete Kapitalwert beträgt bei einer temporären, kapitalisierten Rente bis Alter 65⁶⁹ CHF 1 132 721. Das Kapital ist bereits nach

19 Jahren aufgebraucht. Die Renten steigen bis auf CHF 119 503 (vgl. Grafik 4) und verursachen einen Fehlbetrag von über CHF 2,3 Mio.

Grafik 4: Abwicklungsverlust bei diskontierten Rückstellungen (3,5%)



Wird auf die Diskontierung verzichtet, aber weiterhin mit einem konstanten Betrag von CHF 50 000 gerechnet, steht ein Betrag von CHF 2 211 639 zur Verfügung. Ein Abwicklungsverlust tritt damit erst im 34. Rentenjahr auf. Auch so beläuft sich aber der Fehlbetrag letztlich noch auf CHF 1¼ Mio. Wird auch noch die Lohndynamik über den Kapitalisierungszins berücksichtigt, dann muss dieser um weitere 2% gesenkt werden. Die Rückstellungen steigen damit auf rund CHF 3,6 Mio. und entsprechen damit genau dem Betrag der geschuldeten Renten.

Es ist auch fraglich, ob bei Renten der *Invalidisierungs- und Sterbenswahrscheinlichkeit* im üblichen Sinne Rechnung getragen werden darf. Vorsichtiger wäre eine Schätzung der Laufzeit, die sich an einer hohen Lebenserwartung orientiert, bei temporären Renten ist die volle Laufzeit einzusetzen.

Wie letztlich zu reservieren ist, hängt wesentlich von den organisatorischen Vorkehrungen ab, insbesondere davon, wie die auf dem Rückstellungskapital erzielten *Finanzerträge* verwendet werden. Selbstverständlich handelt es sich dabei ein Stück weit auch um einen geschäftspolitischen Entscheid. Zurückhaltung bei der Diskontierung und Respekt vor den dynamischen Veränderungen sind aber Gebote der Solvenzerhaltung und sollten daher nicht aus ideologischen Gründen ignoriert werden.

schwieriger ist zu prognostizieren, ob das AHV-Alter in 20, 30 oder 40 Jahren höher sein wird. Angesichts der demographischen Entwicklung spricht vieles dafür. Auch solche Überlegungen sind bei der Schadensschätzung anzustrengen, doch sollte auch im Schadenersatzrecht mit fundierten Szenarien gearbeitet werden, wie sie auch in anderen Bereichen der Entscheidungsfindung zugrunde gelegt werden und die Fragen nicht dem Verhandlungsgeschick der Parteien überlassen bleiben.

⁶⁷ SCHAETZLE/WEBER (Fn. 15), N 1.138 ff.

⁶⁸ Z.B. Bildung eines Rentenfonds. Das Bundesgericht stellt dazu fast lakonisch 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).

⁶⁹ Auch wenn sich der eine oder andere Leser über das gewählte Endalter wundert, kann heute schon die Prognose gewagt werden, dass sich die Rentenalter von Mann und Frau angleichen werden. Weit

IV. Leistungskoordination und Rechnungstag

Bleibt zu untersuchen, ob auch für die Koordination mit den Sozialversicherungsleistungen der RT bedeutsam ist und eine sinnvolle Zäsur für die Überentschädigungs- und Regresswertberechnungen bildet. Es hat sich jedenfalls eingespielt, für die Berechnung des Direktschadens und der Regressansprüche eine zweiphasige Berechnung für den Zeitraum vor und nach dem RT durchzuführen⁷⁰. Dabei werden in der Regel die kapitalisierten Sozialversicherungsleistungen vom Gesamtschaden abgezogen und so der Direktschaden ermittelt. Was lange währt, ist aber nicht immer richtig. Zumindest wurde im Urteil 4C.252/2003 des Bundesgerichts vom 23.12.2003 anders gerechnet und der bisherige und zukünftige Schaden zu einer Phase zusammengezogen und den Sozialversicherungsleistungen gegenübergestellt. Vieles deutet allerdings darauf hin, dass der Schritt nicht als gezielte Abkehr von der bisherigen Praxis zu verstehen ist⁷¹. Das wäre denn auch kaum empfehlenswert, denn diese Berechnungsweise lässt sich mit dem geltenden Koordinationsrecht nicht vereinbaren:

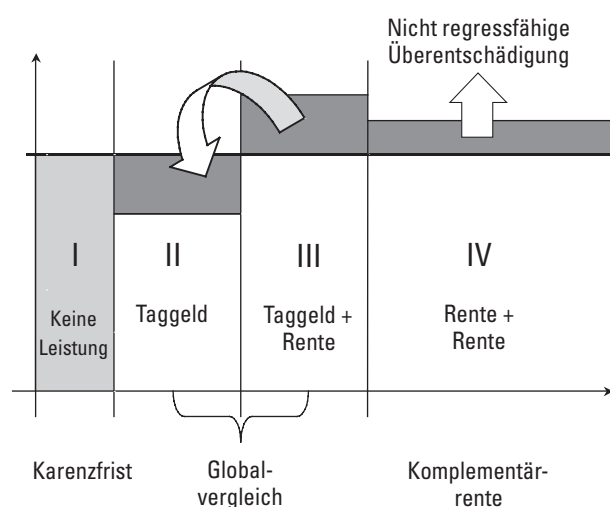
Das Zusammenspiel der verschiedenen Leistungen ist sowohl in den Spezialgesetzen wie im ATSG geregelt. Hier sei lediglich der wichtigste Fall, nämlich das Zusammentreffen von Haftpflichtansprüchen mit den Leistungen der IV und des UV-Versicherers aufgezeigt. Führt ein Unfall zur Arbeitsunfähigkeit, leistet zunächst – nach einer *Karenzfrist* von 2 Tagen (*Phase I*) – der Unfallversicherer ein *Taggeld* (*Phase II*).

Nach einem Jahr setzt, bei einem entsprechenden Invaliditätsgrad, in der Regel die IV-Rente ein (*Phase III*). Für die Koordination der *Taggelder und IV-Rente* wird eine *Globalrechnung* vorgenommen⁷². Diese durch-

bricht den Grundsatz, wonach stets gleiche Zeitabschnitte gegenüberzustellen sind. Mit dem längeren Anspruchszeitraum hängt das Ergebnis der Überentschädigungsberechnung weniger von kurzfristigen Schwankungen und zufälligen Konstellationen ab, wie dies die strikte Umsetzung der zeitlichen Kongruenz nach sich ziehen würde⁷³. Der gesamte Zeitraum ab Beginn der Taggeldleistungen bis zur Auszahlung einer UV-Komplementärrente wird für die Überentschädigungsrechnung zusammengefasst (*Phase II und III*). Allfällige Überentschädigungen in der dritten Periode, die v.a. bei der Ausrichtung von Kinder- und Zusatzrenten erheblich sein können, werden mit Unterdeckungen in der zweiten kompensiert und (wohl selten) umgekehrt. Damit macht es aber auch Sinn, die Perioden für die Berechnung der Direkt- und Regressansprüche zusammenzufassen; die Globalrechnung modifiziert letztlich die Höhe der Leistungen und bildet damit auch Grundlage für die Berechnung der Regressansprüche.

Sobald die IV-Rente mit einer UV-Rente zusammen trifft (*Phase IV*), gelten die speziellen Koordinationsregelungen in *UVG 20 II und UVG 31 IV*. Diese sollen ebenso wie die Globalrechnung eine Überentschädigung verhindern. Kommt es gleichwohl zu einer Überentschädigung, was etwa bei Teilinvaliden möglich ist, kann für den überschüssenden Betrag nicht regressiert werden⁷⁴. Die Überentschädigung ist vielmehr als sozialversicherungsrechtlich gewollt zu betrachten und, da ihr kein Schaden gegenübersteht, von der Regresswertberechnung auszuklammern.

Grafik 5: Phasen der Leistungskoordination



⁷⁰ Neu hat sich mit dem Rentenschaden noch eine dritte Periode eingestellt: der Rentenschaden wird den Sozialversicherungsleistungen nach dem AHV-Alter gegenübergestellt.

⁷¹ Vgl. die Besprechung des Entscheids hinten in HAVE 2004, 112 ff.

⁷² Die Koordination von Taggeldern und Renten war früher in UVG 40 geregelt, heute gilt ATSG 68, der unter Vorbehalt der Überentschädigung die Kumulation von Rente und Taggeld vorsieht. Die Überentschädigungsgrenze wird neu in ATSG 69 definiert, der als Grenze nicht nur mit dem mutmasslich entgangenen Verdienst referenziert (hier könnte man sich fragen, ob bei einer schadenersatzrechtlichen Optik nicht vom Nettolohn auszugehen wäre), sondern auch die durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfällige Einkommenseinbussen der Angehörigen einbezieht. Es kann wohl aber davon ausgegangen werden, dass auch unter dem neuen Recht ein Globalvergleich gemäss der bisherigen Rechtsprechung zugelassen ist, da sich an den Motiven dieser Methode nichts geändert hat, vgl. auch PETER BECK, Die Regressbestimmungen des ATSG, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), St. Gallen 2003, 129 Fn. 20.

⁷³ BGE 126 V 193; 117 V 394 und so schon 105 V 315 zu KUVG 74 III.

⁷⁴ Nach dem Wortlaut von UVG 20 II beginnt auch dann die Überentschädigungsgrenze bei 90% des versicherten Verdienstes, dieser wird also nicht entsprechend dem Invaliditätsgrad herabgesetzt.

In der *heutigen Praxis* wird für die Regresswertberechnung in der Regel für den bisherigen und zukünftigen Schaden je eine Periode gebildet. Das ist dann unproblematisch, wenn vorgängig die sozialversicherungsrechtliche Überentschädigungsberechnung durchgeführt und nicht schadensadäquate Leistungen ausgeschieden worden sind.

Gerade gegenteilig ist aber das Bundesgericht im erwähnten Entscheid verfahren. Es hat die Überentschädigung beim bisherigen Schaden nicht nur dort zur Anrechnung gebracht, sondern, sozusagen im Sinne einer *Super-Globalrechnung*, auch beim zukünftigen Schaden⁷⁵. Dieser Übergriff missachtet nicht nur die zeitliche Kongruenz, die einzig in Phase II und III durch den Globalvergleich gelockert ist, sondern auch den Umstand, dass Überentschädigungen nicht regressierbar sind und schon gar nicht an einen zukünftigen Schaden angerechnet werden dürfen⁷⁶.

Dass die vom Bundesgericht vorgenommene Fusion der beiden Perioden nicht sachgerecht ist, zeigt sich auch bei einem Vergleich mit der Entschädigung in Rentenform. Hier müssen zur Ermittlung der Schadenersatzrente die Sozialversicherungsleistungen vom Haftpflichtanspruch subtrahiert werden⁷⁷. Übersteigen die Sozialversicherungsleistungen den Schadenersatz, entsteht zwar kein Direktschaden, der geschädigten Person stehen die Sozialversicherungsleistungen aber ungeschmälert zu.

Werden die geschilderten Grundsätze beachtet, spricht nichts dagegen, für die Regresswertberechnung je eine Periode für den bisherigen und zukünftigen Schaden zu bilden. Eine solche Lösung drängt sich ja auch auf, da die Berechnungen einem ganz unterschiedlichen Regime unterstehen. Die Summierung und Verzinsung einerseits und die wahrscheinlichkeitsbasierte Diskontierung bei den zukünftigen Leistungen andererseits gelten selbstverständlich auch für die Regresswertberechnung. Auch von daher ist offensichtlich, dass nicht einfach Beträge von der Vergangenheit in die Zukunft transponiert und verrechnet werden dürfen. Zudem werden in der haftpflichtrechtlichen Kalkulation Faktoren berücksichtigt, für die es im Sozialversicherungsrecht keine Entsprechung gibt⁷⁸.

⁷⁵ Leider lässt sich dem Urteil nicht entnehmen, worauf die Überentschädigung zurückzuführen ist. Möglich ist, dass es bereits im bisherigen Schaden zu einer unzulässigen Anrechnung der nicht-schadenskongruenten Leistungen gekommen ist.

⁷⁶ Der höhere zukünftige Schaden beruht auf einer Steigerung des Einkommens oder des Invaliditätsgrades, die mit den Sozialversicherungsleistungen nicht korrespondiert. Gegenüber dem Dynamikzuschlag gilt dies v.a. für die Leistungen des Unfallversicherers, die sich am bisherigen Verdienst orientieren und damit statisch konzipiert sind und lediglich der Teuerung angepasst werden.

⁷⁷ Dazu auch vorne 102.

V. Thesen und Fazit

1. Der eingetretene, bisherige Schaden ist fundamental anders zu berechnen als der künftige, noch nicht eingetretene Schaden. Der Rechnungstag bildet die Zäsur.
2. Der Rechnungstag sollte möglichst mit dem Zeitpunkt der Bezahlung der Schadenersatzforderung übereinstimmen.
3. Der Schadenszins ist über den Rechnungstag hinaus bis zur Auszahlung sowohl auf dem aufaddierten bisherigen Schaden und dem bis dahin aufgelaufenen Schadenszins als auch auf dem kapitalisierten Betrag zu entrichten.
4. In einem Schadenerledigungs-Vergleich empfiehlt es sich, explizit vorzusehen, dass auf dem gesamten Direktschaden der Zins ab Rechnungstag bis zur Auszahlung geschuldet ist. Im Haftpflichtprozess läuft der Verzugszins ab Klageerhebung und erfasst ohne weiteres auch einen auf diesen Zeitpunkt berechneten Kapitalbetrag.
5. Im Umfang der ausgerichteten, kongruenten Sozialversicherungsleistungen entfällt der Schadenszins. Dafür schuldet der Haftpflichtige dem subrogierenden Sozialversicherer (grundsätzlich) einen Regresszins von 5%.
6. Der bisherige Schaden ist möglichst konkret zu berechnen. Dabei ist die nominale Entwicklung, also auch die Teuerung zu berücksichtigen.

⁷⁸ Dies trifft für die Lohndynamik zu, aber etwa auch für Entschädigungen unter dem Titel der Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens. Es gibt noch weitere Unterschiede, die für die Ermittlung des Direkt- und Regressanspruchs einer Fusion der Phasen vor und nach dem RT entgegenstehen. Z.B. die Auffassung, wonach die Verletzung der Schadenminderungspflicht beim bisherigen und zukünftigen Schaden unterschiedlich zu sanktionieren ist. Die Ansicht gründet auf der Feststellung, dass bei einem tatsächlich eingetretenen Erwerbsausfall die Schadensqualität nicht zweifelhaft sein kann und daher nur eine Reduktion in Frage kommt, während der Schaden für den zukünftigen Erwerbsausfall unter Einbezug der Schadenminderungsmöglichkeiten normativ zu definieren ist (vgl. STEPHAN WEBER, Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur, in: Alfred Koller [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St. Gallen 1999, 147 ff. und zusammenfassend 177). Wird der Anspruch beim bisherigen Schaden im Wege der Schadenersatzbemessung reduziert, kann die Kürzung mit dem Quotenvorrecht voll oder teilweise ausgeglichen werden, während diese Möglichkeit beim zukünftigen Schaden entfällt. Beträgt der Erwerbsausfall z.B. CHF 100 000 und wird der Schadenersatz um CHF 50 000 reduziert und wird weiter angenommen, dass der Sozialversicherer CHF 80 000 leistet, können CHF 20 000 als Direktschaden geltend gemacht werden. Der Regressanspruch beträgt damit CHF 30 000. Beim zukünftigen Schaden wirkt sich die Verletzung der Schadenminderungspflicht unmittelbar beim Schaden aus. Ein Direktschaden entsteht daher in unserem Beispiel nicht und der Regressanspruch ist trotz überschüssender Leistungen auf CHF 50 000 limitiert. Es ist offensichtlich, dass hier zwingend für beide Phasen separat abgerechnet werden muss.

7. Für die Schätzung des zukünftigen Schadens sind vermehrt statistische Daten heranzuziehen, die als Vermutung zu widerlegen sind.
8. Der Kapitalisierungszinsfuß von 3,5% verletzt den Grundsatz der Gleichwertigkeit von Rente und Kapital, da der langfristige Marktzins – nahe-liegenderweise der Durchschnitt der Rendite langfristiger Bundesobligationen – bei real 2% liegt.
9. Beim Erwerbsschaden wird die Invalidisierungswahrscheinlichkeit zwischen Unfalltag und Rechnungstag nicht berücksichtigt und dies drängt sich auch für den zukünftigen Schaden auf.
10. Der Versorgungsschaden sollte, wie der Invaliditätsschaden, zweiphasig berechnet und nicht mehr auf den Todestag kapitalisiert werden.
11. Die Genugtuung ist nach den Verhältnissen am Rechnungstag zu bestimmen und ab Unfalltag zu verzinsen.
12. Auch bei der Rückstellung muss zwischen bisherigem und zukünftigem Schaden unterschieden und der RT auf den mutmasslichen Erledigungszeitpunkt gelegt werden.
13. Bei der Rückstellung von Renten muss – sofern kein Rentenfonds gebildet wird – auf die Diskontierung verzichtet und die Teuerung eingerechnet werden.
14. Auch für die Regressansprüche ist mit einem aktuellen Rechnungstag im Zeitpunkt der Erfüllung der Regressschuld zu kalkulieren.
15. Für die den Schaden übersteigenden Sozialversicherungsleistungen besteht kein Regressanspruch. Sie dürfen weder beim bisherigen noch beim zukünftigen Schaden und schon gar nicht durch eine Zusammenfassung zu einer einheitlichen Berechnungsperiode zur Anrechnung gebracht werden.

Und das Fazit von der Geschichte: Unterschätze den Rechnungstag nicht!