

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

Urteil des Bundesgerichts 4A_389/2020, 4A_415/2020 vom 18. Mai 2021

Stephan Weber*

I. Sachverhalt

Das zur Publikation vorgesehene Urteil dreht sich um eine Regressforderung der AHV und einer Pensionskasse, die dem Ehemann und den beiden gemeinsamen Kindern einer bei einem Fahrradunfall getöteten Frau Hinterlassenenleistungen ausbezahlt hatten. Erstinstanzlich hat das Handelsgericht Zürich die Regressforderung teilweise geschützt und die Kosten zu gleichen Teilen auf die Kläger und die Beklagte verteilt. Gegen das Urteil haben sowohl die Klägerinnen wie die Beklagte Beschwerde erhoben. Die Beschwerden wurden in öffentlicher Beratung beurteilt.

II. Erwägungen

A. Kapitalisierung auf den Todestag (Erwägung 5)

Das Bundesgericht bestätigt in Erwägung 5 seine alte Rechtsprechung, wonach beim Versorgungsschaden nicht zweiphasig zu rechnen ist, sondern einphasig mit Rechnungstag = Todestag. Die Praxis existiert seit 1958. Eine Praxisänderung müsse sich mit Blick auf die Rechtssicherheit auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die «umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung für zutreffend erachtet worden ist». Das Bundesgericht beruft sich auf «zahlreiche Autoren», welche die mit BGE 84 II 292 eingeführte Praxis befürworten. Dem Argument, dass es keinen zwingenden Grund gebe, Invaliditäts- und Todesfälle unterschiedlich zu berechnen, hält das Bundesgericht entgegen, der wesentliche Unterschied bestehe darin, dass der Invalide weiterlebt, während der Todesfall «im Leben, in der Gesundheit und den sonstigen Verhältnissen der anspruchsberechtigten Hinterbliebenen nichts» ändere. Zudem könne der Invalide die Situation nicht in jenem Ausmass ändern, wie dies Hinterbliebene in der Lage sind. «Eine daran anknüpfende

konkrete Schadensberechnung für eine möglicherweise – wie in casu – sehr lange Zeitperiode und für mehrere Personen ist nicht nur komplex, sondern fällt unter Umständen sehr einseitig zugunsten der Hinterbliebenen aus, die ihre Verhältnisse gestalten können.»¹ Auch das LEONARDO-Programm, mit dem ohne Weiteres zweiphasig gerechnet werden könne, ändere daran nichts, die bestehende Praxis gründe nicht einzig auf Praktikabilitätsüberlegungen. Auch die Empfehlung der Versicherer und der Umstand, dass in der Praxis längst anders gerechnet werde, genügten nicht und seien auch nicht genügend belegt. Zudem bestehe gegenüber Gerichtsfällen der grosse Unterschied, dass die aussergerichtlichen Fälle zeitnah erledigt werden können und die konkrete Berechnung damit überblickbar und weniger komplex und fehleranfällig sei. Dagegen spreche auch, dass der Urteilszeitpunkt, welcher die Grenze zwischen konkreter und abstrakter Berechnung bilde, von prozessualen Taktiken der Parteien abhängt. Es liegen daher «keine ernsthaften, sachlichen Gründe vor, die eine Änderung der bundesgerichtlichen Praxis zu begründen vermögen»².

B. Höhe der Sparquote und Fixkosten (Erwägung 6 und 7)

Erwägung 6 befasst sich mit der Sparquote. Die Vorinstanz hat mangels konkreter Angaben und angesichts der Beweisschwierigkeiten eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR vorgenommen und dabei auf Daten der Haushaltbudgeterhebung (HABE) abgestellt. Das Handelsgericht wendet aber nicht ausschliesslich statistische Daten an, es hat auch die Plausibilität aufgrund des während der Ehe geäußerten Vermögens überprüft. Diesbezüglich liege Beweismöglichkeit vor, die nicht willkürlich resp. nicht begründet gerügt werden sei.

Erwägung 7 dreht um die Bestimmung der Unterhaltskosten. Bei den Fixkosten hat das Handelsgericht ebenfalls die HABE-Daten herangezogen und dabei auf die höchste Einkommensklasse abgestellt. Die Klägerinnen wollen zusätzlich die Kosten für eine Privatschule der Kinder und eine Haushälterin berücksichtigen, da diese nicht in der Statistik enthalten seien. Inwieweit die Statistik nicht repräsentativ sei, würde nicht genügend aufgezeigt, und zudem sei es problematisch, statistische Daten und einen konkreten Schadennachweis zu kombinieren. Entscheidend sei aber, wie die Vorinstanz zutreffend festhalte, dass «bei der abstrakten (einphasigen) Berechnung des Versorger-schadens auf den Todestag Umstände, die sich erst nach dem Versterben des Versorgers ereignet haben, grundsätzlich unbeachtlich» seien. «Sie können im

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

¹ E. 5.3.4.2.

² E. 5.3.4.5.

Einzelfall ausnahmsweise und nur zurückhaltend und nicht einseitig zulasten einer Partei berücksichtigt werden.»³

C. Gleichmässige Verteilung der Fixkosten (Erwägung 8)

Erstmals wird in einem Urteil des Bundesgerichts über die Aufteilung der fixen Kosten entschieden, die es als Rechtsfrage qualifiziert, aber auch als Ermessensentscheid, in den das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung eingreife. Die Aufteilung der variablen Kosten auf die einzelnen Hinterbliebenen war nicht umstritten. Das Handelsgericht hat die fixen Kosten gleichmässig nach Köpfen aufgeteilt, während die Klägerinnen eine gewichtete Aufteilung im Verhältnis von 60% für den hinterbliebenen Ehegatten und 20% für die Kinder resp. ein Verhältnis von 70% und 30% für angemessen erachteten. Das Bundesgericht folgt in Erwägung 8.3 der Vorinstanz, die auf die Unmöglichkeit verwies, die fixen Kosten den einzelnen Anspruchsberechtigten zuzuordnen. «Es erscheint nicht gerechtfertigt, Erwachsenen per se einen höheren Anteil an den Fixkosten zuzuweisen als den Kindern. So nutzen Kinder und Jugendliche etwa die Wohnung regelmässig intensiver als ein erwerbstätiger Erwachsener, der tagsüber büroabwesend ist. Demzufolge müssten die Kosten für Wohnen und Energie, die in der erwähnten HABE-Statistik die mit Abstand grösste Kostenposition ausmachen, zu einem grösseren Teil den Kindern zugerechnet werden. Mit Blick auf die mannigfaltigen unterschiedlichen und in der Zeit variierenden Lebens- und Arbeitsmodelle sowie die zahlreichen Fixkostenpositionen wäre eine Zuordnung der Fixkosten zum jeweiligen Verursacher nicht praktikabel.»⁴

D. Kein Wiederverheiratungs- und Scheidungsabzug (Erwägung 9)

Das Bundesgericht lehnt in Erwägung 9 einen Wiederverheiratungsabzug und einen Abzug für das Scheidungsrisiko ab und schliesst sich den Klägerinnen an, die darauf hinweisen, «dass auch beim Abstellen auf Statistiken jene statistischen Werte zu berücksichtigen seien, welche die konkreten Verhältnisse widerspiegeln». Angesichts des hohen Einkommens der Versorgerin sei es nicht wahrscheinlich, dass sich der Witwer wieder mit einer wirtschaftlich ebenso erfolgreichen Partnerin verheiraten würde, und auch bei einem Scheidungsabzug sei der Prozentsatz verschwindend klein, der auf die vorliegenden Verhältnisse überhaupt anwendbar sei.

E. Anrechnung von Vermögenserträgen (Erwägung 10.1–10.5)

Am meisten zu reden gab die Frage, ob und inwieweit die Vermögenserträge an den Versorgungsschaden angerechnet werden dürfen. Hiezu führt das Bundesgericht aus, dass zwischen der Frage, inwieweit diese für die Versorgung herangezogen werden, und jener, ob die Erträge aus dem kraft Güter- und Erbrecht zugeflossenen Vermögen angerechnet werden dürfen, zu unterscheiden sei. Die Beklagte konnte nicht darlegen, dass die Vermögenserträge für den Unterhalt herangezogen worden sind, und auch die Lebenserfahrung sprach angesichts des sehr hohen Gesamteinkommens gegen diese Möglichkeit. Die zu beurteilende Anrechnung der Erträge des Nachlassvermögens wird in der Lehre kontrovers diskutiert, ein Teil will sie nur anrechnen, wenn sie für den Unterhalt relevant waren oder später sein werden.

Das Bundesgericht stellt fest, dass es zunächst darum gehe, den Unterhaltsbedarf nach Massgabe der bisherigen Lebensführung festzustellen, der Blick sei in einem ersten Schritt auf die versorgte Person und die Unterstützungsbedürftigkeit gerichtet. Dem Begriff der Bedürftigkeit komme im Rahmen der Feststellung des Versorgungsschadens keine eigenständige Bedeutung zu. Bestätigt wird dabei, dass die Vermögensbildung nicht zu den erstattungsfähigen Leistungen gehört. «Es würde dem Begriff des Versorgungsschadens widersprechen, der zu versorgenden Person so hohe Leistungen zuzusprechen, dass diese neben der Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards noch Ersparnisse bilden könnte.»⁵ Die in der Lehre ebenfalls kontrovers diskutierte Frage, ob der Sparanteil auszuschneiden und vom Versorgungsschaden auszuklammern sei, wie das die Vorinstanz entschieden hat, wurde vor Bundesgericht nicht mehr gerügt.

Hinsichtlich der Vermögenserträge des vorhandenen Vermögens, die von der Vorinstanz angerechnet worden sind, liess das Handelsgericht Bedenken hinsichtlich der Kongruenz durchblicken. Da der Sparanteil nicht ersatzfähig sei, bilde der vorzeitige güter- und erbrechtliche Vermögensanfall mangels einer kongruenten Schadenposition auch keinen anrechenbaren Vorteil. Dieser Argumentation schlossen sich die Klägerinnen an. Dem hielt das Bundesgericht entgegen, wenn «der Begriff des Versorgungsschadens nicht so weit geht, eine solche künftig entgehende Vermögensbildung einzubeziehen, dann ist es auch zulässig, den vorzeitigen Anfall der Erbschaft bzw. die Möglichkeit, damit Vermögenserträge zu erwirtschaften, als Vorteil anzurechnen. Um eine Frage der Kongruenz handelt es

³ E. 7.3.

⁴ E. 8.3.

⁵ E. 10.5.2.

sich nicht. Die Voraussetzungen für eine Änderung der Rechtsprechung sind daher nicht erfüllt.»⁶

F. Verkauf von Geschäftsanteilen (Erwägung 10.6)

Keinen Erfolg hatte die Beklagte mit der Rüge, die Arztpraxis, an der die Versorgerin beteiligt war, sei zu tief bewertet worden. Die Vorinstanz stellte auf den tatsächlich erzielten Veräusserungserlös ab. Das Bundesgericht schliesst sich der Argumentation der Kläger an, «der tatsächliche Wert einer Arztpraxis könne nicht durch eine abstrakte Berechnungsformel nachgewiesen werden. Massgebend ist, was im gegebenen Zeitpunkt und unter der gebotenen Dringlichkeit und aller weiteren Umstände realisierbar war.»⁷ Die Beklagten hätten auch nicht substantiiert dargetan, dass ein höherer Preis konkret realisierbar gewesen wäre, womit auch der Vorwurf nicht gemacht werden könne, dass rechtsmissbräuchlich oder in Verletzung der Schadenminderungspflicht auf realisierbares Vermögen verzichtet worden sei.

G. Anrechnung von Erträgen aus Summenversicherungsleistungen (Erwägung 10.7)

Auch die Anrechnung der Erträge eines Kapitals, das von der Lebensversicherung als Summenversicherung ausbezahlt wurde, hat das Bundesgericht zugelassen. Die Bestimmung von Art. 96 VVG sei eng auszulegen: «Der Summenversicherte rechnet mit dem für den Versicherungsfall versprochenen Kapital, das er kumulativ zum Schaden erhält. Wenn er auf diesem Kapital zusätzlich einen Ertrag erwirtschaften kann, ist nicht einzusehen, weshalb er diesen nicht für seinen Unterhalt soll verwenden müssen, so dass sich seine Versorgungsbedürftigkeit, die Art. 45 Abs. 3 OR einzig ausgleichen will, vermindert.»⁸ Die Versicherungsleistung bilde zudem in casu einen Teil der Erbschaft, weshalb es folgerichtig sei, den Ertrag aus diesem Teil der Erbschaft genauso zu berücksichtigen wie den Ertrag aus der übrigen Erbschaft.

H. Höhe der Rendite und Anrechnungs- perioden (Erwägung 10.8 und 11)

Weiter rügen die Klägerinnen den von der Vorinstanz angenommenen Ertrag von 3,5%, es sei auf den tatsächlich erwirtschafteten Ertrag abzustellen. Das Bundesgericht stellt dazu fest, dass der Richter nicht als Anlageberater wirken dürfe. «In der Regel werde er von den vorhandenen Investitionen ausgehen und nur die tatsächlich anfallenden Erträge berücksichtigen dürfen, es sei denn, das Festhalten an bisherigen Investition

tionen erscheine geradezu als rechtsmissbräuchlich.»⁹ Dabei sei notorisch, dass die ausgewiesenen steuerbaren Erträge, die von der Klägerin für massgebend erachtet werden, nicht deckungsgleich mit der tatsächlichen Rendite seien. Für diese könne aber auch nicht auf die Höhe des Kapitalisierungszinsfusses abgestellt werden. Es gehe nicht um die schwer abschätzbaren Renditeerwartungen und die Sicherstellung künftiger Renten, sondern um die Schätzung von Vermögenserträgen in der Vergangenheit. Das Bundesgericht findet die Lösung mit einem Blick auf die Performance 2006–2019 der Schweizer Aktien von 7,21% und Schweizerfranken-Obligationen von 2,52%: «Selbst wenn überdies berücksichtigt wird, dass im Jahr 2020 die Rendite auf Aktien im Vergleich zu den Vorjahren deutlich tiefer war und zusätzlich Vermögensverwaltungskosten abzuziehen sind, ist der von der Vorinstanz zugrunde gelegte Zinsfuss von 3,5% nicht zu hoch.»¹⁰

Der Vermögensertrag des Witwers wurde dem berechneten Versorgungsausfall in verschiedenen Zeitperioden gegenübergestellt, die durch die Zusammensetzung der Versorgungsgemeinschaft bestimmt worden sind. Für eine erste Zeitperiode resultierte so ein Überschuss, was gemäss Vorinstanz einen Versorgungsschaden von null ergab. Die Beklagte wollte eine Gesamtrechnung vornehmen, den Überschuss also in die Folgeperioden übertragen. Das Bundesgericht lehnt dies mit der Begründung ab, dass der Ertrag unter Berücksichtigung von Erfahrungswerten geschätzt worden sei, was naturgemäss zu einer gewissen Unschärfe führt, eine Korrektur dränge sich daher nur auf, wenn das Ergebnis unhaltbar sei, was weder nachgewiesen noch erkennbar sei.¹¹

III. Anmerkungen

A. Ernsthafte sachliche Gründe für die zweiphasige Berechnung

1. Notwendige Korrektur auch bei der Kapitalisierung auf Todestag

In der Praxis hat sich die zweiphasige Berechnung des Versorgungsschadens eingespielt. Und so wurde der Schaden auch im vorliegenden Fall zweiphasig berechnet, was nicht einmal streitig war. Gleichwohl hat das Handelsgericht den Schaden auf den Todestag terminiert und einphasig bestimmt.

In einer Empfehlung unter den Versicherern¹² wird die zweiphasige Berechnung mit einem aktuellen

⁶ E. 10.5.3.

⁷ E. 10.6.2.

⁸ E. 10.7.3.

⁹ E. 10.8.3.

¹⁰ E. 10.8.3.2.

¹¹ E. 11.2.

¹² Empfehlung der gemeinsamen Arbeitsgruppe von BSV, SLK und Suva vom 30.10.2003 «Versorgungsschaden: Zweiphasige Berechnung mit Kapitalisierung per Rechnungstag», abgedruckt in HAVE 2003, 355.

Rechnungstag seit Langem empfohlen und 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 Schadenszins 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. Für die zweite Phase erfolgt die Kapitalisierung per aktuellem Rechnungstag. Die Höhe des Wiederverheiratsabzugs bestimmt sich nach dem Alter der verwitweten Person beim Rechnungstag.» Es war wohl der breite Konsens, der verhindert hat, dass sich das Bundesgericht nicht bereits früher mit der Frage befassen musste.

Die Gründe für die zweiphasige Berechnung sind vor allem rechnerischer Natur. Zum einen wird dadurch vermieden, dass ein vergangener Schaden diskontiert wird, was wenig Sinn macht, denn ein Ertrag darf erst abgeschöpft werden, wenn die geschädigte Person das Geld ertragbringend anlegen kann. Zum anderen kann so die Tatsache berücksichtigt werden, dass die versorgten Personen am Rechnungstag noch leben. Die seinerzeitige Praxisänderung in BGE 84 II 292 E. 7a argumentierte gerade umgekehrt mit der Ungewissheit des hypothetischen Überlebens der verstorbenen Person: «Die konkrete Schadensberechnung bis zum Urteilstag hat ihre Berechtigung bei der Bestimmung des Schadens aus bleibender Invalidität; denn hier weiss man, ob der Geschädigte den Urteilstag erlebt hat oder nicht. Zu einer Wahrscheinlichkeitsrechnung besteht nur für die Zukunft Anlass. Wird dagegen auch bei der Ermittlung eines Versorgerschadens in dieser Weise vorgegangen, dann tut man so, als ob der Versorger den Abrechnungstag ohne den Unfall sicher erlebt hätte. Das führt dann zu beträchtlichen Fehlern, wenn das kantonale Urteil erst Jahre nach dem Unfall ergeht oder wenn der verunfallte Versorger schon ziemlich alt war. Dabei kann das Risiko, dass er in der Zwischenzeit verstorben oder arbeitsunfähig geworden wäre, recht bedeutend sein.» Und genau diese Begründung greift das Bundesgericht auch im neuen Entscheid wieder auf und betont den Unterschied zum Invaliditätsschaden, der sich wesentlich unterscheidet. Sieht man vom Mortalitätsrisiko ab, das bei der Invalidität für den

vergangenen Schaden keine Rolle spielt, ergeben sich allerdings keine Unterschiede, die eine andere Berechnungsweise aufdrängen. Es trifft zwar zu, dass es zu erheblichen Abweichungen führen kann, wenn das Mortalitätsrisiko des Versorgers bei der Berechnung des bisherigen Schadens nicht berücksichtigt wird. In gleicher Weise wirkt sich allerdings auch aus, wenn bei der Berechnung auf den Todestag unberücksichtigt bleibt, dass die Hinterbliebenen am Beurteilungstag noch am Leben sind. Alsdann wird für die Hinterbliebenen das Mortalitätsrisiko mit der Überlebenswahrscheinlichkeit eingerechnet, obwohl Gewissheit besteht, dass sie nicht gestorben sind.

Beides kann mit einer Wahrscheinlichkeitsrechnung korrigiert werden. In der 5. Auflage des Handbuchs zu den Barwerttafeln wurden erstmals als «Korrekturfaktoren» bezeichnete Prozentzahlen veröffentlicht, die bei der zweiphasigen Berechnung verwendet werden können.¹³ In gleicher Weise müssen diese Zahlen angewendet werden, wenn per Todestag kapitalisiert wird. Im Grunde müsste beim Versorgungsschaden auf das Alter der getöteten Person beim Ableben und auf das Alter der Versorgten im Zeitpunkt der Kapitalisierung abgestellt werden. Für die Zwischenzeit wäre eine Rente auf das Leben des Versorgers und anschliessend dann eine Verbindungsrente indiziert. Das ist nicht praktikabel und auch nicht ohne Weiteres umsetzbar.¹⁴ Im vorliegenden Fall war der Schadenverlauf im Urteilszeitpunkt bereits abgeschlossen, es hätte daher bei einer Berechnung auf den Todestag nicht mit einer Verbindungsrente, sondern mit einer Mortalitätsrente auf das Leben der Versorgerin gerechnet werden können.

Die prozentualen Abzüge für die Überlebenswahrscheinlichkeit bei einem nachträglichen Rechnungstag oder die notwendigen Zuschläge, wenn auf den Todestag abgestellt und mit einer Verbindungsrente gerechnet wird, bilden die Alternative. Im vorliegenden Fall war die Verstorbene im Unfallzeitpunkt 50 Jahre alt. Das Urteil des Bundesgerichts erfolgte 15 Jahre später, sodass die Sterblichkeit und das Invalidisierungsrisiko mit 8% veranschlagt werden müssten. Für den Ehepartner, der im Unfallzeitpunkt fünf Jahre älter war, beträgt die mit der Kapitalisierung per Todestag eingerechnete Sterblichkeit im letzten Jahr 7,5%.¹⁵ Die Korrektur muss also sowohl bei einer zwei- wie auch bei einer einphasigen Berechnung zwingend vorgenommen werden, sie kann bei einer Berechnung per Todestag ohne Weiteres höher ausfallen. Bei einer zweiphasigen

¹³ MARC SCHAEZTLE/STEPHAN WEBER, Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001 N 4.102 ff.

¹⁴ SCHAEZTLE/WEBER (Fn. 10), N 4.91.

¹⁵ Das Mortalitätsrisiko kann mit dem *capitalisator* berechnet werden. Es wird auch mit Leonardo berücksichtigt, wobei dort auf Jahresebene gerechnet wird. Die Korrektur bei einer manuellen Berechnung entspricht in etwa der Hälfte der angegebenen Prozentzahlen.

Berechnung muss das Invalidisierungsrisiko der Versorgerin berücksichtigt werden, denn die Versorgung wird auch durch dieses beeinflusst.

Das Invalidisierungsrisiko zwischen Unfall- und Rechnungstag müsste auch beim Invaliditätsschaden für den bisherigen und nicht nur für den zukünftigen Schaden berücksichtigt werden, denn auch bei einer Körperverletzung ist ungewiss, ob die betreffende Person nicht auch ohne das Schadenereignis in der Zwischenzeit invalid geworden wäre. Rein statistisch lässt sich die Invalidisierungswahrscheinlichkeit mit der Aktivitätsordnung ohne Weiteres bestimmen.

Man mag diese Rechnerei als kleinlich empfinden und angesichts der grossen Unsicherheiten der zu treffenden Annahmen als irrelevant einstufen. Es ist auch zuzugeben, dass die Ergebnisse nicht allzu stark differieren. Es kann ohne Weiteres sein, dass eine Berechnung per Todestag die Hinterbliebenen sogar begünstigt, zumindest theoretisch ist nämlich eine Verzinsung des Kapitals ab Todestag gegenüber einer zweiphasigen Berechnung sogar vorteilhafter, denn ein einfacher Zins von 5%, der beim Schadenzins zur Anwendung kommt, liefert gegenüber einem Zinseszins von 3,5% rund 20 Jahre lang höhere Zinsbeträge. Nebst dem Zins muss allerdings korrigierend das Mortalitätsrisiko ein- resp. herausgerechnet werden.

2. *Kaum Unterschiede zum Körperschaden hinsichtlich Abstraktion der Berechnung*

Mit der Berechnung per Todestag verbindet sich die Forderung, dass der Schaden alsdann abstrakt berechnet werden muss. Das betont auch der vorliegende Entscheid. Bei der Berechnung des Versorgungsschadens auf den Todestag sind «Umstände, die sich erst nach dem Versterben des Versorgers ereignet haben, grundsätzlich unbeachtlich». Das Bundesgericht räumt dann aber ein: «Sie können im Einzelfall ausnahmsweise und nur zurückhaltend und nicht zulasten einer Partei berücksichtigt werden.»¹⁶ Wann nachträgliche Fakten zu berücksichtigen sind und wann nicht, wird auch in diesem Entscheid nicht erkennbar. Das führt zu Rechtsunsicherheit, vor allem aber auch zu einem unnötigen Sonderweg gegenüber der Berechnung des Schadens infolge Körperverletzung. Auch dort besteht die Schadensschätzung aus einem Gemisch von konkreten und abstrakten Elementen. So lässt sich der bisherige Schaden regelmässig aufgrund bekannter Fakten besser einschätzen. Wir kennen die Lohnentwicklung, zumindest den allgemeinen Verlauf der Löhne in den einzelnen Branchen, die familiären Verhältnisse usw. Bereits beim bisherigen Schaden arbeiten wir aber mit Hypothesen, denn wie sich die Verhältnisse ohne die Invalidisierung präsentieren würden, wissen wir nicht

mit letzter Gewissheit. So entwickelt sich die Schadensschätzung ab dem Unfalltag zunehmend von einer individuell-konkreten zu einer objektiv-abstrakten Berechnung. Die Lohnentwicklung kann für die Zukunft v.a. mit aus Statistiken erhobenen Erfahrungswerten ermittelt werden. Genau so verhält es sich auch beim Versorgungsschaden. Die Situation im Todeszeitpunkt bildet die Ausgangslage, die dann mit konkret erhobenen Indizien und Erfahrungswerten in die Zukunft projiziert werden muss. Für die Schätzung des Einkommensverlaufs sind aber die gleichen Kriterien und Methoden heranzuziehen wie im Invaliditätsfall, ebenso für die Bewertung der Haus- und Familienarbeit. Nur dass die Unsicherheiten beim Versorgungsschaden noch grösser sind, weil zusätzliche Annahmen zu treffen sind. Das Einkommen bildet lediglich die Basis für die Bestimmung des Unterhaltsbedarfs, für den weitere Kriterien heranzuziehen sind. Auch dazu kann die konkrete Situation im Todeszeitpunkt Angaben liefern, wie die Mietkosten, aber auch für andere Ausgabepositionen, die sich sehr weitgehend mit dem bargeldlosen Geldverkehr rekonstruieren lassen. Entscheidend ist jedoch nicht die Situation im Unfallzeitpunkt, sondern die zukünftige Entwicklung. Für diese muss dann in der Regel doch wiederum auf Statistiken zurückgegriffen werden. Auskunft über die Ein- und Ausgaben eines Haushalts gibt die Haushaltsbudgeterhebung HABE, die für die weitere Entwicklung relevant werden kann, v.a. wenn noch Entwicklungen zu erwarten sind.

3. *Vernachlässigbare Gefahr des Taktierens*

Selbstverständlich liegt der Zeitpunkt der Schadenberechnung im Zugriff der Parteien und er kann durchaus auch einen gewissen Einfluss auf das Resultat haben. Dieser ist aber äusserst gering, er zeigt sich v.a. in der Koordination mit Sozialversicherungsleistungen, wo mit der zweiphasigen Schadenberechnung eine allfällige Überentschädigung beim bisherigen Schaden nicht mit dem zukünftigen verrechnet werden kann. Für die Trennung der beiden Phasen spricht vieles, aber es gibt auch Gegenargumente, und die Lösung ist nicht in Stein gemeisselt. Die taktische Steuerung des Rechnungstages spricht auch beim Invaliditätsschaden gegen ein zweiphasiges Vorgehen, was bislang aber nur selten und alsdann im Zusammenhang mit der zeitlichen Kongruenz im Koordinationsrecht kritisiert worden ist. Es sind vor allem die rechnerischen Ungeheimheiten – Diskontierung eines vergangenen Schadens und Berücksichtigung des Mortalitätsrisikos der Hinterbliebenen – die gegen den Todestag als Rechnungstag sprechen, aber auch das teilweise Ausblenden der konkreten Fakten und sich abzeichnender Entwicklungen, die nicht erklärbar und durch die zahlreichen Durchbrechungen mit Unsicherheiten verbunden sind.

¹⁶ E. 7.3.

Die Aussage, «es liegen keine ernsthaften, sachlichen Gründe vor, die eine Änderung der bundesgerichtlichen Praxis zu begründen vermöchten», und der Umstand, dass die rechnerischen Probleme nicht behandelt werden, die mit der einphasigen Berechnung verbunden sind, machen es schwer, dem Bundesgericht zu folgen. Das gilt auch für die angeführte Lehre, die sich mit diesen Kritikpunkten nicht auseinandersetzt. Problematisch ist wohl auch die Aussage, «dass der Invalide seine Situation nicht – oder zumindest nicht in jenem Ausmass – zu beeinflussen vermag, wie es die Hinterbliebenen in der Lage sind. Diese können auf ihre Lebensumstände Einfluss nehmen.» Das trifft für Invalide ebenso und sogar noch stärker zu. Mit Umschulungsmassnahmen und anderen Schadenminderungsmassnahmen liegt der Ball bei den Betroffenen, während im Todesfall der Versorgungsschaden nicht wesentlich beeinflusst werden kann, weil die Entwicklung ab dem Todestag weitgehend hypothetisch oder eben abstrakt bestimmt werden muss. Jedenfalls kann die Aussage, dass die Situation «unter Umständen sehr einseitig zugunsten der Hinterbliebenen» ausfallen kann, so nicht bestätigt werden. Einem solchen Missbrauch würde zudem auch die Schadenminderungspflicht einen Riegel schieben, die selbstverständlich auch beim Versorgungsschaden zum Zuge kommt. Im Rahmen einer abstrakten Berechnung fliessen solche Wertungen bereits in die Schadensschätzung ein. Dass die Berechnung beim Versorgungsschaden überwiegend abstrakt erfolgen kann und auch erfolgen soll, darin ist dem Bundesgericht beizupflichten. Eine zweiphasige Berechnung schliesst dieser Wunsch aber nicht aus.

B. Statistische Bestimmung des Sparanteils und neue Aufteilung der Versorgungsquoten

Ob eine Sparquote grundsätzlich auszuschneiden ist oder nicht, war vor Bundesgericht nicht mehr streitig. Die Diskussion, ob auch die Vermögensbildung zum Versorgungsschaden gehört, wurde nicht zur Diskussion gestellt, aber im Urteil an verschiedenen Stellen klar verneint. Ebenso musste nicht ausdiskutiert werden, ob die Sparanstrengungen der Vorsorge im Alter dienen oder nicht, wobei hier wohl die Versorgungseigenschaft attestiert werden muss, wenn dies nachgewiesen werden kann. Es kann ja nicht sein, dass die Hinterbliebenen Vermögensnachteile in einer bestimmten Lebensphase in Kauf nehmen müssen. Im Streit stand die Höhe des Sparanteils, die von der Vorinstanz teilweise gestützt auf die HABE-Statistik ermittelt worden ist. Eine konkrete Berechnung ist wohl meist nicht möglich, die HABE-Statistik ist zweifellos eine mögliche Grundlage, zumal, wenn auch auf weitere Daten dieser Erhebung abgestellt wird.

Und genau das hat das Handelsgericht vorliegend auch gemacht. Es hat für die Fixkosten die HABE herangezogen, wie das auch in der Lehre empfohlen wird. Die Klägerinnen wollten aber weitere Kosten für eine Privatschule und eine Haushälterin berücksichtigen, die erst nach dem Tod entstanden sind. Das Bundesgericht lässt diese Einwände mit Verweis auf die abstrakte Schadenberechnung nicht zu. Problematisch ist zweifellos die Vermischung von statistischen und konkreten Daten. In der Regel führt der Einwand dazu, dass die Statistik nicht angewendet werden darf, wenn die Konstellation von dieser nicht erfasst ist, denn die einzelnen Positionen einer Statistik interagieren; es ist nicht ohne Weiteres möglich, individuelle Daten und statistische Werte zu kombinieren. Die Diskussion wird immer wieder auch bei den SAKE-Daten für den Haushaltschaden diskutiert.

Erstmals hat sich das Bundesgericht dazu geäussert, wie die Fixkosten auf mehrere Versorgte aufzuteilen sind. Es folgt dabei der neueren Ansicht, dass diese gleichmässig auf den überlebenden Elternteil und die Kinder aufzuteilen sind, und liefert gleich noch zusätzliche Argumente, wonach auch einiges dafür spreche, den Kindern einen grösseren Anteil zukommen zu lassen, wenn sie z.B. die Wohnung intensiver nutzen, die nach der HABE-Statistik zu den grössten Positionen bei den Fixkosten gehört. Angesichts der vielen Lebens- und Arbeitsmodelle und der zahlreichen Fixkostenpositionen wäre eine Zuordnung aber nicht praktikabel. Wenn das Bundesgericht auch den Schlüssel für die Aufteilung der variablen Kosten akzeptiert, der sich an die alten Quotentabellen anlehnt, die bislang vom Bundesgericht verwendet worden sind, steht einer Anwendung der neuen Versorgungsquotentabellen nichts mehr Wege,¹⁷ denn dort hat nur die Aufteilung der Fixkosten geändert. Die Bestätigung der Ansicht, dass Fixkosten nach Köpfen zu teilen sind, bedeutet eine wichtige Klärung und einen Beitrag zu mehr Rechtssicherheit beim Versorgungsschaden. Offen ist aber weiterhin, wie die Aufteilung der Versorgung aus Haushaltführung vorgenommen werden muss. Auch dort stossen wir auf eine ähnliche Problematik, die Frage nämlich, ob es für die Hausarbeiten Kriterien gibt, die eine individuelle Zuteilung erlauben, oder ob auch dort die gleichmässige Aufteilung die Familienmodelle am besten und praktikabelsten abbildet.¹⁸

¹⁷ Vgl. die Vorschläge bei STEPHAN WEBER, Wer versorgt wen womit, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2019, Zürich/Basel/Genf 2019, 200 ff.; dazu auch THOMAS BITTEL, Der Versorgungsschaden in der Regresspraxis, HAVE 2019, 333 ff.

¹⁸ Vgl. die Vorschläge dazu bei WEBER (Fn. 16), 219 ff.

C. Problematische Anrechnung von Vermögenserträgen

1. Restriktives Verständnis des Versorgungsschadens als Begründung?

Der dritte Schwerpunkt des Entscheides betrifft die umstrittene Frage, ob die *Erträge* des vorhandenen Vermögens an den Versorgungsschaden angerechnet werden dürfen. Dass das *Vermögen* angerechnet werden darf, wird heute kaum mehr gefordert. Aber auch die Anrechnung der Vermögenserträge ist umstritten. Das Bundesgericht lässt sie uneingeschränkt zu und findet die Begründung letztlich in einem restriktiven Verständnis des Versorgungsschadens, der nicht nur die Vermögensbildung von der Erstattungsfähigkeit ausklammert, sondern auch jenen Teil des Unterhaltsschadens, der aus den Erträgen des vorzeitigen Vermögensanfalls finanziert werden könne. Die Begründung für diesen Schritt ist schwer verständlich. Die Vorinstanz und die Klägerinnen ziehen die Anrechnung mit Kongruenzüberlegungen in Zweifel: Wenn die Vermögensbildung nicht als Schadenposition anerkannt sei, so können auch keine Erträge aus dem vorhandenen Vermögen angerechnet werden. Das Bundesgericht entzieht sich dieser Argumentation, indem es darauf hinweist, dass sich die Schwierigkeiten aus den dogmatisch unklaren Begriffen des Vorteils und der Versorgungsleistung ergeben. Zunächst sei mit Blick auf die versorgende Person der Versorgungsausfall zu bestimmen, der sich am Lebensstandard bemisst. Missverständlich ist allerdings immer vom bisherigen Lebensstandard die Rede, der aber nur Ausgangspunkt für die Abschätzung des zu erwartenden sein kann. Mit Blick darauf wird die Vermögensbildung als nicht relevanter Reflexschaden ausgeschieden. Nach dem Bundesgericht besteht kein Anlass, die Vermögensbildung zufolge Ersparnissen anders zu behandeln als jene zufolge der Äufnung von Vermögenserträgen, denn auch diese hätten, wenn sie nicht zu Unterhaltungszwecken verwendet worden wären, der Vermögensbildung und damit der Vergrößerung der güter- und erbrechtlichen Ansprüche gedient. Wie sich das Bundesgericht allerdings dem Kongruenzanfordernis entzieht, bleibt ein Rätsel respektive ein erklärungsbedürftiger Punkt. Dass Ersparnisse nicht zu den Versorgungsleistungen gehören, erklärt noch nicht, warum Gelder angerechnet werden dürfen, die zwar mit dem Haftungsereignis im Zusammenhang stehen, aber für die betroffenen Personen keinen wirklichen Vorteil darstellen, weil Ihnen das Geld später ohnehin zugefallen wäre und sich voraussichtlich noch erhöht hätte, wenn noch weitere Ersparnisse dazugekommen wären.

2. Vermögensabbau statt Vermögensausgleich

Das Haftungsereignis führt durch die Anrechnung zu einer doppelten Entreicherung: Einerseits durch den Ausschluss der Vermögensbildung und andererseits durch die Anrechnung der Erträge des bereits vorhandenen Vermögens. Im Ergebnis führt dies dazu, dass das im Unfallzeitpunkt vorhandene Vermögen durch das Schadenereignis verkleinert wird. Wenn der anrechenbare Ertrag mit 3,5% eingeschätzt wird, so entspricht dies in 15 Jahren wie hier bei der Anrechnung gegenüber dem hinterbliebenen Ehemann immerhin fast der Hälfte des vorhandenen Vermögens von 2,75 Mio. Es ist m.E. schwer vermittelbar, dass ein Todesfall, der als gravierendste Rechtsgutsverletzung eingestuft wird, zu einem solchen Vermögensabbau führen darf. Dass man den vorzeitigen Anfall der Erbschaft auf dem Hintergrund eines restriktiven Verständnisses des Versorgungsschadens als Vorteil darstellt, ist ebenfalls schwer nachvollziehbar, denn insgesamt wird dadurch die wirtschaftliche Situation der Hinterbliebenen verschlechtert. Das lässt sich mit dem Ausgleichsprinzip nicht mehr vereinbaren. Die Ansicht, dass der Versorgungsschaden als Reflexschaden restriktiv zu behandeln sei, beruht auch auf veralteten methodischen Vorstellungen, wonach Ausnahmen generell eng auszulegen sind. Schadenersatz und Genugtuung infolge Tötung ist aber nicht einmal dogmatisch eine Ausnahmeerscheinung, denn die Angehörigen werden dadurch in ihren persönlichen Verhältnissen betroffen, und auch das Drittschadenphänomen präsentiert sich beim Versorgungsschaden anders, indem ein Erstschaden fehlt, weil sich der Schaden auf eine andere Person verlagert.¹⁹ Es geht daher um einen Dritt- und nicht um einen Reflexschaden, was auch für das Verständnis der Bestimmung zentral ist.

3. Grosszügiger Umgang mit zwingenden Bestimmungen

Zusätzlich schwer fällt es, auch die Erträge anzurechnen, die auf dem ausbezahlten Kapital einer Summenversicherung erwirtschaftet werden. Hier steht die zwingende Bestimmung von Art. 96 im Raum, die für diese Versicherungsleistungen eine Subrogation ausschliesst. Das hat zur Folge, dass die Leistungen mit Schadenersatzleistungen kumuliert werden können. Die Bestimmung betrifft zwar die extrasystemische Koordination, Hintergrund bildet aber die Überlegung, dass der Versicherer für solche Leistungen nicht re-

¹⁹ Darauf hat insbesondere WILLI FISCHER hingewiesen, so im Haftpflichtkommentar, hrsg. von Willi Fischer und Thierry Luterbacher, Zürich/St. Gallen 2015, N 70 ff. Vorbemerkungen zu OR 41–61; vgl. auch STEPHAN WEBER, Dogmatisch Ungereimtes beim Personenschaden, in: Anna Böhme, Fabian Gähwiler, Fabiana Theus Simoni, Ivo Zuberbühler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/St. Gallen 2016, 564 f.

gressieren und der Haftpflichtige vom Versicherungsschutz des Opfers nicht profitieren darf. Das schliesst m.E. auch aus, dass im Rahmen des Versorgungsschadens die Leistungen und die darauf erzielten Erträge angerechnet werden können. Mit einer Summenversicherung verschafft der Versicherungsnehmer sich oder einem Dritten einen zusätzlichen Schutz, der gerade auch im Todesfall greifen muss, wo das Haftpflichtrecht nur einen unvollständigen Schadenausgleich gewährleistet. Es ist nicht einzusehen, warum der Schädiger, der für einen Todesfall verantwortlich ist, von solchen Leistungen profitieren soll, und sei es auch nur im Umfange der Erträge. Auch unter dem Titel der Schadenminderung kann nicht verlangt werden, die Versicherungsleistungen ertragsbringend anzulegen, statt sich z.B. ein neues Auto zu kaufen oder eine Weltreise anzutreten. Die Aussage, dass es den Gesetzgeber bei Art. 96 VVG nicht interessiert habe, was mit den anfallenden Erträgen geschieht, lässt sich nicht aus der Interpretation von Art. 96 VVG ableiten und schon gar nicht mit dem zusätzlichen Argument begründen, dass «die Gewährung eines Anspruchs auf Ersatz des Versorgungsschadens (als Reflexschaden) eine Ausnahmeregelung (...) und somit eine Bevorzugung des Versorgten darstellt».²⁰ Dieses Verständnis des Versorgungsschadens ist weder sachgerecht noch zeitgemäss. Eine dogmatisch begründete Diskriminierung des Versorgungsschadens beruht auf einem falschen Verständnis, denn dieser sollte nicht weiter als eine auf Billigkeit beruhende Ausnahme vom Grundsatz der Nichtentschädigung von Reflexschäden verstanden werden.

Wenig zur Klärung trägt auch bei, ob die Versicherungsleistung resp. deren Substanz vor oder nach der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung aus dem Vermögen der Verstorbenen ausscheidet, was bekanntlich umstritten ist. Entweder dürfen Erträge angerechnet werden oder schliesst Art. 96 VVG dies aus, und alsdann ändert daran auch der Umweg über den Nachlass nichts, das Geld wird dadurch nicht von zwingenden Bestimmungen «reingewaschen».

4. Umstrittene Rendite und Phasenbildung

Umstritten war auch die Höhe der anrechenbaren Erträge. Die Annahme einer Rendite just in der Höhe des Kapitalisierungszinsfusses irritiert zunächst. Mit einem Rückgriff auf diesen hat aber die Vorinstanz die Renditeerwartung begründet. Das Bundesgericht stellt zutreffend fest, dass die Anwendung des Kapitalisierungszinsfusses nicht sachgerecht sei. An sich wäre bei einem vergangenen Schaden eine konkrete Ermitt-

lung möglich gewesen. Für die Ermittlung der Rendite stellt sich aber die Frage, ob nicht nur die Dividenden- oder Zinsausschüttung, sondern auch die Kursrendite massgebend ist. Eine Stellungnahme zum Umfang der Anrechnung fällt natürlich schwer, wenn man dieser grundsätzlich ablehnend gegenübersteht. Da tendiert man dazu, dass nur das zur Anrechnung kommt, was auch wirklich ausbezahlt wird. Der Ertrag von Vermögensanlagen umfasst aber auch die Entwicklung des Aktien- oder Obligationenkurses. Wird auch dieser berücksichtigt, wie das vom Bundesgericht befürwortet wird, wenn es für die Rendite eines Portefeuilles nicht allein die steuerbaren Erträge berücksichtigt, dann hat dies zur Folge, dass der Vermögensstand eingefroren wird, indem der gesamte Wertzuwachs abgeschöpft wird. Und das wäre nur der Idealfall, wenn die Entwicklung richtig eingeschätzt wird. Die Rendite kann aber auch zu tief oder zu hoch eingeschätzt werden. Fällt der Wert ins Negative, gibt es keine Anrechnung, aber der Vermögenseinbruch wird natürlich auch nicht ausgeglichen. Das ist die Folge der Ausklammerung der Vermögensbildung und zeigt die irritierende Asymmetrie. Steigt der Kurs, erfolgt eine Anrechnung, die auch zu hoch ausfallen kann. Es geht nicht an, die Vorteile anzurechnen und die Risiken den Hinterbliebenen zu überbinden. Das spricht m.E. dafür, nur ausbezahlte Erträge anzurechnen und die Finger von den schwankenden Vermögenswerten zu lassen.

Angesichts der vielen Unsicherheit hat das Bundesgericht zu Recht nicht bei der Bildung von Versorgungsabschnitten eingegriffen, die dazu geführt hat, dass die Überentschädigung in der ersten Versorgungsphase mit beiden Kindern durch die Ertragsanrechnung nicht ausgeglichen werden konnte, auch wenn sich für die Phasenbildung ausser der Unschärfe der Berechnung kaum Argumente finden.

D. Konkrete Berechnung trotz Abstraktionsdiktat

Auch wenn das Bundesgericht die einphasige Berechnung mit der Notwendigkeit begründet, abstrakt zu rechnen, ist es im Entscheid in zwei Punkten klar davon abgewichen. So beim Verkauf der Arztpraxis, wo vom konkret erzielten Erlös ausgegangen worden ist, sowie beim Wiederverheirats- und Scheidungsabzug. Es macht nun mal keinen Sinn, wenn bereits eingetretene Entwicklungen ignoriert und eine abstrakte Schätzung vorgenommen wird. Soweit die Schadenminderung nicht angesprochen ist, wurde daher zutreffend der erzielte Verkaufserlös zum Ausgangspunkt der Berechnung gemacht.

Bei der Wiederverheiratung kann der Umstand nicht ignoriert werden, dass sich der hinterbliebene Partner auch nach vielen Jahren nicht wieder verheiratet hat.

²⁰ So ROLAND BREHM, Berner Kommentar, 5. Auflage, Bern 2021, N 65a zu OR 45.

Hier verhält es sich allerdings etwas komplizierter. Sicher ist bei einer statistischen Bewertung das Alter im Urteilszeitpunkt heranzuziehen, ob aber überhaupt ein Abzug erfolgen darf, ist schwieriger zu beurteilen. Auf der anderen Seite spielt nämlich das Scheidungsrisiko, das der hypothetischen Versorgung ein Ende gesetzt hätte, das sich aber statistisch schwer fassen lässt. Noch schwieriger ist die notwendige Synthese der beiden Wahrscheinlichkeiten zu bilden. Hier muss die Lehre noch etwas weiterforschen²¹ und die Praxis damit leben, dass bei jüngeren Hinterbliebenen dieses Risiko nicht ignoriert werden darf. Bei kinderlosen Paaren wird häufig kein ewiger Versorgungsschaden eintreten. Bei Ehepaaren mit Kindern muss davon ausgegangen werden, dass die Erwerbseinkommen später steigen werden, wenn die Pensen aufgestockt werden und die Versorgung aus Haushaltsführung wesentlich reduziert wird, sobald die Kinder aus dem Haushalt ausscheiden.

E. Bemerkenswertes aus dem vorinstanzlichen Urteil

Einige Punkte, über die das Handelsgericht als Vorinstanz entschieden hat, wurden nicht weitergezogen, sind aber erwähnenswert, da sie Fragen betreffen, die bislang noch nicht oder anders entschieden worden sind. Nebst dem erwähnten Heranziehen von statistischen Daten für die Bestimmung der Sparquote und der Fixkosten und der gleichmässigen Aufteilung der letzteren auf die Hinterbliebenen hat sich das Handelsgericht klar dafür ausgesprochen, dass auch beim Versorgungsschaden auf den Nettolohn abzustellen ist.²² Das Handelsgericht geht folgerichtig davon aus, dass alsdann ein Rentenschaden geschuldet ist.²³ Keineswegs selbstverständlich ist auch die anteilmässige Anrechnung des Einkommens des Witwers bei den Unterhaltsanteilen der Kinder.²⁴ Bislang wurde das Einkommen des Partners oft nur an dessen Versorgungsquote angerechnet.

Fazit: Die beiden Entscheide bringen nebst Rückschritten also auch bemerkenswerte Innovationen für die zukünftige Beurteilung von Versorgungsschäden.

²¹ Vorschläge dazu aber bei BERNHARD STEHLE, Der Versorgungsschaden; Dogmatik und Berechnung (Diss.), Zürich/Basel/Genf 2010, N 455 ff. und BERNHARD STEHLE, Die Berechnung des Versorgungsschadens: Drei neue Faktoren, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, 123 ff.

²² Urteil des Handelsgerichts HG170225 vom 10. Juni 2020 E. 2.4.3.1: Es «bestehen keine sachlichen Gründe, der Berechnung des Versorgungsschadens anders als beim Erwerbsschaden das Bruttoeinkommen zugrunde zu legen. Massgeblicher Anknüpfungspunkt ist deshalb das Nettoeinkommen der Versorgerin.»

²³ A.a.O. E. 2.4.3.1 und E. 2.4.3.4.

²⁴ A.a.O. E. 2.4.4.5.

Newsletter Responsabilité civile/ Assurances sociales et privées (NLRCAS)

Université de Neuchâtel

Le calcul de la perte de soutien, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_389 et 415/2020 (destiné à la publication)

Alexis Overney*

I. Objet de l'arrêt

Le litige concerne le *calcul des prétentions récursoires des assureurs sociaux* (AVS et institution de prévoyance professionnelle) *en lien avec une perte de soutien* subie par le mari et les enfants d'une assurée décédée des suites d'un accident de la route.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 30 janvier 2006, un camion assuré en responsabilité civile auprès de la Compagnie A. SA a blessé mortellement une cycliste née en 1956. L'AVS et l'institution de prévoyance professionnelle (la Fondation VSAO-ASMAC pour les indépendants) ont versé les prestations d'assurance au veuf de la victime (né le 13 septembre 1951) ainsi qu'aux deux fils qu'elle avait eus avec celui-ci, nés respectivement le 6 septembre 1991 et le 10 juin 1993.

En 2017, les assureurs sociaux ont ouvert action contre l'assureur responsabilité civile, la Compagnie A. SA, devant le Tribunal de commerce du canton de Zurich en réclamant l'indemnisation des prestations versées au veuf et aux fils de la victime. Par jugement du 10 juin 2020, le Tribunal de commerce a condamné l'assureur responsabilité civile à verser à l'AVS 183 801 CHF (84 796 CHF pour le veuf et 99 005 CHF pour les deux enfants) et à l'institution de prévoyance professionnelle 265 725 CHF (57 956 CHF pour le veuf, 96 759 CHF pour le premier fils et 11 189 CHF pour le second), le tout majoré d'un intérêt à 5% depuis le 30 janvier 2006. Les frais et les dépens ont été répartis à raison de 10% à la charge de l'AVS, 40% à la charge de l'institution de prévoyance et 50% à la charge de la Compagnie A. SA.

* Avocat spécialiste FSA en droit de la responsabilité et des assurances, Fribourg.