

Sonderdruck

*Schweizerische
Versicherungs-
Zeitschrift*

**Revue Suisse
d'Assurances**

Stephan Weber

**Kumul der «Ersatzeinkünfte»
bei der Versorgerschadenberechnung**

Jahrgang 65
Heft 3/4
1997

Peter Lang
Bern · Frankfurt am Main
Berlin · New York · Paris

Haftpflichtrecht

Kumul der «Ersatzeinkünfte» bei der Versorgerschadenberechnung

Eine Nachlese zum Urteil der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 8. 10. 93
(BGE 119 II 361 = Pra 1994 Nr. 163)

STEPHAN WEBER, EGLISAU

- A. Sachverhalt und Ausgangslage
- B. Zur Abgrenzung von Summen- und Schadensversicherung
 - 1. Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
 - 2. Relevante Abgrenzungskriterien
 - 3. Unumgängliche Standardisierung und Pauschalisierung der Leistungsvoraussetzungen und Bemessungsmodalitäten
 - 4. Weitere gebräuchliche Leistungsvoraussetzungen
- C. Zur «Arbeitspflicht» der Witwe
 - 1. Bundesgerichtliche Erwägungen
 - 2. Kritik von *Stark*
 - 3. Grundsätzliche Überlegungen zur Schadenminderungspflicht
 - 4. Kriterien der Zumutbarkeitsbeurteilung
 - 5. Anrechnung überpflichtmässiger Anstrengungen
 - 6. Umfang der Anrechnung des schadenmindernden Einkommens
- D. Zur Anrechnung der Erbschaft
 - 1. (Nicht publizierte) Erwägungen des Bundesgerichts
 - 2. Meinungsstand
 - 3. Vermögensbildung als Teil der Altersversorgung
- E. Ein letzter Blick übers Ganze

Dans l'arrêt ATF 119 II 361 le Tribunal fédéral a examiné diverses questions relatives à l'imputation des revenus compensatoires dont bénéficie la personne soutenue dans le cadre du calcul de la perte de soutien. Ainsi en va-t-il, s'agissant de la distinction entre assurance de sommes et assurance de dommages, de la question de l'imputation des prestations complémentaires à l'assurance-accidents obligatoire. Sous l'angle de l'imputation des avantages se pose ensuite la question de la prise en considération d'une activité lucrative exercée après la mort du soutien et celle de l'imputation des revenus de la fortune échue par voie successorale ou suite à la liquidation du régime matrimonial. Alors que le Tribunal fédéral se prononce en faveur d'un cumul des prestations d'assurance et revenus tirés de l'activité lucrative avec la perte de soutien due en droit de la responsabilité civile, il admet l'imputation des revenus de la fortune, pour autant qu'elle ne se fasse pas schématiquement. La présente contribution se livre à un examen critique de l'arrêt et en dégage, au-delà du cas d'espèce jugé, la portée plus générale de même que d'autres problèmes non résolus.

Das Bundesgericht hat sich in BGE 119 II 361 mit verschiedenen Fragen rund um die Anrechnung von «Ersatzeinkünften» der Versorgten bei der Schadensberechnung befasst. So unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung von Schadens- und Summenversicherung mit der Frage der Anrechnung der Zusatzleistungen zur obligatorischen Unfallversicherung, unter dem Aspekt der Vorteilsanrechnung, sodann mit der Berücksichtigung einer nach dem Tod des Versorgers aufgenommenen Erwerbstätigkeit sowie dem Einbezug der Erträge des aus Güter- und Erbrecht anfallenden Vermögens. Während das Bundesgericht für die Versicherungsleistungen und das Erwerbseinkommen für eine Kumulation zum haftpflichtrechtlich geschuldeten Versorger-schaden eintritt, befürwortet es hinsichtlich der Vermögenserträge eine Anrechnung, die allerdings nicht schematisch erfolgen soll. Der vorliegende Beitrag setzt sich kritisch mit dem Urteil auseinander und zeigt über den beurteilten Fall hinausreichende Konsequenzen und weitere ungelöste Probleme auf.

A. Sachverhalt und Ausgangslage

Im August 1987 wurde Zahnarzt B., der mit seinem Velo unterwegs war, von einem Auto angefahren und tödlich verletzt. Er hinterliess nebst seiner 41jährigen Ehefrau Kinder im Alter von 3 und 4 Jahren sowie zwei ältere Kinder aus erster Ehe. Die Versicherungsgesellschaft des Motorfahrzeughalters anerkannte dessen alleiniges Verschulden, konnte sich aber über die Höhe der Entschädigung an die Witwe und deren Kinder nicht einigen.

Die Vorinstanz schätzte das jährliche Einkommen des Verstorbenen auf Fr. 200 000.–¹ und legte den Unterhaltsanteil für die Ehefrau mit 30% fest, jenen für die Kinder mit je 10%². An den Versorger-schaden der Witwe wurden einerseits die AHV-Rente, andererseits die Leistungen der freiwilligen UVG-Versiche-

rung (UVGF)³ angerechnet. Vor Bundesgericht streitig war die Anrechnung der Leistungen der in Ergänzung zur freiwilligen Versicherung abgeschlossenen UVG-Zusatzversicherung (UVGZ) sowie die Frage, ob auch die nach dem Tod ihres Ehemannes aufgenommene Erwerbstätigkeit der Frau und die Erträge aus Güter- und Erbrecht zu einer Herabsetzung des Versorger-schadens führen.

B. Zur Abgrenzung von Summen- und Schadensversicherung

1. Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Im Urteil i.S. Contacta (BGE 104 II 44) hat das Bundesgericht bekanntlich seine frühere

1 Pauschale Erhöhung des Einkommens von Fr. 131 556.– im Unfallzeitpunkt.

2 Unter Berücksichtigung der Fixkosten wurde die Witwenquote, was den publizierten Erwägungen nicht zu entnehmen ist, in freier Würdigung, gestützt auf Erfahrungsregeln, auf 40% angehoben, obwohl dieser Punkt von keiner Partei beanstandet wurde (die Erwägungen sind in der amtlichen Publikation nicht abgedruckt, finden sich aber in plädoyer 2/1994, 66). Dieser Aspekt wird hier nicht weiter untersucht, der Hinweis möge genügen, dass eine Witwenquote von 30% oder 40% nur bei hohem Einkommen vertretbar ist, da dort nicht das gesamte Einkommen für die laufenden Ausgaben verbraucht wird; Kritik zur Höhe der Quote unter Hinweis auf die zu berücksichtigenden Fixkosten in der Urteilsbesprechung von EMIL W. STARK, Berechnung eines Versorger-schadens, AJP 1994, 642; dazu DERSELBE, Berechnung des Versorger-schadens – Ausgewählte Fragen, ZSR 105/1986 I 347; allgemein zur Bemessung der Unterhaltsquoten STAUFFER/SCHAETZLE, Barwerttafeln, 4. A. Zürich 1989, N 777 ff., 799 ff. sowie nachstehend

Anm. 21, 81, 85. Den Kindern wurde kein Schadenersatz zugesprochen, da ihr Unterhalt durch AHV, Unfallversicherungsleistungen und die Zinsen des geerbten Vermögens gedeckt war. Das BGer hat den Schadenersatz der Witwe mit Tafel 25 kapitalisiert, was zwar «gerichtsüblich», aber gleichwohl fragwürdig ist, denn das mutmassliche Ende der Erwerbstätigkeit richtet sich längst nicht mehr nur nach der Invalidisierungswahrscheinlichkeit. Sie liegt aber bei Selbständigen häufig höher als bei Arbeitnehmern, die ganz überwiegend im AHV-Alter aus dem Erwerbsleben ausscheiden. Für die Ermittlung des Unterhaltsbedarfs ist zudem auch der Lebensabschnitt nach der Pensionierung zu berücksichtigen; dazu nachstehend Ziff. D/3.

3 Die Vorinstanz hatte versehentlich die Zusatzleistungen anstelle der Leistungen der freiwilligen Versicherung angerechnet, was vom Bundesgericht gestützt auf OG 63 II Satz 2 korrigiert worden ist. Für die freiwillige Versicherung gelten gemäss UVG 5 I die Bestimmungen der obligatorischen Versicherung sinngemäss. Die Anrechenbarkeit ergibt sich somit aus der Subrogationsbestimmung UVG 41.

Rechtsprechung aufgegeben⁴, wonach im Bereich der Personenversicherung ausnahmslos das in VVG 96 verankerte Kumulationsprinzip zum Zuge kommt. Nicht die begriffsjuristische und zudem auf redaktioneller Ungenauigkeit beruhende Unterscheidung von Personen- und Schadensversicherung sei ausschlaggebend, entscheidend sei vielmehr, ob die Versicherung als Summen- oder Schadensversicherung ausgestaltet sei. Massgebend ist also m.a.W. nicht das versicherte Objekt, sondern die Art der versicherten Leistung: «Kommt ein Versicherer (...) für die effektiven Kosten einer Körperverletzung – sei es für Heilungskosten, sei es für Verdienst-

ausfall – auf, so deckt er damit einen Schaden im juristisch-technischen Sinne, indem er die dem Versicherten durch das schädigende Ereignis entstandene Vermögenseinbusse ausgleicht. Gegenstand einer solchen Versicherung ist somit ein wirtschaftliches Interesse».

Ist die Personenversicherung als Schadensversicherung konzipiert, unterliegt sie der *Subrogationsbestimmung* VVG 72. Die Versicherungsleistungen werden an den Schaden angerechnet und dem Versicherer steht ein Regressanspruch auf den Haftpflichtigen zu⁵.

4 Das Bundesgericht beugte sich mit diesem Entscheid der jahrzehntelangen heftigen Kritik durch die Lehre: vgl. KARL OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. A. 1975, 381 f.; ALFRED MAURER, Kumulation und Subrogation in der Privatversicherung, SZS 1975, 293 ff.; WILLY KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A. Bern 1967, 467 f.; besonders einlässlich, G. GAROBIO, Zur rechtlichen Natur der Schadens- und der Summenversicherung, insbesondere der Unfall- und der Heilungskostenversicherung, und zum Problem der gemischten und gekoppelten Verträge, ZbJV 81/1945, 289 ff., 329 ff.; HANS GAUGLER, Zur juristischen Qualifizierung der einer Unfallversicherung angegliederten Heilungskosten- und Verdienstausfallversicherung durch das Bundesgericht, SVZ 1961/62, 65 ff., 108 ff.; WILHELM STAUFFER, Von der Heilungskostenversicherung, SJZ 59/1963, 177 ff. m.w.N. Pointiert beschreibt ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II, Bern 1987, 180, die stossenden Konsequenzen der altrechtlichen Praxis: «Dieses klassische Exempel von Begriffsjurisprudenz hatte verpönte Bereicherungen des Geschädigten zur Folge; je teurer die Behandlung war und je länger sie dauerte, um so mehr konnte der Geschädigte einstreichen. Unter dem Druck dieses Unsinn und des Rufs nach einer Gesetzesrevision hat sich das Bundesgericht in BGE 104 II 44 ff. (Entscheid Contacta) zu einer Änderung seiner Rechtsprechung bequemt». – Ganz ähnlich verlief auch die Entwicklung in Deutschland und Frankreich; vgl. die Hinweise in BGE 104 II 50 f.; BRUCK/MÖLLER, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Bd. II, 8. A. Berlin/New York 1980, Vor §§ 49-80 N 2 f., § 67 N 20; PRÖLSS/MARTIN, Versicherungsvertragsgesetz, 25. A. München 1992, 514; BGH VersR 1973, 224; ferner HANS MÖLLER, Moderne Theorien zum Begriff der Versicherung und des Versicherungsvertrages, ZVersWiss 1962, 269 ff., insbes. 273 f., 283 ff.; GERHARD HOF, Der Begriff der Schadenversicherung in der privaten Krankenversicherung, VersR 1974, 111 ff.; GOTTFRIED NEESSE, Übergang der Schadenersatzforderung, die der Versicherungsnehmer gegen seinen Schädiger hat, auf den Versicherer in der privaten Krankenversicherung, VersR 1976, 704 ff.

5 VVG 72 schränkt die Subrogation allerdings auf Ansprüche aus unerlaubter Handlung ein. Unklar und umstritten ist, ob damit nur der Haftungsgrund von OR 41 erfasst und damit ein persönliches Verschulden des Haftpflichtigen verlangt ist. Immerhin stehen auch die (gewöhnlichen) Kausalhaftungen wie die Geschäftsherren (OR 55), die Tierhalter (OR 56) und die Werkeigentümerhaftung (OR 58) unter dem mit «Entstehung durch unerlaubte Handlung» betitelten Abschnitt des OR. Kontrovers ist weiter, ob neben VVG 72 auch das originäre Regressrecht gemäss OR 50/51 zum Zuge kommt. Das Bundesgericht hat dies im Urteil Gini/Durlemann (BGE 80 II 255) gegenüber einem Anspruch aus Vertragsverletzung abgelehnt, wenn den Vertragspartner bzw. dessen Hilfsperson (OR 101) nur ein leichtes Verschulden trifft. Erst in BGE 93 II 353 wurde ein Anspruch bei schwerem Verschulden bejaht, es blieb aber ungeklärt, wie es sich bei einem persönlichen Verschulden des Vertragspartners verhält; vgl. zum Ganzen ROLAND BREHM, Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Bern 1990, N 108 ff. zu OR 51; ROLAND SCHAER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel 1984, N 913 ff.; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. A. Zürich 1995, § 11 N 15 ff.; HEINZ REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, N 1576 ff. und die ausgezeichnete Zusammenstellung von HANSUELI BRUNNER, Art. 72 VVG – Unklarheiten und Kontroversen, Beilage 3 zum Beitrag von PETER GAUCH, Das VVG – Alt und Revisionsbedürftig, in: Tagungsordner Strassenverkehrsrechts-Tagung, Freiburg 1990. Angesichts der zahlreichen Unklarheiten drängt sich eine Neuregelung des Regressrechts zweifellos auf. Nicht zu befriedigen vermag, dass der Haftpflichtige vom Umstand profitiert, dass sich der Geschädigte Versicherungsschutz verschafft und dafür Prämien bezahlt hat. Dem Schadensversicherer muss der Rückgriff bei allen Haftungsgründen (Verschuldenshaftung, Kausalhaftung und vertragliche Haftung) offen stehen. Vermieden würden mit einer solchen Regelung auch die in AVB häufig anzutreffenden Subsidiärklauseln, die nicht selten durch die ungünstige Regressordnung motiviert sind. Ein integrales Regressrecht sieht nun Art. 31 f. Vorentwurf zu einem Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts vor (vgl. SVZ 65/1997, 55).

Obwohl sich der Entscheid durchaus um Abgrenzungskriterien bemüht, blieb die Grenzziehung in der Praxis mit vielen Unsicherheiten behaftet. Das mag u.a. darauf zurückzuführen, dass die Versicherungsleistungen und der eingetretene Schaden nur selten vollends deckungsgleich sind, das Bundesgericht aber fordert, dass die Versicherungsleistungen im Rahmen der Schadensversicherung mit dem eingetretenen Schaden⁶ identisch sein müssen, während die Summenversicherung nicht eine solche «konkrete» sondern eine «abstrakte Bedarfsdeckung» bezwecke.

In BGE 119 II 361 hat das Bundesgericht nun entschieden, dass die *ergänzenden Unfallversicherungsleistungen* im Todesfall zur Kategorie der Summenversicherung zählen und damit in Anwendung von VVG 96 nicht an den Versorgerschaden angerechnet werden

6 Dieser bestimmt sich nach haftpflichtrechtlichen Grundsätzen, denn dort wird mit der Differenztheorie gearbeitet und damit der konkrete Vermögensverlust als Schaden deklariert. Ein konkret messbarer Geldabfluss, wie er etwa in Form von Reparatur- oder Heilungskosten anfällt, ist aber nicht immer feststellbar. Dies gilt nicht nur bei schwierig beweisbaren Schäden, wie Urheberrechtsverletzungen oder Wettbewerbsschädigungen, sondern durchwegs bei der Ermittlung des zukünftigen Schadens (z.B. beim Erwerbsausfall), der nur geschätzt werden kann. Als dann muss mit blossen Erfahrungswerten und Pauschalisierungen gearbeitet werden; nach OR 42 II ist auf den «gewöhnlichen Lauf der Dinge» abzustellen. Die Schadensberechnung enthält damit auch abstrakte Elemente, so dass auch dem haftpflichtrechtlichen Schaden keine rein konkrete Bedarfsdeckung zugrunde liegt. Zudem wird vereinzelt vom Erfordernis der finanziellen Einbusse überhaupt abgesehen, so beim Haushaltschaden, der auch geschuldet ist, wenn von der Einstellung einer Ersatzkraft abgesehen wird (vgl. Pra 84/1995 Nr. 172). Kommt dazu, dass gewisse Schadensposten trotz des umfassenden Schadenbegriffs im Haftpflichtrecht keine Anerkennung gefunden haben. Dies schliesst aber das Vorliegen eines Schadens und damit die Konzeption einer Schadensversicherung nicht aus, bedeutet aber, dass das Erfordernis des Schadens im Versicherungsrecht mit dem haftpflichtrechtlichen Verständnis nicht vollends deckungsgleich sein muss. Anders offenbar RÜTSCHÉ/DUCKSCH, Schadens- und Summenversicherung, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, hrsg. von ALFRED KOLLER, St. Gallen 1995, 48, die aus der fehlenden Kongruenz auf eine Summenversicherung schliessen. Das hier interessierende Problem entsteht dann aber nicht, denn bei fehlender Identität ist eine Anrechnung ohnehin nicht möglich, was allerdings nicht immer gesehen resp. durch eine zu rudimentäre Schadenpostenbildung übergangen wird.

dürfen⁷. Der Entscheid bringt zwar keine Praxisänderung, wohl aber gewisse Präzisierungen, und es stellt sich erneut die Frage, wie es sich nach dem neusten Verdikt mit den anderen Versicherungsleistungen, namentlich den Invalidenrenten verhält, ob diese – wie von einigen Anwälten nun gestützt auf den zitierten Entscheid gefordert – ebenfalls als Summenversicherungsleistungen kumulierbar sind oder das Subrogationsprinzip und damit eine Anrechnung zur Anwendung gelangt.

2. Relevante Abgrenzungskriterien⁸

Um die fragliche Leistung einer der beiden Versicherungsarten zuzuordnen, darf nach BGE 119 II 364 *keine globale Qualifikation* «en fonction du contenu principal de la police» vorgenommen werden. Massgebend ist die Rechtsnatur der in Frage stehenden Leistungen und nicht die jeweilige Hauptleistung. Zurückgewiesen wird damit die noch in BGE 73 II 42 vertretene Ansicht, wonach sich bei gemischten oder gekoppelten Verträgen der Charakter nach dem hauptsächlichlichen Inhalt richte⁹. Aus heutiger Sicht erscheint dies selbstverständlich. Zu prüfen ist demnach, ob die in Frage stehende Leistung einen konkreten Schaden deckt oder ob der Anspruch schadenunabhängig ausgestaltet ist.

Nicht relevant kann die mit vielen Zitaten angereicherte Bemerkung sein, dass *Todesfalleleistungen* im allgemeinen nicht die Funktion haben, einen bestimmten Schaden zu

7 Diverse Autoren haben den Entscheid reflektiert: STARK, AJP 1994, 641 f.; HAUSHEER, ZbJV 131/1995, 391 f.; ausführlich und kritisch RÜTSCHÉ/DUCKSCH (zit. Anm. 6) 39 ff.

8 Vgl. dazu auch die Ausführungen und tabellarische Zusammenstellung bei RÜTSCHÉ/DUCKSCH (zit. Anm. 6) 53 ff.

9 Das Bundesgericht hat diese «Schicksalstheorie» allerdings in BGE 100 II 461, also noch vor dem Contacta-Urteil, als «fragwürdig» bezeichnet, doch hielt es damals noch kompromisslos an der Gliederung in Schadens- und Personenversicherung fest: «Im vorliegenden Fall braucht diese Frage jedoch nicht näher geprüft zu werden, da die Heilungskostenversicherung auf jeden Fall als Personenversicherung aufzufassen ist, ob sie für sich allein oder im Zusammenhang mit der Hauptversicherung betrachtet wird»; Kritik bei STAUFFER 179; GAROBIO (beide zit. Anm. 4) 304 ff.

decken und daher zur Sparte der Summenversicherung zählen¹⁰.

Schwieriger ist die Aussage zu würdigen, dass selbst der *Parteiwille* die Einordnung nicht beeinflussen könne. Dem ist insofern zuzustimmen, als er sich häufig nicht eindeutig feststellen lässt, da sich der Versicherungsnehmer gerade in bezug auf die Koordinationsfrage, wenn überhaupt, so doch nur rudimentäre Vorstellungen macht¹¹. Der Standpunkt steht aber im Widerspruch zur Vertragsfreiheit, die auch für den Versicherungsvertrag gilt¹². Die Privatautonomie wird allerdings im VVG durch diverse zwingende Bestimmungen eingeschränkt. Hier ist es VVG 96, der es verbietet, in der Personenversicherung ein Regressrecht vorzusehen. Was bedeutet dies nun aber, nachdem unter Personenversicherung nurmehr die Summenversicherung zu verstehen ist? Die Frage bleibt auch im referierten Urteil unerörtert, wird letztlich aber dahin gelöst, dass alles von der Qualifikation der betreffenden Versicherungsleistung abhängen soll. Eine *Anrechnungs-, Regress- oder Subsidiärklausel* kann daher für sich allein noch keine Schadensversicherung begründen¹³, wohl aber in Zweifelsfällen als Indikator dienen¹⁴.

10 BGE 119 II 364 f. Die Deckung von Bestattungskosten ist z.B. einwandfrei Schadensversicherung. Immerhin attestiert das BGer mit dem Passus «in der Regel», dass Ausnahmen möglich sind; RÜTSCH/DUCKSCH (zit. Anm. 6) 52.

11 Ein über die – nach dem Vertrauensprinzip auszulegen – AVB hinausgehender Vertragswille ist kaum feststellbar; RÜTSCH/DUCKSCH (zit. Anm. 6) 52. Mehr Transparenz würde der Vorschlag von STARK, AJP 1994, 642 schaffen, dem Antragsteller die Wahl zwischen einem Tarif mit und ohne Regressrecht resp. Anrechnung zu lassen; Vorschläge de lege ferenda nachstehend in Anm. 14.

12 Gemäss VVG 100 findet subsidiär das OR und damit auch OR 19 Anwendung.

13 BGE 119 II 364. Solange sämtliche Versicherungen, die eine Person zum Gegenstand haben, als Summenversicherung betrachtet wurden, war es durchaus konsequent, auch allfällige Abtretungs- und Subsidiärklauseln als unzulässig zu betrachten; vgl. BGE 100 II 461 f., der immerhin offen lässt, ob die Zulässigkeit dann zu bejahen wäre, wenn der Versicherer unterschiedlich tarifiert hätte.

14 Immerhin gilt es zu beachten, dass nicht nur die Koordination mit Haftpflichtleistungen, sondern auch jene mit anderen Versicherungsleistungen von der Einordnung betroffen ist. Würde allein von einer Regressklausel auf eine Schadensversicherung geschlossen,

Das Bundesgericht kommt zum Schluss, «pour que l'on puisse parler d'une assurance contre les dommages en droit des assurances privées, il faut que les parties au contrat d'assurance aient fait de la perte patrimoniale une condition autonome du droit aux prestations.» Massgebendes Unterscheidungskriterium sind demnach einzig die *Leistungsvoraussetzungen*. Diese müssen so abgefasst sein, dass sie als leistungsauslösendes Moment zwingend eine Vermögenseinbusse fordern und nicht bloss die Beeinträchtigung einer Person, mag die umschriebene Verletzungslage auch regelmässig mit finanziellen Nachteilen verbunden sein¹⁵.

Da im beurteilten Fall weder die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) noch die Angaben in der Police den Versicherungsanspruch der Hinterbliebenen vom Vorliegen eines (Versorger-)Schadens abhängig machten, sondern allein der Tod des Versicherten ausschlaggebend war, hat das Bundesgericht die Leistungen der Summenversicherung zugeordnet. Aus dieser Warte ist der Entscheid

kämen auch die Bestimmungen über die Doppelversicherung zum Zuge. Auf die «Unzulässigkeit» solcher Klauseln weist auch MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A. Bern 1995, 412 hin. Befriedigen kann die heutige gesetzliche Lösung gleichwohl nicht. Angesichts der weitreichenden Konsequenzen der Unterscheidung von Summen- und Schadensversicherungen sollte bei der Revision des VVG – entsprechende Bestrebungen sind im Gange – eine systematische Bereinigung vorgenommen und die Abgrenzung der beiden Versicherungsarten klarer geregelt werden. Die nötige Rechtssicherheit kann dabei, die obenstehenden Ausführungen bestätigen es, kaum von einer Legaldefinition erwartet werden. Die Klarstellung muss vielmehr im Versicherungsvertrag erfolgen. Im VVG sollte daher eine Bestimmung vorgesehen werden, wonach die Leistungen immer dann anzurechnen sind, wenn der Vertrag nichts Gegenteiliges anordnet. Mit einer solchen Lösung würde verhindert, dass nicht der Richter, sondern der Versicherer und der Versicherungsnehmer über den Leistungsumfang entscheiden.

15 Die weitere Forderung, dass sich die Leistungsbemessung am eingetretenen Schaden und nicht an einer abstrakten Bedarfsschätzung orientieren darf, wird zwar im Entscheid nicht besonders hervorgehoben, wurde aber bereits im Contacta-Urteil, auf das mehrfach verwiesen wird, zum Unterscheidungsmerkmal gekürt (BGE 104 II 53 f.). Missverständlich ist der Satz, wonach das Unterscheidungskriterium «pas dans le but, mais dans les conditions de la prestation» liege, denn letztlich ist es die Umschreibung des leistungsauslösenden Ereignisses, das über die Zweckbestimmung der Leistungen entscheidet; zutreffend SCHAER (zit. Anm. 5) N 18.

zweifelloos nicht zu beanstanden. Die Modalitäten der UVGZ-Leistungen richteten sich nach den Bestimmungen des UVG¹⁶, das für die Hinterlassenenrenten einen Versorger-schaden, d.h. den Wegfall von Unterhaltsleistungen durch den Tod des Versorgers nicht voraussetzt. Umschrieben wird dort lediglich der Kreis der Anspruchsberechtigten¹⁷, und für die Bemessung wird auf eine fixe Quote des versicherten Verdienstes abgestellt¹⁸. Damit wird in Kauf genommen, dass die Hinterbliebenen durch die ausgerichteten Leistungen über- oder unterentschädigt werden, ja sogar, dass Versicherungsleistungen von Personen beansprucht werden können, für deren Unterhalt der Verstorbene tatsächlich gar nicht aufgekomen ist.

Zu einer Schadensversicherung liessen sich die UVGZ-Hinterlassenenleistungen nach den höchstrichterlichen Anforderungen nur umfunktionieren, wenn im Versicherungsvertrag eine Klausel aufgenommen würde, welche als Leistungsvoraussetzung einen Unterhaltsschaden vorsähe. Dies würde freilich bedingen, dass in jedem Einzelfall eine «Versorgerschaden-Schattenberechnung» durchgeführt werden müsste. Wie bereits erwähnt, wäre eine blosser Anrechnungsklausel kaum ausreichend, doch könnte allenfalls eine Überentschädigungsklausel die standardisierten Leistungen vom Prädikat der Summenversicherung befreien.

3. Unumgängliche Standardisierung und Pauschalisierung der Leistungsvoraussetzungen und Bemessungsmodalitäten

Zweifelloos sind die Voraussetzungen und die Bemessungsfaktoren der Leistungen im Bereich des UVG und der Ergänzungsversiche-

rung mit dem haftpflichtrechtlichen Schaden, der einen effektiven Vermögensverlust zum Gegenstand hat, nicht vollständig identisch. Für den obligatorischen Bereich und die freiwillige Versicherung, für die dieser Befund auch gilt, ist das Problem freilich gelöst, denn dort sorgt UVG 41 ff., dass die Ansprüche kraft Subrogation auf den Versicherer übergehen.

Man kann sich aber fragen, ob nicht doch auch im Bereich der Ergänzungsversicherung von einer Schadensversicherung ausgegangen werden sollte, jedenfalls soweit diese auf den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen basieren. Dass die zusätzliche Deckung eine Schliessung der Lücken zwischen Sozialleistungen¹⁹ und effektivem Bedarf zum Ziele hat, liegt auf der Hand. Mit der Anknüpfung am Einkommen ist für die Leistungsbemessung zudem die wirtschaftliche Grösse massgebend, die auch Grundlage der haftpflichtrechtlichen Schadensberechnung bildet²⁰. Im weiteren entspricht die prozentuale Festlegung der Leistungen der bei der Versorgerschadensberechnung üblichen Quotierung der Unterhaltsanteile, und selbst deren Höhe bewegt sich noch in den haftpflichtrechtlichen Grössenordnungen, die ja auch nur Erfahrungswerte darstellen²¹. Auch der Kreis

16 Ziff. 12 der betreffenden AVB lautete: «En cas de décès, la «Winterthur» paie, conformément aux dispositions de la LAA, les rentes de survivants mentionnées dans la police.»

17 Anspruch auf Hinterlassenenrenten haben gemäss UVG 28 der überlebende Ehegatte und die Kinder.

18 Die Höhe der Renten beträgt für den Ehegatten 40% und für die Kinder 15%, zusammen höchstens 70% des versicherten Verdienstes (UVG 31).

19 Sozialversicherungsleistungen sind infolge der technisch-administrativen Anforderungen der Massenverwaltung, aber auch weil sie der sozialen Gerechtigkeit verpflichtet sind, stets stärker standardisiert und auf einen durchschnittlichen Bedarf zugeschnitten; RYOICHI OBAYASHI, Zur Schätzbarkeit des Bedarfs, ZVersWiss 1964, 263. Sozial- und zivilrechtlicher Schadenausgleich nähern sich indessen immer stärker an; vgl. dazu auch MAXIMILIAN FUCHS, Zivilrecht und Sozialrecht – Recht und Dogmatik materieller Existenzsicherung in der modernen Gesellschaft, München 1992, 213 ff., der insbesondere auf die sozialstaatliche Umformung des Zivilrechts hinweist. Auch wenn die Sozialversicherung nach wie vor den Eintritt einer Vermögenseinbusse präsumiert, werden aber auch die Sozialleistungen mehr und mehr dem tatsächlichen Schaden angeglichen.

20 Im Haftpflichtrecht ist allerdings vom zukünftigen und nicht vom bisherigen Einkommen auszugehen, das Grundlage der UVG-Leistungen bildet (UVG 15 II).

21 Auch wenn im Haftpflichtrecht u.U. differenzierter vorgegangen wird (vgl. die tabellarischen Vorschläge für die Aufteilung nach Einkommenshöhe und Anzahl Kinder bei STAUFFER/SCHAETZLE (zit. Anm. 2) N 812;

der Anspruchsberechtigten stimmt weitestgehend mit jenem im Haftpflichtrecht überein. Unter diesem Aspekt kann man sich wirklich fragen, ob die Leistungskriterien für die Annahme einer Schadensversicherung nicht ausreichend sein sollten²². Was die Hinterlassenleistungen betrifft, ist Widerstand wohl aber zwecklos. Will man in diesem Bereich etwas ändern, muss man bei den AVB ansetzen!

In grundsätzlicher Hinsicht ist aber zu überlegen, welches *Mass an Pauschalisierung und Standardisierung*, das bei Versicherungsleistungen aus Praktikabilitätsgründen notwendig ist, die Annahme einer Schadensversicherung noch zulässt. *Schaer* weist zutreffend darauf hin, dass sowohl in der Schadens- wie in der Summenversicherung abstrakte Bemessungselemente vorkommen. Der Unterschied liege darin, dass die massgeblichen Leistungsvoraussetzungen verschieden sind: «ist die Vermögenseinbusse als Folge einer Körperverletzung Leistungsvoraussetzung, so haben die Versicherungsleistungen, selbst dann, wenn sie pauschalisiert, standardisiert oder typisiert sind, schadenausgleichende Funktion, so dass die Kumulationsmöglichkeit gemäss VVG 96 entfällt; ist nur die Körperverletzung, unabhängig davon, ob eine Vermögenseinbusse entsteht, Leistungsvoraussetzung, so haben die zu erbringenden Leistungen keine schadenausgleichende Funktion und werden demzufolge grundsätzlich

unabhängig von anderen Leistungen ausgerichtet. Nicht das versicherte Objekt, sondern die Umschreibung des leistungsauslösenden Ereignisses und damit verbunden die Zweckbestimmung der Leistungen sind entscheidend dafür, ob eine Schadens- oder Summenversicherung vorliegt»²³.

Dahin darf wohl auch der neueste BGE verstanden werden, und dieser Punkt blieb im *Contacta*-Urteil mit der Gegenüberstellung von «konkreter und abstrakter Bedarfsdeckung» zumindest missverständlich. Gänzlich geklärt ist die Abgrenzungsfrage damit aber noch nicht!

4. Weitere gebräuchliche Leistungsvoraussetzungen

Die bestehende Unsicherheit hinsichtlich des noch zulässigen Masses an Abstraktion erschwert eine Analyse anderer Versicherungsleistungen. Gleichwohl lassen sich gewisse Angaben machen. Vorauszuschicken ist, dass es entgegen BGE 104 II 47 bei der Qualifizierung der Versicherungsleistungen nicht auf die Bezeichnung ankommt²⁴ und ebenso grundsätzlich auch nicht, ob ein fixer Betrag oder eine prozentuale Leistungsbemessung gewählt wurde²⁵. Entscheidend ist einzig, ob die Leistungen kompensatorischen Charakter haben, d.h. einen Schaden im haftpflicht-

die Werte wurden in der frz. Ausgabe korrigiert, da teilweise Gesamtquoten über 100% resultierten), ändert dies nichts daran, dass sie nicht den konkreten Unterhaltsbedarf wiedergeben. Dieser liesse sich nur feststellen, wenn die effektiven Ausgaben ermittelt und die jeweiligen Fixkosten klar ausgeschieden würden. Es zeigt sich auch hier, dass das Haftpflichtrecht auf gewisse Vereinfachungen in Form von Pauschalisierungen angewiesen ist, auch wenn es stärker der «konkreten Bedarfsdeckung» verpflichtet ist. Der Schaden ist im Haftpflichtrecht so konkret wie möglich und so abstrakt wie nötig zu ermitteln.

22 Kritisch RÜTSCHÉ/DUCKSCH (zit. Anm. 6) 61 f., die ebenfalls darauf hinweisen, dass die Modalitäten der UVG-Renten implizit von einem Versorgerschaden ausgehen, was sich nebst den Bemessungsgrundlagen etwa auch in der Regelung gegenüber dem geschiedenen Ehegatten (UVG 29 IV setzt eine Unterhaltsverpflichtung voraus) oder den Erlöschungsgründen (Wiederverheiratung) manifestiere.

23 SCHAER (zit. Anm. 5) N 18 und N 47 I ter.

24 KELLER (zit. Anm. 4) 180; SCHAER (zit. Anm. 5) N 18 Anm. 12.

25 Gleich auch PRÖLSS/MARTIN (zit. Anm. 4) 514: «Da auch die Summenversicherung auf den Ausgleich eines – wenn auch im voraus fixierten – Schadens i.w.S. (...) gerichtet ist, beruht dies nur darauf, dass sich mangels Abhängigkeit des durch die Summe definierten Plandefizits von bestimmten Erwartungsdaten i.d.R. nicht feststellen lässt, ob die Versicherungsleistung das gleiche Defizit deckt wie der Ersatzanspruch (...). Ist dies aber möglich, weil das Plandefizit trotz seiner summenmässigen Fixierung in Relation zu bestimmten vom Versicherungsnehmer erwarteten Einnahmen (oder unerwarteten Ausgaben) steht, deren Ausbleiben (oder – bei Ausgaben – deren Anfallen) zu dem von dem Dritten zu liquidierenden Schaden gehört, dann wäre es formalistisch, § 67 (sc. Subrogationsnorm im dVVG) abzulehnen, bloss weil eine Summe vereinbart ist; eine Analogie des § 67 ist daher geboten.»

rechtlichen Sinne zur Leistungsvoraussetzung machen²⁶:

In die Kategorie Summenversicherung fallen zweifellos vereinbarte *Kapitalleistungen*, unbesehen, ob sie für den Todes- oder Invaliditätsfall vorgesehen sind. Dies gilt selbst dann, wenn der für die Annahme einer Schadensversicherung verlangte Schadenseintritt an sich gegeben ist, z.B. wenn Invaliditätsleistungen von der Erwerbsunfähigkeit abhängen²⁷. Die Ausrichtung eines Kapitals orientiert sich in der Regel nicht am Schadensquantitativ und nimmt alsdann keinerlei Rücksicht auf den effektiven Bedarf. Es gehört geradezu zum Wesen einer Summenversicherung, dass sie zur Bezahlung einer im voraus fixierten Summe verpflichtet, die durch den Schadenfall nicht beeinflusst wird. Solche Versicherungen werden häufig neben weiteren Versicherungen abgeschlossen, mit dem Ziel, einen zusätzlichen Bedarf abzudecken. Dies gilt selbstverständlich auch für Leistungen, denen auf der Schadenseite überhaupt kein eindeutig korrespondierender Schadensposten gegenübersteht²⁸.

- 26 Die Unterscheidung von Schadens- und Summenversicherung ist auch im Steuerrecht relevant, nämlich zur Unterscheidung von Einkünften, die der Einkommens- oder der Quellensteuer unterliegen (sog. Ersatzeinkünfte); vgl. den umfassenden Überblick bei ADRIAN RUFENER, Zur Erfassung von «Ersatzeinkünften» mit der Quellensteuer nach dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) bzw. dem Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), ASA 63/1994, 97 ff., zu den hier interessierenden Leistungen des Privatversicherers 111 und 113 ff.; vgl. auch RÜTSCHÉ/DUCKSCH (zit. Anm. 6) 57 ff. hinsichtlich des UVGZ-Leistungskatalogs der «Winterthur».
- 27 Vgl. z.B. Ziff. 10 UVGZ-AVB der «Winterthur» (abgedruckt im Anhang von RÜTSCHÉ/DUCKSCH (zit. Anm. 6) 66, wonach die Invalidität nach dem UVG bestimmt wird. Es gilt damit die Einkommensvergleichsmethode (UVG 18 II), die ein finanzielles Defizit voraussetzt.
- 28 Etwa für ein sog. Überbrückungskapital (vgl. RÜTSCHÉ/DUCKSCH (zit. Anm. 6) 63, das einzig von der Idee getragen ist, irgendwelche finanziellen Engpässe auszugleichen und nicht einen determinierten Bedarf. Ebenfalls Summenversicherung ist auch die in der Ergänzungsversicherung zum UVG anzutreffende Integritätsentschädigung. Auch wenn diese auf dem (versicherten) Einkommen basiert, setzt sie keinen Schaden voraus. Die Integritätsentschädigung des UVG und der Zusatzversicherung (letztere berechnet sich auf dem Überschusslohn, d.h. auf dem nicht versicherbaren Lohnteil von z.Zt. über Fr. 97 200.–) weist ohnehin ei-

Leicht fällt der Entscheid, wenn die Leistungsbegründenden Voraussetzungen auf einem egalisierenden Ansatz basieren, wie er namentlich mit der sog. *Gliederskala* verbreitet ist. Hier ist offensichtlich, dass weder Leistungsgrund noch Leistungshöhe am Schaden anknüpfen²⁹.

Schwieriger gestaltet sich das Rubrizieren, wenn die Leistungen von der *Arbeitsunfähigkeit* abhängen, wie häufig bei den Taggeldern. Eine «offizielle» Definition der *Arbeitsunfähigkeit*³⁰ findet sich in Art. 6 des Entwurfs zum ATSG³¹:

nen Zwittercharakter auf. Sie dient auch dem Ausgleich des immateriellen Schadens. UVG 43 setzt die Integritätsentschädigung denn auch der Genugtuung gleich. Damit werden freilich Birnen mit Äpfel verglichen, was sich der Gesetzgeber leider erlauben kann. Zwar orientiert sich auch die Genugtuung an der körperlichen Beeinträchtigung, doch sind zusätzlich und massgebend auch die Tatumstände und die individuelle Lebenssituation des Betroffenen zu würdigen. Die Genugtuung knüpft auch nicht am Erwerbseinkommen oder einer anderen abstrakten Ausgangsgrösse an. Die Wesensverschiedenheit von Genugtuung und unfallversicherungsrechtlicher Integritätsentschädigung spricht daher auch gegen die Zulassung des Quotenvorrechts (anders HÜTTE/DUCKSCH, Die Genugtuung, 3. A. Zürich 1996, Ziff. I, 83 ff. und OGer Luzern in SJZ 1996, 87). Nicht nur basiert die Genugtuung auf einem einheitlichen Bemessungsvorgang und lässt sich nicht in eine Berechnungs- und Bemessungsphase unterteilen, es kann auch keinen ungedeckten Schaden geben, der erst Anlass eines Quotenvorrechts sein kann. Die sachwidrige Verknüpfung von Genugtuung und Integritätsentschädigung, hinter der letztlich wiederum die Idee des schadenausgleichenden Charakters steht, sollte nicht durch die Zulassung des Quotenvorrechts weiter institutionalisiert, sondern durch die Streichung des wenig sachgerechten Art. 43 II lit. d UVG endlich eliminiert und die uneingeschränkte Kumulation dieser Leistungen zugelassen werden.

- 29 Mit dem Verlust eines Fingers kann eine leichte, eine gravierende (Paradebeispiel ist der Musiker) oder gar keine Erwerbseinbusse verbunden sein, die Gliederskala behandelt alle Fälle gleich. Von den konkreten finanziellen Auswirkungen wird bei der Gliedertaxenbemessung bewusst zugunsten der Rechtssicherheit und Praktikabilität abgesehen; vgl. dazu auch PETER OMLIN, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, Freiburg 1995, 313; ERICH PETER, Die Koordination von Invalidenrenten – unter besonderer Berücksichtigung der intersystemischen Problematik, Zürich 1997, 52 f.
- 30 Der Begriff wird auch in OR 46 verwendet. Im Haftpflichtrecht wird ihm häufig die medizinisch-theoretische Invalidität zugeordnet; vgl. BREHM (zit. Anm. 5) N 35 zu OR 46; OFTINGER/STARK (zit. Anm. 5) § 6 N 114 ff.; PAUL SZÖLLÖSY, Die Berechnung des Invaliditätsschadens, Diss. Zürich 1968, 63.
- 31 BBl 1994 V 930.

«Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Arbeit in einem andern Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.» Auch diese Umschreibung, die den Begriff im Sinne der «Berufsunfähigkeit» deutet, was keineswegs zwingend ist, erfüllt für sich allein die Anforderungen an eine Schadensversicherung noch nicht, denn die fehlende Leistungsfähigkeit ist wie die Körperverletzung nicht mit dem Schaden gleichzusetzen³². Folgt man den strengen Anforderungen des Bundesgerichts, sind weitere Voraussetzungen zu fordern³³. So etwa der Hinweis, dass nicht nur der Grad der Arbeitsunfähigkeit, sondern der effektive Erwerbsausfall die Entschädigungsgrenze bildet³⁴.

Vollends Klarheit schafft der Begriff der «*Erwerbsunfähigkeit*». Damit ist nicht nur die medizinische Seite erfasst, wie beim Begriff «Invalidität» oder «Arbeitsunfähigkeit», sondern auch die erforderliche ökonomische Komponente. Die Erwerbsunfähigkeit wird durch einen Einkommensvergleich ermittelt³⁵ und entspricht damit der Schadenermittlung im Haftpflichtrecht^{36, 37}.

32 Anders verhält es sich, wenn für die Ermittlung der Arbeitsunfähigkeit nach MVG 28 III vorgegangen wird: «Der Grad der Arbeitsunfähigkeit wird in der Regel bestimmt nach dem Verhältnis zwischen dem Verdienst, den der Versicherte zumutbarerweise noch zu erzielen in der Lage ist, und dem Verdienst, den er ohne die Gesundheitsschädigung im bisherigen Beruf oder Tätigkeitsbereich erzielt hätte». Mit der Einkommensvergleichsmethode, die hinter dem Begriff der «Erwerbsunfähigkeit» steht, herrscht Klarheit, dass ein Vermögensverlust Voraussetzung bildet.

33 Anders das Kantonsgericht VS (vgl. RVJ 1983, 174 ff.), das für die Annahme einer Schadensversicherung genügen liess, dass sich die betragsmässig fixierte Tagesentschädigung nach dem Grad der Arbeitsunfähigkeit bemisst.

34 So verhielt es sich in BGE 104 II 47.

35 Vgl. UVG 18 II.

36 Nuancen wie das Abstellen auf den ausgeglichenen Arbeitsmarkt vorbehalten.

37 Ausführlich zu den unterschiedlichen Methoden der versicherungstechnischen Erfassung von Körperschäden PETER (zit. Anm. 29) 44 ff.; zu den dargestellten Begriffen auch MARTIN KOCHER, Zum Wesen der Koordination in der schweizerischen Sozialversicherung, recht 1994, 88.

Auch wenn die Leistungsvoraussetzungen schadenabhängig ausgestaltet sind, muss als weitere Voraussetzung für die Annahme einer Schadensversicherung dazutreten, dass auch die *Leistungsbemessung kompensatorisch* konzipiert ist. Für nicht einkommensorientierte Kapitalzahlungen infolge Tod und Invalidität wurde dies bereits verneint. Diesbezüglich ist allerdings ein grosszügiger Massstab anzuwenden, denn die Versicherung ist, wie bereits mehrfach erwähnt, auf Vereinfachungen angewiesen.

Probleme entstehen namentlich, wenn die vereinbarte Lohnsumme nicht mit dem effektiven Einkommen übereinstimmt. Gerade bei Selbständigerwerbenden kann das Einkommen oft nur geschätzt werden, es unterliegt gelegentlichen Schwankungen, und das Entwicklungspotential ist u. U. schwer prognostizierbar. Soweit sich der Versicherer bemüht, sich am nachgewiesenermassen erzielten oder erzielbaren Einkommen zu orientieren, besteht kein Anlass, allein gestützt auf eine im Schadenfall festgestellte Abweichung den Schadensversicherungscharakter zu verneinen³⁸. Fraglich ist, ob eine periodische Überprüfung und Anpassung der Versicherungssumme in den AVB vorgesehen werden muss. Ein solcher Schritt drängt sich jedenfalls dann nicht auf, wenn durch eine Überentschädigungsklausel, wonach höchstens der mutmasslich entgangene Verdienst geschuldet ist, sichergestellt wird, dass sich das Quantitativ im Rahmen des juristisch-technischen Schadens bewegt. Der Versicherte riskiert damit, dass er, wenn sein Einkommen sinkt, eine zu hohe Prämie bezahlt, im umgekehrten Fall, dass er unterversichert ist. Die Frage der Kürzung bzw. Anrechnung der Lei-

38 In einem Urteil des Bezirksgerichts Affoltern vom 27. 6. 95 (auszugsweise publ. in plädoyer 6/1995, 62 ff.) wurde für einen Gastwirt, der für sich und sein Personal eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hatte, das Vorliegen einer Summenversicherung bejaht, da der fixierten Lohnsumme von Fr. 60 000.– keinerlei Erhebungen über die effektiven Lohnverhältnisse zugrunde lagen und damit nur ein loser Zusammenhang zwischen Schaden und Versicherungssumme bestand. Immerhin lassen die Erwägungen durchblicken, dass eine Schadensversicherung die Vereinbarung eines pauschalisierten Lohnes nicht ausschliesst.

stungen stellt sich erst beim Zusammentreffen mit anderen Ausgleichsansprüchen³⁹. Gelingt der Nachweis, dass die vereinbarte Versicherungssumme auf die tatsächlichen Einkommensverhältnisse Bezug nimmt, die Pauschalisierung nur aus Gründen der administrativen Vereinfachung erfolgt, so dürfte der Anerkennung als Schadensversicherung kaum etwas im Wege stehen. Alsdann steht fest, dass kein fiktiver Betrag und damit ein bloss abstrakter Bedarf Grundlage der Leistungsbemessung bildet, sondern eine den wirtschaftlichen Verhältnissen des Betroffenen möglichst nahekommende, wenn auch nicht identische Bedarfsschätzung.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass immer dann von einer Summenversicherung auszugehen ist, wenn die Leistungsvoraussetzungen lediglich an der körperlichen Beeinträchtigung anknüpfen und/oder ein bloss fiktiver Betrag Grundlage der Leistungsbemessung bildet. In den übrigen Fällen ist die Umschreibung des leistungsauslösenden Ereignisses darauf hin zu untersuchen, ob es in nur loser Verbindung zum eingetretenen Schaden steht, oder sich punkto Existenz und Umfang an diesem orientiert. Eine vollständige Übereinstimmung von Schaden und Versicherungsleistungen darf aber nicht verlangt werden. Auch wenn die Ausdeutung der Vertragsbedingungen im

Vordergrund steht, ist entgegen BGE 119 II 365 letztlich doch der Parteiwille ausschlaggebend. Allzu feinziselierte Überlegungen werden diesem so wenig gerecht, wie die Unterstellung, dass der Versicherungsnehmer die koordinationsrechtlichen Finessen überblickt. Unter diesem Gesichtspunkt hätte doch auch die Überlegung einbezogen werden müssen, dass sich der Versicherungsnehmer mit einer ergänzenden Unfallversicherung primär den status quo erhalten und keine darüber hinausgehende Vorsorge betreiben will. Die erweiterte Deckung aus UVGZ erfasst ja primär den zusätzlichen Bedarf, der aus der Limitierung des nach UVG versicherbaren Einkommens resultiert.

C. Zur «Arbeitspflicht» der Witwe

1. Bundesgerichtliche Erwägungen

Nebst der Anrechnung der Versicherungsleistungen hatte sich das Bundesgericht mit der Anrechnung des Erwerbseinkommens der Witwe zu befassen. Die im Zeitpunkt des Todes seit mehreren Jahren nicht mehr berufstätige einundvierzigjährige Frau hatte offenbar auf ärztlichen Rat hin – um den Schicksalsschlag besser zu verkraften – eine Teilzeit-Stelle (30%) angenommen. Unter Hinweis auf den Zeitpunkt der Schadensberechnung⁴⁰ stellt das Bundesgericht zunächst

39 Auch in der freiwilligen Versicherung gemäss UVG 4f., für die sich die Leistungskoordination nach dem UVG richtet, wird häufig eine pauschale Grundlage für die Prämien- und Leistungsbemessung gewählt. Das EVG hat sich im Urteil vom 14. 9. 93 (RKUV 1994, 49) gegen die Auffassung von ALFRED MAURER (Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, 91) gestellt, wonach der versicherte Verdienst «in keiner Relation zum tatsächlich erzielten Verdienst zu stehen» brauche. Auch wenn bei langanhaltenden grossen Unterschieden zwischen versichertem Verdienst und effektivem Einkommen von der Anpassungsmöglichkeit gemäss UVV 138 kein Gebrauch gemacht werde, könne diesem Umstand im Versicherungsfall im Rahmen der Leistungsbemessung Rechnung getragen werden. Grundlage dafür bildet UVG 40, der zwar nur das Zusammentreffen mit anderen Sozialversicherungsleistungen regelt, der hier aber analog anwendbar sei, da die Kürzung von Leistungen aus ein und derselben Sozialversicherung infolge Überversicherung noch vermehrt Beachtung finden sollte.

40 BGE 119 II 366. Im Gegensatz zum Invaliditätsschaden wird der Versorgerschaden nicht auf den Tag der Urteilsfällung, sondern auf den Todestag berechnet. Der Standpunkt, der unselige Diskussionen über die Berücksichtigung der Tatsachen nach dem Todestag auslöst, die mit einer zweiphasigen Berechnung (konkrete Abrechnung des bisherigen und abstrakte Ermittlung des zukünftigen Schadens) vermieden würden, wird damit begründet, dass unsicher sei, ob das Opfer ohne den Unfall bis zum Urteilszeitpunkt gelebt hätte. Diese Unsicherheit besteht auch im Invaliditätsfall. Dort ist nämlich an die Möglichkeit zu denken, dass der Betroffene bis zum Rechnungstag ebenfalls invalid geworden wäre. Mit zunehmendem Alter ist dieses Risiko sogar höher einzuschätzen; vgl. die Ausscheideordnung bei STAUFER/SCHAETZLE (zit. Anm. 2) Tafel 40 und 41. Die herrschende Praxis, die postmortale Tatsachen mit Zurückhaltung würdigt und einen angemessenen Interessenausgleich sucht, wirkt gekünstelt, schafft unnötige Unsicherheiten und kann mitunter zu gravierenden

fest, dass die Erwerbstätigkeit nicht ohne weiteres berücksichtigt werden darf. Mit Blick auf die Schadenminderungspflicht sei entscheidend, «le point de savoir si l'on peut raisonnablement et objectivement exiger de sa part qu'elle acquière un revenu propre. Cette question doit être résolue en fonction de la situation personnelle de l'intéressée, notamment de son âge, de sa formation professionnelle et de ses charges familiales.»

Das Bundesgericht lehnte eine Anrechnung angesichts der noch kleinen Kinder ab. Zwar sei auch das auf der Gleichstellung der Ehepartner beruhende neue Eherecht zu berücksichtigen, doch werde nach der Rechtsprechung auch einer nicht erwerbstätigen Frau im Scheidungsfalle nach dem 45. Altersjahr oder bevor das jüngste Kind 10 oder sogar 16 Jahre alt sei, keine Erwerbstätigkeit zugemutet. Diese Kriterien seien im Haftpflichtrecht weiter zu relativieren, denn der Anspruch der Witwe, ihren bisherigen Lebensstandard beizubehalten, gehe weiter als der naheheliche Unterhaltsanspruch.

2. Kritik von Stark

Stark⁴¹ lehnt den Entscheid mit der Begründung ab: «Die vom Bundesgericht angestellten Überlegungen sollten daher nur massgebend sein bei der Prüfung der Frage, ob einer Witwe die Aufnahme oder Weiterführung einer Erwerbstätigkeit, die sie nicht aufgenommen hat, zuzumuten sei und ob daher eine unterlassene Erwerbstätigkeit bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen sei. Wenn dies bejaht wird, ist der mögliche Verdienst, der nicht erzielt wird, anzurechnen, wenn die Witwe aber – aus welchen Motiven auch immer – eine zusätzliche Erwerbstätigkeit ausübt, betrachtet sie selbst, die das am besten beurteilen kann, diese als zumutbar und ist der Ertrag anzurechnen.»

Kalkulationsfehlern führen; vgl. STEPHAN WEBER, Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, SVZ 61/1993, 4 Anm. 10.

41 AJP 1994, 642.

3. Grundsätzliche Überlegungen zur Schadenminderungspflicht

Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, wenn es die entscheidenden Kriterien in der *Schadenminderungspflicht* des Geschädigten sucht. In Deutschland entspricht es seit langem gefestigter Praxis, dass von der Witwe die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit im Rahmen des Zumutbaren verlangt werden kann⁴². Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass sich im deutschen Recht der Umfang des Versorgerschadens nach den familienrechtlichen Unterhaltspflichten richtet⁴³, während OR 45 auf die rein *faktischen Verhältnisse* abstellt⁴⁴. Damit scheidet die unbesehene Heranziehung der eherechtlichen Unterhaltspflichten zur Begründung einer allfälligen Erwerbspflicht aus⁴⁵. Mit dem Versorgerschadenanspruch nach OR 45 soll nicht die Lage hergestellt werden, die unabhängig von der tatsächlich gelebten Aufgabenverteilung nach rein familienrechtlichen Kriterien angemessen wäre, vielmehr muss mit dem Ersatzanspruch die *bisherige Lebensführung* garantiert bleiben⁴⁶.

42 Vgl. die Nachweise bei HERMANN LANGE, Schadensersatz, 2. A. Tübingen 1990, 580f.; WUSSOW/KÜPPERSBUSCH, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 6. A. München 1996, N 250f.; GEIGEL/SCHLEGELMILCH, Der Haftpflichtprozess, 21. A. München 1993, Kap. 8 N 59 ff.; eingehende Darstellung der Praxis auch bei MARTIN HAMM, Vorteilsausgleichung und Schadensminderungspflicht im Rahmen des § 844 Abs. 2 BGB, Diss. Köln 1978, 167 ff., 195 ff.

43 Vgl. BGB 844 II; LANGE (zit. Anm. 42) 318f.; gleiche Regelung auch im (österreich.) ABGB 1327.

44 BGE 54 II 17; 82 II 36; JT 1953 I 472; OFTINGER/STARK (zit. Anm. 5) § 6 N 264; DESCHENAUX/TERCIER, La responsabilité civile, 2. A. Bern 1982, § 26 N 18; STARK ZSR 105/1986 I 371 f.; BREHM (zit. Anm. 5) N 40 ff. zu OR 45; anders aber PETER WEIMAR, Der Begriff des Versorgers nach Art. 45 Abs. 3 OR, in: Festschrift für MAX KELLER zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 337 ff., der auf die rechtlichen und sittlichen Ansprüche abstellen will.

45 Für eine Übernahme der eherechtlichen Grundsätze «per analogiam» aber ROLAND SCHAER, Der Versorgerschaden in einer sich wandelnden Wertordnung, in: Mélanges ASSISTA, Genf 1989, 78; implizit auch SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. II, Haftpflicht und Versicherung, Bern 1988, N 1272.

46 Statt vieler BREHM (zit. Anm. 5) N 51 zu OR 45.

Mit dem Grundsatz der Wahrung der standesgemässen Lebensweise ist es nach verbreiteter Ansicht⁴⁷ nicht vereinbar, von den Hinterbliebenen Anstrengungen zu verlangen, zu denen sie nach der auch künftig zu erwartenden Lebenssituation nicht gezwungen wären. Dieser Gesichtspunkt führt indessen ganz generell zur Ablehnung der Schadenminderungspflicht, denn auch ein Berufswechsel oder eine Operation⁴⁸ sind Vorkehren, denen sich der Geschädigte ohne das Haftungsereignis nicht unterzogen hätte, die sich aber angesichts der veränderten Lebensumstände u.U. aufdrängen. Die Nichtberücksichtigung schadenmindernder Massnahmen beim Versorgerschaden käme einer Privilegierung einer Geschädigtengruppe gleich, die auch aus der Warte der Betroffenheit, die für einen Invaliden grösser und einschneidender sein kann, nicht zu rechtfertigen wäre.

47 So noch BGE 59 II 464; OFTINGER (zit. Anm. 4) 236; HANS MARTI, Der Versorgerschaden, Diss. Aarau 1942, 69 f.; BREHM (zit. Anm. 5) N 52 zu OR 45; KELLER (zit. Anm. 4) 86, der allerdings mit BREHM a.a.O. N 131 nach Massgabe der freigewordenen Arbeitskraft sowie des Zumutbaren eine Erwerbstätigkeit anrechnen will; Kritik zu diesem Ansatz nachstehend bei Anm. 54. Dass die Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards in der Regel gegen die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit spricht, betonen auch STAUFFER/SCHAETZLE (zit. Anm. 2) N 785.

48 Ein solcher Schritt kann allerdings nur ganz ausnahmsweise gefordert resp. der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden, vgl. den (sozialversicherungsrechtlichen) Entscheid BGE 105 V 176.

49 Die Schadenminderungspflicht hat ihre Wurzel, was uns schwer erkennbar und häufig betont wird, im Grundsatz von Treu und Glauben. Aus dem Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme erwächst dem Geschädigten die Pflicht bzw. Obliegenheit, den Schaden möglichst gering zu halten (HANS MERZ, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I/1, Einleitung, Bern 1962/66, N 284 zu ZGB 2). Im Haftpflichtrecht wird sie als Form des Selbstverschuldens aufgefasst und OR 44 I zugeordnet. Eine Quotierung des Schadens, wie sie im Rahmen der Schadenersatzbemessung vorgenommen wird, ist allerdings nur dort nötig, wo der Schaden bereits eingetreten ist. Beim zukünftigen Schaden, für dessen Berechnung OR 42 II heranzuziehen ist, ist das hinter OR 44 stehende «Pflicht-Sanktions-Schema» entbehrlich, denn hier dient das anhand der Schadenminderungspflicht zu bestimmende Soll-Verhalten als Grundlage der Schadensberechnung. Wenn OR 44 I bestimmt, dass Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, nicht zu ersetzen sind, so wird damit implizit auch eine Entscheidung über die in die Vermögensrekonstruktion nach OR 42 II einzubeziehenden Nachteile getroffen. Die Schadenminderungspflicht kann daher

Dem Bundesgericht ist daher zuzustimmen, dass auch die Versorgerschadenberechnung unter dem Vorbehalt der Schadenminderungspflicht steht⁴⁹. *Zu ersetzen ist nur derjenige Unterhaltsbedarf, der nicht durch zumutbare Eigenleistungen abgewendet werden kann*⁵⁰. Für den Versorgerschaden wird durchwegs vorausgesetzt, dass eine *Versorgungsbedürftigkeit* gegeben sein muss⁵¹. Damit ist zwar nicht gemeint, dass nur die existenzsichernden Mittel geschuldet sind, doch ist dem Geschädigten die Beibehaltung seines Lebensstandards u.U. durch finanzielle Mittel möglich, die ihm durch den Tod des Versorgers zufallen. In diesem Sinne werden z.B. die Er-

als Bemessungs- und als Berechnungsfaktor in Erscheinung treten; anders SCHAER (zit. Anm. 5) N 333 ff., der die Schadensberechnung und -zurechnung zu einem einheitlichen Denkvorgang vereinigt, auf die Unterscheidung von Schadensberechnung und Schadenersatzbemessung, obwohl alsdann dogmatisch konsequent, mit Blick auf das Quotenverrecht aber doch nicht ganz verzichten will, a.a.O. N 257 f.

50 In diesem Sinne auch SCHAFFHAUSER/ZELLWEGGER (zit. Anm. 45) N 1243: «Eine Konkretisierung erfährt der Anspruch auf Fortführung der bisherigen Lebensweise durch das Kriterium der Zumutbarkeit, gewisse Beeinträchtigungen (vorab aus Gründen der Schadenminderungspflicht) hinzunehmen.» Die Schadenminderungspflicht darf nicht dahin verstanden werden, dass der Geschädigte alles in der Macht stehende Vorkehren muss, um ein weiteres Anwachsen des Schadens zu verhindern. Dies käme einer einseitigen Berücksichtigung der Schädigerinteressen gleich. Bedenklich ist daher die vielzitierte Formel, die dem Geschädigten Massnahmen abverlangt, die ein vermünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Schadenersatz zu erwarten hätte (so u.a. BGE 107 Ib 148; KELLER/GABI, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. A. Basel/Frankfurt a.M. 1988, 104). In der Not frisst der Teufel bekanntlich Fliegen. Der Geschädigte hat nicht sämtliche erfolgversprechenden Massnahmen zu ergreifen, sondern nur solche, die zumutbar sind. Der Allerweltsbegriff der «Zumutbarkeit», mit dem auch das Bundesgericht operiert, ist zwar kaum konkreter als der blosser Hinweis auf Treu und Glauben, er bringt aber zum Ausdruck, dass das objektiv Mögliche auf das subjektiv Angemessene zu reduzieren ist; eingehend zum Zumutbarkeitsbegriff aus sozialversicherungsrechtlicher Warte ALFRED MAURER, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht, in: FS 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, 221 ff. und HARDY LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss. Zürich 1995.

51 Vgl. zu dieser missverständlichen Voraussetzung PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, La perte de soutien, Diss. Bern 1979, 52 f.; DESCHENAUX/TERCIER (zit. Anm. 44) § 26 N 23 f.; BREHM (zit. Anm. 5) N 54 zu OR 45; STARK, ZSR 105/1986 I 342.

träge aus Erbschaft und Güterrecht bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs eingerechnet, d.h. vom Versorgerschaden abgezogen⁵².

Ein Vorteil kann auch dadurch eintreten, dass der Versorgte seinerseits von der Unterhaltspflicht gegenüber dem Verstorbenen befreit wird. Sofern es sich dabei um finanzielle Leistungen handelt, sind diese ohne weiteres anrechenbar⁵³. Eine solche Entlastung tritt auch ein, wenn die Ehefrau durch den Tod des Mannes in der Haushaltführung entlastet wird. Allein die *Verminderung der Hausarbeit* bzw. die dadurch frei werdende Arbeitskraft bringt aber noch keine wirtschaftliche Besserstellung. Darüber darf nicht hinwegtäuschen, dass die Hausarbeit beim Tod oder bei der Verletzung der Hausfrau ein vermögensrelevanter Faktor darstellt. Der Schaden besteht in diesen Fällen in den Kosten einer notwendigen Ersatzkraft bzw. im Wert der geleisteten Arbeit, auch wenn diese im Rahmen der Hausgemeinschaft normalerweise nicht entschädigt wird⁵⁴. In der Reduktion der Arbeitsbelastung darf aber noch kein anrechenbarer finanzieller Vorteil gesehen werden. Ein solcher entsteht nur, wenn das vorhandene Erwerbspotential durch eine entgeltorientierte Tätigkeit realisiert wird. Das Problem der Arbeitspflicht der Hinterbliebenen sollte daher nicht unter den Begriff der *Vorteilsanrechnung* rubriziert werden, der ohnehin keine dogmatische Klärung bringt und der zudem suggeriert, dass die freigewordene Arbeitskraft an sich eine wirtschaftlich günstige Position verschafft. Über die Anrechnung, und zwar über das «Ob» und «Wieviel», entscheidet letztlich die Schadenminderungspflicht und damit ausschliesslich eine wertende Interessenabwägung⁵⁵.

52 Dazu nachstehend Ziff. D.

53 Vgl. zur nicht ganz einfachen Bestimmung der Höhe der Unterhaltsleistungen an den haushaltführenden Ehegatten STARK, ZSR 105/1986 I, 360 ff.

54 Über die Berechnung des Haushaltschadens besteht keine Einigkeit, das Problem ist hier aber nicht zu vertiefen.

55 Im Ergebnis ist es freilich gleichgültig, ob man von Vorteilsanrechnung oder Schadenminderung sprechen will, doch hat man sich bewusst zu sein, dass bei der Vorteilsanrechnung auf die Kriterien der Schadenminderungspflicht zurückgegriffen werden muss (vgl. auch ROLF KUHN, Die Anrechnung von Vorteilen im Haft-

Die ablehnende Haltung, die der «Arbeitspflicht» der Witwe bislang entgegengebracht wurde, dürfte v.a. darin begründet liegen, dass die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bei Frauen früher seltener war und damit nicht der sozialen Übung entsprach. Heute ist die Berufstätigkeit auch bei den Frauen weit verbreitet, was sich zwangsläufig auf die *Beurteilung der Zumutbarkeit* auswirkt⁵⁶.

Auch das neue Eherecht folgt nicht mehr dem Leitbild der Hausfrauenehe, sondern überlässt die Rollenverteilung dem gegenseitigen Einvernehmen der Ehepartner⁵⁷. Die geänderten Anschauungen und Lebensgewohnheiten haben schon vor dem Inkrafttreten des revidierten Eherechts Eingang in die Gerichtspraxis gefunden⁵⁸: Eine Scheidungsrente konnte auch dann zeitlich befristet werden, wenn sich die Lebensverhältnisse der Ehefrau durch die Ehe dauernd verändert haben, sofern zu erwarten war, dass sich die Ehefrau auf längere Sicht durch eine eigene Erwerbstätigkeit eine wirtschaftliche Position verschafft, in der sie nicht schlechter gestellt sein wird, als wenn sie die Ehe nicht eingegangen wäre. Die Eherechtsnovelle hat die gesetzlich vorfixierte Rollenverteilung beseitigt und beide Partner in den gleichen Rang ge-

pflichtrecht, Bern/Stuttgart 1987, 138 ff.). Verfehlt ist es, in der Schadenminderungspflicht generell ein Problem der Vorteilsanrechnung zu sehen (so aber SCHAER, zit. Anm. 5, N 340, 380), denn dies würde voraussetzen, dass die Schadenminderung durchwegs als Berechnungsfaktor in Erscheinung tritt (vgl. die Ausführungen vorstehend Anm. 49). Zur Abgrenzung von Vorteilsanrechnung und Schadenminderungspflicht auch HAMM (zit. Anm. 42) 166 ff.

56 Die Schadenminderungspflicht darf aber nicht mit der Frage verwechselt werden, ob der Geschädigte früher oder später wieder ins Berufsleben zurückgekehrt wäre, die nach den Umständen und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu beantworten ist (statistische Angaben nachstehend Anm. 63). Unter dem Titel der Schadenminderungspflicht ist zu entscheiden, ob ein solcher Schritt, auch wenn er nicht geplant oder zu erwarten war, vom Geschädigten verlangt werden kann. Schadenminderung und Schadensschätzung fliessen freilich ineinander, denn mit der Feststellung einer zumutbaren Erwerbstätigkeit ist immer auch die Möglichkeit verbunden, dass diese vom Geschädigten später ohnehin ausgeübt worden wäre. Andererseits ist eine Erwerbstätigkeit umso eher zumutbar, wenn ein berufliches Engagement in der gegebenen Situation geradezu üblich ist.

57 ZGB 163.

58 BGE 109 II 184, bestätigt in 109 II 286.

stellt. Die Ehefrau hat keinen gesetzlichen Anspruch mehr, ihren Beitrag durch die Führung des Haushalts zu erbringen. Sofern es die Umstände erfordern, muss auch sie durch eine Erwerbstätigkeit zum Unterhalt beitragen. Für die Scheidungsfolgen ist zwar auch nach dem Inkrafttreten des neuen Eherechts nach wie vor die tatsächlich gelebte Aufgabenverteilung unter den Ehegatten während der Ehe massgebend⁵⁹, doch lässt die zitierte Praxis erkennen, dass ein Umdenken in weitem Umfange stattgefunden hat⁶⁰.

Die *eherechtlichen* Leitsätze können zwar, darin ist dem Bundesgericht beizupflichten, nicht telquel auf OR 45 übertragen werden⁶¹, doch widerspiegelt der Wandel der eherechtlichen Unterhalts- und Scheidungsregeln⁶² letztlich die Verschiebung der sozialen Verhältnisse und der Wertmassstäbe, die für das Haftpflichtrecht, das sich an den faktischen Verhältnissen zu orientieren hat, verbindlich sind: Eine Erwerbstätigkeit der Ehefrau wird heute als sozialadäquat empfunden und bildet schon bald die Regel⁶³. Angesichts dieser Ent-

wicklung erstaunt es nicht, dass sich die Stimmen mehren, die eine Erwerbstätigkeit der Witwe nicht mehr schlechthin ausschliessen⁶⁴. Die Zumutbarkeit hängt allerdings nach wie vor von den Lebensumständen ab und muss für jeden Einzelfall gesondert geprüft werden.

4. Kriterien der Zumutbarkeitsbeurteilung

Massgebende Faktoren bei der Beurteilung der Zumutbarkeit sind insbesondere *das Alter*⁶⁵, *die physische und psychische Konstitution*, *die familiären Verhältnisse*, *die soziale Stellung*, *die persönlichen Fähigkeiten*, *namentlich die berufliche Ausbildung sowie die Chancen auf dem Arbeitsmarkt*⁶⁶. Im Eherecht wird weitgehend auf die gleichen Kriterien abgestellt. Der Unterschied, auf den das Bundesgericht anspielt, ist wohl aber darin zu sehen, dass die Interessenabwägung zwischen Ehepartnern und Schädiger und Geschädigtem nicht gleich verlaufen kann. Die nacheheliche Unterhaltspflicht hängt wesentlich auch von der Leistungspflicht des Ehepartners ab, während die Haftpflichtleistungen die Lebensumstände des Betroffenen im Vordergrund stehen.

Die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit wird man grundsätzlich zumuten können, wenn die Witwe jung, arbeitsfähig und kinderlos ist⁶⁷. Dagegen sprechen *minderjährige Kinder*, unabhängig von der Anzahl, in aller Regel ge-

59 BGE 115 II 10 f.; vgl. auch BGE 114 II 17 und 31 ZGB 145 und 176 betreffend und die Entscheide in ZR 87/1988 Nr. 112.

60 Vgl. nun auch die Vorschläge zur Regelung des nachehelichen Unterhalts in Art. 125 des Entwurfs zu einem neuen Scheidungsrecht, BBI 1996 I 207; dazu HEINZ HAUSHEER, Nachehelicher Unterhalt: Streitobjekt für die (verschiedenen) Experten des Bundesrates in der anstehenden Scheidungsrechtsrevision, ZbJV 129/1993, 644 ff.

61 Das betont z.B. auch HANS JOACHIM MERTENS, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2/1, Schuldrecht I/1, hrsg. v. Soergel/Siebert, 11. A. Berlin/Köln/Mainz 1986, N 72 zu BGB 254, obwohl das deutsche Recht an die gesetzliche Unterhaltspflicht anknüpft.

62 Auf diese Parallele weisen auch J. VAVERKA, Weitere Überlegungen zum Entscheid i.S. Blein, SJZ 81/1985, 371 und SCHAER (zit. Anm. 45) 76 ff. hin. Vor einem Analogieschluss zu den erwähnten Scheidungsurteilen warnt dagegen BREHM (zit. Anm. 5) N 130 zu OR 45.

63 «Vielmehr ist davon auszugehen, dass 50% der verwitweten und 77% der geschiedenen oder getrennten Frauen einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Zumindest die Statistik spricht für die Zumutbarkeit, wobei ein Blick auf das Scheidungsrecht dies untermauert»; SCHAER (zit. Anm. 45) 99. Genauere Angaben liefert die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE), Kommentierte Ergebnisse und Tabellen 1996, Bern 1997. Danach waren 1996 54,6% der Frauen erwerbstätig. Die Tabellen (vgl. insbes. S. 26, 32, 38, 44, 53, 59) enthalten Daten zum Verhältnis von Erwerbsstatus, Ausbildung, Zivilstand, Beschäftigungsgrad, Wirtschaftszweig und erzielttem Einkommen.

64 Nebst den bereits erwähnten ZEN-RUFFINEN (zit. Anm. 51) 83 f.; OGer ZH in SJZ 83/1987, 275 ff.; schon früher GIRSBERGER, SJZ 61/1965, 274; KONRAD FEHR, Der Versorgerschaden, Aarau 1942, 115 ff.

65 Bei Scheidungen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem haushaltführenden Ehegatten, der auf eine Erwerbstätigkeit verzichtet hat, die Wiederaufnahme einer solchen dann nicht mehr zuzumuten, wenn er im Scheidungszeitpunkt das 45. Altersjahr erreicht hat; vgl. BGE 115 II 11.

66 Vgl. dazu auch ZEN-RUFFINEN (zit. Anm. 51) 83 f.; FEHR (zit. Anm. 64) 117 f.; nahezu gleichlautende Kriterien auch in der deutschen Literatur: ausführlich HAMM (zit. Anm. 42) 215 ff.; ferner WUSSOW/KÜPERSBUSCH (zit. Anm. 42) N 251; LANGE (zit. Anm. 42) 581.

67 SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER (zit. Anm. 45) N 1243; STAUFFER/SCHAETZLE (zit. Anm. 2) N 785; BGH in NJW 1976, 1501. In BGE 66 II 221 ist die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit für eine Braut bejaht worden, obwohl eine solche durch die bevorstehende Heirat nicht zu erwarten gewesen wäre: «Mariée, elle se

gen einen Einstieg ins Berufsleben⁶⁸. Das Interesse des Haftpflichtigen an der gewinnbringenden Ausnützung des vorhandenen Erwerbspotentials hat sich dem Kindeswohl diskussionslos unterzuordnen. Je nach Altersstufe gewinnt aber auch die Mutter wieder Handlungsspielraum zurück und kann eine Teilerwerbstätigkeit oder wenigstens vorbereitende Ausbildungsschritte aufnehmen. Als Altersgrenze der Kinder für den vollen Wiedereinstieg kann im Sinne einer Faustregel das sechzehnte Altersjahr der Kinder angegeben werden⁶⁹.

Der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit können v.a. auch *berufliche Hindernisse* im Wege stehen: die mangelhafte Ausbildung, fehlende berufliche Erfahrung oder die zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen der Arbeitssituation, bedingt durch die schnell fortschreitende technische Entwicklung⁷⁰. Wie beim Invaliditätsschaden ist u.U. ein Berufswechsel oder eine Umschulung in Betracht zu ziehen, doch sind dabei die individuellen Fähigkeiten und Neigungen sehr sorgfältig abzuklären⁷¹.

serait entièrement consacrée à son ménage; démeurée seule, elle peut affecter ses forces à une activité lucrative (...). Sa vie, comme femme de l'avocat Troillet, aurait été plus large, mais il ne serait pas juste de l'indemniser comme si, par suite du décès de son fiancé, elle était désormais dénuée de toute ressource.» Dass dies uneingeschränkt nicht nur für die Braut, sondern auch für eine junge Witwe zu gelten hat, sollte selbstverständlich sein.

68 Gleich auch ZEN-RUFFINEN (zit. Anm. 51) 83 f.; zur nicht ganz einheitlichen deutschen Praxis HAMM (zit. Anm. 42) 226 ff.

69 Gleiche Richtlinien auch im Scheidungsrecht BGE 109 II 289; 115 II 10, mit dem Hinweis, dass weiter zu differenzieren sei, und unter Umständen eine Aufnahme einer gewissen Teilzeitarbeit schon zugemutet werden könne, wenn das jüngste Kind mit zehn Jahren dem Kleinkindalter entwachsen ist; vgl. auch HEINZ HAUSHEER ZbJV 122/1986, 61; BGE 114 II 303. – Bei einer späteren oder stufenweisen Wiedereingliederung ist der Versorgerschaden zwei- oder mehrphasig zu berechnen: Ein terminierter Anspruch, wie ihn SCHAEER (zit. Anm. 45) 98 vorschlägt, setzt voraus, dass die Geschädigten später allein für den Unterhalt aufgekomen wären. Allein die schadenmindernden Eigenleistungen können den entgangenen Unterhalt nach dem nachfolgend unter Ziff. C/6 vorgeschlagenen Anrechnungsmo- dell jedenfalls nicht gänzlich aufwiegen.

70 Insbesondere die «Vercomputerisierung» weiter Bereiche der Arbeitswelt.

71 WOLFGANG GRUNSKY, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 3. A. München 1994, N 49 zu BGB 254; HAMM (zit. Anm. 42) 240 f.

Unter dem Gesichtspunkt der *sozialen Deklassierung* stellen sich beim Versorgerschaden besondere Probleme. Mit einer Heirat kann durchaus ein «Milieuwechsel» stattfinden, so dass der einst ausgeübte Beruf der erworbenen sozialen Stellung nicht mehr gerecht wird. Eine Rückkehr in den bisherigen Beruf darf aber nicht vorschnell für nicht zumutbar gehalten werden, denn es wäre stossend, die «Arbeitspflicht» bei im übrigen gleichen Voraussetzungen je nach Stand, Herkunft und Ansehen des Ehemannes anders zu beurteilen. Jedenfalls ist zu beachten, dass der Sozialstatus ein gewisses Moment der Dauer voraussetzt. Zudem hat man sich auch vor einem überholten Klassendenken zu hüten. Mit der Nivellierung der gesellschaftlichen Positionen sowie der Durchlässigkeit und sozialen Durchmischung haben die Standesunterschiede an Bedeutung eingebüsst⁷². Nach wie vor wird es aber Fälle geben, in denen unter diesem Aspekt die Zumutbarkeit zu verneinen ist⁷³.

5. Anrechnung überpflichtmässiger Anstrengungen

Die sieben aufgezählten Kriterien sprechen für den Entscheid des Bundesgerichts, denn allein die noch kleinen Kinder der Witwe

72 Die Zumutbarkeit ist vom BGH für eine frühere Stenotypistin, die mit einem angesehenen Rechtsanwalt verheiratet war und seither nicht mehr gearbeitet hat, verneint worden (VersR 1960, 159). Zu Recht kritisch WUSSOW/KÜPPERBUSCH (zit. Anm. 42) N 251 Anm. 104; in einem anderen Entscheid (FamRZ 1966, 566) hat der BGH die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit für eine Witwe eines wohlhabenden Handwerkers, die erst seit acht Tagen (!) verheiratet war, ebenfalls für unzumutbar gehalten; ablehnend HAMM (zit. Anm. 42) 235.

73 Vgl. zur Bedeutung der sozialen Stellung auch HAMM (zit. Anm. 42) 233 ff. mit weiteren Hinweisen zur Praxis. STARK, ZSR 105/1986 I 378 geht davon aus, «dass bei einer verheiratet gewesenen Frau das Postulat der Aufrechterhaltung des Lebensstandards und der sozialen Stellung die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit in weit höherem Masse als unzumutbar erscheinen lässt als bei einer Konkubine.» Dem kann so nicht zugestimmt werden. Beim Konkubinats stellt sich allerdings stets die Frage, ob es auf Dauer angelegt ist oder nicht. Kann dies bejaht werden (auch hier kann die eherechtliche Judikatur Beurteilungshinweise liefern; vgl. BGE 118 II 235), so sind grundsätzlich die gleichen Massstäbe anzuwenden. Jedenfalls besteht kein Anlass, einer hinterbliebenen Konkubine mit Kindern punkto Erwerbstätigkeit mehr zuzumuten als der Ehefrau!

schliessen die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit aus. Für eine Anrechnung kann aber angeführt werden⁷⁴, dass die Zumutbarkeit bei Aufnahme der Erwerbstätigkeit als gegeben zu betrachten und zudem für die Schadensberechnung unerheblich ist, worauf die Höhe des Schadens zurückzuführen ist. Wenn weitere Schadensfolgen nur durch den vermehrten Einsatz der Geschädigten verhindert werden, bleibt dieser Umstand auf der Schadensebene unberücksichtigt, denn der Haftpflichtige hat nur für den tatsächlich eingetretenen bzw. künftig zu erwartenden Schadenverlauf einzustehen. Gegen diese formale Argumentation spricht, dass Anstrengungen, die vom Geschädigten nicht verlangt werden können, nicht dem Schädiger zugute kommen sollen⁷⁵. Dieser Ansicht ist für die vorliegende Konstellation⁷⁶ zuzustimmen. Der Geschädigte

verlässt den Rahmen der Differenzrechnung, wenn er mehr leistet, als ihm zugemutet werden kann. Der zu prognostizierende Umfang einer Erwerbstätigkeit bemisst sich nach dem bisherigen und aufgrund der veränderten Umstände zumutbaren Leistungsvermögen. Zwar kann die Grenze zwischen einem üblichen, zumutbaren und einem darüber hinausgehenden Kräfteinsatz nicht messerscharf gezogen werden, doch nimmt man dem Geschädigten, wenn sie unbeachtet bleibt, die Möglichkeit, durch zusätzliche Anstrengungen zu einem höheren Einkommen zu gelangen und umgekehrt, sich später gegenteilig zu entscheiden. Übt die Witwe schon vor dem Tod eine Erwerbstätigkeit aus, obwohl dies unter Zumutbarkeitserwägungen nicht verlangt werden könnte, ist diesem Umstand bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs aber Rechnung zu tragen, was durch die Kumulation beider Einkommen geschieht⁷⁷. Die Anrechnung des Unterhaltsanteils der Witwe entspricht bei dieser Ausgangslage dem Wesen des Versorger Schadens, der die tatsächliche Versorgungslage zum Gegenstand hat und nur die vom Verstorbenen erbrachten Unterstützungsleistungen als Schaden anerkennt.

Ungeprüft lässt das Bundesgericht leider die Möglichkeit, das Erwerbseinkommen in einer späteren Phase, wenn die Kinder die notwendige Selbständigkeit erlangt haben, anzurechnen. Das mag vielleicht daran liegen, dass gedanklich von einer vollen Anrechnung ausgegangen worden ist.

6. Umfang der Anrechnung des schadensmindernden Einkommens

Mit der Bejahung der Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit steht noch nicht fest, in welchem Umfange der Erwerb an den Versorger Schaden anzurechnen ist. Anders als etwa bei einer Umschulung im Invaliditätsfall, bei der mit der Zumutbarkeitsbetrachtung zugleich Überlegungen zum Quantitativ verbunden sind, muss der anrechenbare Betrag beim Ver-

74 Vgl. die Kritik von STARK vorstehend Ziff. C/2. HAUSHEER, ZbJV 131/1995, 385 stimmt dem Ergebnis mit der Begründung zu, dass es angesichts der therapeutischen Indikation im vorliegenden Fall schon an der Adäquanz fehle. Das Adäquanzkriterium liefert indessen auch im Problemkreis der Vorteilsanrechnung kein brauchbares Entscheidungskriterium (vgl. dazu auch KUHN, zit. Anm. 55, 91 ff.), denn es geht ja, wie ausgeführt, um einen Wertungsentscheid unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht und nicht darum, ob die Erwerbstätigkeit dem «Normalverlauf» entspricht. (Dass das Adäquanzkriterium nicht formelmässig anzuwenden ist, hat man freilich längst auch im Bereich der «kausalen» Zurechnung erkannt, mangels Alternative aber den Mut nicht aufgebracht, sie als nutzlos auszuschneiden.) HAUSHEER a.a.O. stellt die Frage, «ob selbst dann nicht hätte anders entschieden werden müssen, wenn mit der ausserhäuslichen Erwerbstätigkeit nicht die Therapie, sondern ausschliesslich oder in erster Linie der «schöne Mammon» beabsichtigt gewesen wäre?» Auch darauf kann es nicht ankommen, denn alles hängt von der Zumutbarkeitsprüfung ab, und nur insofern sind auch die persönlichen Motive der Betroffenen mitzubehütenden.

75 So die herrschende Lehre, die überpflichtmässige Leistungen zumindest nicht vollumfänglich zur Verrechnung bringen will: BREHM (zit. Anm. 5) N 74 zu OR 46 mit Hinweisen zur Judikatur; KUHN (zit. Anm. 55) 140 ff.; KELLER/GABI (zit. Anm. 50) 79 f.

76 Es sind durchaus Fälle denkbar, die anders zu entscheiden sind. Verbessert der Geschädigte durch eine riskante Operation, die ihm nicht zugemutet werden kann, freiwillig seine Leistungsfähigkeit, ist auf dieser Grundlage abzurechnen. Gleich ist auch zu entscheiden, wenn der Geschädigte unter Lebensgefahr sein Hab und Gut aus einem brennenden Haus rettet. Alsdann kann er nicht mit dem Hinweis Ersatz verlangen, er hätte sein Mobilium auch einäschern lassen können; Beispiel von GRUNSKY (zit. Anm. 71) N 44 zu BGB 254.

77 Mit dem höheren Einkommen ändert sich regelmässig auch der Unterhaltsbedarf; vgl. auch nachstehend bei Anm. 81.

sorgerschaden in einem zusätzlichen, von weiteren Billigkeitsüberlegungen getragenen Schritt festgesetzt werden. Im Interesse der Rechtssicherheit und aus Gründen der Praktikabilität drängt sich aber eine gewisse Schematisierung auf, denn es geht nicht nur um eine individuelle Abwägung, sondern auch um die Anwendung einheitlicher Gesichtspunkte, das Auffinden einer Berechnungsmethode, die angemessene Ergebnisse liefert⁷⁸.

Der Lebensstandard soll mit dem Zusatzverdienst nicht nur erhalten bleiben, sondern durch die zusätzlichen Anstrengungen durchaus eine Vermehrung erfahren. Das schliesst eine volle Anrechnung aus, ebenso eine *fixe Quote* – z.B. 50% des erzielbaren Einkommens –, die sich gleich auswirken kann, nämlich immer dann, wenn der anrechenbare Einkommensteil den Unterhaltsanteil übersteigt. Die Anrechnung darf sich auch nicht an der freigewordenen Arbeitskapazität orientieren⁷⁹, denn dieser Ansatz nimmt auf die Leistungsfähigkeit der Versorgten zu wenig Rücksicht⁸⁰.

Denkbar wäre, das schadenmindernde Einkommen in gleicher Weise zu berücksichtigen wie der bereits vor dem Tode erzielte Erwerb. Verfügt die Witwe über ein eigenes Einkommen, werden die Einkommen der Ehepartner bzw. die effektiv an den Unterhalt geleisteten Beiträge üblicherweise zusammengezählt und vom Gesamtaufwand die der Witwe zustehende Quote berechnet. Was nach Abzug des Eigenbeitrages übrig bleibt, bildet den Ver-

sorgerschaden⁸¹. Die *Kumulationsmethode* sollte jedoch nur Anwendung finden, wenn ein entsprechender Unterhaltsaufwand ausgewiesen ist, wenn er sich also bereits «eingespielt» hat⁸². In allen anderen Fällen, insbesondere bei der Annahme einer bloss zumutbaren, aber vor dem Todesfall nicht praktizierten Erwerbstätigkeit, führt das Abstellen auf das Doppelinkommen zu einem überhöhten, den gegebenen Verhältnissen nicht angemessenen Unterhaltsbedarf.

Die Versorgerschadensberechnung hat sich am bisherigen Lebensstandard auszurichten, doch ist, unter Einbezug der durch den Tod eingetretenen Veränderungen, auch die zukünftige Entwicklung der Versorgungslage abzuschätzen. Verfügt die Witwe über kein eigenes Einkommen und wäre ein solches ohne das Dazwischentreten des Unfallereignisses auch künftig nicht erzielt worden, ist der Unterhaltsbedarf anhand der Einkommensverhältnisse des Verstorbenen zu berechnen. Kann unter dem Titel der Schadenminderung ein Einkommen der Witwe angenommen werden, ist analog der Vorgehensweise bei Doppelverdieneren, aber ausgehend vom bisherigen bzw. ohne Schadenergebnis zu erwartenden Unterhaltsanteil, der Versorgerschaden *im Verhältnis der beiden Einkommen* aufzuteilen und der auf das erzielbare Einkommen der Witwe entfallende Anteil des Unterhaltsbedarfs auf den Versorgerschaden anzurechnen. Bei einem Einkommen des

78 Dass das Haftpflichtrecht auf einfache und praktische Berechnungsmethoden angewiesen ist, betont auch BGE 113 II 333; vgl. auch die Hinweise bei STARK, ZSR 105/1986 I 340.

79 So aber offensichtlich BREHM (zit. Anm. 5) N 131 zu OR 45, der die Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit nur bejaht, «sofern nicht *mehr* Arbeit als bisher postuliert wird».

80 So hätte sich eine Witwe, die durch Hausangestellte von der Hausarbeit entlastet wird, kaum etwas anrechnen zu lassen, obwohl die grössere Bewegungsfreiheit die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erleichtert. Dieses Ergebnis überzeugt umso weniger, als die Kosten der Hausangestellten den Unterhaltsbedarf zusätzlich belasten. Eine Frau aus einkommenschwächeren Verhältnissen, die in der Regel ein grösseres Engagement im Haushalt aufbringen muss, wäre dagegen vermehrt zur Schadenminderung aufgerufen.

81 Man kann auch vom Einkommen des Verstorbenen ausgehen und dem Eigenverdienst durch eine Reduktion der Unterhaltsquote Rechnung tragen; EMIL STARK, Ausservertragliches Haftpflichtrecht. Skriptum. 2. A. Zürich 1988, N 135. Auch wenn die Versorgerschadensberechnung kaum über rohe Schätzungen hinausgeht, kann die Genauigkeit gesteigert werden, wenn die einzelnen Aktiv- und Passivposten separat aufgeführt werden. Dies namentlich, wenn die sog. Fixkosten, d.h. jene Auslagen, die nach dem Tod des Partners mehr oder weniger unverändert weiterlaufen (z.B. der Mietzins), von der Quotenbildung ausgeklammert und der Witwe in voller Höhe zugeschlagen werden; vgl. STARK, ZSR 105/1986, I, 344 f. sowie die Berechnungsbeispiele für «Doppelverdiener» a.a.O. 350 und in SJZ 83/1987, 278.

82 In SJZ 83/1987, 275 hat das OGer ZH zutreffend auf beide Einkommen abgestellt, obwohl geltend gemacht wurde, die Aufgabe der Erwerbstätigkeit sei schon in wenigen Jahren infolge Gründung einer Familie eingepplant gewesen.

Verstorbenen von Fr. 50000.– und einem mutmasslichen Verdienst der Witwe von Fr. 30000.– ergibt sich ein Anrechnungsschlüssel von 5 : 3, d.h. die Witwe hat drei Achtel des ermittelten Versorgerschadens selber zu tragen.

Die vorgeschlagene Anrechnungsmethode trägt sowohl der Höhe der Unterhaltsleistungen wie auch der eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit angemessen Rechnung. Es bleibt gewährleistet, dass der Witwe, die im Genuss von Versorgungsleistungen gestanden hat, stets ein Ersatzanspruch zuerkannt wird und nebst dem bisherigen Lebensbedarf auch ein darüber hinausgehender Anteil des Arbeitserwerbs garantiert bleibt. Die nachfolgenden Beispiele zeigen, dass die verfügbaren Mittel den Versorgerschaden deutlich übersteigen können:

Eine andere Berechnungsweise ist auch dann nicht angezeigt, wenn der Ersatzanspruch bei blosser Teilhaftung herabgesetzt wird. Eine in Deutschland vertretene Praxis gesteht der Witwe in diesem Falle eine Art «*Quotenvorrecht*» zu, das ihr erlaubt, die Kürzung mit dem (anrechenbaren) Einkommen zu kompensieren, so dass nur ein allfälliger Überschuss des Eigenbeitrages zum Abzug gelangt⁸⁷. Die Kürzung des Ersatzanspruchs bezieht sich stets auf den berechneten Schaden, der hier in dem um die eigene Erwerbstätigkeit reduzierten Unterhaltsverlust besteht. Für das im deutschen Recht postulierte Quotenvorrecht, das zu einer systemwidrigen Vermengung von Schadensberechnung und Ersatzbemessung führt, besteht auch aus Billigkeitsgründen kein Anlass⁸⁸.

Anrechnungsmuster bei zumutbarem Eigenverdienst:				
Einkommen Versorger ⁸³	100000	60000	40000	20000
Ersparnisse ⁸⁴	-10000	—	—	—
Unterhaltsbedarf	90000	60000	40000	20000
./. Anteil Fixkosten	-30000	-20000	-20000	-10000
Variable Kosten	60000	40000	20000	10000
Unterhaltsanteil an variablen Kosten (50%) ⁸⁵ zuzügl. Fixkosten	30000 +30000	20000 20000	10000 20000	5000 10000
Geschätzter Unterhaltsverlust	60000	40000	30000	15000
Zumutbarer Eigenwerb davon anrechenbar ⁸⁶	(40000) -17100 (29%)	(40000) -16000 (40%)	(40000) -15000 (50%)	(40000) -10000 (67%)
Versorgerschaden	42900	24000	15000	5000
effektiv verfügbare Mittel (Versorgerschadenersatz + Eigenverdienst)	82900	64000	55000	45000

83 Sind beide Partner erwerbstätig, so sind beide Einkommen bzw. die der Versorgung dienenden Unterhaltsleistungen einzusetzen.

84 Der Abzug einer Sparquote bei hohen Einkommen, wie er z.B. von STARK, ZSR 105/1986 I 347 vorgeschlagen wird, berücksichtigt zutreffend, dass u.U. nicht das gesamte Einkommen für den laufenden Unterhalt verbraucht wird. Die Ersparnisse dienen aber regelmässig der Altersversorgung und müssen für diese Phase wieder in die Vermögensrekonstruktion einbezogen werden; nachstehend Ziff. D/3.

85 Bei Berücksichtigung der Fixkosten kann in aller Regel von gleichen Unterhaltsquoten ausgegangen werden; diese reduzieren sich um die Kinderquoten, die sich zwischen 10 und 20% bewegen; vgl. SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER (zit. Anm. 45) N 1253 ff., 1277 f.

86 Das anrechenbare Einkommen bestimmt sich nach dem Verhältnis des Einkommens des Versorgers zum Eigenverdienst. Im ersten Beispiel also $100000 : 40000 = 5 : 2$. 2/7 oder 29% des Unterhaltsbedarfs von Fr. 60000.– müssen bei dieser Einkommensrelation vom Ansprecher getragen werden, also (gerundet) Fr. 17 100.–.

87 Vgl. dazu HAMM (zit. Anm. 42) 246 ff.; WUSSOW/KÜPPERSBUSCH (zit. Anm. 42) N 253 mit Rechenbeispielen.

88 Ablehnend auch STARK ZSR 105/1986 I 351 f.; kritisch für das deutsche Recht auch WUSSOW/KÜPPERSBUSCH (zit. Anm. 42) N 253 Anm. 109.

*Schaer*⁸⁹ geht davon aus, dass der verbreitete Wiedereintritt ins Erwerbsleben den *Wiederverheiraturungsabzug* zunehmend verdrängen wird und weitere Differenzierungen wie die Berücksichtigung der Scheidungswahrscheinlichkeit⁹⁰ überflüssig macht. Eine Prognose sei hier nicht gewagt, doch zeigt der vorgeschlagene Anrechnungsmodus, dass die Erwerbseinkünfte der Versorgten aus Schadenminderung den Versorgerschaden nicht vollständig ausgleichen. Angemerkt sei auch, dass die Wiederverheiraturungswahrscheinlichkeit auf dem unter Einbezug des eigenen Erwerbseinkommens ermittelten Betrag in Abzug zu bringen ist. Die gegenteilige Ansicht von *Schaer*⁹¹, der das Erwerbseinkommen voll anrechnen und nur die Versorgerleistungen um den Wiederverheiraturungsabzug kürzen will, übersieht, dass damit das Erwerbseinkommen über einen längeren Zeitraum angerechnet wird, denn der Wiederverheiraturungsabzug bedeutet ja nichts anderes, als die Annahme einer kürzeren Versorgungsdauer⁹².

D. Zur Anrechnung der Erbschaft

1. (Nicht publizierte) Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte sich auch zur Frage zu äussern, ob die Erbschaftserträge, die nach den Feststellungen der Vorinstanz etwas über Fr. 10 000.– ausmachten, anzurechnen sind⁹³.

89 Zit. Anm. 45, 98 ff.

90 Dazu BREHM (zit. Anm. 5) N 127 ff. zu OR 45; STARK, ZSR 105/1986 I 377.

91 Zit. Anm. 5, N 178 Anm. 23 f.

92 Wird die zeitliche Kongruenz nicht gewahrt, bleibt der Witwe der Versorgerschadenanspruch selbst dann versagt, wenn das Einkommen der Witwe unter den berechneten Unterhaltsleistungen liegt. Im Beispiel von SCHAER a.a.O. Anm. 24 wird denn auch bei einem Einkommen des Verstorbenen von Fr. 48 000.– und einem Witweneinkommen von Fr. 20 000.– durch den Wiederverheiraturungsabzug von 72% kein Versorgerschaden mehr ausgewiesen; gleiche Feststellung bei STARK, ZSR 105/1986 I 351.

93 Die Erwägungen in Ziff. 6 des Urteils finden sich nicht in der amtlichen Publikation, sie sind aber in plädoyer 2/1994, 68 abgedruckt.

Das Bundesgericht bestätigt, dass nach konstanter Rechtsprechung Erbschaftserträge an den Versorgerschaden anzurechnen sind, was auch für die güterrechtlichen Anwartschaften zutrefte. Die Anrechnung habe allerdings nicht schematisch zu erfolgen, denn es seien auch Billigkeitserwägungen einzubeziehen. Zu berücksichtigen sei, «que ces revenus peuvent diminuer (...) et que la personne soutenue a le droit de maintenir un train de vie correspondant à celui qui était le sien». Angesichts der unklaren Ausführungen der Vorinstanz, die eine Anrechnung abgelehnt hatte, sowie des Umstandes, dass der Betrag durch die unterbewertete Witwenquote⁹⁴ ohnehin ausgeglichen würde, trat das Bundesgericht auf die Frage nicht näher ein.

2. Meinungsstand

In der Lehre wird die Anrechnung der Erbschaftserträge mehrheitlich bejaht⁹⁵. Die Ansicht stützt sich primär auf das *Kriterium der Unterstützungsbedürftigkeit*, wobei teilweise auch die Vorteilsanrechnung den dogmatischen Hintergrund liefert⁹⁶. Allerdings wird auch auf den störenden Umstand verwiesen, dass der Haftpflichtige Nutzen aus der Vorsorge anderer zieht. «Vielleicht haben Eheleute sogar Einschränkungen auf sich genommen, um die Frau beim Tod des Gatten besonders gut zu stellen. Dass ihr daraus ein Nachteil erwachse, kann nicht befriedigen»⁹⁷. Durchaus gesehen wird auch, dass die Erträge der Erhaltung des Vermögensstammes dienen, der der Geldentwertung unterliegt⁹⁸.

94 Vgl. vorstehend Anm. 2.

95 KUHN (zit. Anm. 55) 147 ff.; BREHM (zit. Anm. 5) N 55 zu OR 45; KELLER (zit. Anm. 4) 85; OFTINGER/STARK (zit. Anm. 5) § 6 N 71 ff., 335 m.w.N.

96 Gegen den Begriff der Unterstützungsbedürftigkeit als Voraussetzung der Geltendmachung des Versorgerschadens ZEN-RUFFINEN (zit. Anm. 51) 104 f.; MARC SCHAETZLE, Personalvorsorge und Haftpflichtrecht in Konkurrenz, Diss. Zürich 1972, 27 ff.

97 KELLER (zit. Anm. 4) 86.

98 KELLER (zit. Anm. 4) 85 rechnet vor, dass bei Annahme einer fünfprozentigen Verzinsung und einem Kapitalisierungsfaktor 20 die Erbschaft voll angerechnet werde. STARK plädiert angesichts der Unsicherheit des Vermögensertrages für einen niederen Zinsfuß, OFTINGER/STARK (zit. Anm. 5) § 6 N 73.

Die Anrechnung habe daher mit etwelcher *Zurückhaltung* zu erfolgen. Vereinzelt wird – in teilweiser Anlehnung an die deutsche Rechtsauffassung – eine Anrechnung, soweit das Vermögen und die Erträge nicht bereits zuvor für den Unterhalt herangezogen worden sind, überhaupt abgelehnt⁹⁹.

3. Vermögensbildung als Teil der Altersversorgung

Der Ansicht, dass Erbschaftserträge nur anzurechnen sind, wenn sie auch ohne den Tod zum Unterhalt verwendet worden wären, ist zuzustimmen¹⁰⁰. Die Ersparnisse dienen in aller Regel der Altersversorgung und werden alsdann auch ganz oder teilweise verbraucht. Entgegen der bisher fast einhellig vertretenen Ansicht, hat der Haftpflichtige auch für die Altersversorgung einzustehen, deren Finanzierung durch den Unfalltod mittangiert wird. Die Versorgerschadensberechnung hat sich daher nicht nur auf die Erwerbsphase des Versorgers zu erstrecken, sondern auch auf die Zeit nach der Pensionierung¹⁰¹. Nebst den Lücken im Beitragsaufkommen, die sich auf die Altersrenten der 1. und 2. Säule auswirken, wird auch die Ersparnisbildung unterbrochen. Die Rücklagen für das Alter sind bei der Bestimmung des Unterhaltsbedarfs zu berücksichtigen. Dass dabei bereits vorhandene Kapitalien und deren Erträge einzubeziehen sind, ist selbstverständlich. Nur mit einem solchen Vorgehen wird erreicht, dass dem Geschädigten die persönlichen Vermögensgestaltungsziele erhalten bleiben¹⁰².

99 ZEN-RUFFINEN (zit. Anm. 51) 107; zur deutschen Rechtslage, LANGE (zit. Anm. 42) 505 ff.

100 Anzurechnen ist die Erbschaft und zwar samt Stammkapital auch, wenn der Ersatzberechtigte von der Erbschaft mutmasslich nichts erhalten hätte, namentlich wenn er eine geringere Lebenserwartung aufweist als der Getötete.

101 Vgl. STEPHAN WEBER, Schadenersatz für den Verlust von Altersrenten, in: Haftpflicht und Versicherungsrechtstagung 1993, hrsg. von ALFRED KOLLER, St. Gallen 1993, 190f., 218 ff.

102 Der Vorsorgebedarf liegt gerade bei höheren Einkommen weit über den Leistungen von AHV und BVG. Bei Höchstbesoldeten sinkt der Deckungsgrad auf 30–25% ab; vgl. die Grafik bei CARL HELBLING, Personalvorsorge und BVG, 6. A. Bern 1995, 118. Die Fortset-

E. Ein letzter Blick übers Ganze

Das Bestreben, dem Geschädigten die *bisherige Lebenshaltung* zu garantieren, das als Leitmotiv über der Versorgerschadensberechnung steht¹⁰³, zieht sich wie ein roter Faden durch die behandelten Problemkreise. Die Maxime entspringt letztlich dem haftpflichtrechtlichen *Ausgleichsprinzip*, das besagt, dass der Geschädigte durch das Schadenergebnis nicht schlechter gestellt werden darf. Massgebend – und das subjektive Schadensverständnis sorgt dafür – sind die individuellen Vermögensverhältnisse des Geschädigten. Der Haftpflichtige hat den Geschädigten so zu nehmen wie er ist; er muss auch seine ökonomischen Dispositionen respektieren.

Dies gilt etwa, wenn der Geschädigte über den notwendigen Bedarf hinaus Vorsorge betreibt. Diese Möglichkeit darf ihm nicht einfach durch die *Anrechnung von Versicherungsleistungen* genommen werden. Nur soweit die Leistungen im Hinblick auf mögliche Schadenereignisse konzipiert und der Höhe nach durch diese begrenzt werden, dürfen sie angerechnet werden. Da sich der notwendige Bedarf nur schwer schätzen lässt und sich zudem aus versicherungstechnischen Gründen Schematisierungen aufdrängen, sind *Summen- und Schadensversicherung* begrifflich nicht scharf zu trennen. Auch eine infolge Bemessungsschwierigkeiten pauschalisierte Leistung kann durchaus schadenausgleichende Funktion haben.

Bei der Frage der *Anrechnung der Güter- und Erbschaftserträge*, die noch um den Problemkreis der Anrechnung der Erträge von Summenversicherungsleistungen zu erweitern wäre¹⁰⁴, womit man schon fast wieder zum ersten Thema zurückkehrt, geht es ebenfalls um den Aspekt der standesgemässen Lebenshaltung, der mit der unbeschränkten Zulassung der Anrechnung nach hier vertretener

zung der bisherigen Lebensführung kann nur mit der Selbstvorsorge im Rahmen der 3. Säule erreicht werden.

103 Dort allerdings mit dem Erfordernis der «Bedürftigkeit» kollidiert, das mehr irritiert als diesen Schadensposten konturiert.

104 Dazu KUHN (zit. Anm. 55) 152 f.; BREHM (zit. Anm. 5) N 61 zu OR 45.

Auffassung verletzt wird. Die Ersparnisse bezwecken den *Unterhaltsbedarf im Alter* abzudecken, und sie sind daher nur in dieser Phase bei der Festlegung der Unterhaltsansprüche einzubeziehen.

Dass der Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen Lebensführung nicht unbeschränkt gilt, fordert die *Schadenminderungspflicht*, die auch beim Versorgerschaden zur Anwendung gelangt. Sie ist im Spannungsfeld der «Bestandesgarantie» und der gegenseitigen

Rücksichtnahme unter dem Begriff der «Zumutbarkeit» zu lösen. Die Schadenminderung verlangt von den Versorgten, dass sie einen Teil des Unterhalts aus eigenen Mitteln durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bestreiten. Der hier vorgeschlagene Berechnungsmodus für den *zumutbaren Eigenverdienst* soll dabei gewährleisten, dass der Geschädigte auch zukünftig seine Lebensführung bestimmen und von seinen Mehranstrengungen profitieren kann.

Die Revision des Umweltschutzgesetzes aus der Sicht der Unternehmer

MATTHIAS KUSS, OSCAR SCHÖNBÄCHLER UND FAUSTO STEIDLE¹, ZÜRICH

Die Inkraftsetzung des revidierten Umweltschutzgesetzes (USG) ist auf den 1. Juli 1997 zu erwarten. Das Gesetz wurde im Bereich der Umwelthaftung entscheidend verschärft und setzt vermehrt auf marktwirtschaftliche, anreizorientierte Instrumente. Wer die Umwelt verschmutzt, wird strenger bestraft, wer die Umwelt schont, wird belohnt. Der vorliegende Artikel befasst sich aus der praxisorientierten Sicht der Unternehmungen mit den für sie wichtigsten Bestimmungen des USG. Denn für Unternehmungen bilden die höheren umweltrechtlichen Anforderungen sowie die gestiegenen ökologischen Ansprüche der Konsumenten wichtige Rahmenbedingungen.²

Umweltschutz als Aufgabe und Chance

Viele Unternehmungen haben erkannt, dass die Verbindung von *Ökologie und Ökonomie* eine wichtige Voraussetzung für den Erfolg

auf den Absatzmärkten ist. Die zunehmend strengeren rechtlichen und die veränderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sowie gestiegene Sicherheitsanforderungen verlangen eine konsequente Berücksichtigung ökologischer Aspekte von der Entwicklung und Produktion über den Gebrauch und Verbrauch bis zur Entsorgung (Produktelebenszyklus).

Ein wesentlicher Bestandteil der rechtlichen Rahmenbedingungen ist das *Umweltschutzgesetz (USG)*. Das USG bezweckt den Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen, ihrer Lebensgemeinschaften und Lebensräume und die Erhaltung der Fruchtbarkeit des Bodens. Unternehmungen sind durch das revidierte USG in vielen Bereichen betroffen. Es ist des-

¹ Die Autoren arbeiten bei Risk Management Services (RMS) der «Zürich» Schweiz in Zürich. RMS ist die Fachabteilung der «Zürich» für die Entwicklung und Umsetzung von Risk-Management-Dienstleistungen im Unternehmensgeschäft. Die in den Fussnoten erwähnten Informationsmaterialien können bezogen werden bei: «Zürich» Schweiz, Risk Management Services (RMS), Postfach, 8085 Zürich, Fax 01 628 50 62, Internet <http://www.zurichbusiness.ch>.

² Der vorliegende Artikel ist eine leicht gekürzte Fassung des Fachartikels «Revision des Umweltschutzgesetzes (USG): Wichtige Aspekte für den Unternehmer», Risk Management Services, Juli 1996, Ref. 16–96.

halb wichtig, dass in den Unternehmungen die gestiegenen Anforderungen des Umweltschutzes in der unternehmerischen Tätigkeit von Beginn an umfassend berücksichtigt werden. Dabei spielen auch finanzielle Überlegungen eine Rolle, weil im Nachhinein unter Zeitdruck eingeleitete Massnahmen immer mit einem erhöhten finanziellen Aufwand verbunden sind.

Das Umweltschutzgesetz

Das revidierte Umweltschutzgesetz tritt voraussichtlich am 1. Juli 1997 in Kraft. Durch die Revision sind viele Artikel geändert worden oder neu dazugekommen. Es gilt für den Unternehmer, sich frühzeitig über die Anforderungen und Auflagen des USG zu informieren und den für ihn notwendigen Handlungsbedarf abzuleiten. Im folgenden werden die zentralen Bestimmungen der ersten vier Titel dargestellt.

Inhalt des revidierten Umweltschutzgesetzes

1. Titel: Grundsätze und allgemeine Bestimmungen
2. Titel: Begrenzung der Umweltbelastung
 1. Kap.: Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen
 2. Kap.: Umweltgefährdende Stoffe
 3. Kap.: Umweltgefährdende Organismen
 4. Kap.: Abfälle
 5. Kap.: Belastung des Bodens
 6. Kap.: Lenkungsabgaben
3. Titel: Vollzug, Förderung und Verfahren
4. Titel: Haftpflicht
5. Titel: Strafbestimmungen
6. Titel: Schlussbestimmungen

1. Titel: Grundsätze und allgemeine Bestimmungen

Vor dem Bau oder der Änderung von Anlagen (z. B. Tourismusanlagen, Metallverarbeitungs- werke oder Parkhäuser und -plätze) ist abzu- klären, ob sie der *Umweltverträglichkeitsprü- fung*³ unterliegen. Für solche Anlagen müssen

die Bestimmungen aus Artikel 9 berücksich- tigt werden. Die Anlagebetreiber haben zu- dem Anforderungen zum Schutz vor Kata- strophen zu erfüllen (Art. 10).

2. Titel: Begrenzung der Umweltbelastung

Dieser zweite Titel des USG ist in sechs Ka- pitel unterteilt:

Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterun- gen und Strahlen: Unternehmungen müssen Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterun- gen und Strahlen *an der Quelle begrenzen* (Art. 11), und zwar unabhängig von der be- stehenden Belastung (z. B. bestehender Stras- senlärm). Die Massnahmen haben so weit zu gehen, als dies technisch und betrieblich mög- lich und wirtschaftlich tragbar ist. Besitzt eine Unternehmung eine Anlage, die den gesetzli- chen Vorschriften nicht entspricht, so ist sie gezwungen, die Anlage zu sanieren. Im Ex- tremfall können die Behörden sogar die Still- legung der Anlage verfügen (Art. 16).

Umweltgefährdende Stoffe: Unternehmungen dürfen keine Stoffe in Verkehr bringen, die bei vorschriftsgemäsem Umgang die Umwelt gefährden. Dies gilt sowohl für die Stoffe selbst als auch für ihre Folgeprodukte oder die daraus entstehenden Abfälle. Die Hersteller oder Importeure sind verpflichtet, eine *Selbst- kontrolle* durchzuführen (Art. 26) sowie die Abnehmer über die Eigenschaften und den richtigen Umgang mit umweltgefährdenden Stoffen zu *informieren*.

Umweltgefährdende Organismen: Unterneh- mungen, welche gentechnisch veränderte Or- ganismen in Verkehr bringen möchten, benöti- gen dafür in jedem Fall eine *Bewilligung* des Bundes. Die Anforderungen über umweltge- fährdende Organismen (Art. 29a ff.) entspre- chen etwa denjenigen über umweltgefährden- de Stoffe. Unternehmungen haben zusätzlich Vorschriften über Freisetzungsversuche und Einschliessungsmassnahmen zu beachten.

Abfälle: Für Abfälle müssen Unternehmungen Auflagen zur Sammlung, Behandlung und Verwertung einhalten (Art. 30b–30d). Unter- nehmungen sind verpflichtet, bestimmte Pro- duktionsabfälle zu *vermeiden* oder gewisse

3 Siehe Fachartikel «Änderung der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung», Risk Management Services, September 1995, Ref. 6–95.