

Keine Minderung von Zins und Schaden

Urteil des Bundesgerichts 4C.3/2004 vom 22. Juni 2004

Stephan Weber, Eglisau

Das Bundesgericht hat sich fünf Jahre nach dem Beretta-Entscheid (BGE 125 III 312) erneut mit dem Kapitalisierungszinsfuss befasst, ist dabei aber zu keinen neuen Erkenntnissen gelangt und hat den langjährigen Zinsfuss von 3,5% wiederum bestätigt. Der Entscheid greift noch ein weiteres brisantes Thema auf, das Verhältnis von medizinisch-theoretischer Arbeitsfähigkeit, Erwerbsschaden und Schadenminderung. Es korrigiert den Entscheid der Vorinstanz, die den Erwerbsausfall mit der theoretisch angenommenen Arbeitsunfähigkeit gleichgesetzt hat; ein Vorgehen, das ab und an praktiziert wird.

I. Zusammenfassung des Sachverhalts

Der stark alkoholisierte Lenker eines bei der B. versicherten Fahrzeugs kollidiert am 22. Mai 1992 mit dem auf der Strasse stillstehenden Fahrzeug des A. Dieser erleidet als Folge des Zusammenstosses ein Halswirbelsäulen-Distorsionstrauma. Er klagt gegen die B. Versicherung auf Ersatz des unfallbedingten Erwerbsausfalls in einem unbestimmten, CHF 100 000.– übersteigenden Betrag nebst Zins und Zahlung einer Genugtuung. Das Kantonsgericht Zug verpflichtet die Beklagte mit Urteil vom 2. Oktober 2002, dem Kläger CHF 615 929.– nebst Zins zu zahlen. Es geht dabei von voller Haftung aus, setzt die Erwerbsunfähigkeit auf 50% fest und ermittelt einen Erwerbsschaden von CHF 804 712.40 für die Zeit von Januar 1993 bis September 2002. Davon zieht es IV- und UV-Leistungen in der Höhe von CHF 393 241.40 bzw. CHF 160 779.– ab und addiert den Verzugszins seit dem Unfalltag, was CHF 315 454.– ergibt. Für den zukünftigen Erwerbsschaden geht das Kantonsgericht von einem Valideneinkommen von CHF 192 000.– aus und zieht vom kapitalisierten Betrag von CHF 1 315 200.– die ebenfalls kapitalisierten IV- und UV-Leistungen ab, was zu einem ungedeckten Erwerbsschaden von CHF 235 575.– führt. Nebst den vorprozessualen Kosten spricht das Gericht eine Genugtuung in Höhe von CHF 30 000.– zu. Das angerufene Obergericht schliesst sich zur Hauptsache der Begründung des Kantonsgerichts an und stellt insbesondere fest, dass die Erwerbsfähigkeit des als Grafiker tätigen Klägers um 50% herabgesetzt sei, verneinte aber eine Verletzung der Schadenminderungspflicht dahingehend, dass er die selbständige zugunsten einer unselbständigen Erwerbstätigkeit aufzugeben habe.

In der Berufung ans Bundesgericht verlangt der Kläger Schadenersatz in Höhe von CHF 2 841 033.47 nebst Zins. Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe bei der Be-

stimmung des Erwerbsschadens 1993 bis 2003 den Grundsatz der konkreten wirtschaftlichen Schadensberechnung verletzt, indem sie nicht die Differenz zwischen dem Validen- und Invalideneinkommen der Schadensberechnung zugrunde gelegt habe, sondern, ausgehend von der medizinisch-theoretischen Einschätzung, eine Erwerbseinbusse von 50% und zwar selbst für die Jahre, in denen der Kläger weniger verdient habe. Im Weiteren macht der Kläger geltend, der Kapitalisierungszinsfuss sei von 3,5% auf 2% herabzusetzen, da eine Rendite in der bisherigen Höhe bei einer zumutbaren Anlagestrategie nicht realistisch sei.

II. Zusammenfassung der Erwägungen

A. Ermittlung des Erwerbsschadens

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen der schädigenden Handlungen massgebend seien, repetiert einmal mehr die Differenztheorie und adaptiert sie an den Erwerbsschaden: Schaden sei die Differenz zwischen den *«Einkünften, die nach dem schädigenden Ereignis tatsächlich erzielt worden sind und jenen, die der geschädigten Person ohne dieses Ereignis zugeflossen wären.»* Als Tatfrage könne dabei die Entstehung und das Ausmass des Schadens vom Bundesgericht nicht überprüft werden, wohl aber, ob die Vorinstanz von zulässigen Berechnungsgrundsätzen ausgegangen sei, *«wozu auch die Anwendung der konkreten und abstrakten Schadensberechnung zählt».*

Der Invaliditätsschaden sei so weit wie möglich konkret zu ermitteln: *«Dabei wird aus Praktikabilitätsgründen in zwei Schritten vorgegangen, wenn der Schaden im Urteilszeitpunkt noch andauert. Zunächst ist der bereits eingetretene Schaden konkret zu berechnen. Massgebender dies ad quem ist der Tag des Urteils jener kantonalen Instanz, die noch neue Tatsachen berücksichtigen kann [...] Als Ausgangspunkt dienen die Einkommensverhältnisse am Unfalltag. Zu entgelten ist bei Arbeitnehmern der entgangene Lohn, bei selbständig Erwerbenden der entgangene Gewinn (Minderertrag oder Mehraufwand [...]). Hierauf erfolgt der zweite Schritt, in welchem der künftige Schaden aufgrund einer Prognose so konkret wie möglich zu bestimmen ist [...]. Bei beiden Berechnungsweisen bildet der Vergleich zwischen dem Validen- und dem Invalideneinkommen der geschädigten Person den Rahmen. Bei der Vergangenheitsberechnung ist indessen das tatsächliche Invalideneinkommen bekannt, während dieses bei der Zukunftsberechnung unter Berücksichtigung des abstrakten Invaliditätsgrades (medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit bzw. Arbeitsunfähigkeit) und des eventuell davon abweichenden Grades der Erwerbsfähigkeit prognostiziert werden muss [...]. Bei beiden Berechnungsweisen wirkt sich eine allfällige Schadenminderungspflicht der geschädigten Person dahingehend aus, dass das Invalideneinkommen entspre-*

chend erhöht bzw. bei tatsächlichem Fehlen von Einkommen in der Vergangenheit ein solches aufgrund des vorgängig bestimmten Grades der Erwerbsfähigkeit in die Schadensberechnung eingesetzt wird.» (Erwägung 1.2.2)

Nach dem Bundesgericht verletzt das Urteil des Obergerichts diese Grundsätze und steht auch im Widerspruch zu den eigenen tatsächlichen Feststellungen, die insbesondere den Wechsel zu einer unselbständigen Tätigkeit als nicht sinnvoll taxieren und auch am Arbeitswillen des A. nicht zweifeln. Für die Berechnung des bisherigen Schadens stellt das Obergericht auf das vom Kläger erzielte Einkommen ab, berücksichtigt diese Verluste aber nur, soweit sie 50% des Valideneinkommens nicht unterschreiten:

«In rechtlicher Hinsicht besteht ein Widerspruch, weil bei der Schadensberechnung grundsätzlich auf das von der geschädigten Person in der Vergangenheit tatsächlich erzielte Einkommen abzustellen ist. Eine Korrektur im Sinne der Anrechnung eines zusätzlichen, theoretischen Einkommens kann nur dann vorgenommen werden, wenn die Schadenminderungspflicht durch die geschädigte Person verletzt wurde. Das Obergericht hat indessen eine solche Pflichtverletzung des Klägers verneint und dennoch ein theoretisches Einkommen von 50% des Valideneinkommens in die Rechnung eingesetzt, auch soweit dieses tatsächlich unterschritten wurde.

In tatsächlicher Hinsicht besteht ein Widerspruch, weil das Obergericht einerseits feststellt, dass keine unfallfremden Umstände die Erwerbslage des Klägers beeinflusst hätten, dieser aber seit dem Jahre 2000 nur noch Verluste erlitten habe und es andererseits auf eine Resterwerbsfähigkeit des Klägers von 50% abstellt. Diese verschiedenen Feststellungen lassen sich nicht miteinander in Übereinstimmung bringen. Entweder haben auch andere als unfallbedingte Umstände auf die Erwerbsfähigkeit des Klägers eingewirkt oder dann muss diese weniger als 50% betragen bzw. den Kläger eine Schadenminderungspflicht in dem Sinne treffen, dass er als unselbständig Erwerbender ein entsprechendes Einkommen erzielen könnte. Diese Widersprüche haften nicht nur der Schadensberechnung für die Vergangenheit, sondern auch jener für die Zukunft an. Auch dort [...] geht das Obergericht von einer Resterwerbsfähigkeit von 50% aus, ohne dass klar würde, wie diese Feststellung mit dem Umstand vereinbar sein soll, dass das Einkommen des Klägers in den dem Urteilsdatum vorangehenden Jahren ohne Einfluss unfallfremder Ursachen weniger als 50% des Valideneinkommens betrug.» (Erw. 1.4)

B. Kapitalisierungszinsfuss

Hinsichtlich des Kapitalisierungszinsfusses verweist das Bundesgericht zunächst auf den Beretta-Entscheid (BGE 125 III 312). Dort wurde ausgeführt, dass es die Rechtssicherheit gebiete, nur dann von der langjähri-

gen Praxis abzuweichen, wenn sichere Anzeichen bestehen, dass ein Realertrag von 3,5% auf Kapitalabfindungen in absehbarer Zeit nicht realisierbar ist und sich daher der seit 1946 verwendete Zinsfuss mit dem Ausgleichsprinzip nicht mehr vereinbaren lasse. Das Bundesgericht sah dazu keine Anhaltspunkte. Trotz der seither geäusserten Kritik hält das Bundesgericht am Zinsfuss weiterhin fest:

«Wie die Vorinstanz zutreffend hervorhebt, haben sich seit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 11. Mai 1999 zwar Einbrüche auf den Finanzmärkten ereignet. Im Jahre 2003 zeichnete sich jedoch wieder eine Erholung ab. Aufgrund der Entwicklung in der seit dem Leitentscheid vergangenen relativ kurzen Zeitspanne lässt sich jedenfalls nicht zuverlässig prognostizieren, dass ein realer Ertrag von 3,5% auf längere Dauer nicht mehr erzielt werden kann. An den juristischen Überlegungen, die für das Bundesgericht letztlich den Ausschlag gaben (vgl. E. 5 b und E. 7 von BGE 125 III 312), vermag im Übrigen die Herabsetzung des BVG-Mindestzinssatzes nichts zu ändern. Dieser Zinssatz wird gemäss Art. 12a BVV 2 mindestens alle zwei Jahre überprüft und wenn nötig vom Bundesrat angepasst. Eine solche Flexibilisierung ist im Bereich der Schadensberechnung wegen der erforderlichen Rechtssicherheit nicht möglich [...]. Zu berücksichtigen ist sodann, dass die Forderung nach Herabsetzung des Kapitalisierungszinsfusses vorwiegend wegen Einbusen erhoben wurde, die jüngere Geschädigte erleiden können. Der Kläger war jedoch im Zeitpunkt, auf den das Obergericht für die Kapitalisierung abgestellt hat, bereits über 55 Jahre alt. Auch unter diesem Gesichtspunkt drängt sich nicht auf, im vorliegenden Fall eine Praxisänderung in Erwägung zu ziehen. Hinzu kommt schliesslich, dass es dem Kläger freigestanden hätte, auf Ausrichtung einer indexierten Rente zu klagen, wenn für ihn im Vordergrund gestanden hätte, seinen Lebensunterhalt langfristig zu gewährleisten (BGE 125 III 312 E. 6c). Er hat es in Kenntnis dieser Möglichkeit und der damit verbundenen Vorteile vorgezogen, eine Kapitalabfindung zu verlangen. Es besteht daher kein Anlass, auf die allgemein gehaltene Kritik des Klägers an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung näher einzugehen und auf den Grundsatzentscheid zurückzukommen, der erst vor relativ kurzer Zeit ergangen ist.» (Erwägung 2.2).

III. Anmerkungen

A. Weder Arzt noch Schadenminderung bestimmen den bisherigen Schaden

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass von der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit direkt auf die Höhe des Schadens geschlossen wird. Die geschädigte Person wird aus medizinischer Warte als zu 50% ar-

beitsfähig angesehen und dementsprechend ein Erwerbsausfall im Umfange der Hälfte des Valideneinkommens in die Schadenskalkulation eingesetzt und dies auch dann, wenn die Betroffenen überhaupt kein Erwerbseinkommen mehr erzielen¹. In jedem Lehrbuch ist nachzulesen, dass nicht die medizinisch-theoretische Einschätzung massgebend ist, sondern die effektiven wirtschaftlichen Auswirkungen der erlittenen Körperverletzung². Das Bundesgericht rügt die Vorinstanz und stellt unmissverständlich klar, dass vom tatsächlichen Invalideneinkommen und nicht vom theoretisch möglichen Erwerb auszugehen ist, hat aber auch schon – z.B. im Urteil 4C.252/2003³ – anders entschieden.

Selbstverständlich darf die geschädigte Person nicht einfach die Hände in den Schooss legen. Die Schadenminderungspflicht verlangt vielmehr, das Mögliche und Zumutbare zu unternehmen, um einen Schaden zu vermeiden. Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht durch den Kläger haben sowohl die Vorinstanz wie das Bundesgericht verneint. Was aber wäre geschehen, wenn ein Verstoß bejaht worden wäre? Wäre der Schaden um die angenommene Erwerbsmöglichkeit reduziert worden oder hätte man diesem Umstand bei der Schadenersatzbemessung nach OR 44 Rechnung getragen? In dieser Frage scheiden sich die Geister. Die einen begreifen die Schadenminderungspflicht kategorisch als Problem der *Schadensberechnung*⁴, die herkömmliche Sichtweise lokalisiert sie bei der *Schadenersatzbemessung*⁵. Das Bundesgericht scheint nun der ersten Auffassung zuzuneigen, wenn es davon spricht, das unter Schadenminderungsaspekten erhöhte Invalideneinkommen sei in die Schadensberechnung einzusetzen.

Bei der Schadenminderungspflicht empfiehlt sich ein *differenzierter Ansatz*: Ein eingetretener Schaden kann nicht einfach aus der Welt geschafft werden, auch wenn der Begriff der Schadenminderung dieses Bild nahe legt. Drückt sich der erlittene Nachteil direkt in Gestalt eines Geldbetrags aus, z.B. die anfallenden Heilungskosten, so stehen zugleich auch Existenz und der Umfang des Schadens fest. Auch wenn die Heilbehandlung unzumutbar war oder kostengünstigere Wege zum Ziel geführt hätten, ist eine Vermögensminderung eingetreten und damit am Schaden nicht zu

zweifeln. Dieser orientiert sich primär an der faktisch feststellbaren Vermögenssituation. Genau so verhält es sich auch beim bisherigen Erwerbsausfall. Auch dort steht der Schaden in Form einer konkret fassbaren Geldeinbusse fest und es besteht keine Möglichkeit, einzelne Teile wieder auszusortieren. Der Schadensbegriff kann zwar nicht wertfrei gehalten werden und ist nicht als natürliches oder ontologisches Phänomen zu begreifen. Die Wertungen gehen aber nicht soweit, dass sie nur gewisse Schadensfolgen für relevant erklären. Solche Restriktionen sind zwar denkbar, unserem Schadensverständnis aber fremd. *Vermeidbare Schadensfolgen zählen genau so zum Schaden, wie jene Schadensteile, die durch haftungsfremde Einflüsse mitverursacht worden sind.*

Die notwendige Korrektur folgt auf Stufe der Schadenersatzbemessung. Wird eine Verletzung der Schadenminderungspflicht bejaht, kann der Schadenersatzanspruch nach Ermessen gekürzt werden, in krassen Fällen gar im Umfang des vermeidbaren Erwerbsausfalls. *Die Sanktionierung der Schadenminderungspflicht erfolgt beim bisherigen Schaden durch die Bildung einer Quote, die sich nach dem Grad der Vorwerfbarkeit bestimmt.* Die Kürzung des Schadenersatzanspruchs umfasst daher nicht zwangsläufig die gesamten Weiterungen und es kommt das *Quotenvorrecht* zum Zug.

B. Schadenminderungspflicht als Faktor des zukünftigen Schadens

Anders sieht es aus, wenn der Schaden noch nicht eingetreten ist. Ein *zukünftiger Schaden* steht in seinen Konturen nicht fest, er muss vielmehr in einem wertenden Prozedere geschätzt werden. Dabei spielen nicht nur Erfahrungswerte eine Rolle, bedeutsam ist auch die Schadenminderungspflicht. Für die Zukunft sind nämlich nur jene Vermögensverluste in die Berechnung einzusetzen, die nach den konkreten Umständen, dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den zumutbaren Anstrengungen der geschädigten Person zu erwarten sind. *Auch wenn OR 42 II die Schadenminderung nicht direkt anspricht⁶, muss beim zukünftigen Schaden das noch zumut- und praktisch auch verwertbare Erwerbspotenzial in die Kalkulation einbezogen werden.* Es macht keinen Sinn, den Schaden auf einer Grundlage zu berechnen, der einer anschliessenden Korrektur bei der Schadenersatzbemessung bedarf. Dieser Weg wäre nicht nur umständlich, das in OR 44 vorgesehene Moderationsverfahren ist hier auch nicht angemessen, da die geschädigte Person noch die Möglichkeit hat, die angenommenen Erwerbschancen einzusetzen.

⁶ Man kann allerdings in OR 42 II den Passus «vom Geschädigten getroffene Massnahmen», der sonst wenig Sinn macht, dahingehend deuten, findet dafür aber keinen historischen Beleg.

¹ Oft wird auch der sozialversicherungsrechtliche Invaliditätsgrad telquel auf die haftpflichtrechtliche Schadensberechnung übertragen, obwohl auch hier nicht identische Kriterien zum Tragen kommen.

² Statt vieler HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Auflage 2003, N 231 f.

³ Vgl. dazu die Besprechung von MARC SCHAEZLE, *HAVE/REAS* 2003, 112 ff.

⁴ Vertreter dieser Rechtsauffassung sind vor allem ROLAND SCHAEER, *Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen*, Basel/Frankfurt am a.M. 1984, N 333 ff. und VITO ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002, N 802.

⁵ So u.a. ROLAND BREHM, *Berner Kommentar*, 2. A. Bern 1998, N 46 ff. zu OR 44.

Die Schadenminderungspflicht kann also weder ausschliesslich der Schadenersatzbemessung noch exklusiv der Schadensberechnung zugeordnet werden. Sie hat eine *Doppelnatur*; ähnlich der konstitutionellen Prädisposition⁷. Zu unterscheiden ist zwischen bereits eingetretenen und noch vermeidbaren Schäden. Letztere sind wie unfallfremde Schadensfolgen von der Schadensberechnung auszuklammern mit der Folge, dass es hier kein Quotenvorrecht geben kann.

C. Gleicher Zins trotz Neudefinition, abweichender Expertenmeinungen und nachhaltiger Börsenkrise

In BGE 125 III 312 hat sich das Bundesgericht eingehend mit der Zinsfrage befasst und sieht nun keinen Anlass, auf den damals gefällten Entscheid zurückzukommen. Wenig beeindruckt zeigt es sich von der Börsenkrise, die kurz danach zum Platzen der Aktienmarktblase geführt hat. Dass sich das Bundesgericht davon nicht allzu stark beeindrucken liess, kann man ihm nicht verübeln, denn der Kapitalisierungszinssatz sollte nicht eine Momentaufnahme bilden, sondern auf einer längerfristigen Prognose beruhen, die sich am Zeitraum orientiert, über den die Schadenersatzrenten durchschnittlich laufen. Mit der Diskontierung wird der Betrag abgeschöpft, der als Rendite in dieser Zeit mit dem ausbezahlten Kapital erzielt werden kann. Es lohnt sich, die Vorgänge an einem Zahlenbeispiel zu veranschaulichen, damit man das Gespür für die Gröszenordnungen erhält, über die man debattiert.

Im beurteilten Fall war der Geschädigte – am Urteilstag des Bundesgerichts⁸ – 56 Jahre alt. Für den zukünftigen Erwerbsausfall wird vom Kläger ein Direktschaden von rund CHF 100 000.– angenommen. Kapitalisiert man diesen Betrag als temporäre Aktivitätsrente bis Alter 65 mit 3,5% und 2%, so erhält man folgende Zahlen⁹:

Zinssatz	Faktor	Barwert
3,5%	7,19	719 000
2%	7,63	763 000

⁷ Daher ist die da und dort wiedergegebene Definition des Erwerbsschadens als Differenz zum zumutbarerweise noch realisierbaren Invalideneinkommen (z.B. SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Zürich 2001, N 3.242) nicht exakt; sie passt nur für den zukünftigen Schaden.

⁸ Für die Setzung des Rechnungstags als Zäsur zwischen bisherigem und zukünftigem Schaden sollte nicht, wie dies auch in diesem Entscheid geschieht, der Tag des Urteils der kantonalen Instanz, die noch neue Tatsachen berücksichtigen kann, genommen werden, sondern der Urteilstag der letzten Instanz (aussergerichtlich der Tag, an dem die Schadenersatzschuld zu begleichen sein wird), vgl. HAVE/REAS 2004, 104.

⁹ Die Berechnungen sind mit dem *capitalisator* durchgeführt worden und die Faktoren wie in den Barwerttafeln auf zwei Stellen gerundet. Das OGer ZG hat den Erwerbsschaden nicht temporär gerechnet, wohl aber einen Teil der in Abzug gebrachten Sozialversicherungsleistungen, was unter Kongruenzgesichtspunkten problematisch ist.

Eindrücklicher präsentieren sich die Zahlen, wenn die gleiche Rechnung für eine längere Rentenlaufdauer gemacht wird, z.B. für einen 25-Jährigen:

Zinssatz	Faktor	Barwert
3,5%	20,34	2 034 000
2%	25,57	2 557 000

Das Bundesgericht hat u.a. mit Blick auf das *Alter* des Geschädigten keinen Anlass gesehen, von der bisherigen Praxis abzuweichen, was mit den Zahlen in Tabelle 1 nachvollziehbar ist. Die Differenz bei Anwendung eines Zinssatzes von 2% beträgt gegenüber der Kapitalisierung mit 3,5% CHF 44 000.–. Bei einer längeren Laufdauer fällt die Diskontierung dagegen weit stärker ins Gewicht. Sie bedeutet im zweiten Rechenbeispiel, dass die geschädigte Person bei 3,5% CHF 1 606 000 oder fast 80% des erhaltenen Betrages zusätzlich aus den Kapitalerträgen finanzieren muss¹⁰.

Zuzustimmen ist dem Bundesgericht auch, wenn es einen *flexiblen Zinssatz* – analog dem Mindestzins im BVG – verwirft. Für den Zinssatz ist der Anlagehorizont der Schadenersatzrenten massgebend und nicht die aktuelle Zinssituation. Es wäre unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit unerträglich, wenn der Zins kurzfristigen Schwankungen unterworfen wäre. Dies würde einem Taktieren und Spekulieren Vorschub leisten. Man könnte höchstens erwägen, bei kurzfristigen Anlagen ausnahmsweise vom Zinssatz abzuweichen, wenn der aktuelle Marktzins erheblich vom Kapitalisierungszinssatz abweicht¹¹.

Hauptargument für die Beibehaltung des Zinssatzes von 3,5%, der ursprünglich als Nominalzins verstanden und dann im Beretta-Entscheid zu einem Realzins uminterpretiert wurde¹², bildet auch im neuen Entscheid die *Rechtssicherheit*. Die Stabilität des Rechts und die mit ihr einhergehende Rechtsklarheit sind aber nur dann ein stichhaltiges Argument, wenn sich die

¹⁰ Ohne Diskontierung, d.h. Kapitalisierung zu 0%, beträgt der Barwert CHF 3 640 000. Zieht man davon den Barwert zu 3,5% ab, resultiert eine Differenz von CHF 1 606 000.–. Dieser Betrag muss mit dem Kapital erwirtschaftet werden.

¹¹ Nach dem Anlagehorizont differenziert auch MAX BERGER (Einer für alle – alles mit einem? Die Höhe des Kapitalisierungszinssatzes in Haftpflichtfällen, SJZ 2003, 323 ff.) und schlägt ein 3-Varianten-Modell für kurz-, mittel- und langfristige Anlagen vor. Nach RUMO-JUNGO/HÜRLIMANN-KAUP/KRAPF (Kapitalisieren im Zivilrecht, ZBJV 2004, 557 f.) ist im Familienrecht von einem Kapitalisierungszinssatz von 2,5% auszugehen, der aber als Richtwert anzusehen sei, welcher im Einzelfall modifiziert werden kann.

¹² Zwar blieb bis zum Beretta-Entscheid unklar, welche Rolle dem Zinssatz zufällt. Als Grundsatz wurde gehandelt, dass die Teuerung nicht ausgeglichen werden soll, andererseits das spürbare Unbehagen mit der Feststellung beruhigt, die Teuerung werde zumindest teilweise ausgeglichen (BGE 117 II 628). Die Höhe des Zinssatzes wurde aber ganz offensichtlich an den nominalen Marktzinsen referenziert (vgl. BGE 72 II 132, 134).

Höhe des Zinsfusses sachlich rechtfertigt und dieser Befund nachvollziehbar ist.

Genau hier aber liegt der Schwachpunkt, denn das neue Urteil *bleibt ebenso wie der als Grundsatzentscheid verstandene BGE 125 III 312 den Nachweis schuldig, dass ein Zins von 3,5% angemessen ist*. Im Beretta-Urteil werden zwar die Einschätzungen von Finanzexperten und Interessengruppen zitiert, doch bilden letztlich doch nicht deren Angaben die Grundlage für den Entscheid, jedenfalls gelangt der unbefangene Leser (gibt es ihn?) zu einem anderen Schluss:

Gutachter	Prognostizierte (reale) Rendite	Anlagestrategie	Beobachtungszeitraum
MÜLLER/KEEL	1,65% 2,55% 3,45%	10% Geldmarkt, 80% Obligationen, 10% Aktien 10% Geldmarkt, 60% Obligationen, 30% Aktien 10% Geldmarkt, 40% Obligationen, 50% Aktien	1930–1997
Bundesamt für Privatversicherung	4% (7%–8% nominal)	10% Geldmarkt, 45% in- und ausländische Obligationen, 45% in- und ausländische Aktien	20 Jahre
Schweizerische Nationalbank	2,26% 2% 1,5%–2,5%	Aktienindex Schweizerischer Bankverein Risikolose Anlage Realzins	1969–1997
AUCKENTHALER/ ZIMMERMANN ¹³	2,12%–4,07%	Je nach Durchmischung	1970–1997
Schweizerischer Versicherungsverband	2,2%–4,9%	Je nach Durchmischung	1950–1998 und 1970–1998

Die genannten Zahlen sind zwar *nicht ohne weiteres vergleichbar*. Sie unterscheiden sich, weil unterschiedliche Zeiträume gewählt und die *Vermögensanlagekosten*, die mit 1 bis 1,25% belasten¹⁴, nicht konsequent in Abzug gebracht worden sind. Gleichwohl zeichnet sich ab, dass eine reale Rendite von 3,5%, wenn überhaupt, nur mit einer eher *aggressiven Anlagestrategie* zu haben ist, d.h. mit einem Aktienanteil von 30% und höher. Auch das Bundesgericht hält solche Anlagen aber nicht für zumutbar: «Besonders risikoreiche und auf längere Sicht entsprechend gewinnträchtige Anlagen kommen deshalb nicht in Frage»¹⁵. Das Bundesgericht stellt letztlich aber gar nicht auf die Studien ab, es sieht die Lösung in Anlagefonds und verengt die Erhebungen auf den Zeitraum seit Mitte der achtziger Jahre, während die Gutachten einen längeren Zeitraum im Visier haben.

Auch die vom Bundesgericht favorisierten *Anlagefonds können die Gesetzmässigkeiten des Marktes nicht aushebeln* und sind mit Kosten verbunden. Chancen der Wertsteigerung gehen mit den Risiken der Wertminderung Hand in Hand, was in den letzten Jahren ins Bewusstsein weiter Publikumskreise gerückt ist¹⁶. Ein grosses Problem, auch das haben die Ab-

klärungen des Bundesgerichts gezeigt, ist aber die *Verlässlichkeit der Daten*. Zusammenstellungen über die Aktienrenditen hängen von der jeweiligen Auswahl der Titel resp. den herangezogenen Indizes ab.

Noch schwieriger ist es, über Anlagefonds brauchbare Zahlen zu den Nettoerträgen zu erhalten. Die Anlagefonds haben erst in den neunziger Jahren grössere Verbreitung gefunden, längerfristige Erfahrungswerte existieren nicht. Umso mehr hätte es sich nun aufgedrängt, auch die letzten Jahre in die Analyse einzubeziehen, denn der Beobachtungszeitraum sollte mindestens einen Kon-

junkturzyklus umfassen und darf sich schon gar nicht allein auf eine Hochzinsphase und die Börsenboomjahre konzentrieren, wie das im Beretta-Entscheid geschehen ist¹⁷.

Als irrelevant darf auch die in der Zwischenzeit angelaufene *Zinsdiskussion in der beruflichen Vorsorge* nicht einfach ausgeblendet werden. Zwar kann eine Flexibilisierung des Zinsfusses kein Thema sein¹⁸ und Mindestzins und Kapitalisierungszins stimmen in ihrer

Funktion nicht vollkommen überein¹⁹. Im Kern geht es aber um dasselbe, nämlich die Einschätzung von Renditemöglichkeiten und die Suche nach Transparenz und Rechtssicherheit. Hier wie dort dürfen zudem keine allzu hohen Risiken verlangt werden. Es drängt sich auf, als Referenzwert auch im Haftpflichtrecht von der *Rendite der langfristigen Bundesanleihen* auszugehen²⁰. Für Bundesobligationen spricht nebst Sicherheit und Inflationsschutz²¹, dass sie gut dokumentiert

¹³ Reale Zinsen und Portefeuille-Renditen in der Schweiz – Im Hinblick auf den massgebenden Kapitalisierungszinsfuß, AJP 1997, 1129 ff.
¹⁴ AUCKENTHALER/ZIMMERMANN (Fn. 13), 1138 f.
¹⁵ BGE 125 III 319.
¹⁶ Mehr als die Hälfte der von der Crédit Suisse emittierten 60 Equity Funds weisen in den letzten Jahren eine negative Performance aus; vgl. Credit Suisse (Hrsg.), Fund Facts, Investment Funds per 30. September 2004, 49 ff.

¹⁷ Als massgebende Phase betrachtet das Bundesgericht den Zeitraum ab Mitte der achtziger Jahre, also nur gerade 10 Jahre, was für den Kapitalisierungszinsfuß im Haftpflichtrecht zu kurz und zu wenig repräsentativ ist.
¹⁸ Eingehend FELLMANN/BAZZANI, Kapitalisierungszinsfuß und Rechtssicherheit, HAVE/REAS 2003, 163 f.
¹⁹ Ein ganz gewichtiger Unterschied ist zunächst, dass die im BVG diskutierten Zahlen als Nominalzinsen zu verstehen sind, während der Kapitalisierungszinsfuß ein inflationsbereinigter Realzins ist. Im Vordergrund stand bislang vor allem der Mindestzins, ins Wanken gerät allmählich aber auch der technische Zinsfuß, d.h. der Zins, mit dem die Pensionskassen langfristig rechnen, vgl. dazu den Beitrag von CHARLOTTE JACQUEMART in der NZZ am Sonntag vom 5.9.2004, 48.
²⁰ Es handelt sich dabei wegen der Kursschwankungen nicht um einen risikolosen, sondern lediglich um einen risikoarmen Zinssatz.
²¹ Zum Stellenwert der Bundesobligationen führt der Bericht des Ausschusses Anlagefragen zur «Überprüfung der Höhe des Mindestzinssatzes» vom Mai 2003 aus: «Wegen der hohen Bonität des Emittenten gilt die Rendite von Bundesobligationen als Bezugsgrösse zur Messung der Rendite von risikoarmen Portefeuilles. Die Rendite der Bundesobligationen enthält, wie diejenige von Obligationen, eine Inflationsprämie, die eine Kompensation für die von den Finanzmärkten erwartete Geldentwertung des Nennwerts und der Zinszahlungen (Coupon) darstellt. Deshalb werden Altersguthaben vor der Geldentwertung geschützt, indem der Mindestzinssatz an der Rendite der Bundesobligationen ausgerichtet wird.» (Bericht, 18).

sind²². Die Rechtssicherheit fordert auch eine *verlässliche Bemessungsbasis*. Sofern noch andere Anlagen in Betracht gezogen werden, ist präzise zu deklarieren, auf welches Referenzportfolio und auf welche Datenquellen abgestellt wird. Das ist im Beretta-Entscheid diffus geblieben, weshalb er die Skepsis gegenüber dem heutigen Zinsfuss von 3,5% auch nicht beseitigen konnte.

In BGE 125 III 320 Erw. 6.c wurde die Rente zum alternativen Entschädigungsinstrument gekürt, was nebst der Realzinsdefinition zu den grossen Innovationen des Beretta-Urteils zählt. Der geschädigten Person steht dabei die Wahl zu. Wahlfreiheit besteht aber nur, wenn *Rente und Kapital gleichwertig* sind. Es geht nicht an, die eine oder andere Entschädigungsform mit unattraktiven Konditionen zu diskriminieren. Beide Formen haben Vor- und Nachteile²³. Selbstverständlich kann die Kapitalentschädigung nicht risikofrei sein. Inflation, Flauten und Finanzmarktkrisen können zu Einbussen führen, die mit einer indexierten Rente vermieden werden²⁴. *Die Diskontierung muss sich aber in einem Rahmen bewegen, der eine faire Chance bietet, die zum vollen Schadenausgleich notwendigen Erträge mit erträglichen Risiken zu erzielen.*

Es bleibt zu hoffen, dass sich das Bundesgericht mit der Zinsfrage noch einmal intensiv auseinander setzt. Bis dahin ist den Geschädigten zu empfehlen, sich die Entschädigung vermehrt als Rente auszahlen zu lassen. Dies hat auch den Vorteil, dass Änderungen der Sozialleistungen und solche stehen im Raum²⁵, nicht als zusätzliche Risiken zum Bumerang werden.

²² Die Durchschnittsrenditen bzw. seit dem Jahre 2000 die Kassenzinssätze werden im Statistischen Monatsheft der Schweizerischen Nationalbank publiziert.

²³ Ein grosser Nachteil der Rente zeigt sich darin, dass beim frühzeitigen Ableben des Rentenempfängers eine Versorgungslücke für die Angehörigen entstehen kann. Die Kapitalentschädigung bleibt daher in der Praxis für gewisse Konstellationen unumgänglich und sie wird auch weiterhin die Zahlungsweise bei der Regressabwicklung sein.

²⁴ Ebenso zutreffend wie problematisch ist die Feststellung, dass auch Erwerbstätige wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt sind, namentlich jenem der Arbeitslosigkeit. Dieser Umstand sollte nicht in die Erwägungen rund um den Zinsfuss einfließen, sondern allenfalls bei der Schätzung der Rentenbeträge oder deren Laufdauer. Das drängt sich schon auf, weil sich die Frage auch bei einer Rentenlösung stellt. Bei der Entschädigung in Rentenform bleibt auch die Invalidisierung unbeachtet, was zusätzlich dafür spricht, bei der Kapitalisierung des Erwerbsschadens mit Mortalitätsrenten zu rechnen und diesem Umstand ebenfalls bei der Schadensschätzung Rechnung zu tragen.

²⁵ Unter anderem wird eine Reduktion der UVG-Leistungen nach dem AHV-Alter diskutiert, was den Renten(direkt)schaden erheblich beeinflussen könnte.

Urteile im Überblick

Deutsche Zusammenfassungen bearbeitet von lic. iur. **Kayum Guerrero** und cand. iur. **Christian Meier**

Les résumés en français ont été élaborés par **Jean Métral (MI)**, **Margit Moser-Szeless (Mo)** et **Isabel von Zwehl (ZI)** avocats/-es et greffiers/-ères au TFA.

Haftpflichtrecht

Kinderunfall – Fehlende Beaufsichtigung, Kein Werkmangel

Urteil des Bundesgerichts 4C.157/2004 vom 8.9.2004

Das unbeaufsichtigte 3-jährige Kind A. befährt mit seinem Dreirad die Zufahrtsstrasse zu einem Fabrikgelände, welches entlang einem Webereikanal führt. Dabei stürzt es in den Kanal und erleidet eine schwere Hirnschädigung. Der Anwalt von A. ist der Auffassung, dass der Webereikanal ungenügend gesichert war, also ein Werkmangel gegeben sei und klagt gegen die B. AG (Werkeigentümerin). Die Klage wird abgewiesen. Das Bundesgericht schützt die Auffassung der Vorinstanz, welche davon ausgeht, dass das Befahren einer Zufahrtsstrasse durch ein unbeaufsichtigtes Kind nicht zur bestimmungsgemässen Benützung der Zufahrtsstrasse gehöre. A. habe zum Urteilszeitpunkt nicht über die Urteilsfähigkeit verfügt, die benötigt würde, um die Gefahren des Strassenverkehrs, auch auf Zufahrtsstrassen, die dem allgemeinen Motorfahrzeugverkehr nicht offen stehen, erkennen zu können. Aus diesem Grund sei kein Werkmangel im Sinne von Art. 58 Abs. 1 OR gegeben. Nach der Auffassung des Bundesgerichts könne grundsätzlich darauf vertraut werden, dass die Eltern das Kleinkind beim Spiel im Freien beaufsichtigen. Weiter könne nicht erwartet werden, dass die Gemeinde an jeder Stelle Zäune oder andere Abschränkungen aufstelle, wenn eine Strasse an einem Gewässer vorbeiführt. Eine solche Pflicht würde die Grenzen des Zumutbaren sprengen und so entfallende eine Haftung auch aus diesem Blickwinkel.

Äusserungen eines Regierungsratmitglieds in einer Vergleichserklärung – Genugtuung – Staatshaftung

Urteil 2A.350/2003 vom 5.8.2004

Oberarzt A. erstellt im Zusammenhang mit der Regelung des Besuchsrechts der Eheleute C. ein kinderpsychiatrisches Gutachten für die Direktion des Innern des Kantons Zug. In einer die Streitigkeiten beilegenden Vergleichserklärung äussert sich die zuständige Regierungsrätin dahingehend, dass sie das Gutachten des A. als unvollständig und nicht standesgemäss an-