

Vom Umgang mit Statistiken und einmal mehr die Zinsfrage

Stephan Weber*

Anmerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 4A_260/2014 vom 8. September 2014 und zum Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG 140240 vom 16. April 2015

I. Sachverhalt und Prozessverlauf

Das Bundesgericht und das Handelsgericht hatten sich im oberwähnten Urteil mit dem tragischen Unfall eines Kindes zu befassen, der Anlass für ein paar grundsätzliche Überlegungen rund um die Berechnung des Erwerbsschadens gab. Beim Unfall, der weit zurückliegt (1989!), wurde ein vierzehn Monate altes Mädchen auf dem Bauernhof der Eltern von einem Lieferwagen auf der Höhe des Kopfes überrollt und erlitt dadurch schwerste Hirnverletzungen. Die Geschädigte bedarf dauernder Pflege und wird nie eine Erwerbstätigkeit aufnehmen können.

Die Klägerin gelangte mit einer Teilklage von zunächst CHF 2,8 Millionen ans Handelsgericht, die nach einem Teilvergleich auf CHF 2,3 Millionen reduziert wurde. Vor Bundesgericht streitig waren vor allem die *Berechnung des Erwerbsschadens* und dessen *Kapitalisierung*.

Das Handelsgericht stützte sich bei der Berechnung des Erwerbsausfalls ausschliesslich auf Statistiken. Demgegenüber wollte die Klägerin und Beschwerdeführerin die konkreten Umstände einbeziehen. Das Abstellen auf Statistiken befreie nicht davon, zu erläutern, inwiefern die statistischen Daten mit den zu beurteilenden konkreten Umständen übereinstimmen. Im Weiteren wurde der Zinsfuss bemängelt, ein Realertrag in Höhe von 3,5% sei nicht möglich und korrespondiere auch nicht mit den versicherungstechnischen Vorgaben und Empfehlungen für die Verzinsung im BVG und in weiteren Versicherungssparten.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut und weist die Sache an das Handelsgericht zurück, das sich insbesondere nochmals mit der Einkommensschätzung befassen musste.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

1. Konkrete oder abstrakte Schadensberechnung (Erwägung 2 und 3)

Zunächst hielt das Bundesgericht einmal mehr fest, dass Feststellungen betreffend die Entstehung und

des Ausmasses eines Schadens tatsächlicher Natur sind, *Rechtsfrage* sei hingegen, ob die Vorinstanz von zulässigen Berechnungsgrundsätzen ausgegangen sei, wozu auch die Anwendung der konkreten und abstrakten Schadensberechnung zähle. Soweit Schlussfolgerungen über hypothetische Geschehensabläufe auf *allgemeiner Lebenserfahrung* beruhen, seien diese wie Rechtssätze frei überprüfbar.

Anders als bei Rechtsfragen können Einwände gegen die herangezogenen *Statistiken* nicht mehr vorgebracht werden, wenn das kantonale Gericht den Parteien Gelegenheit gebe, zu den Statistiken Stellung zu nehmen. Das Bundesgericht ist mit dieser Begründung auf die Forderung, Art. 26 IVV analog anzuwenden und den Einwand, die betriebsübliche Arbeitszeit auf 41,6 statt 40 Wochenstunden umzurechnen, nicht eingetreten. Nicht zugelassen wurde auch ein Gutachten der Suva zum Kapitalisierungszinsfuss, weil sich die Klägerin bislang nicht darauf berufen habe.

Das Bundesgericht hielt nach dem üblichen Rezipieren der *Differenztheorie* fest, dass der Richter den künftigen Erwerbsausfall *aufgrund statistischer Werte zu schätzen* habe, dabei aber soweit möglich die *konkreten Umstände* des Falles berücksichtigen müsse. Eine verbleibende Ungewissheit dürfe sich nicht zuungunsten des Klägers auswirken, sondern müsse vom Beklagten in Kauf genommen werden. Mit diesen Argumenten trat es dem Handelsgericht entgegen, das auf einen durchschnittlichen Werdegang im Sinne des gewöhnlichen Laufs der Dinge abgestellt hat. Zwar sei nicht auf die beste überhaupt denkbare Entwicklung abzustellen, wenn dafür keine Indizien sprechen, vielmehr sei das Einkommen massgebend, das mit der familiär üblichen Ausbildung korrespondiere.

2. Medianwert der Frauenlöhne und Erwerbsquoten (Erwägung 4 und 5)

Das Handelsgericht stützte sich bei der Schadensberechnung einerseits auf die aktuellen Medianwerte der Bruttolöhne der Frauen in der *Lohnstrukturerhebung* und andererseits auf die *SAKE-Statistiken zu den Erwerbsquoten* und spricht einen Erwerbsausfall im Umfang des dort nach Altersgruppen differenzierten Beschäftigungsgrades zu. Das Bundesgericht erachtet dieses Vorgehen als fehlerhaft und begründet dies damit, dass von den Lebensumständen abhängt, in welchem Masse jemand erwerbstätig sei, insbesondere davon, ob eine Person zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts auf das volle Erwerbseinkommen angewiesen sei. Die Erwerbstätigkeit werde häufig aus familiären Gründen reduziert, was daran liege, dass der Unterhalt der Familie

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

nicht allein von einem Ehepartner bestritten werde, und stellt dann fest:

«Würde bei der Festsetzung des Verdienstes, den die verletzte Person ohne Unfall erzielen würde, die Wahrscheinlichkeit einer Arbeitsreduktion berücksichtigt, die ihren Grund in den Geldmitteln hat, die ein Dritter in dieser Situation zu Gunsten des Geschädigten aufbringt (hier die Beiträge an den Unterhalt der Familie des anderen Ehegatten), obwohl feststeht, dass infolge des Unfalls keine derartigen Geldmittel Dritter zur Verfügung stehen werden (da keine Heirat erfolgen wird), müsste sich die geschädigte Person für ihren Lebensunterhalt mit weniger begnügen, als ihr ohne Unfall zur Verfügung gestanden hätte. Insoweit würde eine Unterentschädigung erfolgen.» (E.5.3). Da weder eine Heirat noch sonstige Gründe substantiiert behauptet worden sind, die für eine Reduktion der Erwerbstätigkeit sprechen, sei von einer vollen Erwerbstätigkeit auszugehen.

3. Individuelle und generelle Einkommenssteigerung (Erwägung 6)

Gerügt wurde weiter, dass die künftigen Reallohnsteigerungen nicht ausreichend berücksichtigt worden seien. Das Handelsgericht ging davon aus, dass die Reallohnsteigerungen durch das Abstellen auf Löhne nach Altersklassen erfasst sei. Das treffe, so das Bundesgericht, für die Vergangenheit zu, da dort sowohl die individuelle wie die generelle Reallohnsteigerung in den Statistiken enthalten seien. Soweit man davon ausgehe, dass die individuellen altersbedingten Lohnunterschiede sich in Zukunft nicht ändern, können aus den Statistiken auch Rückschlüsse auf die zukünftige individuelle Lohnsteigerung gezogen werden. Für die allgemeine (generelle) Reallohnerhöhung gelte das nicht. In diesem Punkt sei der angefochtene Entscheid ungenügend begründet, denn er lasse offen, ob davon ausgegangen wird, dass es zukünftig nebst den individuellen keine generellen Reallohnerhöhungen mehr gebe, oder ob zu Unrecht angenommen wird, auch die zukünftigen allgemeinen Lohnsteigerungen seien in den Statistiken bereits enthalten, oder in welcher Form die zukünftigen allgemeinen Lohnsteigerungen in die Berechnung einbezogen werden.

4. Kapitalisierungszinsfuss (Erwägung 7)

Einmal mehr nahm das Bundesgericht auch zum Kapitalisierungszinsfuss Stellung und hält dazu fest, dieser könne nicht laufend den wirtschaftlichen Gegebenheiten angepasst werden, das würde eine verlässliche Einschätzung der Ansprüche nicht mehr möglich machen. Gerade im Bereich des Schadenersatzrechts bestehe ein ausgeprägtes Bedürfnis nach Kalkulierbarkeit. Die Versicherungsgesell-

schaften seien darauf angewiesen, den Kapitalbedarf einigermaßen zuverlässig veranschlagen zu können. Es verbiete sich mit Blick auf Rechtssicherheit und Praktikabilität, auf die individuellen Verhältnisse der einzelnen Geschädigten Rücksicht zu nehmen. Der Umstand, dass nicht alle das gleiche Geschick haben, mit Kapitalien umzugehen, könne ebenso wenig berücksichtigt werden, wie der Umstand, dass die Ertragsmöglichkeiten vom Anlagevolumen und dem damit eröffneten Anlagehorizont abhängen. Abzustellen sei auf Durchschnittswerte, den individuellen Verhältnissen der Geschädigten komme keine Bedeutung zu. Damit nehme man bewusst in Kauf, dass nicht jeder Geschädigte in der Lage sei, die vorausgesetzte Rendite zu erzielen.

Weiter weist das Bundesgericht darauf hin, dass in BGE 125 III 312 die Rentenpraxis überprüft worden sei, und mit einer indexierten Rente könne man sich nun ja dem Anlagerisiko entziehen und den Lebensunterhalt langfristig sicherstellen. «Daher genügt es nicht aufzuzeigen, dass mit einer konservativen Anlagestrategie zurzeit allenfalls nicht eine dem Kapitalisierungszinssatz entsprechende Rendite erreicht werden kann. Entscheidend ist vielmehr, ob dies auch langfristig nicht möglich ist» (E.7.2).

5. Lohndiskriminierung (Erwägung 8)

In einem letzten Punkt befasst sich das Bundesgericht mit der vom Handelsgericht vorgenommenen Erhöhung der Frauenlöhne um 40%, die von der Beschwerdegegnerin kritisiert worden ist. Nach dem Bundesgericht bedeutet die *verfassungsmässig verankerte Lohngleichheit* nicht, dass darauf auch für die Schadensberechnung abzustellen sei, wenn davon ausgegangen werden müsse, die geschädigte Person hätte trotz der gesetzlichen Vorgaben tatsächlich ohne Unfall kein derartiges Einkommen erzielt. Es sei daher grundsätzlich von den aktuellen Zahlen auszugehen, dabei aber abzuschätzen, in welchem Mass in Zukunft infolge der Bekämpfung der Diskriminierung eine Erhöhung des hypothetischen Einkommens erfolgt wäre.

III. Erwägungen des Handelsgerichts im Urteil vom 16. April 2015

1. Korrektur der Erwerbsquote, aber keine generelle Reallohnerhöhung

Das Handelsgericht ging im Rückweisungsentscheid wiederum von den gleichen Statistiken aus, die ja vom Bundesgericht trotz angeordnetem Einbezug der konkreten Verhältnisse nicht infrage gestellt worden sind, erhöht aber den Erwägungen des Bundesgerichts folgend die Erwerbsquote auf 100%, auch nach dem 25. Altersjahr bis zur Pensio-

nierung. Hinsichtlich der Einkommensentwicklung hält das Handelsgericht fest, dass nach dem Bundesgericht nicht individuelle und allgemeine Reallohnsteigerungen zu berücksichtigen seien. Weil bei der Schätzung des hypothetischen Valideneinkommens gestützt auf Statistiken die individuelle künftige Entwicklung berücksichtigt werde, sei nicht kumulativ eine allgemeine Realloohnerhöhung aufzuzaddieren.

2. Diskriminierungsausgleich

Das Bundesgericht hat den grosszügigen Lohndiskriminierungsausgleich durch das Handelsgericht gestoppt und dieses präsentiert nun einen feinzisierten Vorschlag, der auch zukünftige Massnahmen zur Bekämpfung der Lohndiskriminierung berücksichtigen soll: Bei der Schätzung des hypothetischen Einkommens wird eine kontinuierliche Reduktion der Lohndiskriminierung um 0,27% der Lohndifferenz pro Jahr bis 2020 vorgesehen, ab dann eine Reduktion von 0,4%. Das zieht eine ziemlich komplizierte Rechnerei nach sich, die ohne die Kalkulationsprogramme LEONARDO oder CAPITALISATOR «von Hand» mit den in Tafel A2y enthaltenen Faktoren auf Jahresbasis kapitalisiert wird.

Die geänderten Zahlen bedingen, dass auch der Rentenschaden und – mit dem Vermögenszuwachs durch den nun deutlich höheren Schadenersatz – die geschuldeten AHV-Beiträge für Nichterwerbstätige neu gerechnet werden müssen.

IV. Anmerkungen

1. Mehr Mut zum Abstrakten

Das Handelsgericht wollte vorliegend den Schaden *rein abstrakt aufgrund von statistischen Daten* berechnen. Dieser Ansatz überzeugt. Bei Kleinkindern können noch kaum konkrete Umstände einbezogen werden. Auch die Berücksichtigung der familiären Situation, die dazu führt, dass in gehobenen Verhältnissen mehr zugesprochen wird als in einem familiären Umfeld mit schlechter Berufsbildung, ist problematisch und entspricht angesichts der vielen ausserfamiliären Ressourcen und Einflussfaktoren auch nicht mehr der Lebenswirklichkeit. Zwar ist das Abstellen auf Durchschnittswerte immer nur eine Notlösung; sie ist von allen Ungerechtigkeiten aber die Erträglichste. An die Stelle von Spekulationen treten Erfahrungswerte, was auch die Verhandlungen und Berechnungen vereinfacht und vor allem die Rechtssicherheit erhöht, die das Bundesgericht ja im Haftpflichtrecht besonders betont.

Schade, dass hier nicht mutiger entschieden worden ist, es wäre der klassische Anwendungsfall für

das reine Abstellen auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge gewesen, den Art. 42 Abs. 2 OR vorgibt und der direkt zu den Mittelwerten der Statistiken führt. Mit dem bundesgerichtlichen Ansatz bleibt weiterhin unklar, wie konkrete und abstrakte Daten in einem solchen Fall zu kombinieren sind, denn letztlich hat man bei den Lohnstatistiken ja dann doch auf einen Durchschnittswert abgestellt.

2. Qual der Wahl bei den Statistiken

Das Handelsgericht hat zur Berechnung des Erwerbsschadens die *Lohnstrukturerhebung* herangezogen und zwar den Median der Frauenlöhne für alle Anforderungsniveaus. Das entspricht ziemlich genau dem, was hier methodisch empfohlen wird. Mit der vom Bundesgericht vorgeschlagenen konkreteren Berechnung nach Massgabe der familiären Verhältnisse hätte man das zweite Anforderungsniveau und eine Tätigkeit im Gesundheits- und Sozialwesen wählen müssen, was dem Profil der Geschwister entsprochen hätte. Obwohl der Einwand der Klägerin, es sei für das hypothetische Einkommen auf den arithmetischen Durchschnitt und nicht auf den Medianwert abzustellen, als verspätet nicht zugelassen wird, äusserst sich das Bundesgericht zu dieser Frage dezidiert. Es gehe nicht darum, «einen durchschnittlichen, sondern einen wahrscheinlichen Lohn zu ermitteln. Dem trägt der Medianwert, der das mittlere Einkommen definiert, d.h. die Einkommenshöhe, bei der gleich viele Menschen höhere und niedrigere Einkommen aufweisen, besser Rechnung» (Erwägung 5.4).¹

Für die Praxis wichtig ist der in Erwägung 2.3 festgehaltene Hinweis zum verfahrensrechtlichen Umgang mit Statistiken: «*Dagegen sind die kantonalen Gerichte nicht gehalten, sämtliche Studien und Statistiken zu kennen, die für die Lösung des Falles in Frage kommen könnten. Soweit das Gericht den Parteien daher Gelegenheit gibt, zu den Statistiken Stellung zu nehmen, die es anzuwenden gedenkt, haben die Parteien, soweit möglich und zumutbar, ihre Einwände gegen die Statistiken bereits in diesem Zeitpunkt vorzubringen und sich auf andere Statistiken oder Studien zu berufen, die sie berücksichtigt wissen wollen*».

Nicht ganz nachvollziehbar bleibt, warum die Rüge, die Zahlen auf die betriebsübliche Arbeitszeit von 41,6 resp. 41,7 Stunden umzurechnen, nicht zugelassen wird, die ja der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht. Diese hätte m.E. gleich wie eine rechtliche Rüge behandelt werden müssen, auch wenn sie erstmals erhoben wird, zumindest

¹ Zur Frage des massgebenden Wertes beim Haushaltschaden HAVE 2005, 85.

wenn nur die Auswahl der Statistiken zur Stellungnahme unterbreitet worden ist, nicht aber deren Anwendung. Was genau Gegenstand der Vernehmlassung zu den Statistiken war, ist aus dem Entscheid nicht ersichtlich, daher kann auch die etwas gar formalistisch anmutende Abweisung der Rüge, die Bemessung des Einkommens sei analog Art. 26 IVV vorzunehmen, nicht beurteilt werden.

3. Irrelevante Erwerbsquoten

Das Bundesgericht hat der Verwendung von statistischen Erwerbsquoten eine klare Absage erteilt. Die Begründung dafür liegt allerdings nicht so ohne Weiteres auf der Hand, denn die *Differenztheorie* würde eigentlich eine andere Optik nahe legen. Zu fragen wäre danach, wie sich die berufliche Situation ohne Unfall entwickelt hätte. Und als gewöhnlicher Lauf der Dinge müsste angenommen werden, dass die Geschädigte ein oder auch zwei Kinder gehabt² und aus diesem Grunde die Arbeit zumindest zeitweise reduziert, wenn nicht sogar ganz aufgegeben hätte. So wird vereinzelt auch beim *Haushaltschaden* argumentiert und gefordert, dass dieser basierend auf einem solchen Szenario zu bestimmen sei.³ Alsdann wäre es konsequent, wenn nicht von einer vollen, sondern von einer nur teilweisen Erwerbstätigkeit ausgegangen wird.

Eine solche Berechnungsbasis macht weder beim Erwerbs-, noch beim Haushaltschaden Sinn. Beim Haushaltschaden liesse sich das gewünschte Ergebnis damit begründen, dass von *Restitution* und nicht von *Kompensation* ausgegangen wird, also davon, dass für die ausfallende Arbeitsfähigkeit eine Ersatzkraft eingestellt werden muss. Dann liegt der Fokus auf der Situation nach dem Unfall.⁴

Etwas schwieriger ist die Erklärung beim Erwerbsschaden. Das Bundesgericht begründet die Nichtberücksichtigung des Beschäftigungsgrades mit den Unterhaltsleistungen in einer Partnerschaft, die erst die Reduktion der Erwerbstätigkeit ermögli- che und er-

kläre. Das ist plausibel und kollidiert auch nicht wirklich mit dem Schadensbegriff. Längst ist anerkannt, dass sich die Feststellung des Schadens nicht wertfrei vollzieht und auf eine bloss Subtraktion reduziert. Die in die Kalkulation einzusetzenden Beträge sind keine vorgegebenen Grössen, sie müssen vielmehr abwägend evaluiert werden. Dass es *normative Korrekturen* braucht, ist v.a. beim Haushaltschaden ins Bewusstsein gelangt, ist aber ein viel verbreiteteres und älteres Phänomen. Auch die Vorteilsanrechnung verläuft z.B. normativ, man ist sich jedenfalls einig, dass nicht jeder Vermögensvorteil berücksichtigt werden darf, wie das die Differenztheorie vorgibt.⁵

Der hypothetische Vermögensstand hat sich nach dem überzeugenden Vorschlag des Bundesgerichts an der Haushaltssituation zu orientieren, die durch den schädigenden Eingriff entstanden ist. Wer keinen Partner und keine Familie haben wird, muss auch bei der Schadensberechnung als Einzelperson behandelt werden. Wer sich damit schwer tut, kann die entgangenen Unterhaltsleistungen als Schaden sehen,⁶ was aber beweismässig und auch rechnerisch nicht ganz einfach zu handhaben ist und auch nicht gleiche Ergebnisse liefert. Lebt die geschädigte Person bereits in einer Partnerschaft oder ist eine solche für die Zukunft nicht auszuschliessen, dürfte es nicht immer einfach sein, zu entscheiden, auf welcher Basis der Schaden zu bestimmen ist. Zu beachten ist auch, dass sich die Erwerbsquoten der Frauen in den letzten Jahren stark nach oben bewegt haben und sich dieser Trend fortsetzen wird:⁷

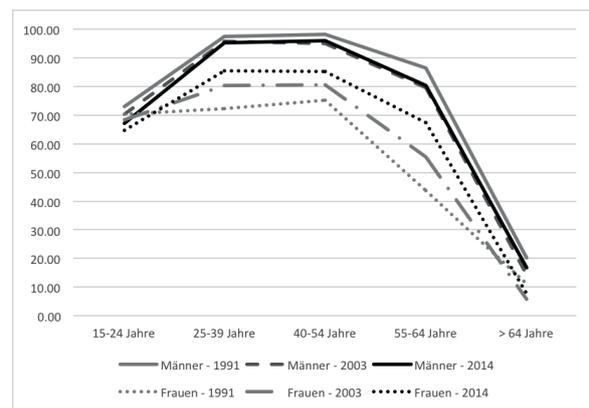


Abb. 1: Entwicklung Erwerbsquoten Frauen und Männer

² Die Geburtenziffer liegt seit Jahren bei rund 1,5 Kindern.

³ So z.B. HARDY LANDOLT, Zürcher Kommentar, Teilband V 1c, Zürich 2007, Art. 46 N 997; CHRISTINA SCHIAVI, Regulierung von Kinderschäden: Vom Schadennachweis und der Kristallkugel, in: Stephan Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2014, Zürich 2014, 151 f., die von 1,52 Kindern ausgeht, mit einer Babypause von höchstens zwei Jahren beim Erwerbsschaden.

⁴ Bis heute ist nicht klar, welchen Weg die Rechtsprechung einschlagen will, was sich in diversen Unsicherheiten bemerkbar macht. So etwa auch beim Stundenansatz, für den unklar ist, ob allenfalls auch Arbeitgeberbeiträge hinzuzurechnen sind, was für den Restitutionsansatz spricht oder etwa bei der Dynamisierung, die nach BGE 132 III 321, 341 f. nur bis zum AHV-Alter reicht, weil dann angenommen wird, dass die Leistungsfähigkeit nachlasse, eine Argumentation, die zur Kompensation passt, weil dann die Wertschöpfung durch die Arbeitskraft angesprochen ist. Vgl. zur dogmatischen Einordnung auch den Beitrag von VOLKER PRIBNOW, Der Haushaltschaden, damnum emergens oder lucrum cessans in: HAVE (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2002, Zürich 2002, 11 ff.

⁵ Ein besonders schönes Beispiel liefert BGE 119 II 361 E. 5, wo es um das Einkommen einer Witwe ging, das auf über die Schadenminderungspflicht hinausgehenden Anstrengungen beruhte, und aus diesem Grunde nicht angerechnet worden ist.

⁶ Was in früheren Entscheiden auch so praktiziert worden ist, z.B. in BGE 81 II 512 E. 2: «Nach der Erfahrung des Lebens schränken Narben im Gesicht einer Frau, selbst wenn sie dieses nur geringfügig entstellen, auch die Möglichkeit der Verheiratung und damit die mit der Heirat verbundene Verbesserung des wirtschaftlichen Fortkommens ein.»

⁷ Die Erwerbsquoten der Frauen werden wohl aber auch in den nächsten Jahren das Niveau der Männer nicht erreichen.

Das Bundesgericht weist darauf hin, dass der Unterhaltssituation auch bei der *Frühpensionierung* Rechnung zu tragen sei, die ebenfalls in den Statistiken aufscheine: «Auch dort ist nicht entscheidend, wie viele Personen im Durchschnitt frühzeitig in Rente gehen, sondern ob der geschädigten Person aufgrund des angenommenen Einkommens und ihrer Vermögenssituation bei einer Frühpensionierung eine Rente verbliebe, die den Lebensunterhalt mehr als deckt und so eine Frühpensionierung wahrscheinlich macht».⁸

Was das Rücktrittsalter anbelangt, so wäre im vorliegenden Fall auch zu hinterfragen, ob das heutige Rentenalter auch noch in 40 Jahren das gleiche sein wird. Das ist eher unwahrscheinlich, der Trend geht klar in Richtung Angleichung der Rentenalter, so dass man sich in nicht allzu grossen Spekulationen verliert, wenn man bei jüngeren Frauen das Alter 65 als Rentenalter annimmt.

Die Nichtberücksichtigung der Erwerbsquoten in gewissen Fallkonstellationen schliesst auch die Anwendung anderer Statistiken aus. So kann insbesondere die *AHV-Einkommensstatistik* für Frauenlöhne nicht herangezogen werden. Dort fliesst nämlich der Erwerbsgrad über das erfasste Bruttoeinkommen direkt ein und bildet wohl den Hauptgrund für die grossen Lohnunterschiede zwischen Männern und Frauen. Mangels Angaben zum Beschäftigungsgrad in der Datenbasis kann auch keine Korrektur vorgenommen werden.⁹

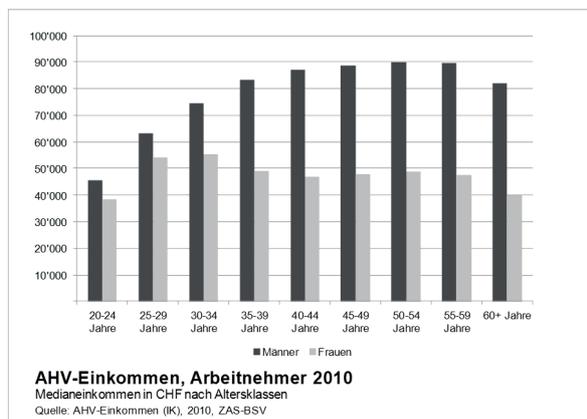


Abb. 2: Medianeinkommen nach AHV-Einkommensstatistik

4. Einkommensentwicklung: Individuell ist nicht generell

Die Löhne werden von verschiedenen Faktoren bestimmt. Zum einen hängt die Lohnentwicklung

⁸ E. 5.2.

⁹ Die Daten werden nicht mehr aktualisiert und sind daher auch aus diesem Grunde nicht mehr zu empfehlen, selbst wenn sie nach wie vor brauchbare Hinweise zur individuellen Lohnentwicklung zumindest bei den Männern liefern.

vom allgemeinen Wirtschaftswachstum ab, zum anderen von der beruflichen Entwicklung, für die statistisch vor allem das Alter einen Indikator liefert. Das Bundesgericht unterscheidet erstmals in einem Urteil ganz klar zwischen der *individuellen* und der *generellen Lohnentwicklung*. In der Lehre wird schon seit Längerem auf die unterschiedlichen Einflussfaktoren hingewiesen,¹⁰ die ökonomisch anerkannt sind, auch wenn die Komponenten im Einzelfall ineinander fließen. Statistisch lassen sie sich einfach nachweisen, etwa durch eine Gegenüberstellung der Statistiken der Lohnstrukturerhebung der verschiedenen Erhebungsjahre. Zum einen werden dort die Einkommen nach Altersgruppen angegeben, was der individuellen Entwicklung entspricht, zum anderen ist im Vergleich der Jahre 1998–2010 klar erkennbar, dass sich die Einkommen insgesamt erhöhen:¹¹

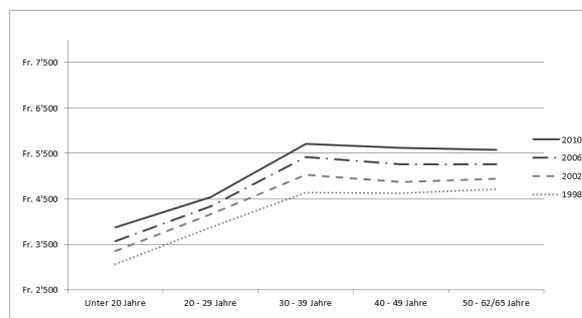


Abb. 3: Lohnentwicklung nach Alter und Erhebungsjahr Frauen

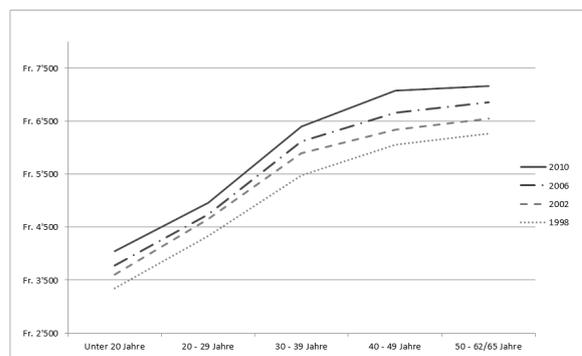


Abb. 4: Lohnentwicklung nach Alter und Erhebungsjahr Männer

¹⁰ STEPHAN WEBER/MARC SCHAETZLE, Von Einkommensstatistiken zum Kapitalisierungszinsfuss oder warum jüngere Geschädigte zu wenig Schadenersatz erhalten und ältere zu viel, AJP 1997, 1105, 1110 ff.; DAVID DORN/THOMAS GEISER/MICHAEL GRAF/ALFONSO SOUSA-POZA, Die Berechnung des Erwerbsschadens, Bern 2007, N 60 ff.; vgl. auch WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012, N 1576 ff.

¹¹ Man erkennt auf diesen Darstellungen, dass die Löhne der Frauen ab Alter 30 kaum mehr steigen, die Diskriminierungseffekte finden also ganz massiv dort statt. Ganz offensichtlich haben Frauen deutlich schlechtere berufliche Aufstiegschancen.

Das Bundesgericht hält zutreffend fest, dass beim *bisherigen Schaden* mit der Bildung von Altersklassen und dem Abstellen auf die tatsächlichen Löhne sowohl die individuelle wie auch die allgemeine Lohnentwicklung erfasst sind. Es spricht allerdings von *Reallöhnen statt von Nominallohnen*; beim vergangenen Schaden ist auch die Teuerung relevant, was unbestritten ist. Mit dem als Realzins interpretierten Kapitalisierungszinsfuß ist für die *zukünftige Entwicklung* dann aber auf Reallöhne abzustellen, weil die Teuerung im Diskontzins eingerechnet ist, zumindest sein sollte.

Die Altersstaffelung in den Statistiken kann mangels konkreter Anhaltspunkte durchaus als Indikator für die zukünftige individuelle Entwicklung der Löhne genommen werden. Sie entspricht dem Normalverlauf. Wenn das Bundesgericht dann aber ausführt, dass dem Urteil des Handelsgerichts nicht entnommen werden könne, ob es *«zu Unrecht annimmt, auch zukünftige allgemeine Lohnsteigerungen seien in den einzelnen Statistiken berücksichtigt»*, kann das nur dahin verstanden werden, dass zusätzlich zur individuellen auch die generelle Einkommensentwicklung zu berücksichtigen ist.

Das *Handelsgericht* geht nun aber auch im Folgeurteil vom *gegenteiligen Standpunkt* aus und stützt sich dabei auf einen Entscheid, in dem das Bundesgericht abgelehnt hat, die für den Haushaltschaden angenommene Realloohnerhöhung von 1% auf den Erwerbsschaden zu übertragen.¹² Das Bundesgericht ging in jenem Entscheid davon aus, dass sich aus dem bisherigen Einkommensverlauf Rückschlüsse auf die Lohnentwicklung ergeben hätten. Bei einem verunfallten Kind ist das nicht möglich, es bleibt nur die Möglichkeit, dazu eine abstrakte Einschätzung vorzunehmen.¹³

Würde der Erwerbsausfall mit einer *Rente* entschädigt, so müsste zunächst gleich wie bei der Kapitalisierung ein Rentenverlauf gemäss der Altersstaffelung fixiert werden, also die individuelle Einkommensentwicklung. Mit der Bindung der

Rente an den *Nominallohnindex* würde sodann die *generelle Einkommensentwicklung* berücksichtigt.

Bei der Kapitalisierung muss dieser zweite Schritt geschätzt werden. Für die Einschätzung der generellen Lohnentwicklung orientiert man sich am besten am *Verlauf der letzten Jahre und Jahrzehnte*. Dabei stellt sich die Frage, ob auf branchenspezifische Indizes abzustellen ist, ob geschlechtsspezifische Unterschiede zu beachten sind und vor allem, über welchen Zeitraum die Daten zu erfassen sind.

Je länger der Zeitraum, desto höher das Lohnwachstum, das erklärt sich mit den unterschiedlichen Konjunkturzyklen in den letzten Jahrzehnten. DORN ET AL. schlagen vor, auf den Zeitraum nach der Ölkrise abzustellen, der von einem deutlich schwächeren Wachstum geprägt ist, durchsetzt mit negativen Wachstumsraten.¹⁴ Der unterschiedliche Verlauf bei Männern und Frauen lege es zudem nahe, eine nach Geschlechtern getrennte Einschätzung vorzunehmen. Hier macht sich der allmähliche Abbau der Lohndiskriminierung bemerkbar. Vorgesprochen wird ein allgemeines *Reallohnwachstum von 0,6% für Männer und 0,8% für Frauen*. Auf einen branchenspezifischen Verlauf sei aber zu verzichten, da branchenspezifische Indizes erst seit 1993 existieren und die unterschiedlichen Verläufe schwer zu interpretieren seien.¹⁵

Die Wachstumsraten über verschiedene Zeiträume präsentieren sich wie folgt:

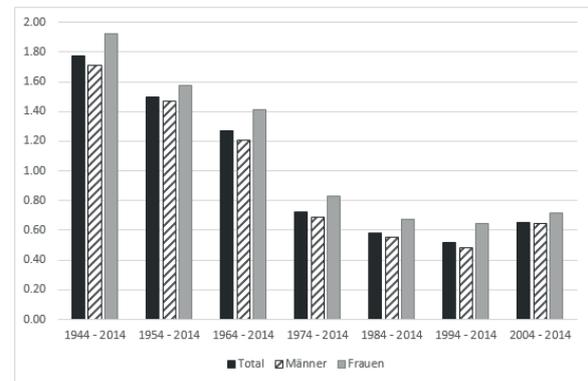


Abb. 5: Reallohnentwicklung über verschiedene Zeiträume, Veränderung in %

5. Keine Beseitigung der Lohndiskriminierung durch den Schadenersatz

Das Haftpflichtrecht orientiert sich an den *faktischen Verhältnissen* und nicht am wünschbaren oder gesetzlich vorgegebenen Rahmen. Das mag unbefriedigend sein, die ideologiefreie Ausgleichsfunktion, die als Leitlinie für die Schadenersatzleistung-

¹² Urteil des Bundesgerichts 4A_116/2008 vom 13. Juni 2008 E. 6.1, entspricht BGE 134 III 489, allerdings ist die zitierte Erwägung nicht publiziert worden.

¹³ Allerdings wäre wünschenswert, wenn auch bei bereits Berufstätigen die Schätzung der generellen Einkommensentwicklung vermehrt aufgrund von statistischen Erfahrungswerten und nicht konkret erfolgen würde. Der *bisherige Einkommensverlauf* muss als Schätzungsgrundlage dem Gericht dargelegt werden, was sehr einfach über die AHV-Kontoauszüge in Erfahrung gebracht werden kann. Er liefert Hinweise zum zukünftigen Verlauf. Mit dem Lohnindex lässt sich analysieren, ob der bisherige Verlauf mit der generellen Einkommensentwicklung Schritt gehalten hat, oder ob sie unter- oder überschritten worden ist.

¹⁴ DORN ET AL., zit. Fn. 10, N 212 ff.

¹⁵ DORN ET AL., zit. Fn. 10, N 207.

gen dient, lässt aber keinen anderen Schluss zu. Der Umstand, dass die Verfassung einen Anspruch auf einen gleichen Lohn verschafft, hat das Bundesgericht daher zu Recht als nicht massgebend betrachtet, sofern er nicht durchsetzbar ist. Es sei aber dem Umstand Rechnung zu tragen, dass zukünftig vermehrt Anstrengungen zur Lohnangleichung zu unternehmen sind (Erwägung 8.2).

Wie soeben ausgeführt, hätte mit dem höheren Lohnindex für Frauen ein Ausgleich stattgefunden. Ob die in den Indizes angetroffene Differenzierung ausreichend ist oder durch die geplanten zusätzlichen Massnahmen höher ausfallen müsste, ist schwer einzuschätzen. Ebenso auch, ob der vom Handelsgericht gemachte Vorschlag, der zwei Phasen unterscheidet, das richtige Marschtempo einschlägt. Die Grafiken in den Abbildungen 3 und 4 zeigen vor allem einen grossen Nachholbedarf ab Alter 30, der mit den vorgeschlagenen Prozentzahlen in diesem Jahrhundert kaum abgebaut werden kann.

6. Aufschlussreiche Studien zum Zinsfuss

Einmal mehr musste sich das Bundesgericht mit dem Kapitalisierungszinsfuss befassen. Und einmal mehr hat es sich nicht darauf eingelassen, sich mit den ökonomischen Fragen rund um die Entwicklung der Finanzmärkte auseinanderzusetzen. Es beruft sich auf die *Rechtssicherheit und Praktikabilität*, die es verbieten würden, sich laufend den Konjunkturschwankungen anzupassen, und hat dabei insbesondere die Interessen der Versicherungsgesellschaften im Auge, die den Kapitalbedarf zuverlässig planen müssen.

Eine Konstanz bei den Modalitäten der Schadensberechnung, insbesondere bei den Determinanten der Kapitalisierung, ist zweifellos zu begrüssen. Seit vielen Jahrzehnten werden die biometrischen Grundlagen vom Bundesamt für Sozialversicherung gerechnet und periodisch aktualisiert und es wird noch länger, nämlich seit 70 Jahren, auf einen Zinsfuss von 3,5% abgestellt.¹⁶ In einem ausführlich begründeten Entscheid hat sich das Bundesgericht 1999 im *Urteil Beretta (BGE 125 III 312)* mit dem Zinsfuss auseinandergesetzt und dazu auch Experten befragt. Diese lieferten damals stark divergierende Zahlen, mehrheitlich sprachen sie für eine Senkung, da eine reale Rendite von 3,5%, wenn überhaupt, nur mit einem hohen Aktienanteil als möglich erachtet wurde.¹⁷ Das Bundesgericht hat sich dann elegant ein Stück weit von der Frage dispensiert, welchen Zahlen zu folgen sei, und mit der

Einführung der bislang verpönten Rente den Entscheid der geschädigten Person zugeschoben. Darauf verweist nun das Bundesgericht fast genüsslich: «*Wäre tatsächlich die Kapitalabfindung aufgrund des geltenden Kapitalisierungszinssatzes für den Schädiger vorteilhaft, wäre an sich zu erwarten, dass von den Geschädigten vermehrt die Zusprechung einer Rente verlangt wird*».¹⁸

Auch wenn es Gründe gibt, warum die Rente dem Kapital vorzuziehen ist, namentlich der Umstand, dass bereits die Sozialversicherungsleistungen in Rentenform ausgerichtet werden, aber auch die höhere Komplexität und Administration, bleibt es ein Stück weit ein Mysterium, ob es die Geschädigten, Anwälte oder Versicherer sind, die Rentenlösungen verhindern. Gerade bei Kindern ist die Rente angesichts der Prognoserisiken sowie dem hohen Sicherungsbedürfnis die *bessere Entschädigungsform*. Und es fragt sich in diesen Fällen, ob nicht der Richter das anordnen sollte, so wie das ja auch Art. 43 Abs. 1 OR¹⁹ vorsieht. Vorliegend hätte sich diese Frage ebenfalls gestellt!

Die Rentenlösung hat die Zinsfrage zweifellos entschärft und den Anwälten eine Möglichkeit in die Hand gegeben, mit den Klienten das Für und Wider einer Kapitalentschädigung abzuwägen. Auch kann damit auf Schwankungen der Finanzmärkte flexibel reagiert werden, namentlich bei kürzeren Laufzeiten der Renten. Gleichwohl müssen die beiden *Entschädigungsformen in einer mittel- und langfristigen Einschätzung gleichwertig* sein.²⁰

Bereits die Zahlen der Vergangenheit lassen daran zweifeln,²¹ dass ein realer Vermögensertrag von 3,5% erwirtschaftet werden kann. In der Zwischenzeit hat sich der *Finanzmarkt* stark verändert, was zumindest Anlass geben sollte, die Zahlen nach über 15 Jahren einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Das Bundesgericht hat in seinem Grundsatzentscheid auch nicht primär auf die Einschätzung der Experten abgestellt, sondern auf *Anlagefonds*,

¹⁸ Urteil 4A_260/2014, E. 7.2.

¹⁹ «Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter.»

²⁰ Dies auch, weil sich die Rente in einigen Fällen als nicht optimal erweist. Zum einen, wenn die betroffene Person eine Familie hat, da alsdann auch die Vorsorge über den Tod hinaus geregelt werden muss und insbesondere bei unfallbedingten Todesfällen die Modalitäten für die substituierenden Versorgungsleistungen zu regeln sind. Generell ist bei Todesfällen von einer Berentung eher abzusehen, da die Laufzeit auch von der Lebenserwartung des Versorgers abhängt, was bei einer Rentenlösung nicht ganz einfach berücksichtigt werden kann.

²¹ So betrug der Durchschnitt der von den Experten in BGE 125 III 312 angegebenen Ertragswerte je nach Durchmischung und Beobachtungszeitraum zwischen 2,4% und max. 3,7%, wobei die Vermögensverwaltungskosten nicht überall berücksichtigt worden sind.

¹⁶ BGE 72 II 132 E. 4c.

¹⁷ Vgl. die Tabelle in HAVE 2010, 310.

die damals sehr beliebt waren.²² Transparente und vergleichbare Zahlen über diese neueren Anlageformen sind schwer zu finden und meist bleiben die Kosten unbeachtet, welche die Erträge erheblich schmälern. Und auch sie können gleich wie alle anderen Anlageinstrumente die Gegebenheiten des Finanzmarktes nicht aushebeln.

Hinweise für die Frage der zukünftigen Entwicklung der Vermögenserträge können Studien rund um die *berufliche Vorsorge* geben. Nicht der immer wieder angeführte Mindestzins, der mit der kurzfristigen Optik keine Referenzgrösse sein kann, sondern die Analysen zum technischen Zinsfuss und zum Umwandlungssatz. In einem vor Kurzem erschienenen Forschungsbericht wird die Entwicklung der Finanzmärkte in den nächsten beiden Jahrzehnten untersucht und dabei auf verschiedene Szenarien abgestellt, wobei das erste favorisiert wird.²³ Die Arbeit kommt zu folgendem Schluss: *«Das so skizzierte Szenario 1 mit den daraus abgeleiteten Renditeerwartungen lässt für die Portfoliostruktur ASI5, mit 15% Aktien, 70% Obligationen und 15% Immobilien, Erträge zwischen rund einem halben Prozent in der kurzen Frist und gegen 3% in der langen Frist erwarten. Anlagestrategien mit einer Aktienquote von 25%, einer Obligationenquote von 60% und 15% Immobilien könnten in diesem Szenario mit Renditen von rund 1,5% in der kurzen, 2,7% in der mittleren und 3,4% in der langen Frist rechnen. Offensivere Anleger, mit einem Aktienanteil von 40% bei 45% Obligationen und 15% Immobilien, könnten mit 2,9% in der kurzen, 3,5% in der mittleren und rund 4% in der langen Frist rechnen».*²⁴

Diese Einschätzungen sollten *auch für das Haftpflichtrecht* überprüft werden, wobei das Anlageprofil im risikoarmen Bereich zu wählen ist und zudem berücksichtigt werden muss, dass Geschädigte in einem Haftpflichtfall mit dem Anlagevolumen anders unterwegs sind und für die Vermögensverwaltung Kosten anfallen, die ebenfalls abzuziehen sind. Das Bundesgericht weist darauf hin, dass nicht die individuellen Verhältnisse des Einzelfalls massgebend seien und auch nicht, welches Anlagevolumen und welcher Anlagehorizont: *«Massgebend ist, welcher reale Ertrag auf kapitalisierten Schadenssummen im Durchschnitt der Geschädigten und im Durchschnitt der Jahre und Jahrzehnte erzielt werden kann.»*²⁵ Genau darauf gibt die erwähnte Studie differenzierte

Antworten, die über die bisherigen Analysen und Zusammenstellungen hinausgehen.

VII. Und zum Schluss die goldene Regel

Relevant ist auch die Einschätzung des Forschungsberichts zur *«goldenen Regel»*, wonach der Reallohnanstieg identisch mit der Entwicklung des Realzinssatzes verläuft: *«Die Autoren vermögen keine Hinweise zu erkennen, dass sich diese fundamentale Relation verändern wird. Die Realzinsen orientieren sich stark an den realen Wachstumsperspektiven in der langen Frist. Dieses Wachstum wird durch die Produktionsfaktoren Arbeit, Kapital und durch den technischen Fortschritt bestimmt. Der technische Fortschritt bestimmt wiederum massgeblich die Produktivität, die sowohl dem Kapital als auch dem Faktor Arbeit zugutekommt.»*²⁶ Das bedeutet, dass die angenommene allgemeine Einkommensentwicklung und die Ertragsaussichten korrespondieren sollten. Geht man beim Erwerb von einer tieferen generellen Entwicklung aus, muss dieser Trend auch für die Ertragsaussichten unterstellt werden, und umgekehrt. Auch das gilt es bei den Prognosen zu beachten.

²² BGE 125 III 312 E. 6 b.

²³ Gesamtwirtschaftliche Entwicklungsszenarien bis 2035 sowie Auswirkungen auf Finanzmärkte und Anlagerenditen, Forschungsbericht 7/14, Beiträge zur Sozialen Sicherheit, Bern 2014; Zusammenfassung der Studie in CHSS 2014, 346 ff.

²⁴ Forschungsbericht, zit. Fn. 23, S. 100.

²⁵ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 7.1.

²⁶ Forschungsbericht, zit. Fn. 23, S. 119.