
Stephan Weber
Lic. iur., Geschäftsführer, nebenamtlicher Richter
am Handelsgericht Zürich, Eglisau

Marc Schaetzle
Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

**Meilensteine und aktuelle Entwicklungen
in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
zum Personenschaden**

Sonderdruck aus / Tiré à part

Aktuelle Anwaltspraxis 2003
La pratique de l'avocat 2003

Herausgegeben von / Edité par
Walter Fellmann/Tomas Poledna

Nicht im Handel / Hors commerce



Stämpfli Verlag AG Bern · 2003
Stæmpfli Editions SA Berne · 2003

Meilensteine und aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Personenschaden

Stephan Weber / Marc Schaetzle*

I. Einleitung

Aus dem weitläufigen Gebiet des Haftpflicht- und Versicherungsrechts haben wir für die Darstellung der neuesten Entwicklungen den Bereich Personenschaden ausgewählt. Dies aus zwei Gründen: Zum einen, weil wir davon mehr als von anderem verstehen, zum zweiten aber auch, weil sich in diesem Bereich sehr viel tut und in den letzten Jahren grundlegende Entwicklungen in Form von Praxisänderungen oder neuen Lösungsansätzen zu verzeichnen sind.

In einem ersten Teil werden wir ein paar Meilensteine in der Geschichte des Personenschadens Revue passieren lassen, Urteile, die für das Verständnis der jüngeren Entwicklung der Rechtsprechung von Bedeutung sind und deren Verständnis erleichtern können. In einem zweiten Teil beleuchten wir anhand einiger aktueller Entscheide zentrale Probleme der Schadenszurechnung, der Schadensberechnung und der Form der Entschädigung. Im letzten Teil versuchen wir eine kurze Bilanzierung.

II. Meilensteine der früheren Rechtsprechung

Die Rechtsfortbildung lässt sich in drei Phasen gliedern: Eine erste mit grundsätzlichen Entwicklungen, eine zweite, die eine Ausweitung der Ansprüche der geschädigten Person mit sich gebracht hat, und die jüngste, dritte Entwicklungsphase, die von Differenzierungen, aber auch von Verkomplizierungen geprägt ist, auf die notgedrungen eine Phase der Vereinfachungen folgen sollte.

* Lic. iur. STEPHAN WEBER, Richter am Handelsgericht Zürich; Dr. iur. MARC SCHAETZLE, Rechtsanwalt.

1. Phase der Grundsatzentscheide

Mittelwert Mortalität / Aktivität	Aktivitätstafeln Stauffer/Schaetzle extrapolierte Sterbetafeln	Quotenvorrecht für den Geschädigten	Grundsatz der zeitlichen Kongruenz
81 II 38	86 II 7	93 II 407	95 II 582
1955	1960	1967	1969

a) Ein halber Schritt in Richtung Aktivität

Bis 1955 wurde bei der Kapitalisierung von Personenschäden auf Mortalitätstafeln abgestellt. Zuerst jene von CHARLES SOLDAN und dann über viele Jahre jene von PAUL PICCARD. Im Jahre 1948 publizierten WILHELM STAUFER/THEO SCHAETZLE ihre ersten Barwerttafeln, die auch Aktivitätstafeln enthielten. In BGE 81 II 38 hat das Bundesgericht erstmals anerkannt, dass nicht allein die Lebenserwartung bei der Kapitalisierung zu berücksichtigen sei. Konkret ging es um einen Versorgungsschaden und das Bundesgericht führte nach der lapidaren Feststellung, dass die unterstützte Person lediglich Anspruch auf diejenigen Beträge habe, die ihr der Versorger zukommen lasse, Folgendes aus: *„Bestehen diese, wie hier, in einem Teilbetrag des Verdienstes, so sind sie von diesem abhängig und fallen mit ihm weg. Geht das Einkommen des Versorgers zurück, so vermindern sich auch – wenigstens bei bescheidenen Einkommen – die für den Unterhalt des Versorgten aufgewendeten Beträge, und wenn der Versorger nicht mehr arbeitet, so hören auch seine Versorgungsleistungen auf. Es kommt also nicht auf die vermutliche Lebenserwartung des Verunfallten, sondern vielmehr auf die Dauer seiner wirtschaftlichen Aktivität an. Nun ist es aber eine Erfahrungstatsache, dass man die Arbeit vor dem Lebensende einstellt. Auf jeden Fall steht am Ende*

eines tätigen Lebens fast immer eine Periode des Niedergangs, in der die Arbeitseinkünfte geringer sind“.¹

Das Bundesgericht begründete diesen Schritt auch mit rechtsvergleichenden Argumenten und hatte sich schon in früheren Entscheiden mit der Frage beschäftigt, eine kürzere Laufdauer der Rente aber nur akzeptiert, „wenn ganz bestimmte Umstände deren Schätzung erlaubten. Im übrigen hat es die Vornahme schematischer Abzüge abgelehnt, solange in der Schweiz nicht zuverlässige Aktivitätstabellen für die Einzelpersonen zur Verfügung stünden“. Solche sah es aber auch nicht in den 1948 veröffentlichten Barwerttafeln für das Schadenersatzrecht von STAUFFER und SCHAETZLE. Da diese auf schwedischen Daten beruhten, gab sich das Bundesgericht skeptisch: „Die Anwendbarkeit dieser Tafeln in der Schweiz bleibt somit ungewiss. Auf jeden Fall besteht in dieser Hinsicht ein Zweifel, der nicht ausser acht gelassen werden darf, wenn man nicht Gefahr laufen will, dass die Geschädigten nicht den vollen Ersatz des erlittenen Schadens erhalten. Andererseits ist sicher, dass bei blosser Abstellen auf die Lebenserwartung der Opfer zu hohe Entschädigungen zugesprochen werden. Die Methode, beim Fehlen konkreter Unterlagen auf blosser Schätzung beruhende Abzüge vorzunehmen, vermag nicht zu befriedigen; denn damit ist der Unsicherheit und der Willkür Tür und Tor geöffnet. Es ist deshalb vorzuziehen, diese Abzüge soweit als möglich nach den Regeln der Wahrscheinlichkeit zu ermitteln. Unter diesen Umständen besteht die beste Lösung darin, das Mittel zwischen den Zahlen zu nehmen, die sich einerseits aus den Lebenserwartungstabellen und andererseits aus den Aktivitätstabellen ergeben“.²

Der Entscheid äussert sich auch zur Frage, wie der Direktschaden zu bestimmen ist, also jener Teil der Schadenersatzleistungen, auf welchen die geschädigte Person vom haftpflichtigen Dritten Anspruch hat. Die Klägerin wollte ihren Anspruch nämlich – wie heute üblich – auf Jahresbasis bestimmen und den Differenzbetrag als Direktschaden kapitalisieren. Das Bundesgericht lehnte dieses Vorgehen aber ab und stellte wie schon in früheren Entscheiden die Kapitalwerte gegenüber, wobei der eine mit dem Mittelwert, der andere nach Mortalität kapitalisiert wurde, mit der Folge, dass ein Anspruch der Geschädigten nicht mehr gegeben war. Mit der unterschiedlichen Laufdauer von Sozialleistungen und Haftpflichtanspruch wurde der Keim für die spätere Kongruenzdiskussion gesetzt.

b) Definitive Einführung der Aktivitätstabellen

Fünf Jahre später, in BGE 86 II 7, konnte sich dann das Bundesgericht durchringen und hat die Aktivitätstabellen als Grundlage der Kapitalisierung aner-

¹ Pra 44, Nr. 61, 194.

² A.a.O., 195.

kannt. Einleitend wies das Bundesgericht auf die wichtige Funktion der Statistiken bei der Abschätzung künftiger Schäden hin: „*Ein zukünftiger Schaden muss notwendigerweise nach den Regeln der Erfahrung ermittelt werden und diese findet ihren sichersten Ausdruck in den auf Grund von Statistiken erstellten Tabellen*“.³

Seither stellt das Bundesgericht auf die Aktivitätstafeln ab, und zwar für den Erwerbs- wie auch den Haushaltschaden.

c) *Vorrecht der geschädigten Person*

Zu den Meilensteinen gehört zweifellos auch die Einführung des sog. Quotenvorrechts für die geschädigte Person. Hinter diesem Begriff steht die Frage, wer prioritär auf die Haftpflichtleistungen Anspruch hat, wenn auch ein Sozialversicherer Leistungen erbringt und die Schadenersatzleistungen bei einer Teilhaftung nicht ausreichen, um die Direktansprüche und den Regress zu decken. Mit SVG 88 wurde dazu eine Bestimmung erlassen, die einen Regressanspruch ausschloss, wenn der Geschädigte „*n'est pas couvert complètement*“. Umstritten war, ob sich diese Formulierung nur auf die Höhe des Schadenersatzanspruchs oder auch auf den Schaden bezieht. Das Bundesgericht entschied sich in BGE 93 II 407 für die geschädigte Person:

„Er zielt darauf ab, dem Geschädigten die vollständige Priorität zu sichern bis zur Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens, nicht nur bis zur Höhe seines Anspruchs auf Schadenersatz; er bestimmt, dass die Leistungen des zivilrechtlich Haftpflichtigen oder seines Haftpflichtversicherers in erster Linie an den Geschädigten gehen und die Leistungen desjenigen, zu dessen Gunsten allenfalls eine Subrogation eintritt, vervollständigen sollen bis zur Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens. Erst wenn nach vollständiger Deckung dieses Schadens ein Überschuss bleibt, und höchstens für den Betrag dieses Überschusses, ist der Rückgriff zulässig“.⁴

Mit dem Quotenvorrecht wurde die Stellung der geschädigten Person verbessert. Die Optik hat aber auch dazu beigetragen, präzisere dogmatische Vorstellungen zu entwickeln. Auch dieser Entscheid hat in letzter Konsequenz das Kongruenzbewusstsein gestärkt, das für die Koordination von Haftpflicht- und Versicherungsleistungen heute zentral ist.

d) *Das Kongruenzbewusstsein erwacht*

Ein wichtiger Kongruenzentscheid fiel dann ein paar Jahre später. Das Bundesgericht führte in BGE 95 II 582 den Grundsatz der zeitlichen Kongruenz ein, der bedeutet, dass zwischen den Haftpflicht- und Sozialversicherungsleistungen in zeitlicher Hinsicht eine Übereinstimmung bestehen muss:

³ Übersetzung nach Pra 1960, Nr. 67, 194.

⁴ Übersetzung nach Pra 1968, Nr. 99, 357.

„Im Falle von Körperverletzungen, die das wirtschaftliche Fortkommen des Verletzten beeinträchtigen (OR 46), kann sich die Subrogation nur auf Schäden beziehen, deren Wiedergutmachung der Geschädigte nach den Vorschriften des Haftpflichtrechts verlangen kann. Da die gegenwärtige Rechtsprechung diesen Anspruch auf die voraussichtliche Dauer der beruflichen Aktivität begrenzt, kann sich die Subrogation auch nur auf die von der SUVAL während dieser Periode ausgerichtete Rente beziehen“.⁵

Das Bundesgericht zieht diesen Schluss aus der Wendung „... bis auf die Höhe ihrer Leistungen ...“ in KUVG 100, der dem heutigen Artikel 41 UVG entspricht. Auch diese Praxisänderung führte zu einer Besserstellung der geschädigten Person.

2. Phase der Ausweitungen

Haushaltschaden: Statistische Basis, Qualitätszuschlag, Mittelwert Aktivität Mortalität	Genugtuung für Angehörige von Schwerverletzten / Schockschaden	Prädisposition als Berechnungs- oder Bemessungsproblem	Bruttolohn und Arbeitgeberbeiträge	Präzisierung Rentenschaden/ Reallohnsteigerung
108 II 434	112 II 220/26 112 II 118	113 II 86	113 II 345	116 II 295
1982	1986	1987	1987	1990

a) Revolutionierung des Haushaltschadens

Während bislang in unserer Darstellung nur Entscheide im Zusammenhang mit einem Erwerbsausfall zur Debatte standen, fiel 1982 ein Urteil, das den Haushaltschaden revolutioniert hat, der Arrêt Blein, der in BGE 108 II 434 nachzulesen ist.

Das Judiz enthält gleich mehrere Neuerungen und Praxisänderungen. Zunächst erinnert das Bundesgericht nochmals an die frühere Rechtsprechung, die den Anspruch auf Ersatz des Versorgungsschadens beim Tod einer aus-

⁵ Übersetzung nach Pra 1970, Nr. 78, 279.

schliesslich im Haushalt tätigen Ehefrau noch als Nullsummenspiel betrachte- te, da sich die Leistungen der Ehegatten gegenseitig aufheben würden.

Massgebend sei der wirtschaftliche Wert der Hausarbeit und zu dessen Ermittlung verwendet das Bundesgericht erstmals auch für diesen Schadenspos- ten statistische Materialien: *„Zur Ermittlung des wirtschaftlichen Wertes der Tätigkeit der Hausfrau im Haushalt für den Ehemann muss zunächst festge- stellt werden, wie viele Arbeitsstunden dafür benötigt werden. In Ermange- lung genauer Angaben über den einzelnen Fall, die oft nur schwer gemacht und billigerweise nicht gefordert werden können, ist auf die soweit als mög- lich durch die vorhandenen Untersuchungen und Statistiken abgestützte Le- benserfahrung abzustellen“*.⁶

Das Bundesgericht verwies dabei auf die wenige Jahre vor diesem Entscheid erschienenen Arbeiten von ANNA REGULA BRÜNGGER⁷ und das deutsche Werk von SCHULZ-BORCK/HOFMANN,⁸ das heute bereits in der 6. Auflage erschienen ist.

Für die Bewertung der Haushaltarbeit – das die zweite Innovation – sei *„vom Lohn einer Hilfskraft auszugehen, welche die Verstorbene so gut als möglich ersetzen könnte. Entgegen der bisherigen Praxis des Bundesgerichts sei je- doch nicht einfach der Lohn einer Stundenfrau oder Haushälterin zugrunde zu legen. Es ist dieser Betrag entsprechend der Qualität der Hausfrauenar- beit zu erhöhen; die Hausfrau bringt bei weitem mehr Initiative, Entschluss- kraft, Aufmerksamkeit und Disponibilität mit als eine auswärtige Hilfskraft und wertet so ihre Arbeit erheblich auf.“* Es sei daher nicht auf die für die Jahre 1976/77 angenommenen Ansätze von CHF 10-12 abzustellen, die einer Stundenfrau oder Haushälterin entsprechen, sondern auf einen Ansatz von CHF 15, also rund 25%bis 50% mehr.

Und die dritte Neuerung betraf die Kapitalisierung. Während das Bundesge- richt noch in BGE 102 II 90 mit den Aktivitätstafeln kapitalisiert hatte, sah es diese nicht mehr als sachgerecht an:

„Daran ist nicht festzuhalten, trägt es doch der Tatsache keine Rechnung, dass die meisten Frauen bis in ein vorgerücktes Alter im Haushalt tätig sind.“

Und einmal mehr sah das Bundesgericht die angemessene Lösung im Mittel- wert, wobei sogar ein gewogener Mittelwert, der die Mortalitätskoeffizienten stärker gewichtet, vorgeschlagen worden ist.

Mit diesem Entscheid wurde der Haushaltschaden ins Bewusstsein der An- wälte und Versicherer gerückt und man ist bis heute daran, die für die Bewer- tung richtigen Ansätze zu finden.

Die nächste Neuerungswelle beim Personenschaden fand vier Jahre später statt und es waren gleich drei Urteile.

⁶ Übersetzung nach Pra 72, Nr. 54., 138

⁷ Die Bewertung des Arbeitsplatzes in privaten Haushalten, 1977.

⁸ Schadenersatz bei Ausfall von Frauen und Müttern im Haushalt, Karlsruhe 1978.

b) Auch Angehörige sind zu entschädigen

In BGE 112 II 220, 225 f. und 112 II 226, 228 wurde erstmals den Ehepartnern von schwer Invaliden eine Genugtuung zugesprochen, und zwar nicht als „Reflexgenugtuung“, sondern als direkter Anspruch, der seine Fundierung in der Verletzung des Persönlichkeits findet. Vier Jahre zuvor hatte das Bundesgericht mit der Zuspriechung einer Genugtuung für ein schwer hirngeschädigtes Kind trotz Wahrnehmungsdefiziten den Grundstein für die Angehörigen-Genugtuung gelegt. Denn das Gericht wollte mit der für damalige Verhältnisse hohen Summe primär die Eltern begünstigen.⁹

Die Genugtuungsansprüche der Angehörigen bewegen sich in der Grössenordnung der Ansprüche bei Tod eines Ehepartners oder Elternteils, sind also eher bescheiden und zeugen von wenig Differenzierungsvermögen. Das Schockschadenurteil ist eine singuläre Erscheinung geblieben, dies, obwohl gesundheitliche Probleme im Zusammenhang mit Vorfällen im Familienkreis wohl gar nicht so aussergewöhnlich sind.

Im gleichen Jahr hat das Bundesgericht mit ganz ähnlichen Überlegungen einem Vater, der bei einem Flugzeugabsturz (Hunterabsturz: BGE 112 II 118) seine beiden Söhne verloren hatte, ein Schadenersatzanspruch zugestanden. Auch dieser Anspruch basierte auf den unfallbedingten gesundheitlichen Störungen des Vaters, die zu einer 50%igen Erwerbsunfähigkeit führten, womit die Hürde des Reflexschadens genommen war.

Bereits ein Jahr später fanden zwei weitere bemerkenswerte Rechtsprechungsänderungen statt:

c) Vorzustand ist nicht gleich Vorzustand

Die eine betraf das Problem der sog. konstitutionellen Prädisposition, die bei Personenschäden einen recht häufigen Kürzungsgrund darstellt. In BGE 113 II 86 hat sich das Bundesgericht sehr eingehend mit dieser Frage beschäftigt und dabei dogmatisch und praktisch wichtige Differenzierungen vorgenommen: Ein krankhafter Vorzustand, so die wichtige Entdeckung, könne sowohl ein Problem der Schadensberechnung wie auch ein solches der Schadenersatzbemessung darstellen. Die Unterscheidung hat namentlich Auswirkungen im Zusammenhang mit dem Quotenvorrecht; wir kommen darauf zurück.¹⁰

d) Entdeckung des Rentenschadens

Im Entscheid Quadranti hat das Bundesgericht erkannt, dass beim Erwerbsschaden nicht nur der Lohnausfall relevant sei, sondern auch die Beeinträchtigung der Altersversorgung, zu der ein Erwerbsausfall führen könne. Um

⁹ BGE 108 II 422; Pra 1983, Nr. 30; CaseTex Nr. 119.

¹⁰ Nachfolgend Ziff. II 1.c.

diesen Nachteil auszugleichen seien „richtigerweise in die Kapitalisierung nicht nur die Arbeitnehmer-, sondern auch die die Höhe des künftigen Rentenanspruches mitbeeinflussenden, zufolge Verlustes der Erwerbsfähigkeit aber entfallenden Arbeitgeberbeiträge einzubeziehen“.¹¹ Die Vorinstanz hatte demgegenüber nur das Nettoeinkommen einbezogen, dieses aber mit den Mortalitätstafeln kapitalisiert.

Abgelehnt hat das Bundesgericht in diesem Entscheid ferner die Forderung, den Haushaltschaden wiederum mit Aktivität zu kapitalisieren. Doch hat es sich für den einfachen Mittelwert Aktivität/Mortalität entschieden und das Festhalten an der Praxisänderung mit der Erfahrung begründet, dass auch nach Aufgabe der Erwerbstätigkeit noch Haushaltarbeiten verrichtet würden. Eine zutreffende Bemerkung, die einzig daran krankt, dass die Erwerbstätigkeit nicht bis Ende Aktivität ausgeübt wird, wie dies damals noch mit der Anwendung von Tafel 20 unterstellt worden ist.

III. Aktuelle Entwicklungen

In den letzten Jahren hat sich die Entwicklung nach einer fast zehnjährigen „Ruhephase“ wieder intensiviert.

Temporäre Renten für Erwerbsausfall	Kapitalisierungszinsfluss als Realzins und Währungsrecht Kapital/Rente	Lebenslängliches Progressrecht für UVG-Leistungen	konst. Prädisposition kein Reduktionsgrund	Rentenschaden als aufgeschobene Mortalitätsrente	Betreuungsschaden: lohnindexierte Renten	Netto- statt Brutlohn; Aktivität für Haushaltschaden
123 III 115	125 III 312	126 III 41	22.2.2000 4C.416/1999	12.2.2002 4C.197/2001	26.3.2002 4C.276/2001	129 III 135
1997	1999	1999	2000	2002	2002	2002

Nachfolgend werden diese Entscheide kommentiert, gruppiert nach den Themen „Schadenszurechnung“, „Schadensberechnung“ und „Form der Entschädigung“.

¹¹ BGE 113 II 350.

1. Problemkreis: Schadenszurechnung

a) *Die Wiederentdeckung der Adäquanz*

Wir beginnen mit der Frage der Schadenszurechnung, denn in einem ersten Schritt stellt sich ja die Frage, welche Verletzungsfolgen dem Haftpflichtigen überhaupt zugerechnet werden können. Sehr häufig sind bei Personenschäden auch unfallfremde Faktoren beteiligt.

Die Frage wird unter dem Gesichtspunkt der Kausalität geprüft, die bekanntlich mit der Adäquanz auch eine juristische Seite hat. Die Adäquanz wird bei den Personenschäden in der neueren Rechtsprechung häufig bemüht, vor allem bei medizinisch schwer fassbaren Verletzungsfolgen. Eine eigentliche Sonderrechtsprechung hat sich für die psychischen Schäden und die Schleudertraumafälle ohne klar fassbare physische Befunde im Sozialversicherungsrecht gebildet, wo der Zurechnungsentscheid anhand der Unfallschwere entschieden wird. Wir möchten uns hier nicht zu diesem Themenkreis äussern, denn wir haben das schon an anderer Stelle getan.¹² Es handelt sich bei jener Problematik um eine unglückliche Vermischung von Beweis- und Wertungsfragen, denn im Vordergrund stehen Beweisprobleme; die Medizin tappt im Dunkeln und im Schlepptau dann auch die Juristen.

b) *Die geschädigte Person ist so zu nehmen, wie sie ist*

Im klassischen Sinne wird die Adäquanz im Entscheid des Bundesgerichts vom 22.2.2000 eingesetzt. Dem Entscheid, der auszugsweise in Pra 2000, Nr. 154 publiziert ist, liegt folgender Sachverhalt zugrunde: A (Klägerin) und B (Beklagter) geraten sich wegen ihrer Hunde in die Haare und es kommt zu Handgreiflichkeiten, in deren Verlauf B die A schlägt und sie zu Boden wirft. Die Vorinstanzen kürzen die von A gestellte Schadenersatzforderung um 5%, gestützt auf ein psychiatrisches Gutachten, das der Klägerin eine erhöhte Vulnerabilität für psychische Belastungen attestiert. In der Berufung macht die Klägerin geltend, dass eine Kürzung nur statthaft sei, wenn der Vorzustand als mitwirkende Ursache mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit auch ohne das schädigende Ergebnis zu einer Beeinträchtigung geführt hätte. Das Bundesgericht verweist zunächst auf die Kausalitätsgrundsätze, wonach eine Teilursache für die Zurechnung des gesamten Schadens genüge und auch den adäquaten Kausalzusammenhang in der Regel weder unterbrechen noch ausschliessen könne, und hält dann etwas konkreter und präziser fest: „*Vielmehr ist vom Grundsatz auszugehen, dass der Haftpflichtige auch dann für die Schädigung voll verantwortlich bleibt, wenn ein krankhafter Vorzustand*

¹² Tagungsband HAVE zum Personen-Schaden-Forum 2002, 102 ff.; WEBER, Schadenszurechnung: Eine Gratwanderung zwischen Wissenschaft, Empirie und Billigkeit, Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros, Basel 2000, 539 ff.

den Eintritt des Schadens begünstigt oder dessen Ausmass vergrössert hat, sofern die Vermögenseinbusse ohne den Unfall voraussichtlich überhaupt nicht eingetreten wäre. Wer widerrechtlich einen gesundheitlich geschwächten Menschen schädigt, hat kein Recht darauf, so gestellt zu werden, als ob er einen gesunden geschädigt hätte“. Eine Kürzung sei nur ausnahmsweise möglich, wenn weitere Umstände dazu kommen, wie:

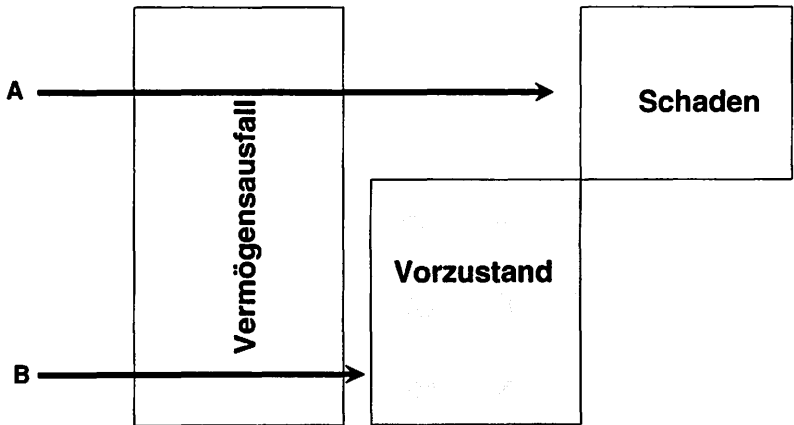
- zurechenbare Gefahrexponierung durch den Geschädigten;
- im Vergleich zur Haftungsursache unverhältnismässige Folgen;
- Schwere des Verschuldens im Vergleich zur Auswirkung der Prädisposition.

Diesen Entscheid hat das Bundesgericht knapp zwei Jahre später bestätigt,¹³ wobei auch hier wieder ein Hund eine Rolle spielte, diesmal aber als direkte Schadenursache, indem er auf die Strasse rannte und damit einen klassischen Anwendungsfall der Tierhalterhaftung produzierte. Der so zum Sturz gebrachte Motorradfahrer zog sich diverse gravierende Verletzungen zu. Sein späteres Schadenersatzbegehren wurde wegen eines vorbestehenden Rückenleidens um 25% gekürzt, wogegen er sich dann beim Bundesgericht wehrte. Dieses stellt konsiliarisch fest, dass zwar die Ohnehin-Schädigung nicht belegt sei, aber aufgrund der Lebenserfahrung bekannt sei, dass solche Rückenleiden früher oder später zur Erwerbsunfähigkeit führten.

c) Vorzustände sind nur bei der Schadensberechnung relevant

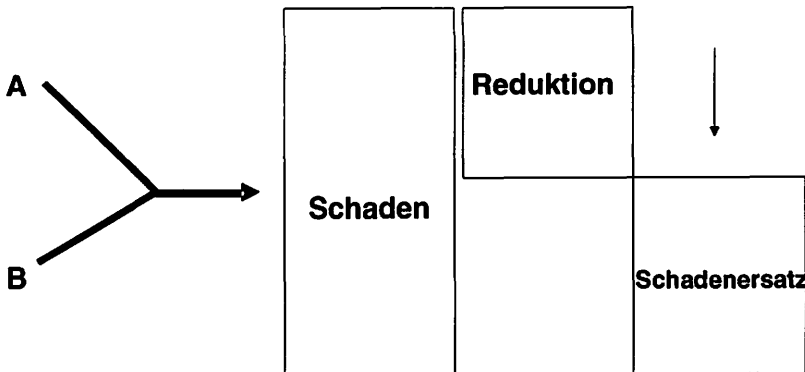
Eine Schadensprädisposition ist grundsätzlich nur zu berücksichtigen, wenn sie sich auch ohne haftungsbegründende Ursache ausgewirkt hätte. Bei dieser Konstellation handelt es sich um ein Problem der sog. hypothetischen Kausalität bzw. der Schadensberechnung. In diese fliessen nur finanzielle Auswirkungen ein, die durch das Haftungsereignis bewirkt worden sind.

¹³ Urteil 4C.215/2001 vom 15.1.2002.

Konstitutionelle Prädisposition als Berechnungsproblem

Führt aber erst die Haftungsursache zusammen mit der Prädisposition zu einem Schaden, sind die Ursachen komplementär und es kann unter Kausalitätsgesichtspunkten keine Ausscheidung von unfallfremden Wirkungen vorgenommen werden. Das eine ohne das andere hätte keine Folgen gezeitigt.

Konstitutionelle Prädisposition als Reduktionsgrund



Entsprechend vorsichtig sind denn auch ärztliche Gutachten zu interpretieren, wenn sie bei einer solchen Konstellation prozentuale Angaben über die Ursachenanteile enthalten. Auf jeden Fall dürfen solche Prozentangaben niemals zur Grundlage des Kürzungsentscheides gemacht werden. Genau das aber geschah in der früheren Praxis, welche die medizinischen Prozentangaben als Haftungsquote interpretierte und damit die Schadenersatzansprüche nicht selten um 50% und mehr reduzierte.

Wenn man eine solche Reduktion mit den Kürzungen vergleicht, die wegen eines Selbstverschuldens vorgenommen werden, würde dies einem recht erheblichen Verschulden entsprechen. Gesundheitliche Schwierigkeiten dürfen aber nicht sanktioniert werden wie die Verletzung von Sorgfaltspflichten. In einem modernen Haftpflichtrecht, das sich den Opferschutz zum Leitbild nehmen muss, haben solche Kürzungsgründe nichts zu suchen.

Der neue Ansatz überzeugt also, er sieht sich aber mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass oft nicht messerscharf angegeben werden kann, ob sich ein Vorzustand später ohnehin ausgewirkt hätte oder nicht. Von der Beantwortung dieser Frage aber hängt es zukünftig ab, ob eine Reduktion noch möglich ist oder nicht.

Die Differenzierungen bei der konstitutionellen Prädisposition wirken sich nicht nur positiv für die geschädigte Person aus. Früher wurde sämtliche Kürzung wegen eines Vorzustandes unter dem Titel von OR 43/44 gewürdigt,

auch jene Konstellationen, die heute als Berechnungsproblem behandelt werden. Damit eröffnete sich aber auch die Möglichkeit, die Herabsetzung des Schadenersatzes mit dem Quotenvorrecht zu kompensieren. Diese Möglichkeit wird dem Geschädigten genommen, wenn die Prädisposition zum Berechnungsfaktor erhoben wird. Die Auswirkungen werden erst richtig sichtbar, wenn mit Zahlen gearbeitet wird:

Berechnungsbeispiel

als Reduktionsgrund / Berechnungsfaktor

Schaden	Fr. 80'000.—	Fr. 40'000.—
Reduktion	Fr. 40'000.—	Fr. 0.—
Schadenersatz	Fr. 40'000.—	Fr. 40'000.—
Sozialversicherungsleistungen	Fr. 60'000.—	Fr. 60'000.—
Direktanspruch	Fr. 20'000.—	Fr. 0.—
<u>Anspruch Total</u>	<u>Fr. 80'000.—</u>	<u>Fr. 60'000.—</u>

Letztlich ist es also das Koordinationsrecht, das die dogmatischen Differenzierungen fordert. Denn die Schadenersatzleistungen bleiben sich bei beiden Varianten betragsmässig gleich; sie belaufen sich auf insgesamt CHF 40'000. Eine ähnliche Problemstellung tritt übrigens auch bei der Schadenminderungspflicht auf. Auch diese kann als Berechnungsproblem oder aber als Bemessungsfrage auftreten und auch hier hängt es dann davon ab, ob das Quotenvorrecht spielt oder nicht.¹⁴

¹⁴ WEBER, Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, St. Gallen 1999, 147 ff.

2. Problemkreis: Schadensberechnung

a) *Unterschätzte Einkommensdynamik*

Der wohl nach wie vor bedeutendste Schadensposten bildet der Erwerbsausfall. Er hat noch an Bedeutung zugelegt, insofern nämlich, als er weit häufiger auch bei Frauen geltend gemacht wird und zu entschädigen ist, da Frauen vermehrt erwerbstätig sind.

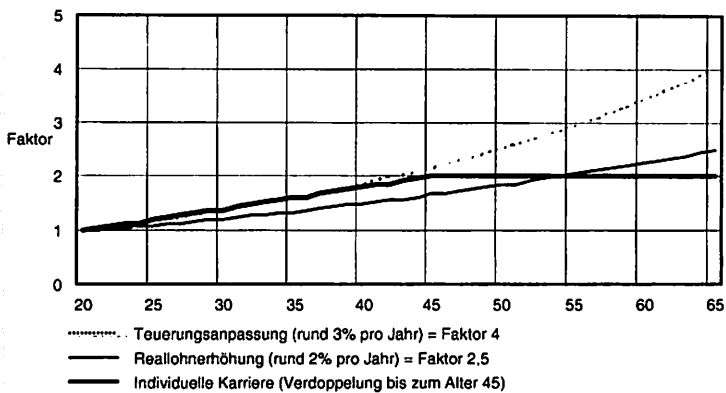
Auffallend ist, dass sich die Wissenschaft bislang wenig um die Berechnung des Erwerbsschadens gekümmert hat. Die Art der Quantifizierung wird mehr oder weniger den Anwälten und Schadeninspektoren überlassen, die sich mit ganz unterschiedlichen Ansätzen behelfen. In der Regel wird auf die Verhältnisse im Unfallzeitpunkt abgestellt und nur wenn sich eine berufliche Änderung im damaligen Zeitpunkt bereits konkret abgezeichnet hat, auch diese in die Berechnung einbezogen. Zu wenig berücksichtigt werden statistische Daten und kaum Beachtung fand in der Vergangenheit insbesondere die Einkommensdynamik. Das einzig Gewisse aber ist, dass die Löhne über die Jahre hinweg nicht gleich bleiben, sie verändern sich in der Regel von Jahr zu Jahr, was sich z.B. im jährlich publizierten Lohnindex zeigt. Trotzdem wurde und wird leider noch heute oft mit konstanten Beträgen gerechnet. Dass Lohnveränderungen zu berücksichtigen sind, hat das Bundesgericht aber schon in BGE 116 II 296 f. festgehalten. Es sei zwar von den aktuellen Verhältnissen im Unfallzeitpunkt auszugehen:

„Das heisst jedoch nicht, dass sich der Richter mit der Feststellung des bisherigen Verdiensts begnügen dürfte; massgebend ist vielmehr, was der Geschädigte in der Zukunft jährlich verdient hätte (STAUFFER/SCHAETZLE, Barwertafeln, 4. Aufl. 1989, S. 242 Rz 686). Das hypothetische künftige Durchschnittseinkommen aber lässt sich realistisch einzig in der Weise bestimmen, dass zunächst das Einkommen ermittelt wird, das der Geschädigte ohne die Verletzung gegenwärtig, d. h. zum Zeitpunkt der Urteilsfällung erzielt hätte, und sodann auch die zu erwartenden künftigen Reallohnsteigerungen mitberücksichtigt werden (vgl. BGE 91 II 427 f. E. 4b).“

Darüber, wie solche Einkommensentwicklungen zu berechnen sind, besteht bis heute Unklarheit. Im neuesten Entscheid, der sich zu dieser Frage ausspricht, in BGE 129 III 135 vom 19.12.2002 i.S. Bui, lässt das Bundesgericht offen, ob die Zurückhaltung bei der Schätzung des Erwerbsschadens angebracht sei oder ob nicht eine dynamische Betrachtungsweise des Problems gewählt werden sollte. Für eine solche Überprüfung bestand in diesem Entscheid auch wenig Anlass, denn dem Geschädigten, der weder über eine Ausbildung noch über ausreichende Sprachkenntnisse verfügte, wurde eine Lohnentwicklung für die 13 Jahre vom Unfallzeitpunkt bis zum kantonalen Urteil von 4% pro Jahr zugestanden. Dafür wurde für den im Urteilszeitpunkt 45-Jährigen keine weitere Einkommenssteigerung angenommen.

Die Lohnentwicklung wird von verschiedenen Komponenten beeinflusst: von der Teuerung, der allgemeinen Steigerung in Abhängigkeit zum Produktionswachstum und individuellen Faktoren, namentlich auch vom Alter resp. der beruflichen Erfahrung.¹⁵

Komponenten der Lohnentwicklung



Über letzteres lassen sich vor allem aus der AHV-Statistik Rückschlüsse ziehen. Man muss wohl mindestens von einer 1%igen Lohnsteigerung ausgehen. Bei Jüngeren liegt diese wesentlich höher, bei Älteren dagegen tendenziell tiefer.

b) *Nettolohn und hypothetische Altersrenten als neue Überentschädigungsgrenze*

Der Entscheid Bui hat dafür eine andere Frage geklärt, nämlich diejenige, ob vom Bruttolohn oder vom Nettolohn auszugehen ist. Über Jahrzehnte hat man sich darüber keine Gedanken gemacht, auch wenn in einzelnen Entscheiden begrifflich davon die Rede war. Denn damit waren lediglich die sog. Gewinnungskosten angesprochen, d.h. die Aufwendungen, die zur Erzielung eines Einkommens notwendig sind und im Schadenfall beim Erwerbsausfall in Abzug gebracht werden können.¹⁶

¹⁵ Zum Ganzen SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Zürich 2001, N 4.4 ff.

¹⁶ Vgl. BGE 90 II 188.

„Es trifft zu, dass der Berechnung des Versorgerschadens das Nettoeinkommen des Getöteten zugrunde zu legen ist. Darunter ist der Betrag zu verstehen, der nach Abzug der für die Erzielung des Bruttoeinkommens unmittelbar aufgewendeten Gewinnungskosten übrig bleibt. Prämienbeiträge an Versicherungsinstitutionen sind jedoch nicht als solche Gewinnungskosten zu betrachten. Sie stellen vielmehr vorsorgliche Aufwendungen dar, die dazu bestimmt sind, den Lebensunterhalt des Einkommensempfängers oder seiner Hinterlassenen zu sichern für den Fall, dass infolge von Unfall, Krankheit oder Alter der Arbeitsverdienst wegfallen sollte. Es handelt sich bei solchen Prämienzahlungen um die Verwendung eines Teils des Einkommens zu einem Zweck, der mit der Ausübung der Erwerbstätigkeit und dem damit erzielten Einkommen keinen Zusammenhang aufweist. Ob es sich um freiwillig bezahlte Prämien an private Versicherungsinstitute handelt oder um obligatorische Beiträge an staatliche Kassen, ändert an der Rechtsnatur dieser Aufwendungen nichts.“

In BGE 113 II 345, 350 hat das Bundesgericht seine Praxis geändert und die Arbeitgeberbeiträge als relevanten Schaden erklärt. Allerdings gelte dies – so die Präzisierung in BGE 116 II 295, 298 – nur für die rentenbildenden Sozialversicherungsbeiträge. Begründet wurde dieser Schritt damit, dass der Haftpflichtige auch für die *„Beeinträchtigung künftiger Sozialversicherungsleistungen einzustehen“* hat. Die Sozialversicherungsleistungen sind bekanntlich an das Erwerbseinkommen gebunden, insofern, als sie von dessen Höhe abhängen. Dies gilt namentlich für die Altersleistungen, ebenso aber auch für Invalidenleistungen. Was das Bundesgericht übersehen hat, ist der Umstand, dass die Höhe dieser Beeinträchtigung und die Beiträge nicht identisch sind. Dies aus zwei Gründen: Zum einen, und dies ist der entscheidende Grund für den Systemwechsel, weil eine Invalidität nicht zwangsläufig eine Beeinträchtigung der Sozialversicherungsleistungen zur Folge hat. Dies gilt namentlich für die Altersleistungen, die im Invaliditätsfall durch die Leistungen des Unfallversicherers sogar über den hypothetischen Altersleistungen liegen können. Zum anderen, weil die Beiträge und allfällige spätere Rentenkürzungen infolge Invalidität unterschiedlich kapitalisiert werden. Die Beiträge werden als sofort beginnende temporäre Rente gerechnet, die Minderung der Altersleistungen als aufgeschobene Mortalitätsrente, was selbst bei einer Identität von Beiträgen und Leistungen (die es aber ebenfalls nicht gibt) keinesfalls zum selben Ergebnis führt.

Nun hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung im BGE 4C.197/2001 vom 12.2.2002 korrigiert und ist den Kritikern gefolgt:

„Um den Renten-Direktsschaden zu bestimmen, sind die von den Sozialversicherungen entrichteten Invaliden- und Altersrenten (AHV, UV, BV) mit den Altersleistungen zu vergleichen, die der Geschädigte ohne den Unfall hätte erzielen können. Der Rentenverkürzungsschaden entspricht folglich der Differenz zwischen den hypothetischen Altersleistungen und den effektiven Invaliden- und Altersleistungen.“

Damit ist die Geschichte aber noch nicht zu Ende, denn noch immer offen ist, wie sich der Renten-Gesamtschaden berechnet – eine Grösse, die benötigt

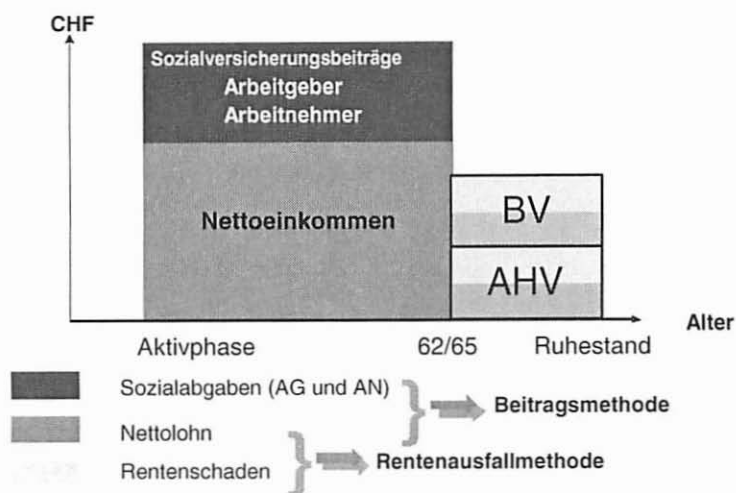
wird, um auch die Regressansprüche zu quantifizieren. Der erste klare Schritt in Richtung Änderung der Rechtsprechung ist denn auch bereits früher gesetzt worden, nämlich in BGE 126 III 41 E. 3. In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht dem UVG-Versicherer ein Regressrecht für die lebenslänglich ausgerichteten Rentenleistungen zugestanden. So kehrt die Rechtsprechung also wieder dorthin zurück, wo sie vor BGE 81 II 38 gestanden hat, mit dem Unterschied, dass wir nun in Form des Rentenschadens für den letzten Lebensabschnitt einen anders zu quantifizierenden Schadensposten vor uns haben.

Der Entscheidung lässt neben der Methodenfrage noch weitere Punkte offen: So, ob der Rentenschaden einen eigenen Schadensposten bildet, der nur den „Altersleistungen“ gegenüber zu stellen ist, ob auch die AHV, die mit der Besitzstandsgarantie ebenfalls ungekürzte Leistungen erbringt, regressberechtigt ist und ob auch die Pensionskassen von diesem Regresssubstrat profitieren können. In einer Empfehlung von SUVA (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt), BSV (Bundesamt für Sozialversicherung) und SVV (Schweizerischer Versicherungsverband) werden dazu Vorschläge gemacht.¹⁷

Einen weiteren und vorläufig letzten Schritt hat das Bundesgericht nun in BGE 129 III 135 getan. Hier betont das Bundesgericht noch einmal, dass der Renten-Direktschaden in der Differenz zwischen den hypothetischen Altersleistungen und den effektiven Sozialversicherungsleistungen bestehe. Werde so gerechnet, dann müsse aber zwangsläufig das Nettoeinkommen als Rechnungsgrundlage genommen werden, da nur so eine Überentschädigung vermieden werde. Es seien daher alle Sozialversicherungsbeiträge vom Lohn abzuziehen.

¹⁷ Vgl. PETER BECK, Empfehlung zum Rentenschadenregress, HAVE 2002, 139 ff.

Gegenüberstellung der neuen und alten Berechnung



Die Konsequenz aus der Änderung der Rechtsprechung: Der Direktschaden wird massiv verkleinert, denn die Sozialversicherungsleistungen betragen heute bis zu 90% des Einkommens, wobei die Leistungen der beruflichen Vorsorge wie jene der Militärversicherung am mutmasslich entgangenen Verdienst zu messen sind, also dynamisch gerechnet werden müssen, was aber noch kaum praktiziert wird. Ein Direktschaden resultiert in der Regel nur dann, wenn mit einer zukünftigen (realen) Steigerung des Einkommens zu rechnen ist. Es ist offensichtlich, dass damit der Einkommensdynamik eine ganz zentrale Bedeutung zukommt und die Frage, wie diese zu bestimmen ist, nicht länger offen gelassen werden darf.

c) *Normatives Verständnis und neue Statistiken für den Haushaltschaden*

Eine bemerkenswerte Entwicklung hat auch der Haushaltschaden hinter sich. Während er früher nur wenig Beachtung gefunden hatte, hat sich dies in den letzten Jahren stark geändert. Ein Meilenstein in der Entwicklung dieses Schadenspostens stellt der bereits erwähnte Entscheid Blein¹⁸ dar. In der Zwischenzeit hat sich auch dieser Schadensposten weiterentwickelt: Geklärt ist,

¹⁸ BGE 108 II 434.

dass der Haushaltschaden auch zu ersetzen ist, wenn keine Ersatzkraft eingestellt wird und damit kein Vermögensschaden resultiert. Der Begriff des normativen Schadens hat somit im Haftpflichtrecht Einzug gehalten und Angst und Schrecken ausgelöst. Die heute geltenden Grundsätze können in BGE 127 III 404 ff. lehrbuchartig nachgelesen werden:

„Der ‚normativ‘, gleichsam von Gesetzes wegen ohne Nachweis der daraus konkret entstandenen Vermögenseinbusse zu ersetzende Schaden ist am Aufwand zu messen, den eine entgeltlich eingesetzte Ersatzkraft verursachen würde.“

Der Haushaltschaden, und dies ist (fast) unbestritten, berechnet sich nach folgender Formel:

$$\text{Haushaltschaden} = \text{Stundenaufwand} \times \text{Stundenansatz}$$

In der Zwischenzeit ist ebenfalls anerkannt, dass auch Männer einen Haushaltschaden erleiden können, weshalb auch nicht mehr vom Hausfrauenschaden, sondern allgemeiner vom Haushalt- oder Haushaltführungsschaden die Rede ist.

Im bereits zitierten Entscheid Bui¹⁹ war dies der Fall und dort wurde für dessen Bemessung auf die SAKE abgestellt: *„Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE; franz.: ESPA), die periodisch vom Bundesamt für Statistik durchgeführt wird, bietet eine geeignete Grundlage zur Bestimmung des durchschnittlichen tatsächlichen Aufwands der schweizerischen Bevölkerung für den Haushalt und zur Festsetzung der in jedem individuellen Fall gemieteten Zeit unter Berücksichtigung der zeitlichen Dynamik der Hausarbeit“*.²⁰

In der Zeitschrift HAVE haben die Autoren PRIBNOW, WIDMER, SOUSA-POZA und GEISER Tabellen publiziert,²¹ die für verschiedene Haushalte den Stundenaufwand angeben und die in der Rechtsprechung bereits in mehreren Entscheiden als Erfahrungswerte herangezogen worden sind. Dies hat es dem Bundesgericht im Fall Bui sogar ermöglicht, höhere Werte anzunehmen, als sie der Kläger gefordert hatte, denn anders als bei Tatfragen kann es hier intervenieren.

Die Entwicklung ist zu begrüßen, denn nur mit einem solchen Vorgehen – dem Abstellen auf Erfahrungswerte – kann die nötige Rechtssicherheit auch für diese Ansprüche erreicht werden. Regelmässig fehlen nämlich Angaben über den zeitlichen Aufwand, so dass nur der Weg über Statistiken bleibt, und dieser gewährleistet denn auch mehr Rechtsgleichheit als spekulative Einzelfallerhebungen, die nur vordergründig genauere Werte liefern.

¹⁹ BGE 129 III 135.

²⁰ Pra 2003, Nr. 69, 360.

²¹ HAVE 2002, 24 ff.

Stundenaufwand nach SAKE:

<i>Medianwert Stunden pro Monat</i>	Tabelle 15 Dreipersonenhaushalt: Zwei erwachsene Personen Ein Kind bis 5 Jahre			
	Mann, erwerbstät- tig	Frau, erwerbstät- tig	Mann, nicht erwerbstät- tig	Frau, nicht erwerbstät- tig
Totalaufwand	30	100	75	178
Hausarbeiten	5	55	30	118
Mahlzeitzubereitung	0	30	5	45
Abwaschen/Tisch decken	5	10	5	15
Einkaufen/Post/chem. Reinigung	0	0	0	15
Putzen/aufräumen	0	15	0	30
Waschen/bügeln	0	0	0	8
Handwerkliche Tätigkeiten	0	0	0	0
Haustiere/Pflanzenpflege/Garten	0	0	5	5
Administrative Arbeiten	0	0	15	0
Kinderbetreuung/Betreuung von pflegebedürftigen Haushaltsmitgliedern	25	45	45	60
Kind füttern/waschen	10	30	0	30
Mit Kind spielen/spazierengehen	15	15	45	30
Kind an einen Ort begleiten	0	0	0	0

Stundenansatz: In der Praxis liegen die Ansätze zwischen CHF 25 und 30, dies, nachdem das Bundesgericht in BGE 4C.495/1997 vom 9.9.1998 einen Ansatz von CHF 30 nicht beanstandet hat.

	Lohnkonzept				
	Brutto bezahlt	– Brutto tatsäch- lich	– Brutto- brutto bezahlt	– Netto – Bezahlt	– Netto tatsäch- lich
Lohnkategorie	in CHF	In CHF	in CHF	in CHF	in CHF
Hauswirt. Ange- stellte	19.65	23.15	24.40	16.90	19.80
Verschiedene Fachkräfte	23.90	28.10	27.05	19.45	22.85
Kindermädchen/ Erzieherin	30.10	37.70	36.05	23.50	29.60

Für den Haushaltschaden enthält auch das Urteil Kramis²² ein paar wichtige Klärungen: Zum einen das soeben erwähnte Brutto-brutto-Prinzip. Dies leuchtet für den zukünftigen Schaden ein, denn die geschädigte Person muss mit der Ersatzleistung in die Lage gesetzt werden, den Schaden auszugleichen, d.h. eine Ersatzkraft einzustellen. Der gleiche Ansatz sollte aber auch für den bisherigen Schaden herangezogen werden. Dies rechtfertigt sich sowohl unter dem Aspekt der Wertschöpfung, die nicht nach der Substitution fragt, als auch v.a. unter dem Gesichtspunkt der Vereinfachung, die einheitliche Lösungen fordert. Zudem hätte es der Schädiger resp. sein Versicherer ein Stück weit in der Hand, den Zeitpunkt der Schadenliquidation und damit den anwendbaren „Tarif“ zu steuern.

Auch die Ferien sind zu entschädigen, d.h., es ist mit 52 Wochen zu rechnen. Und es muss zudem der Lohnentwicklung Rechnung getragen werden: „*Angesichts des veränderten Rollenverständnisses der Frauen in der Schweiz, die sich vermehrt einer Berufstätigkeit ausserhalb des Hauses zuwenden, wird sich der Bedarf an bezahlter Haushalthilfe in den nächsten Jahren eher erhöhen, was nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage zu einer Reallohnsteigerung führen dürfte.*“

Als Ausgangswert wird zudem auf die SAKE-Angaben abgestellt, welche für das Jahr 2000 einen Stundenlohn von CHF 26.80 für die Tätigkeit in privaten Haushalten ausweisen.

Heute sollte man wohl von einem Stundenansatz von CHF 30 ausgehen und zudem für die Zukunft die Entwicklung mit 0.5% bis 1% berücksichtigen.

²² BGE 4C.276/2001 vom 26.3.2002 bzw. Pra 2002, Nr. 212.

Selbst wenn man gemäss alter Rechtsprechung einen Qualitätszuschlag von 25% bis 50% vornehmen würde, käme man auf diesen Betrag, denn selbst die Löhne für einfachere Hilfsarbeiten bewegen sich heute zwischen CHF 20 und 25. Geht man andererseits von einem Brutto-brutto-Lohn aus und differenziert nach Art der Tätigkeit, dürfte man mit CHF 30 nicht zu hoch liegen. Allerdings ist der Stundenansatz nur dann Basis für die Berechnung, wenn mit sporadischen Einsätzen zu rechnen ist.

d) *Andere Wertungen bei der Mitarbeit im ehelichen Betrieb*

In BGE 127 III 403 hatte sich das Bundesgericht auch noch mit der Frage zu befassen, ob die Grundsätze des Haushaltschadens auch auf die nicht entschädigte Mitarbeit im Betrieb des Ehegatten übertragen werden können, ein Anspruch also auch dann besteht, wenn keine Ersatzkraft eingestellt wird. Das Bundesgericht hat die Frage ablehnend entschieden:

„Für die Mitarbeit, welche ein Ehegatte im Geschäft des andern leistet, treffen die Gründe nicht zu, die für die Haushaltarbeit eine abstrakte Schadensberechnung rechtfertigen (dazu oben E. 4b). Der Beizug einer aussenstehenden Drittperson für gewerbliche Tätigkeiten ist stets zumutbar und deren Leistungen werden auch üblicherweise entgolten. Der Schaden, der durch die Beeinträchtigung der Mitarbeit im Gewerbe des Ehegatten verursacht wird, ist daher konkret zu bemessen und von der geschädigten Person nach Art. 42 OR in Verbindung mit Art. 8 ZGB nachzuweisen (zur Publikation bestimmtes Bundesgerichtsurteil vom 30. Mai 2001, E. 2b; BGE 123 III 183 E. 3e S. 188; 108 II 337 E. 2 und 3). Dieser Nachweis kann insbesondere durch den Beleg der Kosten einer Ersatzkraft erbracht oder auch durch einen entsprechenden Minderertrag der Geschäftstätigkeit ausgewiesen werden, der durch den Ausfall oder die Beeinträchtigung der Mitarbeit verursacht worden ist. Eine ersatzfähige Vermögenseinbusse liegt daher nicht vor, wenn die Beeinträchtigung ohne wirtschaftliche Auswirkungen durch unentgeltlichen Mehraufwand ausgeglichen wird.“

Rein dogmatisch ist das Urteil nicht zu kritisieren. Es wird hier mit unterschiedlichen Wertungen gearbeitet, was ein normatives Schadensverständnis eben mit sich bringt, das nicht ein für allemal die Lösung vorgibt, sondern einzelfallweise – bei Abweichungen von der Differenztheorie – eine sachgerechte Begründung erfordert.

Die unterschiedliche Behandlung der Mitarbeit des Ehepartners im Betrieb mag gleichwohl nicht so recht überzeugen, denn das Urteil gewichtet die Seite der Reflexgeschädigten zu stark. Der Haushaltschaden weist im Grunde zwei Unterkategorien auf. Den Schaden, den die betroffene Person selber erleidet, und sodann den Schaden der Angehörigen, die von der Hausarbeit mitprofitiert haben.

„Der Aufwand für den Ersatz der Beeinträchtigung aus Haushaltführung wird unabhängig davon ersetzt, ob und in welchem Masse neben der geschädigten Person weitere Haushaltsmitglieder von deren Haushaltarbeiten profitiert haben; es wird insofern der Grundsatz

relativiert, dass Reflexschäden abgesehen vom Versorgerschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) nicht zu ersetzen sind“.

Dieser Grundsatz wird nun auch auf die Mitarbeit im Betrieb übertragen: *„Dagegen lassen sich die Argumente, welche für die ausnahmsweise Berücksichtigung des Reflexschadens im Rahmen der Ermittlung des Haushaltschadens sprechen (...), auch auf die Mitarbeit des Ehegatten im Gewerbe des andern übertragen.“*

Was aber verloren gegangen ist, ist die Beurteilung aus der Optik der betroffenen Person. Sie kann ihre Arbeitskraft auch anderweitig verwerten, und ob die familiäre Situation ein für allemal so bleibt, ist ebenfalls ungewiss. Diesem Aspekt wurde jedenfalls noch in BGE 99 II 221 mehr Beachtung geschenkt und in dieser Entscheidung wurde auch anders entschieden: *„Bei der Beurteilung des Anspruchs, den die Klägerin aus der Mithilfe im Büro ableitet, kommt entgegen der Annahme des Handelsgerichts nichts darauf an, ob sie dafür eine Entschädigung bezogen hat und ob der Ehemann wegen des Ausfalls ihrer Hilfe seitdem weniger verdient.“*

Die Klägerin machte damals geltend, dass ja nicht feststehe, ob sie lebenslänglich vom Ehemann unterstützt werde; Tod oder Invalidität des Ehemannes und eine Scheidung könnten sie dazu zwingen, wie vor der Ehe wieder einem Erwerb nachzugehen. In BGE 127 III 403 ging es allerdings nur um den bisherigen Schaden. Zumindest beim zukünftigen Schaden hätte dieser Aspekt auch geprüft werden müssen. Für den zukünftigen Schaden kann es aber auch grundsätzlich bei der nicht entlohnten Mitarbeit im Betrieb des Ehepartners nicht darauf ankommen, ob bereits eine Ersatzkraft eingestellt worden ist. Denn auch hier gilt, dass die Geschädigte in die Lage gesetzt werden muss, den Ausfall zu kompensieren. Überzeugender wäre allerdings, auch hier auf die Unterscheidung zwischen dem bisherigen und dem zukünftigen Schaden zu verzichten und eine einheitliche Lösung anzustreben.

e) *Fiktive Schadensberechnung auch beim Betreuungsschaden*

Die soeben angeführten Entwicklungen wurden noch in einem weiteren Bundesgerichtsurteil vom 26.3.2002, in dessen Zentrum ein Betreuungsschaden stand, bestätigt und weiterentwickelt:²³

Ein Mädchen erlitt bei einem schweren Verkehrsunfall ein Schädel-Hirn-Trauma und musste fast zwei Jahre hospitalisiert werden. Seither wohnt es bei den Eltern und wird von ihrer Mutter gepflegt und betreut.

Umstritten war unter anderem die Entschädigung der Mutter für die Betreuungsarbeit. Die beklagte Versicherung bestritt zwar die Entschädigung nicht grundsätzlich, wollte aber einen pauschalen Abzug von 30% für eingesparte Steuern und Sozialversicherungsbeiträge vornehmen.

²³ 4C.276/2001, in Pra 2002, Nr. 212, publiziert und besprochen in HAVE 2002, 276 ff.

Das Bundesgericht hielt dazu Folgendes fest:

„Gibt ein Familienangehöriger seine Erwerbstätigkeit auf, um die geschädigte Person zu pflegen, entspricht der zu ersetzende Schaden in der Regel dem entgangenen Erwerbseinkommen. Übersteigt der Verdienstaufschlag jedoch wesentlich die Kosten der Betreuung durch eine Drittperson, kann der Geschädigte nach den Grundsätzen der Schadenminderungspflicht nur diese tieferen Kosten als Schaden geltend machen.“

Grundsätzlich seien die zur Berechnung des Haushaltschadens aufgestellten Grundsätze heranzuziehen. „*Danach ist zuerst der erforderliche Stundenaufwand für die Pflege und alsdann der ortsübliche Lohn einer Pflegekraft zu ermitteln. Massgebend ist der Bruttolohn zuzüglich Arbeitgeberbeiträge*“. Mit letzterem werde gewährleistet, dass die betroffene Person frei wählen könne, wie sie die Pflege organisieren wolle.

Das Bundesgericht hat die Berechnung der Vorinstanz bestätigt, die für den Zeitraum bis 2017 einen Stundenansatz von CHF 27 und eine Jahresarbeitszeit von 52 Wochen zugrunde legte. Damit sei den Lohnnebenkosten und der Reallohnentwicklung Rechnung getragen worden, wobei letzteres aber wohl bezweifelt werden muss.

3. Problemkreis: Form der Entschädigung und ihre Auswirkungen auf die Schadensberechnung

a) Kapital oder Rente ?

Bis zum 11. Mai 1999 waren Invaliditäts- und Versorgungsschäden durchwegs in Kapitalform erledigt worden, d.h., die geschädigte Person hatte den erlittenen Direkt-Schaden in Form einer einmaligen Abfindung ersetzt erhalten.²⁴ Nun rückte das Bundesgericht in dieser Entscheidung von seiner ablehnenden Haltung gegenüber der Rentenform im Haftpflichtrecht ab, um den über 50 Jahre angewandten Kapitalisierungszinsfuss von 3.5% weiterhin beibehalten zu können. Denn die Mehrheit der beigezogenen Experten sprach sich schon damals für eine Senkung des Kapitalisierungszinsfusses aus. Mit dem Argument, die geschädigte Person könne aber von jetzt an wählen, ob der Schaden als Kapital oder in Form einer Rente zu ersetzen sei, wurde der Kritik der Wind aus den Segeln genommen. Entscheidet sich die geschädigte Person für eine Kapitalabfindung, trägt sie das Risiko, wenn sie während der kapitalisierten Rentendauer statt der diskontierten 3.5% nur einen Realzins von bestenfalls 2% zu erzielen vermag.

Mit dieser Lösung aber wird das Prinzip der *Gleichwertigkeit von Rente und Kapital* in Frage gestellt. Denn der in der früheren Rechtsprechung übliche Abzug in der Grössenordnung von 20% für die angenommenen „Vorteile“ der Kapitalabfindung wird auf diesem Weg gleichsam wieder eingeführt.

²⁴ BGE 125 III 312.

Dies aber vermag u.E. nicht zu überzeugen, da sich Rente und Kapital rechnerisch entsprechen sollten. Andernfalls wird bewusst eine falsche Barwertberechnung in Kauf genommen, wie wenn beispielsweise mit veralteten Rechnungsgrundlagen kapitalisiert würde.

b) Schadenersatz in Rentenform

Die geschädigte Person (und nicht der haftpflichtige Dritte) hat seitdem das *Wahlrecht*. Zieht sie die Rentenform vor, so muss aa) über die jeweilige Rentenhöhe und bb) über die Rentendauer entschieden werden.

aa) Indexierung der Rente

Als erstes ist über den anfänglichen Rentenbetrag und die mutmassliche Rentenentwicklung zu befinden. Soweit der Schaden für den entgangenen Lohn bis zum Rechnungstag zu ersetzen ist, wird er seit je an die bisherige Lohnentwicklung angepasst. Das muss aber auch für den künftig anfallenden Schaden gelten. Infolgedessen ist die entsprechende Rente grundsätzlich zu indexieren.

Das Bundesgericht hatte im bereits genannten Entscheid vom 26.3.2002 (4C.276/2001) auch Gelegenheit, sich zur Indexierungsart zu äussern. Darin bestätigte es das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich und sprach den Ersatz für den Pflege- und Betreuungsschaden in Form einer indexierten Rente zu, während der Haushaltschaden entsprechend dem Antrag der Geschädigten in Form einer einmaligen Kapitalabfindung abzugelten war.

Die zugesprochene Rente für den Pflege- und Betreuungsschaden wird auf den Totalnominallohnindex basiert und ist jährlich anzupassen. Der Einwand der Beklagten, die Renten seien lediglich an den Landesindex der Konsumentenpreise zu binden, wurde zu recht abgewiesen. „*Die geschädigte Person soll mit einer indexierten Rente den Ausfall so ersetzt erhalten, wie sie ihn erleidet, und so lange, wie er dauert.*“ Da im konkreten Fall angenommen wurde, die schwer verletzte Frau werde von ihrer Mutter bis zu deren 70. Altersjahr betreut und müsse anschliessend in ein Heim, wird die Rente gestaffelt, d.h. der Rentengrundbetrag ab 2017 erhöht.

Die Erwägungen dieses Entscheides sind auch für andere lohnabhängige Schadensposten gültig, obwohl noch keine höchstrichterliche Praxis dazu besteht. So ist insbesondere der Erwerbsschaden grundsätzlich an den Nominallohnindex zu binden. Dabei empfiehlt es sich, hiezu ebenfalls den Total-Nominallohnindex als Basis zu wählen und auf Index-Differenzierungen (wie Geschlecht, Beruf oder Lohndeziel) zu verzichten.

Ist zusätzlich mit einer individuellen Lohnentwicklung (z.B. infolge Karriere oder wachsender Berufserfahrung) zu rechnen, so kann dieser über eine Staffelung der Rente Rechnung getragen werden. Hiezu liefert die AHV-

Einkommensstatistik geeignete Durchschnittswerte.²⁵ Dass es sich dabei um Durchschnittslöhne handelt, spricht nicht gegen deren Anwendung, verweisen die im Index ausgewiesenen Löhne doch ebenfalls auf statistische Mittelwerte.

Auch für den Rentenschaden²⁶ ist vom Nominallohn bei der Pensionierung auszugehen und von den hypothetischen Altersleistungen sind die effektiven Sozialversicherungsrenten (inklusive Teuerung) in Abzug zu bringen, wenn der Direktschaden in Rentenform ersetzt wird. (Dagegen ist auf den Reallohn abzustellen und es sind nur die realen AHV-Altersrenten und UV- und/oder BV-Invalidenrenten zu subtrahieren, wenn der Renten-Direktschaden in Kapitalform abgegolten wird.)

Analog verhält es sich beim Haushaltschaden. Wird für den künftigen Haushaltschaden die Rentenform gewählt (der bisherige wird regelmässig konkret abgerechnet), so ist die mutmassliche Nominallohnentwicklung, mit welcher die Ersatzkraft rechnen kann, zu beachten und der jährliche Schaden entsprechend zu indexieren. Dies gilt sowohl für die angestellte Haushalthilfe als auch für den normativ angenommenen Aufwand, wenn keine Ersatzkraft zum Einsatz kommt. Die Lohnkostenentwicklung ist in beiden Fällen zu berücksichtigen und spiegelt sich im Nominallohnindex wider.

bb) Rentendauer (BGE 123 III 115 und 129 III 135)

Die Dauer, während welcher die Rente geschuldet ist, hängt von der Art des zu ersetzenden Schadens ab. Als Richtschnur für die jeweilige Rentendauer können die Grundsätze der bundesgerichtlichen Kapitalisierungspraxis beigezogen werden.

Beim *Erwerbsschaden* wird seit BGE 123 III 115 E. 6 regelmässig auf das AHV- oder das mutmassliche Pensionierungsalter abgestellt. Wird der Schaden in Kapitalform abgegolten, so werden seit BGE 86 II 6 die Aktivitätstafeln verwendet, d.h., zusätzlich zur Sterbenswahrscheinlichkeit wird auch noch das Invalidisierungsrisiko berücksichtigt.

Wir schlagen dagegen vor, für die Kapitalisierung des künftigen Erwerbsausfalls die Mortalitätstafeln (temporär bis zum mutmasslichen AHV-Alter) zu verwenden, unter anderem, weil die Sozialversicherungsleistungen den hypothetischen Schaden in der Regel weitgehend decken. Wird dagegen die Invalidisierungswahrscheinlichkeit mitberücksichtigt, so werden die Invalidenleistungen, welche die geschädigte Person im Falle einer künftigen, hypothetischen Erwerbsunfähigkeit erhielte, fälschlicherweise vernachlässigt.²⁷ Wird

²⁵ Näheres hiezu: SCHAETZLE/WEBER, Kapitalisieren, Zürich 2001, N. 4.34 ff.

²⁶ Hiezu BGE 129 III 135 E. 2.

²⁷ Vgl. hiezu WEBER/SCHAETZLE, AJP/PJA 1997, 1122 f.

zudem der Rentenschaden als aufgeschobene Mortalitätsrente kapitalisiert,²⁸ so liegt es nahe, auch den Erwerbsschaden als temporäre Mortalitätsrente zu berechnen.

Soll nun der künftige Erwerbsausfall in Rentenform ersetzt werden, drängt sich die Nichtberücksichtigung des Invalidisierungsrisikos erst recht auf. Der Schaden ist solange zu ersetzen, als die geschädigte Person erwerbstätig gewesen wäre. Wird angenommen, sie hätte bis Erreichen des AHV-Alters gearbeitet, so ist die Rente auf das AHV-Alter zu terminieren. Soll zusätzlich berücksichtigt werden, dass sie eines Tages hätte invalid werden können, dann müssen die Invalidenrenten, die ihr in diesem Fall zugesprochen würden, ebenfalls eingerechnet werden. Auch deswegen rechtfertigt es sich, den wirtschaftlich nur kleinen Direktschaden für den Fall einer möglichen Invalidisierung über die Festsetzung der Rentenhöhe und nicht über ein vorgezogenes Pensionierungsalter zu berücksichtigen. Andernfalls erhielte die geschädigte Person eine Erwerbsschadensrente beispielsweise nur bis zum 60. oder 63. Altersjahr, den Rentenschaden aber erst ab Erreichen des effektiven AHV-Alters. Eine solche Deckungslücke wäre kaum verständlich und ist nach Möglichkeit zu vermeiden.

Wird bei der Rentenfestsetzung die individuelle Lohnentwicklung gemäss der AHV-Einkommensstatistik ausser Acht gelassen, so dürfte dies zudem den hypothetischen Direktschaden infolge einer möglichen Erwerbsunfähigkeit weitgehend kompensieren.

Der *Renten-Direktschaden* besteht aus der Differenz zwischen den Altersleistungen, welche die geschädigte Person ohne Unfall erhalten hätte, und den im AHV-Alter effektiv ausgerichteten Sozialversicherungsleistungen. Die Berechnungsdauer umfasst den Zeitraum ab Erreichen des AHV-Alters bzw. der angenommenen Pensionierung bis zum Tod.

Beim *Haushaltsschaden* wird seit neustem bei der Kapitalisierung korrekterweise nicht mehr auf den Mittelwert Aktivität/Mortalität, sondern nur noch auf die Aktivitätsfaktoren abgestellt.²⁹ Wird der Ersatz für den Haushaltsschaden in Rentenform geleistet, so läuft die Rente entsprechend der verbleibenden, mittleren Aktivitätsdauer. Diese kann aus der Tafel 43 abgelesen werden. Analog zum BGE vom 26.3.2002 liesse sich auch ein Endalter annehmen (in casu bis die Mutter der zu betreuenden Tochter das 70. Altersjahr erreicht), wobei aber an die Arbeitsfähigkeit bei der Haushaltsführung kleinere Ansprüche gestellt werden als an die Betreuung pflegebedürftiger Personen. Lebt die geschädigte Person aber länger als bis zum angenommenen Schlussalter, so endet die Rentenleistung für den Haushaltsschaden vorzeitig, was wiederum nicht zu befriedigen vermag. Um eine frühzeitige Beendigung der Rentenleistung zu vermeiden, schlagen wir vor, die Aktivitätsrente in eine – betraglich

²⁸ Wie in BGE 129 III 135 E. 3.3 nun verlangt.

²⁹ BGE 129 III 135; hierzu unten 3.c.ee.

etwas niedrigere – Mortalitätsrente umzurechnen, die aber solange läuft, als die geschädigte Person lebt.

Beim Betreuungsschaden hat das Bundesgericht im Entscheid vom 26.3.2002 die Rente nicht terminiert, d.h., sie läuft bis zum Tod der schwer pflegebedürftigen Frau. Entsprechend drängt sich auch für diese Schadenskategorie eine indexierte, lebenslänglich laufende Leibrente auf.

cc) **Sicherstellung der Rente ?**

Wenn die geschädigte Person für ihren künftigen Schaden eine (indexierte) Rente verlangt, so stellt sich zugleich die Frage, ob für die Rente, die Jahrzehnte laufen wird, nicht zusätzlich eine *Sicherstellung* angebracht ist, wie dies in Art. 43 Abs. 2 OR vorgesehen ist. Falls das angerufene Gericht einen solchen Antrag gutheisst, wäre die Höhe der Sicherstellung beispielsweise als nicht diskontierte Zeitrente zu berechnen.³⁰

c) **Schadenersatz in Kapitalform**

aa) **Barwerttafeln (BGE 129 III 135)**

Für die Kapitalisierung wurden bisher Tabellen benötigt, welche die Mortalitäts- und Aktivitätsfaktoren enthielten.

Im Entscheid vom 19.12.2002³¹ benutzte das Bundesgericht in Lausanne für die Kapitalisierung des Erwerbs- und Haushaltschadens erstmals die 5. Auflage der Barwerttafeln von STAUFFER/SCHAETZLE, Zürich 2001, während die Vorinstanzen noch mit der 4. Auflage gerechnet hatten. Daraus lässt sich ableiten, dass für die Kapitalisierung aller nicht erledigten Fälle heute grundsätzlich auf die der 5. Auflage zugrundeliegenden Rechnungsgrundlagen (insb. AHV VII^{bis}) abzustellen ist.

Da nur nicht fällige, künftige Renten kapitalisiert werden sollten, ist für die statistische Lebenserwartung nicht auf die bisherige oder heutige Lebenserwartung abzustellen, sondern es ist die zu erwartende, künftige Entwicklung der Sterblichkeit mitzubersichtigen. Dies wurde bereits in BGE 86 II 7 E. 5c anerkannt. Während die für die vierte Auflage benutzte Sterbetafel AHV VI^{bis} einen Zeithorizont bis 2010 umfasste, ist die vom Bundesamt für Statistik und vom Bundesamt für Sozialversicherung errechnete Sterbenswahrscheinlichkeit, auf der die 5. Auflage gründet, auf einen Zeitraum bis 2020 angelegt.

³⁰ SCHAETZLE, HAVE 2003, 166 ff.

³¹ BGE 129 III 135 E. 2 i.f. bzw. Pra 2003, Nr. 69, 353.

bb) Capitalisator und Leonardo-Programm

Im Juli 2003 erschien das Update 03 des LEONARDO-Programms zur Personen-Schaden-Berechnung. Dieses enthält einen eigenständigen capitalisator, der mit der Zeit wohl die Barwerttafeln ablösen wird.

Der capitalisator eignet sich für die Kapitalisierung von Renten. Er ist einfach zu bedienen. Es sind lediglich die gewünschten Parameter einzugeben: Kapitalisierung oder Verrentung einer Mortalitäts-, Aktivitäts- oder Zeitrente, auf ein oder zwei Leben, das Alter, allenfalls der Rechnungstag und das Geschlecht, die Dauer (sofort beginnend, aufgeschoben, temporär oder nicht-temporär), der gewünschte Zinsfuß, die Zahlungsweise und die zu kapitalisierende (konstante oder veränderliche) Rente bzw. das zu verrentende Kapital.

Beispiel:

Kapitalisierung einer indexierten, aufgeschobenen und zugleich temporären Aktivitätsrente,
Zinsfuß 2%

capitalisator - Berechnung 1.cap

Datei Extras Hilfe

Rechenart Kapitalisieren Verrenten

Mortalitätsrente Aktivitätsrente Zeitrente

Auf ein Leben Auf zwei Leben

Person

Name Vorname

Geburtsdatum Alter Geschlecht weiblich männlich

Kapitalisierung

Beginn sofort aufgeschoben bis Alter

aufgeschoben im Jahre

Dauer Ende Aktivität temporär bis Alter

Kapitalisierungszinssatz % Zahlungsweise

Betrag

Verlauf konstant gestaffelte Veränderung gleichnässige Veränderung

Jahresrente (Startwert)

Jährliche prozentuale Veränderung

Ausschlagfaktor

Jahresrente (Endwert)

Nützen

Für die Indexierung genügt es, die angenommene durchschnittliche Veränderung einzugeben (im Beispiel 1% für die Laufdauer von Alter 36 bis 64)

Eingaben löschen Berechnen

Ergebnis

Faktor Kapital (Barwert)

© Rechnungsgrundlagen Stautfer/Schoetzle/Möber 2001 - 2003

Für die komplexere Berechnung von Invaliditäts- und Versorgungsschäden (mit bisherigem und künftigem Schaden, verschiedenen Schadensposten und

Sozialversicherungsleistungen, Akontozahlungen und Schadenszinsen etc.) empfehlen wir dagegen das LEONARDO-Programm.

cc) Unterschiede zwischen den Barwerttafeln und der LEONARDO-Software

Das LEONARDO-Programm (inklusive capitalisator) verwendet dieselben Rechnungsgrundlagen wie die 5. Auflage der Barwerttafeln.³²

Neu sind nun aber im Computer-Programm die mathematischen Formeln implementiert, mit denen Renten in ein Kapital (Kapitalisierung) und ein Kapital in Renten (Verrentung) umgerechnet werden. Es wird somit nicht mehr auf die auf zwei Stellen hinter dem Komma gerundeten Faktoren abgestellt, wie dies bei Kapitalisierungs-Tabellen (aus Platzgründen) üblich ist.

Insoweit in den Software-Programmen weder die Zwischen- noch die Endergebnisse gerundet werden, ist die Berechnung genauer als mit den gerundeten Faktoren der Barwerttafeln. Dies führt aber nur zu minimalen Faktordifferenzen in der Grössenordnung von +/- 0.01. Viel wichtiger jedoch ist, dass die Anwendungsmöglichkeiten mit dem LEONARDO-Programm und dem capitalisator viel weiter gehen als mit den Barwerttafeln, die in Buchform zwangsläufig nur eine reduzierte Anzahl ausgewählter Tabellen enthalten können.

So lässt der capitalisator u.a. folgende Eingaben zu:

- beliebiger Zinsfuss zwischen - 99% und + 99% (auf 0.05% genau),
- Kapitalisierung veränderlicher Renten (gleichmässig oder gestaffelt),
- beliebige Zahlungsweisen (z.B. monatlich-vorschüssig, täglich oder jährlich nachschüssig),
- Verbindungsrenten auf das kürzere oder längere Leben, temporär und aufgeschoben, auch für gleichgeschlechtliche Personen,

und führt die Multiplikationen auf Jahresbasis durch, was ungerundete und fehlerfreie Barwerte ergibt.

dd) Kapitalisierungszinssatz

Gemäss BGE 125 III 312 hat die Abzinsung weiterhin mit 3.5% zu erfolgen, was in der Lehre unterschiedlich beurteilt wird.³³ Während früher unklar war, ob auch die künftige Teuerung zu ersetzen sei bzw. bereits im Kapitalisierungszinssatz von 3.5% teilweise eingerechnet worden ist (BGE 113 II 332, 96 II 447), wird dieser Zinssatz nun neu als Realzins interpretiert. Das bedeu-

³² Hiezu BGE 129 III 135 E. 2 i.f.

³³ Vgl. etwa: SIDLER, HAVE 2002, 388 ff.; BECK, HAVE 2002, 391 ff.; ILERI im Namen von Geschädigten-Anwälten, HAVE 2002, 394 f.; CHAPPUIS, HAVE 2003, 158 ff.; FELLMANN/BAZZANI, HAVE 2003, 161 ff.; BERGER, SJZ 99/2003, 323 ff.

tet, dass bei der Kapitalisierung nur die künftige reale Lohn- oder Kostenentwicklung einzurechnen ist, während im Falle der Abgeltung des Schadens in Rentenform die Indexierung auf Nominallohnbasis zu erfolgen hat.

Der Realzins beträgt im langjährigen Durchschnitt 2%. Wurde ein Teil des Kapitals in Aktien angelegt, so erhöhte sich die Rendite in der Vergangenheit, zumindest, wenn der Rückblick weiter als 10 Jahre zurückgeht. Soweit die geschädigte Person das Kapital aber zum Leben benötigt, drängt sich eine konservative Anlagestrategie mit einem nur kleinen Aktienanteil auf. Zudem sind die Vermögensverwaltungskosten, die noch immer etwa 1% ausmachen, zu subtrahieren, so dass u.E. von einem langfristigen Kapitalisierungszinsfuss von maximal 2% – 2.5% ausgegangen werden kann.

Der BVG-Minimalzins, der für 2003 von 3.25% auf 2% reduziert werden soll, darf nicht als Kapitalisierungszinsfuss im Haftpflichtrecht verwendet werden, da er nun regelmässig angepasst werden soll und sich deshalb für die langfristige Diskontierung, wie sie das Haftpflichtrecht aus Gründen der Rechtssicherheit verlangt, als ungeeignet erweist. Dennoch ist es wenig verständlich, weshalb professionelle Versicherer und Pensionskassen mit sehr grossen Portefeuilles zur Zeit offenbar nur eine Nominalrendite von 2% erreichen können, während die geschädigten Personen dagegen auf dem erhaltenen Kapital für den künftigen Direktschaden real (d.h. nach Anzug der Teuerung) 3.5% erwirtschaften sollen. Wird die langfristige Geldentwertung auf durchschnittlich 1% pro Jahr veranschlagt, wird von den Geschädigten eine um 2.5% bessere Kapitalanlage verlangt, als sie die professionellen Vermögensverwalter heute und in näherer Zukunft erreichen können. Auch wenn von einem unterschiedlichen Zeithorizont auszugehen ist, so beträgt der langfristige Realzins, der für die Kapitalisierung des Gesamtschadens, des Direktschadens und des Regresswertes nun als massgebend erklärt worden ist, im langjährigen Durchschnitt 2%. (Die Finanzexperten gehen bei den Pensionskassen auch bei einer längerfristigen Prognose von einem tieferen Zinsfuss aus, der – nominal! – zwischen 2% und 3% floatiert³⁴). Dies dürfte auch bei unterschiedlichen Konjunkturzyklen so bleiben – es sei denn, dass im 21. Jahrhundert eine deutlich bessere Realrendite erzielt werden kann als im vergangenen Jahrhundert. Bis jetzt aber war dies offensichtlich nicht der Fall.

³⁴ Vgl. z.B. ZIMMERMANN/VALDA, NZZ 19.8.03, Nr. 190, 25.

ee) Dauer des zu kapitalisierenden Schadens (BGE 129 III 135 = Pra 2003, Nr. 69)

Erwerbs- und Rentenschaden:

Wird, wie oben in 3.b.bb vorgeschlagen, bei der Festsetzung der Rentenhöhe dem Invalidisierungsrisiko statt bei der Rentendauer Rechnung getragen, so liegt es nahe, auch bei der Kapitalisierung entsprechend zu verfahren und für den Erwerbsschaden auf die temporären Mortalitätsfaktoren – und nicht mehr auf die Aktivitätswerte – abzustellen.

Beim Rentenschaden hat das Bundesgericht die sich seit längerem abzeichnende Praxisänderung nun mit BGE 129 III 135 E. 3 i.f. vollzogen. Der Rentenschaden ist von nun an als aufgeschobene Mortalitätsrente zu kapitalisieren.

Werden Erwerbs- und Rentenschaden, wie wir vorschlagen, mit den Mortalitätsfaktoren berechnet, entspricht die Summe der temporären und aufgeschobenen Faktoren der nicht-temporären Leibrente. Damit wird die Deckungslücke, zu der es käme, wenn der Erwerbsschaden weiterhin mit den Aktivitätstafeln berechnet würde, geschlossen.

Beispiel: für einen 30-jährigen Mann ergeben sich folgende Faktoren (beim Zinsfuss 3.5%):

temporäre Leibrente bis Alter 65 für den Erwerbsschaden:

Tafel 1a → Faktor 19.78

aufgeschobene Leibrente ab Alter 65 für den Rentenschaden:

Tafel 1b → Faktor 3.53

= nicht-temporäre Leibrente

gemäss Tafel 1: → Faktor 23.31

Haushaltschaden:

„Der künftige Haushaltschaden ist mittels der nichttemporären Aktivitätstafel Nr. 10 zu kapitalisieren“.³⁵ Dies erleichtert die Kapitalisierung, insbesondere von veränderlichen und Verbindungs-Renten. Damit ist der Schritt auf die Rechtsprechung vor BGE 108 II 434 vollzogen und das (mathematisch fragwürdige) Abstellen auf den Mittelwert Aktivität/Mortalität nicht mehr nötig.

Betreuungs- und Pflegeschaden:

Ist von einer lebenslänglichen Pflege und Betreuung auszugehen, wie beispielsweise im BGE vom 26.3.2002, so sind die (nicht-temporären) Mortali-

³⁵ BGE 129 III 135, zit. nach Pra 2003, 364.

tätsfaktoren zu verwenden. Korrekterweise müsste jedoch berücksichtigt werden, dass auch nicht geschädigte Personen im hohen Alter pflegebedürftig werden können und deswegen bei der Kapitalisierung ein Abzug vorgenommen werden sollte. Aus Gründen der Praktikabilität dürfte es sich aber empfehlen, auf einen solchen zu verzichten. Andenfalls dürften auch die lebenslänglich ausgerichteten Invalidenrenten (z.B. der Unfallversicherer) zu Regresszwecken, nicht mehr mit den nicht-temporären Mortalitätsfaktoren kapitalisiert werden, damit der Grundsatz der zeitlichen Kongruenz gewahrt wird. Zudem wird der statistisch ebenfalls ausgewiesenen verkürzten Lebenserwartung von schwer verletzten, pflegebedürftigen Personen in der Rechtsprechung auch nicht durch eine angemessene Erhöhung der Genugtuung Rechnung getragen.

ff) Veränderlicher Schaden

Die Kapitalisierung veränderlicher Renten war bisher nicht ganz einfach, mussten doch bei jeder Veränderung zugleich aufgeschobene und temporäre Faktoren ermittelt werden, die nicht direkt aus den Barwerttafeln abgelesen werden konnten. Annäherungsweise konnten gleichmässig steigende Renten zwar durch eine Zinsfussreduktion kapitalisiert werden, doch fehlte es oftmals an den entsprechenden Tafeln. Zudem war dieses Verfahren in der Praxis nicht beliebt, weil damit (vermeintlich) die Zinsfuss-Diskussion neu entfacht wurde.

Mit dem capitalisator und dem LEONARDO-Programm lassen sich jetzt gestaffelte und gleichmässig veränderliche Renten ohne weiteres kapitalisieren. Hauptanwendungsfall bilden die indexierten Renten, die dank der neueren Bundesgerichtspraxis nun auch im Haftpflichtrecht Eingang gefunden haben. Einerseits, wenn nominallohnindexierte Renten gesprochen oder vereinbart werden, andererseits, da der Reallohnentwicklung sowohl beim Erwerbsschaden³⁶ als auch beim Haushaltschaden³⁷ bei der Kapitalisierung Rechnung zu tragen ist. Die Auswirkungen dieser neuen Rechtsprechung zeigen sich etwa in BGE 129 III 135, in welchem dem bisherigen Schaden zwischen Alter 32 (Unfall) und 45 (Rechnungstag) eine Nominallohnentwicklung von 4% pro Jahr zugrunde gelegt worden ist. Ist der Schaden einer am Rechnungstag jüngeren Person zu kapitalisieren, so sind die künftigen (generellen und individuellen) Realloohnerhöhungen ebenfalls zu berücksichtigen. Und wenn bei der Höhe des Kapitalisierungszinsfusses auf durchschnittliche Erfahrungswerte abzustellen ist (BGE 125 III 312), so drängt sich dies auch für die (statistisch ausgewiesene) Lohnentwicklung auf.

³⁶ BGE 116 II 295.

³⁷ BGE vom 26.3.2002.

IV. Versuch einer Bilanzierung

Betrachtet man die erwähnten Urteile und versucht sie aus der Optik der Geschädigten zu gewichten, so lassen sich abschliessend folgende Feststellungen machen:

Im Problembereich der konstitutionellen Prädisposition hat sich zwar durch das Zurückdrängen der Reduktionsmöglichkeiten die Position verbessert, insofern aber auch verschlechtert, als in allen Fällen der hypothetischen Kausalität keine Möglichkeit mehr besteht, vom Quotenvorrecht zu profitieren, das früher regelmässig auch bei diesen Konstellationen zum Zuge gekommen ist.

Auch bei der Entwicklung der Rechtsprechung zum Erwerbsschaden lässt sich vom Geschädigten aus betrachtet nur dann eine positive Wende verzeichnen, wenn der Einkommensdynamik mehr Rechnung getragen wird. Um den Rentenschaden abschätzen zu können, müssen aber zwingend auch Annahmen zur hypothetischen Lohnentwicklung bis zum Erreichen des AHV-Alters gemacht werden.

Von der Umstellung auf den Nettolohn und der Berechnung des Rentenschadens auf dem Hintergrund der nicht finanzierten Altersvorsorge profitieren vor allem die Sozialversicherer, die in den Rentenschaden regressieren. Der Direkt-Erwerbsschaden wird dagegen empfindlich geschmälert, was durch den kapitalisierten Renten-Direktschaden nach der Pensionierung, insbesondere wegen der lebenslänglich ausgerichteten UV-Invalidenrenten und der Aufschubszeit bei der Kapitalisierung, keineswegs kompensiert wird.

Beim Haushaltschaden ist dagegen überwiegend eine für die geschädigte Person günstige Entwicklung im Gange. Einzig die Abschaffung des Mittelwertes Mortalität/Aktivität bei der Kapitalisierung hat eine leichte Reduktion zur Folge.

Ebenfalls zugunsten des Geschädigten profiliert hat sich der Betreuungsschaden, der gleich wie der Haushaltschaden so allmählich eine gefestigte Berechnungsbasis erhält, was die Rechtssicherheit erhöht und die Schadenabwicklung beschleunigt.

Der Kapitalisierungszinsfuss ist mit 3.5% zu hoch veranschlagt; dies erst recht, seit er als Realzins interpretiert wird. Die Hoffnung bleibt, dass in absehbarer Zeit mit einer Reduktion gerechnet werden kann.

Neu kann die geschädigte Person statt eines Kapitals eine Rente verlangen, die regelmässig an den Nominallohnindex zu binden ist. Solange die Waagschale zugunsten der Rentenform ausfällt, weil die Einkommensdynamik unterschätzt wird und der Kapitalisierungszinsfuss nicht dem zu erwartenden Realzins entspricht, kann die geschädigte Person von ihrem Wahlrecht Gebrauch machen. Dadurch würden sich in der nachfolgenden Tabelle zahlreiche Minus in ein Plus wandeln.

Entwicklungs-Bilanz aus der Sicht der geschädigten Personen

- Konstitutionelle Prädisposition + / -
- Erwerbsschaden -- / (+)
- Rentenschaden --
- Haushaltschaden ++ / -
- Betreuungsschaden + / +
- Kapitalisierungszinsfuß -- / (+)
- Indexierte Rente statt Kapital ++