

Die Suva erzielte in den vergangenen zehn Jahren (2008–2017) im Durchschnitt eine Performance von 3,8%, dies trotz des darin enthaltenen Börsencrashjahrs 2008.¹⁸ Rückblickend zeigt die Suva seit dem Jahr 1918 eine durchschnittliche mutmassliche jährliche Rendite von 5,7% auf.¹⁹

B. Im Speziellen 2014 bis 2017²⁰

Die Durchschnittsrenditen der Schweizer Aktien und Obligationen während der letzten vier Jahre liegen bei 3,6% bei 10% Aktienanteil bzw. bei 5,9% bei 50% Aktienanteil.

Performance nach Kosten	Aktienanteil			
	10%	20%	30%	50%
2014	9,1%	9,6%	10,1%	11,0%
2015	3,4%	3,4%	3,5%	3,6%
2016	1,0%	0,7%	0,4%	-0,1%
2017	1,0%	3,0%	5,0%	9,0%
2014–2017	3,6%	4,2%	4,7%	5,9%

Ein ähnliches Bild zeigt das Anlageergebnis der Suva in den letzten vier Jahren mit einer durchschnittlich erwirtschafteten Rendite von 5%.

Anlagejahr	Anlageergebnis ²¹
2014	7,00%
2015	1,20%
2016	4,10%
2017	7,80%
2014–2017	5,03%

C. Ergebnis

Die kurz- und langfristige rechtliche und ökonomische Entwicklung bestätigt die Ansicht des Bundesgerichts, dass die Höhe des langjährigen Kapitalisierungszinsfusses bei 3,5% zu belassen ist.

Der «richtige» Kapitalisierungszinsfuss sowie die Wechselwirkung von Direktschaden und Regressanspruch

Christian Huber*

I. Der begrenzte Nutzen der Sicht von aussen

Der aktuelle Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts 4A_254/2017 vom 9. April 2018 befasst sich mit der Frage, ob der seit 1946 vom Bundesgericht¹ für massgeblich angesehene Kapitalisierungszinsfuss von 3,5% nach wie vor angemessen ist, sowie damit im Zusammenhang mit der Wechselbeziehung von Regressanspruch und Anspruch des Direktgeschädigten. Das Bundesgericht lässt zwar anklingen, dass es – m.E. erdrückende – sachliche Argumente gegen das Festhalten am Kapitalisierungszinssatz von 3,5% gebe, lehnt schlussendlich eine Änderung der Rechtsprechung unter Bezugnahme auf die erfolgte Regulierung des Ersatzanspruchs des Direktgeschädigten, die auf der Basis von 3,5% erfolgt ist, ab. Neben einer Vielzahl hochrangiger Experten des schweizerischen Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts soll an dieser Stelle – nach einem ausdrücklichen Zuruf² – die Sicht von aussen, nämlich aus der Perspektive des deutschen und österreichischen Rechts, dargestellt werden.

Eine solche rechtsvergleichende Betrachtung könnte aufschlussreich sein, sind doch nicht nur die Probleme, sondern auch die Strukturen mit denen des schweizerischen Rechts vergleichbar: Es soll eine Überentschädigung des Direktgeschädigten durch Doppelliquidation von Schadenersatzanspruch und Sozialversicherungsleistung ebenso vermieden werden wie eine Entlastung des Haftpflichtigen bzw. der hinter diesem im Regelfall stehenden Haftpflichtversicherung. Die Umsetzung dieser vorgelagerten schadenersatzrechtlichen Wertung³ erfolgt jeweils durch eine Legalzession, in der Schweiz Art. 72 ATSG, in Deutschland § 116 SGB X, in Österreich § 332 ASVG, die gemeinsam ha-

¹⁸ <www.suva.ch/de-ch/die-suva/finanzen-und-immobilien/anlage-strategie-der-suva>, besucht am 4.7.2018.

¹⁹ <www.suva.ch/de-ch/die-suva/finanzen-und-immobilien/anlage-strategie-der-suva>, besucht am 4.7.2018.

²⁰ Der Zeitraum wurde aufgrund der letztmals im Jahre 2014 durch die Autoren untersuchten wirtschaftlichen Entwicklung bis in das Jahr 2013 gewählt (FRANCA SCHMIDLIN-KAISER/ANDREAS LÖRTSCHER, Kapitalisierungszinsfuss – eine unendliche Geschichte, HAVE 2014, 316).

²¹ <www.suva.ch/de-ch/die-suva/finanzen-und-immobilien/anlage-strategie-der-suva>, besucht am 4.7.2018.

* Prof. Dr. iur., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule (RWTH) Aachen.

¹ BGE 72 II 132.

² Im Anschluss an meine Kommentierung in ZVR 2018/136 (CHRISTIAN HUBER).

³ Zur Massgeblichkeit dieser und zu der im Vergleich dazu sekundären Frage der Umsetzung durch Legalzessionsnormen CHRISTIAN HUBER, Rechtsfolgen fehlender (spezialgesetzlicher) Legalzessionsnormen – über Art und Ausmaß (gebotener) gesetzlicher Determinierung, in: Christian Huber/Matthias Neumayr/Wolfgang Reisinger (Hrsg.), Festschrift Karl-Heinz Danz, Zum 65. Geburtstag, Wien 2017, 441 ff.

ben, dass es zu einem Anspruchsübergang mit Eintritt des Primärschadens kommt, der die Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers auslöst,⁴ und nicht wie im Privatversicherungsrecht erst durch Erbringung der Leistung des Versicherers, so im schweizerischen Recht Art. 72 VVG, im deutschen Recht § 86 VVG und im österreichischen Recht § 67 VersVG.

Für die folgenden Überlegungen spielt keine Rolle, dass es Unterschiede im Detail gibt, so bei der Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen der Sozialversicherungsträger, die in Deutschland gemäss § 118 SGB X gegeben ist, nicht jedoch in Österreich,⁵ oder eine je unterschiedliche Ausgestaltung bei Mithaftung und Haftungshöchstbeträgen sowie begrenzter Deckungssumme und einer dabei bestehenden Konkurrenz von Ansprüchen des Direktgeschädigten und Regressansprüchen des Sozialversicherungsträgers. Das österreichische Recht räumt dabei dem Sozialversicherungsträger eine stärkere Position ein als das deutsche Recht, wo modernere Normen⁶ die Aufteilung klar regeln, während im österreichischen Recht infolge weitgehender Abstinenz des Gesetzgebers⁷ das höchstrichterliche Judiz grösseres Gewicht hat.

Aus der Perspektive der beiden deutschsprachigen Nachbarrechtsordnungen ist die Diskussion in der Schweiz aber deshalb so spannend, weil sie in Deutschland und Österreich – was solche Feinheiten betrifft – gänzlich fehlt. Man ringt um «Basics», sodass sich solche Detailfragen erst gar nicht stellen. Das liegt an der unterschiedlichen Ausgangslage im Haftpflichtrecht. Während in der Schweiz bei einem weit in die Zukunft reichenden Vermögenspersonenschaden, namentlich einem Erwerbs-, Haushaltführungs-, Pflege- oder Versorgerschaden, der Geschädigte ein Wahlrecht hat⁸ und der Anspruch auf Kapital den Regel- und die Rente den Ausnahmefall darstellt,⁹ ist es in Deutschland und Österreich gerade anders herum: In den §§ 843 Abs. 1, 844 Abs. 2 BGB sowie §§ 1325, 1327 ABGB besteht le-

diglich ein Anspruch auf eine Rente; nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, der freilich in der Praxis so gut wie nie gegeben ist,¹⁰ hat der Geschädigte einen Anspruch auf Kapitalisierung gemäss § 843 Abs. 3 BGB bzw. § 14 Abs. 3 EKHG. Lediglich die gesetzliche Unfallversicherung kann im deutschen Recht nach § 110 Abs. 1 S. 2 SGB VII bei ihrem originären Regressanspruch Kapitalisierung des Rentenanspruchs verlangen.

Dessen ungeachtet ist die Kapitalisierung von Renten in Deutschland und Österreich weit verbreitet. Diese findet freilich weitgehend im rechtsfreien Raum statt – nach den Vorgaben der Haftpflichtversicherer, die zwar einerseits selbst an einer Kapitalisierung interessiert sind, andererseits aber darauf verweisen, dass sie einer solchen nur zu ihren Konditionen zustimmen, was dazu führt, dass nach wie vor eine Kapitalisierung von 5% vorgenommen wird.¹¹ Erschwerend kommt hinzu, dass – anders als in der Schweiz¹² – in Deutschland¹³ und Österreich¹⁴ eine indexierte Rente abgelehnt wird und der Geschädigte erst Anpassung – für die Zukunft – begehren kann, wenn das Auseinanderklaffen von Nominalbetrag und dem sich aus der Indexierung ergebenden Betrag «wesentlich» ist, wobei für den Anspruchsteller schwer abschätzbar ist, wann das gegeben ist.¹⁵

Während die Bedeutsamkeit des Zinsfusses bei der Kapitalisierung von Renten in Österreich von den meisten Fachleuten auf dem Gebiet des Sozialversicherungs- und Haftpflichtrechts nicht wahrgenommen und auch von den Mitgliedern der beiden Schadenersatzreformkommissionen «bloss» als Frage der Versicherungsmathematik angesehen wurde,¹⁶ ist es in Deutschland

⁴ REMO DOLF, Präjudiziert die Direktschadenerledigung den Regress des Sozialversicherers?, in: Stephan Weber/Peter Beck (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, Zürich/Basel/Genf 2017, 146 ff., 154.

⁵ CHRISTIAN HUBER/MATTHIAS NEUMAYR, in: Michael Schwimann/Georg E. Kodek (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 7, 4. Aufl., LexisNexis Österreich 2016, § 332 ASVG Rn. 23.

⁶ Für das deutsche Recht sei verwiesen *pars pro toto* auf § 116 Abs. 3 bis 6 SGB X sowie § 109 VVG und § 118 VVG.

⁷ Erwähnt sei immerhin die *lex fugitiva* des § 332 Abs. 5 ASVG, wonach ein gerichtlich festgestellter Schmerzensgeldanspruch des Direktgeschädigten Vorrang hat bei nicht ausreichender Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung.

⁸ So seit BGE 125 III 320; HARDY LANDOLT, Art. 45–49 OR, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Band V/1c/2 – Das Obligationenrecht, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Vorbemerkungen zu Art. 45, 46 OR N 246; zu den Komplikationen einer Rente bei Teilhaftung und Quotenvorrecht SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, *Errare humanum est ...*, HAVE 2014, 178 ff., 181.

⁹ LANDOLT (Fn. 8), Vorbemerkungen zu Art. 45, 46 OR N 248.

¹⁰ JAN LUCKEY, Personenschaden, 2. Aufl., Luchterhand 2018, Rz. 1651.

¹¹ GERHARD KÜPPERSBUSCH/OTTO HÖHER, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 12. Aufl., München 2016, Rz. 869: «In der Praxis der außergerichtlichen, frei zu vereinbarenden Kapitalabfindung ist – unabhängig von den jeweils erzielbaren Kapitalmarktzinsen – ein Zinssatz von 5% üblich und angemessen.» Ähnlich IRINA VATTER, in: Burmann/Jahnke, Handbuch des Personenschadensrechts, München 2016, Kap. 6 Rz. 239: «In der Praxis wird bereits seit Jahren von einem Zinsfuß von 5% ausgegangen»; jeweils Anwälte von Defensivkanzleien; kritisch hingegen LUCKEY (Fn. 10), Rz. 1681 (ein Richter): «Zins von 5% gängig; dies ist indes nicht höchstrichterlich vorgegeben und zudem sehr weit entfernt von den derzeit erzielbaren Renditen.»

¹² STEPHAN WEBER/MARC SCHAEZLE, Zeit ist Geld oder der unterschätzte Einfluss des Rechnungstages auf die Schadensberechnung, HAVE 2004, 97 ff., 101.

¹³ Nachweise und Kritik bei CHRISTIAN HUBER, in: NomosKomm BGB, 3. Aufl., 2016, §§ 842, 843 Rz. 77 f.

¹⁴ Nachweise und Kritik bei CHRISTIAN HUBER, in: Michael Schwimann/Matthias Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar, 4. Aufl., LexisNexis Österreich 2017, § 1325 Rz. 11; zuletzt Urteil des OGH 2 Ob 142/16w, Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ) 2018, 177 mit Anmerkung HERBERT SALFICKY, ÖJZ 2018, 192.

¹⁵ Dazu Urteil des BGH VI ZR 150/06, NJW 2007, 2475 (Teichmann) = VRR 2007, 342 (Luckey): Bei einer Schmerzensgeldrente akkumulierte Inflation von 25% nicht ausreichend für «Wesentlichkeit» der Änderung und damit der Anpassung.

¹⁶ Kritisch bereits CHRISTIAN HUBER, Die Reform des österreichischen Schadenersatzrechts, ZVR 2006, 472 ff., 479 f., unter Bezugnahme auf die Diskussion auf dem Verkehrsgerichtstag in Goslar im Jahr 2005.

die Dominanz der im Sold der Haftpflichtversicherer stehenden Defensivkanzleien, die – anders als in der Schweiz – die einschlägige Literaturszene beherrschen und bemüht sind, den Status quo zu erhalten. Dessen ungeachtet wird auf dem Verkehrsgerichtstag in Goslar 2019 im Arbeitskreis IV dieses Problem thematisiert werden. Es wird dort unter anderem um die Frage gehen, ob der Gesetzgeber – unter gewissen Voraussetzungen – einen Anspruch auf Kapitalisierung schaffen soll, was dazu führen würde, dass die Modalitäten der Kapitalisierung einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen würden,¹⁷ sodass künftig auch in Deutschland eine Diskussion auf ähnlich hohem Niveau geführt werden könnte wie in der Schweiz. Nicht auszuschliessen ist dann, dass auch Österreich insoweit aus seinem Dornröschenschlaf erwachen könnte. Die nachfolgenden Überlegungen sind somit die eines «Unbedarften», der ohne bisherige Involvierung in die hochstehende schweizerische Diskussion versucht, «unvorbelastet» die Dinge zu betrachten.

II. Der «falsche» Anlassfall

Die *Suva*¹⁸ und andere Autoren¹⁹ haben seit Langem erkannt, dass der seit 1946 vom Bundesgericht²⁰ für massgeblich angesehene Kapitalisierungszinssatz nicht mehr angemessen ist. Die Suva hat sich mit dem Sachverhalt des aktuellen Bundesgerichtsentscheids ungeachtet der Beschränkung auf die Höhe des Kapitalisierungszinssatzes²¹ freilich einen Anlassfall ausgesucht, der für das Kippen der Judikatur nicht eben ideal war: Die Regulierung des Direkt Schadens auf der Basis eines Zinssatzes von 3,5% war abgeschlossen; und in der nachfolgenden Regulierung des Regress Schadens reklamierte die Suva für sich einen Zinssatz von lediglich 2%. Ungeachtet der geleisteten Akontozahlungen in Höhe von CHF 300 000 wird deutlich, welche enorme Bedeutung es hat, ob auf der Basis von 3,5% oder 2% reguliert wird.

Umstritten ist in der schweizerischen Literatur, ob es für den Direktgeschädigten einerseits und den Regressgläubiger, somit den Sozialversicherer, andererseits ei-

nen einheitlichen Zinssatz geben soll.²² Dafür spricht gewiss die Praktikabilität. Dagegen kann freilich das Postulat der subjektiv-konkreten Schadensberechnung ins Treffen geführt werden: Der Direktgeschädigte muss – jedenfalls ohne sozialversicherungsrechtliche Absicherung – allein von der Kapitalentschädigung beim Erwerbsschaden seinen Lebensunterhalt für den Rest seines Lebens bestreiten; Entsprechendes gilt für den Haushaltsführer, die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger beim Versorgerschaden und den Verletzten beim Pflegeschaden. Das hat zur Folge, dass sie grössere Wertschwankungen bei Veranlagung in Aktien weniger leicht verkraften können als institutionelle Anleger.²³ Zudem ergeben sich bei institutionellen Anlegern wie Sozialversicherern gewiss «Mengenrabatte» bei den Spesen, weil es einen Unterschied macht, ob man ein Depot von CHF 100 000 oder CHF 1 Mrd. hält.²⁴ Die Spesen entwickeln sich gewiss nicht proportional zu den sich im Depot befindlichen Werten, sondern werden in Bezug auf den Anlagebetrag – stark – überproportional sinken.

Die subjektiv-konkrete Schadensberechnung würde daher für einen höheren Kapitalisierungszinssatz bei institutionellen Anlegern als beim Direktgeschädigten sprechen. Aber selbst diejenigen, die sich unter Berufung auf die subjektiv-konkrete Schadensberechnung für eine Differenzierung aussprechen, wollen das nicht auf die Spitze treiben und betonen mehr das (typisiert) Subjektive als das Konkrete. WEBER²⁵ schwebt wohl eine Zweiteilung vor.

Ein gewisses Vorbild hätte das beim Verzugsschaden im deutschen Recht, wo gemäss § 288 Abs. 2 BGB zum Basiszinssatz ein Aufschlag von 9% gebührt, wenn es sich um ein Unternehmergeschäft handelt, jedoch ein solcher von 5% bei allen anderen Geschäften. Dass die Spreizung von 4% im konkreten Fall viel zu hoch ist, ist eine Sache; dass man aber nach typisierten Merkmalen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher differenziert, dafür gäbe es immerhin ein Vorbild. Auch wäre dem Gedanken Rechnung getragen, dass bei schweren Personenschäden die häufig lange Dauer der Schadensregulierung nicht auch noch durch ein Feilschen um den gerade im konkreten Einzelfall passenden Zinssatz zusätzlich belastet wird.²⁶

¹⁷ Fürchten muss sich davor nur derjenige, der bisher «ungerechtfertigte» Vorteile lukriert hat.

¹⁸ LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 8), 178 ff.; anders noch SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER, Kapitalisierungsfragen aus der Sicht der obligatorischen Unfallversicherung, in: Pierre Tercier (Hrsg.), Kapitalisierung – Neue Wege, Freiburg 1998, 261 ff., 280.

¹⁹ PETER BECK, Senkung des Kapitalisierungszinssatzes angezeigt, HAVE 2002, 391 ff., 392; ATILAY ILERY, Kapitalisierungszinssatz, HAVE 2002, 394; LANDOLT (Fn. 8), Vorbemerkungen zu Art. 45, 46 OR N 273; STEPHAN WEBER, Keine Minderung von Zins und Schaden, HAVE 2004, 306 (zit. WEBER, HAVE 2004); DERS., Kapitalisieren mit unterschiedlichen Zinssätzen?, HAVE 2014, 189 ff., 190 (zit. WEBER, HAVE 2014).

²⁰ BGE 72 II 132.

²¹ UELI METTLER/SIMON KNAUS, Höhe des Kapitalisierungszinssatzes für UVG-Renten als Grundlage für Regressforderungen in Haftpflichtfällen, HAVE 2014, 199: Das der wichtigste Faktor.

²² Dagegen WEBER (Fn. 19), HAVE 2014, 192. Dafür BECK (Fn. 19), 392 f.; LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 8), 280; LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 8), 182.

²³ LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 8), 180.

²⁴ Dazu Urteil des BGE 4A_99/2011 vom 4. Juli 2011: Schon beachtlich ein Depot mit CHF 4,1 Mio. – angenommen wurde eine zu erwirtschaftende Rendite von 6%; um wie viel mehr muss das aber dann für CHF 40 Mrd. (so der Hinweis bei WEBER [Fn. 19], HAVE 2014, 189) gelten, die die Suva verwaltet!

²⁵ WEBER (Fn. 19), HAVE 2014, 191.

²⁶ WEBER (Fn. 19), HAVE 2014, 191.

Hält man das für plausibel, dann ist aber – jedenfalls vom Rechtsgefühl her – ein Fall für eine Judikaturwende denkbar ungeeignet, bei dem der Verletzte sich beim Direktschaden mit dem bisherigen Kapitalisierungszinssatz von 3,5% abfinden (lassen) musste. Es ist dann – für das Höchstgericht – wenig nachvollziehbar gewesen, warum es ausgerechnet den Regressgläubiger als institutionellen Anleger mit einem geringeren Kapitalisierungszinssatz «privilegieren» sollte. Die Verklammerung zwischen Regressanspruch und Direktschaden bildete noch ein zusätzliches, womöglich ausschlaggebendes Argument für das Festhalten am bisherigen Kapitalisierungszinssatz von 3,5%.

Es soll daher geprüft werden, ob bei einem «geeigneteren» Anlassfall sich das Bundesgericht alsbald doch noch bewegen könnte (C.); und wenn ja, in welchem Ausmass, besteht doch über die Richtung, nämlich im Sinn der Herabsetzung des Kapitalisierungszinssatzes, kaum ein Zweifel. Abschliessend soll noch betrachtet werden, warum – jedenfalls aus der Perspektive des deutschen und österreichischen Haftpflichtrechts – Bedenken gegen die Begründung des Entscheids unter Bezugnahme auf die Einheit des Schadenersatzanspruchs, also die Verklammerung des Anspruchs des Direktgeschädigten und des auf den Regressgläubiger übergegangenen Anspruchsteils, bestehen (D.).

III. Die Höhe des Kapitalisierungszinssusses

Nach der Devise «Steter Tropfen höhlt den Stein» ist das von der Suva angestrebte Verfahren ein weiterer Anlauf zur Herabsetzung des Kapitalisierungszinssatzes von 3,5%.²⁷ Ob dieser angemessen und richtig ist, hängt einerseits vom Faktum der – seit längerer Zeit bestehenden – Niedrigzinsphase ab, somit den Marktverhältnissen,²⁸ andererseits aber auch vom Problemzugang, somit den Prämissen, die bei der Ermittlung des Kapitalisierungszinssusses beachtlich sind.

Häufig werden «Kontinuität, Vertrauen und Rechtsicherheit» als besonders beachtliche Determinanten betont, die einer periodischen Änderung des Kapitalisierungszinssusses entgegenstehen (sollen).²⁹ Als unbefangener Aussenstehender fragt man sich: Warum ist das so? Auch das Gutachten von METTLER/KNAUS³⁰ hält eine Anknüpfung an die Verhältnisse des Kapitalmarkts für geboten. Die Schweiz ist ein Hort der Kontinuität und Stabilität; demgegenüber haben die Zinsen in Deutschland und Österreich in den letzten Jahrzeh-

ten deutlich stärker geschwankt. Während die Veranlagungszinsen sich derzeit – nicht zuletzt aufgrund der Politik der Europäischen Zentralbank – sowohl im kurz- wie langfristigen Bereich zwischen 0,1% und 1% bewegen, bekam man Anfang der 1980er-Jahre sowohl für täglich fälliges Geld als auch für Staatsanleihen mit längerer Laufzeit ca. 10% Zinsen.

Schützenswert ist ein Bürger im Privatrecht dann, wenn er Dispositionen im Vertrauen auf eine Auskunft oder Rechtslage getroffen hat. Das Rückwirkungsverbot ist Ausdruck solchen schützenswerten Vertrauens. Aber darum geht es gerade nicht. Wenn sich die Marktverhältnisse ändern, ist es das Natürlichste der Welt, eine Anpassung pro futuro vorzunehmen. Würde man wie beim Verzugszins nach deutschem Recht an den halbjährlich sich ändernden Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank oder eine vergleichbare Referenzgrösse der schweizerischen Zentralbank anknüpfen, würde kein schützenswertes Vertrauen beeinträchtigt. Warum dann die Änderung sich nur in einer besonderen Bandbreite bewegen darf,³¹ ist ebenfalls kaum nachvollziehbar, wobei zu betonen ist, dass Änderungen während eines Halbjahres ohnehin eher marginal sein werden. Ob einen solchen Referenzzinssatz das Bundesgericht dekretieren kann oder es dazu einer Vorgabe des Gesetzgebers bedarf, steht auf einem anderen Blatt; bewusst sein sollte man sich freilich, dass das Beharren auf dem Status quo ebenfalls eine Wertentscheidung zugunsten des einen und zulasten des anderen ist.

Betont wird, dass es nicht um den Veranlagungszinssatz zu einem bestimmten Zeitpunkt gehe, sondern um den Zinssatz im langjährigen Durchschnitt.³² Abgesehen davon, dass man trefflich darüber streiten kann, auf welchen Zeitraum – nur den der Vergangenheit oder auch den der Zukunft mit welcher stets unwägbarer Wahrscheinlichkeit – abzustellen sein soll, überzeugt das m.E. schon vom Ansatz her nicht. Für Sozialversicherer als Regressgläubiger mag es zutreffen, dass diese bei ihren Veranlagungen über die Jahre einen Ausgleich erzielen können, wenn sich um einen idealtypisch richtigen Zinssatz Schwankungen in der einen und anderen Richtung ergeben. Man muss sich freilich bewusst machen, dass es – jedenfalls im Ausgangspunkt – um den Zinssatz des Geschädigten geht, zu dem dieser den Kapitalbetrag veranlagen kann; und dieser hat gerade zum Zeitpunkt des Empfangs einen Veranlagungsbedarf. Auch dieser Umstand würde dafür sprechen, an einen aktuellen Zinssatz anzuknüpfen. Der spätest mögliche Zeitpunkt dürfte dabei der der letzten mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz sein.³³ Danach eintreten-

²⁷ Davor schon BGE 125 III 312; Urteil des BGer 4C.3/2004 vom 22. Juni 2004.

²⁸ Dazu LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 8), HAVE 2014, 181: Nur zwischen 1990 und 1999 waren Realrenditen von 3,5% erzielbar.

²⁹ So schon BGE 125 III 312; WEBER/SCHAETZLE (Fn. 12), 103; WEBER (Fn. 19), HAVE 2004, 309.

³⁰ METTLER/KNAUS (Fn. 21), 209.

³¹ So METTLER/KNAUS (Fn. 21), 209: Gegenüber dem Vorjahr maximal 0,25%.

³² LANDOLT (Fn. 8), Vorbemerkungen zu Art. 45, 46 OR N 259.

³³ Zur Bedeutsamkeit des Rechnungstages WEBER/SCHAETZLE (Fn. 12), 97 ff.

de Nachteile bis zur tatsächlichen Auszahlung müssen auf andere Weise aufgefangen bzw. abgefedert werden.

Ein weiterer zentraler Punkt ist die Art der Veranlagung. Insoweit leuchtet es m.E. ein, zwischen einem Sozialversicherer als Regressgläubiger und dem Direktgeschädigten zu unterscheiden. Der Direktgeschädigte hat im Normalfall keine besondere Expertise bei der Veranlagung grösserer Beträge. Das Ansinnen, jedenfalls einen Teil in Aktien zu investieren, wurde in Deutschland und Österreich in solchen Konstellationen noch nie diskutiert. Das mag damit zusammenhängen, dass die Orientierung am Tüchtigen – nach der calvinistischen Ethik – in der Schweiz stärker ausgeprägt sein wird, ganz abgesehen davon, dass es womöglich auch für schweizerische Richter/-innen selbstverständlich sein mag, ihre Ersparnisse so anzulegen, während das in Deutschland und Österreich anders sein dürfte, weil die Besoldung dieser Berufsgruppe in der Regel nicht für eine solche Form der Ersparnisbildung ausreichend sein wird.

Dazu kommt etwa in Österreich die Erfahrung, dass der ATX (der Aktienindex Österreichs) im Jahr 2005 ein Allzeithoch von knapp über 5000 erreicht hat, während die Erholung seither allenfalls bis zu einem Wert von 3500 gereicht hat. Die Aussage, dass eine Baisse innerhalb kurzer Zeit durch eine Hausse abgelöst wird,³⁴ sodass der Zinssatz nach der Laufzeit differieren könne,³⁵ trifft nach den Erfahrungen in Österreich gerade nicht zu. Wer zum falschen Zeitpunkt eingestiegen ist, hat das nicht einmal in mehr als 10 Jahren aufgeholt, sondern Verluste von ca. einem Drittel nachhaltig erlitten, von entgangenen Erträgen ganz zu schweigen. In welcher Phase man sich befindet, weiss nicht nur der Unbedarfte freilich stets erst ex post!

Dazu kommt, dass dem Direktgeschädigten nicht zumutbar ist, in Anlagen zu investieren, bei denen die Bonität des Schuldners in Frage steht. Der Hinweis, dass auch die Erwerbsbiografie in ihrem zeitlichen Verlauf nicht risikolos sei,³⁶ verfängt nicht. Denn insoweit geht es um die Berechnung des Erwerbsschadens, nicht um die der Kapitalisierung; man sollte nicht Äpfel mit Birnen vermengen. Für die Anknüpfung an den Basiszinssatz oder eine inflationsgeschützte Bundesanleihe³⁷ würde der Umstand grösstmöglicher Transparenz³⁸ sprechen, was wiederum der Rechtssicherheit zugutekäme.

Den Direktgeschädigten auf riskante Anlageformen zu verweisen, ist somit wenig angemessen.³⁹ Bei Sozialversicherern als Regressgläubigern, die wie im Alten Testament die mageren Jahre durch die fetten ausgleichen können, ist die Zumutbarkeit einer massvollen Beimischung von Aktien, wodurch mittelfristig eine höhere Rendite möglich ist, jedoch gegenteilig zu beurteilen.⁴⁰ Auch der bei einer solchen Veranlagung entfallende Transaktions- und Verwaltungskostenanteil fällt bei diesen wegen des grossen Veranlagungsvolumens nicht nennenswert ins Gewicht.⁴¹ Da mit *Leonardo* ein Rechenprogramm zur Verfügung steht, das auch solche Komplikationen – wohl mühelos – bewältigt, kann dagegen auch nicht der Gesichtspunkt ins Treffen geführt werden, dass das unpraktikabel sei.⁴²

Von zentraler Bedeutung ist schliesslich, welche Komponenten bei Festsetzung eines bestimmten Kapitalisierungszinsfusses berücksichtigt werden müssen: Ausser Streit steht, dass es die mit dem Kapitalbetrag erzielbaren Erträge sind, wird doch dieser im Vergleich zum Zustand ohne schädigendes Ereignis bzw. einer Schadenersatzrente frühzeitig, somit vor der jeweiligen Fälligkeit, geleistet. Verwunderlich ist aus deutscher und österreichischer Sicht, dass die Versteuerung der Kapitalerträge nirgendwo thematisiert wird. Sind solche in der Schweiz steuerfrei? Es würde dann gelten: Felix Helvetia! In Deutschland und Österreich sind auf Kapitalerträge ca. 25% Einkommenssteuer zu bezahlen; in Deutschland wird das als Abgeltungssteuer, in Österreich als Kapitalertragssteuer bezeichnet. Dagegen mag man ins Treffen führen, dass auch der Erwerbsschaden bzw. die Erwerbsschadensrente als Schadenersatz zu versteuern gewesen wäre und dabei im Regelfall noch höhere Steuern fällig geworden wären. Das trifft zu, gilt freilich nicht für die vermehrten Bedürfnisse und den Haushaltführungs- bzw. Vorsorgeschaden. Insofern wäre m.E. eine Differenzierung nach Schadensposten geboten.

Entsprechendes gilt für die Berücksichtigung weiterer Faktoren: Beim Erwerbsschaden sind der berufliche Aufstieg⁴³ und das Risiko, arbeitslos zu werden, schon bei der Ermittlung der Rente zu berücksichtigen, die dann kapitalisiert wird. Soweit die künftige Inflation durch den Kapitalisierungszinsfuss mit abgegolten werden soll, wäre es m.E. sachgerecht, von einem Basiszinssatz auszugehen, bei dem je nach Schadensposten Korrekturen vorzunehmen sind. In aller Regel verweist man auf den Konsumentenpreisindex. Das mag als Faustregel tauglich sein. Soweit es allerdings

³⁴ LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 8), 180.

³⁵ Dafür ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, Bern 2013, Vorbemerkungen zu Art. 45 und 46 OR N 62.

³⁶ So BGE 125 III 312; kritisch zu Recht LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 8), 180.

³⁷ Für diesen Ansatz METTLER/KNAUS (Fn. 21), 209, freilich mit dem Hinweis, dass es für solche in der Schweiz keinen Markt gebe.

³⁸ Für eine solche METTLER/KNAUS (Fn. 21), 209: Nachvollziehbarkeit aufgrund öffentlich zugänglicher Marktdaten.

³⁹ WEBER/SCHAETZLE (Fn. 12), 103.

⁴⁰ So auch WEBER (Fn. 19), HAVE 2014, 190 f.

⁴¹ WEBER (Fn. 19), HAVE 2014, 190.

⁴² WEBER (Fn. 19), HAVE 2014, 192; a.A. BECK (Fn. 19), 393.

⁴³ Diesen wohl in den Kapitalisierungszinsfuss einbeziehend BREHM (Fn. 35), Vorbemerkungen zu Art. 45 und 46 OR N 61.

um den Pflegeleistungs- und Haushaltführungsschaden geht, ist zu beachten, dass bei diesen eine Kostendämpfung durch den technischen Fortschritt, wie das bei Handys und Computern, die im Konsumentenpreisindex enthalten sind, der Fall ist, nicht oder kaum gegeben ist. Auch künftig werden – hoffentlich – die gebotenen Hilfeleistungen durch Menschen und nicht durch Roboter erbracht werden. Da die Preise für solche Dienstleistungen daher stärker steigen als der Konsumentenpreisindex, ist das mit einem Abschlag zu berücksichtigen.⁴⁴ Zudem erscheint die Annahme einer Inflation von 0,5% aus deutscher und österreichischer Perspektive, wo künftig eher 1,5 bis 2% angenommen werden, überaus massvoll,⁴⁵ was freilich mit der ständigen Aufwertung des Schweizer Franken zu tun haben könnte; ob das auch in Zukunft so weitergeht, ist schon wegen der damit verbundenen Problemen für die schweizerische Exportwirtschaft fraglich.⁴⁶

Die Beobachtung des «Aussenstehenden» sei auf den Punkt gebracht: Auch der von der Suva reklamierte Kapitalisierungssatz von 2% dürfte für den Erwerbsschaden an der Obergrenze liegen. Für den Direktgeschädigten ist jedoch ein geringerer Kapitalisierungszinssatz zugrunde zu legen, namentlich wenn es um den Haushaltführungs- und Pflegeschaden geht. Da mit dem Berechnungsprogramm *Leonardo* ein technisches Hilfsmittel zur Berechnung zur Verfügung steht, sollten Differenzierungen gewagt werden. Eine halbjährliche Anknüpfung an aktuelle Kapitalmarktzinsen, wie beim Verzugschaden nach deutschem Recht, würde die so schwierige Entscheidung entbehrlich machen, wann ein konkreter Kapitalisierungszinssatz gerade noch oder nicht mehr mit dem schadensrechtlichen Ausgleichsprinzip vereinbar ist. Die Frage, was eine bloss «temporäre» Zinsschwankung ist,⁴⁷ wäre dann obsolet.

IV. Direktschaden und Regressanspruch – siamesische Zwillinge oder Ansprüche mit eigenständigem Schicksal

Das Bundesgericht hat eine Anpassung des Kapitalisierungszinssatzes unter Verweis darauf abgelehnt, dass der Direktschaden des Geschädigten bereits mit 3,5% kapitalisiert worden sei; es wäre Sache des Regressgläubigers gewesen, sich bereits in dieser Phase im Wege der Nebenintervention einzubringen. Offen-

bar hätte dies Einfluss auf die Aufteilung von Direktschaden und Regressanspruch gehabt. Diese Sicht geht davon aus, dass im Ausgangspunkt der Geschädigte einen Anspruch auf Kapitalentschädigung hat; und durch Art. 72 ATSG wird davon ein Teil abgespalten, der auf den Regressgläubiger übergeht. Zugrunde gelegt wird dabei ein bestimmter Zinssatz. Ändert sich dieser bei einem der beiden, Direktgeschädigten oder Regressgläubiger, hat das auch Einfluss auf das Ausmass der dem anderen zustehenden Kapitalentschädigung.

Stellt man – primär – auf den jeweiligen Anspruch auf Kapitalentschädigung ab, ist das folgerichtig. Das Argument, dass auch durch eine Legalzession die Stellung des *debitor cessus* nicht verschlechtert werden darf, unterstützt diese Sicht noch zusätzlich. Sie ist allerdings nicht zwingend. Im deutschen und österreichischen Schadenersatzrecht dominiert die Sichtweise, dass im Ausgangspunkt bloss eine Rente gebührt. Und wie diese kapitalisiert wird, ist vom Verhandlungsgeschick des jeweiligen Gläubigers abhängig. Abgesehen davon, dass die Kapitalisierung von Renten – bisher – kaum einer richterlichen Kontrolle unterliegt, würde in Deutschland und Österreich der unterschiedlichen Kapitalisierung der Rente durch Direktgeschädigten und Regressgläubiger wohl kaum jemand Einfluss auf die Höhe des jeweils anderen Anspruchs zubilligen. Betont wird vielmehr, dass mit dem Rechtsübergang im Zeitpunkt des Eintritts des Primärschadens die beiden Ansprüche fortan ein jeweils eigenes Schicksal haben. Eine Nebenintervention des Sozialversicherungsträgers an der Seite des Direktgeschädigten wird sogar ausdrücklich abgelehnt.⁴⁸

Diese Sichtweise könnte auch für das schweizerische Recht erwägenswert sein.⁴⁹ Abgesehen davon, dass für die eine oder andere Konstellation die Empfehlung für eine Rente anstelle einer Kapitalentschädigung gegeben wird,⁵⁰ ist der Rente zugestehen, dass sie unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution die durch das schädigende Ereignis gerissene Lücke präziser ausfüllt. Dazu kommt, dass die zeitliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen nur bei Abstellen auf die jeweilige Rente zu beurteilen ist.⁵¹ Erwähnt sei, dass der Rentenbeitragsschaden im deutschen Recht nach

⁴⁴ So für die Gesundheitskosten zu Recht LANDOLT (Fn. 8), Vorbemerkungen zu Art. 45, 46 OR N 263.

⁴⁵ Anders noch LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 18), 280: Teuerung von durchschnittlich 3,5%; etwas vorsichtiger LANDOLT (Fn. 8), Vorbemerkungen zu Art. 45, 46 OR N 263: 1,5%.

⁴⁶ Zum Zusammenhang von Währungsrelation und Zinssatz vgl. BECK (Fn. 19), 392, sowie BREHM (Fn. 35), Vorbemerkungen zu Art. 45 und 46 OR N 62b, der ebenfalls von einer Angleichung ausgeht.

⁴⁷ Darauf abstellend BREHM (Fn. 35), Vorbemerkungen zu Art. 45 und 46 OR N 60.

⁴⁸ Für das deutsche Recht LUCKEY (Fn. 10), Rz. 1568, unter Verweis auf Urteil des OLG Koblenz 5 U 309/09, MedR 2010, 715; für das österreichische Recht HUBER/NEUMAYR (Fn. 5), § 332 ASVG Rz. 13, unter Hinweis auf Urteil des OGH 2 Ob 12/09t, ZVR 2010/123.

⁴⁹ A.A. BECK (Fn. 19), 393: Dann nämlich Erfordernis der Ermittlung des Direktschadens für die einzelnen Phasen.

⁵⁰ WEBER (Fn. 19), HAVE 2004, 311: Für den Fall der Verminderung von Sozialleistungen, was m.E. wegen des demografischen Wandels die eher wahrscheinlichere Variante ist; BREHM (Fn. 35), Vorbemerkungen zu Art. 45 und 46 OR N 34a: Fall einer unfallunabhängig verminderten Lebenserwartung; BECK (Fn. 19), 393; LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 18), 181: Sofern Kapitalisierungszinssatz zu hoch ist.

⁵¹ Dazu LÄUBLI ZIEGLER (Fn. 8), 273: Beim Erwerbsschaden nunmehr lebenslänglicher Schaden angenommen.

§ 119 SGB X zwingend laufend zu regressieren ist, während nach österreichischem Recht der Geschädigte insoweit ein Wahlrecht hat.⁵² Jedenfalls im deutschen und österreichischen Recht wird das Postulat, dass die Stellung des *debitor cessus* keinesfalls verschlechtert werden darf,⁵³ abgeschwächt. So zeigt sich die Eigenständigkeit des übergegangenen Anspruchs darin, dass der Regressanspruch erst mit Kenntnis des Sozialversicherungsträgers zu verjähren beginnt,⁵⁴ was typischerweise für den *debitor cessus* ebenso nachteilig ist wie der Umstand, dass Vergleichsverhandlungen sowie Klageerhebung und auch die Rechtskraft des Urteils im Direktprozess keinen Einfluss haben auf den Regressanspruch. Auch die Höhe des Verzugsschadens ist nach den jeweiligen Verhältnissen zu beurteilen.⁵⁵ Bei einem Auslandsbezug ist die Möglichkeit, den ausländischen Kfz-Haftpflichtversicherer im Inland zu verklagen, allein dem Direktgeschädigten vorbehalten.⁵⁶

So sehr vom Rechtsgefühl nachvollziehbar ist, dass der Regressgläubiger für sich nicht einen geringeren Zinssatz reklamieren kann als den, mit dem sich der Direktgeschädigte abfinden (lassen) musste, sprechen bei Abstellen auf den Vergleich der jeweiligen Renten von Direktgeschädigtem und Regressgläubiger sowie der Sicht, dass die Kapitalisierung bloss eine Modalität der Ersatzleistung des jeweiligen Anspruchs darstellt, die besseren Argumente dafür, die sachliche Berechtigung des Kapitalisierungszinsfusses für den jeweiligen Anspruch getrennt zu beurteilen. Das hätte im konkreten Fall dazu geführt, dass der höhere Kapitalisierungszinssatz des Direktgeschädigten nicht als Vorwand für die Zementierung des Status quo tauglich gewesen wäre. Vielmehr wäre bei Stattgebung des Kapitalisierungszinsfusses von 2% zugunsten der Suva ein Etappenziel erreicht worden, das folgerichtig dazu führen müsste, dass – jedenfalls derzeit – dem Direktgeschädigten ein deutlich tieferer Zinssatz zugebilligt werden muss.

⁵² HUBER/NEUMAYR (Fn. 5), § 332 ASVG Rz. 60. Für eine laufende Regulierung spricht, dass Angehörige bei lebenslanger Regulierung im Fall des späteren unfallunabhängigen Todes Nachteile hinnehmen müssen. Dazu jüngst das Urteil des OGH 2 Ob 184/17y vom 28. November 2017 E. 8, HAVE 2018, 300.

⁵³ Darauf hinweisend DOLF (Fn. 4), 152.

⁵⁴ Für das deutsche Recht LUCKEY (Fn. 10), Rz. 1574, unter Hinweis auf das Urteil des BGH VI ZR 162/10, NJW 2011, 1799, sowie das Urteil des BGH VI ZR 108/11, NJW 2012, 2644: Massgeblich, ob der zuständige Mitarbeiter in seiner Eigenschaft als solcher für den Regressgläubiger davon Kenntnis erlangte. Für das österreichische Recht PETER VÖLLMAIER, in: Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg.), Kommentar zum ABGB – Klang-Kommentar, 3. Aufl., LexisNexis Österreich 2012, § 1489 Rz. 56.

⁵⁵ Ähnlich WEBER (Fn. 19), HAVE 2014, 189, 190, unter Hinweis auf den Verzugszins des Kaufmanns.

⁵⁶ Urteil des EuGH C-347/08 vom 17. September 2009, ZVR 2010/10 (WITTEW).

Newsletter « Responsabilité civile / Assurances sociales / Assurances privées » (NLRCAS)

Universität de Neuchâtel

De l'importance de la formulation des conclusions; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_618/2017

François Bohnet*

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A_618/2017 rappelle quelques grands principes en matière de formulation des conclusions: elles doivent sauf exception être condamnatoires et chiffrées. Le calcul des indemnités journalières encore dues n'apparaît pas comme compliqué au point d'empêcher de les chiffrer dans la demande.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Dans un litige en matière d'assurance perte de gain, une assurée, représentée par un mandataire professionnel, dépose le 15 juillet 2016 devant la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice du canton de Genève une demande « en constatation de l'existence d'un contrat d'assurance et en exécution de prestations » à l'encontre d'une compagnie d'assurance. Celle-ci avait en effet reproché à cette assurée d'avoir invoqué une prétention frauduleuse en faisant valoir un arrêt de travail à 100% tout en travaillant au moins à temps partiel entre mars et mai 2015. La compagnie en avait déduit que le contrat était « réputé dissous » dès le 10 septembre 2012 et qu'aucune indemnité journalière n'était due. L'assurée concluait dès lors à ce qu'il soit constaté que la compagnie d'assurance n'était pas en droit de considérer le contrat d'assurance comme dissous et à ce qu'elle soit condamnée à exécuter les prestations en découlant.

En cours de procédure, le 21 septembre 2017, l'assurée s'est prévalué d'un fait nouveau, à savoir que l'assurance-invalidité avait rendu un préavis d'octroi de rente, lui reconnaissant une incapacité de travail depuis septembre 2014 ainsi qu'un taux d'invalidité de 50% depuis 2015, puis de 100% dès 2016.

Par arrêt du 19 octobre 2017, la Cour de justice a déclaré la demande irrecevable, au motif que la conclusion visant le paiement des prestations découlant du contrat

* Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat.