

Strukturelle Vereinfachung des Haftpflichtrechts

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	232
II.	Haftungsvereinfachungen	233
	A. Haftungsarten	233
	B. Haftungsanspruch	234
	C. Haftungsvoraussetzungen	235
	1. Schaden	235
	i. Ungenügen der Differenztheorie	235
	ii. Unklarheit des Personenschadenbegriffs	236
	a. Normativer Personenschaden	236
	b. Fiktiver Personenschaden	236
	c. Nutzlose Aufwendungen	237
	d. Notwendigkeit einer gesetzlichen Definition des Personenschadens	238
	2. Kausalität	239
	i. Allgemeines	239
	ii. Beliebigkeit der Adäquanzformel	239
III.	Berechnungsvereinfachungen	241
	A. Berechnungszeitpunkt	241
	B. Materieller und immaterieller Schaden	244
	1. Materieller Schaden – Vermögensschaden	244
	i. Allgemeines	244
	ii. Arbeitsunfähigkeitsschaden	244
	a. Allgemeines	244
	b. Ersatzfähigkeit der nichterwerblichen Arbeitsunfähigkeit	245
	c. Vereinfachungen beim Erwerbsausfall- und Haushaltsschaden	246
	d. Vereinfachungen beim Rentenausfall- und Erschwerungsschaden	247
	2. Immaterieller Schaden – Nichtvermögensschaden	248
	i. Allgemeines	248
	ii. Ungenügen der Genugtuungssummen bei schweren Körperverletzungen	248
	C. Aufgelaufener und zukünftiger Schaden	253
	1. Allgemeines	253
	2. Unmöglichkeit einer exakten Berechnung des zukünftigen Personenschadens	253
	3. Statistikorientierte Schadenberechnung	253
IV.	Verfahrensvereinfachungen	256
	A. Aussergerichtliche Schadenregulierung	256
	B. Gerichtliche Schadenregulierung	258
	C. Alternative Schadenregulierung	260

* PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Glarus.

I. Einleitung

Die Haftungsstrukturen des OR basieren auf dem OR von 1881 und wurden seit dem In-Kraft-Treten – mit Ausnahme von Art. 48 und 49 OR – nicht geändert. Althergebrachtes kann bewährt, aber auch veraltet sein. Beides trifft für das Haftpflichtrecht zu. Schon vor dem In-Kraft-Treten des OR von 1911 wurde die «Verschuldenshaftung» des OR von 1881 kritisiert¹. Eine Reform des Haftpflichtrechts forderten 1967 EMIL W. STARK und FRANÇOIS GILLIARD mit ihrem «Neuenburger Manifest»². Erst 1988 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine Studienkommission für die Vorbereitung der Gesamtrevision des Haftpflichtrechts eingesetzt. Vorentwurf und Bericht der Studienkommission wurden 1991 eingereicht³. PIERRE WIDMER und PIERRE WESSNER haben schliesslich im Jahr 2000 einen Vorentwurf mitsamt erläuterndem Bericht veröffentlicht⁴.

In der Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts sind sich alle einig. Eine «Vereinfachung» des Haftpflichtrechts wird nicht nur von den Kantonen und den Verbänden, sondern auch von den Parteien gewünscht, die sich im politischen Spektrum diametral gegenüberstehen. Freilich herrscht Uneinigkeit, zu wessen Lasten die Vereinfachung erfolgen soll. Die SP mahnt, dass Vereinfachungen «nicht einfach zu Lasten der Geschädigten gehen»⁵ dürfen. Andere Parteien und Verbände sind anderer Meinung; sie möchten eine Vereinfachung im Sinne einer Haftungseinschränkung. Vorliegend soll nicht die politisch umstrittene Frage nach einer *substanziellen Vereinfachung* vertieft, sondern vielmehr der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit eine *strukturelle Vereinfachung des Haftpflichtrechts*, die sich sowohl zu Lasten als auch zu Gunsten des Geschädigten oder des Haftpflichtigen auswirken kann, erwünscht ist.

¹ BURCKHARDT CARL CHRISTOPH, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, in: ZSR 1903, 567 ff.

² Vgl. WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht, Bern 2000, 7 f.

³ Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Bern 1991, und STEIN PETER, Revision Haftpflichtrecht. Vorentwurf und Bericht der Studienkommission im Vergleich nebst Bemerkungen und Versuch eines Alternativvorschlags, in: SVZ 1996, 289 ff.

⁴ Vgl. WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht, Bern 2000.

⁵ Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Bern 2004, 323 (verfügbar online unter <http://www.ad-min.ch/ch/i/gg/pc/documents/810/Ergebnisse_d_f_i.pdf>).

II. Haftungsvereinfachungen

A. Haftungsarten

Im derzeit geltenden Haftungssystem sind verschiedene Haftungskategorien zu unterscheiden. Die *Verschuldenshaftung* des OR gilt sowohl für den vertraglichen als auch den ausservertraglichen Bereich. Während bei der Vertragshaftung für ein nicht vertragskonformes Verhalten (Nicht- und Schlechterfüllung sowie positive Vertragsverletzung) gehaftet wird, ist die ausservertragliche Verschuldenshaftung sowohl *Verhaltens-* als auch *Erfolgshaftung*. Nach der vom Bundesgericht geprägten objektiven Widerrechtlichkeitstheorie⁶ ist die Beeinträchtigung absoluter Rechtsgüter, insbesondere von Leib und Leben, widerrechtlich, unabhängig davon, ob dem Handelnden eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann. Sind keine absoluten Rechtsgüter betroffen, kann nur ein pflichtwidriges bzw. schutznormwidriges Verhalten eine Haftung auslösen⁷. Verhaltens- und Erfolgsunrecht konkurrenzieren und kontrastieren sich so sehr⁸, dass sich die Lehre seit je darum bemüht, einen Ausweg bzw. eine dritte Widerrechtlichkeitstheorie vorzuschlagen⁹. Den Vorzug verdient die Verhaltenshaftung, da nur pflichtwidriges Verhalten eine Haftung rechtfertigt. Entsprechend begründet bei der Erfolgshaftung die Rechtsgüterbeeinträchtigung nur eine Haftungsvermutung, die durch den Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes, mithin eines rechtmässigen Verhaltens, widerlegt werden kann.

Die wie auch immer verhaltens- oder erfolgsorientierte Verschuldenshaftung wird durch die Kausal- und die Gefährdungshaftung komplementiert. Bei der *Kausalhaftung*¹⁰ wird ebenfalls für ein pflichtwidriges bzw. widerrechtliches Verhalten gehaftet; die Haftung setzt aber kein Verschulden voraus. Der präsumptiv Haftpflichtige kann sich zudem entlasten. Da der Entlastungsbeweis einem Verschuldensausschluss gleichkommt, wird die Kausalhaftung von der neueren Lehre auch – in Anlehnung an die Vertragshaftung – als Verschuldenshaftung mit Verschuldensvermutung qualifiziert¹¹. Bei der *Gefährdungshaftung* wird trotz an sich rechtmässigem Verhalten dafür gehaftet, dass ein schadenge-

⁶ Vgl. z.B. BGE 123 II 577 E. 4 und 115 II 15 E. 3a.

⁷ Statt vieler PORTMANN WOLFGANG, Erfolgsunrecht oder Verhaltensunrecht? Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Widerrechtlichkeit und Verschulden im Haftpflichtrecht, in: SJZ 1997, 273 ff.

⁸ Dazu statt vieler LANDOLT HARDY, Ausservertragliche Haftung einer Vertragspartei für die Verletzung absoluter Rechtsgüter Dritter, in: Koller Alfred (Hrsg.), Dritthaftung einer Vertragspartei. Beiträge der Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2005, St. Gallen 2005, 23 ff.

⁹ Siehe z.B. SCHÖNENBERGER BEAT, Die dritte Widerrechtlichkeitstheorie, in: HAVE 2004, 3 ff.

¹⁰ Vgl. z.B. Art. 54 ff. OR und Art. 333 ZGB.

¹¹ So z.B. ROBERTO VITO, Verschuldenshaftung und einfache Kausalhaftungen: eine überholte Unterscheidung?, in: AJP 2005, 1323 ff.

neigtes Risiko einen Schaden verursacht hat. In der Regel besteht dieses Risiko in einer Betriebsgefahr, die von einem Fahrzeug¹² oder einer Anlage¹³ ausgeht; es kann aber auch ein besonders risikoreiches Verhalten¹⁴ umfassen. Nur ganz ausnahmsweise wird für ein rechtmässiges Verhalten gehaftet; dies ist im Rahmen der *Ausfall*-¹⁵ und der *Billigkeitshaftung*¹⁶ des Staates der Fall.

Diese heterogene Haftungsstruktur würde nachhaltig vereinfacht, wenn das Neben- und Durcheinander der vorerwähnten Haftungsprinzipien entschlackt würde. Zu begrüßen ist deshalb der von WIDMER/WESSNER gemachte Vorschlag, die Vertrags- und die Deliktshaftung zu vereinheitlichen¹⁷ und die Gefährdungshaftung als subsidiären Haftungstatbestand vorzusehen¹⁸. Letztere soll für besonders gefährliche Tätigkeiten gelten, die ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet sind, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen¹⁹. Welche der erlaubten Tätigkeiten im Rechtsalltag diese Voraussetzungen erfüllen, ist nach dem erläuternden Bericht nicht restlos klar und dürfte noch zu allerlei Diskussionen führen. Die ärztliche Tätigkeit erfüllt an sich die Definition der «besonders gefährlichen Tätigkeit», gleichwohl wollen WIDMER/WESSNER die Arzthaftung nicht der Gefährdungshaftung unterstellen²⁰.

B. Haftungsanspruch

Der Haftungsanspruch steht dem vom haftungsbegründenden Ereignis Betroffenen zu. Im Kontext mit Personenschäden sind dies der Körperverletzte²¹ und dessen Angehörige²². Traditionell wird der Vermögensschaden, den Angehörige von Verletzten und Getöteten erleiden, als ein nicht ersatzfähiger Reflexschaden

¹² Siehe z.B. Art. 58 ff. SVG und ferner Art. 1 EHG, Art. 64 LFG, Art. 48 ff. Seeschiffahrtsgesetz sowie Art. 15 Bundesgesetz über die Trolleybusunternehmen vom 29.03.1950.

¹³ Vgl. z.B. Art. 27 EleG, Art. 33 RLG, Art. 3 KHG und Art. 39 StSG.

¹⁴ Vgl. Art. 16 JSG.

¹⁵ Siehe dazu Art. 14 OHG und Art. 23 Abs. 3 EPG.

¹⁶ Vgl. z.B. Art. 46 Abs. 3 KV ZH und § 12 Haftungsgesetz ZH.

¹⁷ Vgl. Art. 41, Art. 42 und Art. 46 Abs. 2 VE-HPG.

¹⁸ Vgl. Art. 50 VE-HPG.

¹⁹ Vgl. Art. 50 Abs. 2 VE-HPG.

²⁰ Vgl. WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder Bericht, Bern 2000, 145. Siehe ferner GATTIKER MONIKA, Kausalhaftung für medizinische Behandlungen – Realität oder Zukunftsmusik?, in: AJP 2001, 645 ff.

²¹ Vgl. Art. 46 und 47 OR.

²² Vgl. Art. 45 Abs. 3 und Art. 47 OR.

bezeichnet²³. Eine Ausnahme von der Nichtersatzfähigkeit wird nur in Bezug auf den Versorgungsschaden²⁴ bejaht, weil der Gesetzgeber ausnahmsweise eine Ersatzpflicht vorsehe. Die Rechtsprechung bejaht indirekt die Ersatzfähigkeit des Angehörigenschadens, indem via Geschäftsführung ohne Auftrag eine Vergütungspflicht des körperlich Geschädigten gegenüber dem finanziell mitgeschädigten Angehörigen angenommen und der Angehörigenschaden zu verletzungsbedingten Kosten des Verletzten umfunktioniert wird²⁵. Ganz im Widerspruch dazu werden Angehörige von Verletzten und Getöteten als genugtuungsberechtigt betrachtet²⁶. Da eine Angehörigen Genugtuung nach Art. 47 und 49 OR entweder eine Körper- oder eine Persönlichkeitsverletzung voraussetzt, ist nicht einzusehen, warum Angehörige in Bezug auf den materiellen Schaden nicht, wohl aber in Bezug auf den immateriellen Schaden gegenüber dem Haftpflichtigen aktivlegitimiert sein sollen²⁷.

C. Haftungsvoraussetzungen

1. Schaden

i. Ungenügen der Differenztheorie

Das Bundesgericht versteht unter dem Schaden die Differenz zwischen dem Vermögen vor und nach dem Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses²⁸. Die *Differenztheorie* ist in mehrfacher Hinsicht unklar und verwirrend. Dass der Schaden nicht in einer Vermögensdifferenz bestehen kann, ist offensichtlich, weil sonst der Haftpflichtige für konjunkturelle Vermögenseinflüsse, z.B. Börsenschwankungen, und persönlich bedingte Vermögensveränderungen, z.B. infolge eines nachteiligen Investitionsentscheids oder einer Scheidung, eintreten müsste, wenn diese das Vermögen nach Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses schmälern. Der Schaden besteht demnach nicht in einer Vermögensdifferenz, sondern in der *Summe der ersatzfähigen Schadensposten*. Wird eine Person getötet oder verletzt, sind nach dem Gesetzeswortlaut *Mehrkosten*²⁹, insbesondere Bestattungs- und Heilungskosten, und die *Nachteile einer Arbeitsun-*

²³ Siehe z.B. BGE 127 III 403 E. 4b/aa und Urteil BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) E. 4.

²⁴ Vgl. Art. 45 Abs. 3 OR.

²⁵ Vgl. BGE 99 II 266 E. 2 ff. und Urteil BGer vom 27.03.2007 (4C.413/2006) E. 4.

²⁶ Grundlegend BGE 112 II 220 ff. und 226 ff.

²⁷ LANDOLT, ZH-K, N 102 ff. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR.

²⁸ Vgl. statt vieler BGE 120 II 423 E. 7a, 116 II 441 E. 3a/aa und 115 II 474 E. 3a.

²⁹ Vgl. Art. 45 Abs. 1 OR.

*fähigkeit*³⁰, wozu auch der Versorgungsschaden³¹ zählt, sowie die *immateriellen Nachteile* zu entschädigen³².

ii. Unklarheit des Personenschadenbegriffs

a. Normativer Personenschaden

Die Differenztheorie «verleitet» ferner dazu, nur einen Vermögensschaden als ersatzfähig zu betrachten. Treten beim Verletzten keine quantifizierbaren finanziellen Einbussen ein, ist ein Schaden zu verneinen. Im Hinblick auf Art. 47 und 49 OR ist zumindest beim Personenschaden von der Ersatzfähigkeit des Nichtvermögensschadens auszugehen³³. Der *normative Personenschaden* umfasst die Kostenersparnis, die entsteht, wenn das haftungsbegründende Ereignis bzw. die dadurch verursachte Körper- oder Persönlichkeitsverletzung beim Verletzten oder Dritten einen *Mehraufwand* verursacht, der ausnahmsweise nicht mit finanziellen Nachteilen verbunden ist, weil der Verletzte oder der Dritte den Mehraufwand unentgeltlich tragen. Die eingesparten Lohnkosten einer Ersatzkraft können z.B. bei einer Hausarbeitsunfähigkeit (Haushaltsschaden)³⁴ oder einer Hilflosigkeit (Betreuungs- und Pflegeschaden)³⁵ beansprucht werden.

b. Fiktiver Personenschaden

Der *fiktive Personenschaden* umfasst die Kostenersparnis, die entsteht, wenn das haftungsbegründende Ereignis bzw. die dadurch verursachte Körper- oder Persönlichkeitsverletzung weder beim Verletzten noch bei Dritten einen Mehraufwand verursacht, weil der Verletzte auf die Inanspruchnahme von Geld-, Sach- oder Dienstleistungen verzichtet, die eine andere Person in vergleichbarer Lage beanspruchen würde. Die Rechtsprechung bejaht bald die Ersatzfähigkeit fiktiver Heilungskosten³⁶, bald wird sie verneint³⁷. Ausländische Urteile, die fiktive Heilungskosten zusprechen, sind jedoch in jedem Fall vollstreckbar³⁸.

³⁰ Vgl. Art. 45 Abs. 2 OR und Art. 46 Abs. 1 OR.

³¹ Vgl. Art. 45 Abs. 3 OR.

³² Vgl. Art. 47 und 49 OR.

³³ Siehe dazu auch BGE 132 III 379 E. 3.3.2: «Ersatz für normativen – nicht auf Vermögensverminderung beruhenden – Schaden wird nach der Rechtsprechung einzig für den Haushaltsschaden (BGE 127 III 403 E. 4 407 f.) und den Pflegeschaden (Urteil 4C.276/2001 vom 26. März 2002, E. 6, publ. in: Pra 91/2002 Nr. 212 1127) zugesprochen. In diesen Fällen ist auch dann Schadenersatz zu leisten, wenn keine Vermögensverminderung eintritt. Diese Ausnahmen sind jedoch auf den Haushalts- und Pflegeschaden beschränkt».

³⁴ Statt vieler z.B. BGE 127 III 403 E. 4.

³⁵ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 26.03.2002 (4C.276/2001) = Pra 2002 Nr. 212 E. 6.

³⁶ Vgl. Urteil OGH vom 04.12.1986 = CaseTex Nr. 1437 = VersR 1989, 90 (Operationskosten).

Keinen fiktiven Schaden stellt der «vertragte» Schaden dar. Will der Verletzte eine notwendige Sach- bzw. Dienstleistung in Anspruch nehmen, war dazu aber aus finanziellen Gründen³⁹ oder anderen Gründen bislang noch nicht in der Lage, liegt zwar kein Mehraufwand vor, gleichwohl rechtfertigt sich eine Ersatzpflicht. Voraussetzung ist, dass der Geschädigte, sobald er dazu in der Lage ist, die fragliche Massnahme vornehmen wird⁴⁰. Die «vertragten» Kosten stellen insoweit einen Anwendungsfall des zukünftig zu erwartenden effektiven Personenschadens dar⁴¹.

c. Nutzlose Aufwendungen

Ungeklärt ist ferner die *Ersatzfähigkeit nutzloser Aufwendungen*. Bei diesen handelt es sich um Ausgaben, die einerseits freiwillig und andererseits vor dem bzw. unabhängig vom Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses getätigt wurden bzw. ohnehin getätigt worden wären, als Folge des haftungsbegründenden Ereignisses aber nutzlos werden. Nutzlos gewordene Aufwendungen sind grundsätzlich nicht ersatzfähig, weil sie freiwillig und vor Eintritt des haftungsbegründenden Ereignisses getätigt wurden. Es fehlt deshalb an einem Vermögensschaden und auch an einem rechtserheblichen Kausalzusammenhang⁴². Die Ersatzfähigkeit für nutzlos gewordene Aufwendungen wird gleichwohl – aus Billigkeitsgründen – im Zusammenhang mit Ferien- und Freizeitvergnügen⁴³ sowie Planungen⁴⁴ bejaht.

³⁷ Vgl. Urteile OLG Köln vom 19.05.1999 = CaseTex Nr. 5461 = VersR 2000, 1021 (Kosten eines Zahnimplantats) und BGH vom 14.01.1986 (VI ZR 48/85) = BGHZ 97, 14 = NJW 1986, 1538 = MDR 1986, 486 = JZ 1986, 638 E. II/2b (Operationskosten).

³⁸ Vgl. Urteil BGH vom 04.06.1992 (IX ZR 149/91) = BGHZ 118, 312 = EWIR 1992, 827 = NJW 1992, 1935 = ZIP 1992, 1256.

³⁹ Vgl. Urteil BGH vom 29.10.1957 = NJW 1958, 627 = VersR 1958, 176.

⁴⁰ Vgl. Urteile BGH vom 14.01.1986 (VI ZR 48/85) = BGHZ 97, 14 = NJW 1986, 1538 = MDR 1986, 486 = JZ 1986, 638 = VersR 1986, 550 und BGer vom 10.06.1982 i.S. Anna C. c. Clinique X S.A. = CaseTex Nr. 858 = SG Nr. 219.

⁴¹ Vgl. BGE 81 II 512 E. 2 und 72 II 198 E. 3a.

⁴² Vgl. BGE 115 II 474 E. 3a (Ferienaufwendungen) sowie Urteile OGer ZH vom 16.06.1998 (U/O/NE980003) = SG 1998 Nr. 54 und KGer VS vom 19.06.1985 i.S. Löffel = ZWR 1985, 132 E. 3a (vorzeitiger Urlaubsabbruch).

⁴³ Vgl. Urteile KassGer ZH vom 15.12.1995 = SJZ 1997, 419 = ZR 1997 Nr. 16 E. 3 und 4 (zwei Drittel der getätigten Ferienkosten), OGer ZH vom 16.06.1998 (U/O/NE980003) = SG 1998 Nr. 54 E. 2.1 und vom 13.11.1980 = ZR 1980 Nr. 131 E. 3 und HGer ZH vom 20.03.1987/02.06.1988 = SJZ 1990, 32; ferner Urteil BGer vom 31.01.2000 (4C.340/1999) E. A (Ersatzfähigkeit von Skipasskosten) und ZVW 1999, 37 E. 2.2.2 sowie rechtsvergleichend Urteil BGH vom 22.02.1973 (III ZR 22/71) = BGHZ 60, 214 = DAR 1973, 154 = MDR 1973, 484 = NJW 1973, 747 (Ersatzfähigkeit der infolge der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs entgangenen Urlaubsfreude).

⁴⁴ Vgl. BGE 117 Ib 497 E. 7b, ferner AGVE 1991, 125 E. 2a, BVR 1986, 298 E 2, SOG 1985 Nr. 20 E. 3a/b und BVR 1981, 414.

Der materielle Personenschadenbegriff, so wie er von der Praxis angewandt wird, findet in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen von Art. 41 und 45 ff. OR keine textliche Entsprechung. Die zum Teil hitzig geführte Debatte rund um den normativen Schaden, insbesondere den Haushaltschaden⁴⁵, lebt denn auch weitgehend von der *Unschärfe des Personenschadensbegriffs*. Dasselbe trifft für den immateriellen Personenschaden i.S.v. Art. 47 und 49 OR zu. Diese Bestimmungen enthalten – im Gegensatz zu Art. 46 Abs. 1 OR – überhaupt keinen Hinweis auf den mit einer Genugtuung zu entschädigenden immateriellen Schaden. *De lege lata et ferenda* wäre deshalb eine *gesetzgeberische Personenschadensdefinition* wünschenswert.

Derselbe Klärungsbedarf besteht im Übrigen auch in Bezug auf *Sach- bzw. Vermögensschäden*. Diesbezüglich stellt sich analog die Frage, ob normative bzw. fiktive Schäden ersatzpflichtig sind⁴⁶. Die schweizerische Rechtsprechung verneint die Ersatzfähigkeit eingesparter Kosten regelmässig, unabhängig, ob es sich um normative oder fiktive Kosten handelt⁴⁷. Das Bundesgericht hat unlängst erwogen, dass nach geltendem Recht kein Anlass bestehe, die Ersatzpflicht für den normativen Personenschaden auf das Immaterialgüterrecht auszudehnen⁴⁸. Mitunter bejaht die Lehre eine Ersatzpflicht für normative bzw. fiktive Kosten, z.B. im Zusammenhang mit einer Eigenreparatur⁴⁹ bzw. einem Reparaturverzicht⁵⁰.

⁴⁵ Statt vieler CHAPPUIS GUY, *Le préjudice ménager. Encore et toujours ou les errances du dommage normatif*, in: HAVE 2004, 282 ff., CHAPPUIS GUY, *Der Haushaltschaden – nach wie vor aktuell, oder Die Unzulänglichkeiten des normativen Schadensbegriffs*, in: Jusletter vom 28.02.2005, HERZOG-ZWITTER IRIS, *Haushaltschaden, normativer Schadenbegriff und der allgemeine Rechtsgrundsatz der Schadenminderung im Haftpflichtrecht*, in: HAVE 2005, 275 ff., KISSLING CHRISTA, *Dogmatische Begründung des Haushaltschadens. Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Behandlung unentgeltlicher Tätigkeiten*, Diss. Bern 2005, und PERGOLIS MASSIMO/BRUNNER CORNELIA DÜRR, *Ungereimtheiten beim Haushaltschaden*, in: HAVE 2005, 202 ff.

⁴⁶ Weiterführend NÄNNI MATTHIAS, *Integritätsinteresse und Ersatz fiktiver Kosten*, in: *Vertrauen – Vertrag – Verantwortung*. Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, 145 ff.

⁴⁷ Siehe z.B. BGE 127 III 73 = AJP 2001, 723 (Bemerkungen von Vito Roberto) E. 4 und 5 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Sachwiederherstellungskosten) sowie Urteile HGer ZH vom 06.11.1998 = ZR 2001 Nr. 31 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Marktentwirkungskosten) und OGer LU vom 20.11.1985 i.S. B. c. Alpina Versicherungs-Aktiengesellschaft = SG Nr. 384 E. 4 (Eigenreparatur zu Selbstkosten eines ohnehin nicht in Betrieb gewesenem Cars); ferner VPB 1999 Nr. 21 E. 3 (Nichtersatzfähigkeit fiktiver Reisekosten).

⁴⁸ Vgl. Urteil BGer vom 19.12.2005 (4C.337/2005) E. 3.3.2.

⁴⁹ Vgl. OFTINGER KARL/STARK EMIL W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich 1995, § 6 Fn 587.

⁵⁰ Vgl. OFTINGER KARL/STARK EMIL W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich 1995, § 6 N 367.

2. Kausalität

i. Allgemeines

Zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und dem Schaden, der als Folge der Tötung oder Gesundheitsverletzung eingetreten ist, muss ein hinreichender Zusammenhang bestehen. Eine rechtserhebliche Kausalität liegt nach der herrschenden Meinung dann vor, wenn das haftungsbegründende Ereignis sowohl *conditio sine qua non* für die Tötung bzw. Gesundheitsverletzung und den nachfolgenden Schaden ist (*natürliche Kausalität*) als auch nach wertenden Kriterien eine Haftung rechtfertigt. Üblicherweise wird die Haftung dann als gerechtfertigt angesehen, wenn das haftungsbegründende Ereignis erfahrungsgemäss eine hinreichende Erfolgswahrscheinlichkeit beinhaltet (*adäquate Kausalität*)⁵¹.

ii. Beliebigkeit der Adäquanzformel

Die Rechtsprechung zur adäquaten Kausalität ist – vor allem im Kontext mit Personenschäden – mehr und mehr zu einem Enigma für den Rechtsanwender verkommen. Die adäquate Kausalität wird innerhalb des Personenschadenersatzrechts bzw. des Haftungs- und Sozialversicherungsrechts zwar begrifflich identisch umschrieben. Die Adäquanzbeurteilung erfolgt im Haftpflicht- und im Sozialversicherungsrecht aber unterschiedlich⁵².

Innerhalb des Sozialversicherungsrechts spielt die Adäquanz als rechtliche Eingrenzung der sich aus dem natürlichen Kausalzusammenhang ergebenden Leistungspflicht des Unfallversicherers im Bereich klar ausgewiesener organischer Unfallfolgen praktisch keine Rolle⁵³. Für organisch nicht nachweisbare Beschwerden demgegenüber bestehen *unterschiedliche Adäquanztests*⁵⁴. Differenziert wird einerseits nach der Unfallschwere⁵⁵ und andererseits nach der Art des Beschwerdebildes⁵⁶.

⁵¹ Statt vieler BGE 123 III 110 E. 3a: «Bundesgericht und Eidgenössisches Versicherungsgericht gehen von derselben Umschreibung der Adäquanz aus. Danach hat ein Ereignis als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt des Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint. Rechtspolitischer Zweck der Adäquanz ist sowohl im Sozialversicherungs- als auch im Haftpflichtrecht eine Begrenzung der Haftung. Sie dient als Korrektiv zum naturwissenschaftlichen Ursachenbegriff, der unter Umständen der Einschränkung bedarf, um für die rechtliche Verantwortung tragbar zu sein».

⁵² Statt vieler BGE 123 III 110, 115 V 413 E. 12b und 113 II 86 E. 1 f.

⁵³ Vgl. z.B. BGE 127 V 102 E. 5a/bb.

⁵⁴ Siehe z.B. GALLI ANDREAS, Kausalität bei psychischen Störungen im Deliktsrecht, Diss. Basel 2007, 6 ff., und LANDOLT, ZH-K, N 56 ff. zu Art. 46 OR.

⁵⁵ Grundlegend BGE 115 V 133 E. 6.

⁵⁶ Vgl. BGE 117 V 359 E. 4b.

Die *haftpflichtliche Adäquanzbeurteilung* demgegenüber ist nicht allein nach der Schwere des Unfallereignisses vorzunehmen⁵⁷; sie kann sogar unter Ausserachtlassen der dafür im Sozialversicherungsrecht massgeblichen Kriterien vorgenommen werden⁵⁸. Gerechtfertigt wird die unterschiedliche Handhabung der Adäquanz damit, dass im Haftpflichtrecht der geringen Intensität einer Schadenursache im Vergleich zu anderen Schadenursachen im Rahmen der Ersatzbemessung Rechnung getragen und eine blosser Teilhaftung vorgesehen werden kann⁵⁹.

Die *strukturelle Differenzierung der Adäquanz* innerhalb des Personenschadenersatzrechts lässt sich mit der verschiedenen Zwecksetzung von Haftungs- und Versicherungsrecht zwar begründen. Gleichwohl drängt sich die Frage auf, ob es – nicht zuletzt aus theoretischen Gründen – sinnvoller wäre, die allgemeine Adäquanzformel aufzugeben und für das Sozialversicherungs- und das Haftpflichtrecht je eigene Kriterien zu formulieren, die erfüllt sein müssen, damit bei gegebenem natürlichem Kausalzusammenhang eine Ersatzpflicht gerechtfertigt ist.

Eine Begrenzung der Ersatzpflicht bei gegebenem natürlichem Kausalzusammenhang ist im Haftpflichtrecht primär vor dem Hintergrund des jeweiligen Haftungstatbestands vorzunehmen. In einem ersten Schritt ist das Ausmass der *haftungsbegründenden Kausalität* zu klären und der Frage nachzugehen, ob zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und der Körperverletzung eine hinreichend enge Beziehung besteht, die eine Haftung an sich für die fragliche Körperverletzung rechtfertigt. In einem zweiten Schritt ist die *haftungseinschränkende Kausalität* zu bestimmen. Diesbezüglich ist zu fragen, welche finanziellen Nachteile, die als natürliche Folge der haftungsbegründenden Körperverletzung eingetreten sind, entschädigt werden sollen.

Beide *Wertungsentscheide* lassen sich anhand der Adäquanztheorie bzw. der Erfolgswahrscheinlichkeit nur ungenügend vornehmen. In der Lehre wird denn auch seit je mit guten Gründen der Standpunkt vertreten, dass die Adäquanztheorie aufzugeben und die haftungsbegründende bzw. -limitierende Kausalität nach anderen Gesichtspunkten (Normzwecktheorie⁶⁰, Theorie vom allgemeinen Lebensrisiko⁶¹ etc.) zu bestimmen ist⁶².

⁵⁷ Vgl. BGE 127 III 403 = plädoyer 2001/6, 65 = ZBJV 2003, 46 (Bemerkungen von Heinz Hausheer und Manuel Jaun) E. 3a und 123 III 110 E. 3a.

⁵⁸ Vgl. BGE 123 III 110 E. 3c.

⁵⁹ Vgl. BGE 127 III 403 = plädoyer 2001/6, 65 = ZBJV 2003, 46 (Bemerkungen von Heinz Hausheer und Manuel Jaun) E. 3c und 123 III 110 E. 3c.

⁶⁰ Vgl. etwa STOLL HANS, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Tübingen 1968.

⁶¹ Dazu z.B. MÄDRICH MATTHIAS, Das allgemeine Lebensrisiko. Ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadensersatzrecht, Berlin 1980.

III. Berechnungsvereinfachungen

A. Berechnungszeitpunkt

Der Gesetzgeber sieht im Personenschadenersatzrecht ausdrücklich vor, dass die *Schadenberechnung auf den Zeitpunkt des Urteils* zu erfolgen hat⁶³. Massgebender *dies ad quem* ist der Tag des Urteils jener kantonalen Instanz, die noch neue Tatsachen berücksichtigen kann⁶⁴. Der *Versorgungsschaden* wird demgegenüber auf den Zeitpunkt des Todes berechnet. Das Bundesgericht hat sich im Entscheid 84 II 292 E. 7 und seither in konstanter Praxis zum *Grundsatz der einphasigen Schadenberechnung* bekannt⁶⁵. Der Versorgungsschaden ist nach dieser Praxis *rückwirkend auf den Todestag* zu berechnen. Dies deshalb, weil man nicht wisse, ob Versorger und versorgte Personen bis zum Urteilstag ohnehin verstorben wären, und die zweiphasige Schadenberechnung fehlerbehaftet sei⁶⁶.

Die einphasige Berechnung hat zwar den Vorteil, dass nur einmal gerechnet werden muss, weist aber verschiedene Nachteile auf. Wird auf den Todestag abgestellt, werden die Kapitalisierungsfaktoren bzw. die Sterbenswahrscheinlichkeiten bezogen auf den fraglichen Zeitpunkt verwendet. Der Versorgungsschaden fällt dadurch etwas geringer aus, weil die versorgten Personen im Urteilszeitpunkt leben. Diese Benachteiligung wird nach der Auffassung des Bundesgerichts durch die Aufrechnung des Schadenszinses auf den gesamten Versorgungsschaden wettgemacht⁶⁷. Der Grundsatz der einphasigen Schadenberechnung hat zudem zur Folge, dass die zukünftige Entwicklung der einschlägigen Parameter abstrakt geschätzt werden muss. Die abstrakte Schadenberechnung bereitet dann keine Probleme, wenn im Urteilszeitpunkt in etwa die Verhältnisse herrschen wie im Todeszeitpunkt. Liegt aber zwischen dem Todes- und dem Urteilszeitpunkt ein längerer Zeitabschnitt, stellt sich die Frage, ob und inwieweit eine *Veränderung von konkreten Umständen*, die berechnungsrelevant

⁶² Siehe ferner LANZ WALTER, Alternativen zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, Diss. St. Gallen 1974, LAURI HANS, Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Diss. Bern 1975, und WEITNAUER HERMANN, Zur Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang. Versuch einer Ehrenrettung, in: Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts. Festgabe zum 60. Geburtstag von Karl Otfinger, Zürich 1969, 321 ff.

⁶³ Vgl. Art. 46 Abs. 2 OR, Art. 1 Abs. 1 EHG und Art. 36 Abs. 3 ELEG.

⁶⁴ Vgl. BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 = HAVE 2002, 50 (Bemerkungen von Volker Pribnow) E. 2.2 und 2.3, 125 III 14 E. 2c und 99 II 214 E. 3b; ferner Urteile BGer vom 13.10.2004 (4C.343/2003) E. 5.3, vom 22.06.2004 (4C.3/2004) = Pra 2005 Nr. 20 = AJP 2005, 494 (Bemerkungen von Lukas Wyss) = HAVE 2004, 306 (Bemerkungen von Stephan Weber) E. 1.2.2 und vom 23.12.2003 (4C.252/2003) = HAVE 2004, 112 (Bemerkungen von Marc Schaetzle) E. 2.1.

⁶⁵ Vgl. BGE 124 III 222 E. 4c und 119 II 361 = Pra 1994 Nr. 163 E. 5b.

⁶⁶ So BGE 84 II 292 E.7a.

⁶⁷ Vgl. BGE 113 II 323 = Pra 1988 Nr. 15 E. 3a.

und, insbesondere eine Veränderung der Lebenshaltungskosten oder des Einkommens des Versorgers bzw. der versorgten Person, vom Richter berücksichtigt werden dürfen und müssen.

Streng genommen müsste der Richter den konkreten Schadenverlauf bis zum Urteilszeitpunkt unberücksichtigt lassen. In konstanter Rechtsprechung kann der Richter jedoch Tatsachen, die sich nach dem Tod des Versorgers ereignet haben, bei der Schadenberechnung berücksichtigen, darf diese aber nicht einseitig im Interesse einer Partei würdigen. So ist eine *angemessene Realloohnerhöhung* des Versorgereinkommens bis zum Urteilstag anzunehmen⁶⁸. Ausserordentliche Lohnerhöhungen oder -zuschläge (Überstunden, Sonntags- oder Nacharbeit etc.) müssen demgegenüber von den versorgten Personen konkret nachgewiesen werden⁶⁹. Zu berücksichtigen ist schliesslich auch eine *zwischenzeitlich erfolgte Wiederverheiratung*⁷⁰. Ein *tatsächlich erzielt* Einkommen des Ehegatten, der vor der Ehe nicht erwerbstätig war, kann angemessen berücksichtigt werden, setzt aber voraus, dass die Erwerbstätigkeit langfristig geplant ist⁷¹ und objektiv zumutbar ist⁷². Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden nicht nur die zukünftige Teuerung ab dem Urteilstag, sondern auch die konkret aufgelaufene Teuerung bis zum Urteilstag durch den Kapitalisierungszinssatz von 3,5% bzw. den Zinsanspruch abgegolten⁷³.

Den *Todestag* als Kapitalisierungszeitpunkt befürworten ein Teil der Lehre⁷⁴, während nach der anderen Lehrmeinung⁷⁵ wie im übrigen Personenschadener-

⁶⁸ Vgl. BGE 113 II 323 = Pra 1988 Nr. 15 E. 3a.

⁶⁹ Vgl. BGE 97 II 123 = Pra 1971 Nr. 209 E. 6 und PKG 1978 Nr. 3 E. 1b (Sonntagsarbeit).

⁷⁰ Vgl. Urteil BGer vom 19.12.1995 (4C.479/1994) = Pra 1996 Nr. 206 E. 3.

⁷¹ Vgl. BGE 59 II 461 E. 2b (Gelegenheitsarbeiten einer Witwe eines Handelsdirektors, die glaubhaft erklärt, nach Erhalt des Versorgungsschadens nicht mehr zu arbeiten).

⁷² Vgl. BGE 119 II 361 = Pra 1994 Nr. 163 E. 5 (41-jährige Witwe mit zwei 4- und 3-jährigen Kindern)

⁷³ Vgl. BGE 124 III 222 E. 4 c und 113 II 323 = Pra 1988 Nr. 15 E. 3.

⁷⁴ Vgl. BREHM, BE-K, N 94 zu Art. 45 OR, DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile. 2. A., Bern 1982, § 26 N 28, OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. I: Allgemeiner Teil. 5. A., Zürich 1995, § 6 N 350, PERRUCHOUD EDMOND C., Les intérêts en matière de responsabilité civile, in: Juristische Schriften des TCS Nr. 10, Genf 1994, 18, REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht. 3. A., Zürich 2003, N 304, SCHAER ROLAND, Der Versorgerschaden in einer sich wandelnden Wertordnung, in: Mélanges Assista, Genève 1989, 69 ff., 93, und SCHAFFHAUSER RENÉ/ZELLWEGER JAKOB, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts. Bd. 2: Haftpflicht und Versicherung, Bern 1988, N 1146 f.

⁷⁵ Vgl. DINGER LUKAS/SCHLUEP KURT, Berücksichtigung der aufgelaufenen Teuerung beim Ersatz von Versorgungsschäden, in: ZBJV 1995, 503 ff., KELLER MAX/GABI SONJA, Das Schweizerische Schuldrecht. Bd. II: Haftpflichtrecht. 2. A., Basel 1988, 73 und 98, HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht. 3. A., Zürich 2000, § 8 N 22, OTT WALTER, Der massgebende Zeitpunkt der Schadensberechnung im Delikts- und Vertragsrecht, in: ZSR I 1998, 183 ff., 187, PERINI FLAVIO A.E., Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 1994, 61 f., SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Barwertafeln – neue Rechnungsgrundlagen für den Personenschaden, in: Kapitalisierung – neue Wege, Freiburg i.Ü. 1986, 39 ff., Ziff. 2.3 und 4.4, SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Ka-

satzrecht der *Urteils-* bzw. *Rechnungstag* massgeblich sein soll. Gegenstand der Kritik bildet dabei nicht nur die Verfälschung der Berechnung bedingt durch die Berücksichtigung der Sterbenswahrscheinlichkeit, sondern auch die Intransparenz der vom Bundesgericht angenommenen Kompensation durch den Schadenszins. Weiter bestehen zahlreiche Unklarheiten nicht nur mit Bezug auf die Berücksichtigung von Umständen, die sich nach dem Todestag ereignet haben, sondern auch hinsichtlich der anrechenbaren Sozialversicherungsleistungen. Zudem wird geltend gemacht, dass eine konkrete Schadenberechnung dann unumgänglich ist, wenn die versorgten Personen vor dem Urteilstag versterben⁷⁶.

Die einphasige Schadenberechnung, die nur eine vordergründige Vereinfachung bringt, sollte – nicht zuletzt im Interesse einer einheitlichen Personenschadenberechnung – durch eine *zweiphasige Schadenberechnung* abgelöst werden. Der bis zum Urteils- oder Vergleichstag aufgelaufene Versorgungsschaden ist konkret zu berechnen, wobei ein Schadenszins von 5% (mittlerer Verfall) vom Todeszeitpunkt bis zum Urteilstag nur auf dem aufgelaufenen Versorgungsschaden geschuldet wird. Der zukünftige Versorgungsschaden demgegenüber ist abstrakt mittels temporären Verbindungsrenten zu kapitalisieren⁷⁷. Die *Berechnung des zukünftigen Versorgungsausfalls* erfolgt ebenfalls *mehrphasig*. Bis zur Pensionierung ist der Versorgungsausfall vor dem Hintergrund der geschätzten Einkommensentwicklung zu berechnen. Bei einer Mehrheit von versorgten Personen ist diese erste Phase je nach der jeweiligen Versorgungsdauer in weitere Phasen zu unterteilen⁷⁸. Der nach der Pensionierung allenfalls bestehende Rentenausfallschaden ist zusätzlich abzugelten⁷⁹. Hätte der Versorger nicht nur Geld-, sondern auch Dienstleistungen erbracht, sind die jeweiligen Versorgungsausfälle getrennt voneinander zu berechnen, nicht zuletzt deshalb, weil deren Versorgungsdauer unterschiedlich ist.

pitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, N 2.414 ff., WEBER STEPHAN/SCHAETZLE MARC, Zeit ist Geld oder der unterschätzte Einfluss des Rechnungstages auf die Schadenberechnung, in: HAVE 2004, 97 ff., 105 ff., und ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, La perte de soutien, Diss. Neuenburg 1979, 59 ff.

⁷⁶ Vgl. statt vieler BREHM, BE-K, N 94 zu Art. 45 OR, DINGER LUKAS/SCHLUEP KURT, Berücksichtigung der aufgelaufenen Teuerung beim Ersatz von Versorgungsschäden, in: ZBJV 1995, 503 ff., SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, N 4.94 ff.

⁷⁷ Statt vieler LANDOLT, ZH-K, N 268 ff. zu Art. 45 OR, und SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, N 2.446 ff.

⁷⁸ Vgl. BGE 90 II 79 = Pra 1964 Nr. 83 E. 3 (Witwe mit sieben Kindern).

⁷⁹ Vgl. SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, N 2.473 ff. und 2.612 ff.

1. Materieller Schaden – Vermögensschaden

i. Allgemeines

Der Gesetzgeber unterscheidet in Art. 46 und 47 OR den materiellen vom immateriellen Personenschaden. Nach dem Wortlaut von Art. 46 OR sind drei Schadensposten zu unterscheiden: *Mehrkosten*, die *Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit* und die *Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens*. Die Interpretation dieser normativen Vorgaben ist in zweierlei Hinsicht unklar. Zunächst stellt sich die Frage, ob diese drei Schadensposten den gesamten materiellen Personenschaden umfassen oder nur diese drei Schadensposten, nicht aber der weitere materielle Personenschaden zu entschädigen sind.

Es gibt keinen ersichtlichen Grund, der die Annahme rechtfertigen würde, dass Art. 46 Abs. 1 OR vom in Art. 41 OR verankerten *Grundsatz der Totalreparation* abweicht. Es wäre nicht einsehbar, warum der rechtserhebliche Sach- und Vermögensschaden nach Art. 41 OR vollumfänglich, der Personenschaden nach Art. 46 OR aber nur teilweise ersetzt werden sollen. Nach der hier vertretenen, aber nicht unbestrittenen Auffassung sind die in Art. 46 Abs. 1 OR erwähnten Schadensposten nicht abschliessend, sondern beispielhaft zu verstehen, sofern der Gesetzgeber mit ihnen nicht den gesamten materiellen Personenschaden meinen sollte⁸⁰.

ii. Arbeitsunfähigkeitsschaden

a. Allgemeines

Die «Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit» sind zu entschädigen⁸¹. Der Arbeitsunfähigkeitsschaden umfasst je nach Tätigkeit des Geschädigten vielerlei und anderes: Mutmasslich Unselbstständigerwerbende erhalten den Lohnausfall-, Rentenausfall-, Haushalt- und Erschwerungsschaden entschädigt⁸²; mutmasslich Selbstständigerwerbende den Gewinnausfall-, Rentenausfall-, Haushalt- und Erschwerungsschaden ersetzt⁸³. Sowohl die Berechnung der einzelnen Schadensposten als auch deren Interdependenzen und Koordination sind alles andere als geklärt⁸⁴.

⁸⁰ Weiterführend LANDOLT, ZH-K, N 44 f. Vorbemerkungen zu Art. 45/46 OR.

⁸¹ Vgl. Art. 46 Abs. 1 OR.

⁸² Statt vieler LANDOLT, ZH-K, N 533 ff. zu Art. 46 OR.

⁸³ Statt vieler LANDOLT, ZH-K, N 697 ff. zu Art. 46 OR.

⁸⁴ Statt vieler LANDOLT, ZH-K, N 1269 ff. zu Art. 46 OR.

b. Ersatzfähigkeit der nichterwerblichen Arbeitsunfähigkeit

Bedingt durch die Unschärfe des Schadensbegriffs und die Differenztheorie ist zudem seit je umstritten, ob unter dem Arbeitsunfähigkeitsschaden nur der Erwerbsausfallschaden zu verstehen ist oder sich die Ersatzfähigkeit auch auf unentgeltliche Tätigkeiten erstreckt. Das Bundesgericht anerkennt zwar die Ersatzfähigkeit der Hausarbeitsunfähigkeit⁸⁵, betont aber gleichzeitig, dass der *Entzug von Nutzungsmöglichkeiten*⁸⁶ bzw. eine *Beeinträchtigung der körperlichen Leistungsfähigkeit an sich* keinen Schaden darstellt⁸⁷. Der Schaden entstehe erst dann, wenn die eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit bzw. die beeinträchtigte Leistungsfähigkeit beim Verletzten mit unfreiwilligen finanziellen Nachteilen verbunden ist, die rechtserhebliche Folge des haftungsbegründenden Ereignisses sind⁸⁸.

Diese letztere Sichtweise schliesse eine Ersatzpflicht für eine Arbeitsunfähigkeit in Bezug auf unentgeltliche Arbeiten aus. Das Bundesgericht geht gleichwohl von der *Ersatzfähigkeit des normativen Personenschadens* aus⁸⁹. Für die Vertreter der *Wertschöpfungstheorie* ist der Verlust der Erwerbs- bzw. Arbeitsfähigkeit *an sich* ein Schaden; dieser entspricht dem Marktwert der verminderten Arbeitskraft⁹⁰. Das Bundesgericht hat mitunter auch festgestellt, dass «Art. 46 Abs. 1 OR nicht im Sinne eines entgangenen Gewinns von Verdienstausschlag oder dergleichen spricht, sondern daran anknüpft, dass die Körperverletzung die Erwerbsfähigkeit des Betroffenen beeinträchtigt und sein wirtschaftliches Fort-

⁸⁵ Statt vieler z.B. BGE 127 III 403 E. 4.

⁸⁶ Vgl. BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 = HAVE 2002, 50 (Bemerkungen von Volker Pribnow) E. 2.2 und 126 III 388 E. 11a, siehe aber Urteil BGer vom 06.01.2004 (6S.77/2003) = recht 2004, 119 (Bemerkungen von Felix Schöbi) = SJZ 2004, 167.

⁸⁷ Vgl. BGE 127 III 403 = plädoyer 2001/6, 65 = ZBJV 2003, 46 (Bemerkungen von Heinz Hausheer und Manuel Jaun) E. 4a und 95 II 255 E. 7a.

⁸⁸ Vgl. BGE 129 III 135 = Pra 2003 Nr. 69 = HAVE 2002, 50 (Bemerkungen von Volker Pribnow) E. 2.2

⁸⁹ Supra Ziff. II/C/1.

⁹⁰ Vgl. ILERI ATILAY, Altruistischer Schaden, in: HAVE 2004, 251 ff., und ILERI ATILAY, Wertschöpfungstheorie, in: Collezione Assista, Genf 1998, 288 ff., KISSLING CHRISTA, Haushaltschaden und Ausfall anderer unentgeltlicher Tätigkeiten – Begründungsansätze und Grundsätze der Schadensberechnung, in: Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich 2007, 15 ff., und KISSLING CHRISTA, Haushaltschaden und Ausfall anderer unentgeltlicher Tätigkeiten – Begründungsansätze und Grundsätze der Schadensberechnung, in: Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich 2007, 15 ff., 45 ff., sowie PRIBNOW VOLKER, Einzelfragen zur Anwendung der Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle, in: Collezione Assista, Genf 1998, 500 ff., 508; ferner GEISSELER ROBERT, Der Haushaltschaden, in: Koller Alfred (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, St. Gallen 1997, 59 ff., 70, ROBERTO VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, N 732 ff., und ROBERTO VITO, Schadensrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1997, 217 f.

nehmen ersuchen»⁹¹. Zudem erwähnt der Gesetzgeber, dass bereits eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens zu Schadenersatz verpflichtet⁹².

Die durch die Differenztheorie geprägte Auffassung, dass der «Arbeitsunfähigkeitsschaden» nur den Erwerbsausfallsschaden umfasst, ist nicht zuletzt deshalb abzulehnen, weil sie Frauen benachteiligt. Frauen besorgen weitaus häufiger als Männer den Haushalt bzw. gehen bloss einer Teilerwerbstätigkeit nach⁹³. Die verletzungsbedingte Beeinträchtigung der Arbeitskraft wird bei den Frauen mit einem Haushaltschaden und ggf. einem Lohnausfallsschaden infolge Teilzeiterwerbsunfähigkeit entschädigt. Bei männlichen Geschädigten demgegenüber wird ein Lohnausfallsschaden, basierend auf einer Vollerwerbstätigkeit, und ein geringfügiger Haushaltschaden zugesprochen⁹⁴.

Da Erwerbsarbeit erfahrungsgemäss besser als Hausarbeit und Männer generell besser als Frauen entlohnt werden, hat eine solche geschlechtsspezifische Schadenberechnung zur Folge, dass *Männer eine höhere Entschädigung für die verletzungsbedingte eingeschränkte Arbeitskraft als Frauen* erhalten. Vor dem Hintergrund des Geschlechterdiskriminierungsverbots⁹⁵ ist diese Schadenersatzpraxis verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn sie durch *zwingende biologische oder funktionelle Unterschiede* gerechtfertigt werden könnte⁹⁶, was nicht der Fall ist.

c. Vereinfachungen beim Erwerbsausfall- und Haushaltsschaden

Der Umstand, dass Männer und Frauen während ihrer Aktivitätsphase annähernd gleich viel Zeit für Erwerbs- und Hausarbeit verwenden⁹⁷, und das *Gebot des geschlechtsneutralen Schadenausgleichs* legen es nahe, die Arbeitskraft von Männern und Frauen an sich zu bewerten und *an Stelle von Erwerbs- und Haushaltschaden* einen einheitlichen *egalitären Schadensposten für die verletzungsbedingte Arbeitsunfähigkeit* zuzusprechen. Eine *objektiv-abstrakte Schadenberechnung* wird von der neueren Lehre mitunter – nicht zuletzt aus rechtsvergleichender Sicht – explizit gefordert⁹⁸. BREHM hat unlängst vorgeschlagen,

⁹¹ Vgl. BGE 111 II 295 = Pra 1986 Nr. 7 E. 2c.

⁹² Weiterführend zum Erschwerungsschaden LANDOLT, ZH-K, N 1210 ff. zu Art. 46 OR.

⁹³ Siehe die Hinweise bei LANDOLT, ZH-K, N 589 zu Art. 46 OR.

⁹⁴ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 976 ff. zu Art. 46 OR.

⁹⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 2 und 3 Satz 1 BV.

⁹⁶ Vgl. BGE 116 Ia 359 E. 6b.

⁹⁷ Vgl. SCHÖN-BAUMANN JAQUELINE, Haushaltschaden: Erste Erfahrungen mit den neuen SAKE-Tabellen 2004 in: Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich 2007, 77 ff., 88 ff.

⁹⁸ Vgl. KISSLING CHRISTA, Haushaltschaden und Ausfall anderer unentgeltlicher Tätigkeiten – Begründungsansätze und Grundsätze der Schadensberechnung, in: Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich 2007, 15

eine nach Alters- und Einkommensklassen abgestufte Punkte-Entschädigungsskala einzuführen, die es erlauben würde, den Arbeitsunfähigkeitsschaden einfacher zu bewerten⁹⁹. Vorstellbar wäre auch, dass der Arbeitsunfähigkeitsschaden nach Massgabe der für den Haushaltschaden angewandten Aufwandmethode berechnet würde. Erforderlich wären nur noch drei Parameter: *Lebensarbeitszeit*, *Arbeitsunfähigkeitsgrad* und *Stundenansatz*.

d. Vereinfachungen beim Rentenausfall- und Erschwerungsschaden

Ob bei dieser zugegebenermassen radikalen Vereinfachung des Erwerbsausfall- und des Haushaltsschadens noch Rentenausfall- und Erschwerungsschaden zu berücksichtigen sind, kann dahingestellt bleiben. Die Gesichtspunkte, dass die Verwertung der Restarbeitsfähigkeit verletzungsbedingt beeinträchtigt seien (Erschwerungsschaden) und die verletzungsbedingte Arbeitsunfähigkeit die Alterssicherung beeinträchtigen kann, liessen sich mit einem angemessenen Zuschlag zum Stundenansatz berücksichtigen. Eine «korrekte» Berechnung des Rentenausfall- und Erschwerungsschadens ist ohnehin nicht möglich, da beide Schadensposten erst in der Zukunft entstehen und im Urteils- bzw. Berechnungszeitpunkt nur geschätzt werden können.

Der *Rentenausfallsschaden* hängt einerseits von der sozialversicherungsrechtlichen Entwicklung ab und wird andererseits von persönlichen Umständen, z.B. einer Heirat, geprägt, die im Berechnungszeitpunkt nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit absehbar sind. Dasselbe gilt für den *Erschwerungsschaden*; ob und inwieweit eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens eintreten wird, ist letztlich im Berechnungszeitpunkt unbekannt. Es wäre deshalb folgerichtig zuzugeben, dass zwar ein Rentenausfall- und gegebenenfalls ein Erschwerungsschaden besteht, sich diese aber nicht exakt berechnen, sondern nur schätzen lassen¹⁰⁰.

Diese Einsicht ruft *de lege lata* zu einer Vereinfachung der Schadenberechnung auf. Wenn SCHAETZLE/WEBER deshalb beim Rentenausfallsschaden eine einfachere Schadenberechnung anhand einer Rentenschadentabelle stipulieren¹⁰¹, ist diese Vereinfachung mehr als nur begrüssenswert¹⁰². Wünschenswert wäre eine

ff., 39 ff., und SCHAETZLE MARC, SAKE-Interpretationen, in: Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich 2007, 93 ff., 104 ff.

⁹⁹ Vgl. BREHM ROLAND, Einige herausfordernde Gedanken zu den Grenzen des Schadenersatzrechts, in: ZBJV 2006, 325 ff., 336 f.

¹⁰⁰ So explizit BREHM ROLAND, Einige herausfordernde Gedanken zu den Grenzen des Schadenersatzrechts, in: ZBJV 2006, 325 ff., 336.

¹⁰¹ Vgl. SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, Tabellen 3x und 3y, N 4.71 ff.

¹⁰² Zustimmend GECKELER HUNZIKER MAYA, Der Rentenschaden, in: Anwaltsrevue 2006, 235 ff.

Praxis¹⁰³ ist ausgehend vom Invaliditätsgrad, der bei der Integritätsentschädigung massgeblich ist, je Verletzungsfolge ein Prozentwert des Arbeitsunfähigkeits-schadens festzulegen, der unter diesem Titel zu entschädigen ist.

2. Immaterieller Schaden – Nichtvermögensschaden

i. Allgemeines

Weit gravierendere strukturelle Defizite weist der immaterielle Personenschaden auf. Dieser ist zwar nach Art. 47 und 49 OR ersatzfähig¹⁰⁴, doch ist seit je umstritten, wie die Genugtuung zu berechnen und welche Genugtuungssummen angemessen sind. Das Bundesgericht wendet die *einphasige Präjudizienmethode* an, erwähnt aber in neueren Urteilen, die von der Lehre propagierte *Zweiphasenmethode* sei auch nicht falsch¹⁰⁵. Bei dieser wird in einem ersten Schritt eine für einen bestimmten Verletzungstypus egalitäre Geldsumme bestimmt und in einem zweiten Schritt auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalls erhöht. In weiten Teilen sind aber zahlreiche Fragen ungeklärt, die geklärt sein müssten, um der immateriellen Schadenberechnung eine *rechtsstaatliche Unbedenklichkeit* attestieren zu können.

ii. Ungenügen der Genugtuungssummen bei schweren Körperverletzungen

Die Genugtuungssummen bei schweren Körperverletzungen betragen zwischen Fr. 100 000.– und Fr. 150 000.–. Die kantonale Rechtsprechung hat mitunter Genugtuungen von (über) Fr. 200 000.– zugesprochen¹⁰⁶. Während der materielle Personenschaden in solchen Fällen in die Hunderttausende, öfters sogar in die Millionen geht, wird der immaterielle Personenschaden mit einem Bruchteil entschädigt. Diese Diskrepanz ist nicht nachvollziehbar.

Der *Schweizerische Anwaltsverband* wünscht sich ein *Instrumentarium für eine zeitgemässe Regulierung immaterieller Schäden*. Vorgeschlagen wird eine (kumulative) Aufspaltung der Genugtuung in eine Integritätsentschädigung,

¹⁰³ Siehe dazu LANDOLT, ZH-K, N 1234 ff. zu Art. 46 OR, und SCHATZMANN BRUNO, Die Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens, Diss. Bern 2001.

¹⁰⁴ Zur umstrittenen Frage, ob Sachbeschädigungen und blosser Vermögensschäden Anspruch auf eine Genugtuung begründen siehe LANDOLT, ZH-K, N 784 und 790 zu Art. 49 OR.

¹⁰⁵ Vgl. BGE 132 II 117 E. 2.3.3 sowie Urteile BGer vom 07.11.2002 (6S.700/2001) = Pra 2003 Nr. 122 E. 2.3 und 4.3, vom 21.02.2001 (1A.235/2000) E. 5b/bb und vom 13.10.2000 (1A.203/2000) E. 2b.

¹⁰⁶ Vgl. Urteile OGer Luzern vom 27.09.2006 (11 04 163) = HAVE 2007, 35 (Bemerkungen von Hardy Landolt) E. 13, KGer SZ vom 08./26.04.1997 (KG 336/95 und 356/95 ZK) = plädoyer 1997/5, 67 = SG 1997 Nr. 37 = SVZ 1998, 271 (Bemerkungen von Gabriela Riemer-Kafka) E. 8 und BezGer Münchwilen TG vom 23.10.1997 (258/1997) = plädoyer 1998/1, 58 E. 4b/cc.

Schmerzensgeld und eine Entschädigung für entgehende Lebensfreude; ferner – für allerschwerste Fälle – die Normierung einer Zusprechung von Genugtuungssumme nebst Kapitalbetrag. Vorgeschlagen wird die explizite gesetzliche Nennung einer Maximalgenugtuung bei Körperverletzung in Höhe des 10-fachen Betrages des Durchschnittslohnes eines Arbeitnehmers, was rund 650 000 Franken ausmacht¹⁰⁷.

Die neuere Lehre fordert ebenfalls bei schweren Körperverletzungen höhere Genugtuungssummen¹⁰⁸. Die Forderung nach *höheren Genugtuungssummen bei schweren Körperverletzungen* wird unterschiedlich begründet:

- Die Genugtuungssummen, die gestützt auf Art. 47 OR zugesprochen werden, erweisen sich im Vergleich zur militärversicherungsrechtlichen Integritätsentschädigung, die bei schweren Körperverletzungen über Fr. 500 000.– betragen kann, als tief.
- Es wird ferner mit Recht darauf hingewiesen, dass auch Genugtuungssummen von über Fr. 100 000.–, die gewöhnlich bei schweren Lähmungen gewährt werden, bei jungen Geschädigten umgerechnet Tagesansätzen zwischen Fr. 10.– und Fr. 20.– bzw. Monatsrenten von Fr. 300.– bis Fr. 600.– entsprechen. Im Vergleich zu den Tagesansätzen bei einer widerrechtlichen Freiheitsentziehung von über Fr. 100.–¹⁰⁹ sind diese Summen unangemessen tief¹¹⁰.
- Die frühere Rechtsprechung hat, gemessen an der Kaufkraft, höhere Genugtuungssummen für vergleichbare Verletzungen zugesprochen¹¹¹. Trotz bundgerichtlichem Aufwertungsgebot¹¹² liegen die in der Schweiz bei schweren Körperverletzungen zugesprochenen Genugtuungssummen, nicht zuletzt un-

¹⁰⁷ Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Zusammenstellung der Vernehmlassungen. Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Bern 2004, 36 und 194 f., ferner GEISSELER ROBERT, Gesamtrevision des Haftpflichtrechts. Die Vernehmlassung des SAV zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, in: Anwaltsrevue 2001/11-12, 16 ff.

¹⁰⁸ Vgl. GURZELER BEATRICE, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung. Unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Diss. Bern 2004, 258 ff., PRIBNOW VOLKER, Einzelfragen zur Anwendung der Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle, in: Collezione Assista, Genf 1998, 500 ff., 509 ff., SIDLER MAX, Die Bemessung der Genugtuung bei Invaliditätsschaden, in: Schleudertraumainfo 2005/1, 27 ff., und SIDLER MAX, Die Bemessung der Genugtuung bei Invaliditätsschäden, in: SJZ 1997, 165 ff., 170 f.

¹⁰⁹ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 383 zu Art. 49 OR.

¹¹⁰ So z.B. PRIBNOW VOLKER, Einzelfragen zur Anwendung der Barwerttafeln von Stauffer/Schaetzle, in: Collezione Assista, Genf 1998, 500 ff., 511, und SIDLER MAX, Die Genugtuung und ihre Bemessung, in: Münch Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Schaden – Haftung – Versicherung, Basel/Genf/München 1999, 445 ff., N 10.87.

¹¹¹ Vgl. SIDLER MAX, Die Bemessung der Genugtuung bei Invaliditätsschäden, in: SJZ 1997, 165 ff., 170 f.

¹¹² Vgl. BGE 112 II 131 = Pra 1986 Nr. 157 E. 2.

ter Berücksichtigung der höheren Kaufkraft in der Schweiz, unter den in den Nachbarländern bzw. Europa üblichen Ansätzen¹¹³. Das schweizerische Genugtuungsniveau ist das zweittiefste von insgesamt 13 europäischen Staaten¹¹⁴.

Die innereuropäischen Unterschiede sowohl in Bezug auf die Berechnungsmethode als auch die Höhe der Schmerzensgelder sind beträchtlich¹¹⁵. In *Deutschland*, *Österreich* und *England* gilt z.B. wie in der Schweiz kein Schmerzensgeldtarif. Eine eigentliche Tarifierung der Genugtuung kennen demgegenüber etwa *Frankreich*¹¹⁶, *Spanien*¹¹⁷, *Schweden*¹¹⁸ und *Italien*¹¹⁹, wobei die Tarifierung mitunter nur für das Schmerzensgeld der Angehörigen getöteter Personen oder bestimmte Personenschadenfälle, z.B. Verkehrsunfälle, vorgesehen ist¹²⁰.

Ein Vergleich der *schweizerischen Genugtuungsansätze von unter 100 000 Euro* mit denjenigen von Staaten ohne eigentliche Tarifierung offenbart eklatante Unterschiede. In *Deutschland* z.B. werden bei schweren Körperverletzungen folgende Schmerzensgelder zugesprochen¹²¹:

¹¹³ Statt vieler BACKU HOLGER, Schmerzensgeld bei Verkehrsunfallschäden in Frankreich, Spanien und Portugal, in: DAR 2001, 587 ff., CHRISTANDL GREGOR, Eine kurze Darstellung der neuesten Entwicklungen im italienischen Nichtvermögensschadensrecht unter besonderer Berücksichtigung des danno esistenziale, in: Jahrbuch für italienisches Recht 2005, 277 ff., ROGERS W. V. HORTON/BAGINSKA EWA, Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective, Wien 2001, und VON BAR CHRISTIAN, Schmerzensgeld in Europa, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999, 27 ff.

¹¹⁴ Vgl. SZÖLLÖSY PAUL, Schadenersatz bei Personenschaden in Westeuropa. Grundlagen, Praxis und neuere Entwicklungen in elf westeuropäischen Ländern, Zürich 1992, 113, und SZÖLLÖSY PAUL, Kommt es in der Schweiz zu einer Praxisänderung in der Zusprechung von Genugtuungssummen?, in: VersR 1983, 97 ff., 100.

¹¹⁵ Statt vieler ROGERS W. V. HORTON/BAGINSKA EWA, Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective, Wien 2001, und VON BAR CHRISTIAN, Schmerzensgeld in Europa, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999, 27 ff.

¹¹⁶ Vgl. BACKU HOLGER, Schmerzensgeld bei Verkehrsunfallschäden in Frankreich, Spanien und Portugal, in: DAR 2001, 587 ff., 589 f.

¹¹⁷ Vgl. BACKU HOLGER, Schmerzensgeld bei Verkehrsunfallschäden in Frankreich, Spanien und Portugal, in: DAR 2001, 587 ff., 592.

¹¹⁸ Vgl. VON BAR CHRISTIAN, Schmerzensgeld in Europa, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999, 27 ff., 35.

¹¹⁹ Vgl. BACKU HOLGER, Schadenersatz nach Kfz-Unfällen in Italien, in: DAR 2003, 337 ff., und SCARABELLO PATRIZIA, Ersatz immaterieller Personenschäden in Italien, in: DAR 2001, 581 ff., 583 ff.

¹²⁰ Vgl. SOTO NIETO FRANCISCO, Der Schadensausgleich für Personenschäden, in: Beiträge des XIV. Kolloquiums Versicherer-Richter, Paris 2000, 7 ff.

¹²¹ Weiterführend HACKS SUSANNE/ RING AMELI, et al., Schmerzensgeld Beträge. 24. A., Bonn 2006, JAEGER LOTHAR/LUCKEY JAN, Schmerzensgeld. 3. A., Recklinghausen 2005, und SLIZYK ANDREAS, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle. Von Kopf bis Fuss. Basisdaten von mehr als 2700 Schmerzensgeld Entscheidungen mit systematischer Kommentierung des Schmerzensgeldrechts. 5. A., München 2006.

- bei *schweren Geburtsschäden* bzw. schwerstverletzten Kindern *bis zu 500 000 Euro*¹²²;
- bei *Querschnittlähmungen* zwischen *200 000 und 500 000 Euro*¹²³ und
- bei schwersten *Schädel-Hirn-Verletzungen über 500 000 Euro*¹²⁴.

In *England* liegen die höchsten Genugtuungssummen bei 330 000 Euro¹²⁵ und machen so etwa die Hälfte der deutschen Ansätze aus, während die in *Österreich* üblichen Schmerzensgeldsummen rund einen Drittel tiefer sind¹²⁶, die italienischen Ansätze wiederum liegen praktisch gleich auf mit denjenigen von Deutschland. Die seit den 90er Jahren in der Schweiz bekräftigte Forderung nach höheren Genugtuungssummen bei schweren Körperverletzungen ist deshalb nicht zuletzt aus rechtsvergleichender Sicht berechtigt.

¹²² Siehe z.B. Urteile OLG Hamm vom 21.05.2003 (3 U 122/02) = MDR 2003, 1291, vom 16.01.2001 (3 U 156/00) und vom 23.04.1997 (3 U 10/96) = VersR 1999, 488 (14-jähriges Kind, 500 000 DM) sowie OLG Hamburg vom 05.07.1995 = OLG-Report 1996, 38 (1 ½-jähriges Kind, apallisches Syndrom, 580 000 DM).

¹²³ Vgl. Urteile OLG Hamm vom 07.07.2004 (3 U 264/03) (42-jährige Frau, 220 000 Euro), BGH vom 20.01.2004 (VI ZR 46/03) = DAR 2004, 267 = MDR 2004, 684 = VersR 2004, 482 (16-jähriger Mann, 400 000 DM), LG Würzburg vom 03.12.2001 (22 O 713/99) (21-jähriger Mann, Schmerzensgeldkapital 500 000 DM, zusätzlich monatliche Schmerzensgeldrente von 1 000 DM), BGH vom 02.02.1999 (VI ZR 25/98) = BGHZ 140, 335 = DAR 1999, 215 = MDR 1999, 545 = NJW 1999, 1339 = VersR 1999, 902 (300 000 DM, aufgeteilt in ein Kapital von 210 000 DM und eine monatliche Schmerzensgeldrente von 400 DM), OLG Düsseldorf vom 10.02.1992 (1 U 218/90) = VersR 1993, 113 (Tetraplegie, 600 000 DM, aufgeteilt in ein Kapital von 450 000 DM und eine monatliche Schmerzensgeldrente von 750 DM), LG Oldenburg vom 11.10.1989 = DAR 1990, 146 (4-jähriges Kind, 500 000 DM) und OLG Frankfurt a.M. vom 22.02.1989 (13 U 291/87) = VersR 1990, 912 (DM 350 000); ferner JAEGER LOTHAR/LUCKEY JAN, Schmerzensgeld. 3. A., Recklinghausen 2005, E 1571 ff., und SLIZYK ANDREAS, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle. Von Kopf bis Fuss. Basisdaten von mehr als 2700 Schmerzensgeld Entscheidungen mit systematischer Kommentierung des Schmerzensgeldrechts. 5. A., München 2006, 327 ff.

¹²⁴ Vgl. Urteil LG München vom 29.03.2001 (19 O 8647/00) = NJW-RR 2001, 1246 (48-jähriger Mann, Schmerzensgeld von ca. 1 Mio. DM, aufgeteilt in ein Kapital von 750 000 DM und eine monatliche Schmerzensgeldrente von 1 500 DM); ferner JAEGER LOTHAR/LUCKEY JAN, Schmerzensgeld. 3. A., Recklinghausen 2005, E 1571 ff., und SLIZYK ANDREAS, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle. Von Kopf bis Fuss. Basisdaten von mehr als 2700 Schmerzensgeld Entscheidungen mit systematischer Kommentierung des Schmerzensgeldrechts. 5. A., München 2006, 162 ff.

¹²⁵ Vgl. ROGERS W. V. HORTON, Compensation for Personal Injury in England, in: Koch Bernhard A. (Hrsg.), Compensation for personal injury in a comparative perspective, Wien 2003, 76 ff., 95 N 71.

¹²⁶ Vgl. DANZL KARL-HEINZ/ GUTIERREZ-LOBOS KARIN, et al., Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht. 8. A., Wien 2004, HUBER CHRISTIAN, Der Erwerbschaden des Partners einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft wegen Behinderung in der Haushaltsführung – «amerikanische Verhältnisse» durch Zuerkennung eines Ersatzanspruchs?, in: Festschrift für Erich Steffen, Berlin 1995, 193 ff., Fn 3, KOCH BERNHARD A./KOZIOL HELMUT, Schadenersatz für Körperverletzung in Österreich, in: Koch Bernhard A. (Hrsg.), Compensation for personal injury in a comparative perspective, Wien 2003, 4 ff., 18 ff., ferner VON BAR CHRISTIAN, Schmerzensgeld in Europa, in: Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999, 27 ff., 38.

Die Höhe der angemessenen Genugtuung ist letztlich ein *rechtspolitischer Entscheidung*, der davon abhängt, welche Versicherungsprämien die Gesellschaft für die Deckung von immateriellen Schäden zu zahlen bereit ist¹²⁷. Die *Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts* schlagen vor, den immateriellen Wert des Lebens bzw. der Gesundheit anhand der Prämien, die eine Risikogemeinschaft bezahlen würde, um den Beeinträchtigungen der Gesundheit zu entgehen, zu ermitteln. Sie gehen dabei von einem *Richtwert von 1 Million für schwerste Körperverletzungen* aus¹²⁸.

Befragungen in England haben gezeigt, dass die Bevölkerung höhere Genugtuungsbeträge wünscht und bereit ist, für höhere Genugtuungssummen höhere Versicherungsprämien zu bezahlen. Eine *Erhöhung um das Eineinhalb- bis Zweifache* wird von der Mehrheit der britischen Bevölkerung befürwortet, von der Rechtsprechung aber abgelehnt¹²⁹. Soweit ersichtlich sind in der Schweiz *keine statistischen Erhebungen* zum immateriellen Wert der Gesundheit greifbar und im Rahmen der Revision des Haftpflichtrechts auch nicht geplant. Ein Teil der Lehre lehnt solche auf Befragung ermittelten Richtwerte als unethisch ab¹³⁰.

Es ist letztlich nicht einzusehen, weshalb Geschädigte, die unter das MVG fallen, ein Mehrfaches der üblicherweise nach Art. 47 OR zugesprochenen Genugtuungssummen als Integritätsentschädigung erhalten. Die Privilegierung von «Militärhaftpflichtfällen» lässt sich sachlich nicht vertreten. In Nachachtung des Gleichbehandlungsgebots¹³¹ ist eine *Erhöhung der Gesamtgenugtuung nach Art. 47 OR auf das Niveau der militärversicherungsrechtlichen Integritätsentschädigung de lege lata et ferenda* geboten¹³². Im Interesse einer klaren Struktur ist zudem eine *einheitliche Berechnungsmethode* zu fordern, die transparent ist und den Berechnungs- vom Bemessungsvorgang trennt¹³³.

¹²⁷ Vgl. GURZELER BEATRICE, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung. Unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Diss. Bern 2004, 256 ff.

¹²⁸ Vgl. OTT CLAUS/SCHÄFER HANS-BERND, Schmerzensgeld bei Körperverletzung, in: JZ 1990, 563 ff., und SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. 3. A., Berlin 2000, 344 ff.

¹²⁹ Vgl. ROGERS W. V. HORTON, Compensation for Personal Injury in England, in: Koch Bernhard A. (Hrsg.), Compensation for personal injury in a comparative perspective, Wien 2003, 76 ff., 96 N 72, und ROGERS W. V. HORTON/BAGINSKA EWA, Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective, Wien 2001, 70 N 49.

¹³⁰ Vgl. BYDLINSKI FRANZ, Die «Umrechnung» immaterieller Schäden in Geld, in: Liber amicorum Pierre Widmer, Wien 2003, 27 ff., 43.

¹³¹ Vgl. Art. 8 Abs. 1 BV.

¹³² Vgl. GURZELER BEATRICE, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung. Unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse, Diss. Bern 2004, 263.

¹³³ Siehe dazu die Hinweise bei LANDOLT, ZH-K, N 13 ff. zu Art. 47 OR.

C. Aufgelaufener und zukünftiger Schaden

1. Allgemeines

Der Schaden ist so konkret wie möglich und so abstrakt wie nötig zu berechnen¹³⁴. Der *aufgelaufene Schaden* ist in der Regel konkret nachweisbar. Entsprechend hat der Geschädigte diesen ziffernmässig zu substantiieren und zu beweisen. Ist ausnahmsweise eine Bezifferung unmöglich oder unzumutbar, kann der Richter gleichwohl bei nachgewiesenem Schaden ermessensweise Ersatz zusprechen¹³⁵. Der *zukünftige Schaden* ist oft sowohl seiner Existenz als auch seiner Höhe nach unklar. In letzterem Fall ist nach Art. 42 Abs. 2 OR eine ermessensweise Schadenersatzbemessung zwar möglich, doch entbindet diese Bestimmung den Geschädigten nicht vom *Schadensnachweis*¹³⁶.

2. Unmöglichkeit einer exakten Berechnung des zukünftigen Personenschadens

Die Zukunft ist zwar sicher, aber ungewiss. Der zukünftige Schadenverlauf lässt sich *ex ante* nur mit mehr oder minder wahrscheinlichen Annahmen treffen. Das Bundesgericht fordert, dass der zukünftige Schadenverlauf im Hinblick auf die *konkreten Umstände im Urteils- bzw. Berechnungszeitpunkt* zu schätzen ist¹³⁷. Die Lebenssituation des Geschädigten im Moment der Schadenberechnung kann zwar Hinweise für die kurz- und mittelfristige zukünftige Entwicklung bieten. Die *langfristige zukünftige Entwicklung* lässt sich jedoch nicht bestimmen, wie jeder weiss, der auf sein bisheriges Leben zurückblickt. Es bleibt letztlich nichts anderes übrig, als auf eine durchschnittliche Entwicklung abzustellen und statistische Erfahrungswerte zu verwenden.

3. Statistikkorientierte Schadenberechnung

Der statistische Erfahrungswert ist bezogen auf den konkreten Einzelfall zwar immer falsch, doch deckt er die Mehrzahl vergleichbarer Fälle ab; eine *statistikorientierte Schadenberechnung* ist deshalb nicht zuletzt aus Gründen der rechts-

¹³⁴ Statt vieler SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren. Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, Zürich 2001, N 3.20 ff.

¹³⁵ Vgl. Art. 42 Abs. 2 OR.

¹³⁶ Weiterführend FELLMANN WALTER, Substanziierung und Beweis unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 1 und 2 OR in: Haftpflichtprozess 2007, Zürich 2007, 35 ff., SIDLER MAX, Der Nachweis des Schadens und die Bestimmung des Ersatzwertes nach Art. 42 OR, in: Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich 2004, 87 ff., und SÜSSKIND MARCEL, Nachweis des Personenschadens, in: Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich 2004, 111 ff.

¹³⁷ Statt vieler Urteil BGer vom 22.01.2007 (4C.349/2006) E. 2.1 f.

gleichen Behandlung geboten. Das Bundesgericht betont in diesem Zusammenhang denn auch, dass «die Ermittlung des künftigen Schadens aufgrund von Hypothesen und Schätzungen nach der allgemeinen Lebenserfahrung vorgenommen werden [muss], die soweit als möglich durch statistische Untersuchungen abzustützen sind. Die den Schätzungen innewohnenden Ungewissheiten legen dabei nahe, nach einfachen und klaren Kriterien zu suchen, im Interesse einer rechtsgleichen Anwendung des Haftpflichtrechts und überschaubarer Berechnungen»¹³⁸.

Das Bundesgericht hat in Bezug auf die statistische Methode eine ambivalente Haltung. In vielen Fällen, so z.B. bei der Berechnung des *Haushaltschadens*¹³⁹ oder bei der *Rentenindexierung*¹⁴⁰, wird auf die statistische Methode verwiesen. Eine auf statistische Erhebungen gestützte Kritik an der Beweismwürdigung der Vorinstanz ist im Berufungsverfahren aber nach der höchstrichterlichen Meinung nicht zulässig¹⁴¹. Statistische Erkenntnisse werden sodann ausgeklammert oder widersprüchlich bei der Schadenberechnung berücksichtigt. Solches ist z.B. bei der *Heirats- und Scheidungswahrscheinlichkeit* der Fall. Beim Versorgungsschaden wird die Wiederverheiratungs-, nicht aber die Scheidungswahrscheinlichkeit berücksichtigt¹⁴². Beim Invaliditätsschaden wird, soweit ersichtlich, die Scheidungswahrscheinlichkeit nicht miteinbezogen.

Anhand der vom Geschädigten nachgewiesenen *konkreten Umstände* ist nach der Auffassung der Lausanner Richter zudem zu überprüfen, ob – im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit – ein *Abweichen vom statistischen Durchschnittswert* gerechtfertigt ist¹⁴³. Gegebenenfalls sind auf Grund der konkreten Umstände Anpassungen vorzunehmen. So kann bei erwerbstätigen Personen dem geringeren Zeitaufwand für die Haushaltsführung durch einen *pauschalen Abzug* Rechnung getragen werden¹⁴⁴.

Das Bundesgericht hat unlängst festgestellt, dass die statistische Methode zwar beim Haushaltschaden im Zusammenhang mit der Festlegung der Löhne haus-

¹³⁸ BGE 132 III 321 E. 3.7.2.2.

¹³⁹ Den für die Erledigung des Haushalts erforderlichen Aufwand kann das Sachgericht entweder ausschliesslich gestützt auf statistische Daten festlegen oder konkret ermitteln; stützt es sich auf statistische Daten, kann der Aufwand im Berufungsverfahren als Rechtsfrage überprüft werden, wobei sich das Bundesgericht eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (BGE 132 III 321 E. 3.1.).

¹⁴⁰ Die Schadenersatzrente wird entweder an den Landesindex der Konsumentenpreise (LIKPI) oder den Nominallohnindex gebunden (statt vieler Urteil Handelsgericht ZH vom 12.06.2001 = ZR 2002, 289 ff., 295).

¹⁴¹ Vgl. Urteil BGer vom 22.01.2007 (4C.349/2006) E. 2.2.

¹⁴² Siehe z.B. LANDOLT, ZH-K, N 122 ff. und 126 ff. zu Art. 45 OR sowie N 814 zu Art. 46 OR.

¹⁴³ Vgl. Urteil BGer vom 25.08.2006 (4C.166/2006) E. 5.1 f.

¹⁴⁴ Vgl. BGE 129 II 145 E. 3.1.

wirtschaftlicher Angestellter zur Anwendung gelangt; es hat deren Anwendbarkeit aber für den *Lohnausfallschaden* nach wie vor offen gelassen¹⁴⁵. Diese nicht nachvollziehbare methodische Zurückhaltung begründen die Lausanner Richter mit dem Umstand, dass «regelmässig konkrete Umstände des Einzelfalls, insbesondere die berufliche Situation des Geschädigten berücksichtigt werden können, aufgrund derer sich auf dessen künftige hypothetische Lohnentwicklung schliessen lässt»¹⁴⁶.

Die *einzelfallweise Korrektur eines statistischen Erfahrungswerts* ist letztlich fragwürdig, weil die statistische Methode fingiert, der konkrete Fall entspreche dem statistischen Durchschnittswert, und sich die Zukunft im Urteils- bzw. Berechnungszeitpunkt nicht vorhersagen lässt. Die *Projektion der subjektiven Gegenwart in die allgemeine Zukunft* ist *a priori* falsch. Die zukünftige Entwicklung lässt sich nicht isoliert auf Grund des gegenwärtigen Momentums, sondern nur «vergangenheitsbezogen auf statistische Grundlagen und zukunftsbezogen auf eine Reihe von Szenarien und Prognosen von Konjunktur- und Wirtschaftsexperten»¹⁴⁷ rechtsgenügend abschätzen. Die statistischen Erfahrungswerte sollten sowohl bei der Modellierung des zukünftigen Lebensverlaufs als auch bei der Modellierung des zukünftigen Schadenverlaufs weit häufiger herangezogen werden, als dies rechtsprechungsgemäss der Fall ist.

Bei der *Modellierung des zukünftigen Lebensverlaufs* ist bei Fehlen eines bereits verwirklichten Lebensplans auf das statistische Durchschnittsverhalten eines nach Geschlecht und Alter vergleichbaren Geschädigten abzustellen. Als *Basis der Schadenberechnung* gilt eine *verheiratete Person mit zwei Kindern*¹⁴⁸. Bei *Männern* ist von einer *Vollerwerbstätigkeit*, bei *Frauen* von einer *Teilerwerbstätigkeit* und einer *hauswirtschaftlichen Tätigkeit* auszugehen, wobei beide Geschlechter stundenmässig in etwa gleich viel arbeiten¹⁴⁹. Die *Modellierung des zukünftigen Schadenverlaufs* der einzelnen Schadensposten hat kohärent mit diesem statistischen Lebensverlauf zu erfolgen. Haushalt- und Lohnausfallschaden sind insoweit komplementär zueinander¹⁵⁰.

Innerhalb der einzelnen Schadensposten ist eine statistische Modellierung des Schadenverlaufs ebenfalls angebracht. Beim Lohnausfallschaden z.B. hat der Geschädigte den zukünftigen Lohnverlauf im Zusammenhang mit der Validen- und der Invalidenkarriere nachzuweisen. Im Urteils- bzw. Berechnungszeitpunkt

¹⁴⁵ Vgl. BGE 132 III 321 E. 3.7.2.2.

¹⁴⁶ BGE 132 III 321 E. 3.7.2.2.

¹⁴⁷ BGE 132 III 321 E. 3.7.2.2.

¹⁴⁸ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 993 ff. zu Art. 46 OR.

¹⁴⁹ Dazu LANDOLT, ZH-K, N 608 ff. zu Art. 46 OR.

¹⁵⁰ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 898 und 1271 ff. zu Art. 46 OR.

ist aber in der Regel nur das tatsächliche Validen-, weit weniger häufig auch das tatsächliche Invalideneinkommen bekannt. Eine zukünftige Schätzung beider Vergleichsgrössen ist ohne Rückgriff auf statistische Erfahrungswerte nicht möglich bzw. *per se* willkürlich. Mit der neueren Lehre ist deshalb die Forderung nach einer vermehrten Verwendung von statistisch erhärteten *Lohnprofilen* zu bekräftigen¹⁵¹.

IV. Verfahrensvereinfachungen

A. Aussergerichtliche Schadenregulierung

Ist der Personenschaden einmal berechnet, muss er durchgesetzt werden. Die Regulierung von Personenschäden erfolgt in der überwiegenden Mehrzahl aussergerichtlich. Die Vertreter des Geschädigten und des/der Haftpflichtigen versuchen, den von den Sozialversicherern noch nicht gedeckten *Direkt Schaden* zu bestimmen¹⁵² und die *Auszahlungsmodalitäten* zu regeln. Die aussergerichtliche Schadenregulierung führt oft, aber nicht immer zu einem Fallabschluss im Rahmen einer *Entschädigungsvereinbarung*.

Schliesst der Geschädigte einen betragsmässig unzulänglichen Vergleich, besteht nur eingeschränkt ein Korrektiv. In SVG-Haftungsfällen kann eine Entschädigungsvereinbarung, mit der eine offensichtlich unzulängliche Entschädigung festgesetzt wurde, innert Jahresfrist angefochten werden¹⁵³. In den übrigen Fällen ist eine Entschädigungsvereinbarung wie andere Verträge anfechtbar¹⁵⁴. Im Rahmen der Haftpflichtrechtsrevision soll eine generelle Anfechtungsmöglichkeit binnen eines Jahres seit Kenntnis des Irrtums über die offensichtliche Angemessenheit der vereinbarten Entschädigung eingeführt werden¹⁵⁵.

Der Praktiker meint festzustellen, dass sich die aussergerichtliche Schadenregulierung in den vergangenen Jahren zunehmend verkompliziert hat. Diese Ent-

¹⁵¹ Siehe dazu z.B. DORN DAVID/ GEISER THOMAS, et al., Die Berechnung des Erwerbsschadens mit Hilfe von Daten der Konstrukturerhebung, in: Personen-Schaden-Forum 2005, Zürich 2005, 39 ff.

¹⁵² Den Sozialversicherern steht ein integrales Regressrecht in Bezug auf die gesetzlichen Versicherungsleistungen zu (Art. 72 Abs. 1 ATSG). Der Geschädigte kann deshalb nur den durch die gesetzlichen Sozialversicherungsleistungen nicht gedeckten Schaden vom Haftpflichtigen fordern. Unterlässt er eine rechtzeitige Anmeldung, werden ihm die im Urteilszeitpunkt noch nicht verwirkten Sozialversicherungsleistungen angerechnet.

¹⁵³ Vgl. Art. 87 Abs. 2 SVG sowie ferner BGE 109 II 347 ff. und Urteil BGer vom 31.10.2001 (4C.219/2001) E. 2 ff.

¹⁵⁴ Siehe z.B. BGE 99 II 366 ff.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 58 VE-HPG.

wicklung ist auf eine verstärkte *Sensibilisierung der Haftpflichtversicherer* zurückzuführen, ungerechtfertigte Ansprüche abzuwehren. *Versicherungsinterne Restrukturierungen* tragen ebenfalls dazu bei, dass die Schadeninspektoren interne Kompetenzverfahren durchführen müssen, bevor sie einem Vergleich zustimmen dürfen. Andere Gründe mögen auch dazu beitragen, dass die Vergleichsgespräche zögerlicher und zäher geführt werden. Die *Medikalisierung der Gesellschaft* schliesslich hat ihren guten Anteil an diesem Prozess; je mehr Ärzte und Gutachter gefragt werden, desto grösser wird die Meinungsvielfalt und gefährdet einen Vergleichsabschluss.

Die *lange Dauer der Vergleichsverhandlungen* und die Aussicht, nach langen Jahren des Verhandels doch noch einen kostspieligen Prozess führen zu müssen, belastet den Geschädigten ungemein stärker als den Haftpflichtigen, vor allem wenn es sich bei Letzterem um einen Haftpflichtversicherer handelt, der tendenziell über uneingeschränkte personelle, finanzielle und zeitliche Ressourcen verfügt. Der Geschädigte trägt in einem Prozess zudem uneingeschränkt das *Beweis- bzw. Kostenrisiko*. Der Haftpflichtige bzw. dessen Haftpflichtversicherer kann insoweit auf Zeit spielen und muss nur befürchten, dass sein allenfalls *treuwidriges Regulierungsverhalten* bei der Genugtuungsbemessung erhöhend berücksichtigt wird¹⁵⁶.

Die aussergerichtliche Schadenregulierung befindet sich so zunehmend in einem «Gerechtigkeitsvakuum». Der Prozess der aussergerichtlichen Schadenregulierung mit den vorerwähnten *bescheidenen Sanktions- und Korrektivmöglichkeiten* wäre einer strukturellen Verbesserung und Vereinfachung ebenfalls zugänglich. Damit das Bewusstsein geschärft wird, auf eine vernünftige Schadenerledigung hinzuarbeiten, sollte der *Vergleichsprozess* verbindlicher gestaltet und klarer von unverbindlichen Gesprächen abgegrenzt werden. Zudem sollten den Parteien Erleichterungen gewährt werden, wenn sie Vergleichsverhandlungen führen. Sinnvoll wäre ein *Verjährungsstillstand* während der Dauer des Vergleichsprozesses. Zu überlegen wäre auch, welche Rechtsnachteile, z.B. Beweislastumkehr im Prozess¹⁵⁷, Übernahme von Partei- und Gerichtskosten etc., die Partei, die Vergleichsverhandlungen ohne ersichtlichen Grund scheitern lässt, zu tragen hat.

¹⁵⁶ Vgl. LANDOLT, ZH-K, N 191 f. zu Art. 47 OR.

¹⁵⁷ Siehe dazu SCHMID MARKUS, Beweislast, Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr im Arzthaftpflichtprozess? Urteil des Bundesgerichts 4C.378/1999 vom 23. November 2004, in: HAVE 2005, 232 ff., und GATTIKER MONIKA, Kausalhaftung für medizinische Behandlungen – Realität oder Zukunftsmusik?, in: AJP 2001, 645 ff., 655 ff.

B. Gerichtliche Schadenregulierung

Scheitert die aussergerichtliche Schadenregulierung, bleibt als einzige Möglichkeit der Prozess. Der Geschädigte sieht sich dann in die unvorteilhafte Lage versetzt, entscheiden zu müssen, ob er eine Feststellungs- oder Leistungsklage¹⁵⁸ erhebt und in letzterem Fall den gesamten Schaden oder nur einen Teil einklagt. Zudem hat er den Prozess vorzufinanzieren und trägt zudem für alle haftungsbe gründenden und schadenrelevanten Tatsachen die Substantiierungs- und Beweis-pflicht. Scheitert er, weist das Gericht die Klage ab und überbürdet dem Geschädigten die Prozesskosten, die in Abhängigkeit zur Höhe des Streitwerts ansteigen.

Diese prozessualen Strukturen sind im Zusammenhang mit Personenschadenfällen rechtsstaatlich nicht unbedenklich. Der Haftpflichtige befindet sich in einer überaus komfortablen Situation; er kann sich damit begnügen, jede Prozessbehauptung des Geschädigten zu bestreiten, und muss im schlimmsten Fall – dem vollständigen Obsiegen des Geschädigten – «befürchten», den gesamten Schaden, für den er ohnehin haftet, bezahlen zu müssen. Stolpert der Geschädigte über einen prozessualen Fallstrick, z.B. die Substantiierungspflicht, wird der Haftpflichtige privilegiert. Diese Privilegierung stellt so lange kein Gerechtigkeitsproblem dar, als sich wirtschaftlich gleich mächtige Parteien gegenüberstehen.

In Haftpflichtfällen ist dies in der Regel nicht der Fall. Der Haftpflichtversicherer befindet sich in einem doppelten Vorteil; er kann den Geschädigten durch jahrelange Vergleichsverhandlungen, die irgendwann im Sand verlaufen, zermürben und im anschliessenden Prozess darauf spekulieren, dass der Geschädigte (teilweise) unterliegt. Hat der prozessführende Geschädigtenanwalt den Schaden ungenügend berechnet bzw. substantiiert oder ungenügende Beweise vorgelegt, verlagert sich die Haftungsproblematik auf ihn bzw. seinen Haftpflichtversicherer¹⁵⁹. Der Personenschaden, für den der Haftpflichtige an sich haftet, wird zum Vermögensschaden des Anwalts und damit auf ein anderes Prämienkollektiv übertragen. Dieser *Risikotransfer* ist zwar vor dem Hintergrund der haftungsbe gründenden Sorgfaltspflichtverletzung des Rechtsvertreters systemimmanent, gleichwohl befriedigen weder die vollständige Haftungsbefreiung des Haftpflichtigen zu Lasten des Geschädigtenvertreters noch die Wiederholung des Schaden-

¹⁵⁸ Weiterführend MEIER ISAAK/WIGET MATTHIAS, Klage und Rechtskraft im Haftpflichtprozess, in: Der Haftpflichtprozess. Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung, Zürich 2006, 89 ff.

¹⁵⁹ Siehe dazu FELLMANN WALTER, Haftung des Anwaltes für unterlassene oder fehlerhafte Datenbank-Recherchen, in: Tagung 2003 für Informatik und Recht, Bern 2004, 45 ff., und FELLMANN WALTER/LUTERBACHER THIERRY, Die Haftung des Anwaltes für falsche Schadenberechnung, in: Personen-Schaden-Forum 2003, Zürich 2003, 35 ff.

regulierungsverfahrens für den Geschädigten, wenn er seinen Vertreter in Anspruch nehmen will.

De lege lata wird dieses strukturelle Gefälle zu Lasten des Geschädigten durch Art. 42 OR, das in Art. 46 Abs. 2 OR vorgesehene Nachklagerecht und die «Überklagensregel» zwar etwas gemildert, nach der hier vertretenen Meinung aber nicht befriedigend gelöst. Im Rahmen der Haftpflichtrechtsrevision werden diesbezüglich verschiedene Vorschläge gemacht:

- Das Nachklagerecht i.S.v. Art. 46 Abs. 2 OR soll abgeschafft werden. Dafür soll der Geschädigte bei bestrittener Haftung und unsicherer Entwicklung des zukünftigen Schadens eine Feststellungsklage erheben können¹⁶⁰.
- Das Gericht kann von Amtes wegen Beweise erheben¹⁶¹.
- Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt, wenn der Geschädigte den vollen Beweis nicht erbringen kann oder die Beweisführung nicht zumutbar ist¹⁶².
- Das Gericht kann den Schadenersatz nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit zusprechen¹⁶³.
- Der ziffernweise nicht nachweisbare Schaden soll vom Gericht weiterhin mit Rücksicht auf die Umstände und den gewöhnlichen Lauf der Dinge geschätzt werden¹⁶⁴.
- Die Prozesskostenvorschüsse werden den Parteien nach Massgabe der inhaltlichen Relevanz ihrer Vorbringen und ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse auferlegt¹⁶⁵. Bei der definitiven Kostenfestsetzung sind nicht das Obsiegen, sondern die Umstände, die Anlass für den Prozess gegeben haben, massgeblich¹⁶⁶.
- Das Gericht kann prozessleitende Entscheide treffen und den Beklagten insbesondere zur Leistung von Akontozahlungen verpflichten¹⁶⁷.

Diese für Haftpflichtprozesse sinnvollen Massnahmen sind nicht Gegenstand der geplanten Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO)¹⁶⁸.

¹⁶⁰ Vgl. Art. 56e VE-HPG.

¹⁶¹ Vgl. Art. 56c Abs. 2 VE-HPG.

¹⁶² Vgl. Art. 56d Abs. 2 VE-HPG.

¹⁶³ Vgl. Art. 56d Abs. 2 VE-HPG.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 56d Abs. 3 VE-HPG.

¹⁶⁵ Vgl. Art. 56f VE-HPG.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 56g VE-HPG.

¹⁶⁷ Vgl. Art. 56h VE-HPG.

Eine Ausnahme besteht einzig in Bezug auf die ermessensweise Verteilung der Prozesskosten¹⁶⁹. Da der Abschluss der Revision des Haftpflichtrechts höchst ungewiss ist, wird das strukturelle Gefälle zu Lasten der Geschädigten weiterhin eine Herausforderung für Gerichte darstellen.

C. Alternative Schadenregulierung

Die Alternative zwischen der unverbindlichen aussergerichtlichen Schadenregulierung und der zwar verbindlichen, aber in zeitlicher und finanzieller Hinsicht nicht absehbaren gerichtlichen Schadenregulierung ist oft keine befriedigende Lösung. Alternative Streiterledigungsformen¹⁷⁰, z.B. *Mediation*, *Ombudsman*¹⁷¹ und *Schiedsverfahren*, bestehen zwar, sind aber freiwillig und zudem im Personenschadenersatzrecht weitgehend unbekannt¹⁷². Eine alternative Streitbeilegung erfolgt usanzgemäss im Rahmen einer *Referentenaudienz*, die je nach Gericht dazu verwendet wird, die Parteien mit mehr oder minder sanftem Druck zu einem gerichtlichen Vergleich zu bewegen.

Eine *zwingende alternative Streiterledigung* an Stelle eines Gerichtsverfahrens ist in unseren Breitengraden unbekannt. In den USA z.B. ist es nach gliedstaatlichem Prozessrecht möglich, die Parteien zu einem alternativen Streiterledigungsverfahren zu zwingen. Die *Mediation* gilt als besonders geeignet für die Beilegung von komplexen, vielschichtigen Verfahren. Eine *Early Neutral Evaluation* wird häufig in Haftpflichtprozessen eingesetzt, da Einigungen in solchen Streitigkeiten oft an unterschiedlichen Einschätzungen der Haftung und der Höhe des Schadenersatzes scheitern. Die *Court-connected Arbitration* dient vor allem der raschen Erledigung ausschliesslich auf Geld gerichteter Klagen mit eher geringem Streitwert¹⁷³.

¹⁶⁸ Siehe dazu Botschaft und Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.06.2006 = BBl 2006, 7221 ff. und 7413 ff.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 105 Abs. 1 lit. a ZPO-Entwurf und Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.06.2006 = BBl 2006, 7297.

¹⁷⁰ Sog. Alternative Dispute Resolution (ADR).

¹⁷¹ Ein Ombudsman besteht für die Privatversicherung und die SUVA (<<http://www.versicherungsombudsman.ch/>>) sowie für die soziale Krankenversicherung (<https://secure.om-kv.ch/>>).

¹⁷² In anderen Rechtsbereichen sind ADR-Verfahren häufiger, siehe in Bezug auf Wirtschaftsmediation z.B. die Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation (<<http://www.skwm.ch/>>).

¹⁷³ Vgl. MEYER VALERIE, Court-connected Alternative Dispute Resolution. Amerikanische Erfahrungen und Schweizer Perspektiven, Diss. Luzern 2005, 101.

Die geplante Schweizerische Zivilprozessordnung¹⁷⁴ sieht zwar eine fakultative Mediation an Stelle des Schlichtungsverfahrens vor¹⁷⁵. Das Gericht kann zudem in familienrechtlichen, nicht aber in anderen Verfahren zu einer Mediation auffordern¹⁷⁶. Die Haftpflichtrechtsreformvorschläge äussern sich ebenfalls nicht zur alternativen Streiterledigung¹⁷⁷. Es wäre sowohl eine Überlegung als auch eine Anstrengung wert, die alternative Streiterledigung für das Personenschadenersatzrecht fruchtbarer zu machen¹⁷⁸. Wünschenswert wären nicht nur *Personenschadenmediatoren*, *-ombudsmänner* und *-schiedsrichter* sondern auch *neutrale Gutachterstellen*, die von beiden Parteien angerufen werden können, wenn in medizinischer Hinsicht¹⁷⁹ oder in Bezug auf Haftungs- und Berechnungsfragen¹⁸⁰ Unklarheiten bestehen.

Gewiss und zum Schluss: Alle Vereinfachungen setzen die Bereitschaft für eine Veränderung voraus. Ob diese besteht, muss jeder für sich beantworten.

174 Siehe dazu Botschaft und Entwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.06.2006 = BBl 2006, 7221 ff. und 7413 ff.

175 Vgl. Art. 201 ff. ZPO-Entwurf und dazu GELZER PHILIPP, Vorschläge zur Regelung des Schlichtungs- und Mediationsverfahrens in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung und im Obligationenrecht, in: Jusletter vom 6. November 2006.

176 Vgl. Art. 292 Abs. 2 und Art. 298 Abs. 2 ZPO-Entwurf.

177 Siehe Art. 56 ff. VE-HPG.

178 Siehe dazu bereits HASENBÖHLER FRANZ, Schlichten statt richten – Gedanken zu neuen Formen der Streiterledigung im Haftpflichtrecht, in: Festschrift des Nationalen Versicherungsbüros Schweiz (NVB) und des Nationalen Garantiefonds Schweiz (NGF), Genf 2000, 135 ff.

179 Siehe dazu z.B. die FMH-Gutachterstelle (<<http://www.fmh.ch/ww/de/pub/dienstleistungen/gutachterstelle.htm>>), die in den Jahren 1982–2006 insgesamt 3033 Gutachten erstellt und in rund 32% eine Sorgfaltspflichtverletzung bejaht hat (siehe FMH-Gutachterstellen – Jahresbericht 2006 in: SÄZ 2007, 1188 ff., 1190).

180 Siehe z.B. die Fachstelle für Ansprüche aus Körperverletzung und Tod (FAKT) (<<http://www.fakt.ch/>>).