

AUCH DER KAPITALISIERUNGSZINSSATZ IST NICHT IN STEIN GEMEISSELT

Hardy Landolt *

**** HAVE 2009 Seite 426 ****

I. EINLEITUNG

Das Bundesgericht wendet im Personenschadenersatzrecht seit dem 19. Jahrhundert mit wenigen Ausnahmen, durchgehend aber seit 1946, einen Kapitalisierungszins von 3,5% an ¹. Mit ihm werden sowohl die Teuerung als auch der Realertrag berücksichtigt. Der Kapitalisierungszins stellt so einen Realzins bzw. -ertrag dar ². In der Lehre ist der Kapitalisierungszins von 3,5% seit je umstritten ³. Das Bundesgericht hat jedoch Forderungen nach einem tieferen Kapitalisierungszins bzw. einem Negativzins stets mit dem Hinweis auf die konstante Praxis und das dadurch erweckte Vertrauen in die Rechtssicherheit abgelehnt ⁴.

Im Jahr 1999 hat sich das Bundesgericht eingehend mit der Kritik der Lehre auseinandergesetzt, diese aber unter Hinweis auf die Rechtssicherheit erneut verworfen ⁵. Dieser Rechtsprechung ist Kritik erwachsen ⁶, nicht zuletzt im Zusammenhang mit der im Jahr 2003 erstmals erfolgten Herabsetzung des BVG-Mindestzinssatzes unter 3,5%. Das Bundesgericht hat im Jahr 2004 diese Kritik erneut zurückgewiesen und den Kapitalisierungszinssatz von 3,5% bestätigt ⁷.

Das Bundesgericht hat in diesem Urteil erwogen, dass der im Jahr 2003 erfolgte Einbruch der Finanzmärkte und die seitherige Entwicklung nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erkennen lasse, dass "ein realer Ertrag von 3,5% auf längere Dauer nicht mehr erzielt werden kann" ⁸. Der BVG-Mindestzins werde zudem alle zwei Jahre überprüft und nötigenfalls angepasst; eine derartige Flexibilisierung sei mit der für die Schadenberechnung gebotenen Rechtssicherheit nicht vereinbar ⁹. Zudem sei der Geschädigte bereits 55-jährig und hätte eine indexierte Rente beantragen können ¹⁰.

Das Bundesgericht schliesst eine Änderung seiner Rechtsprechung nicht kategorisch aus, verlangt aber den *Nachweis von hinreichend ernsthaften Gründen*. Die Gründe, die gegen die bisherige Praxis und zu Gunsten einer neuen Betrachtungsweise sprechen, müssen insgesamt gewichtiger sein als die nachteiligen Auswirkungen, welche die Praxisänderung insbesondere auf die Rechtssicherheit hat. Auf Grund des erhöhten Rechtssicherheitsbedürfnisses ist die bisherige, langjährige Rechtsprechung nur zu ändern, wenn hinreichend sichere Anzeichen dafür bestehen, dass ein Realertrag von 3,5% auf Kapitalabfindungen für den Geschädigten nicht realisierbar ist ¹¹.

II. ZUKÜNFTIGE TEUERUNG

Die zukünftige Teuerung ist im Rahmen der Kapitalisierung zu berücksichtigen und wird mit dem Kapitalisierungszins abgegolten ¹². Mit "Teuerung" wird nicht die allgemeine Teuerung gemäss Landesindex der Konsumentenpreise (LIK), sondern die *jeweilige Teuerungsrate des in Frage stehenden Schadenspostens* gemeint. Da der Kapitalisierungszinssatz von 3,5% die Summe von Teuerung (Minus) und Realertrag (Plus) ist, setzt ein gleichbleibender Wert eine identische Teuerungsrate voraus. Die Teuerungsrate je Schadensposten differieren aber höchst unterschiedlich.

Die *Teuerung beim Haushaltschaden* entspricht der durchschnittlich zu erwartenden Nominallohnentwicklung der Löhne hauswirtschaftlicher Angestellter, wobei das Bundesgericht bis zum Erreichen des 65. Lebensjahres des Geschädigten von einem jährlichen Reallohnwachstum von durchschnittlich 1% ausgeht¹³, was in summa einen Kapitalisierungszins von 2,5% ergibt¹⁴. Für die Bestimmung der *Teuerung beim Erwerbsausfallschaden* kann nicht auf einen durchschnittlichen statistischen Wert abgestellt werden. Beim Erwerbsausfallschaden hat der Geschädigte die in seiner Branche zukünftig überwiegend wahrscheinlich anfallenden Realloohnerhöhungen nachzuweisen¹⁵. Die *Teuerung der Mehrkosten* hängt von der jeweiligen Kostenkategorie ab. Bei den Heimpflegekosten

**** HAVE 2009 Seite 427 ****

beispielsweise geht das Handelsgericht Zürich bis ins Jahr 2017 von einer Teuerung von 5,5% aus¹⁶.

Wird *trotz unterschiedlichem Teuerungsverlauf für alle Schadensposten ein gleichbleibender Kapitalisierungszins* herangezogen, wird unterstellt, dass für die verschiedenen Kapitalbeträge je Schadensposten unterschiedlich hohe Realerträge erzielt werden können. Vor allem das Beispiel der Heimpflegekosten mit der zukünftigen Teuerungsrate von 5,5% macht deutlich, dass sowohl ein positiver Kapitalisierungszins nicht gerechtfertigt sein kann als auch mit der vom Handelsgericht Zürich zugesprochenen nominallohnindexierten Rente der zukünftige Teuerungsverlauf nicht kompensiert wird¹⁷.

Dieses Beispiel macht ferner deutlich, dass es entscheidend auf die *Schadenverlaufsdauer* ankommt. Eine Differenz zwischen Kapitalisierungszins und Teuerungsverlauf ist vor allem dann mit dem Gebot des vollen Schadenausgleichs unvereinbar, wenn der konkrete Schadensposten über einen längeren Zeitraum anfällt. Bei einem 55-Jährigen, der eine Kapitalabfindung für den Lohnausfall bis Alter 65 erhält, bestehen in Bezug auf einen vollen Schadenausgleich gewiss geringere Bedenken, wenn die nominallohnindexierte Rente die zehn Jahre andauernden Nachteile des Kapitalisierungszinssatzes ausschliessen würde¹⁸. Ein heimpflegebedürftiges Kind, das bis an sein Lebensende eine nominallohnindexierte Rente erhält, wird aber geradezu altershalber diskriminiert¹⁹. Der stereotype Verweis auf die Rechtssicherheit stellt keine qualifizierte Begründung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV dar²⁰, um die *altersbedingte Ungleichbehandlung von jüngeren Geschädigten* zu rechtfertigen. Diesbezüglich ist das Bundesgericht bei nächster Gelegenheit gefordert, die Rechtssicherheit gegenüber der Verfassungsmässigkeit abzuwägen und zu begründen, worin denn die *qualifizierte Begründung eines für alle Geschädigten und alle Schadensposten geltenden Kapitalisierungszinses von 3,5%* liegt.

III. ZUKÜNFTIGER REALERTRAG

Das Bundesgericht geht ferner davon aus, dass ein "realer Ertrag von 3,5% seit Mitte der achtziger Jahre im Rahmen dessen liegt, was sich mit einem angemessen gemischten Wertschriften-Portefeuille oder mit Anteilen an einem auf eine vorsichtige Anlagestrategie ausgerichteten Anlagefonds erzielen lässt"²¹. Die zumutbarer Weise erzielbare Rendite vor Abzug der Anlagekosten und Teuerung liegt je nach deren Höhe bei einer Nettorendite vor Steuern von 3,5% um einige Prozentpunkte höher. Vermögensverwaltungsgebühren von um 1% und Teuerungsrate von 1% bis 5,5% indizieren jedenfalls Kapitalerträge, die den Juristen, der trotz vorsichtiger Anlagestrategie in der realen Welt sein Vermögen schwinden sieht, schwindelig werden lassen.

Nimmt dieser Jurist dann noch vom Bundesrat zur Kenntnis, dass sich Ende März 2009 57 Prozent der professionell verwalteten Vorsorgeeinrichtungen, die einer vorsichtigen Anlagestrategie verpflichtet sind²², in einer Unterdeckung befanden und mindestens sieben Jahre verstreichen werden, bis dieses Minus wieder beseitigt werden kann²³, und vergegenwärtigt er sich die Umstände, dass der BVG-Mindestzins seit 2003 und auf absehbare Zeit unter 3,5% liegt und der AHV-Fonds seit 1999 bis 2008 eine jährliche Rendite von 1,31% erzielt hat²⁴, gesellen sich zum Schwindel eine Reizbarkeit und Affektlabilität, die dem typischen Beschwerdebild nach Schleudertrauma ähneln²⁵, nur dass dort das objektiv nicht Nachweisbare, hier aber das objektiv Bewiesene nicht gilt. Die Juristerei ist in der Tat keine exakte Wissenschaft! Was bleibt, ist der Glaube, dass der Kapitalisierungszins von 3,5% nicht in Stein gemeisselt und ihm dasselbe Schicksal wie allem Menschlichen beschieden ist: Er ist endlich!

Fussnoten:

* PD Dr. iur. LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten St. Gallen und Zürich für Haftpflicht-, Privat- und Sozialversicherungs- sowie Gesundheitsrecht, wissenschaftlicher Konsulent des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, sowie Rechtsanwalt und Notar, Glarus.

¹ Vgl. BGE 125 III 312 E. 2.

² Vgl. BGE 125 III 312 E. 5a.

³ Siehe z.B. die Hinweise in BGE 125 III 312 E. 3.

⁴ Vgl. BGE 117 II 609 E. 12b/bb .

⁵ Vgl. BGE 125 III 312 E. 7.

⁶ Siehe z.B. HAVE 2002, 388 und 391.

⁷ Vgl. Urteil BGer vom 22.6.2004 84C.3/2004 = Pra 2005 Nr. 20 = AJP 2005, 494 (Bemerkungen von Lukas Wyss) = HAVE 2004, 306 (Bemerkungen von Stephan Weber) E. 2.

⁸ Ibid E. 2.3.

⁹ Ibid E. 2.3.

¹⁰ Ibid E. 2.3.

¹¹ Vgl. BGE 125 III 312 E. 7.

¹² Statt vieler Urteil BGer vom 22.01.2007 (4C.349/2006) E. 4.

¹³ Vgl. BGE 132 III 321 E. 3. Der Haftpflichtige hat vor der kantonalen Tatsacheninstanz ausdrücklich zu rügen, dass ab dem Pensionierungsalter des Geschädigten keine Realloohnerhöhung von 1% erfolge (vgl. Urteil BGer vom 22.9.2006 (4C.177/200) E. 3).

¹⁴ Vgl. BGE 132 III 321 E. 3.7.2.3 .

¹⁵ Vgl. z.B. Urteil BGer vom 22.1.2007 (4C.349/2006) E. 3.

¹⁶ Vgl. Urteil Handelsgericht Zürich vom 12.6.2001 (E01/0/HG950440) = plädoyer 2001/6, 66 und 2002/1, 67 = ZR 2002 Nr. 94 = ZBJV 2003, 394 E. VI/3, 44.

¹⁷ Siehe dazu http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/04/blank/key/lohnentwicklung/nominal_und_real.html (zuletzt besucht am 6.10.2009).

¹⁸ So das Bundesgericht in seinem Urteil vom 22.6.2004 84C.3/2004) = Pra 2005 Nr. 20 = AJP 2005, 494 (Bemerkungen von Lukas Wyss)) = HAVE 2004, 306 (Bemerkungen von Stephan Weber) E. 2.3.

¹⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

²⁰ Siehe dazu BGE 126 V 70 E. 4c/cc.

²¹ Urteil BGer vom 22.6.2004 (4C.3/2004) E. 2.1. Vgl. ferner BGE 125 III 312 E. 7.

²² Vgl. Art. 50 ff. BVV 2.

²³ Siehe Stellungnahme des Bundesrates vom 29.5.2009 auf die Interpellation von NR Germann Hannes betreffend "Pensionskassen und Sozialversicherungen. Massnahmen bei Unterdeckung und Anlageverlusten" (09.3216) (vgl. http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20093216 (zuletzt besucht am 6.10.2009)).

²⁴ Vgl. http://www.ahvfonds.ch/main/de/?page_name=aaperf (zuletzt besucht am 6.10.2009).

²⁵ Vgl. BGE 117 V 359 E. 4b.

Diese Texte sind urheberrechtlich geschützt.