

Marisa Bützberger*

Erwerbsausfallschaden junger Frauen: Konkrete Probleme einer abstrakten Berechnung

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-------------|--|------------|
| I. | Einleitung / Problematik | 100 |
| II. | Sechs Referenzfälle und ihre Bedeutung | 101 |
| | A. Die Kasuistik des Bundesgerichts | 101 |
| | B. Klageeinleitung und Prozessdauer | 103 |
| | C. Aussagekraft | 104 |
| III. | Vier allgemeine Prinzipien bei der (Erwerbsausfall-) Schadensberechnung | 104 |
| | A. Um welche Differenz geht es? – Oder: von der Differenztheorie und dem Gesamtschaden | 104 |
| | 1. Der Grundsatz | 104 |
| | 2. Die Anwendungsfälle | 106 |
| | B. Wann setzt die Schadensschätzung den Nachweis eines Schadenseintritts voraus? – Oder: Von verlorenen Chancen und drohenden Gefahren | 109 |
| | 1. Der Grundsatz | 109 |
| | 2. Der Anwendungsfall | 113 |
| | C. Im Zweifel für die Geschädigten? | 113 |
| | D. Wie konkret ist möglich? Wie abstrakt ist nötig? | 116 |
| | 1. Der Grundsatz | 116 |
| | 2. Die Umsetzung | 116 |
| IV. | Der Erwerbsausfallschaden bei Kindern und Jugendlichen – Referenzfälle, Vorgehensweisen, Lösungen | 121 |
| | A. Die erstinstanzlichen Urteile | 121 |
| | B. Die Berufswahl | 121 |
| | 1. Das Kleinkind (die Statistikerin) | 121 |
| | 2. Schulkinder (die Tierärztin) | 125 |
| | 3. Junge Erwachsene (die Psychologin) | 126 |
| | 4. Schlussfolgerungen und Bemerkungen | 127 |
| | C. Einstiegslohn / Diskriminierungszuschlag | 128 |
| | 1. Die Einstiegslohne | 128 |
| | 2. Der Diskriminierungszuschlag (die Statistikerin und die Tierärztin) | 129 |
| | 3. Schlussfolgerungen und Bemerkungen | 132 |
| | D. Hypothetischer Karriereverlauf / Lohnerhöhungen | 132 |
| | 1. Einleitung | 132 |
| | 2. Die Statistikerin | 133 |

* Lic. iur., Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Limmatlegal, Zürich.

| | | |
|----|--|------------|
| 3. | Die Tierärztin | 133 |
| 4. | Die Psychologin | 134 |
| 5. | Schlussfolgerungen und Bemerkungen | 135 |
| E. | Beschäftigungsgrad | 135 |
| 1. | Einleitung | 135 |
| 2. | Die Statistikerin | 135 |
| 3. | Die Tierärztin | 137 |
| 4. | Die Psychologin | 137 |
| 5. | Schlussfolgerungen und weitere Überlegungen | 139 |
| F. | Invalidenverlauf und Einkommen | 142 |
| 1. | Einleitung | 142 |
| 2. | Die Psychologin | 143 |
| 3. | Schlussfolgerungen und Bemerkungen | 144 |
| G. | Entschädigungsart | 145 |
| V. | Schlussfolgerungen | 145 |
| | Literaturverzeichnis | 147 |
| | Anhang – Übersicht über die Referenzfälle | 151 |

I. Einleitung / Problematik

Hauptanknüpfungspunkt zur Berechnung des Erwerbsausfallschadens ist das vor dem Unfall bzw. vor dem schädigenden Ereignis erzielte Erwerbseinkommen.¹ Was jedoch, wenn die geschädigte Person im Unfallzeitpunkt noch gar nicht im Erwerbsleben stand?

Wenn Kinder, Jugendliche oder junge Erwachsene verunfallen, stösst die Erwerbsausfallschadensberechnung nach der Differenztheorie an ihre Grenzen. Es bestehen erst wenige Anhaltspunkte dafür, wie sich das berufliche und familiäre Leben der geschädigten Person ohne Unfall entwickelt hätte, und auch die tatsächliche weitere Entwicklung nach dem Unfall enthält zahlreiche Unbekannte. Man weiss kaum, was ist, geschweige denn, was wäre.

Es sind dies Paradefälle der richterlichen Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR. Gestützt auf diese Bestimmung ist der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Gerichts mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen.

Wer sich mit der Berechnung eines derartigen Schadens konfrontiert sieht, wird sich folglich der Rechtsprechung zuwenden und nach Vergleichsfällen suchen. Doch gilt die Redensart «wer sucht, der findet» hier nur sehr beschränkt. Nur

¹ BGE 116 II 295 E. 3a/aa; 129 III 135 E. 2.2.; 131 III 360 E. 5.1.

wenige Fälle zum Erwerbsausfallschaden von Kindern und Jugendlichen werden oder wurden letztlich vor Gericht, die allerwenigsten gar vor Bundesgericht ausfochten.

In einem ersten Teil dieses Beitrages soll mit Blick auf sechs in den letzten zwanzig Jahren ergangene Bundesgerichtsurteile beleuchtet werden, wie schwierig und gleichzeitig wie wichtig das Ziehen allgemeiner Schlüsse aus der mageren Rechtsprechung ist.

Teil zwei ist vier bundesgerichtlichen Grundprinzipien zur Schadensberechnung gewidmet, welche die Berechnung von Erwerbsausfallschäden bei Kindern und Jugendlichen erheblich beeinflussen.

Abschliessend werden in Teil drei die in den Referenzfällen vorgenommenen gerichtlichen Beurteilungen hinsichtlich Berufswahl, Einstiegslohn und Diskriminierung, Lohnentwicklung, Beschäftigungsgrad, Invalideneinkommen und Entschädigungsart² miteinander verglichen und es wird versucht, gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu diesen Fällen sowie zu den aufgezeigten Prinzipien, allgemeine Schlüsse für künftige Schadensregulierungen zu ziehen.

Besondere Beachtung verdienen die Erwerbsausfallschäden junger Frauen. Hier ist die Unsicherheit derzeit besonders gross. Dennoch werden, in der Hoffnung, dass Thematiken wie Teilzeitarbeit und Familienpflichten künftig vermehrt auch junge Männer betreffen und Diskriminierungsfragen irgendwann der Vergangenheit angehören, vornehmlich geschlechtsneutrale Ausdrucksweisen verwendet.³ Bei einseitigen Formulierungen ist das jeweils andere Geschlecht mitgemeint.

II. Sechs Referenzfälle und ihre Bedeutung

A. Die Kasuistik des Bundesgerichts⁴

Wer sich mit dem Erwerbsausfallschaden von Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen beschäftigt, kommt um das Studium von BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 nicht herum. Die betroffene Klägerin⁵ erlitt im Alter von vierzehn Monaten einen Verkehrsunfall. Sie befand sich unter einem Lieferwagen. Als

² Für alle weiteren Fragen zur Schadensberechnung wird auf den detaillierten Beitrag von PATRICK SUTER, siehe Seite 53 ff. verwiesen.

³ Dies betrifft insbesondere auch «den Richter» in Art. Art. 42 Abs. 2 OR.

⁴ Vgl. Übersichtstabelle im Anhang.

⁵ Der Einfachheit halber werden fortlaufend die erstinstanzlichen Parteibezeichnungen verwendet.

dieser losfuhr, wurde sie auf der Höhe des Kopfes von einem oder zwei Rädern überrollt. Dabei erlitt sie schwerste Hirnverletzungen und bedarf seither der dauernden Pflege. Das Handelsgericht Zürich beurteilte den Fall ausschliesslich anhand von Statistiken, weshalb dieser Fall im weiteren Verlauf die «*Statistikerin*» genannt wird.

Zwei Jahre später, am 30. November 2016, führte ein Fall aus dem Kanton Luzern zum BGer 4A_397/2016. Hier war die Klägerin im Unfallzeitpunkt 13 Jahre alt und besuchte die Kantonsschule. Sie kollidierte auf ihrem Fahrrad mit einem Lieferwagen. Aufgrund des erlittenen Schädelhirntraumas wird die Klägerin zeitlebens schwer behindert bleiben und keiner Erwerbstätigkeit nachgehen können. Ohne Unfall wäre sie, so entschied das Bezirksgericht Willisau, Tierärztin geworden, weshalb in der Folge auf die «*Tierärztin*» verwiesen wird.

Bereits 18jährig war die Klägerin in BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 als sie bei einem Selbstunfall als nicht angegurtete Beifahrerin aus dem Fahrzeug geschleudert wurde. Hierbei erlitt sie erhebliche Verletzungen an der Wirbelsäule und ist seither Paraplegikerin. Trotz des Unfalles gelang es ihr, ein Psychologiestudium abzuschliessen, weshalb der Fall nachfolgend als derjenige der «*Psychologin*» bezeichnet wird.

Nebst diesen drei - in der Folge im Detail beleuchteten - Urteilen, gibt die bundesgerichtliche Rechtsprechung der letzten 20 Jahre drei weitere Entscheide zum Erwerbsausfall von Kindern und Jugendlichen her: das Urteil des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000 betrifft einen 14jährigen Genfer Schüler, der sich nach dem Unfall zum «*Gärtner*» ausbilden liess, das Urteil des BGer 4A_599/2018 vom 26. September 2019 einen 17jährigen Walliser, der «*Coiffeur*» werden wollte und das Urteil des BGer 4A_543/2015 vom 14. März 2016⁶ eine 20jährige im Unfallzeitpunkt schwangere, angehende «*Kauffrau*».

Keiner dieser sechs Fälle hat Eingang in die amtliche Sammlung des Bundesgerichts gefunden, was als Zeichen dafür verstanden werden kann, dass ihnen das Bundesgericht selbst keine grundsätzliche Bedeutung oder allgemeine Tragweite zumisst.⁷ Diese kommt ihnen angesichts der Tatsache, dass in den letzten 20 Jahren im Bereich des Erwerbsausfallschadens keine Kinder oder Jugendliche betreffenden Fälle in die amtliche Sammlung aufgenommen worden sind, dennoch zu.⁸

⁶ Teilweise berichtigt durch Urteil des BGer 4G_2/2016 vom 10. Mai 2016.

⁷ TSCHÜMPERLIN, 71.

⁸ Ältere Leitentscheide zum Thema: BGE 33 II 124; 70 II 136; 72 II 198; 81 II 512; 95 II 255; 100 II 298; 104 II 184.

B. Klageeinleitung und Prozessdauer

Auffallend beim Studium der Fälle ist eine relativ späte Klageeinleitung. Die Forderungen wurden rund 4.5, zweimal 5.5, 11, 15 oder gar 21.5 Jahre nach dem Unfall gerichtlich geltend gemacht. Dies ist alles andere als ungewöhnlich. Gerichtsverfahren um schwere körperliche Schäden bei Kindern und Jugendlichen gehen regelmässig lange Wartezeiten zur Klärung und Stabilisierung des Gesundheitszustandes sowie Kenntnis des weiteren Verlaufs, sozialversicherungsrechtliche⁹ Verfahren und Verhandlungen mit den Haftpflichtversicherern voraus.¹⁰ Die Mehrzahl der Fälle wird in dieser Phase aussergerichtlich reguliert.

Mit anderen Worten gelangen nur die wenigsten dieser komplexen Erwerbsausfallschadensfälle, für deren Berechnung das Gesetz richterliches Ermessen vorschreibt, je an ein Gericht. Tun sie es, werden sie nicht selten an einer Instruktionsverhandlung vergleichsweise erledigt. Von den wenigen Urteilen werden schliesslich nur vereinzelte bis ans Bundesgericht weitergezogen.¹¹

Es sind diese seltenen Entscheide, welche das gesetzlich vorgesehene richterliche Ermessen fassbar machen und welche uns lehren, was auf welche Weise zu beachten ist. Entsprechend kommt diesen wenigen Urteilen bei der aussergerichtlichen Lösungssuche und dem Entscheid, ob sich der Gang in einen Prozess wirklich lohnt, eine erhebliche Bedeutung zu.

Ein Blick auf die Dauer unserer Referenzfälle zeigt, wie sorgsam der Entscheid, zu prozessieren, abgewogen werden muss. Die Tierärztin, welche sich bereits aussergerichtlich über zahlreiche Schadensposten geeinigt hatte, prozessierte knapp vier Jahre, die Statistikerin erhielt innert etwas mehr als fünf Jahren einen endgültigen Entscheid über ihre Teilklage und musste sich dann der an das Bezirksgericht verwiesenen Widerklage zuwenden.¹² Die Kauffrau hatte nach etwas mehr als 9 Jahren, der Coiffeur nach rund 10, der Gärtner nach rund 11 Jahren Gewissheit in Form eines rechtskräftigen Urteils. Die Psychologin wartet heute, 11 Jahre und 3 Monate nach Klageeinleitung weiterhin auf einen rechtskräftigen Endentscheid.

⁹ Im Falle des Coiffeurs kam es zusätzlich zu einem strafrechtlichen Verfahren gegen den Schadensverursacher, vgl. Urteil des BGER 4A_599/2018 vom 26. September 2019.

¹⁰ Vgl. zu Belastungen einer solchen Auseinandersetzung auf beiden Seiten, der erforderlichen Kommunikation und Verhandlungsmöglichkeiten, EICHENBERGER, 127; SCHIAVI, 159.

¹¹ Dass dabei drei von sechs Beschwerden teilweise gutgeheissen wurden, zeigt (angesichts der sonst eher bescheidenen Erfolgsquoten vor Bundesgericht), wie unsicher die Rechtsprechung im Bereich von Kinder- und Jugendschäden derzeit ist.

¹² Vgl. SCHMID, PSF 2016, 121; Urteil des BGER 4A_504/2011 vom 24. Februar 2012 (betr. Nichteintreten Handelsgericht auf Widerklage).

C. Aussagekraft

Gerade aufgrund dieser langen Verfahrensdauer ist das Bedürfnis nach verbindlichen Regeln zur Beurteilung von Kinder- und Jugendschäden gross. Solche Regeln könnten helfen, jahrelange Prozesse in ohnehin belastenden Lebenssituationen zu vermeiden und Gewissheit in künftiger finanzieller Hinsicht zu schaffen.

Gleichzeitig darf die Aussagekraft der analysierten Entscheide nicht überschätzt werden. Sie beruhen letztlich auf sechs Einzelschicksalen und individuellen Parteibehauptungen.¹³ Den Gerichten kommt gerade aufgrund der vielen Ungewissheiten ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Ausführungen des Bundesgerichts betreffen jeweils nur Teilfragen, welche zudem in vielen Belangen nur mit eingeschränkter Kognition geprüft wurden.¹⁴ Dennoch lassen sich aus den Entscheiden viele wichtige Hinweise und einige allgemein gültige Regeln ableiten.

III. Vier allgemeine Prinzipien bei der (Erwerbsausfall-) Schadensberechnung

A. Um welche Differenz geht es? – Oder: von der Differenztheorie und dem Gesamtschaden

1. Der Grundsatz

Der Grundsatz der Differenztheorie, auf welchen in den Referenzfällen wiederholt verwiesen wird, lautet: «*Schaden im Rechtsinne ist die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte.*»¹⁵

Praktisch angewandt wird die Differenztheorie zumindest in einer ersten Phase der Schadensberechnung jedoch nicht auf das Gesamtvermögen, sondern auf einzelne Schadensposten.¹⁶ So ist zur Berechnung des Erwerbsausfallschadens auf die Differenz des Nettoeinkommens, zwischen dem, was die geschädigte Person nach

¹³ Die Prozesse unterliegen der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO, Art. 58 Abs. 1 ZPO).

¹⁴ Vgl. zur Kognition des Bundesgerichts im Rahmen von Schadensschätzungen nach Art. 42 Abs. 2 OR auch SCHWEIZER, 182 ff.; FELLMANN WALTER siehe Seite 153 ff.

¹⁵ BGE 131 III 321 E. 2.2.1.; Vgl. beispielsweise Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 2.2. (Statistikerin), Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 5. (Psychologin).

¹⁶ SIKI, 105.

dem schädigenden Ereignis noch verdienen kann und dem Verdienst, den die geschädigte Person ohne schädigendes Ereignis erzielen würde, abzustellen.¹⁷

Vor Handelsgericht Zürich war im Falle der Statistikerin strittig, wie durchlässig die einzelnen Berechnungen sind. Durfte die Beklagte beim Erwerbsausfallschaden lediglich die mit dem Erwerb in Zusammenhang stehenden Gewinnungskosten (Fahrspesen, auswärtige Verpflegung, Weiterbildung etc.)¹⁸ in Abzug bringen oder durfte sie auch die aufgrund eines Heimaufenthaltes eingesparten Lebenshaltungskosten, welche üblicherweise im Bereich des Pflege- und Betreuungsschadens zur Anrechnung gelangen,¹⁹ anrechnen?

Das Handelsgericht Zürich verweigerte eine Anrechnung letzterer mangels Kongruenz zwischen Lebenshaltungskosten und Erwerbsausfall.²⁰ Auch das Bundesgericht lehnte die Anrechnung der Lebenshaltungskosten ab, dies jedoch lediglich mit der Begründung, es sei nicht ersichtlich, dass die Betreuungskosten mehr als den durch die Hilfsbedürftigkeit hervorgerufenen Dienst- und Sachleistungsmehrbedarf enthielten. Eine Kongruenzanforderung wird mit keinem Wort erwähnt.²¹

Auch BGE 112 Ib 322 E.5a), auf welchen sich das Handelsgericht Zürich in seinen Ausführungen berufen hat, ist keine Kongruenzvoraussetzung für die Vorteilsanrechnung zu entnehmen. Gefordert wird lediglich ein innerer Zusammenhang zum schädigenden Ereignis. Das Bundesgericht führt aus: «*Lehre und Rechtsprechung bejahen bei der Schadensermittlung die Vorteilsanrechnung, soweit die Vorteile mit dem schädigenden Ereignis in einem inneren Zusammenhang stehen, ähnlich der adäquaten Kausalität. Freilich genügt das nicht ohne weiteres; vielmehr stellt sich auch ein Wertungsproblem. Im übrigen haben Lehre und Rechtsprechung jeweils weniger grundsätzliche als vielmehr dem Einzelfall entsprechende Lösungen gesucht.*». Das Bundesgericht entschied den konkreten Fall²² letztlich unter

¹⁷ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.1 (Statistikerin) unter Verweis auf BGE 129 III 135 E. 2.2.

¹⁸ Vgl. zu den entsprechenden Abzügen in den Referenzfällen: Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014 E. 4.1.6.6. (Statistikerin), Urteil des KG Luzern 1B 15 38 vom 17. Mai 2016 in LGVE 2016 I Nr. 25 E. 7.4.5 (Tierärztin) u.a. m.H.a. BGE 90 II 184 E. 2.

¹⁹ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG950440 vom 12. Juni 2001 (Fall Kramis), publiziert in ZR 101/2002 Nr. 94, 297 in welchem ein monatlicher Abzug von CHF 1'465 vorgenommen wurde bzw. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG030230 vom 23. Juni 2008 E. 6.8., publiziert in SG 2010 Nr. 1634 in welchem der monatliche Abzug CHF 2'500 betrug.

²⁰ Vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014 E. 4.6.4 u.a. unter Hinweis auf BGE 112 Ib 322 sowie Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 8.3 (Statistikerin).

²¹ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 8.3. (Statistikerin).

²² Es ging um die Frage, ob eingesparte Unterhaltskosten Bestattungskosten aufwiegen können.

Einbezug von Billigkeitsüberlegungen, ohne jedoch im Grundsatz vom Prinzip des Gesamtschadens abzuweichen.

Darauf, dass grundsätzlich vom Gesamtschaden auszugehen ist, lässt auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Definition des Streitgegenstandes bei Körperschäden schliessen. Das Bundesgericht hielt in diesem Zusammenhang fest: *«Durch eine zwingende Aufteilung des Gesamtschadens aus Körperverletzung in einzelne Schadenspositionen würde im Gegenteil der einheitliche Lebenssachverhalt der erlittenen Körperverletzung mit entsprechenden wirtschaftlichen Folgen künstlich reduziert und eine in der Regel erwünschte Gesamtbeurteilung erschwert. Auch wenn daher die einzelnen Schadenspositionen zusätzlicher Tatsachelemente bedürfen, verändert sich der Streitgegenstand nicht.»*²³

Zusammenfassend gilt: Die Schadensberechnung wird zwar anhand der einzelnen Schadenspositionen vorgenommen. Diese bilden jedoch einen einheitlichen Streitgegenstand. Das Zusammenspiel der einzelnen Schadensposten folgt Wertungen und Billigkeitsüberlegungen. Die Antworten sind dabei nicht selten auf den Einzelfall zugeschnitten. Dabei ist, in den Worten des Handelsgerichts Zürich, das Bereicherungsverbot ebenso hoch zu gewichten wie das Prinzip des vollen Schadenersatzes.²⁴

2. Die Anwendungsfälle

a) **Kombination von Selbstpflegeschieden und Haushalts- bzw. Erwerbsausfallschaden**

Im Falle der Psychologin galt vor Handelsgericht Zürich als erstellt, dass sie täglich 3,75 Stunden für Körpertraining und -hygiene sowie für Entlastungspausen benötigt.²⁵ Hierfür sprach ihr das Gericht jedoch keine separate Entschädigung zu. Es hielt vielmehr fest, der Selbstpflegeschieden sei nicht ersatzfähig. Die Geschädigte müsse den durch die Pflegebedürftigkeit bedingten vermehrten Zeitaufwand²⁶ bei der Arbeits-, Haushalts- oder Freizeit verbuchen. Ein Selbstpflegeschieden sei deshalb entweder beim Erwerbs- und Haushaltsschieden, soweit die Pflegebedürftigkeit zu einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit führe, oder bei der

²³ BGE 143 III 254 E. 3.6; Bestätigt in Urteil des BGer 4A_15/2017 vom 8. Juni 2017 E. 3.3.4.

²⁴ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.2.1.7. (Psychologin).

²⁵ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 9.3.5.5. (Psychologin).

²⁶ Ein Zeitverlust ist auf sich allein gestellt nicht ersatzfähig, vgl. Urteil des BGer 4A_500/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3.4.; SUTER, 124.

Genugtuung, sofern die Pflegebedürftigkeit zu einem Freizeitverlust führe, zu berücksichtigen.²⁷

Bei der Beurteilung des Haushaltsschadens führte das Handelsgericht Zürich aus «...das haftpflichtrechtliche Bereicherungsverbot verbietet es, ein- und denselben Zeitaufwand unter zwei Positionen und damit doppelt abzugelten. [...] Soweit der Selbstpflegeschaden zu Lasten der Erwerbstätigkeit geht, kann er nicht mehr unter dem Haushaltsschaden ersetzt werden, denn unabhängig davon, wie viele Ursachen die Minderung der Erwerbsfähigkeit hat, handelt es sich immer um dieselbe Erwerbsfähigkeit, welche betroffen ist. Hat ein Schaden mehrerer Gesamtursachen, so ist er dennoch nur einmal ersetzbar. Dieser Grundsatz gilt auch für die Haftungsausfüllung, wenn eine körperliche Beeinträchtigung aus verschiedenen Gründen denselben Schaden verursacht. [...] Für die Berücksichtigung des Selbstpflegeschadens unter dem Haushaltsschaden gilt jedoch wiederum dasselbe wie beim Erwerbsschaden: Ist dafür bereits aus anderen Gründen Ersatz zuzusprechen, etwa weil die Klägerin gewisse Verrichtungen gar nicht erst ausführen kann, kann für dieselbe Beeinträchtigung nicht nochmals Schadenersatz zugesprochen werden. Anders ausgedrückt: Ist der Klägerin die Reinigung des Haushalts nicht möglich, kann sie mit dem zugesprochenen Haushaltsschaden eine Reinigungskraft beiziehen. Dafür muss sie die freigewordene Zeit ihrer Selbstpflege widmen. Wäre sie nicht verletzungsbedingt eingeschränkt, würde zwar der Aufwand für die Selbstpflege nicht anfallen, sie müsste sich jedoch in dieser Zeit dem Haushalt widmen. Möchte sie die Zeit lieber anders investieren, müsste sie im Validenfall eine Ersatzkraft aus ihrem Erwerbseinkommen bezahlen, im Invalidenfall aus dem Einkommensersatz. Damit ist die Klägerin vermögensmässig im Invaliden- und Validenfall gleichgestellt, was Ziel des Schadenersatzes ist.»²⁸

Diese Ausführungen des Handelsgerichts Zürich illustrieren, dass das grundsätzliche Bereicherungsverbot²⁹ im Haftpflichtrecht auch in zeitlicher Hinsicht geltend kann, sowie dass bei der Beurteilung der einzelnen Schadensposten der Gesamtschaden nicht aus den Augen gelassen werden darf. Eine Beurteilung dieser handelsgerichtlichen Ausführungen durch das Bundesgericht fand nicht statt. Dieses qualifizierte die Kritik der Klägerin an der handelsgerichtlichen Beurteilung als unzulässige Anschlussbeschwerde und kommentierte sie inhaltlich nicht weiter.³⁰

²⁷ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.1.1. (Psychologin).

²⁸ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 9.3.5.5 (Psychologin).

²⁹ BGE 131 III 12 E. 7.1.

³⁰ Urteil des BGER 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 2.; Zur Abgrenzung zwischen Einwand und Anschlussbeschwerde vgl. Urteil des BGER 8C_205/2017 vom 4. August 2017.

b) Kombination von Validen- und Invalidenszenarien in Haushalt und Erwerb³¹

Ebenfalls im Fall der Psychologin war vor Handelsgericht weiter strittig, ob für die Berechnung des Haushaltsschadens vom Validen- oder Invalidenszenario auszugehen sei. Das Handelsgericht entschied sich für das Validenszenario und begründete dies wie folgt: *«Auch bei der Berechnung des Haushaltsschadens ist vom hypothetischen Validenszenario auszugehen und davon die verbleibende Restarbeitsfähigkeit abzuziehen. Würde das entgangene Erwerbseinkommen entschädigt, ohne die damit verbundenen Einsparungen zu berücksichtigen, führte dies zu einer Überentschädigung. Der bei fehlender Erwerbstätigkeit regelmässig höhere Haushaltsaufwand und der Umfang der Erwerbstätigkeit stehen in einer gegenseitigen Wechselwirkung. Letztlich geht es um die Aufteilung der aktiven Tageszeit zwischen Erwerbs- und Haushaltstätigkeit. Da auch im Validenszenario der Tag nicht mehr als 24 Stunden hat, ist eine Mischung der höheren Erwerbstätigkeit der Validenkarriere mit der hypothetisch höheren Haushaltstätigkeit der Invalidenkarriere nicht sachgerecht.»³²*

Auch in Bezug auf diese Problematik erfolgte keine bundesgerichtliche Beurteilung. Das handelsgerichtliche Urteil entspricht jedoch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Das Bundesgericht hielt in BGE 127 III 403 fest, dass, wenn zugleich ein Erwerbsschaden zu beurteilen ist, der zugesprochene Ersatz für Haushaltsschaden um die aufgrund der ausserhäuslichen Tätigkeit hypothetisch «eingesparten» Stunden zu reduzieren ist. Die Klägerin könne haftpflichtrechtlich nicht beanspruchen, für erhebliche Mehrarbeit im Haushalt entschädigt zu werden, welche sie aufgrund der (vom Sachgericht tatsächlich festgestellten) Umstände bei vermehrter anderweitiger Tätigkeit ohne den Unfall nicht erbracht hätte oder nicht hätte erbringen können.³³

Damit verwerfen sowohl Bundes- wie auch Handelsgericht die in der Lehre teilweise angetroffene Haltung, es sei in der Kombination von Haushalts- und Erwerbsschaden für den Erwerbsausfall auf den Validen- und für den Haushaltsschaden auf den Invalidenverlauf abzustellen.

³¹ Vgl. hierzu auch nachfolgend unter IV.E.e).

³² Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 9.2.2 (Psychologin) unter Hinweis auf Urteil des Handelsgerichts Zürich ZR 102 [2003] Nr. 36 E. 3.4e, 176, Urteil des Handelsgerichts Zürich HG120057-O vom 26. Januar 2016 E. 4.3.4.4.

³³ BGE 127 III 403 E. 4.bb.

In der Kombination ist beiden Berechnungen grundsätzlich derselbe hypothetische Sachverhalt (und damit der Validenverlauf) zu Grunde zu legen, denn unabhängig davon, wie die einzelnen Schadensposten für sich allein gestellt dogmatisch qualifiziert werden, wird letztlich ein in sich abgeschlossener Gesamtschaden entschädigt.³⁴

c) *Verwertung der Restarbeitsfähigkeit*

Ebenfalls unter dem Titel der zeitlichen Kompensation wurde im Falle der Psychologin berücksichtigt, dass bei der Berechnung des Erwerbsausfallschadens davon ausgegangen worden war, die verbleibende Restarbeitsfähigkeit sei ab Alter 55 nicht mehr verwertbar. Diesbezüglich hielt das Handelsgericht fest, dass wenn der Klägerin mangels wirtschaftlicher Verwertbarkeit kein Erwerbseinkommen mehr anzurechnen sei, sie sich dieses im Gegenzug beim Haushaltsschaden, bei welchem die wirtschaftliche Verwertbarkeit keine Rolle spiele, anrechnen lassen müsse.³⁵

B. Wann setzt die Schadensschätzung den Nachweis eines Schadenseintritts voraus? – Oder: Von verlorenen Chancen und drohenden Gefahren

1. Der Grundsatz

Im Fall der Statistikerin berief sich das Handelsgericht Zürich auf eine nicht publizierte Erwägung von BGE 134 III 489 in BGer 4A_116/2008 vom 13. Juni 2008 E.3.2.1, und führte aus, Art. 42 Abs. 2 OR enthalte eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, welche der geschädigten Person den Schadensnachweis erleichtern solle. Diese Beweisvorschrift räume dem Sachgericht für Fälle, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen sei, einen erweiterten Ermessenspielraum ein, indem sie ihm gestatte, den Schaden aufgrund einer blossen Schätzung als ausgewiesen zu erachten.³⁶

³⁴ Vgl. zur entsprechenden Diskussion MORENO, 274; PRIBNOW, 233.

³⁵ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 9.3.6.; Vgl. auch PERGOLIS/DÜRR BRUNNER, 210; KYBURZ, 182, STÖSSEL, 612.

³⁶ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014 E. 3.1.3.

Diese Aussage lässt – für sich allein genommen³⁷ – vermuten, dass in Fällen, in denen der strikte Nachweis des Schadens ausgeschlossen ist, nicht zwischen Schadenseintritt und Schadensschätzung unterschieden werden soll.

Tatsächlich wird von einem Teil der Lehre gefordert, dass bei entsprechenden Schäden im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität keine Unterscheidung zwischen Schadenseintritt und Schadensschätzung vorgenommen werden soll.³⁸ Nach dieser Auffassung würde zwar nicht für die Haftungsbegründung (rechtswidrige Handlung führt zur Rechtsgutverletzung), jedoch für die Haftungsausfüllung (Rechtsgutverletzung führt zum Schaden) die Perte de Chance-Doktrin gelten. In der konkreten Umsetzung würde dies bedeuten, dass, sofern ein Kausalzusammenhang zwischen einer schädigenden Handlung und einer Körperverletzung einmal erstellt ist, für die Auswirkungen dieser Verletzung sämtliche Chancen und Risiken nach dem Wahrscheinlichkeitsgrad ihres Eintretens zu berücksichtigen wären, und zwar unabhängig davon, ob die einzelnen Chancen und Risiken die Schwelle der überwiegenden Wahrscheinlichkeit überschreiten.³⁹

Da das Schadensereignis wie erwähnt einer Gesamtbetrachtung unterzogen werden soll, dürfte eine solche Vorgehensweise zu einer Vielzahl von einzubeziehenden Schadensposten und Einredegründen und entsprechend zu einer kaum mehr beurteilbaren Komplexität der Schadensfälle führen. Das Bundesgericht hat sich bislang der Perte de Chance-Theorie gegenüber denn auch eher kritisch geäußert.⁴⁰

Dennoch wählte das Handelsgericht Zürich im Fall der Psychologin ein daran erinnerndes Vorgehen. Es hatte zur Beurteilung des künftigen Pflege- und Betreuungsschadens ein medizinisches wie auch ein pflegerisches Gutachten in Auftrag gegeben. Beide kamen übereinstimmend zum Schluss, Angaben zur künftigen Pflegebedürftigkeit der Klägerin seien im jetzigen Zeitpunkt reine Spekulation. Allerdings könne aufgrund der Erfahrung mit Querschnittgelähmten und deren Komplikationsgefährdung sowie altersbedingten Veränderungen gesagt werden, dass der Betreuungs- und Pflegaufwand steigen und sicher nicht abnehmen werde.

³⁷ Tatsächlich enthält das Urteil des BGer 4A_116/2008 vom 13. Juni 2008 E. 3.2.1, nebst dem vom Handelsgericht verwendeten Zitat eine, die zitierte Aussage stark relativierende, Zusammenfassung der bisher relevanten Rechtsprechung insbesondere von BGE 132 III 379 E. 3.1. (Milchschaumer), BGE 128 III 271 E. 2b/aa und BGE 122 III 219 E. 3.b) (Spinnerei an der Lorze).

³⁸ PASQUIER, Diss., Rz. 123; SCHWEIZER, 168.

³⁹ Wobei in der entsprechenden Lehre teilweise dennoch davon ausgegangen wird, dass Risiken mit geringer Eintrittswahrscheinlichkeit (<5%) keine Berücksichtigung finden sollen, PASQUIER, Diss., Rz. 123.

⁴⁰ BGE 133 III 462; MÜLLER, 16.

Das Handelsgericht vertrat die Auffassung, es selber habe, im Gegensatz zu den Gutachtern, nicht die Möglichkeit, eine Prognose für unmöglich zu erklären. Sei eine sichere Feststellung des Schadens nicht möglich, müsse es dennoch zur Schadensschätzung schreiten, aus welcher ein Wert zwischen Null und – aufgrund der Dispositionsmaxime – dem eingeklagten Betrag resultiere. Würde es dies nicht tun, käme dies einer Rechtsverweigerung gleich.⁴¹

Geltend gemacht waren Pflege- und Betreuungsaufwände für einen künftigen Mobilitätsschaden ab Alter 50. Die Klägerin führte u.a. aus, querschnittsgelähmte Personen hätten eine erhöhte Unfallgefahr, würden zu 49-73% unter einem Karpaltunnelsyndrom und zu 30-73% an durch die Überbeanspruchung der Schulter verursachten Schulterschmerzen leiden. Das Handelsgericht verneinte das Vorliegen zuverlässiger Angaben zum Zusammenhang zwischen Lebensalter und den entsprechenden Problemen. Zu lesen ist gar, aus dem medizinischen Gutachten ergebe sich, dass die Klägerin ihre Mobilität unter günstigen Umständen auch über das 70. Lebensjahr hinaus erhalten könne.⁴² In der Gesamtwürdigung kam das Handelsgericht zum Schluss, es lasse sich nicht prognostizieren, welches Risiko sich am ehesten verwirkliche, ob sich nur ein einziges Risiko verwirkliche oder ob sich sämtliche Risiken verwirklichen. Die Mehrzahl der Risiken würden jedoch zu einer Risikokumulation führen und die Wahrscheinlichkeiten der Verwirklichung der Einzelrisiken würden sich so zu einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit verdichten. Ohne weitere Hinweise auf den für die einzelnen Risikokonstellationen benötigten Pflege- oder Betreuungsaufwand schätzte das Handelsgericht einen Mobilitätsschaden und ging ab Alter 50 von durchschnittlich 2, ab Alter 60 von durchschnittlich 4 und ab Alter 70 von durchschnittlich 8 Stunden täglich aus, wobei als Ausgangslage für diese Zahlen die jeweiligen Behauptungen der Klägerin zu dienen scheinen.⁴³

Dies sei reine Spekulation, sagte die Beklagte vor Bundesgericht.⁴⁴ Und bekam Recht. Das Bundesgericht argumentierte: *«Es kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht angenommen werden, die Beschwerdegegnerin werde mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einen Schaden in einer bestimmten Höhe erleiden, wenn sowohl allgemeine Erfahrungswerte wie auch konkrete Anhaltspunkte für den Schadenseintritt in einem bestimmten Zeitpunkt und das Ausmass des Schadens überhaupt fehlen.»* bzw. *«Es genügt für den Ersatz eines Schadens das Risiko*

⁴¹ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.2.6 (Psychologin).

⁴² Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.2.3.5. (Psychologin).

⁴³ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 6.2.6.4, insbesondere die Seiten 53, 59, 58, E. 6.2.7, 6.2.8. (Psychologin).

⁴⁴ Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 4.5 (Psychologin).

nicht, dass ein Schaden zu einem ungewissen Zeitpunkt in einer unbestimmten Höhe entstehen kann; selbst wenn der Risikoeintritt noch so wahrscheinlich ist. [...] Es bedarf konkreter Anhaltspunkte dafür, dass (mit überwiegender Wahrscheinlichkeit) ein konkreter Schaden zu einem bestimmten Zeitpunkt in einem bestimmten Ausmass eintreten wird, damit eine Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR vorgenommen werden kann.»⁴⁵

Mit diesem letzten Satz erinnert das Bundesgericht daran, dass der Eintritt eines konkreten Schadens (gemeint ist hier nicht der Körperschaden, sondern eine konkret daraus abgeleitete wirtschaftliche Einbusse) klare Voraussetzung der Schadensschätzung ist. Erst wenn die Existenz oder der Eintritt eines solchen Schadens im Grundsatz feststeht, kann über einen allfälligen Ersatzanspruch diskutiert und dessen Höhe geschätzt werden.⁴⁶ Ist ein strikter Beweis des Schadenseintritts nicht möglich, greift das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.⁴⁷

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die vom Bundesgericht gewählte Formulierung, wonach ein «bestimmtes» Ausmass in einem «bestimmten» Zeitpunkt nachgewiesen werden müsse, kaum als generelle Verschärfung der bisherigen Rechtsprechung zu verstehen, zumal keine Aufnahme des Entscheides in die amtliche Sammlung erfolgt obwohl die gewählte Formulierung die bestehende Rechtsprechung im Bereich des Erwerbsausfallschadens in Frage stellen könnte.

Es darf daher weiterhin an die bundesgerichtlichen Leitentscheide⁴⁸ in diesem Zusammenhang erinnert werden. In einem unter der Bezeichnung «Milchschaumer» bekannt gewordenen Entscheid hielt das Bundesgericht fest: «Der Schaden ist vom Geschädigten grundsätzlich ziffernmässig nachzuweisen (Art. 42 Abs. 1 OR). Ist das nicht möglich, ist der Schaden vom Richter mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen (Art. 42 Abs. 2 OR). Diese Bestimmung bezieht sich sowohl auf das Vorhandensein wie auf die Höhe des Schadens. Dieser gilt als erwiesen, wenn sich genügend Anhaltspunkte ergeben, die geeignet sind, auf seinen Eintritt zu schliessen. Der Schluss muss sich mit einer gewissen

⁴⁵ Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 4.4 und 4.5 (Psychologin).

⁴⁶ SIKI, 103; Vgl. hierzu auch das Urteil vom BGer 4C.383/2004 vom 1. März 2005 kommentiert von PRIBNOW VOLKER und ZIMMERMANN MARKUS, HAVE 2005, 140.

⁴⁷ Der Beweis gilt als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen⁴⁷, was gemäss herrschender Lehre einem Wahrscheinlichkeitsgrad von 75% entspricht, vgl. PASQUIER, HAVE, 150 unter Hinweis auf BERGER-STEINER, N 06.117; BÜHLER, N 13.

⁴⁸ BGE 122 III 219, E. 3.b) (Spinnerei an der Lorze); 128 III 271 E. 2b/aa; 132 III 379 E. 3.1 (Milchschaumer): zusammengefasst in Urteil des BGer 4A_116/2008 vom 13. Juni 2008 E. 3.2.1 (nicht publizierte Erwägungen zu BGE 134 III 489).

*Überzeugungskraft aufdrängen.⁴⁹» Im unter dem Namen «*Spinnerei an der Lorze*» bekannten Fall ist u.a. zu lesen: «*Damit soll dem Geschädigten jedoch [...] nicht die Möglichkeit eröffnet werden, ohne nähere Angaben Schadenersatzforderungen in beliebiger Höhe zu stellen*»⁵⁰ bzw. «*Der Schluss, dass tatsächlich ein Schaden vom behaupteten ungefähren Umfang eingetreten ist, muss sich dem Gericht mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängen. Die Zusprechung von Schadenersatz setzt voraus, dass der Eintritt des geltend gemachten Schadens nicht bloss im Bereich des Möglichen liegt, sondern als annähernd sicher erscheint.*»⁵¹*

Als Grundsatz gilt aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weiterhin: Im Falle von nicht ziffernmässig nachweisbaren Schäden werden nur diejenigen Schadensteile einer Schätzung unterzogen, von deren Eintritt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit⁵² ausgegangen werden kann.

2. Der Anwendungsfall

Ein typischer Anwendungsfall dieser Eintrittsschwelle findet sich im Bereich der Wiedereinsteigerinnen. Diesbezüglich hielt das Bundesgericht in einem älteren Entscheid fest, die blossе Möglichkeit, dass eine im Haushalt tätige Ehefrau ohne Unfall später wieder einem Erwerb nachgegangen wäre, genüge nicht, um einen Anspruch aus Erwerbsausfall zu begründen. Es müssten vielmehr konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die dies aufgrund der Lebenserfahrung nicht nur als objektiv möglich, sondern als wahrscheinlich erscheinen lasse. Davon könne erst die Rede sein, wenn bestimmte Anzeichen die annähernd sichere Annahme zuliesse, dass die Verletzte wirklich erwerbstätig geworden wäre.⁵³

C. Im Zweifel für die Geschädigten?

Ein bei der Beurteilung von Kinder- und Jugendschäden immer wieder anzutreffendes Zitat des Bundesgerichts lautet: «*Erleidet ein Kind eine Körperverletzung, die einen bleibenden körperlichen Nachteil zur Folge hat, so ist seine spätere*

⁴⁹ BGE 132 III 379 E. 3.1 (Milchschaumer).

⁵⁰ BGE 122 III 219 E. 3.a) (Spinnerei an der Lorze).

⁵¹ BGE 122 III 219 E. 3.b) (Spinnerei an der Lorze).

⁵² Das Bundesgericht verwendet die Bezeichnung «annähernd sicher» BGE 122 III 219 E. 3.b); BGE 99 II 221 E.3.b)

⁵³ BGE 99 II 221 E. 3.b); Urteil des Handelsgerichts Zürich ZR 102/2003 vom 11. November 2002, 164 (allerdings wohl unter falscher Interpretation von BGE 100 II 298) unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu den IV Renten BGE 117 V 194, 197, BVR 1996, 282, 284; vgl. auch BGE 132 III 321 E. 3.7.1. zum veränderten Rollenverständnis der Frau.

*Erwerbseinbusse nur schwer abzuschätzen. Das darf den Richter aber nicht daran hindern, diese Schätzung unter Berücksichtigung aller in Betracht kommender Umstände trotzdem vorzunehmen. Dabei darf sich die noch verbleibende Ungewissheit nicht zu Ungunsten des Klägers auswirken. Sie muss vielmehr vom Beklagten, der für das schädigende Ereignis einzustehen hat, in Kauf genommen werden.»*⁵⁴

Zitiert wird die Aussage in der in BGE 100 II 298⁵⁵ gewählten Formulierung. Ihr Ursprung lässt sich jedoch aufgrund der jeweiligen Weiterverweise bis ins Jahr 1907 zurückverfolgen.⁵⁶ Ein 8jähriges Mädchen wurde 1904 von einem Hund in die Wange gebissen. Laut Gutachten war *«das früher schöne Kind infolge tiefer Narben für sein ganzes Leben stark entstellt.»* Das Bundesgericht führte aus, bei den Einschränkungen der Klägerin handle es sich um *«Abwägung von Imponderabilien und von Wahrscheinlichkeiten»*, und sprach unter dem Titel Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens CHF 3'000 zu. Es folgten mehrere vergleichbare Entscheide, in welchen nach Kinderunfällen Entschädigungen für unsichere künftige Erwerbseinbussen oder Erschwerungen des wirtschaftlichen Fortkommens zugesprochen wurden, auch wenn der Schadenseintritt nicht zuletzt aufgrund der kindlichen Anpassungsfähigkeit in der Berufswahl als fraglich beurteilt wurde.⁵⁷

Obwohl sämtliche Fälle, für welche das Bundesgericht im Laufe der Jahre besagte Regel ausformulierte, Kinderschäden betrafen, und obwohl gemäss bundesgerichtlichem Wortlaut sich nicht jegliche Unsicherheit, sondern bloss eine *«noch verbleibende»* nicht zu Lasten der geschädigten Kinder auswirken soll, wurde verschiedentlich versucht, aus diesem Zitat eine allgemeine Regel *«im Zweifel zu Gunsten der Geschädigten»* abzuleiten.⁵⁸ Diese Interpretation hat – zumindest auf kantonaler Ebene – vereinzelt sogar Eingang in die Rechtsprechung gefunden. So wurde in einem Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 11. November 2002 ausgeführt, bei der Beantwortung der Frage, ob eine verunfallte Hausfrau später eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte, dürfe sich die verbleibende Unsicherheit nicht zu ihren Ungunsten auswirken, und es wurde trotz vergleichsweise geringen

⁵⁴ BGE 100 II 298, E. 4.a); Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.3 (Statistikerin).

⁵⁵ Es ging um den künftigen Erwerbsausfallsschaden eines im Unfallzeitpunkt 13-jährigen Jungen, der durch einen fehlgeleiteten Luftgewehrschuss sein rechtes Auge verlor.

⁵⁶ BGE 33 II 124.

⁵⁷ BGE 70 II 136 (10-Jähriger hackt 3-Jähriger drei Finger ab); BGE 72 II 198 (7-Jähriger kollidiert beim Schlitteln mit der Eisenbahn und muss einen Fuss amputieren lassen); BGE 81 II 512 (kosmetische Folgen eines Hundebisses), BGE 95 II 255 (Verlust rechter Vorderarm bei Eisenbahnunfall).

⁵⁸ a.M. SÜSSKIND, 139 m.w.H. wonach eine allgemeine Bevorzugung des Geschädigten abzulehnen ist.

Anhaltspunkten von einer künftigen Erwerbstätigkeit im Validenverlauf ausgegangen.⁵⁹ Das Bezirksgericht Willisau nahm im Fall der Tierärztin wiederholt auf BGE 100 II 298 Bezug und beantwortete alle sich ihm stellenden Fragen zum hypothetischen Verlauf zu Gunsten der Geschädigten.⁶⁰

Im Fall der Statistikerin schaffte das Bundesgericht eine erste Klarheit zur Tragweite der Regel. Sie bedeute nicht, dass das Gericht zu Gunsten der Geschädigten die beste überhaupt denkbare Entwicklung anzunehmen habe, sofern keine konkreten Indizien dafür sprechen.⁶¹

Noch deutlicher wurde das Bundesgericht im Fall des im Unfallzeitpunkt 17jährigen Coiffeurs. Auch dieser hatte versucht, sich auf eine allgemeine Regel «im Zweifel zu Gunsten des verletzten Kindes» zu berufen.⁶² Das Bundesgericht stellte jedoch fest, dass in seinem Fall gar keine Zweifel vorlagen, welche zu seinen Gunsten hätten interpretiert werden können, zumal die vorinstanzlichen Gerichte ihre Entscheide mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gefällt hätten. Der Kläger hatte sich auf den Fall der Statistikerin berufen; das Bundesgericht kam jedoch zum Schluss, der Fall eines 14monatigen Kleinkindes sei nicht mit der Situation eines 17jährigen zu vergleichen.⁶³

Diese neueren bundesgerichtlichen Entscheide zeigen: Es gibt keine generelle Regel zu Gunsten der Geschädigten. Die Aussage in BGE 100 II 298 betrifft lediglich Kinderschäden. Die von der Regel betroffenen Kinder waren zwischen 14 Monate und 13 Jahre alt.⁶⁴ In diesen Fällen sollen sich, wenn trotz all der Unsicherheiten bestimmte Indizien für einen konkreten Verlauf vorliegen, die verbleibenden Unsicherheiten nicht zu Lasten der geschädigten Kinder auswirken. Doch auch dies bedeutet nicht, dass zwingend vom bestmöglichen Szenario auszugehen ist.

⁵⁹ Urteil des Handelsgerichts Zürich ZR 102/2003 vom 11. November 2002, 164.

⁶⁰ Erstinstanzliches Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 27. Mai 2015 (Tierärztin) E. 7.3.2, nicht veröffentlicht.

⁶¹ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.3 (Statistikerin).

⁶² Der Kläger versuchte zudem vergeblich, eine solche Regel aus dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR.0.107) abzuleiten.

⁶³ Urteil des BGer 4A_599/2018 vom 26. September 2019 E. 3.3 «En outre, force est de constater que le précédent évoqué, qui a pour sujet un enfant de 14 mois ayant subi une lésion corporelle entraînant une atteinte durable à sa santé (cf. arrêt 4A_260/2014 précité let.A), se distingue de la situation du demandeur qui avait 17 ans lors de son accident et qui n'a fourni aucun indice concret permettant de retenir (même au stade de la vraisemblance prépondérante) qu'il aurait suivi une quatrième année d'apprentissage et/ou aurait exploité en qualité d'indépendant un salon de coiffure, et/ou ne se serait pas contenté d'un salaire inférieur au revenu moyen d'un employé de niveau de qualification 2 (au sens des statistiques ESS).»

⁶⁴ Vgl. Fn. 57 sowie Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.3 (Statistikerin).

D. Wie konkret ist möglich? Wie abstrakt ist nötig?

1. Der Grundsatz

Der Invaliditätsschaden ist so weit wie möglich konkret zu berechnen.⁶⁵ Den künftigen Erwerbsschaden hat das Gericht aufgrund statistischer Werte zu schätzen, doch auch dabei hat es soweit möglich, die konkreten Umstände des zu beurteilenden Falles zu berücksichtigen.⁶⁶

SIDLER spricht von einer Gratwanderung zwischen individuell konkreten Indizien und generell abstrakten Erfahrungssätzen. Nur bzw. erst wenn aufgrund der individuell-konkreten Indizien kein definitiver Schluss auf den eingetretenen Schaden gezogen werden kann, sind die noch bestehenden Beweislücken und -unsicherheiten durch generell-abstrakte Erfahrungssätze zu schliessen. Es sind so viele konkrete Indizien wie möglich und (nur) so viele generell-abstrakte Erfahrungssätze wie – zur Ergänzung des Sachverhaltes – nötig in die Schätzung mit einzubeziehen.⁶⁷

Im Gegensatz zum Haushaltsschaden, für welchen das Bundesgericht eine von ein paar wenigen konkreten Kriterien geleitete, abstrakte Berechnung zulässt,⁶⁸ hält das Bundesgericht beim Erwerbsausfallschaden an der Regel *«so konkret wie möglich und so abstrakt wie nötig»* fest. Für Kinderschäden führt das Bundesgericht aus, die Tatsache, dass die Schätzung des Erwerbsausfalls bei im Kindesalter Verunfallten regelmässig mit vielen Unbekannten verbunden sei, dürfe nicht dazu führen, dass ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände auf statistische Mittelwerte zurückgegriffen werde.⁶⁹

2. Die Umsetzung

a) Konkrete Angaben vs. Stichprobengrösse und Qualität des Zahlenmaterials

Fraglich ist, wie das Konzept im Einzelfall umgesetzt werden soll, wenn konkrete Indizien auf empirische, in der Regel aus Statistiken abgeleitete Daten treffen. Gefordert wird, es seien bei der Auswahl von statistischen Daten stets diejenigen Daten zu berücksichtigen, welche dem konkreten Einzelfall am nächsten kommen,

⁶⁵ Für viele: BGE 117 II 609 E. 9; 113 II 345 E. 1a; Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.1 (Statistikerin); Urteil des BGer 4A_543/2015 vom 14. März 2016 E. 5 (Kauffrau).

⁶⁶ BGE 113 II 347, E. 1a; Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.1. (Statistikerin).

⁶⁷ SIDLER, HAVE, 103; vgl. auch PASQUIER, HAVE, 158.

⁶⁸ Urteil des BGer 4A_19/2008 vom 1. April 2008 E. 3.2.; Urteil des BGer 4A_98/2008 vom 8. Mai 2008 E. 3.1.3.

⁶⁹ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.3 (Statistikerin).

nämlich Zahlen über die entsprechende Bevölkerungsstatistik im entsprechenden geographischen Umfeld.⁷⁰ Die geschädigte Person müsse sich im statistisch untersuchten Kollektiv wiederfinden.⁷¹ Ein Vorschlag ist, die engste Klasse, für die verlässliche Statistiken vorhanden sind, zu verwenden.⁷²

Wann ist eine Statistik verlässlich?⁷³ Eine Bedingung für Verlässlichkeit ist, dass die Statistik auf ausreichendem Zahlenmaterial beruht. Nun reduziert jedoch in der Regel jeder zusätzlich zu berücksichtigende, konkrete Faktor gleichzeitig auch die Stichprobengrösse der gewählten Statistik.⁷⁴

Dies erkannte das Handelsgericht im Fall der Statistikerin und stellte, aufgrund der reduzierten Aussagekraft von – auf ein kleines Gebiet beschränkten – Statistiken, *nicht* auf die Wohnregion der Klägerin, sondern auf gesamtschweizerische Erhebungen ab.⁷⁵ Genau anders entschieden wurde im Fall der Tierärztin. Das Bezirksgericht Willisau hatte zur Berechnung des Validenlohns ein Gutachten in Auftrag gegeben. Der Gutachter führte aus, dass sich die gestellten Fragen mit Hilfe der Daten der schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) gar nicht und aufgrund der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) nur teilweise beantworten liessen, da die Angaben zu wenig detailliert seien. Die Beklagte forderte deshalb (nach Einsicht in das Gutachten) die Verwendung von allgemeinen Statistiken für Frauen in akademischen Berufen.⁷⁶ Diese hätten auf einer weitaus grösseren und entsprechend verlässlicheren Stichprobe basiert. Das Bezirksgericht Willisau folgte jedoch dem Gutachten.

Welches Vorgehen ist nun korrekt? Wann ist der Sorge um die Stichprobengrösse Vorrang vor den konkret zu berücksichtigenden Sachverhaltselementen einzuräumen? Wann ist die Verwendung konkreter Elemente nicht mehr möglich? Fällt diese Entscheidung zwingend in den Ermessensspielraum des jeweiligen Gerichts? Sollte nicht im Interesse der Rechtssicherheit eine gewisse Einheitlichkeit in der Wahl der Statistiken und den zu berücksichtigenden Merkmalen herrschen?⁷⁷

⁷⁰ SCHIAVI, 4.

⁷¹ SÜSSKIND MARCEL, 144.

⁷² SCHWEIZER MARK, 179.

⁷³ Hinweise dazu kann beispielsweise der Konfidenzintervall liefern, siehe hierzu SÜSSKIND, 146.

⁷⁴ GRAF, 195.

⁷⁵ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014 E. 4.4.3.4. (Statistikerin).

⁷⁶ Erstinstanzliches Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 27. Mai 2015 (Tierärztin) E. 7.3.2, nicht veröffentlicht.

⁷⁷ Vgl. auch SÜSSKIND, 150.

Angeregt wird, in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Haushaltsschaden, zumindest für den Erwerbsausfall von schwer geschädigten Klein- und Schulkindern auf einheitliche statistische Daten abzustellen. Hierbei spricht die Qualität des Datenmaterials, die den Statistiken zu Grunde liegende Stichprobengrösse wie auch die bundesgerichtlichen Anforderungen an besagte Statistiken⁷⁸ für die Daten der schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE).⁷⁹ Wobei nach der hier vertretenen Auffassung angesichts der geringen Grösse unseres Landes und der Möglichkeit von späteren Wohnortwechseln von den gesamtschweizerischen Werten ausgegangen werden darf.

b) Abweichungen von einer gewählten Statistik?

Nach dem Grundsatz «*so konkret wie möglich*», ist überall dort auf den Einzelfall abzustellen, wo er von der Norm abweicht.⁸⁰ Entsprechend könnten die Gerichte versucht sein oder sich gezwungen sehen, ausgehend von einer gewählten Grundstatistik Anpassungen vorzunehmen. Davon ist nach der (auch) hier vertretenen Auffassung abzuraten.⁸¹ Inwiefern ein bestimmter Umstand in einer Statistik Berücksichtigung findet und entsprechend von der Norm abweicht, ist nämlich nicht ohne weiteres ersichtlich. Selbst wenn gewisse Anhaltspunkte für ein Abweichen vorliegen, bleibt zudem oft unklar, wie dieses mathematisch zu berücksichtigen wäre.

Im Bereich des Haushaltsschadens machte die Psychologin vor Handelsgericht geltend, die SAKE Durchschnittswerte seien ab der Geburt des ersten Kindes für ihren Haushalt nicht mehr repräsentativ. In der Folge stützte sie sich dennoch auf die entsprechenden Tabellen, um ihre Haushaltstätigkeit zu quantifizieren. Hier hielt ihr das Handelsgericht entgegen, eine Vermischung von abstrakter und konkreter Methode sei nicht sachgerecht.⁸²

Allerdings statuiert das Bundesgericht im Bereich des Haushaltsschadens, dass eine Berechnung konkret *oder* abstrakt vorgenommen werden könne. Auch wenn eine

⁷⁸ Vgl. Hierzu unten III.D.e) (zur Verwendung des Medianwertes) sowie IV.B.1 und 2 (Einteilung in Kompetenz- und Berufsgruppen aufgrund konkret vorliegender Indizien).

⁷⁹ Vgl. für die LSE 2016 insbesondere Tabelle T17 Monatlicher Bruttolohn (Zentralwert) nach Berufsgruppen, Lebensalter und Geschlecht, Privater und öffentlicher Sektor (Bund, Kantone, Bezirke, Gemeinden, Körperschaften) zusammen.

⁸⁰ SÜSSKIND, 154.

⁸¹ Urteil des Handelsgerichts Zürich ZR 102/2003 vom 11. November 2002 E. 3.4.d) unter Hinweis auf PRIBNOW/WIDMER/SOUSA-POZA/GEISER, 33; a.M. SÜSSKIND, 154; MORENO, 270.

⁸² Urteil des Handelsgerichts Zürich Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 9.3.5. (Psychologin).

vergleichbare Lösung zumindest im Bereich von Erwerbsausfallschäden bei schwer geschädigten Klein- und Schulkindern wünschenswert wäre, gilt sie bislang noch nicht, weshalb nicht ohne weiteres auf die Rechtsprechung aus dem Bereich des Haushaltsschadens abgestellt werden kann. Doch auch im Bereich des Erwerbsausfalls ist vor allzu freien Interpretationen von Statistiken zu warnen.

c) Statistik zur Inspiration oder als wissenschaftliche Methode?

Statistik ist eine Disziplin, von der Juristinnen und Juristen in der Regel wenig verstehen. In Deutschland werden denn auch Stimmen laut, die Statistik zum Ausbildungsfach im Jurastudium erklären wollen.⁸³ Hierbei kann es kaum darum gehen, dass Gerichte und Anwaltschaft komplexe statistische Berechnungen selbst vornehmen, doch sollten sie die grundlegenden Mechanismen und Gefahren kennen. Vorsicht ist insbesondere geboten, wenn mittels einfacher Berechnungen Schlüsse aus statistischen Daten gezogen werden. Dies mag im Einzelfall zur Inspiration und Schadensschätzung seine Berechtigung haben, muss jedoch stets mit dem Wissen geschehen, dass hierbei nicht selten wichtige Faktoren ausgeblendet werden und das Resultat daher mit relativ grosser Wahrscheinlichkeit falsch ist.⁸⁴

d) Die Kognition des Bundesgerichts

Wer sich gegen eine Statistik zur Wehr setzen will, sollte dies möglichst früh tun. Stützt sich ein Gericht, wie dies das Handelsgericht Zürich im Fall der Statistikerin tat, ausschliesslich auf allgemeine Erfahrungssätze, sind diese vom Bundesgericht zwar grundsätzlich frei überprüfbar.⁸⁵ Dennoch trat das Bundesgericht auf die Rüge, es sei eine unzutreffende Statistik berücksichtigt worden, im konkreten Fall nicht ein. Es führte aus, soweit das Gericht, wie dies das Handelsgericht Zürich tat, den Parteien Gelegenheit gebe, zur Anwendbarkeit gewisser Statistiken Stellung zu nehmen, hätten die Parteien, soweit möglich und zumutbar, ihre Einwände gegen diese Statistiken bereits zu diesem Zeitpunkt vorzubringen und sich auf andere Statistiken oder Studien zu berufen, die sie berücksichtigt wissen wollten.⁸⁶

Prozessführende Anwälte und Anwältinnen werden gut daran tun, sich bereits vor den unteren Instanzen gegen ungeeignete Statistiken zur Wehr zu setzen.

⁸³ Umfassend dazu IHDEN.

⁸⁴ Vgl. zu diesem Punkt die handelsgerichtliche Berechnung in Diskriminierungsfragen unter IV.C.2.

⁸⁵ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.1. (Statistikerin).

⁸⁶ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 2.3.1. (Statistikerin).

e) **Bundesgerichtliche Regeln zum Umgang mit Statistiken**

Obwohl das Bundesgericht im Fall der Statistikerin seine Überprüfungskognition stark beschränkte, lassen sich aus dem Entscheid einige hilfreiche Regeln für die künftige Verwendung von Statistiken ableiten:⁸⁷

Bei Einkommensstatistiken ist auf Medianwerte abzustellen. Das Bundesgericht begründet seinen Entscheid damit, es gehe nicht darum, einen durchschnittlichen, sondern einen wahrscheinlichen Lohn zu ermitteln. Dem trage der Medianwert, der das mittlere Einkommen definiere, d.h. die Einkommenshöhe, bei der gleich viele Menschen höhere und niedrigere Einkommen aufweisen, besser Rechnung.⁸⁸

In einem Nebensatz hielt das Bundesgericht sodann fest, es gehe in konstanter Rechtsprechung davon aus, die auf einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden beruhenden statistischen Werte seien (grundsätzlich) der betriebsüblichen Arbeitszeit von 41,7 Std. anzupassen.⁸⁹

Statistiken geben in der Regel keine Auskunft über zukünftige Entwicklungen. Diese vom Bundesgericht im Zusammenhang mit zukünftigen generellen Realloohnerhöhungen gemachte Aussage⁹⁰ hat allgemeine Gültigkeit. Statistiken beruhen in aller Regel auf Erkenntnissen der Vergangenheit. Es gilt entsprechend zu prüfen, ob bzw. welche Anpassungen für die Zukunft vorzunehmen sind.⁹¹

Wer Statistiken anwendet, muss sich zudem stets hinterfragen, ob weitere Einflussfaktoren vorliegen, welche die gezogenen Schlüsse verfälschen.⁹²

⁸⁷ Vgl. WEBER, Statistiken, 153 ff.

⁸⁸ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 5.4 (Statistikerin); a.M. GRAF, 215.

⁸⁹ Tat es im konkreten Fall mangels rechtzeitiger Rüge jedoch nicht. Urteil des BGer 4A_260 vom 8. September 2014 E. 5.2.3.2. (Statistikerin) unter Hinweis auf Urteil des BGer 8C_71/2014 vom 12. Juni 2014 E. 4.2; 9C_667/2013 vom 29. April 2014 E. 5.1; 8C_55/2014 vom 27. Februar 2014 E. 4.5.

⁹⁰ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 5.4 (Statistikerin) E. 6.2.

⁹¹ GRAF, 206; SCIIVI, 146; WEBER/SCHÄTZLE AJP, 1123 ff.

⁹² So gesehen am Beispiel des Beschäftigungsgrades in Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 5.2. (Statistikerin), vgl. nachfolgend IV.E.2.

IV. Der Erwerbsausfallschaden bei Kindern und Jugendlichen – Referenzfälle, Vorgehensweisen, Lösungen

A. Die erstinstanzlichen Urteile

Die erstinstanzlichen Urteile der Fälle der Statistikerin, der Tierärztin und der Psychologin lesen sich sehr unterschiedlich. Aufgrund der vom Handelsgericht Zürich gewählten abstrakten Schadensberechnung fand die Auseinandersetzung des Gerichtes mit dem Einzelschicksal der Statistikerin kaum Eingang in die Urteilsbegründung. Auffallend ist insbesondere die äusserst strikte Anwendung der Dispositionsmaxime.⁹³ Demgegenüber setzte sich das gleiche Gericht im Falle der Psychologin im Detail mit dem Schicksal der Klägerin auseinander und überdehnte – gemäss bundesgerichtlicher Beurteilung – hierbei verschiedentlich seinen Ermessensspielraum zu Gunsten der Klägerin.⁹⁴ Ausgesprochen klägerinfreundlich urteilte schliesslich das Bezirksgericht Willisau im Falle der Tierärztin. Es vertrat in der Urteilsbegründung stets die Auffassung, im Zweifel sei zu Gunsten der Klägerin zu entscheiden und ging in diesem Bestreben gar über die konkreten Parteibehauptungen hinaus.⁹⁵

B. Die Berufswahl

1. Das Kleinkind (die Statistikerin)

Je jünger ein Kind im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses ist und je schwerer es geschädigt wird, umso schwieriger werden Aussagen zur hypothetischen Entwicklung im Validenfall.

Im Falle des im Urteilszeitpunkt 14monatigen Mädchens (der Statistikerin) kam das Handelsgericht Zürich zum Schluss, dass konkrete Aussagen zum

⁹³ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014 (Statistikerin). Das Handelsgericht wandte die Dispositionsmaxime nicht etwa auf den gesamten, eingeklagten Betrag, sondern auf jedes Jahr des aufgelaufenen und künftigen Schadens einzeln an, was beispielsweise dazu führte, dass tiefe Lehrlingslöhne während der Ausbildungszeit berücksichtigt werden ohne dass für die Folgejahre von einer entsprechenden Ausbildung ausgegangen wird. Vgl. hierzu GRAF, 14; Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, wie die Dispositionsmaxime gehandhabt werden sollte vgl. BGE 119 II 396; 123 III 115 E. 6d, ausdrücklich bestätigt für Körperschäden in BGE 143 III 254 E. 3.3.

⁹⁴ Vgl. Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 sowie zugehöriges Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 (Psychologin).

⁹⁵ Erstinstanzliches Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 27. Mai 2015, nicht publiziert.

hypothetischen Verlauf schlicht nicht möglich seien. Das Gericht nahm entsprechend eine rein abstrakte Schadensschätzung gestützt auf statistische Werte zum durchschnittlichen Lohn und Beschäftigungsgrad von Frauen nach Lebensalter vor.⁹⁶

Das handelsgerichtliche Urteil erging in diesem Punkt allerdings nicht einstimmig. Einer der Handelsrichter gab folgende Minderheitsmeinung zu Protokoll: *«Die Mehrheit des Gerichts stellt für die Schätzung des vergangenen und künftigen Erwerbsausfalles sowohl bezüglich des massgeblichen Valideneinkommens als auch bezüglich des anzunehmenden Beschäftigungsgrades auf statistische Medianwerte ab. Dies ungeachtet der unbestrittenen beruflichen Verhältnisse der Familienmitglieder (Eltern und vier ältere Geschwister) der Klägerin, welche durch ein deutliches Sozialmuster guter, solider Ausbildung, mittelständischer Einkommensverhältnisse und stabiler voller Beschäftigungsgrade geprägt sind. Die Mehrheitsmeinung des Gerichts ist meines Erachtens von grundsätzlicher Aussagekraft, weil sie festlegt, dass zumindest bei Geschädigten, welche voll invalidisierende Verletzungen schon im frühen Kindesalter erleiden, der richterlichen Erwerbsausfallschätzung ausschliesslich statistische Durchschnittswerte zu Grunde zu legen sind. Dieser Auffassung kann ich mich nicht anschliessen in Fällen, wo die familiären Verhältnisse ein deutliches Sozialmuster und konkrete Anhaltspunkte aufzeigen, gestützt auf welche sich vergleichbare Annahmen bezüglich Ausbildung und Berufshypothesen für die im Kindheitsalter geschädigte Person ableiten lassen.»*⁹⁷

Das Bundesgericht gab ihm recht und beurteilte den handelsgerichtlichen Entscheid in diesem Punkt als *«problematisch»*. Gemäss seiner bisherigen Rechtsprechung⁹⁸ sollen die vielen Unbekannten eben gerade *nicht* dazu führen, dass ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände auf statistische Mittelwerte

⁹⁶ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014 E. 4.4.3 / verwendete Statistiken des BFS: a) Bruttoerwerbseinkommen pro Jahr der Erwerbstätigen nach Erwerbsstatus, Berufsgruppen ISCO 88 (COM), Beschäftigungsgrad und Geschlecht, Ständige Wohnbevölkerung, Zentralwert in Franken 2012 des BFS sowie b) Monatlicher Bruttolohn (Zentralwert und Quartilbereich) nach Lebensalter, Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes und Geschlecht, privater und öffentlicher Sektor (Bund, Kantone, Bezirke, Gemeinden, Körperschaften) zusammen, Schweiz 2008 resp. 2010.

⁹⁷ Auszug act. 84 zum Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014, auf Nachfrage beim Handelsgericht in anonymisierter Form erhalten, nicht publiziert. Im Endresultat wich die Minderheitsmeinung im Betrag von rund CHF 300'000 von der Mehrheitsmeinung ab, wobei rund CHF 200'000 auf den Erwerbschaden, CHF 100'000 auf den Rentenschaden entfielen.

⁹⁸ BGE 100 II 298 E. 4a.

zurückgegriffen werde. Entscheidend sei, welches Einkommen mit der in der Familie üblichen Ausbildung wahrscheinlich zu erzielen sei.⁹⁹

Das Abstellen auf familiäre Verhältnisse, wie vom Bundesgericht gefordert, ist in der Lehre durchaus auf Kritik gestossen. Zum einen, da es zu Diskriminierung sozialschwacher Familien, welche nun auch noch das Schicksal eines verunfallten Kindes tragen müssen, führe.¹⁰⁰ Zum andern wird geltend gemacht, dass heutzutage Kinder weniger in die Fussstapfen ihrer Eltern treten und somit der Beruf der Eltern als Massstab nicht mehr dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspreche.¹⁰¹ Es ist auch von einem «Aufholeffekt von Migrantenkindern» die Rede,¹⁰² welcher den Einfluss von Eltern ausländischer Abstammung relativiere.

In Bezug auf die Geschwister hält das Bundesgericht in unserem Beispielfall fest: *«Aus einer äquivalenten Ausbildung mehrerer Geschwister kann [...] mit einer gewissen Zuverlässigkeit auf die wahrscheinliche Ausbildung der geschädigten Person geschlossen werden, da den Eltern insoweit ein Einfluss zukommt und ohne andere Anzeichen angenommen werden kann, sie würden ihre Kinder gleich behandeln. Auch wird aus Sicht des Kindes die Situation der anderen Geschwister als normal empfunden, so dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass es sich zunächst daran orientiert.»* bzw. *«gerade wenn mehrere Geschwister vorhanden sind, die äquivalente Ausbildungen absolviert haben, kann dies Rückschlüsse darauf zulassen, welche Ausbildung in einer Familie als normal angesehen wird».*¹⁰³ Fraglich ist, inwiefern diese Ausführungen das Gewicht der Geschwister als Vergleichsgrössen präzisieren oder relativieren. Soll darauf vornehmlich oder nur bei einer äquivalenten Ausbildung *mehrerer* Geschwister abgestellt werden? Ist in erster Linie auf ältere Geschwister, an welchen sich die geschädigte Person orientiert hätte, abzustellen? Wie ist damit umzugehen, wenn nur ein Geschwisterkind vorhanden ist? Soll in diesem Fall dem Ausbildungsstandard der Eltern weiterhin eine grössere Bedeutung zugemessen werden? Was, wenn die als Vergleichsgrössen möglichen Ausbildungsstandards stark voneinander abweichen? Wie wird mit Patchworkfamilien umgegangen?

⁹⁹ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.4. (Statistikerin).

¹⁰⁰ Vgl. EICHENBERGER, 124; KOTTMANN, 85; ZK-LANDOLT Rz. 588 (mit zahlreichen Hinweisen auf ältere Rechtsprechung zum Thema); WEBER, Statistiken, 155.

¹⁰¹ SCHIAVI, 145.

¹⁰² SCHIAVI, 150.

¹⁰³ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.3, E. 3.4.4. (Statistikerin).

Muss in der Praxis zwingend die Ausbildung der Geschwister abgewartet werden, bevor der Schaden reguliert wird oder lassen bereits Schulnoten und Berufswünsche der Geschwister Rückschlüsse zu?

Diese Fragen können letztlich erst im Einzelfall beantwortet werden. Eher relativieren dürfte sich die Rolle von Eltern und Geschwistern angesichts der Tatsache, dass familiäre Verhältnisse an Stabilität verlieren und Schul- und Berufsbildungen immer durchlässiger werden. Gleichzeitig gilt zu berücksichtigen, dass immer bessere statistische Daten vorhanden sind, die eine Schadensschätzung erlauben, ohne dass auf konkrete Vergleichsgrössen abgestellt werden muss.

Dennoch gilt angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weiterhin das Konzept *«so konkret wie möglich»*, wobei bei schweren Kleinkindschäden die Ausbildungen von Eltern und Geschwistern oft die einzigen konkreten Indizien liefern.

Trotz der bundesgerichtlichen Qualifikation als *«problematisch»* ist das handelsgerichtliche Urteil nach der hier vertretenen Ansicht in einem Punkt sehr zu begrüssen. Das Gericht stützte sich mit den Statistiken der Schweizer Lohnstrukturerhebung (LSE) auf klare und anerkannte Statistiken und schaffte es wohl nicht zuletzt dadurch, einen komplexen Fall innert vergleichsweise kurzer Frist zu entscheiden.¹⁰⁴

Diese Methode hätte allerdings auch bei Berücksichtigung eines höheren Ausbildungsstandards gestützt auf die familiären Verhältnisse angewandt werden können. Denn es dürfte und müsste nach dem Grundsatz *«so konkret wie möglich und so abstrakt wie nötig»* genügen, geschädigte Kleinkinder in ein den konkreten Verhältnissen oder dem familiären Standard entsprechendes Kompetenzniveau (1-4) nach LSE einzuteilen.¹⁰⁵ Dies ergibt sich wiederum aus dem Entscheid betreffend die Statistikerin, in welchem das Bundesgericht festhielt: *«Mit zunehmendem Alter treten indessen die persönlichen Unterschiede hervor, was sich auch in der unterschiedlichen Berufswahl der Geschwister der Beschwerdeführerin*

¹⁰⁴ Das erste Urteil erging nach 3 Jahren und 2 Monaten, wobei in dieser Zeit auch die Frage der Zuständigkeit für die negative Feststellungswiderklage bis vor Bundesgericht ausgefochten worden ist, SCHMID, PSF 2016, 121; Urteil des BGer 4A_504/2011 vom 24. Februar 2012 (betr. Nichteintreten Handelsgericht auf Widerklage).

¹⁰⁵ Vgl. wiederum LSE 2016, Tabelle T17 Monatlicher Bruttolohn (Zentralwert) nach Berufsgruppen, Lebensalter und Geschlecht, Privater und öffentlicher Sektor (Bund, Kantone, Bezirke, Gemeinden, Körperschaften) zusammen, welche im Gegensatz zu T11 Monatlicher Bruttolohn (Zentralwert und Quartilbereich) nach Ausbildung, beruflicher Stellung und Geschlecht, Privater und öffentlicher Sektor (Bund, Kantone, Bezirke, Gemeinden und Körperschaften) zusammen, auch eine Abstufung nach Lebensalter beinhaltet.

*manifestiert.»*¹⁰⁶ Rechtfertigen lässt sich eine blosser Berücksichtigung des Kompetenzniveaus auch anhand der vom Bundesgericht in BGE 81 II 512 selbst getätigten Grobeinteilung. In diesem Entscheid hielt das Bundesgericht in Bezug auf ein im Unfallzeitpunkt 2,5-jähriges Mädchen fest, es werde sich als Kind eines Apothekers nicht mit einem Berufe begnügen wollen, welcher nur handwerkliches Können erfordere.

2. Schulkinder (die Tierärztin)

Bei verunfallten Schulkindern finden sich nebst den Hinweisen zum familiären Umfeld zunehmend weitere Informationen zum Leben der Kinder vor dem Unfall. Im Fall der Tierärztin ist dem Urteil des Bezirksgerichts Willisau zu entnehmen, dass die Klägerin Tochter eines Flüchtlingsehepaars ist und vor dem Unfall sehr gute Schulnoten erzielt hat. Unbestritten war, dass sie einen Berufswunsch in Zusammenhang mit Tieren oder Forschung mit Tieren gehegt habe und Tierärztin, Biologin oder Zoologin habe werden wollen. Das Gericht hielt fest, dass auch Kinder, die in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen aufgewachsen seien, den Anspruch haben könnten, wirtschaftlich erfolgreich zu sein.¹⁰⁷ Zur Ermittlung des Erwerbseinkommens wurde ein Gutachten in Auftrag gegeben, wobei sich der Gutachter mangels verfügbarer Medianwerte auf Durchschnittswerte stützen musste und das Datenmaterial als teilweise gering bezeichnete. Das Gericht analysierte, welche der vom Gutachter aufgezeigten Szenarien sich mit den Parteibehauptungen deckten, und hielt sodann fest: *«Aufgrund der gutachterlichen Schätzung ist vorerst zu klären, ob ein Tiermedizin- oder ein Biologie-Studium günstiger gewesen wäre. Werden die Abbildungen 4, 5, 7 und 8 miteinander verglichen, so zeigt sich deutlich, dass die studierte Tiermedizinerin – unabhängig von ihrem künftigen Tätigkeitsfeld – wirtschaftlich erfolgreicher gewesen wäre als die studierte Biologin. Zugunsten der Klägerin ist davon auszugehen, dass sie Tiermedizin studiert hätte.»*¹⁰⁸

Wie bereits ausgeführt, kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus BGE 100 II 98 kein genereller Grundsatz abgeleitet werden, wonach stets die für die Klägerin bestmögliche Wahl zu treffen sei, weshalb das entsprechende Vorgehen des Bezirksgerichts Willisau in diesem Punkt kaum mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu vereinbaren ist. Auch in prozessrechtlicher Hinsicht ist

¹⁰⁶ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.4.4. (Statistikerin).

¹⁰⁷ Urteil des KG Luzern 1B 15 38 vom 17. Mai 2016 in LGVE 2016 I Nr. 25, Grundlage für Urteil des BGer 4A_397/2016 E. 7.3.1.

¹⁰⁸ Erstinstanzliches Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 27. Mai 2015 E. 7.3.4.3. nicht publiziert.

das Vorgehen zudem höchst problematisch und schwer mit der Verhandlungsmaxime nach Art. 55 Abs. 1 ZPO zu vereinbaren. Rolle des Gerichts nach Art. 42 Abs. 2 OR ist es, den Schaden zu schätzen, nicht den Sachverhalt zu ergänzen.

Angesichts der Tatsache, dass das Gutachten CHF 45'000 kostete, der Gutachter selbst davon auszugehen schien, dass das Datenmaterial, auf welches seine Berechnung basierte, nicht das Beste sei, und dass über zwei weitere Instanzen hinweg beurteilt werden musste, ob die im Gutachten aufgeführten Zahlen einem 100%-, einem 85%- oder einem 70%-Pensum entsprachen,¹⁰⁹ ist zudem fraglich, ob nicht gerade dieser Fall zum Plädoyer für ein Abstellen auf allgemein zugängliche Statistiken werden sollte. Den von den Parteien vorgebrachten Fakten, d.h. einem geplanten Hochschulstudium (in einem noch nicht abschliessend definierten Studienfach) hätte auch mit einem Abstellen auf die Berufsgruppe «*akademische Berufe*» gemäss Daten der Lohnstrukturerhebung (LSE) Rechnung getragen werden können.

3. Junge Erwachsene (die Psychologin)

Die Psychologin hatte im Zeitpunkt des Unfalls ihre Ausbildung am Gymnasium unterbrochen, um eine auf vier Monate befristete Stelle bei einer Bank anzutreten. Zwei Jahre nach dem Unfall nahm sie den Besuch des Gymnasiums wieder auf. Nach bestandener Maturitätsprüfung absolvierte sie ein Psychologiestudium.¹¹⁰

Die Klägerin liess ausführen, es sei ihr grosser Traum gewesen, Medizin zu studieren. Sie habe sich entweder als Gynäkologin oder als Allgemeinmedizinerin spezialisieren wollen, an anderer Stelle war auch von einem Jurastudium die Rede. Dies bestritt die Beklagte u.a. mit Hinweis auf die Unterbrechung des Gymnasiums kurz vor dem Unfall. Nachdem die Klägerin zudem behauptete, sie hätte nebst dem Studium einer Erwerbstätigkeit nachgehen müssen, falle Medizin ausser Betracht. Naheliegend sei, dass die Klägerin auch ohne den Unfall Psychologie studiert hätte. Andernorts behauptete die Beklagte eine Ausbildung im Hotelfach.¹¹¹

Das Handelsgericht orientierte sich vornehmlich am Verhalten der Geschädigten nach dem Unfall und hielt fest, aufgrund des trotz des Unfalles erreichten Ausbildungsstandards, der Motivation der Klägerin und deren Leistungsfähigkeit liesse sich mit Bestimmtheit sagen, dass die Klägerin eine akademische Ausbildung auf

¹⁰⁹ Urteil des BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016, B.a. (Tierärztin).

¹¹⁰ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG 080251 vom 20. November 2018 A. (Psychologin).

¹¹¹ Urteil des Handelsgerichts Zürich Urteil des Handelsgerichts Zürich HG 080251 vom 20. November 2018 E. 7.1.3.1 ff. (Psychologin).

Tertiärstufe ergriffen hätte. Die Klägerin habe unbestritten ein Studium in Psychologie erfolgreich abgeschlossen und damit eine ihren Fähigkeiten und Neigungen entsprechende Ausbildung erreicht. Es fehle jedoch an eindeutigen Kenntnissen zur Frage der Studienwahl. Insgesamt erscheine das Studium der Psychologie, welches die Klägerin trotz des Unfalles absolvieren konnte, auch im Validenfall als das wahrscheinlichste Szenario.¹¹²

4. Schlussfolgerungen und Bemerkungen

Der natürliche Lauf der Dinge gibt uns, von Spezialfällen – wie beispielsweise erheblichen Vorschäden – abgesehen im Sinne einer Vermutung vor, dass die Geschädigten Kinder und Jugendlichen im Validenfall erwerbstätig geworden wären.

Hat die geschädigte Person trotz des Unfalles eine Berufswahl getroffen, scheinen die Gerichte diese Ausbildung – sofern keine konkreten Abweichungen dafür vorliegen – gerne auch für den Validenfall zu unterstellen.¹¹³ Wurde noch keine Berufswahl getroffen oder sind klare Anpassungen im Invalidenverlauf ersichtlich, muss anhand der konkret vorliegenden Indizien auf den Validenverlauf geschlossen werden. Je nach Alter der Geschädigten kommen hierfür die bereits eingeschlagenen Wege, Ausbildungen, schulische Leistungen,¹¹⁴ Berufswünsche, Neigungen oder Begabungen sowie das familiäre Umfeld in Betracht.¹¹⁵

Geben die konkreten Umstände keine exakte Berufswahl vor, ist diese entgegen der Meinung des Bezirksgerichts Willisau auch nicht zu erzwingen. Wiederum kann bei Fehlen weiterer Indizien, die auf eine sehr konkrete Berufswahl hindeuten, auf statistische Werte¹¹⁶ abgestellt werden. Während der Einfluss von Eltern und Geschwistern hierbei nur eine Grobeinteilung in Kompetenzniveaus zuliess,

¹¹² Urteil des Handelsgerichts Zürich HG 080251 vom 20. November 2018 E. 7.1.1, 7.1.3.3. (Psychologin)

¹¹³ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG 080251 vom 20. November 2018 E. 7.1.1, 7.1.3.3. (Psychologin); Urteil des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000 (Gärtner) E. 3.b).

¹¹⁴ Vgl. Urteil des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000 (Gärtner) E. 3.b) aa): « A cet égard, elle a souligné, notamment, qu'un comportement exemplaire est exigé de tout candidat à une fonction de police et que les membres de la gendarmerie genevoise sont soumis à la discipline militaire. Examinant ensuite la situation du demandeur à la lumière de ces principes, elle a relevé qu'au cours de sa scolarité antérieure à l'accident, l'intéressé avait obtenu à plusieurs reprises une moyenne générale très proche de 4 (note correspondant au minimum requis), alors même qu'il était élève dans la section la moins exigeante des filières de l'enseignement obligatoire, et que, de surcroît, sa note moyenne de comportement avait été inférieure à 4 pendant les deux années scolaires précédant l'accident, les observations des enseignants portant à chaque fois sur des problèmes de discipline. »

¹¹⁵ Urteil des BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016, B.a. (Tierärztin); Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 2.; SCHIAVI, 145.

¹¹⁶ Vorzugsweise der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung LSE, vgl. oben III.D.2a), IV.B.1.

können Indizien aus dem Validen- oder Invalidenverlauf der konkret geschädigten Person auch bereits eine Einteilung in eine bestimmte Berufsgruppe oder gar eine ganz konkrete Berufswahl ermöglichen.

Die Wahl eines bestimmten Berufes oder die Einteilung in ein Kompetenzniveau oder eine Berufsgruppe gibt sodann die erforderliche Ausbildungsdauer und damit den Zeitpunkt des Eintrittes in das Erwerbsleben vor.

C. Einstiegslohn / Diskriminierungszuschlag

1. Die Einstiegsgehälter

Sowohl beim Gärtner wie auch bei der Psychologin kamen die Gerichte zum Schluss, dass die Berufswahl im Validenverlauf dem tatsächlich gewählten Beruf entsprach. Zur Bestimmung des Einstiegsgehaltes wurde entsprechend auf das tatsächlich erzielte Invalideneinkommen abgestellt, welches im Falle der Psychologin von einem Gutachten der Berufsberatung zusätzlich als plausibel beurteilt worden war.¹¹⁷

In dem als Statistikerin bezeichneten Fall orientierte sich das Handelsgericht am Medianwert des monatlichen Bruttolohns für Frauen aller Anforderungsniveaus.¹¹⁸ Der Lohn der Tierärztin wurde aufgrund eines Gutachtens ermittelt, welches vornehmlich auf den Daten der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) basierte.¹¹⁹ Im Fall des Walliser Coiffeurs lag eine Bestätigung des künftigen Arbeitgebers vor, dessen Aussage zusätzlich durch eine Informationsbroschüre eines Walliser Gewerkschaftsbundes bestätigt wurde.¹²⁰ Der Fall der Walliser Kauffrau illustriert, dass der vergangene Erwerbsausfallschaden so konkret wie möglich zu berechnen ist, weshalb auch auf die tatsächlich relevanten Sozialversicherungszüge abgestellt werden soll.¹²¹

¹¹⁷ Urteil des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000 (Gärtner); Urteil des Handelsgerichts Zürich HG 080251 vom 20. November 2018 E. 7.3.3.1. (Psychologin).

¹¹⁸ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014 (Statistikerin) E. 4.4.3.7; verwendete Statistik Monatlicher Bruttolohn (Zentralwert und Quartilbereich) nach Lebensalter, Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes und Geschlecht, privater und öffentlicher Sektor (Bund, Kantone, Bezirke, Gemeinden, Körperschaften) zusammen, Schweiz 2008 resp. 2010; Ab LSE 2012 wurden die früheren Anforderungsniveaus durch Kompetenzniveaus ersetzt und aufsteigend nummeriert (Anforderungsniveau 1 entspricht Kompetenzniveau 4).

¹¹⁹ Erstinstanzliches Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 27. Mai 2015 E. 7.3.2. nicht publiziert (Tierärztin).

¹²⁰ Urteil des BGer 4A_599/2018 vom 26. September 2019 E. 2. (Coiffeur).

¹²¹ Urteil des BGer 4A_543/2015 vom 14. März 2016 E. 5, 6 (Kaufrau).

2. Der Diskriminierungszugschlag (die Statistikerin und die Tierärztin)

Im Fall der Statistikerin nahm das Handelsgericht Zürich eine Erhöhung des für Frauen ermittelten statistischen Medianlohnes um rund 40% der Differenz zu dem in der Statistik für Männer ausgewiesenen Wert vor. Dies mit dem Ziel, die verfassungswidrigen Geschlechtsunterschiede gestützt auf Art. 8 Abs. 3 BV auszugleichen.¹²²

Dem schob das Bundesgericht einen Riegel und hielt fest: *«Dass Frauen nach der Verfassung Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit haben (Art. 8 Abs. 3 BV), bedeutet nicht, dass darauf für die Schadensberechnung abzustellen ist, sofern davon ausgegangen werden muss, die geschädigte Person hätte trotz der Bestimmung tatsächlich ohne Unfall kein derartiges Einkommen erzielt. Dass die Verfassung einen Anspruch anerkennt, ist haftpflichtrechtlich nicht massgebend, sofern nicht damit zu rechnen ist, dass dessen Durchsetzung tatsächlich gelungen wäre.»*¹²³ Da für letzteres bei Abstellen auf Statistiken keinerlei Anzeichen bestanden, musste für den aufgelaufenen Erwerbsausfall konsequenterweise von den statistisch ermittelten Medianwerten ausgegangen werden. Allerdings wurde das Handelsgericht angewiesen, für die Zukunft der Tatsache Rechnung zu tragen, dass den Vorgaben in der Verfassung Nachachtung zu verschaffen sei, womit sich die Ungleichbehandlung von Mann und Frau künftig reduzieren dürfte.¹²⁴

In seinem erneuten Entscheid unterschied das Handelsgericht zwei Phasen. Für die Zeit bis 2020 stützte es sich auf eine vom Eidgenössischen Büro für Gleichstellung von Mann und Frau publizierte Zahlenreihe: *«1998 – 41.1%, 2000 – 44.4%, 2006 – 38.6%, 2008 – 39.6%, 2010 – 37.6%»*. Diese Prozentzahlen stehen für den unerklärten Anteil des durchschnittlichen Lohnunterschiedes zwischen Männern und Frauen. Unter der entsprechenden Grafik findet sich der Hinweis *«Die Werte 2008-2010 sind nicht direkt mit den Werten 1998-2006 vergleichbar, da sie auf einer neuen Systematik der Wirtschaftszweige basieren. Die rückläufige Tendenz ist jedoch in beiden Serien zu beobachten.»*¹²⁵

Eine Tendenz ist eine kurzfristige Neigung. Nachhaltige Entwicklungen werden als Trend bezeichnet. Wer nach statistischen Trendberechnungen sucht, findet Hinweise zu relativ komplexen Berechnungsmethoden mittels Zeitreihenanalysen

¹²² Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014 E. 4.4.3.4., 4.4.3.7. (Statistikerin).

¹²³ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 (Statistikerin), A., E. 8.1.

¹²⁴ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 (Statistikerin), A., E. 8.2.

¹²⁵ Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Bundesamt für Statistik BFS, Auf dem Weg zur Lohngleichheit, Tatsachen und Trends, Bern Juni 2013, 12.

und linearer Regression.¹²⁶ Das Handelsgericht Zürich behalf sich mit einer einfachen Formel [erste Zahl (41.1%) – letzte Zahl (37.6%) / Anzahl Jahre] und berechnet damit – gestützt auf als unter sich nicht vergleichbar ausgewiesene Werte – *«eine sehr langsame Reduktion von etwa 0.27% pro Jahr über einen Zeitraum von 13 Jahren»*.¹²⁷

Ist die handelsgerichtliche Berechnung falsch? Es ist zu hoffen. Zwischenzeitlich wurden nämlich auf der Website des Bundesamtes für Statistik aktuellere Zahlen publiziert.¹²⁸ Mit der handelsgerichtlichen Berechnungsmethode ergäbe sich gestützt auf diese Zahlen eine jährliche Zunahme der Diskriminierung um 0.1%.¹²⁹

Für die Zeit ab 2020 schätzt das Handelsgericht die Abnahme der Lohndiskriminierung auf 0.4% pro Jahr.¹³⁰ Begründet wird dieser Anstieg mit einer auf 2020 geplanten Gesetzesrevision. Tatsächlich soll am 1. Juli 2020 eine Änderung des Gleichstellungsgesetzes zur besseren Durchsetzung der Lohngleichheit in Kraft treten.¹³¹ Unternehmen mit mehr als 100 Angestellten werden für die nächsten 12 Jahre¹³² verpflichtet, betriebsinterne Lohngleichheitsanalysen durchzuführen. Diese Analysen sollen im 4-Jahres-Rhythmus wiederholt werden müssen, es sei denn, sie zeigen auf, dass kein unerklärbarer systematischer Lohnunterschied zwischen Frauen und Männern im Unternehmen feststellbar ist. Angesichts der Tatsache, dass gerade einmal 0,9 Prozent der Schweizer Unternehmen über 100 Mitarbeitende beschäftigen und die neue gesetzliche Regelung nur 46 Prozent der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Schweiz betrifft, ist fraglich, welcher Erfolg dieser Gesetzesrevision beschieden sein wird.¹³³

Überraschender als der errechnete bzw. geschätzte Prozentsatz ist jedoch, dass das Handelsgericht bei seiner Berechnung den Prozentsatz des ungerechtfertigten Lohnunterschiedes am Gesamtunterschied für die gesamte Aktivitätsdauer mit 40% als gegeben voraussetzt.¹³⁴ Zum besseren Verständnis: erklärbare

¹²⁶ Vgl. z.B. Eckstein Peter, 119.

¹²⁷ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG140240 vom 16. April 2015 E. 4.2.6. (Statistikerin).

¹²⁸ 2012: 40.9%, 2014: 39.1%, 2016: 42.9% <www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeitskosten/loehne-erwerbseinkommen-arbeitskosten/lohniveau-schweiz/lohnunterschied.html>, besucht am 28.10.2019.

¹²⁹ (42.9% - 41.1% / 18).

¹³⁰ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG140240 vom 16. April 2015 E. 4.2.6.5.

¹³¹ AS 2019 2815; Botschaft BBl 2017 5507.

¹³² Die Geltungsdauer des Gesetzes ist auf zwölf Jahre beschränkt.

¹³³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 21. August 2019, Bestimmungen zur Lohngleichheit in Kraft gesetzt: Erste Analysen bis Ende Juni 2021, abrufbar unter <www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2019/ref_2019-08-21.html>.

¹³⁴ Basierend auf dem Unterschied im Jahr 2010 von 37%; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 vom 3. März 2014 E. 4.4.3.4 (Statistikerin).

Unterschiede sind Unterschiede, die auf den persönlichen Ausgangslagen der Männer und Frauen beruhen, wie z.B. eine längere Berufserfahrung. Auch das Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes oder der Tätigkeitsbereich kann zu erklärbareren Unterschieden führen.¹³⁵ Diese Zahl als gegeben voranzusetzen würde bedeuten, dass hinsichtlich der Lebensumstände und der beruflichen Qualifikationen der Frauen¹³⁶ in den nächsten Jahrzehnten keine Veränderungen zu erwarten ist.¹³⁷ Frauen sind heute besser ausgebildet denn je, familiäre Betreuungsmuster ändern sich. Diese Veränderungen bleiben bei der handelsgerichtlichen Prognose, welche lediglich die diskriminierenden Faktoren bzw. die unerklärten Unterschiede ausgleichen will, unberücksichtigt.¹³⁸

Vermutlich hatte das Bundesgericht einen Ausgleich sowohl der diskriminierenden wie auch der nichtdiskriminierenden Unterschiede im Hinterkopf, als es den Fall zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückwies.¹³⁹ Dies zeigt sich darin, dass die Rückweisung auch im Bereich der Realloohnerhöhung erfolgte, welche vom Handelsgericht gemäss der vom Bundesgericht vertretenen Auffassung unter Berücksichtigung einer individuellen, nicht jedoch generellen Realloohnerhöhung¹⁴⁰ vorgenommen worden war. Das Aufholen der Frauen spiegelt sich – was die Vergangenheit anbelangt – in der unterschiedlichen generellen Reallohnentwicklung zwischen Mann und Frau.¹⁴¹

Auch das Kantonsgericht Luzern nahm, inspiriert vom handelsgerichtlichen Urteil eine Erhöhung der Frauenlöhne um 0.4% vor, ohne sich jedoch auf eine Berechnung festzulegen. Als Basis diente dem Kantonsgericht Luzern allerdings nicht die unerklärte Lohndifferenz, sondern die vom Gutachten ausgewiesenen Lohnzahlen für Frauen.¹⁴²

¹³⁵ Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, Bundesamt für Statistik BFS, Auf dem Weg zur Lohnleichheit, Tatsachen und Trends, Bern Juni 2013, 18.

¹³⁶ Oder zumindest dem Verhältnis dieses Einflusses zu den unerklärten Lohnunterschieden.

¹³⁷ Vgl. die gegenteilige Annahme in BGE 132 III 321 E. 3.7.1. zum veränderten Rollenverständnis der Frau: «so werde sich der Bedarf an bezahlter Haushalthilfe angesichts des veränderten Rollenverständnisses der Frauen in der Schweiz, die sich vermehrt einer Berufstätigkeit ausserhalb des Hauses zuwendeten, in den nächsten Jahren eher erhöhen».

¹³⁸ Vgl. auch GRAF, 210.

¹³⁹ Vgl. hierzu nachfolgend IV.D.

¹⁴⁰ Vgl. Urteil des BGer 4A_543/2015 vom 14. März 2016 (Kauffrau).

¹⁴¹ WEBER/VOSS, 247.

¹⁴² Urteil des Kantonsgerichts Luzern 1B 15 38 vom 17. Mai 2016 publiziert in LGVE 2016 I Nr. 25.

3. Schlussfolgerungen und Bemerkungen

Unterscheidet sich die Berufswahl im Validenfall nicht vom Invalidenfall, kann man sich auch an den tatsächlich erzielten Löhnen orientieren. Zu diskutieren ist allerdings, ob im Invalidenfall ein einschränkungsbedingter Abzug in Kauf genommen werden musste und ob – im Falle einer einschränkungsbedingten Teilzeitarbeit – Teilzeitlöhne ohne weiteres prozentual auf Vollzeitlöhne umgerechnet werden können.¹⁴³

Kann der Einstiegslohn nicht anhand des Invalideneinkommens ermittelt werden und liegen keine unterzeichneten Verträge oder Zusicherungen vor, sind Lohnrichtlinien oder statistische Angaben zu Hilfe zu nehmen.¹⁴⁴ Sind die erhältlichen Angaben älteren Datums, können sie anhand des Nominallohnindex auf den Urteilstag aktualisiert werden.

Eine allfällige Diskriminierung auf dem aufgelaufenen Lohn ist nicht auszugleichen. Aufgrund der Differenztheorie ist im Haftpflichtrecht auf die Dinge abzustellen, wie sie sind, nicht wie sie sein sollten.¹⁴⁵ Für die Zukunft ist jedoch den Anstrengungen um Lohngleichheit und auch den veränderten Lebensumständen der Frauen Rechnung zu tragen. Entsprechende Prognosen (und deren Berechnung) erweisen sich jedoch als äusserst schwierig.¹⁴⁶

D. Hypothetischer Karriereverlauf / Lohnerhöhungen

1. Einleitung

Gemäss ständiger Rechtsprechung zum Erwerbsausfallschaden muss das Gericht nebst dem Ausgangslohn die künftige Einkommensentwicklung berücksichtigen.¹⁴⁷ Dies ist bei Geschädigten, welche im Unfallszeitpunkt noch nicht im Erwerbsleben standen, ihre Karriere noch vor sich hatten und noch Jahrzehnte vom errechneten Verdienst leben müssen, eine grosse Herausforderung.¹⁴⁸ Dieser Herausforderung begegneten die Gerichte auf unterschiedliche Art und Weise.

¹⁴³ GRAF, 212.

¹⁴⁴ SCHMID, 194.

¹⁴⁵ LEMPEN, 12; RUSCH, 271.

¹⁴⁶ Vgl. Hierzu jedoch auch gleich nachfolgend IV.D.

¹⁴⁷ BGE 116 II 295 E. 3a/aa, 296 f.; BGE 129 III 135 E.2.2, 141; 131 III 360 E. 5.1, 363.

¹⁴⁸ Dazu, wie unbefriedigend gewisse Schätzungen in der Vergangenheit ausfielen vgl. WEBER/SCHAETZLE, AJP, 1109.

Im Falle des Genfer Gärtners, welcher im damaligen Zeitpunkt immerhin noch 35 Jahre bis zur Pensionierung vor sich hatte, wurde auch für die Zukunft auf den im Zeitpunkt des zweitinstanzlichen Urteils tatsächlich erzielten Verdienst abgestellt.¹⁴⁹ Im Falle der Kauffrau hielt das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass eine künftige Reallohnentwicklung nur berücksichtigt werden dürfe, wenn sie im konkreten Fall aufgrund des Berufs der geschädigten Person und den besonderen Umständen des Einzelfalles auch zu erwarten sei.¹⁵⁰

2. Die Statistikerin

Im Fall der Statistikerin hielt das Handelsgericht Zürich fest, die jeweiligen Reallohnsteigerungen hätten durch die Berücksichtigung der Löhne nach Altersklassen in die Statistiken Eingang gefunden. Eine mittlere Reallohnerhöhung durch die zunehmende Berufserfahrung sei daher bereits eingerechnet.¹⁵¹ Dies wird vom Bundesgericht für die Vergangenheit bestätigt. Aus den Statistiken könnten sich sodann Rückschlüsse auf künftige individuelle Lohnsteigerungen, jedoch nicht auf eine allfällige allgemeine Reallohnerhöhung ziehen lassen. Da nicht ersichtlich sei, ob und inwiefern das Handelsgericht die künftige allgemeine Lohnerhöhung in seine Berechnung mit einbezog,¹⁵² wurde der Fall zur Neuurteilung zurückgewiesen. Im erneuten Entscheid lehnte das Handelsgericht eine zusätzliche Berücksichtigung der allgemeinen Reallohnsteigerung ab, da individuelle und allgemeine Reallohnsteigerungen nicht kumulativ zu berücksichtigen seien¹⁵³ und verpasste damit, wie bereits aufgezeigt, die Chance, dem künftigen Rückgang der Lohnunterschiede zwischen Mann und Frau umfassend Rechnung zu tragen.

3. Die Tierärztin

Zur Tierärztin führte die erste Instanz nach Studium des Gutachtens, welches 8 verschiedene hypothetische Verläufe abbildete, unter Einhaltung der *«im Zweifel für die Geschädigten-Devise»* aus: *«Betreffend die weitere Karriere würde die Klägerin wirtschaftlich besser fahren, wenn sie nicht ihr ganzes Berufsleben als Tierärztin tätig gewesen wäre (Abbildung 7), sondern sich frei auf dem*

¹⁴⁹ Urteil des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000 E. 3.cc) unter Hinweis auf BGE 113 II 323 E. 3a., im öffentlichen Sektor ist eher ein Einfrieren der Löhne zu erwarten.

¹⁵⁰ Urteil des BGer 4A_543/2015 vom 14. März 2016 E. 6 (Kaufrau), unverbindliche Lohnempfehlungen eines Gewerkschaftsbundes genügen nicht zum Nachweis einer individuellen Reallohnsteigerung.

¹⁵¹ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 4. (Statistikerin).

¹⁵² Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 6.2. (Statistikerin).

¹⁵³ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG140240 vom 16. April 2015 E. 4.2.5. (Statistikerin).

Arbeitsmarkt hätte bewegen können (Abbildung 8). Als Grundlage für die richterliche Schätzung werden nachfolgend die zwei für die Klägerin günstigsten Szenarien durchgerechnet und einander gegenübergestellt: Am ersten Szenario werden die Durchschnittswerte der Abbildungen 7 und 8 zugrunde gelegt für den Fall, dass die Klägerin Tiermedizin studiert hätte und entweder dem Beruf treu geblieben wäre oder ihn gewechselt hätte. Dem zweiten Szenario dienen die Werte der Abbildung 8 als Rechtsgrundlage; dabei handelt es sich um die für die Klägerin absolut beste Variante.»¹⁵⁴ Es gelten die obigen Ausführungen zur Verhandlungsmaxime und zur Fehlinterpretation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.¹⁵⁵

4. Die Psychologin

Das Handelsgericht berief sich im Urteil zur Psychologin auf den bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid betreffend die Statistikerin, interpretierte diesen jedoch anders als noch zwei Jahre zuvor und führte aus, es sei zwischen allgemeiner und individueller Lohnerhöhung zu unterscheiden. Nachdem die Rechtsprechung beim Haushaltschaden eine künftige allgemeine Reallohnsteigerung berücksichtige, sei es konsequent, dies auch beim Erwerbsausfallschaden zu tun, der Klägerin sei entsprechend eine allgemeine Realloohnerhöhung von 1% zu gewähren. Der Nachweis der individuellen Lohnerhöhung sei sodann kaum zu führen, weshalb an die Substantiierung keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden könnten. Gestützt auf die AHV-Statistik schloss das Handelsgericht auf eine zusätzliche individuelle Reallohnsteigerung der Klägerin von 1%, dies im Gegensatz zur generellen Lohnerhöhung jedoch beschränkt bis zum Alter von 50 Jahren.¹⁵⁶

Das Bundesgericht entschied erneut, dass beim Erwerbsausfall regelmässig konkrete Umstände des Einzelfalls, insbesondere die berufliche Situation der geschädigten Person berücksichtigt werden könnten, die auf künftige hypothetische Lohnentwicklungen schliessen lassen, und hielt daran fest, dass die Berücksichtigung einer allgemeinen Lohnentwicklung beim Haushaltsschaden nicht auf den Erwerbsausfallschaden übertragen werden könne. Die Sache wurde zur Neuberechnung an das Handelsgericht Zürich zurückgewiesen.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Erstinstanzliches Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 27. Mai 2015 E. 7.3.4.3, nicht publiziert (Tierärztin). Eine zusätzliche allgemeine Realloohnerhöhung wurde vom Bezirksgericht Willisau verworfen, da das Gutachten eine solche nicht mit der notwendigen Sicherheit habe nachweisen können. Erstinstanzliches Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 27. Mai 2015 E. 7.3.8.4, nicht publiziert (Tierärztin).

¹⁵⁵ Vgl. oben IV.B.2 sowie III.C.

¹⁵⁶ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG 080251 vom 20. November 2018 E. 7.1.4. (Psychologin).

¹⁵⁷ Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 5.2 f. (Psychologin).

5. Schlussfolgerungen und Bemerkungen

Das Bundesgericht hat sich einmal mehr und diesmal sehr klar gegen eine allgemeine Realloohnerhöhung ausgesprochen. Es gilt entsprechend, lediglich die individuellen Lohnerhöhungen der Geschädigten anhand von konkreten Umständen (Beruf, Wirtschaftszweig, Geschlecht, Alter, Qualifikation etc.) zu berücksichtigen.¹⁵⁸ Hierbei kann nach der hier vertretenen Auffassung einer unterschiedlichen künftigen Lohnentwicklung zwischen Frauen- und Männerlöhnen wohl besser Rechnung getragen werden als über die vom Handelsgericht Zürich vorgenommenen Diskriminierungszuschläge.¹⁵⁹

E. Beschäftigungsgrad

1. Einleitung

Keine Diskussion zum Beschäftigungsgrad des Verunfallten finden sich im Fall des Genfer Gärtners und des Walliser Coiffeurs, was vornehmlich am Geschlecht der Geschädigten liegen dürfte. Die Kauffrau arbeitete auch nach dem Unfall zu 100%, was entsprechende Ausführungen auch in diesem Fall erübrigte.¹⁶⁰

2. Die Statistikerin

Bezüglich des Beschäftigungsgrades der Statistikerin herrschte am Zürcher Handelsgericht einmal mehr Uneinigkeit. Die Mehrheit stellte auch diesbezüglich auf statistische Mittelwerte¹⁶¹ ab und kam zum Schluss, dass sich der Beschäftigungsgrad im Validenfall im Alter 25 auf 62,86% im Alter 40 auf 58,56% und im Alter 55 auf 42,86% reduziert hätte. In diesem Punkt lautete der Minderheitsantrag wie folgt: *«Diese Annahme steht meines Erachtens im konkreten Fall nicht im Einklang mit dem einschlägigen Familienmuster und scheint mir nicht angemessen. Nachdem die konkreten Vergleichsverhältnisse der Eltern und Geschwister das Bild sehr fleissiger, gut ausgebildeter Berufsleute in stabilen Vollzeitbeschäftigungsverhältnissen abgeben, erachte ich Abweichungen von statistischen Werten als angezeigt.»* Der Handelsrichter forderte allerdings keine Vollzeitbeschäftigung, vielmehr führte er aus: *«Wohl sind Einschränkungen des*

¹⁵⁸ SÜSSKIND, 150.

¹⁵⁹ Vgl. oben IV.C.2.

¹⁶⁰ Urteil des BGer 4A_543/2015 vom 14. März 2016 E. 8.2. (Kaufrau).

¹⁶¹ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004 E. 4.4.3.1 verwendete (zwischenzeitlich überholte) Statistiken des BFS: a) Tabelle Erwerbsquoten nach Geschlecht, Nationalität, Altersgruppen, Familientyp b) Tabelle Beschäftigungsgrad nach Geschlecht, Nationalität, Altersgruppen, Familientyp.

Beschäftigungsgrades von Frauen namentlich als Folge von Heirat und Mutterschaft ein Sozialmuster, das es zu berücksichtigen gilt. Angemessen erscheint mir in casu für die Altersjahre 30 bis 49 ein Beschäftigungsgrad von 60% anzunehmen und für alle anderen Altersjahre einen Beschäftigungsgrad von 100% zu unterstellen.»¹⁶²

Das Bundesgericht verwarf Mehrheits- und Minderheitsmeinung des Handelsgerichts gleichermaßen. Es führte aus, der Vergleich mit den Geschwistern, aus welchem mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die Ausbildung einer geschädigten Person geschlossen werden könne, sei beim Beschäftigungsgrad weit weniger aussagekräftig, da sich mit zunehmendem Alter die persönlichen Unterschiede zeigten. Bezüglich Erwerbsgrad entscheidend seien die persönlichen Umstände der einzelnen Person, namentlich die monetären und zeitlichen Bedürfnisse und Verhältnisse (Heirat, Kinder, Verdienst des Ehegatten oder Partners, Einbindung desselben in die Kinderbetreuung, Kosten oder Zeitbedarf der Hobbys, Art der ausgeübten Tätigkeit usw.). Damit gab das Bundesgericht die zur Beurteilung des Beschäftigungsgrades im Einzelfall relevanten konkreten Kriterien bekannt, welche aufgrund des Verweises auf die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung in beiden Rechtsgebieten identisch sein dürften.¹⁶³

Das Bundesgericht warf dem Handelsgericht sodann vor, es habe die Höhe des vorgängig ermittelten Erwerbseinkommens und damit einen wesentlichen Punkt bei der Beurteilung des Beschäftigungsgrades ausgeblendet. Ob eine Person ihre Erwerbstätigkeit reduziere, hänge weniger davon ab, wie viele Personen dies im Durchschnitt tun würden, sondern vielmehr davon, inwieweit sie zur Bewältigung des Lebensstandards auf das volle Erwerbseinkommen angewiesen sei.¹⁶⁴

Das Bundesgericht wies daraufhin, dass die Reduktion des Beschäftigungsgrades einzig mit einer Familiengründung begründet worden sei und hielt fest: *«Würde bei der Festsetzung des Verdienstes, den die verletzte Person ohne Unfall erzielen würde, die Wahrscheinlichkeit einer Arbeitsreduktion berücksichtigt, die ihren Grund in den Geldmitteln hat, die ein Dritter in dieser Situation zu Gunsten der Geschädigten aufbringt (hier die Beiträge an den Unterhalt der Familie des anderen Ehegatten), obwohl feststeht, dass infolge des Unfalls keine derartigen*

¹⁶² Auszug act. 84 zum Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110004, auf Nachfrage beim Handelsgericht in anonymisierter Form erhalten, nicht publiziert.

¹⁶³ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014, A., E. 3.4.4. unter Verweis auf das Urteil des BGer I 708/06 vom 23. November 2006 E. 3.1, welches seinerseits u.a. auf BGE 130 V 396, 115 II 448 und 130 IV 62 verweist. Vgl. zum Thema auch den Beitrag von HÜRZELER MARC siehe Seite 227 ff.

¹⁶⁴ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014, A., E. 5.2.

*Geldmittel Dritter zur Verfügung stehen werden (da keine Heirat erfolgen wird), müsste sich die geschädigte Person für ihren Lebensunterhalt mit weniger begnügen, als ihr ohne Unfall zur Verfügung gestanden hätte. Insoweit würde eine Unterentschädigung erfolgen.»*¹⁶⁵ Entsprechend kommt das Bundesgericht zum Schluss, es sei für die Schadensberechnung davon auszugehen, die Klägerin hätte zu 100% gearbeitet.¹⁶⁶

3. Die Tierärztin

Das Bezirksgericht Willisau verwies in seinen Ausführungen zum Beschäftigungsgrad auf den Entscheid der Statistikerin und argumentierte unter anderem, die Klägerin sei im Alter von 13 Jahren verunfallt, zu diesem Zeitpunkt seien noch keine Anzeichen für eine durch Heirat und/oder Kinderbetreuung bedingte Teilzeiterwerbstätigkeit vorhanden gewesen. Ohne dies genau zu begründen, führte das Gericht zudem aus, mit Blick auf die Verdienstmöglichkeiten der Klägerin seien keine Anzeichen ersichtlich, dass die Klägerin sich auf eine Teilzeiterwerbstätigkeit beschränkt hätte.¹⁶⁷ Angesichts der Tatsache, dass der Klägerin über das ganze Erwerbsleben gesehen ein durchschnittliches Jahreseinkommen von CHF 171'900¹⁶⁸ angerechnet worden ist und die Beklagte ihre Ausführungen, wonach bei Akademikerinnen in 69% der Fälle ausserfamiliäre Gründe, insbesondere erhöhter Freizeitbedarf, Weiterbildungen etc. massgeblich für eine Pensumsreduktion seien, statistisch belegte, erscheint (mindestens) die Begründung des bezirksgerichtlichen Urteils etwas dürftig. Das Kantonsgericht warf der Beklagten mangelnde Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Vorinstanz vor und bestätigte deren Urteil in Bezug auf den Beschäftigungsgrad.¹⁶⁹ Eine Anrufung des Bundesgerichts in dieser Sache fand nicht statt.

4. Die Psychologin

Zur Psychologin führte das Handelsgericht aus: *«Die Argumentation der Klägerin, sie hätte ohne Unfall keine Familie gegründet und wäre vollzeitlich erwerbstätig*

¹⁶⁵ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014, A., E. 5.3. (Statistikerin).

¹⁶⁶ Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014, A., E. 5.3.1. (Statistikerin).

¹⁶⁷ Erstinstanzliches Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 27. Mai 2015 E. 7.3.7 nicht publiziert (Tierärztin).

¹⁶⁸ Erstinstanzliches Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 27. Mai 2015 E. 7.3.10.2. nicht publiziert, wobei der Lohn durch das Kantonsgericht jedoch erheblich nach unten korrigiert worden ist, Urteil des BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016 B.a.; in Bezug auf diesen Punkt nicht publiziert in LGVE 2016 I Nr. 25 E. 7.3.4. (Tierärztin).

¹⁶⁹ Urteil des Kantonsgerichts Luzern 1B 15 38 vom 17. Mai 2016 publiziert in LGVE 2016 I Nr. 25 E. 7.3.4. (Tierärztin).

geblieben, stellt eine mögliche Hypothese dar. Diesbezüglich verhält es sich indessen gleich wie bei der Frage der Berufswahl: Auch wenn es weder der allgemeinen Lebenserfahrung noch dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsprechen mag, dass jede Frau heiratet und zwei Kinder zur Welt bringt, handelt es sich dabei auch für eine Akademikerin um einen vollkommen normalen Vorgang. Zur Annahme einer abweichenden Familienplanung im Validenfall bedarf es deshalb plausibler Gründe, welche diese als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Da solche nicht vorliegen, ist davon auszugehen, die Klägerin hätte auch im Validenfall geheiratet und zwei Kinder zur Welt gebracht. Dem Valideneinkommen ist deshalb der Eventualstandpunkt der Klägerin zugrunde zu legen.»¹⁷⁰

Im Eventualstandpunkt mit Kind machte die Klägerin geltend, sie hätte ein Jahr Pause gemacht und dann bis zum 12. Altersjahr des Kindes zu 50% gearbeitet, bis zum 20. Altersjahr des Kindes zu 70% und schliesslich 100% bis zur Pensionierung. Auf diese Werte stellte das Handelsgericht ab und hielt fest, die Beurteilung der Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit im Validenfall habe aufgrund einer Gesamtwürdigung der persönlichen, beruflichen, sozialen und ökonomischen Umständen des konkreten Falles zu erfolgen, wobei keinem dieser Kriterien von vornherein vorrangige Bedeutung zukomme.¹⁷¹ Sodann verwies das Handelsgericht auf die familienrechtliche Praxis zur Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und führte aus: *«Gemäss der früheren sog. 10/16-Regel kann vom kinderbetreuenden Ehepartner nicht verlangt werden, eine Erwerbstätigkeit von 50%, bevor das jüngste Kind das 10. Altersjahr, und von 100%, bevor dieses das 16. Altersjahr vollendet hat, auf- bzw. wiederaufzunehmen. Das aufgrund des neuen Betreuungsrechtes eingeführte Schulstufenmodell betrachtet eine Erwerbstätigkeit von 50% bereits bei der Einschulung, von 80% beim Eintritt in die Sekundarstufe I und von 100% bei vollendetem 16. Altersjahr des jüngsten Kindes als zumutbar.»¹⁷²* Aus der Tatsache, dass die Klägerin im Invalidenfall deutlich über den familienrechtlichen Anforderungen blieb, leitete das Handelsgericht ab, die Klägerin hätte im Validenfall tatsächlich die von ihr behaupteten Beschäftigungsgrade innegehabt.¹⁷³

¹⁷⁰ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.3. (Psychologin).

¹⁷¹ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.3.2. (Psychologin) mit Hinweis auf BGE 117 V 194 E. 4b.

¹⁷² Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.2.2.7. mit Hinweis auf BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2 sowie auf Urteil des BGer 5A_384/2018 vom 21. September 2018 E. 4.7.6. (nunmehr publiziert in BGE 144 III 481 E. 4.7.6.).

¹⁷³ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.3.2. (Psychologin).

Das Bundesgericht bestätigte die handelsgerichtliche Einschätzung.¹⁷⁴

5. Schlussfolgerungen und weitere Überlegungen

a) *Der Grundsatz*

Allgemein gültige Regeln lassen sich aus den beschriebenen drei Urteilen nur ableiten, wenn wir zeitgleich die eingangs erläuterten Grundsätze bei der Invaliditätsschadensberechnung berücksichtigen.

Grundsätzlich gilt auch in Bezug auf den Beschäftigungsgrad die Differenztheorie. Die hypothetische Situation ohne schädigendes Ereignis ist mit der tatsächlichen Situation nach dem schädigenden Ereignis zu vergleichen.

Zur Bestimmung der hypothetischen Situation gehen konkrete Anhaltspunkte empirischen Daten vor. Zu berücksichtigen sind die konkreten persönlichen Umstände, die monetären und zeitlichen Bedürfnisse und Verhältnisse, Heirat, Kinder, Verdienst des Ehegatten oder Partners, Einbindung desselben in die Kinderbetreuung (sofern denn eine Heirat im Invalidenfall noch möglich ist), Kosten oder Zeitbedarf der Hobbys, Art der ausgeübten Tätigkeit, Aus- und Weiterbildungen etc.¹⁷⁵

Verunfallen Hausmänner und -frauen oder Erwerbstätige, gilt eine Vermutung für die im Zeitpunkt des Unfalls ausgeübte Tätigkeit.¹⁷⁶ Eine Vermutung, die sich nach der hier vertretenen Auffassung, auch auf das ausgeübte Pensum erstrecken dürfte. Bei Kindern, welche sich im Unfallzeitpunkt noch nicht im Erwerbsleben befanden, darf in der Regel ein Vollzeitpensum bei Eintritt ins Erwerbsleben vermutet werden. Wann dieser Eintritt stattfindet, hängt von der hypothetischen Ausbildungsdauer ab.

Abweichungen vom vermuteten Pensum, die in die eine oder andere Richtung zielen, sind, wird die Rechtsprechung zur Wiedereinsteigerin per Analogie angewandt,¹⁷⁷ mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen.

¹⁷⁴ Urteil des BGer 4A_6/2019 vom 19. September 2019 E. 4.4. (Psychologin).

¹⁷⁵ Vgl. insbesondere Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.4.4 (Statistikerin); Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.3.2. (Psychologin); BGE 117 V 194 E. 4b.

¹⁷⁶ Urteil des BGer 8C_864/2011 vom 1. Februar 2012 E. 5.2.1.

¹⁷⁷ Vgl. oben III.B.2.

Allenfalls ist dies ein Grund, weshalb ausserhalb von Familienpflichten liegende Reduktionen des Beschäftigungsgrades oder auch Teilzeitpensen von Männern noch kaum diskutiert werden, obwohl sie in einem gewissen Umfang statistisch belegt werden könnten.¹⁷⁸

Ist eine Erwerbstätigkeit trotz der gesundheitlichen Beeinträchtigung noch möglich, kann auch der tatsächlich ausgeübte Beschäftigungsgrad Hinweise auf eine Beschäftigung im Validenfall geben. So spricht die Tatsache, dass eine Geschädigte nach der Geburt ihres Sohnes gar keine Erwerbstätigkeit mehr aufgenommen hat, obwohl ihr eine solche in reduziertem Ausmass aus gesundheitlichen Gründen zumutbar wäre, gegen ein Vollzeitpensum im Validenfall.¹⁷⁹ Demgegenüber spricht, wie der Fall der Psychologin zeigt, eine über die Anforderungen des Familienrechts hinausgehende Tätigkeit im Invalidenfall für ein weiteres Ausschöpfen der Erwerbstätigkeit im Validenfall.

Wo konkrete Angaben fehlen, darf auch bezüglich der Beschäftigungsfrage auf Statistiken abgestellt werden. Noch mehr als anderswo gilt es jedoch zu bedenken, dass die Gegenwartsstatistiken zwar eine altersgemässe, jedoch keine generelle künftige Entwicklung beinhalten. Sie beruhen heute auf den Daten der Mütter unserer Geschädigten und berücksichtigen beispielsweise die sich stetig verändernde Beschäftigungssituation von Frauen und Männern noch nicht.¹⁸⁰

b) Die notwendigen Anpassungen

Nun steht jedoch die häufigste Reduktion des Beschäftigungsgrades mit den familiären Verhältnissen der Geschädigten in Zusammenhang. Damit wird ein weiterer Faktor in die Gleichung eingefügt, welcher bei einer Gesamtbetrachtung ein Abweichen von der strikten Handhabung der Differenztheorie erforderlich macht.¹⁸¹

Die vom Bundesgericht angewandte Gesamtschadenstheorie verlangt, dass weder eine Über- noch eine Unterentschädigung erfolgt. In der Regel bedingt dies, dass bezüglich Haushaltsschaden und Erwerbsausfall vom gleichen hypothetischen Verlauf ausgegangen wird.¹⁸²

¹⁷⁸ Vgl. z.B. zur Reduktion der Erwerbsquote im Alter WEBER/VOSS, 242 f.

¹⁷⁹ Urteil des BGer I 708/06 vom 23. November 2006 E. 3.3.

¹⁸⁰ Vgl. GRAF, 206 f.; WEBER, Statistiken, 156; WEBER/VOSS, 241.

¹⁸¹ Vgl. hierzu die Ausführungen unter III.A.

¹⁸² Oder entsprechende Angleichungen vorzunehmen sind. Vgl. oben III.A.2.

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, führt dies in der Regel dazu, dass bezüglich der familiären Situation vom Invalidenverlauf ausgegangen wird, womit weder hypothetische Kinder geboren noch real existierende weggedacht werden.

Haben die Geschädigten im Zeitpunkt der Beurteilung bereits Kinder, werden diese auch für den Validenfall angenommen. Die real existierenden Kinder stellen das am besten nachweisbare, konkrete Element der Schadensberechnung dar. Das konkrete Element geht nach der Regel *«so konkret wie möglich, so abstrakt wie nötig»* abstrakten statistischen Zahlen oder kaum beweisbaren Willensäußerungen der geschädigten Person, welche sich zudem im Laufe des Lebens noch hätten verändern können, vor.

Ebenfalls relativ klar erscheint die Situation von Geschädigten, welche im Urteilszeitpunkt keine Kinder (mehr) haben können. Hier darf aufgrund der sonst drohenden Unterentschädigung in der Regel keine mit Kinderbetreuung begründete Reduktion der Erwerbstätigkeit im Validenfall angenommen werden. Würde nämlich von einer familiär bedingten Reduktion ausgegangen, würden zum einen – wie das Bundesgericht im Fall der Statistikerin ausführt – allfällige Unterhaltsbeiträge des Ehepartners vernachlässigt, zum andern könnte aufgrund der Differenztheorie im Haushaltsschaden keine Entschädigung nach der höheren zeitlichen Belastung im Validenverlauf erfolgen, da diese im Invalidenverlauf ja weggefallen ist, und entsprechen einen Negativsaldo bewirken müsste,¹⁸³ was in der Gesamtbetrachtung zu einer Unterentschädigung führen würde.

Vermeintliche Schwierigkeiten bieten jene Fälle, in denen noch unklar ist, ob der einst Kinder geboren werden. Im Falle der Psychologin wurde dieses Problem durch eine lange Verfahrensdauer gelöst, was jedoch nicht zur Regel werden sollte. Vielmehr wird in diesen Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und unter Berücksichtigung aller in Frage kommenden konkreten Umstände zu entscheiden sein, ob und ab wann für den Validen- und entsprechend auch für den Invalidenverlauf von einer Familiengründung, gegebenenfalls mit entsprechender (zumindest zeitweiliger) Reduktion im Erwerb, auszugehen ist.

Im Resultat wird in aller Regel auf eine kinderlose Zukunft abzustellen sein. Ohne das ausdrückliche Zutun der Geschädigten lässt sich, da konkrete Indizien statistischen Werten vorgehen, eine überwiegend wahrscheinliche Familiengründung kaum erstellen.

¹⁸³ Vgl. hierzu Urteil des BGer 1A.228/2004 vom 3. August 2005 E. 7.3. (in BGE 131 III 656 nicht publizierte Erwägung).

Aus finanzieller Sicht dürfte sich eine hypothetische Zukunft ohne Kinder für die Geschädigten im Sinne der Gesamtschadenstheorie attraktiver gestalten, haben doch Kinder nicht wirklich die Tendenz, das Vermögen der Eltern zu erhöhen.

F. Invalidenverlauf und Einkommen

1. Einleitung

Sowohl die Tierärztin wie auch die Statistikerin wurden durch den Unfall pflegebedürftig und vollständig arbeitsunfähig. Im Bereich des Invalideneinkommens wurden ihnen entsprechend lediglich die Ersatzeinkünfte von den Sozialversicherungen angerechnet. Dem Walliser Coiffeur wurde nebst den Sozialversicherungsleistungen ein hypothetisches Einkommen angerechnet, welches er erzielt hätte, hätte er seine verbleibende Erwerbsfähigkeit verwertet.¹⁸⁴

In Bezug auf den Genfer Gärtner, welcher im Urteilszeitpunkt zu 100% erwerbstätig war und welchem für die Vergangenheit kein Erwerbsausfallschaden zugestanden worden ist, wird gestützt auf die medizinischen Unterlagen, welche von einem Invaliditätsgrad von 60% ausgehen, festgehalten, der Kläger weise neurologische, neuropsychologische und osteoartikuläre Unfallfolgen auf, könne seine rechte Hand nicht normal benutzen, weise Erinnerungs- und Konzentrationsstörungen auf, sei anfällig auf Stress und leide an Lumbalgien. Der Kläger könne entsprechend nicht schwer heben und nicht mit vorgebeugtem Rumpf arbeiten. Diese Beeinträchtigungen würden zusammen mit den neuropsychologischen Defiziten bei der Arbeitssuche schwer ins Gewicht fallen.¹⁸⁵ Gemäss den kantonalen Richtern sei der Kläger ein Kämpfer, es sei offensichtlich, dass er Zusatzanstrengungen erbringen müsse, um als normaler Gärtner zu arbeiten, und es würden Lumbalgien und Abnutzungserscheinungen am Rücken drohen, womit das Risiko einer vorgezogenen Beendigung der Aktivitätsphase drohe. Der Kläger werde gewisse Aufgaben nicht ausführen können und sehe sich daher bei jedem Stellenwechsel erheblich benachteiligt. Hierfür wurde er für die Zukunft durch die kantonalen Richter mit 30% des kapitalisierten künftigen Erwerbseinkommens (basierend auf dem im Urteilszeitpunkt erzielten Lohnes als Gärtner) entschädigt, was das Bundesgericht als im Rahmen des richterlichen Ermessens liegend beurteilte.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Urteil des BGer 4A_599/2018 vom 26. September 2019 E. 2. (Coiffeur) «que le lésé aurait perçu s'il avait mis à contribution sa capacité de travail résiduelle».

¹⁸⁵ Urteil des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000 E. 3.c) aa).

¹⁸⁶ Urteil des BGer 4C.278/1999 vom 13. Juli 2000 E. 3.b) aa).

Es liesse sich argumentieren, dass diese Rechtsprechung dem Grundsatz «Schadenseintritt vor Schadensschätzung» widerspricht. Allerdings liegt insofern ein Unterschied zum Pflegeschaden der Psychologin¹⁸⁷ vor, als kein entgangenes Einkommen, sondern lediglich ein – im Grundsatz unbestrittener – Erschwerungsschaden zugesprochen worden ist. Dieser war anhand der medizinischen Unterlagen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen.

2. Die Psychologin

Im Falle der Psychologin stellte das Handelsgericht fest, dass die Klägerin in der Vergangenheit über die medizinisch zugestandene Arbeitsfähigkeit von 50% hinaus arbeitstätig war. Umstritten war, ob die Teilzeittätigkeit an sich bzw. ob gewisse Pensenreduktionen gesundheitsbedingt oder auf die Doktorarbeit zurückzuführen waren. Die Klägerin machte zudem geltend, das erzielte Erwerbseinkommen sei ihr nicht oder nur teilweise anzurechnen, da eindeutig eine Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens vorliege. Das Erwerbseinkommen stehe zudem in derart engem Zusammenhang zum Selbstpflegeaufwand, dass es sinnvoll erscheine, diesen nicht zu entschädigen und dafür das Invalideneinkommen den haftpflichtrechtlichen Ansprüchen nicht anzurechnen.¹⁸⁸

Auf diese Argumentation liess sich das Handelsgericht nicht ein und hielt fest, dass in der Vergangenheit tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen sei grundsätzlich anzurechnen, zumal keine Anzeichen dafür vorlägen, dass es sich bei den erzielten Einkommen um eine Liberalität zu Gunsten der Klägerin gehandelt habe. Unter moralischen Gesichtspunkten möge es zwar als stossend erscheinen, dass die Klägerin durch überdurchschnittliches Engagement (die Klägerin hat über einen Zeitraum von ca. 5 Jahren 70% gearbeitet) finanziell nicht profitiert habe, die Schadensersatzberechnung müsse jedoch rechtlichen Kriterien folgen, welche das Bereicherungsgebot ebenso hoch gewichte wie das Prinzip des vollen Schadenersatzes. Anders würdigte das Gericht diese zusätzliche Arbeitstätigkeit der Klägerin in Zusammenhang mit dem künftig erzielbaren Erwerbseinkommen, für welches von der gutachterlich attestierten Arbeitsfähigkeit von 50% ausgegangen wurde.¹⁸⁹

In Bezug auf die Koordination mit dem Haushaltschaden hielt das Gericht fest, die Klägerin ginge im Urteilszeitpunkt aufgrund von Betreuungspflichten von einem

¹⁸⁷ Im Erwerb wurden auch bei der Psychologin vermutete künftige Einschränkungen berücksichtigt, vgl. Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.2.3.1. (Psychologin).

¹⁸⁸ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.2.1. (Psychologin).

¹⁸⁹ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.2.1.7. (Psychologin).

50%-Pensum aus. Dieses sei nicht mit der attestierten Arbeitsfähigkeit von 50% gleichzusetzen, vielmehr sei die gesundheitsbedingte Erwerbsmöglichkeit gleichmässig auf Erwerbs- und Betreuungszeit zu verteilen, woraus sich eine Erwerbsmöglichkeit von 25% ergebe, weshalb von dem von der Klägerin zugestandenen Pensum von 30% auszugehen sei. Eine ähnliche Rechnung nahm das Gericht für die weiteren Zeitabschnitte vor, wobei es die ermittelten Zahlen teilweise aufgrund der Gesundheitsrisiken zusätzlich reduzierte, weshalb ab dem Alter 55 kein Invalideneinkommen mehr angerechnet wurde.¹⁹⁰ Hier erfolgte jedoch die bereits geschilderte Kompensation mit dem Haushaltschaden.¹⁹¹

3. Schlussfolgerungen und Bemerkungen

Auch im Falle von Kinderschäden sind die Sozialversicherungsleistungen dem Schaden anzurechnen, wobei jedoch in der Regel keine Unfallversicherungsleistungen nach UVG erbracht werden.

Anrechenbar ist auch ein weiterhin erzielt oder erzielbares Erwerbseinkommen, dessen Bestimmung ähnlich dem Valideneinkommen zahlreiche Unbekannte enthalten kann. Vor allem in der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung finden sich zahlreiche Hinweise, wonach Kinder bei der Wahl ihrer künftigen Ausbildungen den körperlichen Einschränkungen Rechnung tragen könnten und müssten.¹⁹² So hielt das Bundesgericht in Bezug auf einen Jungen, welcher mit 7 Jahren einen Fuss verloren hatte, fest: *«Es liesse sich sogar denken, dass ein Knabe mit Rücksicht auf ein in früher Jugend erworbenes Gebrechen zur Wahl eines Berufes geführt wird, in welchem er es mit Energie und Fleiss, rein wirtschaftlich betrachtet, weiter bringt, als es in einem anderen möglich wäre, den er als näher liegend und aus Bequemlichkeit ohne das körperliche Hindernis vielleicht ergriffen hätte.»*¹⁹³ Im konkreten Fall sprach das Gericht dem Knaben dennoch eine Entschädigung wegen Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens zu. In die gleiche Richtung zielt BGE 95 II 255. Es ging um einen Jungen, der von der Eisenbahn erfasst worden war und dabei einen Vorderarm verloren hatte. Das Bundesgericht hielt fest: *«Je jünger ein Kind ist, wenn es eine Verstümmelung erleidet, umso leichter wird es sich den Gegebenheiten anpassen und versuchen, die Beeinträchtigung so gut als möglich zu überwinden. Das gilt namentlich für Kinder, die noch die ganze*

¹⁹⁰ Urteil des Handelsgerichts Zürich HG080251 vom 20. November 2018 E. 7.2.3.1. (Psychologin).

¹⁹¹ Vgl. oben III.A.2.c).

¹⁹² BGE 70 II 136 (10-Jähriger hackt 3-Jähriger drei Finger ab); BGE 72 II 198 (7-Jähriger kollidiert beim Schlitteln mit der Eisenbahn und muss einen Fuss amputieren lassen).

¹⁹³ BGE 72 II 198 E. 3.b.

Schul- und Lehrzeit vor sich haben, wie es für den Kläger zutrifft. Die Ausbildung kann entsprechend dem körperlichen Mangel geleitet und der Beruf so gewählt werden, dass der Mangel die Erwerbsfähigkeit möglichst wenig beeinträchtigt.»¹⁹⁴

Darüber zu diskutieren, wie weit diese Schadensminderungspflicht im Einzelnen geht, würde den Rahmen des vorliegenden Beitrags sprengen,¹⁹⁵ doch auch in diesem Bereich dürfte dem tatsächlichen Invalidenverlauf bei der Beurteilung ein erhebliches Gewicht zukommen.

G. Entschädigungsart

In allen sechs Urteilen wurde die Erwerbsausfallentschädigung in Kapitalform ausgerichtet und es wurde zu deren Berechnung ein Kapitalisierungszinsfuss von 3,5% angewandt,¹⁹⁶ wobei insbesondere dem bundesgerichtlichen Urteil der Statistikerin eine umfangreichere Begründung mit zahlreichen Verweisen in diesem Punkt zu entnehmen ist.¹⁹⁷

Die Geschädigten werden angesichts des hohen Kapitalisierungszinsfusses regelmässig auf ihr Recht, sich die Entschädigung in Rentenform auszahlen zu lassen,¹⁹⁸ hingewiesen. Im Falle von Kinderschäden sprechen nebst dem Kapitalisierungszinsfuss noch andere Überlegungen für diese Entschädigungsform. Zu beachten sind nebst Teuerung und Verzinsung auch künftige Anpassungsmöglichkeiten, die Lebenserwartung sowie die Absicherung vor Zugriffen Unberechtigter.¹⁹⁹

Für die Ausgestaltung der Rente kann auf die relevante Literatur verwiesen werden.²⁰⁰

V. Schlussfolgerungen

Die Referenzfälle zeigen: Eine Vorhersage darüber zu treffen, wie ein Gericht den ihm vorgelegten Fall angehen wird, über welche Punkte noch nach Jahren gestrit-

¹⁹⁴ BGE 95 II 255 E. 7c).

¹⁹⁵ Grundsätzlich zum Thema vgl. SCHMID, PSF 2008, 24; ACHTARI, 278; KOTTMANN, 89.

¹⁹⁶ Im Fall der Kauffrau wurden allerdings veraltete Kapitalisierungstabellen verwendet, vgl. Urteil des BGER 4A_543 vom 14. März 2016 (Kaufrau).

¹⁹⁷ Urteil des BGER 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 7; Urteil des BGER 4A_599/2018 vom 26. September 2019 E. 3.4 (Coiffeur).

¹⁹⁸ BGE 125 III 312.

¹⁹⁹ SCHIAVI, 162; EICHENBERGER, 136; WEBER, Statistiken, 153.

²⁰⁰ WENDELSPIESS/LÖRTSCHER, 40.

ten wird und wann mit einem rechtskräftigen Entscheid zu rechnen ist, ist mindestens genauso schwierig wie Aussagen zum hypothetischen Verlauf einer Berufskarriere zu tätigen. In der Lehre findet sich daher verschiedentlich der Ruf nach Vereinfachungen.²⁰¹

Gerade im Bereich von Kleinkindschäden, wo die Unsicherheit am grössten ist,²⁰² könnten pauschalisierte Lösungen die Verfahren beschleunigen und die Behauptungen und Beweisführung vereinfachen.²⁰³

Ähnlich der SAKE-Tabellen im Haushaltschaden könnten die LSE Statistiken zur anerkannten Grundlage für künftige Berechnungen von Erwerbsausfallschäden von Klein- und Schulkindern werden, wobei dem Grundsatz «konkret vor abstrakt» durch die Einteilung in Kompetenzniveaus und Berufsgruppen Rechnung getragen werden kann. Angeregt wird, Indizien, die sich lediglich aus den familiären Verhältnissen der geschädigten Kindern ableiten lassen, nur zur Einteilung in Kompetenzniveaus zu nutzen und die Einteilung in Berufsgruppen nur anhand von Indizien vorzunehmen, die sich aus dem persönlichen Validen- oder Invalidenverlauf der Geschädigten ergeben.

Mit auf einheitlichen Statistiken beruhenden, schematischen Lösungen liesse sich die unterschiedliche Interpretation statistischer Daten weitgehend vermeiden, eine gewisse Vorhersehbarkeit schaffen sowie Gleichbehandlung und Rechtsgleichheit garantieren. Soll von diesen Vereinfachungen abgewichen werden, dürfte sich in komplexen Fällen der Beizug statistischer Experten lohnen.²⁰⁴ Denn, wie in der englischen Literatur zum Thema zu lesen ist: Der Unterschied zwischen Spekulationen basierend auf Statistiken und Spekulationen basierend auf dem konkreten Geschädigten besteht darin, dass erstere auf einer soliden wissenschaftlichen Methodik beruhen, letztere nicht.²⁰⁵

Bei der Schätzung oder Bemessung von komplexen Invaliditätsschäden sind in einem ersten Schritt Überlegungen nach der Differenztheorie anzustellen, diese sind jedoch im Lichte der Gesamtschadensberechnung auf eine allfällige Über- oder Unterentschädigung zu prüfen. Gegebenenfalls sind Anpassungen

²⁰¹ BREHM ZBJV, 335; SCHIAVI, 154; WEBER/SCHAETZLE, HAVE, 343.

²⁰² SCHIAVI, 147.

²⁰³ Man erinnere sich an die langwierigen Beweisverfahren im Bereich des Haushaltsschadens vor Einführung der SAKE-Tabellen.

²⁰⁴ Vgl. GRAF, 217.

²⁰⁵ CANE/GOUDKAMP, 146 «The difference between speculation based on actuarial evidence and speculation about the claimant in particular is that the former is based on sound scientific methodology whereas the latter is not.»

vorzunehmen. Ähnliches gilt bezüglich der Entschädigung junger Frauen. Auch hier ist in einem ersten Schritt auf die bereits bekannten Prinzipien abzustellen. Die Prüfungsfrage dürfte lauten, ob die gefundene Lösung heute noch zeitgemäss ist und auch der künftigen Entwicklung standhält.

Literaturverzeichnis

- ACHTARI ANNICK, Le devoir du lésé de minimiser son dommage, AISUF – Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Bd. 281, 278 ff.
- BERGER-STEINER ISABELLE, Das Beweismass im Privatrecht, Diss. Bern 2008
- BREHM ROLAND, Einige herausfordernde Gedanken zu den Grenzen des Schadenersatzrechts, ZBJV 2006, 325 f.
- BÜHLER ALFRED, Beweismass und Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter vom 21. Juni 2010, N 13
- CANE PETER/GOUDKAMP JAMES, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 9. Aufl., Cambridge 2018
- CHAPPUIS BENOÎT, Le calcul du dommage selon la Discounted cash flow method (DCF) : vers un calcul abstrait ?, in: Fuhrer/Chappuis (Hrsg.), Haftpflicht und Versicherungsrecht Liber amicorum Roland Brehm, Bern 2012, 65 ff.
- ECKSTEIN PETER, Repetitorium Statistik, 8. Aufl., Berlin 2014
- EICHENBERGER PATRIK, Die Regulierung von Kinderschäden – Schadenausgleich in schwierigen Verhältnissen, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2014, Zürich/Basel/Genf 2005, 113 ff.
- FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, Bern 2012
- GRAF ROMAN, Statistische Grundlagen für die Berechnung des Erwerbsschadens - Sicht des Ökonomen, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 189 ff.
- IHDEN TANJA, Die Relevanz statistischer Methoden in der Rechtsprechung und mögliche Implikationen für die juristische Ausbildung, Baden-Baden 2018
- MORENO IGNACIO, Der Haushaltschaden - die verbliebenen schwarzen Löcher, HAVE 2018, 269 ff.

- KYBURZ KARIN, Leistungseinschränkung im Haushalt – Stellenwert des Haushaltsassessments und anderer Instrumente, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2013, Zürich/Basel/Genf 2013, 173 ff.
- KOTTMANN ANDREA, Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung, Notwendigkeit der Bildung von Regeln, ASR – Abhandlungen zum Schweizer Recht, Bd. 786, Bern 2012, 219 ff.
- LANDOLT HARDY, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Zweite Lieferung, Art. 45-49 OR, in Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/1c/2, 2007, 361 ff. (zit. ZK-LANDOLT)
- LANDOLT HARDY, Intersystemische Koordination im Haftpflichtrecht, in: Weber/Beck (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts, Zürich/Basel/Genf 2014, 221 ff. (zit. LANDOLT, Koordination)
- LEMPEN KARINE, La discrimination salariale au regard de la jurisprudence récente (2011 – 2015), in: Dunand/Mahon/Lempen (Hrsg.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail / Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Arbeitswelt, 1996 – 2016 : 20 ans d'application de la Leg / 1996 – 2016 : 20 Jahre Gleichstellungsgesetz, CERT, Bd. 7, Zürich 2016, 133 f.
- MEDICUS DIETER, Schadenersatz bei Verletzung vor Eintritt in das Erwerbsleben, DAR – Deutsches Autorecht 1994, 442 ff.
- MÜLLER CHRISTOPH, Perte d'une chance - Revisited, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, 16 ff.
- PASQUIER BRUNO, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 2014 (zit. PASQUIER, Diss.)
- PASQUIER BRUNO, Beweiserleichterung und Erfahrungssätze in der Berechnung des Personenschadens, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 147 ff. (zit. PASQUIER, HAVE)
- PERGOLIS MASSIMO/DÜRR BRUNNER CORNELIA, Ungereimtheiten beim Haushaltschaden, HAVE 2005, 202 ff.
- PRIBNOW VOLKER, Der Haushaltschaden: *damnum emergens* und nicht *lucrum cessans*, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2002, Zürich/Basel/Genf 2002, 11 ff.
- PRIBNOW VOLKER et al., Die Bestimmung des Haushaltsschadens auf der Basis der SAKE, HAVE 2002, 24 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, in: Probst/Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 21. – 22. Juni 2016, Bern 2016, 259 ff.

- SCHIAVI CHRISTINA, Regulierung von Kinderschäden: Vom Schadensnachweis und der Kristallkugel, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 141 ff.
- SCHMID MARKUS, Wegleitung zur Regulierung von Kinderschäden, Urteile des Bundesgerichts 4A_260/2014 vom 8. September 2014 und des Handelsgerichts Zürich HG140240 vom 16. April 2015, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 119 ff. (zit. SCHMID, PSF 2016)
- SCHMID MARKUS, Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht: Ausgewählte Probleme aus der Sicht des Geschädigtenvertreters, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2008, Zürich/Basel/Genf 2008, 13 ff. (zit. SCHMID, PSF 2008)
- SCHMID ROLAND, Verfahrens- und Beweisfragen bei Personenschadensfällen, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2015, Zürich/Basel/Genf 2016, 163 ff.
- SCHWEIZER MARK, Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42 Abs. 2 OR, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, 162 ff.
- SIDLER MAX, Der Nachweis des Schadens und die Bestimmung des Ersatzwertes nach Art. 42 OR, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich/Basel/Genf 2004, 87 ff. (zit. SIDLER, HAVE)
- SIDLER MAX, Schadensschätzung und Gerechtigkeitsgebot – oder: die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden, AJP 2005, 535 (zit. SIDLER, AJP)
- SIKI EVA, Invalidität und Sozialversicherung, Gedanken aus staats-, sozialversicherungs- und schadensrechtlicher Sicht, ZStÖR – Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, Bd. 202, Zürich 2012, 103, 105
- STOESSEL GERHARD, Schadensberechnung nach der Differenztheorie - sowie kritische Bemerkungen zum «normativen Schaden», in: Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, 601 ff.
- SÜSSKIND MARCEL, Nachweis des Personenschadens, in: Verein Haftung und Versicherung (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2004, Zürich/Basel/Genf 2004, 133 ff.
- SUTER PATRICK, Besuchsschaden – Begründung und Bemessung einer moralischen Verpflichtung, HAVE 2019, 121 ff.
- TSCHÜMPERLIN PAUL Die Publikation gerichtlicher Entscheide, in: Kettiger/Sägesser (Hrsg.), Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Bern 2011, 69 f.

- WEBER STEPHAN, Vom Umgang mit Statistiken und einmal mehr die Zinsfrage, HAVE 2015, 153 (zit. WEBER, Statistiken)
- WEBER STEPHAN/SCHAETZLE MARC, Von Einkommensstatistiken zum Kapitalisierungszinsfuss oder warum jüngere Geschädigte zu wenig Schadenersatz erhalten und ältere zu viel, AJP 1997, 1106 ff. (zit. WEBER/SCHAETZLE, AJP)
- WEBER STEPHAN/SCHAETZLE MARC, Personenschaden im Rück- und Ausblick - eine kritische Standortbestimmung, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, 281 ff. (zit. WEBER/SCHAETZLE, HAVE)
- WEBER STEPHAN/VOSS ROLAND, Neue Zahlen und Hilfsmittel für die Schadenberechnung, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zürich/Basel/Genf 2018, 231 ff.
- WENDELSPIESS/LÖRTSCHER, Schadenersatzrente – Sicht eines Haftpflichtversicherers, in: Weber (Hrsg.), Personen-Schaden-Forum 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 40 ff.

Anhang – Übersicht über die Referenzfälle

| Stichwort | Alter der Geschädigten im Unfallzeitpunkt | Forderung ca. | Unfalldatum | Klagedatum | Kantonale Urteile | Urteil des BGer vom | Bemerkungen |
|---------------|---|--|----------------|----------------|---|--|--|
| Gärtner | 14 Jahre | 0.5 Mio. | 20. Sept. 1983 | 21. April 1989 | 8. Jan. 1996 21. Mai 1999 22. Nov. 1996 10 Dez. 1999 (Genf) | BGer 4C_278/1999 vom 13. Juli 2000 | Beschwerde abgewiesen |
| Statistikerin | 14 Monate | 2.8 Mio. (Teilklage) | 25. Mai 1989 | 31. Dez. 2010 | 3. März 2014, HG 110004 (Zürich) | BGer 4A_260/2014 vom 8. Sept. 2014 | Rückweisung Vgl. Urteil HGI40240 vom 16. April 2016 |
| Kauffrau | 20 Jahre | 1.3 Mio. | 3. Okt. 2001 | 20. Feb. 2007 | 7. Januar 2013 1. Sept. 2015 (Wallis) | BGer 4A_543/2015 vom 14. März 2016 | Beschwerde teilweise gutgeheissen, bundesgerichtliche Neuberechnung berichtigt durch 4G_2/2016 vom 10. Mai 2016 |
| Tierärztin | 13 Jahre | 1.4 Mio. erhöht nach Beweisverf. auf 2.5 Mio. (Teilklage) | 19. Sept. 2008 | 8. Jan. 2013 | 27. Mai 2015 (BG Willisau) 17. Mai 2016 KG Luzern | BGer 4A_397/2016 vom 30. Nov. 2016 | Beschwerde abgewiesen |
| Psychologin | 18 Jahre | 8.9 Mio. | 22. Sept. 1993 | 15. Okt. 2008 | 20. Nov. 2018 HG080251 (Zürich) | BGer 4A_6/2019 vom 19. Sept. 2019 | Beschwerde teilweise gutgeheissen, Entscheid des HG ZH ausstehend |
| Coiffeur | 17 Jahre | 1.5 Mio. | 3. Nov. 1998 | 2. Dez. 2009 | 30. Juni 2016 22. Okt. 2018 (Wallis) | BGer 4A_599/2018 vom 26. Sept. 2019 | Beschwerde abgewiesen |