

**Bundesgericht**

**Tribunal fédéral**

**Tribunale federale**

**Tribunal federal**



---

{T 0/2}  
4A\_41/2012

## **Urteil vom 31. Mai 2012**

### **I. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichterin Klett, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Rottenberg Liatowitsch, Kiss,  
Gerichtsschreiber Kölz.

---

Verfahrensbeteiligte

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Rainer Deecke,  
Beschwerdeführer,

**gegen**

**X.** \_\_\_\_\_ **Versicherung AG**,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Walter Studer,  
Beschwerdegegnerin.

---

Gegenstand

Rentenleistungen,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des  
Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer,  
vom 22. November 2011.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) und die X.\_\_\_\_\_ Versicherung AG (Beschwerdegegnerin) schlossen im Jahr 1994 einen Vertrag über eine Erwerbsunfähigkeits-Versicherung. Die Beschwerdegegnerin verpflichtete sich darin für den Fall einer Erwerbsunfähigkeit des Beschwerdeführers von mehr als 25 % zur Leistung einer "Erwerbsausfallrente" in der Höhe von jährlich Fr. 36'000.-- nach einer Wartefrist von 24 Monaten. Der Vertrag sieht weiter vor, dass der Beschwerdeführer bereits sechs Monate nach Eintritt der Erwerbsunfähigkeit von der Pflicht zur Prämienzahlung befreit wird.

Am 7. Oktober 2003 erlitt der Beschwerdeführer einen Unfall. Im Unfallzeitpunkt war der Beschwerdeführer selbständig erwerbstätig als Inhaber des im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens "Y. A.\_\_\_\_\_". Mit Schreiben vom 21. Dezember 2006 teilte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer mit, dass sie ihm wegen dieses Unfalls rückwirkend ab dem 7. Oktober 2005 eine Jahresrente von Fr. 36'000.-- bezahle sowie ihn rückwirkend ab dem 7. April 2004 von der Pflicht zur Prämienzahlung befreie.

Im Jahr 2007, d.h. über drei Jahre nach dem Unfallereignis vom 7. Oktober 2003, wurde das Geschäft der Y. A.\_\_\_\_\_ mittels Sacheinlage/Sachübernahme in die neu gegründete Y.\_\_\_\_\_ AG eingebracht und die Einzelfirma im Handelsregister gelöscht. Von der Y.\_\_\_\_\_ AG bezieht der Beschwerdeführer als deren Verwaltungsrat ein jährliches Honorar von brutto Fr. 26'000.--.

Am 18. August 2008 erklärte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer die Einstellung der Leistungen sowie der Prämienbefreiung und stellte fest, dass die jährliche Prämie ab dem 1. März 2009 wieder geschuldet sei. Zudem forderte sie den Beschwerdeführer zur Einreichung von Unterlagen auf, um den Erwerbsunfähigkeitsgrad berechnen zu können.

### **B.**

Am 29. Juli 2009 erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht Bremgarten Klage mit den Rechtsbegehren, es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm ab dem 1. März 2009 weiter die Prämienbefreiung im Betrag von Fr. 1'218.-- pro Jahr zu gewähren, und es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm ab dem gleichen

Datum weiterhin eine jährliche Erwerbsausfallrente von Fr. 36'000.--, zahlbar in 1/4-jährlichen Raten zuzüglich Zins zu bezahlen.

Am 21. Oktober 2010 wies das Bezirksgericht die Klage ab. Der Beschwerdeführer appellierte dagegen beim Obergericht des Kantons Aargau, das die Appellation am 22. November 2011 abwies.

### **C.**

Der Beschwerdeführer beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Klage sei gutzuheissen.

Die Beschwerdegegnerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Das angefochtene Urteil des Obergerichts ist ein verfahrensabschliessender Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 2 BGG. Sodann übersteigt der Streitwert die Grenze nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung einzutreten.

**1.2** Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Der Beschwerdeführer soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die er im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit seiner Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1).

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die

Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (vgl. BGE 136 II 508 E. 1.2; 135 I 19 E. 2.2.2; 133 II 249 E. 1.4.3; 133 III 350 E. 1.3). Soweit der Beschwerdeführer den Sachverhalt ergänzen will, hat er zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile 4A\_275/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2, nicht publ. in: BGE 137 III 539; 4A\_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 570). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 133 II 249 E. 1.4.3).

## **2.**

Die Vorinstanz verneinte die vom Beschwerdeführer gestützt auf den vorliegenden Versicherungsvertrag eingeklagten Ansprüche auf Prämienbefreiung und Zahlung einer Rente ab dem 1. März 2009 mit der Begründung, eine (gesundheitsbedingte) Erwerbseinbusse in der Höhe von mehr als 25 % liege nicht vor. Im Einzelnen führte die Vorinstanz aus, in den beiden der Umwandlung der Einzelunternehmung in die Y.\_\_\_\_\_ AG vorangehenden Jahren 2005 und 2006 sei überhaupt keine Einkommenseinbusse ersichtlich. Weiter erwog sie, unter diesen Umständen sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer bei Weiterführung seiner Einzelfirma auch ab 2007 Erwerbseinkünfte in der Grössenordnung der Jahre 2005 und 2006 erzielt hätte. Mit anderen Worten hielt sie den ab dem Jahr 2007 ausgewiesenen Rückgang der Erwerbseinkünfte des Beschwerdeführers für unbeachtlich, da dieser nach ihrer Auffassung nicht auf den Unfall zurückzuführen war, sondern auf die Umwandlung der Einzelunternehmung des Beschwerdeführers in die Y.\_\_\_\_\_ AG.

## **3.**

Vor Bundesgericht ist zunächst – wie bereits vor der Vorinstanz – die Vertragsauslegung umstritten. Die Parteien sind sich nicht einig darüber, welche Voraussetzungen gemäss dem Vertrag erfüllt sein müssen, damit der Versicherungsnehmer Anspruch auf die eingeklagte Versicherungsleistung hat. Der Beschwerdeführer rügt in diesem Zu-

sammenhang im Wesentlichen, die Vorinstanz habe bei ihrer Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen die streitgegenständliche Versicherung zu Unrecht als Schadensversicherung qualifiziert und angenommen, der Anspruch auf Versicherungsleistungen setze folglich das Vorliegen einer *Erwerbseinbusse* voraus. In Wirklichkeit liege aber eine Summenversicherung vor, was zur Folge habe, dass die Leistungen der Beschwerdegegnerin unabhängig von den wirtschaftlichen Konsequenzen des Unfalls, d.h. unabhängig vom Vorliegen eines wirtschaftlichen Schadens geschuldet seien.

**3.1** Die Vorinstanz hat mit Bezug auf die vertraglichen Leistungsvoraussetzungen keinen – für die Vertragsauslegung massgebenden (Art. 18 Abs. 1 OR) – tatsächlichen Willen der Vertragsschliessenden bei Unterzeichnung des Versicherungsvertrages festgestellt. Das angefochtene Urteil ist vielmehr dahin zu verstehen, dass die Vorinstanz nach dem Sinn geforscht hat, den die Parteien dem Versicherungsvertrag *objektiv beilegen durften und mussten*. Soweit der Beschwerdeführer mit der Aussage, es sei ihm eine Summenversicherung angeboten worden, weil für ihn als Inhaber einer Einzelunternehmung mit schwankenden Umsatzzahlen eine Schadenversicherung keinen Sinn gemacht habe, impliziert, die Parteien hätten übereinstimmend den tatsächlichen Willen auf Abschluss einer Summenversicherung (oder auf Vereinbarung von entsprechenden Leistungsvoraussetzungen) gehabt, ist die entsprechende Behauptung neu und vor Bundesgericht nicht zu hören (Art. 99 Abs. 1 BGG). Ebenso ist die Ausführung des Beschwerdeführers unbeachtlich, das Verhalten der Beschwerdegegnerin nach Eintritt des Gesundheitsschadens (dass sie nämlich während zwei respektive fast drei Jahren gestützt auf medizinische Unterlagen die Erwerbsunfähigkeitsrente und die Prämienbefreiungsleistungen erbracht habe, ohne das Vorliegen eines Erwerbsausfalles zu prüfen) weise darauf hin, dass sie selber von einer Summenversicherung ausgegangen sei. Denn das Parteiverhalten nach Vertragsabschluss ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur für die subjektive Vertragsauslegung, d.h. die Bestimmung des tatsächlichen Konsenses bei Vertragsschluss, von Belang (BGE 133 III 61 E. 2.2.1; 132 III 626 E. 3.1; 129 III 675 E. 2.3 S. 680). Einen solchen tatsächlichen Konsens hat die Vorinstanz aber vorliegend gerade nicht festgestellt.

**3.2** Im Mittelpunkt der vorinstanzlichen Vertragsauslegung standen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beschwerdegegnerin zum abgeschlossenen Versicherungsvertrag, nämlich die "Bestimmungen für die Erwerbsunfähigkeits-Versicherung" (im Folgenden: AVB).

Die Vorinstanz zitierte daraus Ziffer 1, die lautet:

"Erwerbsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person wegen Krankheit, Gebrechen oder Unfall vorübergehend oder dauernd ihren Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit nicht mehr ausüben kann und die vereinbarte Wartefrist ohne Unterbrechung abgelaufen ist. Zumutbar ist eine andere Tätigkeit nur dann, wenn sie den Kenntnissen, den Fähigkeiten und der bisherigen Lebensstellung der versicherten Person angemessen ist. Eine normal verlaufende Schwangerschaft ist keine Krankheit.

Bei Personen, die eine Erwerbstätigkeit ausüben, wird der Grad der Erwerbsunfähigkeit aufgrund des Erwerbsausfalles ermittelt. Dabei wird das Einkommen, das die versicherte Person vor Eintritt der Erwerbsunfähigkeit aus ihrer Erwerbstätigkeit erzielt hat, mit demjenigen verglichen, das sie nach Eintritt der Erwerbsunfähigkeit noch erzielt oder erzielen könnte. Die Differenz, ausgedrückt in Prozenten des bisherigen Einkommens, ergibt den Grad der Erwerbsunfähigkeit.

Ist die versicherte Person nicht erwerbstätig oder handelt es sich um ein Kind, so stellen wir für die Bemessung des Grades der Erwerbsunfähigkeit darauf ab, wie weit die betreffende Person in ihrem normalen Tätigkeits- und Aufgabenbereich eingeschränkt ist."

**3.3** Die Auslegung einer Klausel der vorformulierten allgemeinen Versicherungsbedingungen richtet sich grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie jene individuell verfasster Vertragsklauseln (BGE 135 III 225 E. 1.3 S. 227 f.; 133 III 675 E. 3.3 S. 681). Es ist somit zu eruieren, wie der Versicherungsnehmer die AVB nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste (BGE 133 III 675 E. 3.3 S. 681; allgemein BGE 133 III 61 E. 2.2.1; 132 III 268 E. 2.3.2 S. 275). Diese auf dem Vertrauensgrundsatz beruhende Vertragsauslegung kann das Bundesgericht frei überprüfen (BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; 132 III 24 E. 4 S. 28).

Die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen wird durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (BGE 135 III 1 E. 2.1; 119 II 443 E. 1a S. 446). Schliesslich und subsidiär müssen mehrdeutige Klauseln nach der Unklarheitsregel gegen den Versicherer als deren Verfasser ausgelegt werden (BGE 131 V 27 E. 2.2; 126 III 388 E. 9d; 122 III 118 E. 2a).

**3.4** Diese Grundsätze hat die Vorinstanz bei der Auslegung der vorliegenden AVB beachtet: Ausgehend vom Wortlaut der Bestimmung

räumte sie zunächst ein, dieser möge weniger eindeutig sein als die Formulierung der im Urteil 5C.21/2007 vom 20. April 2007 zitierten Klausel, nach der die Erwerbsunfähigkeits-Definition explizit einen "Verdienstaufschlag oder einen gleichwertigen Geldverlust" vorausgesetzt habe. Jedoch – so die Vorinstanz weiter – werde durch die Gegenüberstellung der beiden unterschiedlichen Bemessungsmethoden je nachdem, ob die versicherte Person erwerbstätig sei oder nicht, ohne dass der Fall geregelt werde, was zu geschehen habe, wenn die bei Vertragsabschluss erwerbstätige Person die Erwerbstätigkeit aufgeben, *für den bei Vertragsabschluss erwerbstätigen Versicherten* der Erwerbsausfall *als eigenständige Leistungsvoraussetzung* statuiert. Dieses Auslegungsergebnis sah die Vorinstanz auch durch den Wortlaut der Police bestärkt: Dadurch, dass die in Aussicht gestellte Versicherungsleistung in der Police explizit als "Erwerbsausfallrente" bezeichnet sei, werde nämlich klargestellt, dass es sich bei der von den Parteien abgeschlossenen Erwerbsunfähigkeitsversicherung um eine Versicherung für tatsächlichen Erwerbsausfall handle.

Diese Auslegung ist für den hier gegebenen Fall eines bei Vertragsabschluss erwerbstätigen Versicherten nicht zu beanstanden, und der Beschwerdeführer tut nicht dar, inwiefern sie bundesrechtswidrig sein soll: In der Tat ergibt sich aus der zitierten AVB-Bestimmung, dass die Erwerbsunfähigkeit von erwerbstätigen Versicherten auf der Grundlage des konkreten Erwerbsausfalls zu bestimmen ist, d.h. aufgrund der mittels eines konkreten Vergleichs zu berechnenden Differenz zwischen dem aus der Erwerbstätigkeit erzielten Einkommen vor und nach dem versicherten Ereignis. Diese Regelung impliziert, dass als leistungsauslösendes Element eine Erwerbseinbusse vorliegen muss. Folgerichtig bezeichnet die Police die Versicherungsleistung als Erwerbsausfallrente. Aus welchen Gründen vom diesbezüglich eindeutigen Text der AVB und der Police abgewichen und ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Versicherungsleistung auch ohne eine in der genannten Weise bestimmte Erwerbseinbusse bejaht werden sollte, zeigt der Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend auf.

Er beruft sich auf das Urteil 4C.170/2005 vom 9. November 2005, in dem das Bundesgericht die von der dortigen Vorinstanz unter dem Aspekt der Anrechnungspflicht vorgenommene Qualifikation als Summenversicherung nicht beanstandet hat. Er vermag allerdings aus diesem Urteil nichts für seinen Standpunkt zu gewinnen, da nicht feststeht, dass in jenem Fall die Police und die AVB durchwegs gleich lauteten wie hier.

Ohnehin kann vorliegend die Frage der Qualifikation letztlich offenbleiben, da die Vorinstanz im Sinne einer Eventualbegründung erkannte, dass die Klage auch abzuweisen wäre, wenn das Vorliegen einer Summenversicherung (bei welcher der Erwerbsunfähigkeitsgrad nur Bemessungsgrundlage bildete) bejaht würde, weil höchst fraglich sei, dass die vom Beschwerdeführer behauptete Erwerbseinbusse überhaupt gesundheitlich bedingt sei. Denn bei der Bestimmung der Erwerbsunfähigkeit handle es sich nicht um eine rein medizinische Angelegenheit, "*sondern um die Bestimmung der erwerblichen Auswirkungen einer gesundheitlichen Einschränkung.*" Diese Eventualbegründung ficht der Beschwerdeführer nicht rechtsgenügend an, was streng genommen mit Nichteintreten auf die Beschwerde hätte sanktioniert werden können (BGE 136 III 534 E. 2.2; 133 IV 119 E. 6.3).

Es bleibt somit dabei, dass nach der vertretbaren Auslegung der Vorinstanz der vorliegende Versicherungsvertrag den Leistungsanspruch des Versicherungsnehmers von der Erwerbsunfähigkeit abhängig macht, die dieser erleidet, und dass die Erwerbsunfähigkeit aufgrund des konkreten Erwerbsausfalls zu bestimmen ist, nämlich durch den Vergleich des Erwerbseinkommens vor und nach Eintritt des versicherten Ereignisses.

**3.5** Von vornherein nicht zielführend sind nach dem Gesagten die weiteren in der Beschwerde erhobenen Rügen, soweit sie letztlich dahingehen, die Vorinstanz habe den Anspruch auf Versicherungsleistungen zu Unrecht vom Vorliegen eines tatsächlichen Erwerbsausfalls abhängig gemacht, statt alleine auf die medizinische Erwerbsunfähigkeit abzustellen. Insofern gehen die Ausführungen von einer falschen Prämisse aus. Der Beschwerdeführer kann insbesondere nichts unmittelbar aus seiner behaupteten medizinischen Invalidität ableiten, auf die er in der Beschwerde wiederholt abstellt. Insofern geht auch seine Berufung auf das Urteil 5C.19/2006 vom 21. April 2006 fehl, war doch gemäss dem dort zu beurteilenden Versicherungsvertrag im Gegensatz zum vorliegenden für den Leistungsanspruch der versicherten Person gerade kein tatsächlicher Erwerbsausfall erforderlich. Aus dem gleichen Grund verfängt auch die Argumentation des Beschwerdeführers nicht, sein Anspruch sei ausgewiesen, da die IV ihm Rentenleistungen in einem Grad von 100 % ausrichte und der Begriff der Erwerbsunfähigkeit in den vorliegenden AVB an Art. 16 ATSG (SR 830.1) angelehnt sei: Nachdem die Parteien vereinbart haben, dass der Grad der Erwerbsunfähigkeit aufgrund des konkreten Erwerbsausfalls ermittelt werden soll und dass mithin der Anspruch auf Versicherungsleistung eine tatsächliche Erwerbseinbusse voraussetzt,

kann der Beschwerdeführer aus der IV-Verfügung respektive den Bestimmungen des ATSG nichts ableiten, sind im Sozialversicherungsrecht doch gerade nicht die gleichen Kriterien massgeblich. Entgegen dem Beschwerdeführer war es angesichts des eindeutigen Wortlauts der AVB auch nicht erforderlich, im Vertrag ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Entscheide der IV und die Begriffe des Sozialversicherungsrechts nicht gelten.

#### **4.**

An die Vertragsauslegung anknüpfend dreht sich der Streit im Wesentlichen um die Frage, ob der Beschwerdeführer seit dem Unfall eine konkrete Erwerbseinbusse von mindestens 25 % im Sinne des Versicherungsvertrages erlitten hat und ob folglich eine anspruchsbegründende Erwerbsunfähigkeit im eben umschriebenen Sinn vorliegt. Die Vorinstanz würdigte die Einkommensverhältnisse des Beschwerdeführers in der Zeit vor und nach dem Unfall und kam zum Schluss, dass eine (gesundheitsbedingte) Erwerbseinbusse in der Höhe von mehr als 25 % im untersuchten Zeitraum nicht gegeben sei.

Diese Feststellung beanstandet der Beschwerdeführer in verschiedener Hinsicht. Dabei verkennt er allerdings über weite Strecken die Begründungsanforderungen der Beschwerde in Zivilsachen (Erw. 1.2), indem er sich einerseits darauf beschränkt, seine bereits im kantonalen Verfahren vorgebrachten Standpunkte zu wiederholen und dabei andererseits den Sachverhalt nach Belieben ergänzt, ohne den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt in zulässiger Weise als fehlerhaft zu rügen. Soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann, erweisen sich die Rügen als unbegründet:

**4.1** Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine Verletzung der beweisrechtlichen Vorschriften im Zusammenhang mit der Bestimmung des Erwerbsausfalles. So habe die Vorinstanz verkannt, dass die Beschwerdegegnerin, nachdem sie zuvor die vollständige Erwerbsunfähigkeit vom Unfalldatum 7. Oktober 2003 bis zum 28. Februar 2008 anerkannt und die entsprechenden Leistungen erbracht habe, die Beweislast dafür trage, dass eine Verbesserung der Erwerbsfähigkeit sowie des Erwerbsunfähigkeitsgrades des Beschwerdeführers eingetreten sei. Die Vorinstanz habe die Klage zu Unrecht ohne Beweis einer Änderung der medizinischen Erwerbsunfähigkeit abgewiesen. Ebenfalls habe die Vorinstanz, indem sie ausgeführt habe, dass einem Selbständigerwerbenden die Umorganisation seines Betriebs zugemutet werden könne, übersehen, dass die Beweis- und Behauptungs-

last für die Verletzung der Schadensminderungspflicht durch den Beschwerdeführer bei der Beschwerdegegnerin liege.

Die Rüge der fehlerhaften Beweislastverteilung stösst ins Leere. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Frage der Beweislast nämlich gegenstandslos, wenn die Vorinstanz aufgrund eines Beweisverfahrens zum Ergebnis gelangt ist, bestimmte Tatsachenbehauptungen seien bewiesen oder widerlegt (BGE 134 II 235 E. 4.3.4; 130 III 591 E. 5.4; 118 II 142 E. 3a S. 147; je mit Hinweisen). Dies ist hier der Fall: Die Vorinstanz urteilte nicht infolge Beweislosigkeit zu Ungunsten des Beschwerdeführers, sondern kam auf der Grundlage des durchgeführten Beweisverfahrens zu dem positiven Beweisergebnis, dass eine gesundheitsbedingte Erwerbseinbusse in der Höhe von mehr als 25 % nicht gegeben sei. Die Frage der Beweislastverteilung betreffend das Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers im relevanten Zeitraum ist bei dieser Sachlage gegenstandslos, und es braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden, ob es – wie der Beschwerdeführer annimmt – tatsächlich der Beschwerdegegnerin oblag, eine *Veränderung* seiner Erwerbsfähigkeit sowie seines Erwerbsunfähigkeitsgrades zu behaupten und zu beweisen.

Ohnehin findet die beschwerdeführerische Argumentation, die Beschwerdegegnerin habe die Erwerbsunfähigkeit des Beschwerdeführers anerkannt, und die Änderung des Erwerbsunfähigkeitsgrades setze daher eine von der Beschwerdegegnerin zu beweisende Änderung in der medizinischen Erwerbsfähigkeit voraus, in den Sachverhaltsfeststellungen des angefochtenen Urteils keine hinlängliche Grundlage: Die Vorinstanz hielt nämlich lediglich fest, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer mitgeteilt habe, sie zahle ihm wegen des Unfalls ab dem 7. Oktober 2005 eine Jahresrente und befreie ihn ab dem 7. April 2008 von der Pflicht zur Prämienzahlung. Allein hieraus kann nicht abgeleitet werden, dass sie die Erwerbsunfähigkeit des Beschwerdeführers ein für allemal und für die Zukunft verbindlich anerkannte oder sich zu den entsprechenden Leistungen bis zu einer Änderung in der (medizinischen) Erwerbsunfähigkeit des Beschwerdeführers verpflichtete.

**4.2** Im Weiteren beanstandet der Beschwerdeführer die von der Vorinstanz durchgeführte Ermittlung seines Erwerbseinkommens. Gemäss dem Vertrag umfasse das Erwerbseinkommen nämlich richtigerweise lediglich Einkünfte, die aus seiner Arbeitsleistung herrührten. Die Vorinstanz habe verkannt, dass seine Erträge/Gewinne seit dem Unfall nicht auf seiner eigenen Wertschöpfung beruhten, sondern ein-

zig und allein von ausserhalb seiner Person liegenden Faktoren generiert würden. Auf die Betriebsergebnisse des von der versicherten Person betriebenen Geschäfts dürfe aber nur abgestellt werden, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne, dass diese durch invaliditätsfremde Faktoren beeinflusst worden seien. Obwohl dies vorliegend nicht der Fall sei, sei die Vorinstanz vom Ertrags-/Betriebsgewinn ausgegangen.

**4.2.1** Die entsprechende Kritik hatte der Beschwerdeführer bereits der Vorinstanz unterbreitet, die sich denn auch ausführlich mit der beanstandeten Ermittlung des massgeblichen Erwerbseinkommens auseinandersetzte: Sie führte aus, da ein Selbständigerwerbender auf eigenes Risiko unter Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation planmässig und – in aller Regel – nach aussen sichtbar mit der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr teilnehme, sei der Unternehmensgewinn nach Abzug eines gewissen Kapitalzinses als Frucht der Arbeitsleistung inklusive Organisation des Unternehmers zu betrachten. Mit Bezug auf den vorliegenden Fall führte sie aus, jedenfalls für die Zeit bis Ende 2006, da der Beschwerdeführer ein Einzelunternehmen geführt habe, sei mithin der ganze Eigenlohn zuzüglich des im Unternehmen belassenen Gewinns abzüglich eines Zinses auf dem eingesetzten Kapital als Erwerbseinkünfte zu qualifizieren und nicht als Kapitalgewinn. Weiter erwog sie, der Beschwerdeführer habe das bis Mitte 2007 in sein Einzelunternehmen investierte Kapital nie beziffert und auch nie behauptet, er habe wegen des Unfalles zusätzliches privates Vermögen in seine Einzelfirma eingebracht bzw. einbringen müssen. Daraus schloss sie, mangels entsprechender Behauptungen könne ein auf das investierte Kapital entfallender Kapitalgewinn zwar nicht ausgedeutet werden. Es könne aber bei dem stetig sinkenden allgemeinen Zinsniveau zwischen 2001 und 2006 immerhin davon ausgegangen werden, dass der Abzug für das investierte Kapital jedenfalls nicht zugenommen habe. Mit anderen Worten erachtete sie die in diesem Zeitraum ausgewiesenen Ergebnisse grundsätzlich als taugliche Grundlage, um daraus Rückschlüsse auf die *Entwicklung* des Erwerbseinkommens des Beschwerdeführers zu ziehen.

Auf dieser Grundlage würdigte die Vorinstanz denn auch die im individuellen Konto (IK) bzw. den Steuerveranlagungen ausgewiesenen jährlichen Einkommen:

Bezüglich der in den Jahren 2005 und 2006 (d.h. vor Übertragung des Geschäfts auf die Y.\_\_\_\_\_ AG) erzielten (Netto-)Einkommen von

Fr. 333'530.-- bzw. Fr. 220'232.-- befand sie, dabei handle es sich um das höchste (abgesehen von dem als Ausreisser ausser Acht gelassenen Wert des Jahres 2001) respektive um das dritthöchste Einkommen. Dafür – so die Vorinstanz – würden verschiedene Erklärungen in Frage kommen, nämlich, dass die Einzelfirma des Beschwerdeführers in den Jahren 2004 bis 2006 expandiert habe und der Kläger ohne den Unfall ein noch höheres Einkommen erzielt hätte (1), dass bei den Geschäftsabschlüssen ausserordentlich günstige (konjunkturell oder durch Kundenakquisition bedingte) Umstände im Spiel gewesen seien (2), dass der Beschwerdeführer seinen Betrieb erfolgreich habe umorganisieren können (3) und schliesslich, dass der Beschwerdeführer auch nach Mai 2005 noch (in erheblichem Umfang) in seiner Einzelfirma mitgearbeitet habe (4). Mangels entsprechenden Behauptungssubstrats – so die Vorinstanz weiter – lasse sich nicht sagen, welche dieser Möglichkeiten im vorliegenden Fall wirksam gewesen sei bzw. seien. Dies brauche aber auch nicht entschieden zu werden, da eine Gutheissung der Klage ohnehin ausscheide. Gemäss den AVB finde nämlich selbst eine Entwicklung auf Seiten des Valideneinkommens im Sinne der unter (1) genannten Erklärung keine Berücksichtigung. Die Vorinstanz kam mit anderen Worten zum Schluss, dass in diesem Zeitraum keine auf den Unfall des Beschwerdeführers zurückgehende tatsächliche Erwerbseinbusse ersichtlich sei.

Was demgegenüber die Zeit nach der Übertragung des Geschäfts auf die Y. \_\_\_\_\_ AG betrifft, führte die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer habe es als zur Schadensminderung verpflichteter Geschädigter nicht in der Hand, schadenersatzrechtlich eine für ihn günstigere Ausgangslage herbeizuführen, indem er seine bisherige Einzelfirma in eine AG umwandle und ab diesem Zeitpunkt sich den von der Gesellschaft erwirtschafteten Gewinn als Dividenden auszahle oder diesen Gewinn in der AG belasse. Sie gelangte somit wie bereits die Erstinstanz zu der tatsächlichen Feststellung, dass die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Einkommenseinbusse nach 2006 eine Folge der Umwandlung der Einzelfirma in eine Aktiengesellschaft und nicht eine solche des Unfalls und einer daraus resultierenden gesundheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit des Beschwerdeführers sei. Dementsprechend hielt sie einen für die Versicherungsleistungen relevanten Erwerbsausfall auch in diesem Zeitraum für nicht gegeben.

**4.2.2** Inwiefern diese überzeugenden Erwägungen bundesrechtswidrig sein sollen, vermag der Beschwerdeführer nicht aufzuzeigen. So unterlässt er es, entweder darzulegen, dass die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz offensichtlich unrichtig sind respektive auf einer

Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen, oder um Ergänzung des Sacherhalts zu ersuchen unter Darlegung, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen genannt hat (Erw. 1.2).

Ebenso wenig gelingt es ihm aufzuzeigen, dass die Vorinstanz den Begriff des Erwerbseinkommens, auf das es gemäss dem Versicherungsvertrag ankommt, verkannt hat: Davon, dass die Vorinstanz, anstatt das Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers zur Grundlage zu nehmen, vom Ertrag bzw. Betriebsgewinn und damit von einem falschen Beweisthema ausgegangen sei, kann nach dem Gesagten keine Rede sein: Der Beschwerdeführer übersieht, dass die Vorinstanz die im Rahmen der Einzelunternehmung erzielten Erträge lediglich zur Beurteilung der *Entwicklung* des Erwerbseinkommens in der Zeit vor und nach dem Unfall miteinander verglich, zumal sie von einem zumindest nicht zunehmenden Abzug für das investierte Kapital ausging, nicht aber in der Meinung, der jeweilige jährliche Ertrag sei identisch mit dem Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers. Weiter verkannte die Vorinstanz auch nicht, dass der Beschwerdeführer die nach dem Unfall erzielten Erträge unter anderem auf den erhöhten Personalbestand respektive die von seiner Frau und seinem Sohn geleistete Mehrarbeit zurückführen möchte und der Ansicht ist, die Erträge seien im entsprechenden Umfang nicht Teil seines Erwerbseinkommens. Vielmehr stellte sie zutreffend darauf ab, dass die entsprechende Arbeit gegen Entlohnung erbracht wird. So wies sie mit Bezug auf die Arbeit der Frau und des Sohns des Beschwerdeführers – wo die Entgeltlichkeit fraglich sein könnte – ausdrücklich darauf hin, dass deren Arbeit nach eigener Darstellung des Beschwerdeführers nicht unentgeltlich geleistet werde, weshalb kein Anlass bestehe, den Wert der Mitarbeit vom Einkommen in Abzug zu bringen. Sie verneinte mit anderen Worten das Vorliegen eines entsprechenden, das Erwerbseinkommen des Beschwerdeführers beeinflussenden Faktors. Inwiefern die Vorinstanz dadurch Bundesrecht verletzt haben soll, tut der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich.

Schliesslich verfängt auch der vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf nicht, die Bestimmung des Erwerbseinkommens hätte nach der aus dem Sozialversicherungsrecht als ausserordentliche Methode bekannten Praxis erfolgen müssen, da nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne, dass die Betriebsergebnisse durch invaliditätsfremde Faktoren beeinflusst worden seien.

Die zur sozialversicherungsrechtlichen Bestimmung des Invaliditätsgrades ergangene Rechtsprechung kann auf den vorliegenden Fall bereits deshalb keine Anwendung finden, weil der von den Parteien abgeschlossene Versicherungsvertrag eindeutige Regeln zur Ermittlung der Erwerbsunfähigkeitsgrades enthält, die von den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen abweichen (vgl. Erw. 3.5). Der Vorinstanz stand es aus diesem Grund entgegen dem Beschwerdeführer nicht zu, in analoger Anwendung sozialversicherungsrechtlicher Grundsätze darauf abzustellen, welchen Erwerb der Beschwerdeführer aufgrund des eigenen Leistungsvermögens *zumutbarerweise realisieren könnte*. Vielmehr war sie gehalten, über die Erwerbsunfähigkeit des Beschwerdeführers aufgrund des von diesem nach dem Unfall tatsächlich erzielten Erwerbseinkommens zu entscheiden. Das angefochtene Urteil ist somit auch in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

## **5.**

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

**3.**

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Zivilgericht, 1. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 31. Mai 2012

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Klett

Kölz