



Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt

Ausschuss

ZB.2014.20

ENTSCHEID

vom 8. Dezember 2015

Mitwirkende

Dr. Marie-Louise Stamm, Dr. Heiner Wohlfart, Dr. Olivier Steiner
und Gerichtsschreiberin Dr. Caroline Meyer Honegger

Parteien

A_____
[...]
vertreten durch [...], Advokat,
[...]

Berufungskläger
Kläger

gegen

B_____ AG
[...]
vertreten durch [...], Rechtsanwalt,
[...]

Berufungsbeklagte
Beklagte

Gegenstand

Berufung gegen einen Entscheid des Zivilgerichts vom 26. Februar 2014
betreffend Forderung aus Versicherungsvertrag

Sachverhalt

A_____ (Berufungskläger), geboren 7. Oktober 1960, reichte am 25. Januar 2013 beim Zivilgericht Basel-Stadt gegen die B_____ AG (Berufungsbeklagte) Teilklage ein. Er beantragte, die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, ihm für die Jahre 2004 und 2009 eine Erwerbsunfähigkeitsrente von insgesamt CHF 87'600.– zuzüglich Zins zu jeweils 5% auf den Betrag von CHF 43'800.– seit 30. Juni 2004 und auf den Betrag von CHF 43'800.– seit 30. Juni 2009 zu bezahlen. Eine Mehrforderung insbesondere hinsichtlich Erwerbsunfähigkeitsrenten, Prämienbefreiung und Überschussbeteiligung für den Zeitraum seit 1. September 2001 bleibe ausdrücklich vorbehalten, unter o/e Kostenfolge, auch für das Schlichtungsverfahren. Mit Entscheid vom 26. Februar 2014 wies das Zivilgericht die Klage ab und auferlegte dem Berufungskläger die Gerichtskosten von CHF 5'000.– sowie eine Parteientschädigung von CHF 23'620.30 inklusive Auslagen, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer.

Gegen diesen Entscheid hat der Berufungskläger am 27. Mai 2014 Berufung an das Appellationsgericht Basel-Stadt erhoben mit den Anträgen, es sei der genannte Entscheid aufzuheben und die Berufungsbeklagte zur Zahlung von Erwerbsunfähigkeitsrenten für die Jahre 2004 und 2009 von insgesamt CHF 87'600.– nebst Zins zu 5% auf dem Betrag von CHF 43'800.– seit 15. August 2004 und Zins zu 5% auf dem Betrag von CHF 43'800.– seit 15. August 2009 an den Berufungskläger zu verurteilen. Die Mehrforderung insbesondere hinsichtlich Erwerbsunfähigkeitsrenten, Prämienbefreiung und Überschussbeteiligung für den Zeitraum seit 1. September 2001 bleibe ausdrücklich vorbehalten, unter o/e Kostenfolge für beide Instanzen sowie das Schlichtungsverfahren. Mit Berufungsantwort vom 20. August 2014 beantragte die Berufungsbeklagte, es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen und der angefochtene Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen, unter o/e Kostenfolge zu Lasten des Berufungsklägers. Mit Verfügung vom 26. August 2014 stellte der Instruktionsrichter in Aussicht, keinen zweiten Schriftenwechsel vorzusehen und ohne Verhandlung aufgrund der Akten zu entscheiden. Daraufhin liessen sich die Parteien nicht mehr vernehmen. Die Parteien haben ihre Honorarnoten am 6. und 13. Mai 2015 eingereicht, welche mittels Verfügung vom 20. Mai 2015 wechselseitig zugestellt wurden. Am 22. Mai 2015 hat der Berufungskläger einen korrigierten Vorbescheid der IV-Stelle eingereicht, welcher am 26. Mai 2015 der Berufungsbeklagten zugestellt wurde. Die Einzelheiten der Tatsachen und Standpunkte der Parteien ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Der Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

Erwägungen

1.

Mit Berufung angefochten ist ein Endentscheid der ersten Instanz (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO), der Streitwert beträgt über CHF 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die erhobene Berufung ist damit zulässig. Der Berufungskläger hat diese formgerecht verfasst und rechtzeitig eingereicht, weshalb grundsätzlich auf diese einzutreten ist.

Zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Berufung ist der Ausschuss des Appellationsgerichts (§ 10 Abs. 2 EG ZPO). Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung oder die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO).

2.

2.1 Der Berufungskläger fordert von der Berufungsbeklagten Geldleistungen aus Erwerbsunfähigkeitsrenten für die Jahre 2004 und 2009 von insgesamt CHF 87'600.– nebst Zinsen (Mehrforderungen vorbehalten). Er leitet diese Forderungen ab aus einer Lebensversicherungspolice, die er mit der Berufungsbeklagten am 7. August 1992 abgeschlossen hat (Klagbeilagen 2 ff.). Darin ist insbesondere eine Erwerbsunfähigkeitsrente von jährlich CHF 43'800.– (nach einer Wartefrist von 24 Monaten und längstens zahlbar bis 1. Juni 2025) sowie eine Prämienbefreiung bei Erwerbsunfähigkeit versichert. Zum Zeitpunkt des Abschlusses war der Berufungskläger als selbständiger Innendekorateur in der von ihm beherrschten C_____ AG tätig. Er macht geltend, rund drei Jahre später, am 13. September 1995, beim Teppichverlegen ein Lumbovertebralsyndrom erlitten zu haben, aufgrund dessen er in der Folge zu 100% arbeitsunfähig geworden sei. Die Berufungsbeklagte befreite ihn seit dem 13. November 1995 von der Prämienzahlungspflicht (jährlich CHF 5'529.60) und richtete ihm die vereinbarte Jahresrente für einen Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100% aus. Am 30. November 2001 sprach die IV-Stelle Basel-Stadt dem Berufungskläger eine halbe Invalidenrente zu. Nach einer Beschwerde des Berufungsklägers sprach sie ihm am 30. Mai 2005 erneut eine halbe Invalidenrente zu, wobei der IV-Grad nunmehr 55% betrug. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab. Zunächst stellte sich die Berufungsbeklagte entsprechend auf den Standpunkt, nur noch Leistungen im Umfang von 50% erbringen zu müssen, erhob aber ihrerseits Verrechnungsforderungen für zuviel erbrachte Leistungen (Klagbeilagen 9 ff.). Per 31. Mai 2002 stellte sie sodann ihre Leistungen ein und forderte die von ihr zwischen 1. September 1996 und 31. August 2001 ihrer Ansicht nach zu viel bezahlten Renten und die bis 30. November 2001 erbrachte Prämienbefreiung unter Abzug des Rückkaufswerts zurück und berief sich insbesondere auf eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG (Klagbeilage 16). Weitere Leistungen erbrachte sie nicht mehr.

2.2 Die Parteien sind sich nunmehr darin einig, dass die Berufungsbeklagte auf die Rückforderung der von ihr ausgerichteten Versicherungsleistungen verzichtet (vgl. Berufung N 7; Berufungsantwort N 15 mit Verweisen), was auch die Vorinstanz festgestellt hat (E. 2.4 S. 9). Die Berufungsbeklagte stützt sich somit nicht (mehr) auf

den Standpunkt, gemäss Art. 40 VVG nicht mehr an den Vertrag gebunden zu sein, sondern macht im Wesentlichen eine fehlende Erwerbsunfähigkeit geltend. In diesem Zusammenhang ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die Ergebnisse einer (zulässigerweise) veranlassten Observation zusammen mit einer ärztlichen Aktenbeurteilung grundsätzlich geeignet sein können, eine genügende Basis für Sachverhaltsfeststellungen betreffend den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit zu bilden (BGE 137 I 327 E. 7.1 S. 337; BGer 8C_521/2012 vom 20. Dezember 2012 E. 5.1). Ein Observationsbericht (vgl. Klagbeilage 17, Ermittlungsbericht vom 29. Juli 2012) für sich allein bildet aber keine sichere Basis für solche Sachverhaltsfeststellungen, er kann höchstens Anlass zu Vermutungen geben. Sichere Kenntnis würde erst eine allfällige ärztliche Auswertung und Beurteilung des gesammelten Observationsmaterials des Ermittlers liefern, was nicht vorliegt. Der vorliegende Observationsbericht ist somit nicht geeignet, die Erwerbsunfähigkeit des Berufungsklägers in Frage zu stellen.

2.3 Der Berufungskläger beanstandet zunächst, dass die Vorinstanz zu Unrecht von einer Schaden- und nicht von einer Summenversicherung ausgegangen ist und es dem Berufungskläger obliege, den konkreten Nachweis für den Erwerbsausfall oder einen entsprechenden finanziellen Nachteil zu erbringen (Berufung N 8 ff. S. 8 ff.; angefochtener Entscheid E. 3, insbesondere E. 3.7 S. 11). Die Parteien hätten vielmehr eine Summenversicherung abschliessen wollen; es liege ein übereinstimmender Parteiwille bezüglich einer Summenversicherung vor. Entsprechend sei ein konkreter Nachweis eines Erwerbsausfalls nicht notwendig, „bzw. [müsse] die Versicherung gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGer 4C.98/2007 vom 29.4.2008) die geforderten Zahlungen leisten“ (Berufung N 10 S. 14). Jedenfalls sei nach der vom vorinstanzlichen Zeugen M. geschilderten und durch das Verhalten der Berufungsbeklagten belegten Praxis der Berufungsbeklagten kein konkreter Einkommensausfall nachzuweisen (Berufung N 10 S. 14). Die Berufungsbeklagte habe auch jahrelang die vollen Versicherungsleistungen gestützt auf die ärztliche festgestellte Arbeitsunfähigkeit erbracht und sich auch nach Erhalt der Buchhaltungsunterlagen im Rahmen der IV-Akten nicht auf diese berufen. Im Übrigen habe der Berufungskläger den konkreten Nachweis eines Erwerbsausfalls in dem Sinne erbracht, als die Berufungsbeklagte nach Erhalt der Unterlagen nicht eingewendet habe, dass sich kein Einkommensausfall ergebe. Dies sei nur so zu deuten, dass auch die Berufungsbeklagte davon ausgegangen sei, dass der Berufungskläger auch in einer Verweistätigkeit auf dem konkreten Arbeitsmarkt gänzlich arbeitsunfähig (gewesen) sei, und sich der Validenlohn mindestens nach der Versicherungssumme bemesse (Berufung N 9 S. 12 f.). Dies müsse zur Gutheissung der Klage führen. Die Berufungsbeklagte geht demgegenüber „gemäss dem klaren Wortlaut der massgeblichen Bestimmungen in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen“ von einer Schadenversicherung für Erwerbsausfall aus (vgl. Berufungsantwort N 20 S. 8; Klageantwort N 61 ff. S. 25 ff., Klagebeilagen 2 und 5). Dies sei auch nicht bestritten

worden. Ein abweichender Konsens habe nicht bestanden; ein solcher wäre im Übrigen durch den Berufungskläger zu belegen gewesen.

Ist eine Summenversicherung vereinbart, wird das versicherte Taggeld ungeachtet des tatsächlichen Erwerbsausfalls bezahlt, sofern das versicherte Ereignis eingetreten ist. Solche Versicherungen eignen sich besonders für selbständig Erwerbende, da kein konkreter Schadensnachweis erbracht werden muss. Muss im Gegensatz dazu der tatsächliche Erwerbsausfall (dessen Höhe) nachgewiesen werden, handelt es sich um eine Schadenversicherung. Aus der vorliegenden Versicherungspolice vom 7. August 1992, zusammen mit den anwendbar erklärten Allgemeinen Versicherungsbedingungen Nr. _____ (Klagbeilage 2), den Zusätzlichen Bedingungen Nr. _____ für die Rente bei Erwerbsunfähigkeit (ZAB Nr. _____, Klagbeilage 5), den Bedingungen Nr. _____ für die Prämienbefreiung bei Erwerbsunfähigkeit (ZAB Nr. _____, Klagbeilage 6) und den Bedingungen Nr. _____ für die Nachversicherungsgarantie (ZAB Nr. _____, Klagbeilage 7) ergibt sich zunächst nach dem Wortlaut die Vereinbarung einer Schadenversicherung: So liege eine Erwerbsunfähigkeit vor, wenn der Versicherungsnehmer einen Erwerbsausfall oder einen diesem entsprechenden finanziellen Nachteil erleide (vgl. Klagebeilage 5), womit der Eintritt eines effektiv belegten Schadens als zusätzliche Anspruchsvoraussetzung definiert wird. Der Berufungskläger wendet allerdings ein, der Versicherungsagent und vorinstanzliche Zeuge D_____ habe ihm eine Summenversicherung angeboten, weshalb ein den AVB vorgehender tatsächlicher Konsens hierüber vorliege.

Der Zeuge D_____ gab an der vorinstanzlichen Befragung an, dass man damals die Kunden so beraten habe, als würde man ihnen eine Summenversicherung verkaufen, auch wenn dann die Allgemeinen Versicherungsbedingungen etwas anderes vorsähen. Die Vorinstanz würdigte diese Zeugenaussage kritisch, weil Berufungskläger und Zeuge seit Jahren eine „enge Geschäftsbeziehung“ unterhielten und sich in seltenen Fällen auch privat treffen würden (angefochtener Entscheid E. 3.4 S. 10). Nach Ansicht der Vorinstanz wäre der Versicherungsagent ausserdem ohnehin nicht berechtigt gewesen, mündlich von der später zugestellten – und in der Folge nicht beanstandeten – Police und den AVB abzuweichen (Art. 34 Abs. 2 aVVG, in Kraft gewesen bis 31. Dezember 2005; Art. 12 VVG). Zudem habe der Berufungskläger bei Annahme einer mündlich vereinbarten Summenversicherung eine fehlende Übereinstimmung hierüber innert vierwöchiger Frist beanstanden müssen, worüber auch in der Police selbst informiert worden sei. Der Berufungskläger habe dies jedoch nicht moniert und müsste daher den Vertrag wie schriftlich geschlossen gelten lassen.

Dieser Auffassung der Vorinstanz ist nicht zu folgen: Wie sich aus den Aussagen des Zeugen D_____ (Verkaufsleiter Vorsorge bei der Berufungsbeklagten) ergibt, war dieser zum damaligen Zeitpunkt seitens der Versicherung instruiert, entsprechenden Interessenten eine „Summenversicherung“ zu verkaufen, auch wenn dies nicht den

Tatsachen entsprach: „Damals hat man bei der Ausbildung einen kompletten Block mitbekommen, es hiess damals, dass wir uns keine Gedanken machen sollen, wir sollen die Beratung so definieren, dass es für den Kunden stimmt. Wenn ein Schaden passiere, dann bekomme der Kunde die Leistung wenn ein Arzteugnis vorliegt. Wir haben damals auf der Basis einer Summenversicherung den Verkauf gemacht“ (Protokoll der Hauptverhandlung, S. 7). Auf Nachfrage hin, dass in den Zusatzbedingungen aber auf eine Erwerbsunfähigkeit Bezug genommen werde und dass es die medizinische Arbeitsunfähigkeit und einen Erwerbsausfall brauche, mithin einen Schaden, antwortete der Zeuge: „Es ist richtig, wenn das so steht, aber es wurde nicht so geschult und auch nicht so verkauft. ... Es ist einfach die Frage, wer liest alle AVB bevor er einen Vertrag unterzeichnet“ (S. 7 des Protokolls). Auf erneute Nachfrage hin („Sie sagen also, dass Ihnen damals bei der Schulung vermittelt wurde, dass Sie eine Summenversicherung verkaufen, trotz der Bestimmungen in den Zusatzbedingungen“) antwortete der Zeuge: „Genau.“ (Protokoll S. 7). Erinnerungslücken verzeichnete der Zeuge keine. Die Bekanntschaft zwischen Versicherungsvertreter und Versicherungsnehmer vermag auch nicht zu erklären, weshalb der Zeuge durch unwahre Aussagen seinen Arbeitgeber stark belasten sollte, wo er jedenfalls im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Verhandlung auch weiterhin tätig war. Die Geschäftsbeziehung des Zeugen zu seinem damaligen und auch noch heutigen Arbeitgeber, der Berufungsbeklagten, ist weitaus enger und zeitintensiver als zum Berufungskläger. Insofern hätte der Zeuge vielmehr ein überwiegendes Interesse gehabt, der Berufungsbeklagten nicht zu schaden. Angesichts dessen und der Stringenz der Zeugenaussagen zum Vertragsabschluss ist auf diese abzustellen. Demzufolge ist festzuhalten, dass die Parteien mündlich tatsächlich und individuell eine Summenversicherung vereinbart haben (dies etwa im Gegensatz zu BGer 4A_41/2012 vom 31. Mai 2012, E. 3.4, vgl. Berufungsantwort N 33).

Dafür spricht auch, dass bei der Beratung ein damals nicht den effektiven Begebenheiten entsprechendes Einkommen zugrunde gelegt wurde, welches dem Versicherungsnehmer (beispielsweise zusammen mit einer IV-Rente im Krankheitsfall) ein bestimmtes, beziffertes Einkommen ermöglichen sollte (vgl. die Berechnungen in der Replikbeilage 4). Der Zeuge führte dazu aus, man habe „ein Einkommen, das existenzsichernd ist“, benötigt, wofür man „CHF 4'500 bis 5'000 angenommen“ habe; während „den ersten 24 Monaten war das 48'000 Franken“ (Protokoll S. 6). „Es war die Idee, dass man die IV-Rente zusätzlich hat“ (Protokoll S. 6). Die Einnahmen aus der Tätigkeit des Berufungsklägers waren dem Zeugen bekannt („die CHF 18'000.00/CHF 20'000.00 bis CHF 22'000.00 aus der AG“, Protokoll S. 7, sowie Einnahmen aus der Einzelfirma, aber „die Buchhaltung habe ich nicht gesehen“, Protokoll S. 8; man schaute „was der Bedarf ist bzw. eine vernünftige Lösung für den Kunden wäre“, Protokoll S. 8).

Zudem steht das spätere Verhalten der Berufungsbeklagten im Einklang mit einer Summenversicherung: Sie zahlte nach Ablauf der zweijährigen Wartefrist 1997 eine

ganze Rente (gestützt auf eine Arbeitsunfähigkeit von 100%) und nach Kenntnissnahme der IV-Verfügung eine halbe Rente (gestützt auf eine Arbeitsunfähigkeit von 50% bzw. eine Erwerbsunfähigkeit von 50%). Wie das Bundesgericht ausgeführt hat ist „[n]achträgliches Parteiverhalten ... für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann aber – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen und damit für die subjektive Auslegung relevant sein“ (BGer 4A_38/2015 vom 25. Juni 2015 E. 3.1; vgl. Klagbeilagen 8 ff.). Eine Individualabrede, welche zu einer Klausel in den AVB in Widerspruch steht, geht diesen vor (vgl. z.B. SCHWENZER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 45.09).

Liegt nach alledem eine Summenversicherung vor, braucht es – entgegen den AVB – nicht einen tatsächlichen Erwerbsausfall. Es genügt die medizinisch ausgewiesene Arbeitsunfähigkeit in einer adaptierten Verweistätigkeit (GROS, Versicherungsfall „Erwerbsunfähigkeit“, Diss. 2014, S. 133; vgl. ebenso die Zeugenaussage, wonach die medizinische Arbeitsunfähigkeit massgebend sei, Protokoll S. 7).

2.4 Die Genehmigungsfiktion von Art. 12 Abs. 1 VVG vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern (vgl. Berufungsantwort Ziff. 37): Diese Bestimmung in der zum Abschlusszeitpunkt gültigen Fassung besagte, dass der Versicherungsnehmer binnen vier Wochen nach Empfang der Police oder der Nachträge deren Berichtigung zu verlangen habe, falls ihr Inhalt nicht mit den getroffenen Vereinbarungen übereinstimmt, widrigenfalls sie als von ihm genehmigt gelte. Dies wurde auch richtig gemäss Art. 12 Abs. 2 VVG in die Police aufgenommen. Vorliegend war für den Versicherungsnehmer nicht auf Anhieb erkennbar, dass die Police nicht mit den mündlichen Vereinbarungen übereinstimmt. Die Police nennt nicht ausdrücklich das Stichwort „Schadenversicherung“. Dass die Police und die allgemeinen Versicherungsbedingungen eine solche beinhalten, wird aus dem Begriff „Erwerbsunfähigkeit“ hergeleitet (vgl. Klagbeilage 5 S. 1 Ziff. 1.1, Klagbeilage 6 S. 1 Ziff. 1), wobei dieser Begriff auch für Personen ohne bestimmtes Einkommen anwendbar sein soll (Klagbeilage 5 f.). In einer solchen Konstellation auferlegte das Bundesgericht in BGer 4C.98/2007 vom 29. April 2008 dem Versicherer eine Pflicht zu korrekter Information: Falls er in der Police von der getroffenen Vereinbarung abweicht, trifft ihn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine umfassende Informationspflicht. Verletzt er diese, so haftet er dem Versicherungsnehmer für den erlittenen Schaden: *„Partant, il appartient à l'assureur de donner une information complète sur le contenu du contrat, en particulier sur la couverture d'assurance, et de veiller à ce que la formation du contrat se déroule de manière transparente ... En application de ces principes, il appartient notamment à l'assureur d'attirer l'attention du preneur d'assurance sur les divergences entre la police et les conventions intervenues précédemment. Si l'assureur s'est écarté du contenu du contrat dans la police définitive, il est de son devoir de le signaler au preneur d'assurance ... Lorsque l'assureur viole son obligation (accessoire) d'information envers le preneur d'assurance, il engage sa responsabilité contrac-*

tuelle. Cette responsabilité fonde une prétention du preneur en dommages-intérêts, lesquels visent à replacer celui-ci dans la situation économique qui aurait été la sienne si l'assureur avait correctement rempli son devoir d'information et si le contrat avait été conclu conformément aux souhaits de l'assuré ... Cette responsabilité suppose une faute de l'assureur, ce qui implique que ce dernier savait ou aurait dû savoir que le contenu de la police s'écarterait des accords intervenus précédemment“ (E. 3.2.2 m.w.Nw.). Diese vielbeachtete Rechtsprechung führte zu einer bedeutenden Lockerung der strikten, zu Gunsten der Versicherer aufgenommenen Genehmigungsfiktion (vgl. FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, N 3.105), zumal in Fällen, in denen es um die „Bestätigung“ eines strukturell völlig anderen Produkts geht. In einem späteren, jedoch anders gelagerten Entscheid, BGer 4A_53/2010 vom 29. April 2010, blieb diese Rechtsprechung zwar unerwähnt. Das Bundesgericht hat sich darin jedoch auch nicht mit der bestehenden Rechtsprechung auseinander- oder sich begründet darüber hinweg gesetzt. Ausgehend von BGer 4C.98.2007 vom 29. April 2008 E. 3.2, E. 3.2.2 ist daher auch vorliegend davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte über die hier erfolgte grundlegende Abweichung hätte aufklären müssen und mangels Aufklärung dem Berufungskläger auf das Erfüllungsinteresse und somit auf Ausrichtung einer Summenversicherung haftet.

2.5 Ist somit vom Abschluss einer Summenversicherung auszugehen, ist die Klage grundsätzlich gutzuheissen. Im vorliegenden Fall beträgt die Arbeitsunfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit gemäss den massgebenden Ärzten 50%: Anhand des Gutachtens von Dr. E_____ (Klagbeilage 23 S. 16) besteht für eine adaptierte, die Rückenbelastung berücksichtigende Tätigkeit, ohne Heben von Lasten über 10 kg, ohne dauernde Arbeiten vornübergebeugt oder auch über Kopf, eine 50-prozentige Arbeitsfähigkeit. Davon gehen auch die Berufungsbeklagte und die Vorinstanz aus (Berufungsantwort N 35 S. 13, N 42 S. 16, angefochtener Entscheid, E. 4.2.2 S. 13 oben). Der Berufungskläger rügt in diesem Zusammenhang, dass die Vorinstanz den (in N 24 lit. b der Klage) angebotenen Beweis der Erkundigung beim Kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit nicht abgenommen hat. Damit hätte erstellt werden sollen, dass auf dem Arbeitsmarkt Personen chancenlos seien, die keine abgeschlossene Berufsausbildung hätten, an einem Lumbovertebralsyndrom mit Instabilität der Wirbelsäule und stark eingeschränkter Beweglichkeit des Rückens und weiteren Einschränkungen litten, die keine Lasten über 10 kg heben, keine Überkopfarbeiten verrichten und nicht mit vornübergebeugtem Kopf tätig sein könnten, und die deshalb eine IV-Rente bezögen (Berufung N 11 S. 14). Abgesehen davon, dass für dieses detaillierte Profil selbst eine für den Berufungskläger positive allgemeine Auskunft des Amtes kein schlüssiger Beweis darstellte, reichte er für den strittigen Zeitraum von 2004 keine Bewerbungen ein, welche sein Vorbringen erhärten könnten. Es ist damit mit der Vorinstanz anzunehmen, dass er nicht nachgewiesen hat, dass er im Jahr 2004 auf dem konkreten Arbeitsmarkt trotz entsprechender Bemühungen keine Anstellung gefunden hat (angefochtener Entscheid E. 7.4.1 S. 23). Für das Jahr 2009 legt der Berufungskläger zwar Bewerbungen ein, allerdings stellte die Vorinstanz zu

Recht fest, dass insbesondere sein Ausbildungs- und Erfahrungsprofil nicht mit den meisten ausgewählten Stellen übereinstimmte (angefochtener Entscheid E. 7.4.2 S. 23 f.). Zusammenfassend liegt damit eine Restarbeitsfähigkeit von 50% im genannten Tätigkeitsbereich vor. Damit besteht vorliegend eine Erwerbsunfähigkeit von 50% und die Berufungsbeklagte ist zur Zahlung einer Erwerbsunfähigkeitsrente von CHF 21'900.– pro Jahr (bzw. für 2004 und 2009), zuzüglich gemittelter Zins zu 5%, zu verpflichten.

3.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens dringt der Berufungskläger mit der Hälfte seiner Forderung durch. Somit sind die Gerichtskosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu halbieren und die Parteikosten wettzuschlagen. Die zweitinstanzliche Gebühr ist gemäss § 11 Ziff. 1 der GebVO auf das Eineinhalbfache der erstinstanzlichen Gebühr und somit auf CHF 7'500.– festzulegen.

Demgemäss erkennt das Appellationsgericht:

://: Die Berufung wird im Umfang von CHF 43'800.– gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen. Entsprechend wird die Berufungsbeklagte verurteilt, dem Berufungskläger CHF 43'800.– nebst Zins zu 5% auf CHF 21'900.– seit 15. August 2004 und Zins zu 5 % auf CHF 21'900.– seit 15. August 2009 zu bezahlen.

Die Parteien tragen die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens von CHF 5'000.– sowie des zweitinstanzlichen Verfahrens von CHF 7'500.– je zur Hälfte.

Die ausserordentlichen Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens werden wettgeschlagen.

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Gerichtsschreiberin

Dr. Caroline Meyer Honegger

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG] innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde**

in Zivilsachen erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt dies nur dann, wenn der Streitwert die Beschwerdesumme gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a oder b BGG erreicht (CHF 15'000.– bei Streitigkeiten aus Miete oder Arbeitsverhältnis bzw. CHF 30'000.– in allen übrigen Fällen) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in Zivilsachen ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in Zivilsachen als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.