

# ZH\_HANDELSGERICHT HG210043 vom 2. Juni 2023

Zh Handelsgericht, 2023-06-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG210043](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG210043)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG210043 du 2 juin 2023

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG210043 del 2 giugno 2023

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit

##### E. 1.1.1

Örtliche Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte Zürichs ist gestützt auf Art. 31 ZPO gegeben und unbestritten (act. 1 Rz. 9; act. 13 Rz. 8-9 S. 5).

##### E. 1.1.2

Sachliche Zuständigkeit Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist gestützt auf Art. 6 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben und ebenfalls unbestritten (act. 1 Rz. 9; act. 13 Rz. 8-9 S. 5).

#### E. 1.2

Seit 13.08.2006, niederfrequent bis 'weiterhin' [...]

- 39 -

#### E. 1.4

Siehe Ihren Aktenberg! Im wesentlichen unverändert: gegen Ende 2014 verstärkte depressive Symptomatik mit Verzweiflung, Weinkrämpfen usw., wahrscheinlich im Zusammenhang mit der weitgehenden sozialen Vereinsamung und unter dem Druck der Verfahren. Herr A.\_\_\_\_\_ wird nie mehr in seiner angestammten Berufsfunktion arbeitsfähig werden, was schon aufgrund der vergangenen Jahre jedem Laien klar sein dürfte.

#### E. 1.5

[Auflistung von sechs Medikamenten mit Dosierung] niederfrequente supportive Psychotherapie

#### E. 1.6

100% seit 01.08.2006 als Unternehmensberater" 7.2.1.3. Der vom Kläger eingereichte, im Hinblick auf die Schadenserledigung erstellte Bericht ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich als Privatgutachten zu qualifizieren. Der Bericht ist zwar an die IV-Stelle der SVA Zürich adressiert, scheint mithin im Verwaltungsverfahren eingeholt worden zu sein. Nichtsdestotrotz handelt es sich nicht um ein Fremdgutachten, das – unter Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien – als gerichtliches Gutachten berücksichtigt werden könnte (vorne E. 4.5.2). Denn von Sozialversicherungsträgern angeforderten Berichten der behandelnden Ärzte über die zu stellenden Diagnosen, die

erhobenen Befunde und die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit kann nicht die Qualität eines gerichtlichen Gutachtens beigemessen werden, da die behandelnden Ärzte im Gegensatz zur gerichtlich eingesetzten sachverständigen Person von der Beantwortung der Fragen selbst betroffen sein könnten (namentlich mit Blick auf mögliche Fehldiagnosen und Behandlungsfehler), womit ihnen die erforderliche Unabhängigkeit fehlt (BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.4.1; siehe auch BGE 94 I 417 E. 4 S. 424 f.; Obergericht ZH vom 19. Mai 2003, ZR 104/2004 Nr. 55, E. 4a; HARTMANN, a.a.O., S. 1341; WEIBEL, in: Sutter- Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivil- prozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 183 ZPO N 25). Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Privatgutachten neben gesetzessystematischen und historischen Argumenten (vgl. dazu BGE 141 III 433

- 40 - E. 2.5.2-2.5.3) damit begründet werden kann, dass kein Anlass besteht, in Bezug auf Fragen, die in gleicher Weise zum Gegenstand eines Gutachtens gemacht werden können, auf die Einschätzung von Personen abzustellen, die weniger Gewähr für Unabhängigkeit bieten als eine gerichtlich eingesetzte sachverständige Person (BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.4.3). Als behandelnder Arzt bietet Dr. C.\_\_\_\_\_ gerade keine hohe Gewähr für Unabhängigkeit, zumal es einer vom Bundesgericht anerkannten Erfahrungstatsache entspricht, dass behandelnde Ärzte tendenziell zugunsten der von ihnen behandelnden Personen aussagen (hinten E. 7.3.1.1). Insbesondere als Parteibehauptungen zu qualifizieren sind daher die Diagnose einer mittelschweren bis schweren depressiven Episode und die Bestätigung einer Arbeitsunfähigkeit von 100% seit 1. August 2006. Dies sind nämlich aufgrund medizinischen Fachwissens gezogene Schlüsse, die auch Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens sein könnten. Sie sind bestritten, bestreitet doch die Beklagte die Diagnose und die angenommene Arbeitsunfähigkeit mit Hinweis auf die fehlende Begründung. Zwar mögen Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, meist besonders substantiiert sein. Allerdings trifft dies vorliegend gerade nicht zu, weil der Bericht diesbezüglich keine substantiierte Begründung enthält. Vor diesem Hintergrund ist die Bestreitung durch die Beklagte beachtlich und können diese Behauptungen nicht als bewiesen betrachtet werden. Immerhin enthält der Bericht auch schriftliche, auf eigener echtzeitlicher Wahrnehmung beruhende Aufzeichnungen tatsächlicher Art, die unter den Urkundenbegriff von Art. 177 ZPO fallen. Dies gilt für die hartnäckig therapieresistente, über Jahre sich erstreckende Symptomatik (die als schwer und depressiver Natur gewertet wird, wobei es sich wiederum um Parteibehauptungen handelt) mit psychomotorischer Verlangsamung und kognitiven Störungen, die gegen Ende 2014 verzeichnete "Verzweiflung, Weinkrämpfe usw." (die ebenfalls als depressiv qualifiziert werden) sowie die Hinweise auf Intensitätsschwankungen und zunehmende Ausprägung im Herbst 2014 (die sich wiederum auf die Diagnose einer depressiven Episode beziehen). Der Bericht taugt also zum Beweis, dass eine therapieresistente, über Jahre sich erstreckende Symptomatik schwankender In-

- 41 - tensität mit psychomotorischer Verlangsamung und kognitiven Störungen bzw. gegen Ende 2014 eine zunehmende Ausprägung bzw. Verzweiflung und Weinkrämpfe gegeben waren. 7.2.2. Protokoll der Einvernahme von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 21. Dezember 2010 7.2.2.1. Die Parteien referenzieren folgende relevanten Passagen: "Der Angeschuldigte wurde zunächst zu 75 Prozent arbeitsunfähig geschrieben, wobei diese Einschätzung später auf 100 Prozent korrigiert wurde. Worin lagen die entsprechenden Gründe? Ich kann die

Frage generell beantworten. Bei schweren depressiven Erkrankungen ist die Arbeitsfähigkeit resp. die Verwertbarkeit einer theoretischen Restarbeitsfähigkeit immer wesentlich abhängig vom Anspruchsniveau der anstehenden Beschäftigung. Zudem ist es im IV-Bereich auch üblich, dass 70 oder mehr Prozent einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit entspricht. Es kann sogar therapeutisch ungünstig sein, jemandem eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit zu attestieren, weil 70 und mehr Prozent versicherungstechnisch für eine volle Leistung genügt. Der Patient wird dadurch aber motiviert, gewisse Restaktivitäten aufrecht zu erhalten, was therapeutisch äusserst wichtig ist. [...] In einem Schreiben an die B.\_\_\_\_\_ vom 11.1.2007 werden die Beschwerden des Angeschuldigten wie folgt umschrieben: 'schwere depressive Verstimmung, weitgehender Antriebsverlust, schwere Durchschlafstörungen und Früherwachen, bleierne Müdigkeit, Anhedonie, absolutes Gefühl der Gefühlslosigkeit, schwere Konzentrationsstörungen, starke Minderung der intellektuellen Leistungsfähigkeit, weitgehendster sozialer Rückzug (auch innerhalb der Familie), Suizidgedanken, psychomotorische Verlangsamung; keine Angstsymptomatik'. Trifft dies zu? Ja. Das Fehlen jeglicher Angstsymptomatik hat mich sogar erstaunt. [...]

- 42 - Wie weit kann man vorliegend von einem sozialen Rückzug sprechen, d.h. worin unterschied sich das soziale Leben des Angeschuldigten vor und nach dem Ausbruch der Depression? Er hat praktisch keine sozialen Kontakte mehr gepflegt und sich in sein Büro zurückgezogen. Er konnte auch keine sozialen Kontakte vernünftigerweise mehr durchführen, weil er kognitiv und psychomotorisch so verlangsamt war, dass eine vernünftige Gesprächsführung schlicht nicht mehr möglich war. Lebte der Angeschuldigte nicht bereits zuvor sozial eher zurückgezogen? Nicht in diesem psychopathologischen Sinn. [...] Wie wichtig ist die Frage des sozialen Rückzuges bei der Erstellung der Diagnose? Nebenbemerkung: Die schwere psychomotorische Verlangsamung und die kognitive Einschränkung sind für die klinische Beurteilung der Schwere und der Art der Depression klinisch wichtig. Der soziale Rückzug ist der entscheidende Faktor [Anm.: mit unleserlichen Korrekturen] [...] 5. Weiterer Verlauf ab September 2007 Wie entwickelte sich der gesundheitliche Zustand des Angeschuldigten nach dem Gespräch mit H.\_\_\_\_\_? Wie bei depressiven Erkrankungen üblich, mit grossen Schwankungen innerhalb desselben Tages und über Wochen. Tendentiell bis heute verbessernd, unter einer doch recht komplexen psychopharmakologischen Behandlung. [...] Wo war das Valideneinkommen bei Herr A.\_\_\_\_\_ anzusiedeln? Es ist bei Patienten in anspruchsvollen Tätigkeiten im heutigen Arbeitsumfeld kaum möglich, eine limitierte, wenig voraussagbare Teilarbeitsfähigkeit umzusetzen, weil es in der Natur solcher Tätigkeiten liegt, dass z.B. im Rahmen von Sitzungen kurzfristig eine 150%ige Arbeit möglich sein muss. [...]

- 43 - 7. Abschliessende Fragen Wie beurteilen Sie aktuell den psychischen Gesundheitszustand des Angeschuldigten und eine Arbeitsfähigkeit? Die von der B.\_\_\_\_\_ losgetretene Geschichte hat zu einer massiven Belastung des Angeschuldigten geführt, mit den entsprechend verminderten Möglichkeiten und Chancen, sich beruflich wieder zu integrieren. [...] Auf Ergänzungsfrage des Geschädigtenvertreters. Wie hoch war die Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit nach dem Gespräch zwischen H.\_\_\_\_\_ und dem Angeschuldigten vom 14.09.2007? [...] Es bestand eine theoretische Restarbeitsfähigkeit, die man willkürlich allenfalls von 15 bis 20% ansetzen kann. Diese ist aber nicht verwertbar. [...] An anderer Stelle antwortet Dr. C.\_\_\_\_\_ auf die Frage, ob es standardisierte Tests gebe, um die Plausibilität der Aussagen eines Patienten zu prüfen, und ob solche zur Anwendung gelangten, dass er während Jahren standardisierte Fragebogen

und Interviews unterrichtet habe und diese zu einem Routinebestandteils seines klinischen Untersuchungsgesprächs geworden seien, weshalb er nicht auf solche Fragebogen habe zurückgreifen müssen (act. 3/25 S. 7). 7.2.2.2. Dem Zivilgericht steht es frei, Beweisergebnisse einer Strafuntersuchung (u.a. Einvernahmen) im Rahmen seiner Prüfung der Streitsache mitzubewerten bzw. innerhalb der zivilprozessrechtlichen Grenzen auf die im Strafverfahren gewonnenen Tatsachenfeststellungen Bezug zu nehmen und diese zu würdigen (BGE 125 III 401 E. 3 S. 411; BGer 4A\_219/2015 vom 8. September 2015 E. 1.5; BGer 4A\_533/2013 vom 27. März 2014 E. 3.3; BGer 4A\_319/2012 vom 28. Januar 2013 E. 4.1; Kantonsgericht GR ZK2 15 3 vom 13. November 2018 E. 8.3.4; Kantonsgericht LU 1A 12 4 vom 16. März 2016, LGVE 2016 Nr. 6, E. 5.5.2; DROESE, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, 2008, S. 212 ff.). Bezüglich des vorliegenden Einvernahmeprotokolls kommt eine Berücksichtigung

- 44 - als Urkunde i.S.v. Art. 177 ff. ZPO in Betracht. Als Urkunden gelten namentlich Schriftstücke, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (vgl. Art. 177 ZPO). Das Einvernahmeprotokoll tut Tatsachen kund, ihm sind insbesondere Aussagen hinsichtlich des vorliegend rechtlich relevanten Sachverhalts zu entnehmen. Daher eignet sich dieses Schriftstück als Erkenntnisquelle, weshalb es als sog. Zeugnisurkunde, die Aufzeichnungen über das Wissen einer Person enthält (MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 177 ZPO N 7; RÜETSCHI, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 177 ZPO N 11), berücksichtigt werden kann (zum Ganzen Kantonsgericht GR ZK2 15 3 vom 13. November 2018 E. 8.3.4). 7.2.2.3. Allerdings ist zu beachten, dass die Aussagen Dr. C. \_\_\_\_\_s unter anderem Schlüsse enthalten, die er aufgrund seiner Wahrnehmungen aus Erfahrungstatsachen bzw. aufgrund seines medizinischen Fachwissens gezogen hat und daher Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens sein könnten. Insoweit dies der Fall ist, ist seine Zeugenaussage ebenso wenig ein taugliches Beweismittel wie ein schriftliches Parteigutachten (BGer 4A\_309/2017 vom 26. März 2018 E. 2.3.6; siehe auch BGer 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2.4). Wie bereits ausgeführt (vorne E. 7.2.1.3), besteht nämlich kein Anlass, in Bezug auf Fragen, die in gleicher Weise zum Gegenstand eines Gutachtens gemacht werden können, auf die Einschätzung von Personen abzustellen, die weniger Gewähr für Unabhängigkeit bieten als eine gerichtlich eingesetzte sachverständige Person. Als behandelnder Arzt bietet Dr. C. \_\_\_\_\_ gerade keine hohe Gewähr für Unabhängigkeit. Auch dass Dr. C. \_\_\_\_\_ anlässlich der Einvernahme einer Strafandrohung nach Art. 307 StGB unterstand, ändert diese Ausgangslage nicht massgeblich, zumal auch ein Arzt, der ein unwahres Zeugnis ausstellt, gemäss Art. 318 StGB einer ähnlichen Strafandrohung ausgesetzt ist, was das Bundesgericht nicht davon abhält, solche Atteste grundsätzlich als blosse Parteibehauptungen anzusehen. Als (bestrittene [act. 13 Rz. 19.3 S. 31]) Parteibehauptung zu qualifizieren ist daher die Einschätzung, die rechtlichen Schritte hätten zu einer massiven Belastung des Klägers geführt und die beruflichen Integrationsmöglichkeiten bzw. -chancen

- 45 - vermindert (act. 1 Rz. 19; act. 3/25 S. 13). Dies gilt auch für die (sinngemäss bestrittene [act. 28 Rz. 31 S. 26, Rz. 46 S. 41]) Einschätzung, es sei Personen in anspruchsvollen Tätigkeiten im heutigen Umfeld kaum möglich, eine limitierte, wenig voraussagbare Teilarbeitsfähigkeit umzusetzen (act. 24 Rz. 31; act. 3/25 S. 10). Immerhin

finden sich auch auf eigener echtzeitlicher Wahrnehmung beruhende, unter anderem die durchgeführte Behandlung betreffende, Darstellungen, die nicht von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Parteigutachten erfasst werden. Zunächst bestätigt Dr. C. \_\_\_\_\_ seine Auflistung von Beschwerden vom 11. Januar 2007 und fügt hinzu, dass ihn das Fehlen jeglicher Angstsymptomatik erstaunt habe. Sodann beschreibt er den Zusammenbruch des sozialen Lebens und die kognitive und psychomotorische Verlangsamung nach Ausbruch der Depression. Ferner sagt er aus, der gesundheitliche Zustand nach September 2007 habe sich mit grossen Schwankungen und tendenziell bis zum Zeitpunkt der Einvernahme verbessernd entwickelt, unter einer recht komplexen psychopharmakologischen Behandlung. Das Einvernahmeprotokoll taugt also insbesondere zum Beweis, dass der gesundheitliche Zustand des Klägers sich ab September 2007 bis Dezember 2010 mit grossen Schwankungen entwickelte, sich tendenziell verbesserte und eine eher komplexe psychopharmakologische Behandlung stattfand. 7.2.3. Einstellungsverfügung vom 12. September 2013 7.2.3.1. Die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 12. September 2013 (act. 3/26) hält fest, die Auswertung der Internetaktivität des Klägers hätte zwar dessen relativ umfangreiche Büropräsenz bestätigt, allerdings keine verschwiegenen Aktivitäten zu Tage gefördert. "Das Herumsurfen des Beschuldigten lässt sich nicht irgendwelchen konkreten beruflichen Projekten zuordnen. Man gewinnt vielmehr den Eindruck, als habe der Beschuldigte gleichsam im Büro die Zeit totschlagen müssen. [...] Vor dem Hintergrund dieser Indizien kann die mehrstündige Präsenzzeit des Beschuldigten kaum irgendwelchen nennenswerten geschäftlichen Aktivitäten zugeordnet werden. Vor allem ist weder in finanzieller Hinsicht noch in anderen Belangen auch nur in den Ansätzen eine ge-

- 46 - schäftlicher Erfolg bzw. ein nennenswerter 'Output' erkennbar. Vielmehr gewinnt man den Eindruck, als habe der Beschuldigte eine Fassade bzw. einen Vorwand benötigt, um sich dort aufzuhalten, wo er sich am Wohlsten gefühlt hat, nämlich im Büro [...]" (act. 3/26 S. 16). Namentlich eine kurzzeitige Beratungstätigkeit betreffend den Verkauf eines Hotelkomplexes hätte kein fassbares Ergebnis und nur bescheidenen Ertrag hervorgebracht (act. 3/26 S. 17). Sodann hält die Einstellungsverfügung fest, es gebe "mehrere Gesichtspunkte, welche darauf hinweisen, dass er [der Kläger] objektiv aus gesundheitlichen Gründen in seiner Arbeitsfähigkeit deutlich beeinträchtigt war, zumindest aber geglaubt hat, er sei nur noch in sehr eingeschränkter Masse in der Lage, einer beruflichen Tätigkeit nachzugehen", namentlich, dass der Kläger abgesehen von seiner Büropräsenz und abendlichen Besuchen bei seiner Freundin sozial weitgehend zurückgezogen lebe, die Unrentabilität seiner beruflichen Tätigkeit 2005 bis 2007, die Aussagen seiner Assistentin von Februar 2005 bis Dezember 2006, sie habe wenig über seine Arbeit gewusst und eine Verhaltensänderung bemerkt, die Aussagen seines Geschäftspartners, er habe Veränderungen in der Gangart bemerkt, der Kläger habe Mühe beim Formulieren von Sätzen bekundet und sei während Wochen nicht erreichbar gewesen, sowie dass die Auswertung der Internetaktivität sowie die Hausdurchsuchungen keine verschwiegenen Aktivitäten und keine konkreten beruflichen Projekte zu Tage gefördert hätten (act. 3/26 S. 14 ff.). 7.2.4. Pharmazeutische Behandlung Der Bericht von Dr. C. \_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 (act. 3/24) listet sechs Medikamente jeweils mit Dosierung auf. Das von Dr. C. \_\_\_\_\_ ausgestellte Dauerrezept vom 10. Januar 2020 (act. 3/27) listet sieben Medikamente jeweils mit Dosierung auf. Fünf der sechs Medikamente, die im Bericht genannt werden, sind auch auf dem Dauerrezept verzeichnet. Die Dosierungen dieser Medikamente sind auf dem (späteren) Dauerrezept gegenüber dem (früheren) Bericht

gleichbleibend oder tiefer.

- 47 - Das MEDAS-Gutachten (act. 3/28) listet unter dem Titel "Laborbefunde (ungekürzt im Anhang)" drei Medikamente (S. 23) sowie im Anhang zwei weitere Medikamente (letzte Seite) auf, wobei es sich dabei um die fünf Medikamente handelt, die auch im Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 und dem Dauerrezept vom 10. Januar 2020 aufgeführt sind (siehe act. 24 Rz. 37, insoweit unbestritten). Zudem wird ausgeführt: "Im Medikamentenspiegel zeigt sich ein Nachweis von Moclobemid, über dem therapeutischen Bereich, was dafür spricht, dass die Medikation regelmässig eingenommen wird. Clonazepam und Zolpidem sind jedoch unter dem therapeutischen Bereich" (S. 27). 7.2.5. Das MEDAS-Gutachten vom 6. Januar 2016 7.2.5.1. Das MEDAS-Gutachten (act. 3/28) besteht aus einem (Gesamt-)Gutachten vom 6. Januar 2016 (act. 3/28 S. 1 ff.) sowie angehängten Teilgutachten, namentlich dem psychiatrischen Teilgutachten von Dr. I.\_\_\_\_\_ vom 11. November 2015 (act. 3/28 S. 40 ff.) und dem neuropsychologischen Teilgutachten von lic. phil. J.\_\_\_\_\_ und lic. phil. K.\_\_\_\_\_ vom 24. August 2015 (act. 3/28 S. 70 ff.). Es basiert auf einer allgemeinmedizinischen, psychiatrischen, neuropsychologischen und rheumatologischen Untersuchung sowie den verfügbaren Akten (act. 3/28 S. 2). Das psychiatrische Teilgutachten basiert unter anderem auf einer zweitägigen Untersuchung im August und September 2015 (act. 13 Rz. 22.1 S. 33; act. 3/28 S. 40). 7.2.5.2. Zu den Ergebnissen der persönlichen Untersuchung durch den psychiatrischen Teilgutachter hält das MEDAS-Gutachten fest, der Kläger wirke vorzeitig gealtert, vermittele einen adynamischen Eindruck, seine Psychomotorik sei leicht gehemmt, sein Antrieb leichtgradig vermindert, er berichte wenig aus eigener Initiative, seine Ausführungen seien von spärlichen Gesten begleitet, grossmehrheitlich mache er einen freudlosen Eindruck, sein Vitalgefühl erscheine eingeschränkt, seine Grundstimmung sei subdepressiv und er habe im Kontext des gegen ihn geführten Strafverfahrens zu weinen begonnen (act. 3/28 S. 42, 55). Seine Beschwerdeschilderungen seien zu beiden Untersuchungszeitpunkten vage gewesen. Er habe von verminderter Konzentrationsfähigkeit und verminderter psychischer Belastbarkeit bei Leistungsanforderungen berichtet, sei aber nicht in

- 48 - der Lage gewesen, dies mit Einschränkungen im Alltag zu konkretisieren (act. 3/28 S. 54). Im klinischen Untersuchungsbericht seien keine kognitiven Beeinträchtigungen objektivierbar gewesen (act. 3/28 S. 55). Namentlich seien die im Gutachten von Dr. G.\_\_\_\_\_ erwähnten Einschränkungen der kognitiven Funktionen aktuell nicht objektivierbar (act. 3/28 S. 56). Der Kläger habe berichtet, an Werktagen jeweils mit dem Auto ins Büro zu fahren, wo er ca. fünf Stunden täglich verbringe bzw. welches er zwischen 09.00 und 10.00 Uhr erreiche und zwischen 16.00 und 20.00 Uhr verlasse (act. 3/28 S. 20, 46). Er habe ferner berichtet, nach Abschluss des Strafverfahrens drei bis 14-tägige Reisen ins Ausland, u.a. in den Oman, nach Bangkok, Phuket und Singapur, unternommen zu haben, eine verbindliche Beziehung zu führen, gemeinsame Ferien mit seiner Freundin verbracht zu haben und jüngst in der Region München ehemalige Kollegen getroffen zu haben (act. 3/28 S. 42, 47, 55, 57, 64 f.). Zum Gesundheitszustand des Klägers ab April 2008 hält das MEDAS-Gutachten zunächst fest, es bestehe eine Aktenlücke in der medizinischen Dokumentation von 22. April 2008 (Bericht des RAD) bis 14. Februar 2015 (Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_; act. 3/28 S. 59). Sodann wird ausgeführt, die im Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ enthaltene Differentialdiagnose bipolare Störung Typ II sei nicht mit der in der Versicherungsmedizin geforderten Wahrscheinlichkeit zu stellen (act. 3/28 S. 59). In der

Folge werden differentialdiagnostisch eine andauernde Persönlichkeitsänderung nach psychischer Erkrankung (ICD-10 F 62.1) und eine Dysthymie (ICD-10 F 34.1) verworfen (act. 3/28 S. 60 ff.). Sodann wird bezüglich der Diagnose einer Depression (ICD-10 F 33.) ausgeführt, im Zeitraum 2008 bis 2015 seien weder abgrenzbare depressive Episoden, noch deren Ausprägungs- grad und Intensität dokumentiert. Insbesondere wäre unter dem Aspekt der hohen emotionalen Belastung durch das Strafverfahren eine Verschlimmerung der Depression zu erwarten gewesen, wobei eine psychiatrische Hospitalisierung unum- gänglich gewesen wäre. Gemäss Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ seien Ausprägungs- grad und Intensität der depressiven Episoden schwankend und müsse davon ausgegangen werden, dass die Depression nie wirklich remittiert sei. Dr. C.\_\_\_\_\_ beschreibe in seinen Berichten aber keine abgrenzbaren depressiven Episoden. Deshalb müsse am ehesten davon ausgegangen werden, dass es sich beim Lei-

- 49 - den des Klägers um eine anhaltende Depression, die hauptsächlich im höheren Lebensalter auftritt, handle. Zum aktuellen Gesundheitszustand des Klägers hält das MEDAS-Gutachten fest, Ausprägungsgrad und Intensität der Depression würden zu beiden Untersuchungszeitpunkten (d.h. im August und September 2015) "höchstens einer leichtgradigen depressiven Episode" entsprechen (act. 3/28 S. 62). Im Gesamtgutachten wird gesagt, es bestehe sicher ein Status nach einer depressiven Episode (act. 3/28 S. 28). In der Folge wird differentialdiagnostisch gestützt auf einen Kriterienkatalog ge- prüft, ob beim Kläger eine Aggravation oder Simulation vorliege. Während der Gutachter einige Kriterien gestützt auf die ihm zur Verfügung stehenden Grundla- gen als nicht erfüllt oder nicht sicher beurteilbar erachtete, waren andere Kriterien zumindest teilweise erfüllt: Zum einen seien die geltend gemachten Konzentrati- onseinschränkungen weder klinisch noch neuropsychologisch objektivierbar, was als Diskrepanz zwischen subjektiver Beschwerdeschilderung und beobachtbarem Verhalten angesehen wurde. Zum anderen sei der Kläger nicht in der Lage, die Beschwerden anhand konkreter Einschränkungen zu plausibilisieren, und komme zwar immer wieder auf Leistungseinschränkungen bei der Berufsausführung zu sprechen, ohne dass aber plausibel werde, wie sich diese Einschränkungen bei der Tätigkeit als Wirtschaftsberater auswirkten, was als Kontrast zwischen be- haupteter Intensität der Beschwerden und Vagheit der Beschreibung gewertet wurde (act. 3/28 S. 63). Der psychiatrische Teilgutachter kam daher zum Schluss, dass eine Aggravation oder gar Simulation nicht mit der geforderten Wahrschein- lichkeit ausgeschlossen werden könne. Der im neuropsychologischen Teilgutach- ten erhobene Befund einer Symptomverdeutlichungstendenz vor dem Hintergrund einer schwankenden Anstrengungs- und Leistungsbereitschaft sei durch keine Erkrankung aus dem psychiatrischen Formenkreis erklärbar (act. 3/28 S. 57, 63). Im neuropsychologischen Teilgutachten wird diesbezüglich festgehalten, die neu- ropsychologische Untersuchung habe Hinweise auf eine schwankende, nicht durchgehend ausreichende Anstrengungs- und Leistungsbereitschaft sowie eine Symptomverdeutlichungstendenz ergeben. Der Kläger habe auffällige Werte in einem nonverbalen Symptomvalidierungsverfahren erzielt, was für eine, zumin- dest intermittierend, verminderte Anstrengungs- und Leistungsbereitschaft spre-

- 50 - che. Des Weiteren hätten sich fachlich nicht nachvollziehbare Diskrepanzen im Leistungsprofil der mnestischen Funktionen ergeben. Die Abrufleistung von non- verbaler mnestischer Information im Rahmen eines Symptomvalidierungsverfah- rens sei deutlich unter der Abrufleistung von depressiven Patienten oder Patien- ten mit einer Hirnverletzung

mit einer ausreichenden Leistungsmotivation gelegen. Demgegenüber habe die Aufmerksamkeitsprüfung keine Hinweise auf eine Aufmerksamkeitsstörung ergeben (act. 3/28 S. 75). Der psychiatrische Teilgutachter schloss aber, die klinischen Befunde und die Akten liessen keine sicheren Aussagen über allfällige Selbstlimitierungen zu (act. 3/28 S. 67). Zusammenfassend besagt das psychiatrische Teilgutachten zum Zustand ab April 2008: "Gemäss letztem Arztbericht von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 14.02.2015 leidet der Expl. seit 2006 unter rezidivierenden depressiven Episoden. Der Krankheitsverlauf ist in den Akten zwischen April 2008 bis Herbst 2014 nicht dokumentiert. Differentialdiagnostisch sind die diagnostischen Kriterien einer Persönlichkeitsänderung nach psychischer Erkrankung (ICD-10 F 62.1), einer Double Depression (Dysthymie) (ICD-10 F 34.1) und einer chronifizierte depressive Episode (ICD-10 F 33.) nicht mit der in der Versicherungsmedizin geforderten Wahrscheinlichkeit erfüllt. Ebenso ist nicht mit der in der Versicherungsmedizin geforderten Wahrscheinlichkeit eine Aggravation oder gar Simulation gemäss Foersterscher Kriterien ausschliessbar. Abgestützt auf die Angaben des Expl., die fremdanamnестischen Erhebungen und die Arztberichte von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ müsste davon ausgegangen werden, dass der Expl. seit 2006 unter rezidivierenden depressiven Episoden, die nie vollständig remittiert sind, leidet. Gemäss den klinischen Befunden entsprechen Ausprägungsgrad und Intensität der depressiven Episoden höchstens einer leichtgradigen depressiven Episode. Insbesondere sind keine schwerwiegenden kognitiven Beeinträchtigungen objektivierbar" (act. 3/28 S. 63 f.). Zur Arbeitsfähigkeit hielt der psychiatrische Teilgutachter zunächst fest: "Wie erwähnt findet sich in den Akten kein Anforderungsprofil für die Tätigkeit als selbstständiger Wirtschaftsführer oder Unternehmensberater. [...] Der Expl. betont immer wieder, dass ihm aufgrund der Konzentrationseinschränkungen selbst das

- 51 - Abfassen eines e-Mails grosse Schwierigkeiten bereitet. Im klinischen Untersuch., auch anlässlich der neuropsychologischen Untersuchung finden sich keine Anhaltspunkte für kognitive Beeinträchtigungen, die die Konzentrationseinschränkungen plausibilisieren." Sodann befasste sich der psychiatrische Teilgutachter mit einzelnen, im Hinblick auf die Arbeitsfähigkeit relevanten Aspekten und hielt unter anderem fest, dass er in Bezug auf die klägerische Fähigkeit zur Planung und Strukturierung von Aufgaben mangels Angaben zur Tätigkeit des Klägers kein Urteil abgeben könne, dass sich allerdings weder klinisch noch neuropsychologisch Anhaltspunkte für krankheitswertige kognitive Beeinträchtigungen fänden (act. 3/28 S. 64). Zur Arbeitsfähigkeit im Zeitraum April 2008 bis Herbst 2014 führen sowohl das psychiatrische Teilgutachten als auch das Gesamtgutachten aus – nachdem zunächst darauf hingewiesen wird, gemäss den medizinischen Akten scheine eine Arbeitsunfähigkeit von 100% von August 2006 bis April 2008 ausgewiesen, wobei sowohl in den Berichten von Dr. E.\_\_\_\_\_ als auch von Dr. D.\_\_\_\_\_ von einer Verbesserung der Arbeitsfähigkeit ausgegangen werde –, der Krankheitsverlauf während dieses Zeitraums sei in den Akten medizinisch nicht dokumentiert. Deshalb sei es nicht möglich, Angaben zur Arbeitsunfähigkeit in diesem Zeitraum zu machen (act. 3/28 S. 30, 65). Zur aktuellen Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als Unternehmensberater kam der psychiatrische Teilgutachter zum Schluss: "Eine sichere Beurteilung der Arbeitsfähigkeit als Unternehmensberater ist dem Ref. nicht möglich. Mit Bericht vom 14.02.2015 hat Dr. med. C.\_\_\_\_\_ dem Expl. eine 100% Arbeitsunfähigkeit in der Tätigkeit als Unternehmensberater ab 01.08.2006 attestiert. Abgestützt auf die klinischen Befunde und den Mini-ICF-APP-Bogen ist diese Beurteilung nicht nachvollziehbar. Auch im Falle von rezidivierenden depressiven

Episoden gibt es immer wieder Phasen, in denen die Depression aufhellt. In solchen Phasen sind keine schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht begründbar. Beim Expl. muss sicher von einer Teilarbeitsfähigkeit ausgegangen werden, der Ref. ist aber nicht mit der in der Versicherungsmedizin geltenden Wahrscheinlichkeit in der Lage die Teilarbeitsfähigkeit zu quantifizieren. U.a. ist nicht fassbar welche Tätigkeit der Expl. in den letzten Jahren ausgeübt hat" (act. 3/28 S. 65). An anderer Stelle wird ausgeführt, die Befunde allein erklärten die geltend ge-

- 52 - machten Einschränkungen der Leistungsfähigkeit nur ungenügend (act. 3/28 S. 18). An wieder anderer Stelle wird ausgeführt, dass im Untersuchungszeitpunkt höchstens eine leichtgradige depressive Episode vorgelegen habe und dass "[a]bgestützt auf die klinischen Befunde keine volle Arbeitsfähigkeit begründbar" sei (act. 3/28 S. 62). Im Gesamtgutachten wird festgehalten, es sei dem Psychiater nicht mit der in der Versicherungsmedizin geforderten Wahrscheinlichkeit möglich, eine Aussage über einen invalidisierenden Gesundheitsschaden aufgrund einer psychischen Erkrankung zu machen. Eine sichere Beurteilung der Arbeitsfähigkeit als Unternehmensberater sei nicht möglich. Und weiter: "Aus psychiatrisch und neuropsychologischer Sicht kann die Höhe der Teilarbeitsfähigkeit nicht mit der in der Versicherungsmedizin notwendigen überwiegenden Wahrscheinlichkeit quantifiziert werden, da ebenso wenig ein invalidisierender Gesundheitsschaden aufgrund einer psychischen Erkrankung mit geforderter Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden kann." Es müsse sicher von einer Teilarbeitsfähigkeit ausgegangen werden. Es sei jedoch nicht möglich, die Teilarbeitsfähigkeit zu quantifizieren. Es sei auch nicht fassbar, welche Tätigkeit der Versicherte in den letzten Jahren ausgeübt habe (act. 3/28 S. 28 f.). 7.2.5.3. Das MEDAS-Gutachten ist ein in einem Verwaltungsverfahren eingeholtes Gutachten externer Spezialärzte, also ein Fremdgutachten, und damit im vorliegenden Verfahren als gerichtliches Gutachten i.S.v. Art. 183 Abs. 1 ZPO beweismässig verwertbar, unter Vorbehalt des rechtlichen Gehörs der Parteien (vorne E. 4.5.2). In Anbetracht dessen, dass die Parteien sich in zwei Schriftenwechseln einlässlich zum Inhalt des MEDAS-Gutachtens geäußert haben, zur Person der MEDAS-Gutachter äussern konnten und keine Ergänzungsfragen gestellt haben, mithin die Punkte zur Sprache bringen konnten, in denen sie das Gutachten für ungenügend halten (vgl. BGer 4A\_707/2016 vom 29. Mai 2017 E. 4.2.2), ist das MEDAS-Gutachten im vorliegenden Verfahren als gerichtliches Gutachten zu berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, als sich die anwaltlich vertretenen Parteien der Möglichkeit, Ergänzungsfragen zu stellen, bewusst sein mussten (BGer 4A\_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 3.3). Hinzu kommt, dass allfällige Ergänzungsfragen konkret gestellt werden müssen und es nicht Aufgabe des Gerichts ist, aus aufgeworfenen Problemkreisen und kritischen Bemerkungen selbst

- 53 - geeignete Fragen herauszuarbeiten (DOLGE, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, Art. 187 ZPO N 7; RÜETSCHI, a.a.O., Art. 187 ZPO N 10; WEIBEL, a.a.O., Art. 187 ZPO N 13). Auf die vom Kläger aufgeworfenen Kritikpunkte am MEDAS-Gutachten ist freilich im Rahmen der Beweiswürdigung einzugehen (hinten E. 7.3.4.6-7.3.4.9). 7.3. Würdigung der Urkunden 7.3.1. Zunächst zum Bericht vom 14. Februar 2015 und dem Einvernahmeprotokoll vom 21. Dezember 2010, d.h. den Angaben von Dr. C.\_\_\_\_\_: 7.3.1.1. Die Angaben von Dr. C.\_\_\_\_ sind von Beginn weg kritisch zu würdigen, ist doch gemäss Bundesgericht die Erfahrungstatsache zu berücksichtigen, dass behandelnde Ärzte mitunter mit Blick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten behandelter

Personen aussagen (BGE 135 V 465 E. 4.5 S. 470; BGE 125 V 351 E. 3b/cc S. 353; BGer 5A\_530/2022 vom 11. November 2022 E. 2.4.2.2; BGer 8C\_226/2022 vom 27. Oktober 2022 E. 4.2.2; BGer 8C\_703/2021 vom 28. Juni 2022 E. 5.1; BGer 8C\_736/2021 vom

## **E. 2**

Vertragliche Grundlagen und Beweisthemen

### **E. 2.1**

Die wesentlichen vertraglichen Grundlagen besagen Folgendes (vgl. act. 1 Rz. 10, 14, 61 f.; act. 13 Rz. 14 S. 11 ff., Rz. 15 ff. V.1 S. 14, Rz. 25 S. 42, Rz. 27 S. 43, Rz. 31 S. 45): Die Police "Risikoversicherung bei Erwerbsunfähigkeit" verschafft dem Kläger einen Anspruch auf eine "Rente bei Erwerbsunfähigkeit" von CHF 240'000.– pro Jahr, vierteljährlich auszahlbar nach einer Wartefrist von 24 Monaten bis 1. Dezember 2020 (act. 3/1 S. 1). Die Bedingungen für die Rente bei Erwerbsunfähigkeit (nachfolgend: B EU-Rente) enthalten folgende Passagen (act. 3/3 S. 1): ... [Bedingungen für die Rente bei Erwerbsunfähigkeit, siehe Erw. 2.3.]

### **E. 2.2**

Mit der Beklagten ist davon auszugehen, dass in Anwendung von Ziff. 2 der B EU-Rente, wonach die Erwerbsunfähigkeit am Tag der ärztlichen Feststellung bzw. des Arztbesuches beginnt, und in Anbetracht des Berichts seines handelnden Arztes Dr. C.\_\_\_\_\_, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie (act. 1 Rz. 16), vom 11. Januar 2007, wonach die medizinische Behandlung

- 6 - am 31. August 2006 begonnen habe (act. 3/17 Ziff. 1), die behauptete Erwerbsunfähigkeit an ebendiesem 31. August 2006 begonnen hätte und die Wartefrist entsprechend am 31. August 2008 abgelaufen wäre (act. 13 Rz. 15 ff. Vorbem. S. 14). Ein Rentenanspruch würde für die weitere Dauer der Erwerbsunfähigkeit bis längstens zum Ablauf der vereinbarten Versicherungsdauer, d.h. vom 1. September 2008 bis zum 1. Dezember 2020 (nachfolgend: Anspruchszeitraum), bestehen.

### **E. 2.3**

Gemäss den zitierten Vertragsbestimmungen hängt ein allfälliger Anspruch des Klägers davon ab, ob nachgewiesen ist, dass sowohl während der Wartefrist vom 31. August 2006 bis zum 31. August 2008 als auch während des Anspruchszeitraums vom 1. September 2008 bis zum 1. Dezember 2020 oder zumindest eines Teils davon, zum einen medizinisch objektiv feststellbare Krankheitsfolgen, d.h. kurz eine gesundheitliche Beeinträchtigung, vorlagen und dass zum anderen diese den Kläger zu einem Grad von mindestens 25% ausserstande setzten, seinen Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben, d.h. kurz der Kläger erwerbsunfähig war (Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 2 der B EU-Rente).

### **E. 2.4**

Wird wie im vorliegenden Fall aufgrund einer behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigung ein Anspruch aus einer behaupteten Erwerbsunfähigkeit geltend gemacht, kann die beklagte Partei diesen aus verschiedenen Gründen bestreiten: Zum einen kann sie bestreiten, dass die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung überhaupt (oder zumindest im behaupteten Ausmass) besteht. Zum anderen kann sie bestreiten, dass die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung (wenn sie denn bestehen sollte) tatsächlich die Erwerbsfähigkeit des Betroffenen beeinträchtigt. Streng genommen betrifft lediglich die

zweitgenannte Bestreitung direkt das Beweisthema der Erwerbsunfähigkeit, während die erstgenannte Bestreitung das Beweisthema der gesundheitlichen Beeinträchtigungen betrifft. Auch diese erstgenannte Bestreitung hat aber Auswirkungen auf die Frage der Erwerbsunfähigkeit, da diese von der gesundheitlichen Beeinträchtigung abhängt (vgl. zum Ganzen BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 3.1). Ziff. 2 der B EU-Rente sieht dies ausdrücklich vor, indem sie die Frage der Erwerbsunfähigkeit an die Frage der gesundheitlichen Beeinträchtigung koppelt

- 7 - ("wegen"). Wie zu zeigen sein wird, ist vorliegend sowohl das Bestehen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung (Beweisthema 1) als auch das Bestehen einer Erwerbsunfähigkeit im engeren Sinn (Beweisthema 2) umstritten.

### **E. 3**

Beschränkung des Prozessthemas Im vorliegenden Fall ist die Beweislage, aus der sich allenfalls eine gesundheitliche Beeinträchtigung und eine Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum erstellen liessen, auffallend dünn. Dass dieser Nachweis gelingt, ist aber Grundvoraussetzung für die Gutheissung der Klage. Nachfolgend ist daher das Prozessthe- ma auf die Frage zu beschränken, ob eine gesundheitliche Beeinträchtigung und eine Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum nachgewiesen sind. Nicht entscheidend ist daher, ob während der Wartefrist eine gesundheitliche Beeinträchtigung oder Erwerbsunfähigkeit vorlag (wobei diese immerhin ein Indiz für eine entsprechende gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum sein könnten, dazu hinten E. 5.1). Ebenfalls nicht entscheidend ist in diesem Schritt, welchen Grad eine allfällige gesundheitliche Beeinträchtigung bzw. Erwerbsunfähigkeit hatte, namentlich ob die vertraglich festgesetzte 25%-Grenze erreicht wurde. Denn erst wenn überhaupt nachgewiesen werden kann, dass eine gesundheitliche Beeinträchtigung und eine Erwerbsunfähigkeit gegeben waren, stellt sich die Frage nach deren Ausmass. Schliesslich ist nicht entscheidend, ob die diversen von der Beklagten vorgebrachten Einwendungen gegen den Leistungsanspruch (insb. act. 13 Rz. 34 S. 47 ff.) gegeben sind.

### **E. 4**

Allgemeines zu Behauptung, Bestreitung und Beweis

#### **E. 4.1**

Behauptungs-, Substantiierungs-, Bestreitungs- und Beweislast

##### **E. 4.1.1**

Im vorliegenden Verfahren gilt die Verhandlungsmaxime, wonach das Gericht sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten und bewiesenen Tatsachen stützt (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO).

- 8 -

##### **E. 4.1.2**

Die Parteien trifft damit zunächst eine Behauptungslast. Demnach haben sie in ihren Parteivorbringen diejenigen Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen. Darüber hinaus trifft sie eine Substantiierungslast. Demnach haben sie diese Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern umfassend und klar vorzubringen (BGer 4A\_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 6.1; BGer 4A\_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.1; BGer 4A\_438/2010 vom 15. November 2010 E. 3.4.2.1; BGer 4C.211/2006 vom 26. Juni

2007 E. 3.1; BGer 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1; WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, Art. 221 ZPO N 29). Immerhin braucht eine Tatsachenbehauptung in einem ersten Schritt nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Vielmehr genügt es, wenn die Tatsache in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet wird. Nichtsdestotrotz muss die Tatsachenbehauptung so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 523; BGE 136 III 322 E. 3.4.2 S. 327 f.; BGer 4A\_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1; BGer 4A\_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.1; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 ZPO N 29). Bestreitet die andere Prozesspartei das an sich schlüssige Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei, kann diese – um ihrer Substantiierungslast zu genügen – in einem zweiten Schritt gezwungen sein, die rechtserheblichen Tatsachen nicht (mehr) nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert, so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 523; BGE 127 III 365 E. 2b S. 368; BGer 4A\_640/2020 vom 9. September 2021 E. 3.1.2; BGer 4A\_280/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.1; BGer 4A\_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.1; BGer 4A\_438/2010 vom 15. November 2010 E. 3.4.2.1). Die jeweiligen Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich damit einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm, aus denen abzuleiten ist, wie weit ein Sachverhalt inhaltlich zu substantiieren ist, damit er unter die massgebliche Bestimmung subsumiert werden kann, und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5.2.1.1 S. 523; BGE 127 III 365

- 9 - E. 2b S. 368; BGer 4A\_410/2011 vom 11. Juli 2012 E. 6.1; BGer 4A\_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.1). Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener bestrittener Behauptungen besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der unsubstantiiert vorgetragene Sachverhalt steht dem nicht bewiesenen gleich, die betreffenden Tatsachen bleiben unberücksichtigt. Mithin kann sich eine Partei nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche voraus (BGE 144 III 67 E. 2.1 S. 69; BGer 4A\_462/2020 vom 24. November 2020 E. 4.3; BGer 4A\_113/2017 vom

### **E. 4.1.3**

Das Gegenstück zur Behauptungslast ist die Bestreitungslast. Bestreitet die andere Partei eine schlüssige Tatsachenbehauptung der behauptungsbelasteten Partei nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne Weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt wird (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO). Die andere Partei hat im Einzelnen darzutun, welche behaupteten Tatsachen sie anerkennt und welche sie bestreitet. Je detaillierter die Behauptungen sind, umso höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGer 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3; BGer 4A\_299/2015 vom 2. Februar 2016 E. 2.3). Bei detaillierten Behauptungen genügen pauschale Bestreitungen nicht. Diesfalls hat das Gericht von unbestrittenen Tatsachen auszugehen (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437; BGer 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1; BGer 4A\_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3; WALTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2012, Art. 8 ZGB N 191 ff.; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 222 ZPO N 24).

#### **E. 4.1.4**

Liegt eine (genügend substantiiert vorgetragene) Tatsachenbehauptung einer Partei vor und wird diese von der Gegenpartei (in genügend substantiiertes Weise) bestritten, greift die Beweislast. Demnach haben die Parteien den Beweis zu erbringen, dass die von ihnen behaupteten Tatsachen zutreffen.

- 10 -

#### **E. 4.2**

Beweislastverteilung

##### **E. 4.2.1**

Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Der Beweis, der in diesem Sinn eine bestimmte Tatsachenbehauptung erhärten soll, wird Hauptbeweis genannt (zum Ganzen BGE 148 III 105 E. 3.3.1 S. 107; BGE 130 III 321 E. 3.1 S. 323; BGE 128 III 271 E. 2a/aa S. 273; LARDELLI/VETTER, in: Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl. 2022, Art. 8 ZGB N 10). Die nach Art. 8 ZGB beweisbelastete Partei hat die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen. Demnach muss das Gericht, wenn die fragliche Tatsachenbehauptung nicht bewiesen werden kann, davon ausgehen, dass sie nicht zutrifft, und folglich zu Ungunsten derjenigen Partei entscheiden, die aus ihrem Vorhandensein einen Anspruch abgeleitet hätte (BGE 108 II 269 E. 2b S. 275; BGer 4A\_131/2021 vom

##### **E. 4.2.2**

Auf Versicherungsfälle bezogen hat demnach die anspruchsberechtigte Person – in der Regel der Versicherungsnehmer – die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Die Versicherung trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die sie zur Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder den Versicherungsvertrag unverbindlich machen (z.B. wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs i.S.v. Art. 40 VVG; zum Ganzen BGE 148 III 105 E. 3.3.1 S. 107 f.; BGE 141 III 241 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.1 S. 323).

##### **E. 4.2.3**

Vorliegend obliegt es also dem Kläger, den Hauptbeweis für den von ihm geltend gemachten Anspruch und damit namentlich für die von ihm behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung (Beweisthema 1) einerseits und die behauptete Erwerbsunfähigkeit (Beweisthema 2) andererseits zu erbringen. Umgekehrt steht es der Beklagten offen, den Gegenbeweis anzutreten und mit eigenen Vorbringen Zweifel am klägerischen Hauptbeweis hervorzurufen bzw. wach zu halten. An dieser Beweislastverteilung ändert nichts, dass die Beklagte ihre Leistungen verweigerte, nachdem zunächst noch gestützt auf eine Taggeldversicherung Leistungen an den Kläger ausgerichtet worden waren (act. 13 Rz. 13.1 S. 8; act. 14/2- 3). Vielmehr hat auch in solchen Fällen die versicherte Person

nachzuweisen, dass sie (weiterhin) einen Anspruch hat (BGE 141 III 241 E. 3.1 S. 243; BGer 4A\_144/2021 vom 13. September 2021 E. 4.2.1; BGer 4A\_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2). Ebenso wenig brauchte die Beklagte Auskünfte bei behandelnden Ärzten zu tätigen oder Rückfragen zu stellen, als sie den Anspruch des Klägers bestritt (BGer 4A\_144/2021 vom 13. September 2021 E. 4.2.1). Schliesslich ist im vorliegenden Verfahren auch nicht relevant, dass jede Partei jeweils die Gegenpartei zur Sicherung der nötigen Beweismittel verpflichtet sah

- 12 - (vgl. act. 1 Rz. 23; act. 13 Rz. 23.2 S. 40); für das hiesige Gericht ist nur relevant, ob die Beweismittel heute vorliegen, ins Recht gelegt wurden und die Behauptungen bewiesen.

- 13 -

### **E. 4.3**

**Beweismass** Ein Beweis ist grundsätzlich erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung überzeugt ist. Man spricht diesbezüglich vom ordentlichen Beweismass der vollen Überzeugung. Absolute Gewissheit wird dabei nicht verlangt. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (zum Ganzen BGE 148 III 134 E. 3.4.1 S. 135 f.; BGE 148 III 105 E. 3.3.1 S. 108; BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324; BGE 128 III 271 E. 2b/aa S. 275). In der Lehre werden die Anforderungen auch so umschrieben, dass die entsprechenden Tatsachenbehauptungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein müssten und dass verbleibende Zweifel an der Verwirklichung der behaupteten Tatsachen gesamthaft betrachtet nicht ins Gewicht fallen dürften (BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, 2008, Rz. 06.66, 06.74). Vorgeschlagen wird beispielsweise, auf das Vorliegen einer Mindestwahrscheinlichkeit von 90% abzustellen (BERGER-STEINER, a.a.O., Rz. 06.69). Ausnahmen von diesem ordentlichen Beweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreicht, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz und andererseits aus Rechtsprechung und Lehre. Diesen Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Eine Beweiserleichterung setzt demnach eine sog. Beweisnot voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die betreffenden Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon vor, wenn eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne Weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall führen also nicht zu einer Beweiserleichterung (zum Ganzen BGE 148 III 134 E. 3.4.1 S. 135 f.; BGE 148 III 105 E. 3.3.1 S. 108; BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324 m.w.H.).

- 14 - Im Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalles geht die Rechtsprechung davon aus, dass – namentlich bei der Diebstahlversicherung – in der Regel eine Beweisnot gegeben ist, sodass sich eine Beweiserleichterung rechtfertigt (BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 325). In seiner jüngeren Rechtsprechung präzisierte das Bundesgericht dies – jeweils im Kontext von Krankentaggeldversicherungen – insofern, als es ausführte, dass für den Nachweis einer behaupteten Arbeitsunfähigkeit nicht das reduzierte Beweismass der

überwiegenden Wahrscheinlichkeit, sondern das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung gelte, könne doch eine behauptete Arbeitsunfähigkeit ohne Weiteres mit einem entsprechenden Zeugnis bewiesen werden (BGE 148 III 105 E. 3.3.1 S. 108; BGer 4A\_172/2022 vom 31. August 2022 E. 2.5; BGer 4A\_200/2022 vom 9. Juni 2022 E. 3.1; BGer 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 4; BGer 4A\_516/2021 vom 25. November 2021 E. 3.2; BGer 4A\_144/2021 vom 13. September 2021 E. 5.2). Der Kläger bringt vor, dass sich die besagte jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung auf die kurzfristigen, vorübergehenden Ansprüche auf ein Krankentag-geld im Rahmen einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung beziehe und im Zusammenhang mit den Grundlagen langfristiger Rentenleistungen im Rahmen eines Lebensversicherungsvertrags nicht verlangt werden könne, dass die gesundheitlichen Einschränkungen Tag für Tag neu in gleicher Weise bewiesen werden müssten (act. 32 Rz. 4). Dem ist nicht zu folgen. Beim Beweismass geht es um die Frage, mit welcher Intensität oder Sicherheit die behauptete Tatsache nachgewiesen werden muss, damit sie das Gericht als erwiesen betrachten kann (siehe BGE 121 V 204 E. 6a S. 208; BERGER-STEINER, a.a.O., Rz. 02.55). Es gilt der Grundsatz, dass eine Tatsache mit höchster Intensität – eben zur vollen Überzeugung des Gerichts – nachgewiesen werden muss. Nur eine allfällige Beweisnot, d.h. die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit eines strikten Beweises, rechtfertigt einen Rückgriff auf das reduzierte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Das Bundesgericht hat eine solche Beweisnot in Bezug auf den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit gerade verneint, indem es erwogen hat, eine solche könne namentlich mit einem entsprechenden Zeugnis bewiesen werden. Diese Erwägung ist unabhängig davon einschlägig, ob sich der Nachweis auf einen länger- oder kurzfristigeren Versicherungsanspruch bezieht.

- 15 - Ein Gericht mag den besonderen Herausforderungen, die sich aus der Langfristigkeit für den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit ergeben, im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung tragen, beispielsweise indem es den einmal erbrachten Nachweis der Arbeitsunfähigkeit – von der es voll überzeugt ist – über eine sachgerechte Zeitperiode hingelten lässt. Hingegen kann es sich mangels Beweisnot nicht mit einer reduzierten Intensität des Beweises zufriedengeben und die bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Arbeitsunfähigkeit genügen lassen, um der Langfristigkeit Rechnung zu tragen. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht eine Unterscheidung im Sinn der klägerischen Vorbringen auch nicht andeutet, sondern seine Rechtsprechung generell auf Versicherungsfälle bezieht (siehe BGer 4A\_516/2021 vom 25. November 2021 E. 3.2). Und schliesslich betreffen einige der bundesgerichtlichen Entscheide strittige Ansprüche, die kaum als kurzfristig bezeichnet werden können (vgl. BGE 148 III 105 Sachverhalt B S. 106: 17 Monate; BGer 4A\_516/2021 vom 25. November 2021 und vorinstanzlich Versicherungsgericht SG KV-Z 2020/8 vom 30. August 2021 E. 2.1: rund zwölf Monate; BGer 4A\_200/2022 vom 9. Juni 2022 E. 4: 15 Monate). Der Vollständigkeit halber sei zudem darauf hingewiesen, dass zumindest einer der zitierten bundesgerichtlichen Entscheide einen Fall betraf, in dem die Arbeitsunfähigkeit mit dem Vorliegen einer psychischen Beeinträchtigung bzw. einer Depression bzw. eines Burn-outs begründet wurde (BGer 4A\_200/2022 vom 9. Juni 2022 E. 4.1-4.2 und vorinstanzlich Obergericht SO ZKBER.2021.64 vom 6. April 2022 E. 1.2). Auch aus der Ursache seiner behaupteten Arbeitsunfähigkeit kann der Kläger daher betreffend Beweismass nichts zu seinen Gunsten ableiten.

#### **E. 4.4**

## Recht auf Beweis und antizipierte Beweiswürdigung

### **E. 4.4.1**

Art. 152 ZPO statuiert ein Recht auf Beweis. Danach hat die beweisbelastete Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihre Beweisofferte nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (BGer 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1 m.w.H.). Eine Beweisofferte muss sich dabei eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lassen und umgekehrt. Dafür sind den einzelnen Sachvorbringen die jeweiligen einzelnen Beweisangebote

- 16 - zuzuordnen und sie sind miteinander zu verknüpfen (Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; BRÖNNIMANN, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, Art. 152 ZPO N 23; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 221 ZPO N 51; vgl. auch BGer 4A\_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.3). In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptungen aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen. Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten worden sind (BGer 4A\_370/2016 vom 13. Dezember 2016 E. 3.3; BGer 4A\_381/2016 vom 29. September 2016 E. 3.1.2 m.w.H.; zum Ganzen BGE 144 III 67 E. 2.1 S. 68 f.).

### **E. 4.4.2**

Das Recht auf Beweis schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus. Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, wenn das Gericht zum Schluss kommt, ein an sich taugliches Beweismittel vermöge seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer behaupteten und bestrittenen Tatsache, die es insbesondere aufgrund der bereits abgenommenen Beweismittel gewonnen hat, nicht zu erschüttern. In diesem Fall kann es von weiteren Beweiserhebungen absehen. Das Gericht hat dabei zu unterstellen, dass das Beweismittel zu Gunsten der Partei ausfällt, die es angerufen hat, und dafür spricht, dass die zu beweisende Behauptung zutrifft (BGE 146 III 73 E. 5.2.2 S. 80; BGE 143 III 297 E. 9.3.2 S. 332 f.; BGE 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299; BGE 138 III 374 E. 4.3.2 S. 376; BGE 114 II 289 E. 2a S. 291; BGer 4A\_66/2018 vom

### **E. 4.5**

Beweismittel

#### **E. 4.5.1**

Zulässige Beweismittel Gemäss Art. 168 Abs. 1 ZPO sind zulässige Beweismittel das Zeugnis, die Urkunde, der Augenschein, das Gutachten, die schriftliche Auskunft sowie die Parteibefragung und Beweisaussage.

#### **E. 4.5.2**

Zu Fremdgutachten Ein zulässiges Beweismittel ist gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. d und Art. 183 ff. ZPO das Gutachten. Dieses wird grundsätzlich vom Gericht bei einer unabhängigen sachverständigen Person eingeholt, unter Wahrung bestimmter Mitwirkungsrechte der Parteien. In Verwaltungsverfahren eingeholte Gutachten externer Spezialärzte (namentlich von einem Sozialversicherungsträger veranlasste medizinische Expertisen; sog.

Fremdgutachten) sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch im Zi-

- 18 - vilprozess als gerichtliche Gutachten i.S.v. Art. 183 Abs. 1 ZPO beweismässig verwertbar, wenn den Parteien nachträglich das rechtliche Gehör gewährt wird. Dazu gehört ausser einer Stellungnahme zum Inhalt (Art. 187 Abs. 4 ZPO) auch die Möglichkeit, sich nachträglich noch zur sachverständigen Person zu äussern (Art. 183 Abs. 2 ZPO) und Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 185 Abs. 2 ZPO). Fremdgutachten sind mithin ebenso beweistauglich wie vom Zivilgericht selbst eingeholte Gutachten, wobei sich ihre Beweiskraft selbstverständlich nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) richtet und ein neues Gutachten angeordnet werden kann, wenn sie einer kritischen Würdigung nicht standhalten (zum Ganzen BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27 [betreffend ein MEDAS-Gutachten]; BGer 4A\_410/2021 vom 13. Dezember 2021 E. 3.2; BGer 4A\_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 3.3; BGer 4A\_707/2016 vom 29. Mai 2017 E. 4.2.2; BITTEL, Festlegung des IV-Grades in Haftpflicht und Sozialversicherung, in: Weber/Schmid [Hrsg.], HAVE 2020, S. 205; BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, in: Fellmann/Weber [Hrsg.], HAVE 2006, S. 81 f.; GLANZMANN-TARNUTZER, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, AJP 2005, S. 76; HARTMANN, Arztzeugnisse und medizinische Gutachten im Zivilprozess, AJP 2018, S. 1341 f.; PERGOLIS, Medizinische Privat- und Gerichtsgutachten, in: Fellmann/Weber [Hrsg.], HAVE 2006, S. 140). Einem Gutachten i.S.v. Art. 183 Abs. 1 ZPO hingegen nicht gleichgestellt sind behördeninterne Arztberichte, etwa Berichte des Regionalen Ärztlichen Dienstes (RAD) aus dem Verwaltungsverfahren (BGE 135 V 254 E. 3.4.1 S. 258 f.; BGE 123 V 331 E. 1b S. 333; HARTMANN, a.a.O., S. 1342; siehe auch BGE 136 V 117 E. 3.3.2.3 S. 123 f.). Einem Fremdgutachten kann auch Bedeutung als Gegenbeweismittel zukommen, wenn es angerufen wird, um beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Tatsachenbehauptungen hervorgerufen bzw. wachhalten (zum Begriff des Gegenbeweises vorne E. 4.2.1). Dies setzt nicht voraus, dass den Parteien im oben beschriebenen Sinn das rechtliche Gehör gewährt worden oder das Gericht von der Richtigkeit des Fremdgutachtens überzeugt ist. Es genügt, wenn das Gutachten Zweifel aufkommen lässt oder wach hält (vgl. BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.4 und BGer

- 19 - 4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.3, wonach auch ein Parteigutachten, dem nicht Beweismittelqualität zukommt, Zweifel an den anspruchsbegründenden Tatsachen aufkommen lassen kann; in diesem Sinn auch BGer 4A\_445/2016 vom

### **E. 4.5.3**

Zur Beweismittelqualität von medizinischen Berichten

#### **E. 4.5.3.1**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Privatgutachten bzw. von den Parteien in Auftrag gegebene Stellungnahmen in Bezug auf Fragen, die in gleicher Weise zum Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens gemacht werden könnten, keine zulässigen Beweismittel. Vielmehr sind sie blosser Parteibehauptungen (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437 f.; BGE 140 III 16 E. 2.5 S. 24; BGer 4A\_410/2021 vom 13. Dezember 2021 E. 3.2; BGer 4A\_26/2019 vom 24. Juli 2019 E. 3.4.1; BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.2). Die Tatsachenbehauptungen einer Partei dürfen (allein) aufgrund eines Privatgutachtens nicht als bewiesen erachtet werden, wenn die Gegenpartei diese

substantiiert bestreitet (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438; BGE 132 III 83 E. 3.5 S. 88; BGer 4A\_410/2021 vom 13. Dezember 2021 E. 3.2; BGer 5A\_1040/2020 vom 8. Juni 2021 E. 3.1.2). Diese Rechtsprechung gilt (mit Einschränkungen, dazu sogleich) auch im Bereich von medizinischen Berichten, und zwar nicht nur für eigentliche ärztliche Gutachten, sondern auch für Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte und dergleichen (BGE 140 III 16 E. 2.5 S. 24 [Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte etc.]; BGer 5A\_1040/2020 vom 8. Juni 2021 E. 3.1.2 [certificat médical]; BGer 4A\_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 5.2 [ärztliche Stellungnahme und echtzeitliche Arbeitsunfähigkeitsatteste]; BGer 4A\_26/2019 vom 24. Juli 2019 E. 3.4.1 [ärztlicher Bericht]; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.2 [von Ärzten verfasste Dokumente, beispielsweise Berichte der behandelnden Ärzte]; BGer 4A\_243/2017 vom 30. Juni 2017 E. 3.1.3 [von der Partei eingereichte Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte und dergleichen]; zur Terminologie vgl.

GLANZMANN-TARNUTZER, a.a.O., S. 73 f.; SCHMID/BAUMGARTNER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, Art. 177 ZPO N 7 ff.).

- 20 - Immerhin hat das Bundesgericht festgehalten, dass Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, meist besonders substantiiert seien und allenfalls zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis erbringen könnten (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 438; BGer 4A\_587/2021 vom 30. August 2022 E. 4.5.1; siehe auch BGer 4A\_439/2021 vom 25. Januar 2022 E. 5.2; BGer 4A\_410/2021 vom 13. Dezember 2021 E. 3.2; BGer 5A\_1040/2020 vom 8. Juni 2021 E. 3.1.2; BGer 4A\_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 4.1; BGer 4A\_412/2019 vom 27. April 2020 E. 4.2.2.1; BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.2; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.2.2). Ferner hat es auf die praktischen Schwierigkeiten dieser Rechtsprechung hingewiesen; insbesondere sei die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens retrospektiv oft in Frage gestellt (BGer 4A\_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 4.2; siehe auch BGer 4A\_587/2021 vom 30. August 2022 E. 4.5.1). Gleichzeitig hat es aber auf die Möglichkeit hingewiesen, bereits frühzeitig, wenn noch eine echtzeitliche Klärung des Gesundheitszustands möglich ist, die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung (vgl. Art. 158 ZPO) zu beantragen, und dies als sorgfältige Verfahrensführung bezeichnet (BGer 4A\_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 5.2).

#### **E. 4.5.3.2**

Ob freilich auf medizinische Berichte die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Privatgutachten zur Anwendung kommt, kann nicht abstrakt beurteilt werden, sondern hängt vom Inhalt der Dokumente ab: Hintergrund ist, dass die sachverständige Person dem Gericht durch ihre besonderen fachlichen Kenntnisse die zur Entscheidung notwendige Erfahrung beziehungsweise das notwendige Fachwissen vermitteln soll. Ihre Aufgabe ist es, dem Gericht entweder Erfahrungs- oder Wissenssätze ihrer Disziplin mitzuteilen, für das Gericht erhebliche Tatsachen zu erforschen oder sachliche Schlussfolgerungen aus bereits feststehenden Tatsachen zu ziehen. Da die sachverständige Person im Gegensatz zum Zeugen nicht über eigene Wahrnehmungen aussagt, ist sie ersetzbar und wird vom Gericht bestimmt (zum Ganzen BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.2; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.1, 5.4.3;

- 21 - BGer 4A\_309/2017 vom 26. März 2018 E. 2.3.6; BGer 4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.2.1). Soweit medizinische Berichte Fragen behandeln, die in gleicher Weise zum Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens gemacht werden können, gilt die

bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Privatgutachten. Demnach ist insoweit ein medizinischer Bericht, wie soeben ausgeführt, für sich allein nicht zum Beweis geeignet (BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.2). Soweit hingegen medizinische Berichte Informationen zu Tatsachen enthalten, die das Gericht nicht in gleicher Weise von einer gerichtlich eingesetzten sachverständigen Person erhältlich machen könnte, gilt die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Privatgutachten nicht. Solche Informationen und insbesondere schriftliche Aufzeichnungen tatsächlicher Art behandelnder Ärzte fallen vielmehr unter den Urkundenbegriff von Art. 177 ZPO. Dies gilt beispielsweise für Berichte über die durchgeführten Behandlungen, die auf eigener Wahrnehmung beruhen. Zwar könnten theoretisch auch die durchgeführten Behandlungen Gegenstand eines Gutachtens bilden. Die Beantwortung der Fragen durch eine sachverständige Person würde aber nicht auf eigenen echtzeitlichen Wahrnehmungen der konkret handelnden Personen beruhen, sondern vielmehr auf den Aussagen und Berichten derselben beziehungsweise auf nachträglichen Untersuchungen der sachverständigen Person. Inwieweit Berichte über die durchgeführten Behandlungen zulässige Beweismittel darstellen, bestimmt sich nicht mit Blick auf die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts, sondern nach den allgemeinen Regeln – aber nur in Bezug auf die Fragen, die nicht in gleicher Weise zum Gegenstand eines Gutachtens gemacht werden können. Sämtliche aufgrund des medizinischen Fachwissens gezogenen Schlüsse können Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens sein, weshalb insoweit die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Parteigutachten zum Zug kommt (zum Ganzen BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.3; siehe auch BGer 4A\_255/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 6.3.5; BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.2, 2.6.1, und BGer 4A\_26/2019 vom 24. Juli 2019 E. 3.4.1 ["in Bezug auf Fragen, die in gleicher Weise zum Gegenstand eines Gerichtsgutachtens gemacht werden könnten"]). Dies gilt namentlich

- 22 - für den abstrakten Schluss von einer gesundheitlichen Beeinträchtigung auf das Mass der Arbeitsunfähigkeit (BGer 4A\_255/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 6.3.5; BGer 4A\_601/2018 vom 13. März 2019 E. 4.1.3; BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.3).

5. Übersicht zu Parteistandpunkten und Beweislage 5.1. Der Kläger macht zusammengefasst geltend, seit dem 1. August 2006 und damit auch im Anspruchszeitraum an einer schweren und chronischen Depression erkrankt zu sein und seither unter rezidivierenden depressiven Episoden unterschiedlichen Schweregrads zu leiden, die fortbeständen und eine Erwerbstätigkeit auf seinem beruflichen Niveau verunmöglichten (act. 1 Rz. 15, 21). Um den Beweis in Bezug auf den Anspruchszeitraum zu erbringen, verweist der Kläger auf folgende Urkunden als Hauptbeweismittel, die seine Tatsachenbehauptungen erhärten sollen (zum Begriff des Hauptbeweises vorne E. 4.2.1): – Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 (act. 3/24; vgl. act. 1 Rz. 18, 20, 29; act. 24 Rz. 29, 36); – Protokoll der Einvernahme von Dr. C.\_\_\_\_\_ durch die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 21. Dezember 2010 (act. 3/25; vgl. act. 1 Rz. 18, 19; act. 24 Rz. 30, 31, 32); – Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 12. September 2013 (act. 3/26; vgl. act. 1 Rz. 19; act. 24 Rz. 35); und – Dauerrezept von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 10. Januar 2020 (act. 3/27; vgl. act. 1 Rz. 20; act. 24 Rz. 37). Der Kläger legt zudem das MEDAS-Gutachten (act. 3/28) ins Recht. Was den Anspruchszeitraum betrifft, bringt er vor allem Einwendungen gegen dessen Beweiswert vor (vgl. act. 1 Rz. 23, 26, 27, 28; act. 24 Rz. 40, 41, 42, 45, 47, 48, 49). Dies tut er, um allfällige Zweifel zu zerstreuen, die aufgrund des MEDAS-Gutachtens an seiner Darstellung entstehen könnten. Mit anderen Worten setzt er sich damit grossmehrheitlich im Hinblick auf dessen Wert als

(der Beklagten die-

- 23 - nendes) Gegenbeweismittel auseinander (zum Begriff des Gegenbeweises vorne E. 4.2.1). Immerhin beruft sich der Kläger insoweit bezüglich des Anspruchszeit- raums auf das MEDAS-Gutachten als Hauptbeweismittel, als er geltend macht, der psychiatrische Teilgutachter habe festgehalten, dass der Kläger seit 2006 un- ter nie vollständig remittierten rezidivierenden depressiven Episoden unterschied- lichen Ausprägungsgrads und Intensität leide (vgl. act. 1 Rz. 22; act. 24 Rz. 40) und dass von einer Teilarbeitsfähigkeit (so in act. 1 Rz. 22; act. 24 Rz. 52) bzw. für die Zeit ab Mai 2008 bis zum Begutachtungszeitpunkt und darüber hinaus von einer teilweisen, nicht quantifizierbaren Arbeitsunfähigkeit (so in act. 24 Rz. 38) ausgegangen werden müsse. Ferner verweist der Kläger auf Aufzeichnungen des psychiatrischen Teilgutachters anlässlich seiner Exploration (act. 24 Rz. 41) sowie auf die Ergebnisse einer Probeentnahme vom 17. August 2015 (act. 24 Rz. 37). Sodann beantragt der Kläger im Zusammenhang mit seinen den Anspruchszeit- raum betreffenden Tatsachenbehauptungen wiederholt die Befragung von Dr. C.\_\_\_\_\_ als Zeuge (vgl. act. 1 Rz. 29; act. 24 Rz. 28, 29, 36) sowie die per- sönliche Befragung (vgl. act. 1 Rz. 29). Ferner beantragt der Kläger im Zusammenhang mit seinen den Anspruchszeit- raum betreffenden Tatsachenbehauptungen an mehreren Stellen die gerichtliche Anordnung eines medizinischen Gutachtens (act. 1 Rz. 32, 33; act. 24 Rz. 22, 37). Darüber hinaus verlangt er die gerichtliche Anordnung eines medizinischen Gutachtens im Hinblick auf die Beurteilung des MEDAS-Gutachtens (act. 1 Rz. 26). Schliesslich äussert sich der Kläger ausführlich zum Krankheitsverlauf ab August 2006 bis Frühjahr 2008, d.h. in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum. Betreffend diese medizinisch relativ gut dokumentierte Phase reicht der Kläger diverse Hauptbeweismittel, namentlich diverse medizinische Berichte, ein. Wie ausgeführt (vorne E. 3), ist das Prozessthema auf das Vorliegen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung und einer Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum zu beschrän- ken. Immerhin sind die in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum erstellten medizini- schen Berichte insoweit relevant, als sich darin (zukunftsgerichtete) Aussagen be- treffend den Anspruchszeitraum finden lassen und als einer allfälligen nachgewie-

- 24 - senen gesundheitlichen Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum die Bedeutung eines Indizes zukommen könnte. Beim Indizienbeweis geht es um den Beweis nicht der unmittelbar rechtserheblichen Tatsache, sondern einer anderen Tatsache, die den Schluss auf das Vorhanden- sein der rechtserheblichen Tatsache zulässt (MARRO, a.a.O., Art. 8 ZGB N 10). In diesem Sinn könnte eine allfällige nachgewiesene gesundheitliche Beeinträchti- gung und Erwerbsunfähigkeit in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum auf ein Fort- dauern derselben im Anspruchszeitraum schliessen lassen. Ein solcher Schluss erscheint zumindest dann möglich, wenn das Ende einer gesundheitlichen Beein- trächtigung nicht terminiert werden kann. Anders verhält es sich aber, wenn die- ser Schlussfolgerung aufgrund einer guten Prognose und/oder konkreter Vorbrin- gen hinsichtlich einer Verbesserung des Gesundheitszustands die Grundlage ent- zogen ist. Diesfalls kann nicht einfach von der Prämisse ausgegangen werden, dass die einmal festgestellte gesundheitliche Beeinträchtigung andauert, und ent- sprechend ist diese Feststellung nicht als Indiz tauglich, um auf die zukünftige Entwicklung zu schliessen (vgl. BGer 4A\_12/2020 vom 2. Juni 2021 E. 4.3, wo- nach eine im Beobachtungszeitraum festgestellte Arbeitsunfähigkeit mit Blick auf die übrigen Dokumente auch eine darüber hinausgehende Arbeitsunfähigkeit wahrscheinlich erscheinen lassen kann, was wiederum

davon abhängen kann, wie die sachverständige Person die Besserungsaussichten beurteilt). 5.2. Die Beklagte bestreitet zusammengefasst, dass der Kläger seit dem 1. August 2006 an rezidivierenden depressiven Episoden leidet und arbeits- bzw. erwerbsunfähig ist (act. 13 Rz. 15 ff. Vorbem. S. 13, Rz. 32 S. 45, Rz. 62 S. 61; act. 28 Rz. 23 S. 17). Die vom Kläger behaupteten Diagnosen und Arbeitsunfähigkeitigkeiten seien nicht erwiesen. Für den Zeitraum von Mai 2008 bis Februar 2015 existierten keine echtzeitlichen ärztlichen Berichte, und die vom Kläger herangezogenen zwei Stellungnahmen von Dr. C.\_\_\_\_\_ vermöchten die fehlende echtzeitliche Dokumentation nicht zu ersetzen (act. 13 Rz. 18.1 S. 24). Die Beklagte äussert sich zunächst ausführlich zu den vom Kläger eingereichten Hauptbeweismitteln und stellt deren Beweiswert in Frage (act. 13 Rz. 18 ff. S. 24 ff.). Sodann verweist sie wiederholt auf das MEDAS-Gutachten als Gegen-

- 25 - beweismittel (act. 13 Rz. 18.4 S. 27 f., Rz. 19.1 S. 30, Rz. 22 S. 32 ff., Rz. 23.3 S. 41, Rz. 28 S. 43 f.; act. 28 Rz. 31 S. 25, Rz. 38 S. 32 ff., Rz. 40 S. 34 ff, Rz. 41 S. 37 f., Rz. 41 S. 38, Rz. 43 S. 38, Rz. 46 S. 40, Rz. 47 S. 41, Rz. 48 S. 42) in der Absicht, Umstände nachzuweisen, die beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der klägerischen Behauptungen hervorrufen bzw. wach halten (zum Begriff des Gegenbeweises vorne E. 4.2.1). Darüber hinaus verweist sie auf diverse Dokumente aus dem Strafverfahren (act. 13 Rz. 19.1 S. 28 f., Rz. 19.2 S. 30 f., Rz. 23.3 S. 41 f., Rz. 33 S. 46; act. 28 Rz. 31 S. 25 f., Rz. 35 S. 29 f.) und beantragt wiederholt die gerichtliche Anordnung eines medizinischen Gutachtens, um ihren Standpunkt zu belegen (act. 13 Rz. 18.4 S. 27 f., Rz. 22.3 S. 38, Rz. 23.1 S. 39, Rz. 26 S. 42 f., Rz. 32 S. 45, Rz. 33 S. 46; diverse Stellen in act. 28 Rz. 28 ff. S. 21 ff.). 5.3. Nachfolgend ist also zu prüfen, ob es dem Kläger gelingt, mit den von ihm eingereichten bzw. beantragten Hauptbeweismitteln, unter Berücksichtigung der von der Beklagten angerufenen Gegenbeweismittel, zur vollen Überzeugung des Gerichts nachzuweisen, dass er im Anspruchszeitraum, wie von ihm behauptet, an einer schweren und chronischen Depression bzw. rezidivierenden depressiven Episoden von unterschiedlichem Schweregrad litt (gesundheitliche Beeinträchtigung; Beweisthema 1) und daher erwerbsunfähig war (Beweisthema 2). Wo relevant, ist dabei vorgängig zu prüfen, inwieweit den Beweisofferten, namentlich den medizinischen Berichten, überhaupt Beweismittelqualität zukommt. Vorweg sind die Erkenntnisse zur Zeit vor dem Anspruchszeitraum zu würdigen. 6. Erkenntnisse zur Zeit bis zum 31. August 2008

## **E. 6**

September 2017 E. 6.1.1; BGer 4A\_504/2015 vom 28. Januar 2016 E. 2.4; BGer 4P.241/2004 vom 22. März 2005 E. 4; BGer 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1).

### **E. 6.1**

Vorbemerkung Wie bereits gesagt (vorne E. 5.1), sind die in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum erstellten medizinischen Berichte insoweit relevant, als sich darin (zukunftsgerichtet) Aussagen betreffend den Anspruchszeitraum finden oder eine allfällige nachgewiesene gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum ein Indiz für eine entsprechende Beeinträchtigung bzw. Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum sein könnte, sofern dieser Schlussfolgerung nicht die Grundlage entzogen ist.

- 26 -

### **E. 6.2**

Parteistandpunkte

### **E. 6.2.1**

Der Kläger behauptet, Dr. C.\_\_\_\_\_ habe nach Krankheitsbeginn im August 2006 eine schwere depressive Störung diagnostiziert und eine Arbeitsunfähigkeit in der ausgeübten Tätigkeit von 100% seit 1. August 2006 festgestellt. Belegt sei dies durch dessen Berichte vom 11. Januar, 30. Juni und 12. September 2007 (act. 1 Rz. 16; act. 3/17-19). Auch die beigezogenen Fachärzte Dres. D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ hätten eine schwere bzw. mittelgradige depressive Episode bzw. eine schwere depressive Störung diagnostiziert. Erst im Frühjahr 2008 habe sich erstmals eine Remission in eine mittelschwere depressive Episode gezeigt. Gemäss den Dres. C.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ hätte aber auch in jenem Zeitpunkt eine immer noch praktisch vollständige Arbeitsunfähigkeit bestanden. Belegt sei dies durch die Berichte von Dr. D.\_\_\_\_\_ vom 2. Februar 2007, von Dr. E.\_\_\_\_\_ vom 21. April 2008, der Dres. F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ vom 22. April 2008 und von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 (act. 1 Rz. 17; act. 3/20-24). Die Ärzte seien von einem positiven Krankheitsverlauf ausgegangen, aber in Bezug auf die Prognose vorsichtig gewesen: Dr. D.\_\_\_\_\_ habe am 2. Februar 2007 eine doch recht positive Diagnose bzw. Prognose gestellt, allerdings auf die Unvollständigkeit der Genesung und die Rückfallgefahr hingewiesen (act. 24 Rz. 24 mit Verweis auf act. 3/21). Dr. E.\_\_\_\_\_ habe am 21. April 2008 auf eine gewisse Chronifizierung der Depression hingewiesen und aufgrund des langmonatigen Verlaufs nicht mit schneller Besserung gerechnet (act. 1 Rz. 17 mit Verweis auf act. 3/22 S. 14, 16). Dr. F.\_\_\_\_\_ sei im Bericht vom 22. April 2008 nicht von einer schnellen Besserung ausgegangen und habe mit einer Dauer von wenigstens einem weiteren Jahr gerechnet (act. 1 Rz. 17 mit Verweis auf act. 3/23 S. 10). Sodann bestreitet der Kläger nicht, dass bereits Dr. C.\_\_\_\_\_ in seinem Bericht vom 11. Januar 2007 von einer grundsätzlich guten Prognose ausgegangen sei, macht aber geltend, dies sage nichts Sicheres über den tatsächlichen Verlauf der Krankheit aus (act. 24 Rz. 13).

- 27 - Insofern als die Beklagte Einwände gegen die besagten medizinischen Berichte vorbringt, bestreitet der Kläger diese (act. 24 Rz. 11 ff., 18).

### **E. 6.2.2**

Die Beklagte macht geltend, die vom Kläger eingereichten medizinischen Berichte erfüllten die Anforderungen für den Nachweis einer Erwerbsunfähigkeit nicht, insbesondere weil sie sich auf die Wiedergabe der Angaben des Klägers beschränkten, ohne diese zu plausibilisieren und zu objektivieren, die Diagnosen und Arbeitsunfähigkeiten nicht nachvollzogen werden könnten und sie Widersprüche enthielten (act. 13 Rz. 15 ff. V.1 S. 15, Rz. 16.1 S. 16, Rz. 16.2 S. 17, Rz. 16.3 S. 17, Rz. 17.1 S. 18, Rz. 17.3 S. 22, Rz. 17.4 S. 23, Rz. 17.5 S. 23; act. 28 Rz. 12 S. 11, Rz. 14 S. 12, Rz. 25 S. 18, Rz. 26 S. 19). Darüber hinaus habe sich der Kläger ergebnisorientiert auf die Untersuchungen vorbereitet (act. 13 Rz. 17.1 S.19; act. 28 Rz. 19-21 S. 15 f.). Schliesslich habe der Kläger die massgeblichen Gegebenheiten nicht substantiiert (act. 28 Ziff. IV S. 8 f.). Die Ärzte hätten jedenfalls eine gute Prognose gestellt (act. 28 Rz. 13 S. 12): Dr. C.\_\_\_\_\_ sei am 11. Januar 2007 von einer grundsätzlich guten Prognose ausgegangen (act. 13 Rz. 16.2 S. 17 mit Verweis auf act. 3/17 Ziff. 9). Dr. D.\_\_\_\_\_ habe am 2. Februar 2007 eine gute Prognose gestellt, wonach die depressive Erkrankung bereits im Abklingen und damit zu rechnen sei, dass der Kläger wieder vollständig genesen und ab Juli 2007 wieder zu 100% arbeitsfähig sein werde (act. 13 Rz. 17.3 S. 22 mit Verweis auf act. 3/21 S. 3 f.; act. 28 Rz. 24 S. 18). Dr. E.\_\_\_\_\_ sei am 21. April 2008 zur weiteren Entwicklung vorsichtig optimistisch gewesen (act. 13 Rz. 17.4 S. 23 mit Verweis auf act. 3/22 S. 13). Betreffend den Bericht der Dres. F.\_\_\_\_\_ und

G.\_\_\_\_\_ vom 22. April 2008 bestreitet die Beklagte unter anderem die pessimistische Prognose (wenigstens ein weiteres Jahr bis zu einer wesentlichen Besserung), da das MEDAS-Gutachten eine mangelnde Plausibilisierung der Befunde kritisiert habe, sodass diese nicht nachvollzogen werden könnten, und da weitere grundsätzliche Einwände bestünden (act. 13 Rz. 17.5 S. 23; act. 28 Rz. 26 S. 19). Schliesslich macht die Beklagte geltend, auch das Bundesgericht habe es gestützt auf die medizinischen Akten als erwiesen angesehen, dass sich der Gesundheitszustand ab Mai 2008 wesentlich verbessert habe (act. 13 Rz. 24 S. 42). Insbesondere habe es erkannt, dass sich

- 28 - in Übereinstimmung mit der prognostizierten Verbesserung ab Mai 2008 ein deutlich anderes Aktivitätsniveau präsentiert habe, das sich schwer mit einer psychischen Erkrankung vereinbaren lasse (act. 13 Rz. 19.2 S. 30).

- 29 -

### **E. 6.3**

Sachverhalt bzw. Beweisofferten Die Parteien stimmen überein, dass die Ärzte seinerzeit grundsätzlich von einem positiven Krankheitsverlauf ausgingen und eine zuversichtliche – wenn auch möglicherweise vorsichtige – Prognose stellten. Im Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 11. Januar 2007 (act. 3/17) stellte jener die Diagnose einer schweren depressiven Episode ohne psychotische Symptome (ICD- 10: F32.2; Ziff. 3). Wie von der Beklagten behauptet und vom Kläger nicht bestritten, stellte Dr. C.\_\_\_\_\_ eine grundsätzlich gute Prognose, indem er ausführte: "Prognose: grundsätzlich mittel- und längerfristig gut. Für die nächsten 2-3 Monate wage ich nicht, an eine verwertbare Arbeitsfähigkeit zu glauben" (Ziff. 9). Im Bericht von Dr. D.\_\_\_\_\_ vom 2. Februar 2007 (act. 3/21) stellte jener die Diagnose einer schweren depressiven Episode ohne psychotische Symptome (ICD- 10: F32.2), die bereits im Abklingen begriffen, aber noch nicht vollständig remittiert sei. Beide Parteien anerkennen denn auch, dass Dr. D.\_\_\_\_\_ eine recht positive Prognose stellte. Insbesondere führte er aus: "Die Genesung des Patienten ist noch nicht vollständig und die Rückfallgefahr gerade in der Phase einer abklingenden Depression immer noch als hoch zu bewerten. [...] Der Höhepunkt der jetzigen depressiven Phase ist jedoch bereits überschritten, so dass eine Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit zeitlich ins Auge gefasst werden kann. Nach meiner Auffassung ist Herr A.\_\_\_\_\_ noch bis Ende Juni dieses Jahres arbeitsunfähig, wobei er im Frühjahr – in den Monaten Mai und Juni – bereits wieder zu 25 v.H. teilarbeitsfähig sein sollte. [...] Ab Mai 2007 wäre Herr A.\_\_\_\_\_ nach heutiger Einschätzung mutmasslich wieder teilweise (25 v.H.), ceteris paribus ab Juli 2007 zu 100 v.H. arbeitsfähig. Sollte es in den kommenden Monaten zu einer deutlich rascheren Besserung des Befindens kommen, ist ein Abweichen von diesem zeitlichen Vorschlag selbstverständlich statthaft. [...] Prognose: Prinzipiell ist die Diagnose auch einer schweren depressiven Episode günstig und zeigt in aller Regel einen gutartigen Verlauf [...]. Somit darf man auch im vorliegenden Falle von Herrn A.\_\_\_\_\_ von einer kompletten Wiederherstellung seiner seelischen Gesundheit ausgehen. In aller Regel dauern depressive Episoden bis zu einem, selbener bis zu zwei Jahren oder in Einzelfällen gar darüber. Dieser Zeitrahmen wür-

- 30 - de somit auf Herrn A.\_\_\_\_\_ zutreffen, zumal er sich jetzt bereits deutlich auf dem Weg der Besserung befindet und die Zeichen der Morgenröte sichtbar sind. [...]

Zusammenfassend bin ich alles in allem optimistisch, dass Herr A.\_\_\_\_\_ wieder vollständig genesen wird [...]" (Ziff. 3, 5). Im Überweisungsschreiben von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 30. Juni

2007 (act. 3/18) erwähnte jener unter anderem, der Kläger sei im Sommer 2006 an einer schweren depressiven Episode erkrankt (S. 1). Im Bericht von Dr. C. \_\_\_\_\_ vom 12. September 2007 (act. 3/19) stellte dieser die Diagnose einer schweren depressiven Episode ohne psychotische Symptome seit 1. August 2006 und bestätigte eine Arbeitsunfähigkeit von 100% als freischaffender Unternehmensberater vom 1. August 2006 bis auf Weiteres (Ziff. 2.1, 3). Im Bericht von Dr. E. \_\_\_\_\_ vom 21. April 2008 (act. 3/22) wiederum wurde festgehalten, dass sich die Symptomatik im Vergleich zu früheren Berichten doch ziemlich gebessert habe, sodass derzeit von einer mittelgradigen Depression (ICD-10: F32.1) ausgegangen werden könne (S. 12, 14). Sodann besagen die von den Parteien referenzierten Stellen, dass "der bisherige Verlauf der doch recht schweren Depression des Versicherten [...] die Hoffnung zu[lässt], dass in einigen Monaten mit einer weiteren Verbesserung seines Zustandsbilds gerechnet werden kann, wobei der doch schon über eineinhalb Jahre andauernde Verlauf den diesbezüglichen Optimismus etwas dämpft. [...] Jedoch kann die Hoffnung gehegt werden, dass nach der vorgeschlagenen psychosomatischen Hospitalisation auch eine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit erreicht werden kann [...]" (S. 13). Weiter besagt der Bericht, dass sich die schwere depressive Störung nur allmählich gebessert habe, wobei eine gewisse Chronifizierung eingetreten sei (S. 14). Auf die Frage, in welchem Zeitraum die Besserung zu erwarten sei, antwortete Dr. E. \_\_\_\_\_, dass statistische Zahlen im Einzelfall immer etwas trügerisch seien, "sodass aufgrund des langmonatigen Verlaufs bis zur leichten Besserung der Depression auch in Zukunft nicht mit einer schnellen Besserung zu rechnen ist" (S. 16).

- 31 - Im Bericht der Dres. F. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ vom 22. April 2008 (act. 3/23) stellten jene die Diagnose einer schweren depressiven Störung (S. 9). Was die Zukunft betrifft, besagt die vom Kläger referenzierte (und von der Beklagten bestrittene) Stelle, dass angesichts der nach wie vor bestehenden, ausgeprägten depressiven Symptomatik im Berichtszeitpunkt weiterhin von einer Arbeitsunfähigkeit von 100% auszugehen sei. "Eine Revision sollte in einem Jahr erfolgen" (S. 10). Das Bundesgericht schloss im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren in seinem Urteil vom 13. Mai 2019 gestützt auf die medizinischen Akten und weitere Anhaltspunkte – namentlich die Feststellung einer (lediglich) mittelgradigen depressiven Episode durch Dr. E. \_\_\_\_\_ am 4. Februar 2008, ein deutlich anderes Aktivitätsniveau des Klägers (der Kläger habe täglich mehrere Stunden im Büro verbracht, über die von ihm und seinen Gesellschaften registrierten Telefonnummern hätten 4'977 Telefonverbindungen zu 238 verschiedenen in- und ausländischen Kontakten registriert werden können und der Kläger habe nach Einstellung des Strafverfahrens zahlreiche Reisen unternommen), seine soziale Integration und die nur niederfrequente Inanspruchnahme einer Behandlung –, es habe sich bereits im Februar 2008 eine teilweise Remission der psychischen Beschwerden gezeigt und es sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen, dass ab Mai 2008 eine Verbesserung eingetreten sei und sich die von Dr. D. \_\_\_\_\_ im Bericht vom 2. Februar 2007 und Dr. E. \_\_\_\_\_ im Bericht vom 21. April 2008 prognostizierte gesundheitliche Verbesserung realisiert habe, weshalb ab Mai 2008 auf eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit zu schliessen sei (act. 3/32 E. 4.3).

## **E. 6.4**

Würdigung Die vor dem Anspruchszeitraum erstellten medizinischen Berichte vermögen den Beweis für eine gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit des Klägers im Anspruchszeitraum nicht zu erbringen:

### **E. 6.4.1**

Vorweg ist festzuhalten, dass auf die zitierten, vom Kläger eingereichten medizinischen Berichte in weitgehendem Umfang die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Parteigutachten anzuwenden ist, zumal sie im Hinblick auf die Schadenserledigung erstellt worden sind, womit es sich namentlich bei den Diag-

- 32 - nosen und Prognosen beweistechnisch um Tatsachenbehauptungen handelt, die, insoweit sie substantiiert bestritten sind, allein aufgrund dieser Dokumente nicht als bewiesen erachtet werden dürfen. Insbesondere gilt dies auch für den Bericht der Dres. F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ vom 22. April 2008, der als vom RAD erstellter Bericht einem gerichtlichen Gutachten nicht gleichzustellen ist (vorne E. 4.5.2; vgl. bezüglich der von der SVA angeforderten Auskünfte auch die entsprechenden Ausführungen zum Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 hinten E. 7.2.1.3).

#### **E. 6.4.2**

Was zukunftsgerichtete Aussagen anbelangt, lassen insbesondere die zitierten Passagen des Berichts von Dr. E.\_\_\_\_\_ vom 21. April 2008 nicht auf eine gesundheitliche Beeinträchtigung oder Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum schliessen. Die zitierten Aussagen werden zwar nicht bestritten; vielmehr verweisen die Parteien jeweils auf unterschiedliche Abschnitte des Berichts. Freilich sind die prognostischen Ausführungen vage und ambivalent, deuten sie doch einerseits auf eine Verbesserung und andererseits auf ein Anhalten der Krankheit hin. Entsprechend bezeichnen die Parteien die Prognose als "vorsichtig" (act. 1 Rz. 17; act. 13 Rz. 17.4). Vor diesem Hintergrund können aus dem Bericht keine Schlüsse bezüglich des Anspruchszeitraums gezogen werden. Sodann lässt auch die im Bericht der Dres. F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ vom 22. April 2008 enthaltene Empfehlung, eine Revision der Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit von 100% solle in einem Jahr erfolgen, nicht auf eine Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum schliessen. Denn diese Empfehlung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als bloss (mangels eingehender Begründung nicht sonderlich substantiierte) Tatsachenbehauptung zu qualifizieren, die von der Beklagten bestritten wird. Selbst wenn die Empfehlung beachtlich wäre, würde es sich nur um eine prognostische Einschätzung handeln. Eine Prognose darf aber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mit der tatsächlichen späteren Entwicklung gleichgesetzt werden (BGer 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2.4; BGer 4A\_66/2017 vom 14. Juli 2017 E. 5.1; BGer 4A\_335/2013 vom 26. November 2013 E. 3.4), was auch der Kläger anerkennt (act. 24 Rz. 13). Daher wäre die Beweiskraft der Empfehlung ohnehin gering. Jedenfalls würde sie nichts zur Situation nach dem 22. April 2009 (d.h. ein Jahr nach dem Datum des Berichts) aussagen.

- 33 -

#### **E. 6.4.3**

Was eine allfällige gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum anbelangt, kann im vorliegenden Verfahren offenbleiben, ob diese nachgewiesen sind, womit sich Zeugenbefragungen in dieser Hinsicht erübrigen. Denn sie wären jedenfalls nicht geeignet, als Indiz für eine entsprechende Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum zu dienen. Weil die Gutachter nach übereinstimmender Darstellung grundsätzlich von einem positiven Krankheitsverlauf ausgingen – insbesondere äusserte Dr. E.\_\_\_\_\_ noch am 21. April 2008 die Hoffnung auf eine weitere Verbesserung in einigen Monaten bzw. eine Verbesserung der Arbeitsfähigkeit – und kein Krankheitsbild vorlag, bei dem nach gewöhnlichem Lauf der

Dinge nicht mehr mit einer Veränderung zu rechnen war, könnte nicht mit hinreichender Sicherheit der Schluss gezogen werden, dass eine Beeinträchtigung bzw. Erwerbsunfähigkeit in den Anspruchszeitraum hinein angedauert hätte (siehe BGer 4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.3). Im Gegenteil spricht mehr dafür, dass im bzw. bereits vor dem Anspruchszeitraum eine Verbesserung eintrat. Davon ging auch das Bundesgericht im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren aus, als es erkannte, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits ab Mai 2008 eine Verbesserung eingetreten sei und sich die prognostizierte gesundheitliche Verbesserung realisiert habe. Letztlich macht auch der Kläger geltend, dass sich im Frühjahr 2008 eine Remission der Depression in eine mittelschwere depressive Episode gezeigt habe (act. 1 Rz. 17). Diese Anhaltspunkte für eine Verbesserung, zusammen mit den guten Prognosen, stehen einem Schluss von einer allfälligen gesundheitlichen Beeinträchtigung bzw. Erwerbsunfähigkeit in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum auf eine ebensolche Beeinträchtigung bzw. Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum entgegen. 7. Urkunden zum Anspruchszeitraum 7.1.

Parteibehauptungen 7.1.1. Der Kläger verweist bezüglich des Krankheitsverlaufs nach Frühjahr 2008 auf den Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 (act. 3/24). Dieser habe zwar festgestellt, dass sich der klägerische Zustand verbessert habe. Jedoch habe es neben mittelschweren depressiven Episoden immer wieder schwere de-

- 34 - pressive Phasen gegeben. Der Krankheitsverlauf sei weiterhin geprägt gewesen durch rezidivierende mittelschwere bis schwere depressive Episoden. Seit Herbst 2014 sei der Krankheitszustand bzw. die depressive Symptomatik wieder ausgeprägter gewesen mit Verzweiflung, Weinkrämpfen usw. Zur Arbeitsfähigkeit habe Dr. C.\_\_\_\_\_ festgehalten, der Kläger werde nie mehr in seiner angestammten Berufsfunktion arbeitsfähig sein.

Ausserdem habe er einen hohen Medikamentenspiegel aufgelistet (act. 1 Rz. 18, 20; act. 24 Rz. 29). Die Beklagte bestreitet die im Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 verzeichnete Krankheitsentwicklung, Diagnose und Arbeitsunfähigkeit, namentlich weil diese nicht begründet seien (act. 13 Rz. 18.2 S. 25; act. 28 Rz. 29 S. 22). Neben weiteren Aussagen bestreitet sie eine hartnäckige Therapieresistenz, eine jahrelange schwere depressive Symptomatik mit eindrücklicher psychomotorischer Verlangsamung und kognitiven Störungen sowie eine Verstärkung der Symptomatik Ende 2014 (act. 13 Rz. 20 S. 31 f.; act. 28 Rz. 29 S. 22 f.). Dem Bericht lasse sich allerdings entnehmen, dass der Kläger seit August 2006 nur nie-derfrequent in Behandlung gewesen sei (act. 13 Rz. 18.2 S. 24). 7.1.2. Weiter verweist der Kläger auf das Protokoll der Einvernahme von Dr. C.\_\_\_\_\_ durch die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom

## **E. 11**

Februar 2022 E. 2.4.2; LARDELLI/VETTER, a.a.O., Art. 8 ZGB N 4; MARRO, in: Bächler/Jakob [Hrsg.], Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Aufl. 2017, Art. 8 ZGB N 11; WALTER, a.a.O., Art. 8 ZGB N 166). Die andere Partei hat ein – aus Art. 8 ZGB abgeleitetes – Recht auf Gegenbeweis. Sie hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Tatsachenbehauptungen hervorrufen bzw. wach halten und diesen dadurch vereiteln sollen. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (BGE 133 III 81 E. 4.2.2 S. 89; BGE 120 II 393 E. 4b S. 397; BGE 115 II 305 S. 305) und damit die Tatsachenbehauptungen nicht (mehr) als erwiesen erscheinen. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nicht als

bewiesen anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert. Es tritt – sofern nicht sogar durch den Gegenbeweis das Gegenteil be-

- 11 - wiesen ist – Beweislosigkeit ein, deren Folgen, wie gesagt, die beweisbelastete Partei treffen (zum Ganzen BGE 133 III 81 E. 4.2.2 S. 89; BGE 130 III 321 E. 3.4 S. 326; BGer 8C\_495/2022 vom 23. Dezember 2022 E. 4.2; BGer 4A\_38/2021 vom 3. Mai 2021 E. 7.4.3).

### **E. 15**

Mai 2019 E. 2.1.1; BGer 4A\_70/2018 vom 20. August 2018 E. 4.2; BGer 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1.1; BGer 4A\_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 5.4). Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt auch vor, wenn das Gericht einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder Tauglichkeit abspricht, die behauptete Tatsache zu erstellen, zu deren Beweis es angerufen wird. Das Gericht verzichtet diesfalls darauf, das von ihm als untauglich eingestufte Beweismittel abzunehmen, und zwar losgelöst von seiner Überzeugung hinsichtlich der Verwirklichung

- 17 - der damit zu erstellenden Tatsache, also insbesondere auch bei offenem Beweisergebnis (BGer 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.1; BGer 4A\_544/2019 vom 26. Mai 2020 E. 5.2; BGer 4A\_255/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 6.3.2; BGer 4A\_253/2019 vom 5. September 2019 E. 3.4.1; BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.1.2; BGer 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1.1). Oftmals liegt eine Kombination vor, indem einem Beweismittel mit zweifelhafter Tauglichkeit die Eignung abgesprochen wird, eine aufgrund anderer Beweismittel bereits gewonnene Überzeugung noch erschüttern zu können. Je fraglicher also die Tauglichkeit eines Beweismittels erscheint, desto weniger ist dieses auch geeignet, beim Gericht Zweifel an einer bereits gewonnenen Überzeugung zu wecken und selbige wieder in Frage zu stellen. Aufgrund dieser Relation zwischen beiden Varianten wird in der Praxis häufig auf eine nähere Abgrenzung verzichtet (BGer 4A\_253/2019 vom 5. September 2019 E. 3.4.1 m.w.H.; BGer 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.1.1 m.w.H.).

### **E. 16**

Februar 2017 E. 4.2.1, 4.2.3 und BGer 4A\_557/2018 vom 3. Dezember 2018 E. 4.2.2). Entsprechend kann auch ein Fremdgutachten, das den Hauptbeweis nicht erbringen könnte, als Gegenbeweismittel relevant sein.

### **E. 21**

Dezember 2010 (act. 3/25). Daraus gingen eine schwere depressive Erkrankung und die Beschwerden des Klägers hervor (act. 24 Rz. 31). Neben einer kognitiven und psychomotorischen Verlangsamung habe Dr. C.\_\_\_\_\_ eine Auflistung der Beschwerden bestätigt und auf den sozialen Rückzug hingewiesen (act. 24 Rz. 32). Die geringe Restarbeitsfähigkeit in der angestammten hochanspruchsvollen Tätigkeit als Unternehmensberater habe er für nicht verwertbar erachtet, da es Patienten in anspruchsvollen Tätigkeiten im heutigen Arbeitsumfeld kaum möglich sei, eine limitierte Teilarbeitsfähigkeit umzusetzen (act. 1 Rz. 18). Die Möglichkeiten und Chancen, sich beruflich zu integrieren, seien massiv vermindert gewesen (act. 1 Rz. 19). Die Beklagte behauptet, Dr. C.\_\_\_\_\_ habe eine Verbesserung des Gesundheitszustands bestätigt (act. 13 Rz. 18.3 S. 25). Sodann bestreitet sie eine schwere depressive Erkrankung, die nicht begründet und substantiiert sei (act. 28 Rz. 31

- 35 - S. 26), bzw. die gestellte Diagnose, die nicht begründet und nachvollziehbar sei (act. 28 Rz. 32 S. 27). Die Beschwerden und ihre Erhebung seien nicht substantiiert (act. 28 Rz. 31 S. 26). Als Befund sei einzig eine kognitive und psychomotorische Verlangsamung angegeben (act. 13 Rz. 18.3 S. 26). Insoweit der Kläger auf eine Auflistung von Beschwerden in einem Bericht vom 11. Januar 2007 verweise, habe er diese nicht substantiiert und sei diese für die Beurteilung des Gesundheitszustands ab Mai 2008 bedeutungslos (act. 28 Rz. 32 S. 27). Eine bloss limitierte, wenig voraussagbare Teilarbeitsfähigkeit werde bestritten und ebenso, dass es dem Kläger unmöglich gewesen sei, an Sitzungen teilzunehmen und die frühere Tätigkeit auszuüben, habe er doch im Strafverfahren während Stunden Fragen präzise beantworten und sich konzentrieren können (act. 13 Rz. 19.3 S. 31; act. 28 Rz. 31 S. 26). Dr. C.\_\_\_\_\_ habe seine Einschätzung zur Arbeitsunfähigkeit nicht begründet; stattdessen habe er sich mit generellen Ausführungen begnügt, die nicht als Begründung taugten, sei doch stets der konkrete Einzelfall massgeblich (act. 13 Rz. 18.3 S. 26; act. 28 Rz. 31 S. 26). 7.1.3. Ferner behauptet der Kläger mit Verweis auf die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 12. September 2013 (act. 3/26), die Ergebnisse der Strafuntersuchung bestätigten, dass er nicht zu einer verwertbaren Arbeitsleistung fähig gewesen sei, hätten doch während seiner Büroaufenthalte keine relevanten Arbeitsergebnisse festgestellt werden können (act. 1 Rz. 19). Zudem gebe es gemäss Staatsanwaltschaft mehrere Gesichtspunkte, die für eine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit sprächen (act. 24 Rz. 35). Die Beklagte bestreitet, dass das Beweismaterial des Strafverfahrens eine Arbeitsunfähigkeit belegt, krankheitsbedingte Einschränkungen bestanden und diese ursächlich dafür waren, dass keine verwertbare Arbeitsleistung erbracht wurde. Vielmehr hätte sich ab Mai 2008 ein deutlich anderes, mit einer schweren psychischen Erkrankung nicht zu vereinbarendes Aktivitätsniveau präsentiert. Daraus, dass keine Arbeitsergebnisse nachgewiesen werden konnten, könne der Kläger nichts ableiten, da seine geschäftlichen Aktivitäten schon seit 2002 nicht fassbar gewesen seien, was auch die Einstellungsverfügung festhalte (act. 13 Rz. 19.2 S. 30 f.).

- 36 - 7.1.4. Weiter verweist der Kläger auf seine pharmazeutische Behandlung, die seine schwere Erkrankung zeige: Dr. C.\_\_\_\_\_ habe im Bericht vom 14. Februar 2015 einen hohen Medikamentenspiegel aufgelistet (act. 1 Rz. 20; act. 3/24). Diese Behandlung sei bis heute in nahezu unveränderter Zusammensetzung notwendig, was ein Dauerrezept von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 10. Januar 2020 belege (act. 1 Rz. 20; act. 3/27). Auch die Probeentnahme durch die MEDAS-Gutachter vom 17. August 2015 habe mehrere einschlägige Wirkstoffe nachgewiesen (act. 24 Rz. 37). Die Beklagte bestreitet, dass die von Dr. C.\_\_\_\_\_ verschriebenen Medikamente die Erkrankung des Klägers beweisen (act. 13 Rz. 20 S. 32). Für die Jahre vor 2020 liege kein Dauerrezept vor, weshalb bestritten werde, dass der Kläger dauernd Medikamente benötigt habe. Die Probeentnahme vom 17. August 2015 besage nichts zu den Jahren davor und danach. Ohnehin liesse sich mit diesen Medikamenten weder eine Diagnose noch eine Arbeitsunfähigkeit begründen, zumal sich diese aufgrund des Zustands beurteile, wie er nach erfolgter Therapie und Einnahme von Medikamenten bestehe (act. 28 Rz. 37 S. 31 f.). 7.1.5. Schliesslich äussern sich beide Parteien zum MEDAS-Gutachten. Unbestritten ist, dass gemäss diesem der Krankheitsverlauf ab April 2008 bis Herbst 2014 nicht dokumentiert sei, deshalb keine Angaben zur Arbeitsfähigkeit in diesem Zeitraum gemacht werden könnten und die im Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 attestierte Arbeitsunfähigkeit nicht nachvollziehbar sei (act. 1 Rz. 22, 28; act. 13 Rz. 18.4 S. 28, Rz. 22.2 S. 34; act. 28 Rz. 38

S. 32). Der Kläger macht darüber hinaus geltend, gemäss MEDAS-Gutachten leide er seit 2006 unter rezidivierenden, nie vollständig remittierten depressiven Episoden schwankenden Ausprägungsgrads und Intensität (act. 1 Rz. 22; act. 24 Rz. 40). Es müsse von einer nicht quantifizierbaren Teilarbeitsfähigkeit ausgegangen werden (act. 1 Rz. 22; act. 24 Rz. 38, 52). Zur Quantifizierung fehlten Kenntnisse über die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit (act. 1 Rz. 22). Zwar habe der psychiatrische Teilgutachter eine höchstens leichte depressive Episode festgehalten, aber nur für den Untersuchungszeitpunkt (act. 1 Rz. 26; act. 24 Rz. 40). Zudem habe er Auffälligkeiten anlässlich der Exploration festgehalten (act. 24 Rz. 41). Über

- 37 - Selbstlimitierungen habe er keine sicheren Aussagen machen können (act. 24 Rz. 48). Die Beklagte macht geltend, gemäss MEDAS-Gutachten könnten ab Mai 2008 keine Angaben zur Arbeitsunfähigkeit gemacht werden (act. 13 Rz. 22.2 S. 34; act. 28 Rz. 38 S. 32). Mangels Dokumentation seien weder depressive Episoden in Ausprägungsgrad oder Intensität nachweisbar, noch sei die Differentialdiagnose einer chronifizierten bzw. rezidivierenden depressiven Störung mit genügender Wahrscheinlichkeit erstellt (act. 28 Rz. 40 S. 34 f.). Es sei nicht möglich gewesen, die Arbeitsfähigkeit zu beurteilen und zu quantifizieren, zumal die klägerische Tätigkeit nicht fassbar gewesen sei (act. 28 Rz. 38 S. 33). Andernorts sei die Rede davon, dass eine teilweise, nicht quantifizierbare Arbeitsunfähigkeit vorliege (act. 13 Rz. 22.2 S. 34), was mangels Nachvollziehbarkeit bestritten werde (act. 13 Rz. 22.2 S. 34). Denn es würden diverse gegen die Annahme einer Arbeitsunfähigkeit sprechende Gründe genannt, namentlich: Aufgrund der Akten, klinischen Befunde und der fremdanamnestischen Angaben konnten keine Diagnosen gestellt werden (act. 13 Rz. 22.3 S. 35; act. 28 Rz. 40 S. 34 f.); es hätten keine Befunde erhoben werden können, die die geltend gemachten Einschränkungen der Leistungsfähigkeit hätten erklären können (act. 13 Rz. 22.3 S. 37; act. 28 Rz. 43 S. 38, Rz. 47 S. 41); es habe Anhaltspunkte für eine Aggravation oder gar Simulation gegeben (act. 13 Rz. 22.3 S. 37 f.; act. 28 Rz. 40 S. 35 f., Rz. 41 S. 37, Rz. 48 S. 42); die neuropsychologische Abklärung habe fachlich nicht nachvollziehbare Diskrepanzen bzw. eine ungenügende Anstrengungs- und Leistungsbereitschaft gezeigt (act. 13 Rz. 22.3 S. 38); die Beschwerdeschilderungen seien vage gewesen, der Kläger habe diese nicht konkretisieren können (act. 13 Rz. 22.3 S. 35 f.); kognitive Beeinträchtigungen seien nicht feststellbar gewesen, Konzentrationsstörungen seien nicht nachvollziehbar bzw. weder klinisch noch neuropsychologisch objektivierbar gewesen (act. 13 Rz. 22.3 S. 36; act. 28 Rz. 38 S. 33 f., Rz. 43 S. 38, Rz. 47 S. 41); und der Kläger habe über eine viel aktivere Freizeitgestaltung in den letzten Jahren berichtet (act. 13 Rz. 22.3 S. 36; act. 38 Rz. 44 S. 39) sowie darüber, dass er zumindest werktags täglich in sein Büro gehe (act. 13 Rz. 22.3 S. 37).

- 38 - 7.2. Sachverhalt bzw. Beweisofferten 7.2.1. Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 7.2.1.1. Der Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 (act. 3/24) ist ein an die SVA Zürich adressiertes zweiseitiges Schreiben. Der Verfasser antwortet darin auf ihm gestellte Fragen, die nicht ins Recht gelegt worden sind. 7.2.1.2. Dr. C.\_\_\_\_\_ gibt zunächst seine Auffassung kund, es sei "ungeheuerlich, dass nun nach drei (!) vorliegenden Gutachten [...], die alle über die Jahre die gleiche Diagnose und die gleiche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit gemacht haben, [...] das Ganze erneut aufgerollt werden soll. Irgendwann müsste doch Vernunft einkehren; vor allem nachdem nun durch die Versicherungen (v. a. B.\_\_\_\_\_ und dann die SVA) ein wesentlicher zusätzlicher Gesundheitsschaden verursacht

worden ist. Wollen Sie meinen Ärger entschuldigen, aber das ist nun reine Ressourcen-Verschwendung und für Herrn A.\_\_\_\_\_ entwürdigend!" Es folgen nachfolgende von den Parteien referenzierte relevante Passagen: "1.1 Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsunfähigkeit: - mittelschwere bis schwere depressive Episode ohne psychotische Symptome, sicher seit 01.08.2006, in Intensität schwankend, seit Herbst 2014 wieder ausgeprägter (unter zunehmender Belastung durch die verschiedenen Verfahren) ICD-10: F33.2 Differentialdiagnostisch habe ich immer eine bipolare Störung Typ II vermutet (fragliche hypomanische Episoden anamnestisch, enorme Leistungsfähigkeit beruflich früher, vorgängige Panikstörung, hartnäckige Therapieresistenz der über Jahre sich erstreckenden schweren depressiven Symptomatik mit eindrücklicher psychomotorischer Verlangsamung und kognitiven Störungen) ICD-10: 31.8 [...]"

## E. 22

Januar 2018 E. 5.2.4 i.f.). Gegenstand einer solchen Befragung könnte also immerhin der konkrete gesundheitliche Zustand des Klägers im Zeitpunkt der Befundaufnahme durch Dr. C.\_\_\_\_\_ sein (siehe Obergericht ZH LB160009 vom 17. Juni 2016, ZR 115/2016, E. 3.6.2). Hierzu fehlen allerdings entsprechende Parteibehauptungen; der Kläger hat nicht aufgezeigt, zu welchen entscheidenden Erkenntnissen die Zeugeneinvernahme führen könnte, welche insbesondere nicht schon im Bericht von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom 14. Februar 2015 enthalten wären. Eine Beweisabnahme setzt substantiierte Tatsachenbehauptungen voraus, die von der Gegenseite genügend substantiiert bestritten werden. Andernfalls besteht grundsätzlich kein Raum für eine Beweisabnahme. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, fehlende Behauptungen zu ersetzen oder zu ergänzen, sondern setzt solche vielmehr voraus (vorne E. 4.1.2). Zudem muss sich eine Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lassen. Das Gericht ist nicht gehalten, zur Klärung einer Frage Beweismittel abzunehmen, die nicht in diesem Zusammenhang angeboten worden sind (vorne E. 4.4.1). Vorliegend ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Versicherungsvertrag für eine Leistungspflicht medizinisch objektiv feststellbare Krankheitsfolgen voraussetzt. In act. 1 Rz. 29 macht der Kläger gerade keine Ausführungen zu solchen objektiv feststellbaren

- 82 - Krankheitsfolgen, namentlich zu objektiv feststellbaren Anzeichen einer depressiven Erkrankung, und entsprechenden Auswirkungen auf die für die Erwerbstätigkeit relevanten Fähigkeiten über den Verlauf des Anspruchszeitraums, wie sie Dr. C.\_\_\_\_\_ hätte wahrnehmen können und anlässlich einer Zeugenbefragung bestätigen könnte.

Entsprechend besteht kein Raum für die beantragte Abnahme des Zeugenbeweises. Selbst wenn ein Zeugnis möglich wäre, wäre dessen Beweiswert beschränkt aufgrund der Erfahrungstatsache, dass behandelnde Ärzte eher zu Gunsten der behandelten Personen aussagen (vorne E. 7.3.1.1), sowie angesichts der verstrichenen Zeit (über acht Jahre seit dem Bericht vom 14. Februar 2015 und über 14 Jahren seit Beginn des Anspruchszeitraums), die es unwahrscheinlich macht, dass Dr. C.\_\_\_\_\_ in der Lage wäre, in einer beweistauglichen Weise Auskunft über seine tatsächlichen Feststellungen anlässlich der damaligen Behandlung zu geben und die wenigen vorhandenen schriftlichen Aufzeichnungen zu ergänzen und zu präzisieren (vgl. hierzu BGer 4A\_70/2018 vom 20. August 2018 E. 4.2; BGer 4A\_423/2017 vom 15. November 2017 E. 3.4; BGer 5A\_708/2014 vom

## E. 23

März 2015 E. 2; BGer 4A\_453/2014 vom 23. Februar 2015 E. 5.4; BGer 5A\_672/2012 vom 3. April 2013 E. 9.3.1; BGer P 49/2001 vom 7. Juli 2003 E. 3.4). Auf die Beweisabnahme wäre also auch aufgrund antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten. 8.1.4. Aus gleichen Überlegungen fällt auch die in act. 1 Rz. 29 offerierte persönliche Befragung des Klägers ausser Betracht. Insbesondere geht es nicht an, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur fehlenden Beweismittelqualität von Parteigutachten dadurch zu umgehen, dass eine Partei die darin enthaltenen Aussagen anlässlich einer Befragung durch das Gericht wiedergibt. Überhaupt würde dem Kläger als medizinischem Laien die Fachkunde fehlen, um beweiskräftige Aussagen zur behaupteten Diagnose und Erwerbsunfähigkeit zu machen (vgl. BGer 4A\_557/2018 vom 3. Dezember 2018 E. 4.2.4). Schliesslich fällt mangels entsprechender substantiierter Tatsachenbehauptungen auch eine Parteibefragung zum konkreten gesundheitlichen Zustand im Anspruchszeitraum ausser Betracht. Ohnehin liessen sich angesichts der verstrichenen Zeit mit einer heutigen

- 83 - Befragung des Klägers sein Gesundheitszustand im Anspruchszeitraum und seine damalige Erwerbsunfähigkeit nicht rechtsgenügend erstellen, zumal seine Aussagen unbewusst oder bewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein könnten und entsprechend kritisch zu würdigen wären (vgl. BGer 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2.3). 8.2. Anträge auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens 8.2.1. In act. 1 Rz. 32 f. beantragt der Kläger die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens bezüglich seines Krankheitsverlaufs und seiner Erwerbsunfähigkeit seit 1. August 2006. Namentlich behauptet er an der betreffenden Stelle, er sei seit 1. August 2006 an rezidivierenden mittelschweren bis schweren depressiven Episoden erkrankt. Einer Genesung hätten diverse vom Kläger nicht beeinflussbare Faktoren entgegengewirkt, insbesondere das jahrelang gegen ihn geführte Strafverfahren. Ab 2008 habe zwar eine gewisse Restarbeitsfähigkeit bestanden. Diese sei allerdings nicht verwertbar gewesen. Denn seine Tätigkeit als Unternehmensberater setze überdurchschnittliche Fachkompetenzen und Leistungsbeurteilung voraus. Zu solchen Höchstleistungen, die eine Restarbeitsfähigkeit in diesem Tätigkeitsbereich ermöglichen würden, sei er seit 1. August 2006 krankheitsbedingt bis heute nicht mehr fähig. Es bestehe somit volle Erwerbsunfähigkeit in der ausgeübten Tätigkeit. 8.2.1.1. Die klägerische Beweisofferte ist schon mangels genügender Substantiierung abzuweisen: Aus den Anforderungen an die Substantiierung (vorne E. 4.1.2) folgt betreffend gerichtliche Gutachten, dass es nicht Aufgabe des Gerichts ist, aus aufgeworfenen Problemkreisen und pauschalen Verweisen selbst das Fundament für die gutachterliche Beurteilung zu erstellen und geeignete Fragen herauszuarbeiten. Vielmehr obliegt es der das Gutachten beantragenden Partei, dem Gericht die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt zu machen und damit das Fundament für eine gutachterliche Beurteilung zu liefern. Entsprechend obliegt es dem Kläger, zu behaupten und zu substantiieren, wie sich die angeblichen gesundheitlichen Störungen und psychischen Probleme gezeigt haben, während es demgegenüber nicht ausreicht, einen Beweis Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens betreffend derartige Störungen bzw. Probleme zu stellen, ohne

- 84 - jedoch hinreichend substantiierte Behauptungen dazu aufzustellen (siehe BGer 4A\_19/2021 vom 6. April 2021 E. 7.2.3; ferner BGer 4A\_696/2016 vom 21. April 2017 E. 4.1.2). Aufgabe der sachverständigen Person wäre es hingegen, anhand der im Einzelnen substantiiert dargelegten gesundheitlichen Beschwerden zu beurteilen, ob sich daraus die Diagnose einer depressiven Erkrankung und eine Erwerbsunfähigkeit ergibt (vgl. zum

Ganzen Obergericht ZH LF140054-O vom 3. März 2015 E. 3.8.2). Vorliegend hat die Beklagte die genannten klägerischen Vorbringen, namentlich die behauptete seit 1. August 2006 andauernde Erkrankung an rezidivierenden mittelschweren bis schweren Episoden und die behauptete Erwerbsunfähigkeit, bestritten (act. 13 Rz. 32 f. S. 45 f.). Es wäre daher am Kläger gewesen, diese Tatsachen nicht mehr nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zer- gliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Insbesondere ist zu be- rücksichtigen, dass der Versicherungsvertrag für eine Leistungspflicht medizinisch objektiv feststellbare Krankheitsfolgen voraussetzt. Der Kläger macht in act. 1 Rz. 32 f. aber gerade keine Ausführungen zu solchen objektiv feststellbaren Krankheitsfolgen, namentlich zu objektiv feststellbaren Anzeichen einer depressi- ven Erkrankung, und entsprechenden Auswirkungen auf die für die Erwerbstätig- keit relevanten Fähigkeiten seinerseits über den Verlauf des Anspruchszeitraums. Er macht zwar geltend, nicht mehr zu den nötigen Höchstleistungen fähig zu sein, bringt aber keinerlei konkrete Einschränkungen vor, die diesen Schluss begrün- den würden. Damit kommt er seiner Obliegenheit nicht nach, die erforderlichen Angaben zum Sachverhalt und das Fundament für eine gutachterliche Beurteilung zu liefern. 8.2.1.2. Sodann ist zu berücksichtigen, dass mit dem MEDAS-Gutachten bereits ein gerichtliches Gutachten zu den wesentlichen, in act. 1 Rz. 32 f. angesproche- nen Fragen vorliegt, das Recht des Klägers auf Beweis (Art. 152 ZPO) mithin be- reits gewahrt ist (siehe BGE 140 III 24 E. 3.3.1.4 S. 27 f.). Es besteht nämlich kein Anspruch auf eine unbegrenzte Anzahl von Gutachten und Obergutachten. Es wäre verfehlt, immer neue Gutachten in Auftrag zu geben in der zweifelhaften

- 85 - Hoffnung, am Schluss den letzten Rest unterschiedlicher Beurteilung ausräumen zu können (BGE 114 II 200 E. 2b S. 201; BGer 5C.319/2001 vom 1. März 2002 E. 2; RÜETSCHI, a.a.O., Art. 183 ZPO N 4). In zeitlicher Hinsicht wahrt das MEDAS-Gutachten das Recht auf Beweis über den gesamten Anspruchszeitraum hinweg: Zunächst enthält das MEDAS- Gutachten Erkenntnisse zum Begutachtungszeitpunkt (August und September 2015; act. 3/28 S. 24 ff., 40). Namentlich besagt es, dass höchstens eine leicht- gradige depressive Episode vorliege und sicher von einer Teilarbeitsfähigkeit ausgegangen werden müsse. Sodann betrifft das MEDAS-Gutachten auch die gesamte klägerische Krankheitsgeschichte von August 2006 bis zum Begutach- tungszeitpunkt; die MEDAS-Gutachter wurden aufgefordert, die klägerische Ar- beitsfähigkeit im Längsschnitt seit August 2006 zu bewerten (act. 3/28 S. 66). Aufgrund der festgestellten Aktenlücke in der medizinischen Dokumentation sa- hen sie sich aber ausserstande, eine positive Diagnose zum Gesundheitszustand ab April 2008 zu stellen und die Arbeitsfähigkeit des Klägers in diesem Zeitraum zu quantifizieren (vorne E. 7.2.5). Damit liegt bereits eine gutachterliche Beurtei- lung zur behauptenden gesundheitlichen Beeinträchtigung und Erwerbsunfähig- keit ab April 2008 vor, nämlich diejenige, dass sich diese aufgrund der Aktenlücke nicht erstellen liessen. Schliesslich entfaltet das MEDAS-Gutachten auch Beweis- kraft für den Zeitraum nach dem Begutachtungszeitpunkt. Gleich wie eine nach- gewiesene gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit auf ein Fortdauern derselben schliessen lassen kann (vorne E. 5.1), kann nämlich umge- kehrt die Feststellung, dass keine solche Beeinträchtigung bzw. Erwerbsunfähig- keit vorliegt, ein Indiz für das Nichtvorliegen derselben zu einem zukünftigen Zeit- punkt sein. Entsprechend schloss das Bundesgericht denn auch im sozialversi- cherungsrechtlichen Verfahren gestützt auf das MEDAS-Gutachten, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit spätestens seit der Begutachtung kein invalidi- sierender Gesundheitsschaden mehr vorliege (vorne E. 7.3.4.5).

Damit muss es dem MEDAS-Gutachten gerade auch für die Zeit nach der Begutachtung die Beweiskraft zu, um den Beweis des Nichtvorliegens eines Gesundheitsschadens erbringen zu können. Zudem macht der Kläger nicht geltend, dass sich sein Zustand nach der Begutachtung verschlechtert hätte, sondern behauptet lediglich,

- 86 - die umfangreiche pharmazeutische Behandlung, die bereits Dr. C.\_\_\_\_\_ in seinem Bericht vom 14. Februar 2015 aufgezeigt habe, sei bis heute in nahezu unveränderter Zusammensetzung nötig, wozu er auf das Dauerrezept vom 10. Januar 2020 verweist (act. 1 Rz. 20; act. 3/27). Damit macht der Kläger aber gerade keine Verschlechterung gegenüber dem Jahr 2015, in dem auch die Begutachtung erfolgte, geltend, zumal eine nähere Betrachtung ergibt, dass die Dosierungen der auch dazumal verschriebenen Medikamente konstant oder tiefer sind als früher (vorne E. 7.2.4), was eher auf eine Verbesserung hindeutet. Entsprechend ist auch nicht anzunehmen, dass die Kenntnis des Dauerrezepts die MEDAS-Gutachter zu anderen Schlüssen gebracht hätte, jedenfalls nicht zu solchen im Sinn des klägerischen Standpunkts. 8.2.1.3. Schliesslich wäre ein erneutes gerichtliches Gutachten nicht tauglich, um die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum zu erstellen, wäre mithin auch aufgrund einer antizipierten Beweisminderung auf Einholung eines solchen zu verzichten: 8.2.1.3.1. Die vorhandene medizinische Dokumentation mit Ausnahme des MEDAS-Gutachtens reicht nicht als Grundlage aus, damit eine vom Gericht eingesetzte sachverständige Person gestützt darauf zuverlässige Schlüsse in Bezug auf den gesundheitlichen Zustand und die Erwerbsfähigkeit des Klägers im Anspruchszeitraum ziehen könnte. Zwar ist denkbar, dass auch ein ärztlicher Bericht, dem kein oder nur ein geringer Beweiswert zukommt, eine taugliche Grundlage für ein gerichtliches Gutachten bilden kann. Dies setzt allerdings voraus, dass er glaubwürdig Untersuchungen und echtzeitliche Beobachtungen festhält, die es der sachverständigen Person erlauben, daraus retrospektiv zuverlässige Schlüsse zum Gesundheitszustand der zu begutachtenden Person zu ziehen bzw. die Erwerbsfähigkeit im damaligen Zeitpunkt zuverlässig zu beurteilen. Dabei kann es eine Rolle spielen, ob ein solcher Bericht detailliert oder nur stichwortartig ist (zum Ganzen BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.6.2). Zudem ist relevant, ob aus dem Bericht klar hervorgeht, welches die Angaben der behandelten Person und welches die persönlichen Beobachtungen des untersuchenden Arztes sind, mit denen er die Angaben der behandelten Person validiert hat (BGer

- 87 - 4A\_12/2020 vom 2. Juni 2021 E. 4.1). Im vorliegenden Fall liegen ausserhalb des MEDAS-Gutachtens nur rudimentäre, stichwortartige Aufzeichnungen über echtzeitliche Beobachtungen vor und fehlen Angaben über konkrete Untersuchungen gänzlich, wobei nicht zwischen Angaben des Klägers und Beobachtungen des behandelnden Dr. C.\_\_\_\_\_ unterscheiden wird (vorne E. 7.3.1.2). Überdies mangelt es den Angaben von Dr. C.\_\_\_\_\_ an Objektivität und Distanz, was ebenfalls gegen ihre Tauglichkeit als Grundlage eines gerichtlichen Gutachtens spricht (siehe BGer 4A\_92/2019 vom 28. August 2019 E. 3.5). Diese Aufzeichnungen würden es einer sachverständigen Person nicht erlauben, gestützt darauf verlässliche Schlüsse zu ziehen. Dieser Schluss ist zum einen offensichtlich, sodass kein Fachwissen notwendig ist, um dies zu beurteilen (siehe BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.6.2.3). Zum anderen haben die MEDAS-Gutachter dies gerade auch so festgestellt, wenn sie sich aufgrund der festgestellten Aktenlücke einer Einschätzung des Gesundheitszustands bzw. der Arbeitsfähigkeit in der Zeit vor der Begutachtung enthielten. Ausführliche Aufzeichnungen zu Untersuchungen und echtzeitlichen Beobachtungen

enthält einzig das MEDAS-Gutachten. Diese wurden aber von den MEDAS- Gutachtern bereits gewürdigt. Diese Würdigung ist umfassend, nachvollziehbar und schlüssig (vorne E. 7.3.4.5), wobei daran zu erinnern ist, dass jedenfalls in Bezug auf die Würdigung der Untersuchungen und echtzeitlichen Beobachtungen der MEDAS-Gutachter die klägerische Kritik nicht verfängt, der psychiatrische Teilgutachter habe auf eine Rücksprache mit Dr. C.\_\_\_\_\_ verzichtet (vorne E. 7.3.4.9). Ein Recht auf eine erneute gutachterliche Würdigung besteht nicht. Ohnehin wäre einer auf einem Aktenstudium basierenden Würdigung tendenziell eine geringere Beweiskraft beizumessen als der Würdigung durch die MEDAS-Gutachter, die die fraglichen Untersuchungen und Beobachtungen selbst vorgenommen haben (vgl. BGer 4A\_158/2018 vom 17. Juli 2018 E. 3.5.2; BGer 4A\_42/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.3.3; ferner BGer 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.2).

8.2.1.3.2. Nur wenn sich eine sachverständige Person auf zusätzliche Grundlagen stützen könnte, wären im Vergleich zum MEDAS-Gutachten zusätzliche Erkennt-

- 88 - nisse denkbar. Der Kläger wendet gegen das MEDAS-Gutachten denn auch ein, der psychiatrische Teilgutachter habe auf die Einholung der aufschlussreichen Angaben von Dr. C.\_\_\_\_\_ verzichtet, der "anhand der Krankengeschichte bzw. den darin hinlänglich dokumentierten psychopathologischen Befund den Krankheitsverlauf ohne Weiteres detailliert aufzeigen" bzw. Unklarheiten hätte klären können (act. 1 Rz. 23; act. 24 Rz. 53). Bezüglich der Erstellung eines gerichtlichen Gutachtens wird die Ansicht vertreten, direkte Gespräche zwischen einer sachverständigen Person und behandelnden Ärzten seien unter Umständen der Wahrheitsfindung dienlich (MÜLLER, a.a.O., Art. 186 ZPO N 8, 21). In Bezug auf die Zeit vor und nach der Begutachtung durch die MEDAS-Gutachter fragt sich daher, ob ein weiteres gerichtliches Gutachten angeordnet und der sachverständigen Person aufgetragen werden soll, eine allfällige (schriftliche) Krankengeschichte und/oder Auskünfte bei Dr. C.\_\_\_\_\_ einzuholen. Hiervon ist zunächst aus prozessrechtlichen Gründen abzusehen: Gemäss Art. 186 Abs. 1 ZPO kann das Gericht der sachverständigen Person gestatten, eigene Abklärungen vorzunehmen. Denkbar wäre vorliegend insbesondere die Erhebung von Urkunden oder eine Befragung von Dr. C.\_\_\_\_\_ zu seinen Wahrnehmungen (siehe MÜLLER, a.a.O., Art. 186 ZPO N 8, 19, 21). Dem würde nicht per se entgegenstehen, dass der Kläger eine solche Krankengeschichte nicht ins Recht gelegt hat und dass von der Zeugenbefragung von Dr. C.\_\_\_\_\_ abzusehen ist (dazu vorne E. 8.1.3), da die Überlegung, welche Unterlagen gemäss fachlicher Erfahrung vorhanden sein müssen, Sache der sachverständigen Person ist (Obergericht ZH vom 8. Dezember 2006, ZR107/2008 Nr. 48, E. 1.2; MÜLLER, a.a.O., Art. 185 ZPO N 18). Zudem wird in der Lehre teilweise die Auffassung vertreten, durch die gutachterlichen Abklärungen und Feststellungen hervorgebrachte Tatsachen oder Urkunden, die von den Parteien im Behauptungsstadium nicht (substantiiert) vorgebracht worden seien (sog. überschüssende Beweisergebnisse), könnten auch in der Verhandlungsmaxime unterstehenden Verfahren berücksichtigt werden, zumindest soweit wenigstens das Beweisergebnis von den Behauptungen einigermaßen abgedeckt bzw. behauptet sei, was das Gutachten letztlich dartun solle (DOLGE, a.a.O., Art. 183 N 16; MÜLLER, a.a.O.,

- 89 - Art. 187 ZPO N 22; WEIBEL, a.a.O., Art. 186 ZPO N 6). Andererseits sollte von den Möglichkeiten gemäss Art. 186 ZPO nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden (MÜLLER, a.a.O., Art. 186 ZPO N 8; WEIBEL, a.a.O., Art. 186 ZPO N 3). Denn die Darlegung des Prozessstoffs ist grundsätzlich Sache der Parteien und die Beweisabnahme Sache des Gerichts (DOLGE, a.a.O., Art. 186 ZPO N 1; RÜETSCHI, a.a.O., Art. 186 ZPO

N 3). Entsprechend wird gesagt, dass Abklärungen durch sachverständige Personen nicht dazu dienen dürften, prozessuale Versäumnisse der Parteien nachträglich zu korrigieren (MÜLLER, a.a.O., Art. 186 ZPO N 23; WEIBEL, a.a.O., Art. 186 ZPO N 6). Gerade überschüssende Beweisergebnisse könnten mit prozessualen Versäumnissen einer Partei zusammenhängen (MÜLLER, a.a.O., Art. 186 ZPO N 23). Ferner wird die Befragung Dritter durch die sachverständige Person als bedenklich erachtet (WEIBEL, a.a.O., Art. 186 ZPO N 3). Im vorliegenden Verfahren gilt die Verhandlungsmaxime und liegt die Behauptungs- und Beweislast für die gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit beim Kläger. Es wäre daher an ihm gewesen, Ausführungen zu seinem konkreten gesundheitlichen Zustand, d.h. zu Anzeichen einer depressiven Erkrankung, und entsprechenden Einschränkungen von Fähigkeiten im Anspruchszeitraum, wie sie Dr. C.\_\_\_\_\_ hätte wahrnehmen können, zu machen (vgl. schon vorne E. 8.1.3). Zudem hätte es ihm obliegen, eine allfällige schriftliche Krankengeschichte als Beweismittel ins Recht zu legen, zumal er sich ja explizit auf diese "Krankheitsgeschichte bzw. den darin hinlänglich dokumentierten psychopathologischen Befund" bezieht (act. 1 Rz. 23). Wie bereits erwähnt (vorne E. 7.3.4.9), bleibt freilich ungewiss, ob überhaupt ein solches (nicht in den Akten liegendes) Dokument existiert, welche Angaben darin enthalten wären und ob es eine zureichende Grundlage für ein gerichtliches Gutachten wäre. Jedenfalls hat es der Kläger unterlassen, eine allfällige schriftliche Krankengeschichte ins Recht zu legen, wobei nicht auszuschliessen ist, dass er sich aus taktischen Überlegungen zu diesem Vorgehen veranlasst sah. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht angebracht, einen gerichtlichen Gutachter auf Geratewohl zu ermächtigen, eine allenfalls existierende Krankheitsgeschichte bei Dr. C.\_\_\_\_\_ einzuholen. Entspre-

- 90 - chend ist schon aus prozessrechtlichen Gründen auf entsprechende Abklärungen einer gerichtlich eingesetzten sachverständigen Person zu verzichten. Über diese prozessrechtlichen Überlegungen hinaus dürften solche Abklärungen aus inhaltlicher Sicht bestenfalls einen bloss beschränkten Erkenntnisgewinn bringen: Zunächst hilft eine Begutachtung des gegenwärtigen Zustands des Klägers nicht weiter (vgl. nur BGer 4A\_557/2018 vom 3. Dezember 2018 E. 4.2.4). Denn ersensermassen liegt kein andauerndes und gleichbleibendes Krankheitsbild vor, das in einem gerichtlichen Gutachten klinisch erhoben und auch rückwirkend beurteilt werden könnte. Der Kläger behauptet nämlich, an rezidivierenden depressiven Episoden erkrankt zu sein. Daher lässt der gegenwärtige Zustand des Klägers nur schon deshalb nicht ohne Weiteres auf den Anspruchszeitraum schliessen, weil bei einer rezidivierenden depressiven Störung zwischen den einzelnen Episoden eine Besserung eintritt, die oft vollständig ist (vorne E. 7.3.4.8). Vielmehr müsste für das Gutachten im Wesentlichen auf die subjektiven Angaben des Klägers und allenfalls – wenn die sachverständige Person nach Art. 186 Abs. 1 ZPO zu entsprechenden Abklärungen ermächtigt würde – die Angaben Dr. C.\_\_\_\_\_s abgestellt werden. Diese Angaben wären nur schon deshalb kritisch zu würdigen, weil sie einen (teilweise bis zu über 14 Jahren) zurückliegenden Zeitpunkt betreffen würden. Eine darauf gestützte Einschätzung wäre in Anbetracht des mit der Zeit schwindenden Erinnerungsvermögens zwangsläufig von einer erheblichen Unschärfe geprägt (siehe BGer 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.2; BGer 4A\_19/2021 vom 6. April 2021 E. 7.2.5). Dies gilt umso mehr, als es für eine beweiskräftige Begutachtung nötig wäre, dass der Kläger und Dr. C.\_\_\_\_\_ konkrete Befunde zum damaligen Zustand sowie die Art und Weise ihrer Erhebung (dies zur Nachverfolgung der Objektivierung) aufzeigen könnten. Erschwerend kommt hinzu, dass die Angaben vor dem Hintergrund des langjährigen Streits

zwischen den Parteien erfolgen würden, mithin ihre Objektivität in Frage gestellt wäre, was den Beweiswert eines auf diese Angaben gestützten Gutachtens weiter mindern würde. Insbesondere gilt dies auch betreffend die Angaben von Dr. C.\_\_\_\_\_, ist doch seine Objektivität zum einen durch die Erfah-

- 91 - rungstatsache, dass behandelnde Ärzte in Zweifelsfällen eher zu Gunsten der behandelten Personen aussagen, und zum anderen durch seine Äusserungen in Frage gestellt (vorne E. 7.3.1.1). Würde ein gerichtliches Gutachten im Wesentlichen auf die Aussagen von Dr. C.\_\_\_\_\_ gestützt, müssten diese Vorbehalte darauf übertragen werden. Eine Diagnose und Einschätzung der Erwerbsunfähigkeit durch die sachverständige Person, die im Wesentlichen auf den Aussagen von Dr. C.\_\_\_\_\_ basieren würde, wäre zudem besonders kritisch zu würdigen, weil es nicht angehen könnte, dass entsprechende Einschätzungen von Dr. C.\_\_\_\_\_, die als Parteibehauptungen zu qualifizieren sind (vorne E. 7.2.1.3, 7.2.2.3), in Form einer (allenfalls unkritischen) Rezeption durch die sachverständige Person Beweismittelcharakter erlangen. Ob sich zusätzliche Angaben aus einer allenfalls existierenden schriftliche Krankheitsgeschichte ziehen liessen, ist mangels Einreichung völlig ungewiss. Ohnehin wären aber auch schriftliche Aufzeichnungen Dr. C.\_\_\_\_\_s aus den bereits genannten Gründen kritisch zu würdigen. Zusammenfassend sind von einem Gutachten, das sich im Wesentlichen auf die heutigen Angaben des Klägers und allenfalls Dr. C.\_\_\_\_\_s sowie gegebenenfalls eine schriftliche Krankengeschichte stützt, keine erheblichen Erkenntnisse zu erwarten, zumindest keine solchen, die es nicht zuletzt vor dem Hintergrund des übrigen Beweisergebnisses erlauben würden, die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit zur vollen Überzeugung des Gerichts zu beweisen (vgl. zum Ganzen BGer 4A\_557/2018 vom 3. Dezember 2018 E. 4.2.4; BGer 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2.5; BGer 4A\_42/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.3.3; BGer 4A\_158/2018 vom 17. Juli 2018 E. 3.5.2 [namentlich auch unter Berücksichtigung damaliger Berichte]; ferner BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.3). Es wird denn auch in der Lehre darauf hingewiesen, dass die Beweisführung mithilfe eines gerichtlichen Gutachtens Schwierigkeiten bereiten könne, wenn der strittige Sachverhalt zeitlich weit zurückliege, namentlich wenn es darum gehe, eine depressive Erkrankung in einem lange vor dem Gerichtsverfahren liegenden Zeitraum zu erstellen. In solchen Fällen lasse sich der massgebende Gesundheitszustand nachträglich nicht mehr mittels einer gerichtlichen Expertise feststellen (HARTMANN, a.a.O., S. 1347 f.). Unter den hier ge-

- 92 - gebenen Umständen ist deshalb auch aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung auf die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens zu verzichten. Klarzustellen ist, dass dies nicht bedeutet, dass eine Beweisnot gegeben wäre, die wiederum zu Herabsetzung des Beweismasses führen könnte: Eine Beweisnot ist (nur) gegeben, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne Weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen (dazu schon vorne E. 4.3). 8.2.1.4. Im Ergebnis ist der Antrag des Klägers auf Einholung eines medizinischen Gutachtens bezüglich seines Krankheitsverlaufs und seiner Erwerbsunfähigkeit seit 1. August 2006 abzuweisen. 8.2.2. Sowohl in act. 24 Rz. 22 als auch in act. 24 Rz. 37 offeriert der Kläger ein gerichtlich

einzuholendes medizinisches Gutachten im Hinblick auf seine pharmazeutische Behandlung. Betreffend act. 24 Rz. 22 ist unsicher, auf welche Behauptungen des betreffenden Absatzes sich die Beweisofferte überhaupt bezieht, zumal darin hauptsächlich Dokumente aus dem Strafverfahren zitiert werden. Denkbar wäre immerhin, dass es dem Kläger darum geht, insofern Tatsachen aufgrund des gutachterlichen Fachwissens und der Erfahrungssätze zu beurteilen (vgl. dazu DOLGE, a.a.O., Art. 183 ZPO N 4), als er behauptet, seine Fähigkeit, während ärztlicher Untersuchungen und Einvernahmen genügend konzentriert zu bleiben, sei von der Einnahme einer erheblichen Menge an Medikamenten abhängig gewesen. Freilich ist für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit auf den Zustand abzustellen, wie er nach Einnahme von Medikamenten besteht. Selbst wenn also ein gerichtliches Gutachten zum Schluss kommen würde, der Kläger habe sich nur aufgrund der Medikamenteneinnahme genügend konzentrieren können, könn-

- 93 - te der Kläger nichts aus diesem Schluss ableiten (vorne E. 7.3.3). Entsprechend kann die Beweisabnahme mangels Entscheidwesentlichkeit unterbleiben. Was act. 24 Rz. 37 betrifft, dürfte es dem Kläger darum gehen, seine Behauptungen zu den erwähnten Medikamenten bzw. Wirkstoffen zu beweisen. Die entsprechenden klägerischen Ausführungen sind jedoch unbestritten geblieben (vgl. act. 28 Rz. 37 S. 31 f.). Zudem gilt auch hier, dass für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit auf den Zustand nach Medikamenteneinnahme abzustellen ist und dass der Kläger daher aus der Einnahme insbesondere von antidepressiv wirkenden Medikamenten nichts zu seinen Gunsten ableiten kann (vorne E. 7.3.3). Auch hier kann also die Beweisabnahme mangels Bestreitung und Entscheidwesentlichkeit unterblieben. 9. Fazit Gestützt auf die von ihm eingereichten und offerierten Beweismittel gelingt es dem Kläger weder, den ihm obliegenden Hauptbeweis für die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung, noch jenen für die behauptete Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum vom 1. September 2008 bis 1. Dezember 2020 zu erbringen. Vielmehr gelingt es der Beklagten, mit ihren Vorbringen und Beweisofferten beim Gericht erhebliche Zweifel an diesen Behauptungen hervorzurufen. Der klägerische Hauptbeweis würde auch nicht gelingen, selbst wenn das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. hierzu BGE 130 III 321 E. 3.3 S. 325) gelten würde, weil die Möglichkeit, dass die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung und die behauptete Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum nicht bestanden, aufgrund der dargelegten Behauptungs- und Beweislage vernünftigerweise in Betracht gezogen werden muss. Zwar ist auch nicht erstellt, dass der Kläger im Anspruchszeitraum nicht an der behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigung litt und vollumfänglich erwerbsfähig war. Jedoch liegt diesbezüglich Beweislosigkeit vor, deren Folgen aufgrund der Beweislastverteilung der Kläger trägt. Bei diesem Ergebnis können die weiteren zwischen den Parteien umstrittenen Punkte offenbleiben und entsprechend erübrigt sich die Abnahme der diesbezüg-

- 94 - lich offerierten Beweismittel. Insbesondere kann offenbleiben, ob sich die Beklagte erfolgreich auf Art. 40 VVG berufen kann. Angemerkt sei aber Folgendes: Die Beklagte bringt in dieser Hinsicht diverse Gesichtspunkte vor, die ihres Erachtens eine betrügerische Anspruchsbegründung belegen sollen (act. 13 Rz. 51 ff. S. 48 ff.; act. 28 Rz. 73 ff. S. 69 ff.). Namentlich verweist sie auf folgende Ergebnisse der Observation bzw. polizeilichen Ermittlung: Der Kläger habe sich wesentlich häufiger und länger in seinem Büro aufgehalten, dort telefoniert, Akten gehalten, Gespräche geführt und seinen Laptop bedient

sowie sein Leben deutlich anders strukturiert, als er dies geschildert bzw. gegenüber den Ärzten und der Beklagten zum Ausdruck gebracht habe; dem Kläger hätten während rund 180 Tagen knapp 5000 Telefonverbindungen zugeordnet werden können; der Kläger sei bei einer zweitägigen geschäftlichen Reise mit dem Auto nach K.\_\_\_\_\_ observiert worden; und anlässlich einer Hausdurchsuchung sei eine Art Checkliste gefunden worden, die zeige, dass sich der Kläger ergebnisorientiert auf die psychiatrischen Untersuchungen vorbereitet habe, um einen bestimmten Eindruck zu vermitteln (act. 13 Rz. 17.1 S. 19 f., Rz. 53 f. S. 50 ff.). Der Kläger bestreitet zwar diese Vorbringen oder liefert Erklärungen, die den scheinbaren Widerspruch zu seinen Behauptungen erklären sollen. So macht er insbesondere Folgendes geltend: Er habe hinsichtlich seines Tagesablaufs gegenüber der Beklagten und den Ärzten nichts bewusst verschwiegen (act. 24 Rz. 73), die Präsenzzeit im Büro sei geringer gewesen als von der Beklagten behauptet (act. 24 Rz. 76) und habe gemäss den Strafverfolgungsbehörden kaum irgendwelchen nennenswerten geschäftlichen Aktivitäten zugeordnet werden können, die Staatsanwaltschaft habe vielmehr den Eindruck gewonnen, er schlage im Büro die Zeit tot (act. 1 Rz. 56; act. 24 Rz. 72, 74 f., 80); viele der Telefonate seien nicht ihm zuzurechnen und eine ernst zu nehmende Geschäftstätigkeit lasse sich daraus nicht ableiten (act. 24 Rz. 82); die Fahrt nach K.\_\_\_\_\_ habe in Absprache mit Dr. C.\_\_\_\_\_ und unter Einhaltung von Ruhezeiten und Medikamenteneinnahme stattgefunden, die geschäftliche Besprechungstätigkeit am Zielort sei zeitlich beschränkt gewesen und habe nicht zu einer Zusammenarbeit geführt (act. 1 Rz. 54; act. 24 Rz. 84 ff.); und die besagte Checkliste sei vor seinem beruflichen Hintergrund bzw. seinem gewohnten Muster, sich minutiös vorzubereiten, zu sehen (act. 24 Rz. 19). Wie

- 95 - gesagt, kann offenbleiben, ob diese Gesichtspunkte eine betrügerische Anspruchs begründung zu belegen vermöchten. Insoweit als die Vorbringen der Beklagten unbestritten sind (bspw. die Tatsachen, dass eine nicht unerhebliche Büropräsenz gegeben war und eine Reise nach K.\_\_\_\_\_ zu geschäftlichen Zwecken stattfand) oder sich als nachgewiesen erweisen sollten, würden sie aber zusätzliche Zweifel am in diesem Verfahren interessierenden klägerischen Hauptbeweis – namentlich der behaupteten Erwerbsunfähigkeit – aufkommen lassen. So stellte denn auch das Bundesgericht im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren insbesondere gestützt auf die genannten Gesichtspunkte ab Mai 2008 ein deutlich anderes Aktivitätsniveau fest und schloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auf eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit (act. 13 Rz. 55 S. 53; act. 3/31 E. 4.3.2.1, 4.3.2.4).

10. Kosten- und Entschädigungsfolgen

10.1. Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 2'960'000.–. Die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr beträgt CHF 50'350.–. In Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf CHF 65'000.– festzusetzen, ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vorab aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

10.2. Parteientschädigung Aufgrund des Prozessausgangs ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom

- 96 - 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 51'000.–. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr oder ein Pauschalzuschlag berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Vorliegend haben eine Vergleichsverhandlung und ein zweiter Schriftenwechsel stattgefunden. Entsprechend ist die Parteientschädigung auf CHF 71'400.– festzusetzen. Bezüglich des Antrags der Beklagten auf Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des Obergerichts vom 17. Mai 2006 (mit Modifikation betreffend Mehrwertsteuer-Satz am 17. September 2010) hinzuweisen. Da bei der Beklagten eine natürliche Vermutung dafür spricht, dass sie der Mehrwertsteuerpflicht unterliegt, und sie nicht darlegt, inwieweit sie die für die Rechtsvertretung bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann, ist der beantragte Mehrwertsteuerzusatz nicht zu gewähren (Kassationsgericht ZH vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76 = SJZ 101 [2005] 531, E. III.2.d; Handelsgericht ZH HG130021-O vom 26. August 2015 E. 15.3.2, obiter bestätigt durch BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, wenn die Gegenseite gegen den Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzusatzes nicht opponiert hat (BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Das Handelsgericht erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.