



Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Nicole Klausner, die Handelsrichterin Verena Preisig, die Handelsrichter Patrik Howald und Marco La Bella sowie der Gerichtsschreiber Dr. Severin Harisberger

Urteil vom 2. Juni 2023

in Sachen

A._____,
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 2'960'000.00 zu bezahlen, nebst Zins von CHF 912'666.65 sowie Zins zu 5% auf CHF 2'960'000.00 seit 1. Dezember 2020.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien

Der Kläger ist eine natürliche Person mit Wohnsitz im Kanton Zürich (act. 1 S. 1).

Die Beklagte, eine Aktiengesellschaft, ist ein Versicherungsunternehmen mit Sitz in Zürich (act. 1 Rz. 9).

b. Prozessgegenstand

Gemäss eigener Darstellung machte sich der Kläger 1998 als Unternehmensberater selbstständig (act. 1 Rz. 1). In den Jahren 2003 und 2004 habe er eine Expansions- und Investitionsstrategie verfolgt bzw. sich in einer Umbruch- und Expansionsphase befunden, weshalb seine Tätigkeit nicht gewinnbringend gewesen sei und er nur ein tiefes Einkommen erzielt habe (act. 1 Rz. 43, 45, 59; act. 24 Rz. 6, 31, 54, 64 ff.; siehe auch act. 13 Rz. 1 S. 3, Rz. 60.3 S. 57 f.). Dies habe länger gedauert als geplant, sodass sich der vorgesehene Start am 1. Januar 2005 bzw. 2006 verzögert habe (act. 24 Rz. 3, 17, 58, 64 ff.).

Am 7. Januar 2005 schloss der Kläger bei der Beklagten eine Risikoversicherung bei Erwerbsunfähigkeit ab. Diese gewährte im Versicherungsfall unter den vertraglich festgelegten Bedingungen nach einer Wartefrist von 24 Monaten einen Anspruch auf eine Erwerbsunfähigkeitsrente von CHF 240'000.– pro Jahr bis längstens zum 1. Dezember 2020 (act. 1 Rz. 2, 10, 61; act. 13 Rz. 2 S. 3; act. 3/1).

Der Kläger macht geltend, er leide seit dem 1. August 2006 unter rezidivierenden depressiven Episoden mittelschweren bis schweren Grades und sei seither in seiner angestammten Tätigkeit als selbstständiger Unternehmensberater nicht arbeitsfähig (act. 1 Rz. 3, 7). Daher habe er seit Ablauf der Wartefrist am 1. August 2008 Anspruch auf die vertragliche Erwerbsunfähigkeitsrente (act. 1 Rz. 4, 21, 62).

Die Beklagte bestreitet diesen Anspruch. Namentlich macht sie geltend, die behauptete Diagnose und die behauptete Arbeitsunfähigkeit seien nicht erwiesen. Vielmehr habe der Kläger gegenüber den involvierten Ärzten und ihr (der Beklagten) ein unzutreffendes Bild vermittelt, weshalb eine betrügerische Anspruchsbe-gründung vorliege (act. 13 Rz. 3 S. 3 f.; act. 28 S. 3).

Im Januar 2009 wurde im Hinblick auf einen möglichen Versicherungsbetrug ein Strafverfahren gegen den Kläger eingeleitet. In dessen Rahmen wurden unter anderem die Telefonanschlüsse des Klägers überwacht, eine Hausdurchsuchung durchgeführt und fanden diverse Einvernahmen statt. Mit Einstellungsverfügung vom 12. September 2013 wurde das Strafverfahren durch die Staatsanwaltschaft eingestellt (act. 1 Rz. 5; act. 13 Rz. 5 S. 4; act. 3/26).

Der Kläger hatte sich zudem bei der IV-Stelle des Kantons Zürich zum Bezug einer Invalidenrente angemeldet. Die IV-Stelle beteiligte sich zunächst als Strafklägerin am genannten Strafverfahren. Nach dessen Einstellung holte sie ein interdisziplinäres medizinisches Gutachten bei der MEDAS ... (nachfolgend: MEDAS-Gutachten) ein, das am 6. Januar 2016 erstattet wurde (act. 1 Rz. 22; act. 3/28). Gestützt insbesondere darauf sprach sie dem Kläger bloss eine vorübergehende Invalidenrente zu, was vom Bundesgericht mit Urteil vom 13. Mai 2019 geschützt wurde (act. 1 Rz. 24; act. 13 Rz. 24 S. 42; act. 3/31-32).

Die Beklagte weigert sich weiterhin, die vertragliche Rente zu leisten (act. 1 Rz. 4; act. 13 Rz. 4 S. 4). Vorliegend macht der Kläger diese klageweise geltend.

B. Prozessverlauf

Mit Klageschrift vom 26. Februar 2021 (Datum Poststempel) erhob der Kläger Klage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (act. 1; act. 3/1-42). Den ihm mit Verfügung vom 3. März 2021 (act. 4) auferlegten Kostenvorschuss von CHF 50'500.– leistete er fristgerecht (act. 6). Die mit nämlicher Verfügung nachgeforderte aktuelle Vollmacht reichte er fristgerecht nach (act. 7, 8).

Mit Eingabe vom 2. Juni 2021 erstattete die Beklagte innert der ihr mit Verfügung vom 16. März 2021 (act. 9) angesetzten Frist die Klageantwort (act. 13; act. 14/1-21). Darin beantragt sie, die Klage sei abzuweisen (act. 13 S. 2).

Mit Verfügung vom 8. Juni 2021 wurde die Leitung des Prozesses an Oberrichterin Nicole Klausner als Instruktionsrichterin delegiert (act. 15). Nachdem am 9. Februar 2022 eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hatte, anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 10 f.), wurde mit Verfügung vom 16. Februar 2022 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und dem Kläger Frist zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 21). Den mit nämlicher Verfügung auferlegten zusätzlichen Kostenvorschuss von CHF 17'000.– leistete der Kläger fristgerecht (act. 23).

Mit Eingabe vom 4. Mai 2022 erstattete der Kläger fristgerecht die Replik (act. 24; act. 25/43-66). Mit Eingabe vom 11. Juli 2022 erstattete die Beklagte innert der ihr mit Verfügung vom 6. Mai 2022 (act. 26) angesetzten Frist die Duplik (act. 28; act. 29/22-26). Mit Verfügung vom 15. Juli 2022 wurde das Eintreten des Akten schlusses festgehalten (act. 30). Mit Eingabe vom 26. Juli 2022 reichte der Kläger eine Stellungnahme zu Dupliknoten ein (act. 32).

Mit Verfügung vom 13. April 2023 wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 34). Mit Eingaben jeweils vom 26. April 2023 verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 36; act. 37).

Das Verfahren ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

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).

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).

2. Vertragliche Grundlagen und Beweisthemen

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.]

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 behandelnden Arztes Dr. C._____, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie (act. 1 Rz. 16), vom 11. Januar 2007, wonach die medizinische Behandlung

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.

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).

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

("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.

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 Prozessthema 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.

4. Allgemeines zu Behauptung, Bestreitung und Beweis

4.1. Behauptungs-, Substantiierungs-, Bestreitungs- und Beweislast

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).

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

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 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).

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).

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.

4.2. Beweislastverteilung

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 11. Februar 2022 E. 2.4.2; LARDELLI/VETTER, a.a.O., Art. 8 ZGB N 4; MARRO, in: Büchler/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-

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).

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).

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

(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 beweisen.

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.).

Im Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalls 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 Krankentaggeld 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.

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 hin gelten 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.

4.4. Recht auf Beweis und antizipierte Beweiswürdigung

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 Beweisanträge

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.).

4.4.2. Das Recht auf Beweis schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus. Eine antizipierte Beweismittelwürdigung 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 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 Beweismittelwürdigung 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

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.).

4.5. Beweismittel

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.

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-

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. wach halten (zum Begriff des Gegenbeweises vorne E. 4.2.1). Dies setzt nicht voraus, dass den Parteien im soeben 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

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 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.

4.5.3. Zur Beweismittelqualität von medizinischen Berichten

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.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, Art. 177 ZPO N 7 ff.).

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).

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;

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 Bundesgericht, 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

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-

nendes) Gegenbeweismittel auseinander (zum Begriff des Gegenbeweises vorne E. 4.2.1). Immerhin beruft sich der Kläger insoweit bezüglich des Anspruchszeitraums auf das MEDAS-Gutachten als Hauptbeweismittel, als er geltend macht, der psychiatrische Teilgutachter habe festgehalten, dass der Kläger seit 2006 unter nie vollständig remittierten rezidivierenden depressiven Episoden unterschiedlichen 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 Anspruchszeitraum betreffenden Tatsachenbehauptungen wiederholt die Befragung von Dr. C._____ als Zeuge (vgl. act. 1 Rz. 29; act. 24 Rz. 28, 29, 36) sowie die persönliche Befragung (vgl. act. 1 Rz. 29).

Ferner beantragt der Kläger im Zusammenhang mit seinen den Anspruchszeitraum 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 beschränken. Immerhin sind die in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum erstellten medizinischen Berichte insoweit relevant, als sich darin (zukunftsgerichtete) Aussagen betreffend den Anspruchszeitraum finden lassen und als einer allfälligen nachgewie-

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 Vorhandensein der rechtserheblichen Tatsache zulässt (MARRO, a.a.O., Art. 8 ZGB N 10). In diesem Sinn könnte eine allfällige nachgewiesene gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum auf ein Fortdauern derselben im Anspruchszeitraum schliessen lassen. Ein solcher Schluss erscheint zumindest dann möglich, wenn das Ende einer gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht terminiert werden kann. Anders verhält es sich aber, wenn dieser Schlussfolgerung aufgrund einer guten Prognose und/oder konkreter Vorbringen hinsichtlich einer Verbesserung des Gesundheitszustands die Grundlage entzogen ist. Diesfalls kann nicht einfach von der Prämisse ausgegangen werden, dass die einmal festgestellte gesundheitliche Beeinträchtigung andauert, und entsprechend 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, wonach 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 Arbeitsunfähigkeiten 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-

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

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 (zukunftsgerichtete) Aussagen betreffend den Anspruchszeitraum finden oder eine allfällige nachgewiesene gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit in der Zeit vor dem Anspruchszeitraum ein Indiz für eine entsprechende Beeinträchti-

gung bzw. Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum sein könnte, sofern dieser Schlussfolgerung nicht die Grundlage entzogen ist.

6.2. Parteistandpunkte

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). So dann 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).

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

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

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).

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, seltener bis zu zwei Jahren oder in Einzelfällen gar darüber. Dieser Zeitrahmen wür-

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).

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).

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:

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-

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 anforderten Auskünfte auch die entsprechenden Ausführungen zum Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015 hinten E. 7.2.1.3).

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.

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-

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 niederfrequent 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 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

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.).

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

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).

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 [...]

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

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.

1.5. [Auflistung von sechs Medikamenten mit Dosierung]
niederfrequente supportive Psychotherapie

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 Zivilprozessordnung, 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

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-

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. Wovon 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. [...]

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. [...]

7. Abschliessende Fragen

Wie beurteilen Sie aktuell den psychischen Gesundheitszustand des Angeeschuldigten 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 mitzubewerichtigen 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

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 blosser 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

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 psychopharmakologischen 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-

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 eingeschränktem 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.

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, vermittle 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

der Lage gewesen, dies mit Einschränkungen im Alltag zu konkretisieren (act. 3/28 S. 54). Im klinischen Untersuch 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 Ausprägungsgrad 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 unumgänglich gewesen wäre. Gemäss Bericht von Dr. C._____ seien Ausprägungsgrad 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-

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 geprüft, ob beim Kläger eine Aggravation oder Simulation vorliege. Während der Gutachter einige Kriterien gestützt auf die ihm zur Verfügung stehenden Grundlagen als nicht erfüllt oder nicht sicher beurteilbar erachtete, waren andere Kriterien zumindest teilweise erfüllt: Zum einen seien die geltend gemachten Konzentrations- und Leistungseinschränkungen 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 behaupteter 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 Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden könne. Der im neuropsychologischen Teilgutachten 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 neuropsychologische 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, zumindest intermittierend, verminderte Anstrengungs- und Leistungsbereitschaft spre-

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 Symptomvalidierungsverfahrens sei deutlich unter der Abrufleistung von depressiven Patienten oder Patienten 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 fremdanamnestischen 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

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-

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

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 22. März 2022 E. 5.2). Im Bereich des Sozialversicherungsrechts hat das Bundesgericht daher festgehalten, dass im Streitfall eine Leistungszusprache einzig gestützt auf die Angaben behandelnder Ärzte kaum in Frage komme (BGE 135 V 465 E. 4.5 S. 470 f.).

Dr. C._____ ist der Arzt, der den Kläger gemäss dessen Darstellung seit Krankheitsausbruch durchgehend behandelt hat (act. 24 Rz. 28, 36; siehe auch act. 13 Rz. 18.2 S. 24, Rz. 18.3 S. 25). Als solcher dürfte er zwar über die Entwicklung des Gesundheitszustands und die Vorakten im Bild gewesen sein, wie der Kläger geltend macht (act. 24 Rz. 28). Zunächst ist aber anzufügen, dass der Bericht vom 14. Februar 2015 lediglich eine niederfrequente supportive Psychotherapie erwähnt (act. 3/24 Ziff. 1.5). Sodann sind die Aussagen von Dr. C._____ nach dem Gesagten *gerade* aufgrund seiner Eigenschaft als behandelnder Arzt kritisch zu würdigen. Dies gilt umso mehr, als die Formulierung des Berichts vom 14. Februar 2015 auf eine eingeschränkte Objektivität von Dr. C._____ hindeutet, wie auch die Beklagte bemerkt (act. 13 Rz. 18.2 S. 24; act. 28 Rz. 29 S. 21). So

gab er insbesondere mit der Aussage, die Versicherungen hätten einen zusätzlichen Gesundheitsschaden verursacht, zu verstehen, dass er einen Teil der Verantwortung für den klägerischen Zustand bei der Adressatin sah, und schrieb gar explizit davon, dass er bei der Beantwortung Ärger empfinde (act. 3/24 S. 1). Bereits anlässlich der Einvernahme vom 21. Dezember 2010 gab er mit der Aussage, die von der Beklagten losgetretene Geschichte habe zu einer massiven Belastung geführt, zu verstehen, dass er einen Teil der Verantwortung bei der Beklagten sah. Damit hat er die parteiische Stellung, die bei behandelnden Ärzten ohnehin angenommen wird, noch bekräftigt. Vor diesem Hintergrund ist der Beweiswert seiner Angaben eingeschränkt. In Bezug auf die Einvernahme vom 21. Dezember 2010 ist zudem darauf hinzuweisen, dass diese in Anwesenheit des Klägers erfolgte (vgl. 3/25 S. 1). Dies stellt die Objektivität der Aussagen von Dr. C._____ in Frage, wie auch die Beklagte geltend macht (act. 13 Rz. 18.3 S.25). Denn eine psychotherapeutische Beziehung führt häufig zu einem intensiven Vertrauensverhältnis verbunden mit einer hohen Verletzlichkeit der behandelten Person (BGE 133 IV 49 E. 5.3 S. 53 f.; BGE 131 IV 114 E. 1 S. 117 f.; BGE 124 IV 13 E. 2c/cc S. 16 f.). Dies könnte Dr. C._____ von Aussagen abgehalten haben, die dasselbe gefährdet hätten.

7.3.1.2. Hinzu kommt, dass sowohl der Bericht vom 14. Februar 2015 als auch die Aussagen anlässlich der Einvernahme vom 21. Dezember 2010 nicht als aussagekräftige medizinische Berichte zu qualifizieren sind. Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts erachtet als für den Beweiswert von medizinischen Berichten entscheidend, ob sie für die streitigen Belange umfassend sind und auf allseitigen Untersuchungen beruhen, die geklagten Beschwerden berücksichtigen, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden sind, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und der medizinischen Situation einleuchten und die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (BGE 134 V 231 E. 5.1 S. 232; BGE 125 V 351 E. 3a S. 352; BGer 9C_529/2021 vom 26. Juli 2022 E. 3.2.1; BGer 9C_528/2021 vom 11. Februar 2022 E. 4.1; BGer 8C_461/2021 vom 3. März 2022 E. 4.1). Diese Kriterien wurden auch in der zivilrechtlichen Rechtsprechung rezipiert (BGer 5A_266/2017 vom 29. November 2017 E. 6.3; BGer 5A_239/2017 vom 14. September 2017

E. 2.4; BGer 4A_318/2016 vom 3. August 2016 E. 6.2; BGer 4A_481/2014 vom 20. Februar 2015 E. 2.4.1; BGer 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.6; siehe auch BGer 4A_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.6.1, wonach aufgrund der genannten Kriterien auch Aussagen über die Qualität von Parteigutachten gemacht werden können). Demzufolge reicht die Einreichung eines beliebigen ärztlichen Zeugnisses nicht immer zum Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit aus. Vielmehr müssen die medizinischen Schlussfolgerungen klar und das Fazit gut begründet sein. Ein ärztliches Zeugnis, das eine Arbeitsunfähigkeit ohne weitere Erklärungen attestiert, hat hingegen keine grosse Beweiskraft (BGer 5A_1040/2020 vom 8. Juni 2021 E. 3.1.2; BGer 5A_239/2017 vom 14. September 2017 E. 2.4 [beides zivilrechtliche Entscheide]).

Der Bericht vom 14. Februar 2015 ist, wie dies auch die Beklagte bemerkt (act. 28 Rz. 29 S. 21), äusserst knapp gehalten. Zunächst ist unklar, welche Fragen beantwortet werden. Sodann entbehrt der Bericht weitgehend einer Begründung und sind die Ausführungen kaum mit konkreten Befunden unterlegt; bis auf einige Stichworte zur aktuellen Symptomatik enthält der Bericht keine Befundaufnahme. Vielmehr verweist Dr. C._____, mutmasslich gefragt nach der Krankheitsentwicklung (so auch der Kläger in act. 24 Rz. 29), hauptsächlich auf den "Aktenberg" der Adressatin. Was die wenigen Hinweise auf Symptome sowie die Diagnose einer mittelschweren bis schweren depressiven Episode ohne psychotische Symptome betrifft, führt der Bericht nicht aus, wie diese ermittelt wurden. Begründet wird einzig die differentialdiagnostische Vermutung einer bipolaren Störung Typ II, auch dies allerdings nur stichwortartig, wobei es sich ohnehin bloss um eine Verdachtsdiagnose handelt, die nicht ohne Weiteres zur Hervorrufung der vollen Überzeugung des Gerichts geeignet ist, und ohnehin keine Partei aus dieser Diagnose etwas zu ihren Gunsten ableitet. Die vorliegend entscheidende medizinische Situation und die medizinischen Zusammenhänge bleiben daher unklar und die gestellte Diagnose kann nicht nachvollzogen werden (vgl. zum Ganzen BGer 5A_239/2017 vom 14. September 2017 E. 2.4; ferner BGer 5A_1040/2020 vom 8. Juni 2021 E. 3.3). Insoweit der Bericht eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers attestiert – was freilich ohnehin eine blosser Parteibehauptung darstellt (vorne

E. 7.2.1.3) –, fehlt jegliche Begründung, wie sich dieser Schluss herleitet und wie er sich namentlich auf festgestellte Krankheitssymptome zurückführen lässt.

Auch die Ausführungen von Dr. C._____ anlässlich der Einvernahme vom 21. Dezember 2010 sind im hier interessierenden Bereich knapp gehalten und entbehren weitgehend einer näheren Begründung. Namentlich die angesprochenen grossen Schwankungen sowie die tendenzielle Verbesserung des klägerischen Gesundheitszustands werden nicht erläutert und auch für die Einschätzung der beruflichen Integrationschancen – ohnehin eine blosser Tatsachenbehauptung (vorne E. 7.2.2.3) – fehlt jegliche Erklärung, wie sich dieser Schluss herleitet und wie er sich namentlich auf festgestellte Krankheitssymptome zurückführen lässt. Der Kläger macht in dieser Hinsicht geltend, aus dem Einvernahmeprotokoll gehe hervor, wie Dr. C._____ zu seinen Befunden gekommen sei: Dr. C._____ kenne aus seiner langjährigen Unterrichts- und Praxistätigkeit die standardisierten Fragebogen und Interviews auswendig und wende sie als Routinebestandteil seines klinischen Untersuchungsgesprächs an. Natürlich habe er seine Beurteilung nicht nur aufgrund der Eigenangaben des Klägers erstattet, sondern den Kläger systematisch untersucht (act. 24 Rz. 31). Standardisierte Fragebogen und Interviews seien integrierter Routinebestandteil seines klinischen Untersuchungsgesprächs, somit handle es sich bei den beschriebenen Beschwerden nicht einfach um Eigenangaben des Klägers, sondern um systematisch erhobene Befunde (act. 24 Rz. 32). Dies ändert allerdings nichts daran, dass das rechtsgenügeliche Zustandekommen der Einschätzung von Dr. C._____ durch das hiesige Gericht nicht überprüft und auch nicht nachvollzogen werden kann, ob die Einschätzung in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und der medizinischen Situation einleuchtet.

Bei beiden ärztlichen Berichten ist also insbesondere unsicher, wie Dr. C._____ seine Erkenntnisse ermittelt hat, namentlich ob die darin enthaltenen Aussagen auf eigenen Befunden oder vielmehr Angaben des Klägers beruhen und ob letztere gegebenenfalls objektiviert werden konnten, was für eine aussagekräftige Einschätzung unabdingbar wäre (ZÜBLIN, Das medizinische Gutachten i.S.v. Art. 44 ATSG im Haftpflichtprozess, in: Fellmann/Weber [Hrsg.], HAVE 2019, S. 194).

Auch vor diesem Hintergrund haben die Angaben von Dr. C._____ im Bericht vom 14. Februar 2015 sowie der Einvernahme vom 21. Dezember 2010 keinen hohen Beweiswert.

7.3.1.3. In Bezug auf das Protokoll der Einvernahme von Dr. C._____ vom 21. Dezember 2010, das als Zeugnisurkunde zu qualifizieren ist (vorne E. 7.2.2.2), ist ferner zu beachten, dass Zeugnisurkunden im Rahmen der Beweiswürdigung grundsätzlich mit einer gewissen Zurückhaltung zu begegnen ist. Mit ihnen kann bloss nachgewiesen werden, dass eine Äusserung im Sinn der Urkunde abgegeben worden ist. Ob die Äusserung wahr ist und welche Auswirkungen sie auf die zu beweisende Behauptung zeitigt, ist sowieso nach den gesamten Umständen des Einzelfalls im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu bestimmen (MÜLLER, a.a.O., Art. 177 ZPO N 8; WEIBEL, a.a.O., Art. 177 ZPO N 15; siehe auch BGer 5A_907/2020 vom 30. März 2021 E. 2.4.1). Die Zeugnisurkunde ist für die Wahrheit ihres Inhalts nicht mehr als ein Indiz. Die Beweiskraft hängt dabei wesentlich von der Glaubwürdigkeit der ausstellenden Person ab; diese wiederum von ihrer Stellung zu den Parteien und ihrem Interesse am Ausgang des Streits, resp. am Interesse, die Zeugenaussage im Sinne einer Partei abzugeben (zum Ganzen Kantonsgericht GR ZK2 15 3 vom 13. November 2018 E. 8.3.4).

7.3.1.4. Ohnehin ist zu beachten, dass der Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015 sowie seine Aussagen anlässlich der Einvernahme vom 21. Dezember 2010 nur in beschränktem Umfang überhaupt geeignet sind, eine gesundheitliche Beeinträchtigung sowie Erwerbsunfähigkeit *im Anspruchszeitraum* zu beweisen. Zunächst ergeben sich Einschränkungen aus der Rechtsprechung zu Parteigutachten (vorne E. 7.2.1.3, 7.2.2.3). Sodann sind sie nur beschränkt tauglich, den Beweis für die jeweils zukünftige Zeit zu erbringen (vgl. dazu vorne E. 5.1).

Was sodann die von den Parteien referenzierten Passagen des Einvernahmeprotokolls vom 21. Dezember 2010 betrifft, enthalten diese ohnehin nur beschränkt Aussagen zu einer allfälligen gesundheitlichen Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum. Vielmehr betreffen sie mehrheitlich die Zeit vor

dem Anspruchszeitraum. Dies gilt insbesondere für die von Dr. C._____ bestätigte Umschreibung der Beschwerden des Klägers: Die Bestätigung bezieht sich auf den Zeitpunkt des Schreibens vom 11. Januar 2007, in dem er diese Beschwerden auflistete, was mitunter aus der Verwendung des Vorzeitigkeitstempus ("hat ... erstaunt") folgt. Eine Bestätigung, dass diese Beschwerden auch im Zeitpunkt der Einvernahme gegeben waren, ist darin nicht zu sehen. Gleiches gilt für die Aussagen zum sozialen Rückzug und zur in diesem Zusammenhang erwähnten kognitiven und psychomotorischen Verlangsamung, die durchwegs in Vorzeitigkeits- bzw. Vergangenheitsform gehalten und daher nicht geeignet sind, entsprechende Einschränkungen im Zeitpunkt der Einvernahme zu belegen. Schliesslich belegt auch die Antwort, nach dem 14. September 2007 habe eine theoretische willkürlich allenfalls auf 15 bis 20% ansetzbare, aber nicht verwertbare Restarbeitsfähigkeit bestanden, keine entsprechende Einschränkung im Anspruchszeitraum. Denn auch diese Antwort betrifft einen substantiell früheren Zeitraum ("nach dem Gespräch [...] vom 14.09.2007"), zumal auch diese Antwort im Vergangenheitsstempus gehalten ist. Nur die Fragen unter Ziff. 7 ("Abschliessende Fragen") zielen überhaupt auf die Situation im Einvernahmezeitpunkt (d.h. am 21. Dezember 2010) ab, wobei einzig der Kläger auf diesen Abschnitt verweist und dies nur insoweit, als darin gesagt wird, die rechtlichen Schritte hätten zu einer massiven Belastung geführt und die beruflichen Integrationsmöglichkeiten bzw. -chancen vermindert (act. 1 Rz. 19; act. 3/25 S. 13), was von der Beklagten bestritten wird (act. 13 Rz. 19.3 S. 31). Wie gesagt (vorne E. 7.2.2.3), handelt es sich dabei allerdings um eine (bestrittene) Tatsachenbehauptung. Die restlichen Ausführungen unter Ziff. 7 werden von keiner Partei aufgenommen. Zumindest teilweise den Anspruchszeitraum betrifft immerhin die in Ziff. 5 enthaltene Aussage, der gesundheitliche Zustand des Klägers nach September 2007 habe sich mit grossen Schwankungen und tendenziell bis zum Zeitpunkt der Einvernahme verbessernd entwickelt, unter einer recht komplexen psychopharmakologischen Behandlung.

7.3.1.5. Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass der Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015 und das Protokoll seiner Einvernahme vom 21. Dezember 2010 zwar Hinweise darauf liefern, dass eine therapieresistente über Jahre sich erstre-

ckende Symptomatik mit psychomotorischer Verlangsamung und kognitiven Störungen bzw. gegen Ende 2014 Verzweiflung und Weinkrämpfe vorlagen und der Gesundheitszustand des Klägers ab September 2007 bis Dezember 2010 erheblich schwankte und sich tendenziell verbessernd entwickelte sowie dass in diesem Zeitraum eine eher komplexe psychopharmakologische Behandlung stattfand. Allerdings verbleiben angesichts der Stellung von Dr. C._____ als behandelndem Arzt, seiner erkennbar eingeschränkten Objektivität und dem Fehlen einer näheren Begründung – namentlich einer Erklärung, ob die entsprechenden Feststellungen auf eigenen Befunden oder vielmehr Angaben des Klägers beruhen und ob letztere gegebenenfalls objektiviert werden konnten – erhebliche Zweifel, ob die besagten Krankheitserscheinungen tatsächlich wie verzeichnet gegeben waren. Mithin können die hier interessierenden Aussagen Dr. C._____s die vom Kläger behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung nicht rechtsgenügend – d.h. zur vollen Überzeugung des Gerichts (vorne E. 4.3) – nachweisen. Die behauptete Erwerbsunfähigkeit können die Angaben Dr. C._____s schon mangels Beweismittelqualität nicht beweisen, wobei angesichts der Stellung von Dr. C._____ als behandelndem Arzt, seiner erkennbar eingeschränkten Objektivität beim Verfassen des Berichts vom 14. Februar 2015 und dem Fehlen jeglicher Begründung ohnehin erhebliche Zweifel an der attestierten vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit verbleiben würden. Wohlgedenkt gilt das hier Gesagte unter Ausserachtlassung des MEDAS-Gutachtens, das den Beweiswert der diskutierten Aussagen von Dr. C._____ zusätzlich schmälert.

7.3.2. Nichts anderes folgt aus den Erkenntnissen aus dem Strafverfahren, namentlich der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 12. September 2013. Erkenntnisse aus Strafverfahren können durch die Zivilgerichte zwar mitberücksichtigt werden, sie sind aber umgekehrt für die Zivilgerichte auch nicht verbindlich, insbesondere nicht eine Einstellungsverfügung (Art. 53 OR; BGE 125 III 401 E. 3 S. 411; BGer 4A_533/2013 vom 27. März 2014 E. 3.3). Was die vom Kläger referenzierten Passagen der Einstellungsverfügung betrifft, könnten die sozial zurückgezogene Lebensweise, die Wahrnehmung einer Verhaltensänderung durch die klägerische Assistentin in den Jahren 2005 und 2006 sowie die Wahrnehmungen betreffend Veränderungen in der Gangart und

im Sprachvermögen durch den Geschäftspartner als Hinweise auf eine gesundheitliche Beeinträchtigung gesehen werden. Was die Assistentin anbelangt, war diese allerdings gemäss den zitierten Ausführungen in der Einstellungsverfügung in den Jahren 2005 und 2006 für den Kläger tätig und betreffen ihre Wahrnehmungen damit nicht den hier interessierenden Anspruchszeitraum. Gleiches gilt für die Wahrnehmungen des Geschäftspartners, der ab den Jahren 2003/2004 mit dem Kläger zusammenarbeitete, aber schon nach kurzer Zeit bzw. vor dem geplanten Start der operativen Geschäftstätigkeit wieder ausstieg (act. 13 Rz. 60.3[2] S. 60; act. 24 Rz. 64). Was den sozial zurückgezogenen Lebensstil – soweit denn angesichts der von der Staatsanwaltschaft festgestellten Kontakte im Büro und der Beziehung mit der Freundin überhaupt von einem solchen gesprochen werden kann – anbelangt, kann auch aus diesem nicht auf eine Beeinträchtigung des Klägers geschlossen werden, kann dieser Lebensstil doch auch durch den klägerischen Charakter begründet sein, zumal er selbst behauptet, Dr. C._____ habe bestätigt, er (der Kläger) sei schon vor der Erkrankung ein Workaholic gewesen, der einen Grossteil seines Lebens im Büro verbracht habe (act. 24 Rz. 44). Schliesslich ist auch aus der Erkenntnis, dass keine substantiellen geschäftlichen Aktivitäten bzw. keine nennenswerten Arbeitsergebnisse festgestellt werden konnten, kein geschäftlicher Erfolg erkennbar war und die Staatsanwaltschaft den Eindruck gewonnen habe, der Kläger schlage im Büro die Zeit tot, nicht ohne Weiteres auf eine Erwerbsunfähigkeit zu schliessen. Die fehlenden Aktivitäten bzw. der ausbleibende Erfolg kann nämlich auch auf anderen Gründen beruhen, namentlich auf dem Fehlen von Kundschaft, zumal die Strafuntersuchung gemäss den zitierten Ausführungen der Staatsanwaltschaft gerade auch zeigte, dass die berufliche Tätigkeit bereits im Jahr 2005, d.h. vor dem behaupteten Ausbruch der Depression, nicht rentabel war und die Assistentin des Klägers feststellte, dass man keine Kunden hatte. Insgesamt lässt sich mit der Einstellungsverfügung – auch unter Berücksichtigung der Angaben von Dr. C._____ (vorne E. 7.3.1) – keine gesundheitliche Beeinträchtigung und noch weniger eine Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum belegen.

7.3.3. Nichts anderes folgt sodann aus der pharmazeutischen Behandlung des Klägers und namentlich dem Dauerrezept vom 10. Januar 2020. In Bezug auf An-

sprüche unter dem IVG ist die versicherte Person gemäss Bundesgericht im Rahmen der Schadenminderungspflicht gehalten, sich im Sinn der Selbsteingliederung einer zumutbaren Behandlung zu unterziehen. Die fortgesetzte Krankheitsbehandlung, die insbesondere auch die dauernde Einnahme ärztlich verschriebener Medikamente umfasst, ist in aller Regel eine jederzeit zumutbare Form von Schadenminderung, selbst wenn sie mit Nebenwirkungen verbunden ist (BGer 8C_625/2016 24. Januar 2017 E. 3.4.1; BGer U 510/05 vom 20. März 2007 E. 3.3; BGer I 824/06 vom 13. März 2007 E. 3.1). Eine solche Schadenminderungspflicht gilt auch im Privatversicherungsrecht: Gemäss Art. 38a Abs. 1 VVG (vormals Art. 61 aVVG) ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Sie kann zudem aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB abgeleitet und als allgemeiner Grundsatz unter anderem des Privatversicherungsrechts bezeichnet werden (LUTERBACHER, Die Schadenminderungspflicht, 2005, Rz. 173, 177 m.w.H.). Daher ist die besagte bundesgerichtliche Rechtsprechung auch im vorliegenden Fall anzuwenden und – entgegen den klägerischen Vorbringen (act. 32 Rz. 6) – davon auszugehen, dass die dauernde Einnahme ärztlich verschriebener Medikamente dem Kläger zumutbar ist, zumal der Kläger keine Nebenwirkungen dargetan hat und das MEDAS-Gutachten darauf hindeutet, dass er dannzumal lediglich eines der Medikamente regelmässig einnahm. Dementsprechend ist für die Beurteilung der Erwerbsfähigkeit auf den Zustand nach Medikamenteneinnahme abzustellen. Dies hat zur Folge, dass der Kläger nichts aus der Einnahme bzw. Verschreibung von Medikamenten ableiten kann. Letztere mag zwar darauf hindeuten, dass Dr. C._____ eine entsprechende Medikamenteneinnahme infolge gesundheitlicher Probleme als indiziert ansah. Aus dem Vorliegen einer Gesundheitsbeeinträchtigung kann aber ohnehin nicht ohne Weiteres auf eine Erwerbsunfähigkeit geschlossen werden; die Folge der Gesundheitsbeeinträchtigung kann vielmehr auch lediglich in einer Untersuchungs- bzw. Behandlungsbedürftigkeit bestehen (WITTWER, Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, 2017, S. 19).

7.3.4. Schliesslich erbringt auch das MEDAS-Gutachten nicht den Beweis für die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit. Vielmehr

lässt es in mehrererlei Hinsicht erhebliche Zweifel an diesen Behauptungen aufkommen und dient damit dem Gegenbeweis.

7.3.4.1. Vorweg ist daran zu erinnern, dass sich eine Unsicherheit in der Einschätzung des gesundheitlichen Zustands und der Erwerbsunfähigkeit zulasten des Klägers auswirkt. Wie ausgeführt (vorne E. 4.2.2), trägt nämlich er die Beweislast für das Vorliegen seiner Behauptungen und damit die Folgen der Beweislosigkeit. Sein Beweis ist schon dann gescheitert, wenn (unter Berücksichtigung des MEDAS-Gutachtens) eine *Erwerbsunfähigkeit* als nicht erwiesen erachtet werden muss, nicht nur dann, wenn das MEDAS-Gutachten eine *Erwerbsfähigkeit* attestiert.

7.3.4.2. Wie jedes andere Beweismittel unterliegt ein gerichtliches Gutachten der freien Beweiswürdigung. Kriterien der Beweiswürdigung eines Gutachtens sind dessen Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit und Schlüssigkeit (vgl. zu diesen Kriterien Art. 188 Abs. 2 ZPO; BGer 4A_77/2007 vom 10. Juli 2007 E. 4.2.1; BGer 5P.39/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 4.2; DOLGE, a.a.O., Art. 183 ZPO N 11 ff.; MÜLLER, a.a.O., Art. 187 ZPO N 10; RÜETSCHI, a.a.O., Art. 183 ZPO N 40). In Fachfragen darf das Gericht nur aus triftigen Gründen von einem Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen. Es hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten als zweifelhaft, hat das Gericht nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben (zum Ganzen BGE 138 III 193 E. 4.3.1 S. 198; BGer 5A_685/2022 vom 12. Januar 2023 E. 3.1.2; BGer 4A_295/2022 vom 16. Dezember 2022 E. 5; BGer 5A_488/2021 vom 4. Februar 2022 E. 3.2; BGer 4A_87/2018 vom 27. Juni 2018 E. 4.1; BGer 4A_286/2011 vom 30. August 2011 E. 4).

7.3.4.3. Was die vom Kläger behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung (d.h. Beweisthema 1) betrifft, lässt sich das Bestehen einer solchen im Anspruchszeitraum gestützt auf das MEDAS-Gutachten nicht nachweisen: Bezüglich der Zeit von April 2008 bis Herbst 2014 verweist es auf die fehlende Dokumentation. Entgegen den Vorbringen des Klägers (act. 1 Rz. 22; act. 24 Rz. 40) stellt es nicht

fest, dass er unter einer depressiven Erkrankung leide, die nie vollständig remittiert sei. Vielmehr verweist es an den vom Kläger zitierten Stellen auf die Angaben von Dr. C._____, wie die Beklagte zutreffend einwendet (act. 28 Rz. 40 S. 37). Bezüglich des Begutachtungszeitpunkts stellt es ebenfalls keine gesundheitliche Beeinträchtigung fest. Vielmehr werden die geprüften Diagnosen verworfen. Insbesondere stellt es auch keine leichtgradige depressive Episode fest, drückte doch der psychiatrische Teilgutachter diesbezüglich durch Verwendung des Begriffs "höchstens" gerade seine Unsicherheit darüber aus, ob überhaupt eine entsprechende Beeinträchtigung gegeben war. Die gutachterliche Einschätzung ist erkennbar auf die Untersuchungsergebnisse abgestützt, wobei auch auf die Konsistenz mit den Spontanaktivitäten des Klägers hingewiesen wird (act. 3/28 S. 62, 64). Die Zurückhaltung bei der Diagnosestellung erscheint nachvollziehbar und konsistent, war es doch nicht gelungen, die behaupteten Konzentrationseinschränkungen bzw. kognitiven Beeinträchtigungen zu objektivieren, und hatte doch eine Aggravation oder Simulation nicht ausgeschlossen werden können. Vor diesem Hintergrund lässt sich mit dem MEDAS-Gutachten nicht rechtsgenügend, d.h. zur vollen Überzeugung des Gerichts, nachweisen, dass überhaupt eine gesundheitliche Beeinträchtigung vorlag. Und selbst wenn man annehmen würde, der Gutachter hätte das Vorliegen einer depressiven Episode bestätigt, wäre diese lediglich leichtgradig gewesen und nicht schwerwiegend, wie der Kläger behauptet.

Im Gegenteil lässt das MEDAS-Gutachten Zweifel an der vom Kläger behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigung im Anspruchszeitraum aufkommen: Zum einen steht die Feststellung, im Begutachtungszeitpunkt liege höchstens eine leichtgradige depressive Episode vor, in einem Spannungsverhältnis zum Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015, in dem von einer mittelschweren bis schweren depressiven Episode gesprochen wird (act. 1 Rz. 18; act. 3/24). Zwar wäre es denkbar, dass der Unterschied auf eine zwischenzeitliche Besserung des gesundheitlichen Zustands bzw. eine Remission der behaupteten rezidivierenden depressiven Episode (vgl. dazu hinten E. 7.3.4.8) zurückzuführen sein könnte. Nichtsdestotrotz kommen Zweifel auf, ob die von Dr. C._____ festgehaltene Intensität tatsächlich gegeben war, zumal der Unterschied gerade auch darauf zu-

rückzuführen sein könnte, dass behandelnde Ärzte tendenziell zugunsten der behandelten Personen aussagen (vorne E. 7.3.1.1). Zum anderen konnte der psychiatrische Teilgutachter keine schwerwiegenden kognitiven Beeinträchtigungen objektivieren sowie eine Aggravation oder Simulation nicht ausschliessen und ergab die neuropsychologische Untersuchung Hinweise auf eine schwankende Anstrengungs- und Leistungsbereitschaft sowie eine Symptomverdeutlichungstendenz. Dies bedeutet zwar nicht, dass eine Aggravation oder Simulation nachgewiesen wäre. Für den klägerischen Hauptbeweis ist jedoch entscheidend, dass das Gericht keine ernsthaften Zweifel mehr an seinen Behauptungen hat. Solche Zweifel drängen sich aber aufgrund der besagten gutachterlichen Feststellungen auf, und zwar unabhängig davon, ob von einer Aggravation, Simulation oder Symptomverdeutlichungstendenz gesprochen wurde, weshalb die entsprechenden Parteivorbringen am Punkt vorbeigehen (act. 13 Rz. 22.3 S. 37; act. 24 Rz. 48; act. 28 Rz. 48 S. 42; act. 32 Rz. 8). Dies macht es umso problematischer, dass der Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015 eben gerade nicht ausführt und erklärt, dass bzw. wie jener seine Befunde objektiviert hat, weshalb die besagten Feststellungen im MEDAS-Gutachten auch den Beweiswert dieses Berichts mindern.

7.3.4.4. Was die vom Kläger behauptete Erwerbsunfähigkeit (d.h. Beweisthema 2) betrifft, lässt sich auch das Bestehen einer solchen im Anspruchszeitraum gestützt auf das MEDAS-Gutachten nicht nachweisen: Diesbezüglich hält das MEDAS-Gutachten im Ergebnis fest, dass es aufgrund der fehlenden Dokumentation nicht möglich sei, Angaben zur Arbeitsunfähigkeit von April 2008 bis Herbst 2014 zu machen, und sicher von einer Teilarbeitsfähigkeit ausgegangen werden müsse. Aus der letzteren Aussage kann der Kläger aber nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn anders als die Beklagte anzunehmen scheint (vgl. act. 13 Rz. 22.2 S. 34, Rz. 22.3 S. 38, Rz. 23.1 S. 39), besagt sie nicht, dass der psychiatrische Teilgutachter überhaupt eine (teilweise) Arbeitsunfähigkeit gegeben sah, hält der Gutachter doch einzig für sicher, dass der Kläger teilweise zur Arbeit *fähig* war. Genau betrachtet enthält das MEDAS-Gutachten an den referenzierten Stellen lediglich an einem Ort eine Aussage, die als Bestätigung einer (umfangsmässig unbestimmten) Arbeitsunfähigkeit gesehen werden kann, nämlich auf act. 3/28

S. 62 i.f., wo festgehalten wird, abgestützt auf die klinischen Befunde sei "keine volle Arbeitsfähigkeit begründbar". Liest man diese Aussage zusammen mit dem vorangehenden Satz, wonach im Begutachtungszeitpunkt höchstens eine leichtgradige depressive Episode gegeben sei, kommen allerdings selbst hier Zweifel auf, ob der psychiatrische Teilgutachter nicht vielmehr von Arbeitsunfähigkeit sprechen wollte. Der gutachterliche Schluss auf das Bestehen sicher einer Teilarbeitsfähigkeit und der daraus resultierende Widerspruch zur Einschätzung von Dr. C._____ im Bericht vom 14. Februar 2015 wird in nachvollziehbarer und schlüssiger Weise mit den klinischen Befunden und den Ergebnissen des Mini-ICF-APP-Bogens, welche allesamt im Gutachten ausgeführt werden und demselben angehängt wurden (act. 3/28 S. 64 f., 68 f.), begründet. Hinzu kommt die offensichtlich auf die Fachkenntnis des psychiatrischen Teilgutachters gestützte Überlegung, dass es auch im Fall von rezidivierenden depressiven Episoden immer wieder Phasen gebe, in denen die Depression aufhelle und in welchen aus psychiatrischer Sicht keine schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Arbeitsfähigkeit begründbar seien (act. 3/28 S. 65), sowie der auf die subjektiven Angaben des Klägers anlässlich der Exploration (act. 3/28 S. 44) gestützte Hinweis, die Feststellung einer zumindest teilweisen Arbeitsfähigkeit decke sich mit der Annahme des Klägers, ohne Druck seitens der Versicherung seine Restarbeitsfähigkeit besser realisieren zu können (act. 3/28 S. 65). Die gutachterliche Einschätzung erscheint vor diesem Hintergrund gut begründet und namentlich aufgrund der Unmöglichkeit, die vom Kläger geltend gemachten Konzentrations- bzw. kognitiven Störungen zu objektivieren, nachvollziehbar. Im Übrigen würde es für den klägerischen Hauptbeweis auch nicht genügen, wenn in den gutachterlichen Aussagen die Bestätigung einer teilweisen Arbeitsunfähigkeit zu sehen wäre. Diese wäre nämlich, wie die Beklagte richtigerweise geltend macht (act. 13 Rz. 22.2 S. 34), zu unpräzise, um den Hauptbeweis zu erbringen, dass der Kläger zu mindestens 25% erwerbsunfähig war. Namentlich bliebe mangels Quantifizierung ungewiss, ob der Grad der Erwerbsunfähigkeit die für einen Anspruch des Klägers vorausgesetzte Schwelle von 25% überschritt. Demnach lässt sich mit dem MEDAS-Gutachten nicht rechtsgenügend, d.h. zur vollen Überzeugung des Gerichts, nachweisen, dass der Kläger im Anspruchszeitraum erwerbsunfähig war.

Im Gegenteil lässt das MEDAS-Gutachten Zweifel an der vom Kläger behaupteten Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum aufkommen: Zum einen hält das MEDAS-Gutachten zumindest eine Teilarbeitsfähigkeit fest, womit im Begutachtungszeitpunkt jedenfalls die klägerische Behauptung widerlegt ist, er sei *vollumfänglich* arbeitsunfähig gewesen. Zum anderen befasst sich das MEDAS-Gutachten mit dem Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015 und bezeichnet die darin enthaltene Bestätigung einer Arbeitsunfähigkeit von 100% ab 1. August 2006 ausdrücklich als nicht nachvollziehbar. Hiermit lässt das MEDAS-Gutachten Zweifel an dieser Einschätzung aufkommen, zumal es im Gegensatz zum Bericht vom 14. Februar 2015 nicht vom behandelnden Arzt erstellt worden, aber hingegen ausführlich begründet worden ist.

7.3.4.5. Das MEDAS-Gutachten ist insgesamt als umfassend, nachvollziehbar und schlüssig anzusehen. Der Kläger wurde an vier Tagen im August und September 2015 durch Medizinalpersonen verschiedener Fachgebiete (Allgemeine Innere Medizin, Psychiatrie, Neuropsychologie und Rheumatologie) untersucht und in Kenntnis der Akten sowie unter Berücksichtigung der geltend gemachten Beschwerden begutachtet (act. 3/28 S. 1 f.). Die Erkenntnisse des psychiatrischen Teilgutachters im Besonderen beruhen auf einer an zwei Tagen im August bzw. September 2015 durchgeführten Untersuchung des Klägers, einem umfangreichen Aktenkonvolut, welches auch die in diesem Verfahren ins Recht gelegte und damit massgebliche ärztliche Dokumentation umfasst, dem Ergebnis der neuropsychologischen Untersuchung sowie einem Telefonat mit der ehemaligen Ehefrau des Klägers (act. 13 Rz. 22.1 S. 33; act. 3/28 S. 40). Diese Anknüpfungs- und Befundtatsachen werden im Gutachten ausführlich dargelegt, erörtert und eingeordnet (act. 13 Rz. 21.1 S. 32 f., Rz. 23.1 S. 39; act. 3/28 insb. S. 2 ff., 18 ff., 41 ff., 51 ff.). Zusätzliche ärztliche Berichte, die den MEDAS-Gutachtern nicht zur Verfügung gestanden wären, sind im vorliegenden Verfahren nicht eingereicht worden.

Im Übrigen kam das Bundesgericht im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren – unter Berücksichtigung der Standardindikatoren-Rechtsprechung (vgl. BGE 141 V 281 *passim*; act. 3/31 E. 4.3.2.4) – zum Schluss, dass die *lege artis* gewonnene

Einschätzung der MEDAS-Gutachter, basierend auf den Untersuchungen liege höchstens noch eine leichtgradige depressive Episode vor, die keine wesentliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bewirke, umfassend überzeuge, weshalb mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit spätestens seit der Begutachtung kein invalidisierender Gesundheitsschaden mehr vorliege (act. 3/31 E. 4.2). Einem solchen aus medizinischer Sicht *lege artis* unter Berücksichtigung medizinischer Evidenz und damit auch der Standardindikatoren abgefassten Gutachten muss im Zivilprozess im Hinblick auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit voller Beweiswert zukommen (ZÜBLIN, a.a.O., S. 198).

Da sich das MEDAS-Gutachten als vollständig, nachvollziehbar und schlüssig erweist, genießt es einen hohen Beweiswert (SCHMID/BAUMGARTNER, a.a.O., Art. 183 ZPO N 19). Es gilt die Rechtsprechung, wonach das Gericht in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe vom Gutachten abweichen soll (vorne E. 7.3.4.2).

7.3.4.6. Der Kläger kritisiert das MEDAS-Gutachten mit Verweis auf angebliche Unterschiede zwischen dem Sozialversicherungsrecht und dem Privatversicherungsrecht. In der Lehre wird denn auch vertreten, im Rahmen der Würdigung eines Fremdgutachtens könnten sich Einschränkungen für dessen Verwertbarkeit ergeben aufgrund unterschiedlicher Konzepte in den Bereichen des Sozialversicherungsrechts einerseits und des Haftpflicht- und Privatversicherungsrechts andererseits (BITTEL, a.a.O., S. 205; ZÜBLIN, a.a.O., S. 193).

7.3.4.6.1. Insbesondere wird davon ausgegangen, der Beweiswert eines in einem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren eingeholten Gutachtens könne dadurch beeinträchtigt sein, dass es von einem biopsychischen Krankheitsbegriff ausgehe und den Einfluss von psychosozialen und soziokulturellen Faktoren ausser Acht lasse (BITTEL, a.a.O., S. 207; ZÜBLIN, a.a.O., S. 195). Ebensolches macht der Kläger geltend, wenn er gegen das MEDAS-Gutachten einwendet, diesem liege der Invaliditätsbegriff der Invalidenversicherung zugrunde. Ein im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren eingeholtes Gutachten sei in einer privatrechtlichen Auseinandersetzung nur soweit verwertbar, als es ohne rechtliche Wertung einen medizinischen Sachverhalt wiedergebe. Gemäss Versicherungsvertrag sei das Vorliegen einer Erwerbsunfähigkeit rein medizinisch zu bestimmen. Hingegen ori-

entiere sich das MEDAS-Gutachten nicht am medizinischen Konsens, sondern an den spezifischen versicherungsmedizinischen Vorgaben, wie sie für die Sozialversicherung gälten. Der Umschreibung der Leistungsvoraussetzungen in Art. 7 Abs. 2 ATSG, wonach für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen seien, liege ein mechanistisches biopsychisches Gesundheitsverständnis zugrunde, während der weltweite medizinische Konsens den Menschen (im Rahmen eines bio-psycho-sozialen Modells) als soziales Wesen verstehe, dessen Gesundheit und Leistungsfähigkeit wesentlich komplexer zu begreifen sei (act. 1 Rz. 27).

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung die funktionellen Folgen von Gesundheitsschädigungen durchaus mit Blick auf psychosoziale und soziokulturelle Belastungsfaktoren abschätzt, welche den Wirkungsgrad der Folgen einer Gesundheitsschädigung beeinflussen (BGE 141 V 281 E. 3.4.2.1 S. 293). Psychosoziale Faktoren sind nämlich beachtlich, insofern sie zu einer eigentlichen Beeinträchtigung der psychischen Integrität führen, welche ihrerseits eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bewirkt, wenn sie einen verselbständigten Gesundheitsschaden aufrechterhalten oder den Wirkungsgrad seiner – unabhängig von den invaliditätsfremden Elementen bestehenden – Folgen verschlimmern (BGer 9C_680/2017 vom 22. Juni 2018 E. 5.2; BGer 9C_537/2011 vom 28. Juni 2012 E. 3.2; BGer 9C_776/2010 vom 20. Dezember 2011 E. 2.3.3; BGer 9C_578/2007 vom 13. Februar 2008 E. 2.2; BGer I 514/06 vom 25. Mai 2007 E. 2.2.2.2; BGer I 649/06 vom 13. März 2007 E. 3.3.1). Soweit ein verselbständigter Gesundheitsschaden im Rechtssinne gegeben ist, ist für dessen Anspruchserheblichkeit nicht bedeutsam, ob soziale Umstände bei seiner Entstehung eine massgebende Rolle spielten (BGer 9C_776/2010 vom 20. Dezember 2011 E. 2.3.3). Entsprechend wird gesagt, auch das Bundesgericht gehe von einem biopsychosozialen Krankheitsbegriff im Bereich des Sozialversicherungsrechts aus (BITTEL, a.a.O., S. 207; ZÜBLIN, a.a.O., S. 195). Vor diesem Hintergrund ist fraglich ob, wie der Kläger behauptet, der Invaliditätsbegriff der Invalidenversicherung erheblich vom vorliegend massgebenden Invaliditätsbegriff abweicht.

Sodann konkretisiert der Kläger nicht, wie er zum Schluss kommt, das MEDAS-Gutachten orientiere sich nicht am medizinischen Konsens, sondern an sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben. Namentlich nennt er keinen psychosozialen oder soziokulturellen Aspekt – wie etwa finanzielle Probleme, Arbeitslosigkeit, Migrationshintergrund oder familiäre Belastung (BITTEL, a.a.O., Fn. 150) –, den das MEDAS-Gutachten ausblenden würde. Die Relevanz solcher Aspekte wäre denn auch nicht ersichtlich, zumal auch Dr. C. _____ in seinem Bericht vom 14. Februar 2015 nicht auf solche verwies. Ohnehin nahm der psychiatrische Teilgutachter die psychosoziale Situation des Klägers sowohl 2006 als auch im Begutachtungszeitpunkt auf und konnte dabei gerade keine substantiellen Beeinträchtigungen, namentlich im familiären oder finanziellen Bereich, feststellen (act. 3/28 S. 8 f.). Auch die am Ende des psychiatrischen Teilgutachtens aufgelisteten Fragen der SVA Zürich (act. 3/28 S. 27 f.) sind nicht auf einen spezifischen Invaliditätsbegriff ausgerichtet. Unter Ziff. 2 wird der Gutachter zwar aufgefordert, die als invaliditätsfremd zu betrachtenden und demnach bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit auszuschliessenden Faktoren zu benennen, allerdings wird dabei gerade nicht gesagt, dass es dabei um den Ausschluss von psychosozialen oder soziokulturellen Aspekten gehe, weshalb der Gutachter an der besagten Stelle auch nicht solche Faktoren auflistet. Insgesamt beschäftigt sich das Gutachten mit der behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit des Klägers aus einer rein medizinischen Sicht, ohne den medizinischen Sachverhalt rechtlich zu werten.

7.3.4.6.2. Ferner macht der Kläger geltend, dass gemäss Ziff. 2 der B EU-Rente eine andere Tätigkeit nur zumutbar sei, wenn sie seinen Fähigkeiten und seiner Lebensstellung entspreche, während im IV-Recht leidensangepasste Tätigkeiten wichtig seien und gemäss Art. 7 Abs. 1 ATSG auf einen theoretischen, ausgeglichenen Arbeitsmarkt abgestellt werde, in welchem unabhängig vom Mass der Einschränkung und Alter des Arbeitnehmers für jedes denkbare berufliche Profil auch ein Arbeitsplatz zur Verfügung stehe. Ziff. 2 der B EU-Rente beinhalte, dass die Verweistätigkeit auf dem Arbeitsmarkt konkret gegeben sein müsse; es könnten nur in genügender Zahl und mit genügender Fluktuation vorhandene Arbeitsplätze berücksichtigt werden. Alleine durch die Verwendung derselben Begriffe

wie im Sozialversicherungsrecht werde nicht auf die dortigen Konzepte verwiesen. Vielmehr müsse ein Versicherungsvertrag nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden. Da der Kläger kein branchenkundiger Fachmann sei, müssten die Versicherungsbedingungen gemäss der Alltagssprache verstanden werden. So dann wäre es ungewöhnlich im Sinn der Ungewöhnlichkeitsregel, wenn einem Versicherungsnehmer, der privatversicherungsrechtlichen Schutz für die Folgen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit suche, ein Konzept aufgedrängt werde, das häufig zu einer Verweigerung von Leistungen führe. Dies höhle den Versicherungsschutz aus und enttäusche seine Erwartungen. Letztlich sei nicht erkennbar, dass einer Person mit den Qualifikationen des Klägers, die unter rezidivierenden Depressionen leide, selbst auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt eine andere Tätigkeit offenstehen würde, die ihrer Lebensstellung entsprechen würde. Mit der Unmöglichkeit, seine angestammte Tätigkeit als Unternehmensberater auf höchster Managementebene auszuüben, liege volle Erwerbsunfähigkeit vor (act. 1 Rz. 31; act. 24 Rz. 55).

Es trifft zu, dass vorliegend die vertraglichen Abmachungen zwischen den Parteien massgeblich sind. Gemäss Ziff. 2 und 4 der B EU-Rente trifft den Versicherungsnehmer die Obliegenheit, eine andere zumutbare – d.h. seinen Fähigkeiten und seiner bisherigen Lebensstellung entsprechende – Erwerbstätigkeit auszuüben, und ist bei der Bestimmung des Grads der Erwerbsunfähigkeit das Konzept des ausgeglichenen Arbeitsmarkts anzuwenden (act. 3/3). Mit diesen Bezugnahmen auf die Zumutbarkeit eines Erwerbstätigkeitswechsels sowie den ausgeglichenen Arbeitsmarkt verweist der zwischen den Parteien bestehende Versicherungsvertrag gerade auf Konzepte, die sich auch in Art. 7 Abs. 1 und Art. 16 ATSG wiederfinden, wie auch die Beklagte bemerkt (act. 13 Rz. 31 S. 45). Die Bezugnahme auf den *ausgeglichenen* Arbeitsmarkt in Ziff. 4 der B EU-Rente muss von einem Versicherungsnehmer jedenfalls so verstanden werden, dass nicht einfach auf den konkreten Arbeitsmarkt abgestellt wird.

Letztlich kann aber offenbleiben, inwieweit die Anforderungen des Versicherungsvertrags im Einzelnen dem Sozialversicherungsrecht entsprechen: Erstens befasst sich das MEDAS-Gutachten zumindest in den wesentlichen Teilen nur mit

der angestammten Tätigkeit als Unternehmensberater. Dies gilt namentlich für die in Ziff. 6.1 des psychiatrischen Teilgutachtens attestierte Teilarbeitsfähigkeit. Dass diese sich auf die angestammte Tätigkeit als Unternehmensberater bezieht, ergibt sich zum einen aus dem Titel sowie dem ersten Satz von Ziff. 6.1 und zum anderen daraus, dass der psychiatrische Teilgutachter von einer Quantifizierung absah, mit Hinweis darauf, dass nicht fassbar sei, welche Tätigkeit der Kläger in den letzten Jahren ausgeübt habe. Mithin ergibt sich aus dieser gutachterlichen Einschätzung nicht, dass Überlegungen zu einer möglichen Verweistätigkeit oder einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt überhaupt eine Rolle gespielt hätten. Nebenbei bemerkt gilt dies auch für die Feststellung, der Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015 sei nicht nachvollziehbar, insofern er eine Arbeitsunfähigkeit von 100% attestiere. Zweitens hat die klägerische Kritik nur Bedeutung in Bezug auf den Nachweis der behaupteten Erwerbsunfähigkeit (d.h. Beweisthema 2). Das MEDAS-Gutachten lässt allerdings auch Zweifel aufkommen in Bezug auf die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung (d.h. Beweisthema 1). Diesbezüglich haben die klägerischen Vorbringen zu den Unterschieden zwischen Versicherungsvertrag und Sozialversicherungsrecht keine Bedeutung.

7.3.4.7. Der Kläger wendet gegen das MEDAS-Gutachten weiter ein, der psychiatrische Teilgutachter habe sich nicht mit den ihm zugespielten Angaben zu seinem hohen prämorbidem Leistungsniveau, namentlich seinem Lebenslauf unter anderem mit Angaben zu den Tätigkeitsschwerpunkten seiner Unternehmen sowie mehreren Arbeitszeugnissen, auseinandergesetzt und auch anlässlich seiner Untersuchung auf Fragen zu Geschäftsführungs- und Grossprojektverantwortlichkeiten verzichtet (act. 1 Rz. 23; act. 3/29-30). Die Beklagte bestreitet das hohe prämorbidem Leistungsniveau und erwidert, die besagten Unterlagen seien nicht aussagekräftig und beträfen teils eine weit zurückliegende Zeit (act. 13 Rz. 23.3 S. 40 f.).

Der Kläger spezifiziert nicht, welche Schlüsse der psychiatrische Teilgutachter aus diesen Unterlagen und Antworten hätte ziehen sollen. Dass ihn dieselben in die Lage versetzten, die festgestellte Teilarbeitsfähigkeit zu quantifizieren, ist nicht anzunehmen, zumal die fehlende Fassbarkeit der klägerischen Tätigkeit nur mit

ein Grund war, weshalb er sich einer solchen Quantifizierung enthielt ("U.a. ist nicht fassbar [...]"; act. 3/28 S. 65). Noch weniger ist anzunehmen, dass er zum Schluss gekommen wäre, der Kläger sei voll arbeitsunfähig. Denn er war sich durchaus bewusst, dass ihm ein verlässliches Tätigkeitsprofil fehlte (act. 3/28 S. 65). Trotzdem schloss er, es müsse *sicher* von einer Teilarbeitsfähigkeit ausgegangen werden. Er bejahte also die Teilarbeitsfähigkeit unabhängig vom Tätigkeitsprofil. Zudem wusste er, dass der Kläger als Unternehmensberater (act. 3/28 S. 65) bzw. selbstständiger Wirtschaftsberater (act. 3/28 S. 66) tätig war. Also hatte er durchaus eine Vorstellung der prämorbidem klägerischen Tätigkeit und darüber, welche Fähigkeiten der Kläger hierzu mitbringen musste, zumal es hierfür, wie der Kläger selbst geltend macht (act. 24 Rz. 17, 69), kein Wirtschaftsdiplom braucht. Die Arbeitszeugnisse (act. 3/30) stammen zudem aus den Jahren 1995 und 1997 und sind daher ohnehin nicht geeignet, ein verlässliches Tätigkeitsprofil des Klägers zu vermitteln, zumal sich der Kläger in der Zwischenzeit selbstständig gemacht hatte. Letzten Endes ändert die klägerische Kritik jedenfalls nichts daran, dass sich der Hauptbeweis gestützt auf das MEDAS-Gutachten nicht erbringen lässt, wobei es keine Rolle spielt, ob die kritisierte fehlende Auseinandersetzung mit dem prämorbidem Leistungsniveau des Klägers dem psychiatrischen Teilgutachter anzulasten ist, wie der Kläger geltend macht (act. 1 Rz. 22), oder es vielmehr am Kläger gelegen hätte, seine Tätigkeit konkret aufzuzeigen, wie die Beklagte behauptet (act. 13 Rz. 23.3 S. 41).

7.3.4.8. Der Kläger wendet gegen das MEDAS-Gutachten sodann ein, für die Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit lasse sich daraus nur gewinnen, dass im Begutachtungszeitpunkt eine Remission der rezidivierenden depressiven Episode bestanden habe. Hingegen habe es bei der Diagnosestellung den zeitlichen Verlauf der in der Intensität schwankenden Depressionskrankheit nicht berücksichtigt. Wenn der psychiatrische Teilgutachter im Untersuchungszeitpunkt eine höchstens noch leichte depressive Episode festgehalten habe, sei diese punktuelle Beurteilung für den zeitlichen Verlauf nicht aussagekräftig, sie verneine nicht Phasen von schwerer Depression. In dieser Hinsicht stellt der Kläger einen Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens (act. 1 Rz. 26; act. 24 Rz. 40). Die Beklagte erwidert, das MEDAS-Gutachten äussere sich umfassend zur Krankheitsentwick-

lung und nicht nur zum Begutachtungszeitpunkt. Die MEDAS-Gutachter hätten eingehend aufgezeigt, dass die behaupteten Diagnosen und Arbeitsunfähigkeiten nicht nachvollzogen werden könnten. Ohnehin habe der Kläger den zeitlichen Verlauf der Depressionskrankheit und die Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit nicht substantiiert dargelegt (act. 13 Rz. 26 S. 42; act. 28 Rz. 40 S. 37).

Grundsätzlich betrifft das MEDAS-Gutachten die gesamte Krankheitsgeschichte von August 2006 bis zum Begutachtungszeitpunkt; der psychiatrische Teilgutachter wurde aufgefordert, die Arbeitsfähigkeit im Längsschnitt seit August 2006 zu bewerten (act. 3/28 S. 66). Grundlage der gutachterlichen Einschätzung waren freilich vor allem persönliche Untersuchungen im August und September 2015 (act. 3/28 S. 40 [psychiatrische Begutachtung], S. 70 [neuropsychologische Begutachtung]) und das Studium der medizinischen Dokumentation, wobei der psychiatrische Teilgutachter bezüglich letzterer eine Aktenlücke feststellte. Eine positive Diagnose zum Zustand zwischen April 2008 und dem Begutachtungszeitpunkt stellte der psychiatrische Teilgutachter deshalb nicht. Lediglich in Bezug auf den Begutachtungszeitpunkt kam er zum Schluss, dass höchstens eine leichtgradige depressive Episode vorliege und sicher von einer Teilarbeitsfähigkeit ausgegangen werden müsse. Insofern ist das MEDAS-Gutachten nicht zu beanstanden, da dem psychiatrischen Teilgutachter insbesondere mit den Untersuchungsergebnissen die für die Abgabe einer den Begutachtungszeitpunkt betreffenden Einschätzung nötigen Grundlagen vorlagen. Es trifft also zu, dass die Diagnosestellung auf den Begutachtungszeitpunkt beschränkt war. Keineswegs bedeutet dies aber, dass festgestellt worden wäre, es habe sich um eine Remission der rezidivierenden depressiven Episode gehandelt, der Kläger leide an einer in der Intensität schwankenden Depressionskrankheit oder es gäbe (ausserhalb des Begutachtungszeitpunkts) auch Phasen von schwerer Depression. Dafür, dass solche Krankheitsausprägungen bestanden, sprechen die gutachterlichen Feststellungen nicht. Mithin erbringt das MEDAS-Gutachten nicht den (Haupt-)Beweis für diese Behauptungen.

Was den Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens betrifft, ist diese Beweisofferte von Beginn weg problematisch, insoweit die betreffenden klägeri-

schen Vorbringen einzig die Würdigung des MEDAS-Gutachtens (sowie des Berichts von Dr. C. _____ vom 14. Februar 2015) betreffen. Denn die Beweiswürdigung ist dem Gericht vorbehalten und muss in jedem Fall Sache des Gerichts bleiben (BGer 4A_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5.2.4; RÜETSCHI, a.a.O., Art. 183 ZPO N 4; siehe auch BGE 118 Ia 144 E. 1c S. 146; BGer 4A_256/2017 vom 24. November 2017 E. 3.2). Bei der Beweiswürdigung geht es um die Bewertung der erhobenen Beweismittel durch das Gericht, um zum Beweisergebnis zu gelangen; basierend auf den erhobenen Beweismitteln und unter Gewichtung des Beweiswerts, den das Gericht jedem einzelnen Beweismittel zuordnet, bildet sich das Gericht in einem inneren, subjektiven Vorgang die Meinung darüber, ob der Beweis einer Tatsache als erbracht oder misslungen angesehen werden kann (BRÖNNIMANN, a.a.O., Art. 157 ZPO N 5). Zwar ist denkbar, dass sich das Gericht mittels eines gerichtlichen Gutachtens das Fachwissen verschafft, das es zur Beurteilung bestimmter Tatsachen im Rahmen der Beweiswürdigung benötigt, oder dass die sachverständige Person Tatsachen (nicht: Beweismittel) aufgrund ihres Fachwissens und der Erfahrungssätze beurteilt (vgl. DOLGE, a.a.O., Art. 183 ZPO N 1, 4). Die eigentliche Bewertung der Beweismittel obliegt hingegen dem Gericht. Insbesondere kann sich das Gericht seiner Aufgabe, die Meinungsäusserung einer sachverständigen Person auf ihre Überzeugungskraft hin zu überprüfen, nicht einfach durch einen Obergutachtungsauftrag entledigen, sofern es nicht um reine Sachfragen geht (BGE 114 II 200 E. 2b S. 201). Entsprechend kann es nicht angehen, ein gerichtliches Gutachten anzuordnen, das diese Beweiswürdigung vorwegnimmt.

Insoweit es dem Kläger darum gehen sollte, mittels gerichtlichem Gutachten nachzuweisen, dass die im MEDAS-Gutachten enthaltene Diagnose höchstens einer leichtgradigen depressiven Episode auf den Begutachtungszeitpunkt beschränkt war, ergibt sich dies aus dem MEDAS-Gutachten und ist kein zusätzliches gerichtliches Gutachten erforderlich. Sollte es dem Kläger sinngemäss darum gehen, durch ein gerichtliches Gutachten Fachwissen bzw. Erfahrungssätze betreffend den Verlauf einer rezidivierenden depressiven Störung in das Verfahren einzubringen, namentlich dass Remissionen auftreten bzw. die Intensität der Störung zeitlich schwankt, ist darauf hinzuweisen, dass dieses Fachwissen be-

reits im MEDAS-Gutachten, das als gerichtliches Gutachten zu qualifizieren ist, enthalten ist. Darin wird festgehalten, dass die rezidivierende depressive Störung gemäss ICD-10 wie folgt definiert sei: "Die einzelnen Episoden dauern ebenfalls zwischen 3 und 12 Monaten (im Mittel etwa 6 Monate). Rückfälle sind allerdings weniger häufig. Die Besserung zwischen den Episoden ist im allgemeinen vollständig, aber eine Minderheit von Patienten entwickeln eine anhaltende Depression [...]" (act. 3/28 S. 62). Die klägerischen Vorbringen sind also insofern zutreffend, als bei einer rezidivierenden depressiven Störung zwischen den einzelnen Episoden eine Besserung eintritt, die oft vollständig ist (vgl. im Übrigen auch BGer 4A_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 3.1). Auch diesbezüglich erübrigt sich die Einholung eines weiteren Gutachtens.

Klarzustellen bleibt an dieser Stelle, dass das MEDAS-Gutachten trotz der auf den Begutachtungszeitpunkt eingeschränkten Diagnosestellung dem Gegenbeweis dient, und zwar auch bezüglich der Zeit ausserhalb des Begutachtungszeitpunkts. Denn trotz dieser Einschränkung und trotz des klägerischen Erklärungsversuchs, im Begutachtungszeitpunkt habe eine Remission vorgelegen, lässt das MEDAS-Gutachten Zweifel an der Behauptung des Klägers, er habe im Anspruchszeitraum an einer schwerwiegenden und chronisch verlaufenden Depressionserkrankung gelitten, aufkommen. Diese Zweifel gründen insbesondere darauf, dass die Feststellung höchstens einer leichtgradigen depressiven Episode im Widerspruch steht zur klägerischen Behauptung, er sei seit 1. August 2006 an rezidivierenden mittelschweren bis schweren depressiven Episoden erkrankt, sowie zu den für den klägerischen Hauptbeweis wichtigen Ausführungen im Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015, es liege eine mittelschwere bis schwere depressive Episode vor – was wiederum Zweifel am ganzen Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015 aufkommen lässt. Dass es nicht möglich war, Kognitionseinschränkungen zu objektivieren und eine Aggravation oder Simulation auszuschliessen, lässt weitere, den ganzen Anspruchszeitraum betreffende Zweifel aufkommen.

7.3.4.9. Der Kläger wendet gegen das MEDAS-Gutachten ferner 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, 28; act. 24 Rz. 53). Die Beklagte erwidert, eine Einholung solcher Angaben wäre nicht aufschlussreich gewesen, seien doch den MEDAS-Gutachtern die Stellungnahmen und Einschätzungen von Dr. C._____ bekannt gewesen, mit denen sie sich ausführlich auseinandergesetzt hätten. Ohnehin seien Dr. C._____ für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit zentrale Gegebenheiten namentlich zu den Einzelheiten der Tätigkeit des Klägers nicht bekannt gewesen und sei er überdies nicht unbefangen (act. 13 Rz. 23.1 S. 39 f.).

Zunächst ist festzuhalten, dass es Aufgabe der MEDAS-Gutachter war, selbst eine Untersuchung vorzunehmen und Einschätzung abzugeben und zu begründen, was sie auch getan haben. Insofern ist das MEDAS-Gutachten nicht zu beanstanden (vgl. BGer 4A_256/2017 vom 24. November 2017 E. 3.2).

Sodann lagen den MEDAS-Gutachtern mit dem Bericht vom 14. Februar 2015 und dem Protokoll der Einvernahme vom 21. Dezember 2010 diejenigen schriftlichen Angaben von Dr. C._____ vor, die der Kläger auch im vorliegenden Verfahren ins Recht gelegt hat (act. 3/28 S. 11, 15). Wenn er nun auf eine "Krankengeschichte bzw. den darin hinlänglich dokumentierten psychopathologischen Befund" Bezug nimmt, bleibt mangels Erläuterungen ungewiss, ob ein solches Dokument existiert, ob überhaupt ein zusätzliches, nicht bei den Akten liegendes Dokument gemeint ist und welche Angaben darin enthalten wären. Sollte eine schriftliche Krankengeschichte bestehen, hat der Kläger es unterlassen, diese ins Recht zu legen, möglicherweise aus prozesstaktischen Überlegungen. Daher kann jedenfalls nicht nachvollzogen werden, ob seine Kritik am MEDAS-Gutachten insofern begründet ist.

Ferner verfängt die klägerische Kritik im Hinblick auf die den Begutachtungszeitpunkt betreffenden Feststellungen nicht – namentlich nicht jene am Vorliegen einer höchstens leichtgradigen depressiven Episode und am Vorliegen jedenfalls einer teilweisen Arbeitsfähigkeit. Denn diese beruhen nicht auf den nur rudimentär vorhandenen schriftlichen Angaben von Dr. C._____, sondern vielmehr auf den

eigenen Erkenntnissen und dem eigenen Fachwissen des psychiatrischen Teilgutachters. In dieser Hinsicht ist nicht ersichtlich, was ein Beizug einer Krankengeschichte bzw. eine Rücksprache mit Dr. C._____ zur gutachterlichen Beurteilung hätte beitragen sollen. Nur für die Zeit vor der Begutachtung hätte eine Rücksprache mit Dr. C._____ zu seinen echtzeitlichen Wahrnehmungen anlässlich der Behandlung überhaupt zusätzliche Grundlagen für die Begutachtung vermitteln können. Dies ändert aber zunächst nichts daran, dass das MEDAS-Gutachten die besagten Zweifel an den klägerischen Behauptungen und insbesondere an seinem wichtigen Hauptbeweismittel, dem Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015, aufkommen lässt (vorne E. 7.3.4.3-7.3.4.4), zumal für das Entstehen solcher Zweifel nicht notwendig ist, dass das Gericht von der Richtigkeit des MEDAS-Gutachtens überzeugt ist (vorne E. 4.5.2). Ferner verzichtete der Kläger darauf, eine schriftliche Krankheitsgeschichte ins Recht zu legen, weshalb sich das Gericht bei der Würdigung der klägerischen Behauptungen und des Berichts von Dr. C._____ in der gleichen Situation sieht wie der medizinische Gutachter, in welcher der Krankheitsverlauf und Unklarheiten eben gerade nicht gestützt auf eine solche Krankengeschichte nachverfolgt bzw. geklärt, mithin Zweifel eben gerade nicht auf diese Weise behoben werden können. Zu prüfen sein wird aber, ob sich in diesem Zusammenhang die Einholung eines weiteren gerichtlichen Gutachtens aufdrängt (hinten E. 8.2.1.3.2).

7.4. Zwischenfazit

Mit den von ihm angerufenen urkundlichen Hauptbeweismitteln, d.h. dem Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015, dem Protokoll der Einvernahme von Dr. C._____ vom 21. Dezember 2010, der Einstellungsverfügung vom 12. September 2013, dem Dauerrezept von Dr. C._____ vom 10. Januar 2020 sowie bestimmten Passagen des MEDAS-Gutachtens, gelingt es dem Kläger nicht, die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung und die behauptete Erwerbsunfähigkeit im Anspruchszeitraum zur vollen Überzeugung des Gerichts nachzuweisen. Im Gegenteil lässt das MEDAS-Gutachten Zweifel an diesen Behauptungen aufkommen.

8. Weitere Beweisofferten des Klägers zum Anspruchszeitraum

8.1. Anträge auf Befragung von Dr. C._____ und des Klägers

8.1.1. Zunächst offeriert der Kläger wiederholt die Befragung von Dr. C._____ als Zeuge zur Bestätigung, dass dieser ihn seit der Erkrankung 2006 durchgehend behandelt habe und daher bestens im Bild gewesen sei (act. 1 Rz. 29; act. 24 Rz. 28, 36). Die Beklagte anerkennt, dass der Kläger von August 2006 bis 2008 in Behandlung war, diese sei allerdings bloss niederfrequent gewesen (act. 13 Rz. 18.2 S. 24, Rz. 23.1 S. 39; act. 28 Rz. 36 S. 30). Sodann bestreitet sie, dass sich der Kläger seit 2008 überhaupt noch in Behandlung befunden habe (act. 28 S. 8, Rz. 29 S. 22, Rz. 46 S. 40). Umstritten und damit dem Beweis zugänglich ist, ob sich der Kläger ab 2008 weiterhin bei Dr. C._____ in Behandlung befand.

In Ziff. 1.2 des Berichts von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015 steht Folgendes: "Seit 13.08.2006, niederfrequent bis 'weiterhin'". Damit äusserte sich Dr. C._____ zur Behandlung des Klägers. Dies macht auch die Beklagte geltend, wenn sie bemerkt, der Bericht besage, dass der Kläger schon seit August 2006 nur niederfrequent in Behandlung gestanden sei (act. 13 Rz. 18.2 S. 24, Rz. 23.1 S. 39; act. 28 Rz. 29 S. 22). Dies deckt sich um Übrigen mit Ziff. 1.5 des gleichen Berichts, worin von einer niederfrequenten supportiven Psychotherapie gesprochen wird. Entsprechend lässt sich aus dem Bericht ableiten, dass im Februar 2015 die Behandlung zwar nur niederfrequent stattfand, aber weiterhin andauerte. Dass die Behandlung des Klägers nicht 2008 endete, ergibt sich sodann auch aus einer von der Beklagten referenzierten (act. 13 Rz. 18.3 S. 25) Stelle im Einvernahmeprotokoll vom 21. Dezember 2010, worin Dr. C._____ bestätigt, über das Strafverfahren informiert worden zu sein, da der Kläger "bei mir in Behandlung steht" (act. 3/25 S. 2). Ein weiteres Indiz hierfür ist das von Dr. C._____ ausgestellte Dauerrezept vom 10. Januar 2020 (act. 3/27). Damit ist erstellt, dass sich der Kläger, wie von ihm behauptet, auch ab 2008 noch in Behandlung bei Dr. C._____ befand, zumal die Beklagte nicht näher begründet, warum daran Zweifel bestehen sollten. Eine Zeugeneinvernahme von Dr. C._____ zu dieser Frage erübrigt sich infolge antizipierter Beweiswürdigung.

8.1.2. Sodann offeriert der Kläger in act. 24 Rz. 29 die Befragung von Dr. C._____ als Zeuge im Hinblick auf seinen Bericht vom 14. Februar 2015. Es liegt nicht auf der Hand, auf welche Behauptungen des betreffenden Absatzes sich diese Beweisofferte bezieht, besteht dieser doch weitgehend aus einer Wiedergabe des besagten Berichts. Dass die entsprechenden Aussagen im Bericht enthalten sind, ergibt sich aus demselben (act. 3/24) und bedarf keiner Bestätigung. Grundsätzlich dem Zeugenbeweis zugänglich wären immerhin die Behauptungen, Dr. C._____ habe sich mit seinem Unmut über die Verursachung eines zusätzlichen Gesundheitsschadens auf den Strafprozess bezogen, er habe keine Stellung zu einer Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit genommen, und ein Invalideneinkommen in einer angepassten Tätigkeit würde nicht auf ein Niveau kommen wie ein Valideneinkommen als Unternehmensberater.

Ob zunächst der Unmut Dr. C._____s auf dem Strafprozess gründete, ist nicht entscheiderelevant, ebenso wenig ob er berechtigt war. Wesentlich für die Würdigung des Berichts ist nur, dass die Objektivität Dr. C._____s eingeschränkt war (vorne E. 7.3.1.1). Dass er sich sodann zu einer Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit äussere, wird nicht behauptet und ist im Übrigen aus dem Bericht auch nicht ersichtlich, zumal Ziff. 1.4 ausdrücklich auf die angestammte Berufsfunktion Bezug nimmt. Was schliesslich die Einschätzung zum Invalideneinkommen in einer angepassten Tätigkeit betrifft, bedarf die Frage, welches Einkommen der Kläger auf dem Arbeitsmarkt erzielen könnte, keiner eigenen Wahrnehmung des angerufenen Zeugen, weshalb sie nicht durch einen Zeugen, sondern durch eine sachverständige Person zu beantworten ist. Dazu fehlt es Dr. C._____ bereits an der Unabhängigkeit. Eine Zeugenaussage zu dieser Frage wäre deshalb nicht verwertbar (Handelsgericht ZH HG080251-O vom 20. November 2018 E. 7.2.1.4; siehe auch sogleich nachfolgend). Dementsprechend ist von einer Zeugenbefragung von Dr. C._____ im Hinblick auf seinen Bericht vom 14. Februar 2015 abzusehen.

8.1.3. Schliesslich offeriert der Kläger auch in act. 1 Rz. 29 die Befragung von Dr. C._____ als Zeuge im Hinblick auf seinen Bericht vom 14. Februar 2015. Dass sich eine Zeugenbefragung bezüglich der Behauptung, der Kläger habe sich

seit 2006 durchgehend in Behandlung bei Dr. C._____ befunden, erübrigt, wurde bereits bemerkt (vorne E. 8.1.1). Im Übrigen gibt der betreffende Absatz der Klageschrift weitgehend den besagten Bericht, namentlich die darin festgehaltene Diagnose (seit 1. August 2006 andauernde mittelschwere bis schwere depressive Episode ohne psychotische Symptome) und Arbeitsunfähigkeit (der Kläger werde nie mehr in seiner angestammten Berufsfunktion arbeitsfähig werden) wieder. Dass die entsprechenden Aussagen im Bericht enthalten sind, ergibt sich aus demselben (act. 3/24) und bedarf keiner Bestätigung. Insoweit die Beweisofferte sinngemäss die inhaltliche Wahrheit dieser Aussagen und zudem die zusätzliche Aussage betrifft, die diagnostizierte Einschränkung (depressive Episode) verhindere, dass der Kläger seine berufliche Tätigkeit ausüben könne (wobei es sich ohnehin bloss um eine Wiederholung der von Dr. C._____ attestierten Arbeitsunfähigkeit handelt), ist Folgendes zu bemerken:

Die hier interessierenden Aussagen im Bericht von Dr. C._____ vom 14. Februar 2015 sind bestrittene Behauptungen in einem Parteigutachten (vorne E. 7.2.2.3); der Kläger beantragt mithin die Zeugenbefragung seines Parteigutachters. Gemäss Art. 169 Abs. 1 ZPO sind Zeugen über Tatsachen zu befragen, die sie selber unmittelbar wahrgenommen haben. In diesem Sinn machen Zeugen Aussagen über eigene in der Vergangenheit liegende Sinneswahrnehmungen. Demgegenüber gibt die sachverständige Person gestützt auf ihre Fachkenntnisse über allgemeine und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft. Im Gegensatz zu Zeugen sind sachverständige Personen ersetzbar und auswechselbar. Sie werden daher vom Gericht ernannt; demgegenüber werden Zeugen von den Parteien bezeichnet und können auch nicht ersetzt werden (MÜLLER, a.a.O., Art. 175 ZPO N 4 f., Art. 183 ZPO N 11). Angesichts dieser Unterschiede kann es nicht infrage kommen, dass ein Privatgutachter seine Fachmeinung, die er in einem Privatgutachten geäussert hat, als Zeuge bestätigt. Soweit seine Aussagen Schlüsse betreffen, die er aufgrund seiner Wahrnehmungen aus allgemein und jederzeit zugänglichen Erfahrungstatsachen gezogen hat, wäre die Zeugenaussage des Parteigutachters ebenso wenig ein taugliches Beweismittel wie das Parteigutachten selbst. Von vornherein ausscheiden muss die Befragung von Dr. C._____ als sachverständiger Zeuge im Sinne von Art. 175 ZPO. Soweit die

Aussage eines sachverständigen Zeugen ein Gutachten ersetzen soll, kommt das nämlich nur in ausgesprochenen Bagatellfällen infrage (GUYAN, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, Art. 175 ZPO N 2; MÜLLER, a.a.O., Art. 175 ZPO N 11; WEIBEL/WALZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 175 ZPO N 8; zum Ganzen Obergericht ZH LB160009 vom 17. Juni 2016, ZR 115/2016, E. 3.6.2). Vorbehalten bleiben muss einzig, dass ein Privatgutachter zu seiner unmittelbaren Wahrnehmung befragt wird, die er im Zusammenhang mit seiner Gutachtensarbeit gemacht hat, wenn es sich um konkrete Wahrnehmungen handelt, die eine sachverständige Person nicht mehr machen kann (zum Ganzen BGer 4A_309/2017 vom 26. März 2018 E. 2.3.6; Obergericht ZH LB160009 vom 17. Juni 2016, ZR 115/2016, E. 3.6.2; siehe auch BGer 4A_427/2017 vom 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

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 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 substantiiertes Tatsachenbehauptungen auch eine Parteibefragung zum konkreten gesundheitlichen Zustand im Anspruchszeitraum ausser Betracht. Ohnehin liessen sich angesichts der verstrichenen Zeit mit einer heutigen

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 Leistungsbereitschaft 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 Beweisantrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens betreffend derartige Störungen bzw. Probleme zu stellen, ohne

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 zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann. Insbesondere ist zu berücksichtigen, 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 depressiven Erkrankung, und entsprechenden Auswirkungen auf die für die Erwerbstätigkeit 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 begründen 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. angesprochenen Fragen vorliegt, das Recht des Klägers auf Beweis (Art. 152 ZPO) mithin bereits 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

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 leichtgradige 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 Begutachtungszeitpunkt; die MEDAS-Gutachter wurden aufgefordert, die klägerische Arbeitsfähigkeit im Längsschnitt seit August 2006 zu bewerten (act. 3/28 S. 66). Aufgrund der festgestellten Aktenlücke in der medizinischen Dokumentation sahen 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 Beurteilung zur behauptenden gesundheitlichen Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit ab April 2008 vor, nämlich diejenige, dass sich diese aufgrund der Aktenlücke nicht erstellen liessen. Schliesslich entfaltet das MEDAS-Gutachten auch Beweiskraft für den Zeitraum nach dem Begutachtungszeitpunkt. Gleich wie eine nachgewiesene gesundheitliche Beeinträchtigung und Erwerbsunfähigkeit auf ein Fortdauern derselben schliessen lassen kann (vorne E. 5.1), kann nämlich umgekehrt die Feststellung, dass keine solche Beeinträchtigung bzw. Erwerbsunfähigkeit vorliegt, ein Indiz für das Nichtvorliegen derselben zu einem zukünftigen Zeitpunkt sein. Entsprechend schloss das Bundesgericht denn auch im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren gestützt auf das MEDAS-Gutachten, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit spätestens seit der Begutachtung kein invalidisierender Gesundheitsschaden mehr vorliege (vorne E. 7.3.4.5). Damit mass 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,

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 dannzumal 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 Beweiswürdigung 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

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-

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.,

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 oblegen, 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 aufs Geratewohl zu ermächtigen, eine allenfalls existierende Krankheitsgeschichte bei Dr. C._____ einzuholen. Entspre-

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 erwiesenermassen 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-

zungstatsache, 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-

gegebenen 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-

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-

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 gelesen, 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

gesagt, kann offenbleiben, ob diese Gesichtspunkte eine betrügerische Anspruchsbegründung 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

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:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 65'000.–.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 71'400.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Zustellung des Doppels von act. 37, an die Beklagte unter Zustellung des Doppels von act. 36.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 2'960'000.–.

Zürich, 2. Juni 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzende:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Severin Harisberger