

1B1 15 34

UZ55/bcl

Präsidentin Schwitter, Bezirksrichterinnen Meyer und ~~Mugglin Koch~~,
Gerichtsschreiberin Küng

Urteil vom 6. November 2017

A.
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Josef Flury,

Kläger

gegen

X. Versicherungen

Beklagte

betreffend Forderung aus Krankentaggeld-Versicherungsvertrag

Sachverhalt

1. Mit Klage vom 11.12.2015 beantragte der Kläger, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm für die Zeit vom 1.2.2009 bis 31.8.2010 mindestens Fr. 68'050.56 zuzüglich 5 % Zins seit 16.11.2009 zu bezahlen. Weiter habe die Beklagte ihm die Gerichts- und Beweiskosten für die vorsorgliche Beweisführung in der Höhe von Fr. 5'209.40 zuzüglich 5 % Zins seit 19.7.2011 zu bezahlen. Sodann habe die Beklagte ihm die Anwaltskosten für die vorsorgliche Beweisführung in der Höhe von Fr. 12'000.-- zuzüglich 5 % Zins seit 19.1.2013 zu bezahlen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.
2. Die Beklagte schloss in ihrer Klageantwort vom 11.4.2016 auf vollumfängliche Klageabweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.
3. Am 21.6.2016 fand eine Instruktionsverhandlung zwecks Vergleichsgesprächen statt (Verhandlungsprotokoll [VP] S. 1). Da keine Einigung zustande kam, wurde dem Kläger Frist zur Einreichung einer schriftlichen Replik angesetzt (amtl. Bel. 8).
4. Mit Replik vom 5.10.2016 bzw. Duplik vom 13.12.2016 hielten die Parteien an ihren bereits gestellten Anträgen fest.
5. Am 17.1.2017 äusserte sich die Instruktionsrichterin zur Beweislast, nahm die aufgelegten Urkunden zu den Akten, zog die Akten des Verfahrens Nr. 3E1 11 29 bei, ordnete eine Ergänzung des Gutachtens von Dr. C. vom 20.1.2015 an und räumte den Parteien die Möglichkeit ein, Ergänzungsfragen zu stellen (amtl. Bel. 18). Der Kläger machte davon keinen Gebrauch, die Beklagte reichte am 2.3.2017 ihre Ergänzungsfragen ein (amtl. Bel. 22).
6. Mit Verfügung vom 16.3.2017 wurden die von der Beklagten beantragten Ergänzungsfragen zugelassen und Dr. C. mit der Ergänzung seines Gutachtens vom 20.1.2015 beauftragt (amtl. Bel. 23 ff.).
7. Dr. C. reichte am 21.4.2017 sein Ergänzungsgutachten ein (amtl. Bel. 26).
8. Mit Verfügung vom 9.5.2017 schloss die Instruktionsrichterin das Beweisverfahren und setzte den Parteien Frist an, um die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verlan-

gen, andernfalls das Gericht von einem Verzicht auf die Durchführung einer solchen ausgehe (amtl. Bel. 29).

9. Nachdem keine der Parteien eine Hauptverhandlung verlangt hatte, reichten diese am 27.6.2017 bzw. 21.8.2017 ihre Schlussvorträge ein (amtl. Bel. 34 und 36). Der Kläger reichte ausserdem am 27.6.2017 seine Kostennote ein, während die Beklagte darauf verzichtete (amtl. Bel. 35).

Erwägungen

1. Zum Verfahren

Streitig sind Leistungen aus einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung, mithin aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung. Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG, SR 832.12) dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG, SR 221.229.1). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 133 III 439 E. 2.1; Urteil BGer 4A.532/2009 vom 5.3.2010 E. 1). Mithin gelten für das vorliegend zu beurteilende Vertragsverhältnis soweit zulässig die konkreten Vertragsbestimmungen und die Regelungen des VVG. Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung schreibt Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO das vereinfachte Verfahren vor, wobei die Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO).

2. Zuständigkeit

Der Kläger ist Betriebsinhaber des Einzelunternehmens Firma B. und hat mit der Beklagten eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung abgeschlossen (kläg. Bel. 4). Gemäss Art. F 7 der vorliegend massgebenden allgemeinen Versicherungsbedingungen, Ausgabe 07.2006 (nachfolgend AVB), anerkennt die Beklagte als Gerichtsstand den schweizerischen Wohnsitz oder Arbeitsort des Versicherungsnehmers oder Anspruchsberechtigten sowie _____ (kläg. Bel. 3). Die Schlichtungsverhandlung vor dem Friedensrichteramt Luzern am 16.9.2015 verlief unvermittelt, weshalb dem Kläger gleichentags die Klagebewilligung ausgestellt wurde (kläg. Bel. 2). Der Streitwert der vorliegenden Klage übersteigt den Betrag von Fr. 30'000.--. Somit ist das angerufene Gericht örtlich, sachlich und funktionell für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig (Art. 17 ZPO i.V.m. Art. F 7 AVB; Art. 197 ZPO; Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO i.V.m. § 34 Abs. 2 lit. b JusG).

3. Zum Beweis

Die aufgelegten Urkunden wurden zu den Akten genommen. Weiter wurden die Akten des vorsorglichen Beweisverfahrens (Fall-Nr. 3E1 11 29) beigezogen sowie eine Ergänzung des im vorsorglichen Beweisverfahren angeordneten Gutachtens von Dr. C. vom 20.1.2015 angeordnet. Damit ist der rechtserhebliche Sachverhalt hinreichend erstellt und das Gericht kann von weiteren Beweisabnahmen absehen. So wurde kein - wie vom Kläger beantragt - Obergutachten eingeholt. Ebenfalls verzichtet wurde auf die Befragung des Klägers sowie des Zeugen Dr. D. Auch wurden die Akten des Verfahrens Nr. 1B 14 30 vor Kantonsgericht Luzern nicht ediert, gleiches gilt für eine Stellungnahme zur klägerischen Arbeitsunfähigkeit bei Dr. D.

4. Anspruchsgrundlage

4.1 Der Kläger stützt seinen Anspruch auf die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung, welche die Beklagte mit der Firma B. abgeschlossen hat (kläg. Bel. 4). Aus der kollektiven Krankenversicherung steht demjenigen, zu dessen Gunsten die Versicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu (Art. 87 VVG). Gemäss Versicherungspolice hat der Kläger als versicherte Person bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit Anspruch auf Taggelder gegenüber der Beklagten während maximal 730 Tagen, wovon eine Wartefrist von 30 Tagen abzuziehen ist (kläg. Bel. 4).

4.2 Unbestritten ist die Höhe des Taggelds von Fr. 123.28 bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % (vgl. kläg. Bel. 7). Ebenfalls nicht streitig ist, dass die Beklagte nach Ablauf der Wartefrist am 6.9.2008 bis zum 31.1.2009 die geschuldeten Taggelder auf der Basis von 50 % ausgerichtet hat. Der Kläger verlangt von der Beklagten Taggelder für die Zeit vom 1.2.2009 bis 31.8.2010. Die Beklagte bestreitet die Arbeitsunfähigkeit des Klägers infolge Krankheit. Dies gilt es im Folgenden zu prüfen.

5. Standpunkte der Parteien

5.1 Der Kläger führt im Wesentlichen aus, er habe seit seiner Kindheit und Jugendzeit eine Neigung zur Impulsivität, zu Konzentrationsschwierigkeiten resp. selektiver Konzentrationsfähigkeit und zur Ablenkbarkeit aufgewiesen. Er sei stets sehr aktiv, aber auch wechselhaft und ungeduldig in seinem Empfinden und Verhalten gewesen. Nach einer längeren Leidenszeit mit hoher Arbeitsbelastung bzw. Überbelastung hätten sich die vorgenannten Symptome zu ausgeprägten Stimmungsschwankungen (Depression), innerer Anspannung

sowie körperlicher Erschöpfung intensiviert. Vom 7.8.2008 bis 24.8.2008 sei schliesslich eine stationäre Behandlung in der Privatklinik E. wegen körperlicher Erschöpfung, Ablenkbarkeit, Überbelastung, abnehmbarer Konzentrationsfähigkeit, innerer Anspannung und Stimmungsschwankungen erfolgt. Die Ärzte hätten eine Anpassungsstörung, längere depressive Reaktion im Rahmen einer anhaltenden psychosozialen Belastungssituation diagnostiziert. In der Folge sei ihm von der Klinik und der Hausärztin eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % für die Dauer vom 28.8.2008 bis auf Weiteres attestiert worden. Am 20.1.2009 sei er im Auftrag der Beklagten durch G., Spezialarzt für Psychiatrie und Psychotherapie, untersucht worden, worauf die Beklagte mit Entscheid vom 10.3.2009 die Taggelderleistungen rückwirkend per 31.1.2009 eingestellt habe. Am 31.3.2009 habe er sich in die Behandlung von Dr. D., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, begeben. Dorthin sei er durch den Kinderarzt, H., bei dem sein Sohn zur selben Zeit wegen einer ADHS- Problematik in Behandlung gewesen sei, überwiesen worden. Der Kinderarzt habe als erstes den Verdacht auf eine adulte ADHS-Problematik geäussert und ihm eine Abklärung bei einem Spezialisten für adulte ADHS-Diagnosen empfohlen. Dr. D. habe bei ihm eindeutig eine adulte ADHS-Problematik festgestellt. Die aufgetretene Erschöpfungsdepression sei dabei als typische Folgestörung erkannt worden. Am 29.1.2010 sei er im Auftrag der Beklagten von Dr. I., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, untersucht worden. Gemäss seinem Bericht sei bei ihm kein adultes ADHS ausgewiesen. Mit Schreiben vom 27.4.2010 habe die Beklagte festgehalten, dass ihrer Meinung nach zwei sorgfältige Gutachten vorliegen würden, die das Vorliegen eines adulten ADHS beim Kläger ausschliessen würden und deshalb am Entscheid vom 10.3.2009 festgehalten werde. Am 6.7.2011 habe er beim Bezirksgericht Luzern ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme gestellt. Mit Entscheid vom 15.4.2014 habe das Gericht ein Gutachten angeordnet und Dr. C., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, als Experten ernannt. Dies sei mit Entscheid vom 5.8.2014 durch das Kantonsgericht Luzern bestätigt worden. Dr. C. habe aufgrund seiner Begutachtung vom 15.1.2015 ebenfalls die Diagnose einer adulten ADHS gestellt und im Weiteren die von den behandelnden Ärzten (Klinik E., Dr. F. und Dr. D.) attestierte Arbeitsunfähigkeit als schlüssig und nachvollziehbar eingestuft.

5.2 Die Beklagte macht im Wesentlichen geltend, sie sei nicht leistungspflichtig, weil beim Kläger keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliege. Die Diagnose der adulten ADHS sei nicht zutreffend. So habe Dr. G. im Rahmen seiner Begutachtung aus psychiatrischer Sicht keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers feststellen können. Er

habe festgehalten, dass dessen psychischen Anspannungen durch wirtschaftliche Faktoren bestimmt seien und eine krankhafte Genese hätten. Auch Dr. I. habe beim Kläger aufgrund der unauffälligen psychopathologischen Befunde anlässlich der Untersuchung sowie aufgrund der Anamnese keine psychiatrische Problematik mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit erkennen können. Anlässlich der psychiatrischen Behandlung in der Klinik E. sei im August 2008 eine Anpassungsstörung und eine depressive Reaktion im Rahmen einer anhaltenden psychosozialen Belastungssituation diagnostiziert und als Grund für die Arbeitsunfähigkeit erwähnt worden. Bei einer Anpassungsstörung handle es sich definitionsgemäss um eine subjektive Bedrängung und emotionale Beeinträchtigung, die nach kritischen Lebenssituationen auftreten und meistens nicht länger als sechs Monate dauern und als Symptome auch eine Depression zeigen könnten. Dies entspreche auch dem vom Bundesgericht bestätigten Zeitrahmen, innerhalb welchem eine Anpassungsstörung abheile. Auch beim Kläger sei die im August 2008 diagnostizierte Anpassungsstörung innerhalb eines halben Jahres abgeheilt, wie Dr. G. festgestellt und entsprechend ab 1.2.2009 eine volle Arbeitsfähigkeit erwähnt habe. Die von Dr. D. gestellten Diagnosen seien weder schlüssig noch nachvollziehbar, weshalb auf seine Einschätzung betreffend Arbeitsfähigkeit nicht abgestellt werden könne. Dasselbe gelte für das im Rahmen der vorsorglichen Beweisabnahme angeordnete Gutachten von Dr. C. Dieser habe zum Ausdruck gebracht, dass es ihm rückblickend und ohne zeitnahe eigene Untersuchungen nicht möglich sei, zuverlässig zur Arbeitsunfähigkeit des Klägers im massgebenden Zeitraum Stellung zu nehmen, sondern er darüber nur mutmassen könne. Eine Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit, die nur auf Mutmassung beruhe, sei nicht rechtsgenügend ausgewiesen. Hinzu komme, dass Dr. C. bei seiner eigenen Untersuchung - wie auch Dr. D. - einzig auf die Angaben des Klägers abgestellt habe. Obwohl diese Schilderungen auch die Kinder- und Jugendzeit des Klägers umfasst hätten, habe es Dr. C. unterlassen, diese Angaben mittels Einholung von Fremdauskünften einer Prüfung zu unterziehen. Schliesslich habe Dr. C. bei seiner Einschätzung die Gutachten der Dres. G. und I. völlig ausser Acht gelassen und mit keinem Wort erwähnt. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso er in seinem Gutachten nur Bezug nehme auf die zeitnahen medizinischen Unterlagen, aus denen eine Arbeitsunfähigkeit hervorgehe und diese als schlüssig beurteile. Vielmehr hätte der Gutachter auch ausführen müssen, wieso die Einschätzungen der Dres. G. und I. nicht zu berücksichtigen seien.

6. Arbeitsunfähigkeit

6.1 Wer gegenüber dem Versicherer einen Anspruch erhebt, ist für den Eintritt des Versicherungsfalls behauptungs- und beweispflichtig. Da dieser Beweis regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insoweit eine Beweiserleichterung und genügt seiner Beweislast, wenn er den Eintritt des Versicherungsfalls überwiegend wahrscheinlich zu machen vermag (BGE 130 III 321 E. 3.2 f.; Urteil BGer 4A_180/2010 vom 3.8.2010 E. 2.4.1). Überwiegend wahrscheinlich ist eine Tatsache, wenn zwar die Möglichkeit besteht, dass es sich auch anders hätte verhalten können, diese Möglichkeit jedoch weder eine massgebende Rolle spielt noch vernünftigerweise in Betracht fällt. Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.4; Urteil BGer 4A_96/2007 vom 26.6.2007 E. 2.4.1).

6.2 Nach Art. C1.1 der vorliegend massgebenden AVB (kläg. Bel. 3) hat der Versicherte Anspruch auf Leistungen, wenn er nach ärztlicher Feststellung zu mindestens 25 % arbeitsunfähig ist. Arbeitsunfähigkeit ist eine ärztlich attestierte durch eine Krankheit bedingte Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabengebiet zumutbare Arbeit zu erbringen (Art. B4.1). Arzt ist, wer durch ein eidgenössisches oder ein gleichwertiges ausländisches Diplom zur Berufsausübung zugelassen ist (Art. B4.2). Die Beklagte ist wiederum berechtigt, den Versicherten durch von ihr beauftragte Ärzte untersuchen zu lassen (Art. D1.1 erster Gedankenstrich).

6.3 Der Kläger beruft sich zum Nachweis der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit auf folgende Arztberichte:

6.3.1 Vom 7.8.2008 bis 24.8.2008 befand sich der Kläger in stationärer Behandlung der Privatklinik E. Die behandelnden Ärzten attestierten ihm im Austrittsbericht vom 2.9.2008 eine Anpassungsstörung, längere depressive Reaktion im Rahmen einer anhaltenden psychosozialen Belastungssituation ICD-10 F. 43.21 sowie eine EBV-Infektion und stufen die Arbeitsunfähigkeit ab dem 28.8.2008 bis auf Weiteres auf 50 % ein (kläg. Bel. 5).

6.3.2 Im Arztbericht von Dr. F. vom 24.11.2008 zuhanden der Beklagten erklärte diese, der Kläger leide seit November 2007 an zunehmenden Depression- und Angstzuständen, hinzu komme Schlaflosigkeit sowie psychosomatische Beschwerden in Form von

Herzrasen und Reizdarm. Die Ursache sei eine starke berufliche Überbelastung, weshalb der Kläger am 29.7.2008 in ihre Sprechstunde gekommen sei (kläg. Bel. 6). Der Kläger habe sehr nervös, unkonzentriert und stimmungsgedrückt gewirkt, so dass die beklagten Beschwerden objektiv nachvollziehbar erschienen seien. Die Belastbarkeit des Klägers sei weiterhin eingeschränkt. Vom 28.8.2008 bis auf Weiteres bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 50 %. Mit einer Steigerung derselben sei frühestens ab Mitte nächsten Jahres zu rechnen. Insgesamt habe die Erkrankung des Klägers eine gute Prognose. Bei konsequenter Weiterführung der Therapie und Vermeidung einer zu frühen Überlastung sei mit einer 100 % Restitution zu rechnen (kläg. Bel. 6).

6.3.3 Dr. D., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, diagnostizierte in seinem Schreiben vom 6.8.2009 an die Beklagte beim Kläger ein Aufmerksamkeits-Defizit und Hyperaktivitätsstörung des Erwachsenenalters (adulte ADHS). Es sei unzweifelhaft, dass sich daraus erhebliche Einschränkungen seiner beruflichen Leistungsfähigkeit und Arbeitsfähigkeit ergeben hätten und bis dato bestehen würden (kläg. Bel. 13).

In seinem Bericht vom 16.2.2010 zu Händen der Beklagten hielt Dr. D. fest, er habe den Kläger erstmals am 31.3.2009 untersucht. Seitdem befinde dieser sich laufend in seiner Behandlung (kläg. Bel. 9 S. 3). zusammenfassend hielt er fest, bereits aufgrund der anamnestischen Angaben und der Befunde würden sich beim Kläger eindeutige Hinweise auf eine ADHS des Erwachsenenalters ergeben, die aufgrund nicht mehr gelingender bzw. nicht mehr ausreichender kompensatorischer Verhaltensweisen im Rahmen einer zunehmenden beruflichen Überforderungssituation zu massiven ADHS-typischen Symptomen und einer Erschöpfungsdepression - eine typische ADHS-Folgestörung - geführt hätten. Differenzialdiagnostisch liessen sich bei der Anamnese keine Anhaltspunkte für eine andere psychische Grunderkrankung herausarbeiten. Somatische Erkrankungen seien bereits zuvor ausgeschlossen worden. Das Vorliegen der ADHS-Symptome sei auch durch einen hohen Wert von 53 in der Conners Adult Rating Scale, einer Fremdbeurteilung zur Einschätzung der Aufmerksamkeitsstörung, bestätigt worden. Im Wender Reimherr-Interview (WIR), einem strukturierten Interview zur Erfassung von Ausprägung und Schwere von ADHS-Symptomen des Erwachsenenalters, habe der Kläger über alle Items mit 50 einen sehr hohen Wert mit einem Global-Score von 21 erreicht. Sämtliche Kriterien seien eindeutig erfüllt (kläg. Bel. 9 S. 5 f.).

Das Störungsbild der ADHS sei zu wenig bekannt und werde daher oft übersehen. Die durch die ADHS begründeten Regulationsstörungen bezüglich Stress und Emotionen und die Defizite der Exekutivfunktionen (z.B. zielgerichtetes Planen, Abschätzen von Folgen impulsiv

getroffener Entscheidungen) würden oft erst mit zunehmendem Lebensalter und bei entsprechenden beruflichen Veränderungen klinisch relevant. Der Betroffene bemerke eine Störung über Jahre und Jahrzehnte nicht, weil er sie nicht kenne und es ja immer noch "irgendwie gehe". So entwickle sich oft und typisch bei Erwachsenen mit ADHS im mittleren Lebensalter eine Erschöpfungsdepression die zunächst als solche zu ambulanter oder stationärer Behandlung führe, wobei die zugrunde liegende ADHS leider oft lange unentdeckt bleibe. Wenn die ADHS nicht spezifisch behandelt werde, entwickle sich oft eine chronische Depression (kläg. Bel. 9 S. 5).

Die beiden beim Kläger diagnostizierten Krankheiten würden in ihrer nachgewiesenen Schwere, insbesondere mit Auswirkung auf den Bereich der beruflichen Leistungsfähigkeit und der Regenerationsfähigkeit zwanglos die jetzt bestehende Arbeitsunfähigkeit von 50 % begründen. Vorerst sei von einer solchen weiterhin auszugehen (kläg. Bel. 9 S. 5 f.).

6.4 Der Kläger stellte am 6.7.2011 beim Bezirksgericht Luzern ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO mit dem Antrag, es sei ein spezialärztliches Gutachten anzuordnen, welches sich zum Gesundheitszustand des Klägers sowie zur daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeit äussere (Fall-Nr. 3E1 11 29: amtl. Bel. 1 und 5). Mit Entscheid vom 15.4.2014, welcher vom Kantonsgericht mit Entscheid vom 5.8.2014 bestätigt wurde, entsprach das Bezirksgericht Luzern dem Gesuch und ernannte Dr. C., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, zum Experten (kläg. Bel. 17 und 18). Der Experte erstattete am 20.1.2015 sein Gutachten (kläg. Bel. 19). Er diagnostizierte beim Kläger eine einfache Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung, Mischtyp mit Persistenz im Erwachsenenalter (ICD-10 F90.0) sowie eine Agoraphobie mit Panikstörung {ICD-10 F40.01}. Seine Angaben im Gutachten beruhten auf den Akten, welche ihm das Gericht im Rahmen des vorsorglichen Beweisverfahrens zur Verfügung gestellt hatte sowie auf dem mit dem Kläger am 15.1.2015 geführten Gespräch (kläg. Bel. 19 S. 1). Dabei hielt er insbesondere Folgendes fest:

a) Der Gutachter beurteilte den Kläger als freundlich und differenziert im Kontaktverhalten, im Bewusstsein wach, klar und in allen Qualitäten orientiert (zeitlich, örtlich, situativ und autopsychisch). In der Konzentration und Aufmerksamkeit wirke er ungestört, im Kontakt jedoch angespannt, wie "auf Nadeln sitzend". Während des Gutachtengesprächs habe er nur auf dem Rand des Stuhl sitzen können, sei durch motorische Unruhe aufgefallen und habe einen angespannten, gereizten Eindruck vermittelt, wobei er sich Mühe gegeben habe, freundlich zu wirken und kooperativ die Fragen zu beantworten. Es gebe keine Hinweise auf

Zwangsgedanken, Zwangshandlungen im engeren Sinne, auf Wahnerleben, Sinnestäuschungen oder Ich-Störungen. In der Stimmung wirke der Kläger leicht gedrückt und gereizt. Er biete wenig Geduld, sei in der affektiven Modulationsfähigkeit jedoch erhalten. Ein ausreichend guter affektiver Rapport sei herstellbar. Im Antrieb wirke er adäquat, psychomotorisch jedoch unruhig und impulsiv. Vegetativ sei er eher hochreguliert (kläg. Bel. 19 S. 9 f. Ziff. 4).

b) Im Wender-Reimherr-Interview, einem Test zur Erfassung des hyperkinetischen Syndroms im Erwachsenenalter, Version 3/2002, habe der Kläger 49 von insgesamt 56 möglichen Punkten erzielt, im Gesamtbeurteilungsscore deren 23 von 28 möglichen Punkten. Dieses Ergebnis in Zusammenschau mit der klinischen Symptomatik spreche für das Vorhandensein eines adulten ADHS vom Mischtyp, mit Schwerpunkt in der Störungen im Bereich Temperament und Affektlabilität (kläg. Bel. 19 S. 10 Ziff. 4.2.1).

c) Sich selber beschreibe der Kläger als zeitlebens eher nervösen Typen mit ständiger innerer Anspannung und Ängsten seit seinem siebten Lebensjahr. Ausgelöst worden seien die Ängste seiner (des Klägers) Meinung nach aufgrund der belastenden Situation zu Hause. Die häufigen Streitereien seiner Eltern hätten ihn mitgenommen und er habe schon als Kind oft panikartige Angstattacken gehabt. Mit zwölf Jahren habe er von seiner Mutter das Beruhigungsmittel Temesta, ein Benzodiazepin, erhalten und dies habe er dann auch fast 20 Jahre lang eingenommen, teilweise auch in hoher Dosierung bis zu 4 mg pro Tag. Er habe auch seit seiner Jugend am Gefühl ständiger innerer Anspannung gelitten, sei auch in der Primarschulzeit leicht ablenkbar gewesen, habe diese Defizite jedoch mit seiner guten Intelligenz kompensieren können, so dass er keine schulischen Schwierigkeiten gehabt habe. Jedoch habe er aufgrund dieses chaotischen Arbeitsstils sowohl in der Schulzeit, aber auch später in seinem Berufsleben gelitten. Neben dieser inneren Anspannung und der inneren Unruhe beklage der Kläger, die Neigung zu sorgenvollem Grübeln und vielerlei Ängste. Er habe bemerkt, dass vor allem grössere Menschenmengen bei ihm Angstattacken auslösen könnten und er diese daher vermeide, da sonst oft aus heiterem Himmel panikartige Angstattacken mit Herzrasen, Schwitzen und Todesängsten auftreten könnten. Er habe jedoch aufgehört deswegen Tabletten zu nehmen, da er Angst vor Abhängigkeit habe und versuche durch positives Denken diese Ängste zu kontrollieren. Es sei dann aufgrund einer beruflichen Belastungssituation im Jahre 2007/2008 zu einer zunehmenden depressiven Entwicklung gekommen (kläg. Bel. 19 S. 11 f. Ziff. 4.3).

d) Aufgrund eigener sowie früheren Untersuchungen und Beobachtungen schloss der Gutachter andere Diagnosen aus. So hielt er fest, es ergebe sich kein Anhaltspunkt für eine aktuelle Störung im Bereich der organisch psychischen Störungen (psychische Störungen aufgrund einer Erkrankung des Gehirns), der Abhängigkeitserkrankungen (Sucht), der schizophrenen Psychosen, der affektiven Störungen, der sogenannten somatoformen bzw. Anpassungsstörungen, der Verhaltensauffälligkeiten mit körperlichen Störungen, der Persönlichkeitsstörungen, der Intelligenzminderungen oder Entwicklungsstörungen (kläg. Bel. 19 S. 12 f. Ziff. 4.3).

e) Nach den Wender-Utah-Kriterien liege eine ADHS im Erwachsenenalter vor, wenn kumulativ die Kriterien der Aufmerksamkeitschwäche und der Hyperaktivität vorlägen. Diese beiden Kriterien seien obligat. Daneben müssten zwei der folgenden Punkte vorhanden sein:

1. Affektlabilität
2. Desorganisiertes Verhalten
3. Störung der Affektkontrolle
4. Impulsivität
5. Emotionale Überreagibilität

Aufgrund des Gesagten, des Untersuchungsbefundes sowie der Testergebnisse könne festgehalten werden, dass der Kläger die ICD-10-Kriterien für das Bestehen einer einfachen Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung mit Persistenz im Erwachsenenalter vom Mischtyp (ICD-10 F90.0) erfülle (kläg. Bel. 19 S. 15).

f) Gegenwärtig begründe die gestellte Diagnose keine Arbeitsunfähigkeit. Der Kläger leide zwar an psychischen Störungen, sei jedoch aktuell nicht nennenswert in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt. Man müsse jedoch davon ausgehen, dass seine psychischen Reserven aufgrund seiner Leiden vermindert seien und er dadurch rascher an die Grenzen seiner Belastbarkeit kommen könne als eine psychisch gesunde Vergleichsperson (kläg. Bel. 19 S. 16 Ziff. 7).

g) Eine rückblickende Beurteilung der Arbeitsfähigkeit (bezogen auf den Zeitraum vom 31.1.2009 bis 31.8.2010) ohne eigene Exploration liege eher im Bereich einer Mutmassung, sie sei daher nicht objektivierbar, da die eigene Befundung nicht möglich gewesen sei. Somit müsse auf Voratteste abgestellt werden. Der Kläger sei sowohl von der psychiatrischen Klinik E., seiner Hausärztin, aber auch seinem Psychiater in dieser Zeit als zu 50 % arbeitsunfähig für seine Tätigkeit als selbständiger Kaufmann beurteilt worden. Aufgrund der beim Kläger bestehenden Störungsbilder seien die damaligen Atteste schlüssig und nach-

vollziehbar. Da der Kläger sowohl an den Folgen seiner ADHS, aber auch an der damals bestehenden depressiven Symptomatik gelitten habe, sei davon auszugehen, dass die Beurteilung seiner Arbeitsfähigkeit durch seine behandelnden Ärzte nicht nur für seine Tätigkeit als selbständiger Kaufmann, sondern für sämtliche Verweistätigkeiten zu werten sei. Somit müsse davon ausgegangen werden, dass der Kläger auch in anderen Tätigkeiten in gleicher Weise, nämlich zu 50 % in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt gewesen sei (kläg. Bel. 19 S. 16 f. Ziff. 7.1 f.).

6.5 Die Beklagte stellte in ihren Rechtsschriften die Schlüssigkeit des im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung erstellten Gutachtens von Dr. C. vom 20.1.2015 in Abrede. Sie macht geltend, der Gutachter habe nur auf jene zeitnahen medizinischen Unterlagen Bezug genommen, aus denen eine Arbeitsunfähigkeit hervorgehe. Die Einschätzungen der Dres. G. und I. würden hingegen mit keinem Wort erwähnt. Als gerichtlich eingesetzter Gutachter hätte er darlegen müssen, weshalb auf die Berichte der Dres. G. und I. nicht abgestellt werden könne, hingegen die ärztlichen Atteste, welche eine Arbeitsunfähigkeit bejahen, als schlüssig beurteilt würden (Klageantwort S. 10 Ziff. 3.5).

6.5.1 Der Kläger entgegnet, die Beklagte habe im Rahmen des vorsorglichen Beweisverfahrens weder eine Erläuterung des Gutachtens oder Ergänzungsfragen noch ein Obergutachten beantragt und das Gutachten somit akzeptiert. Es gehe nicht an, wenn die Beklagte nun versuche, das Versäumte im ordentlichen Prozess nachzuholen. Anderenfalls sei ein gerichtliches Obergutachten einzuholen (Replik S. 8 f. Ziff. Ad 2.16f.).

6.5.2 Bei der vorsorglichen Beweisführung handelt es sich um ein Recht der Parteien und nicht um eine Pflicht. Es steht dem Gesuchsgegner frei, sich am Verfahren der vorsorglichen Beweisführung überhaupt zu beteiligen. Seine Parteirechte im Hauptprozess bleiben auch dann gewahrt, wenn er sich nicht vernehmen lässt. Die fehlende Mitwirkung gereicht dem Gesuchsgegner nicht zum Nachteil (Fellmann, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, N 45 und 45a zu Art. 158 ZPO). Die im vorliegenden Hauptverfahren vorgebrachte Kritik der Beklagten am Gutachten ist daher nicht verspätet und der Einwand ist zu prüfen. Nachdem den Ausführungen des Gutachters tatsächlich nicht entnommen werden kann, inwieweit er die Einschätzungen der Dres. G. und I. berücksichtigt hat, ist der Einwand der Beklagten auch berechtigt. Das für diesen Fall vom Kläger beantragte 'Obergutachten' ist indes nicht anzuordnen. Vielmehr ist es aufgrund der Vorbringen der Beklagten angezeigt gewesen, beim Gutachter im vorliegenden Hauptverfahren eine Ergänzung bzw. Erläuterung

seines im vorsorglichen Beweisverfahrens ergangenen Gutachtens in Auftrag zu geben (amtl. Bel. 18).

6.5.3 Dr. C. erstattete am 14.4.2017 das Ergänzungsgutachten (amtl. Bel. 26) und führte im Wesentlichen Folgendes aus:

a) Er habe bei seinen Einschätzungen bezüglich der Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 31.1.2009 bis August 2010 die Einschätzungen von G. und Dr. I. beachtet. Jeder Gutachter sei angehalten seine Beurteilung aufgrund der anamnestischen Angaben und der bekannten Aktenlage sowie der eigenen, zum Zeitpunkt der Abklärung erstellten Befunde und Untersuchungsergebnissen zu erstellen. Hierbei könne es je nach Zeitpunkt der Untersuchung durchaus zu Differenzen in den Befunden und auch dementsprechend den Beurteilungen kommen. Im Gegensatz zu den genannten Abklärungen hätten seine Untersuchungen ergeben, dass der Kläger an einer ausgeprägten adulten ADHS gelitten habe und vermutlich noch leide. Seine diagnostische Beurteilung habe hierbei auf den anamnestischen Angaben, den Akten, die ihm damals zur Verfügung gestanden seien, sowie den eigenen Untersuchungsergebnissen, insbesondere den störungsspezifischen Testergebnissen beruht. Die Gutachter G. und Dr. I. hätten in ihren Beurteilungen die Diagnose einer ADHS in Abrede gestellt, jedoch hätten in ihren Abklärungen die dafür notwendigen störungsspezifischen Tests gefehlt, um eine solche Diagnose mit Sicherheit stellen oder ausschliessen zu können. Da er in seinem Gutachten bezüglich der diagnostizierten ADHS zu einem anderen Ergebnis gekommen sei als die Kollegen G. und Dr. I., habe er daher in seiner Beurteilung auch nicht auf die Untersuchungsergebnisse der Kollegen und deren Beurteilung zur Arbeitsunfähigkeit abstellen können (amtl. Bel. 26 S. 2).

b) Zwar sei die Arbeitsfähigkeit des Klägers im Zeitpunkt seiner Begutachtung nicht nennenswert eingeschränkt gewesen. Es sei aber sehr wohl nachvollziehbar, dass bei einer schweren ADHS mit einer Angststörung sowie vermutlich auch zum damaligen Zeitpunkt bestehenden depressiven Syndroms aufgrund des erheblichen beruflichen Drucks, der Kläger nicht in der Lage gewesen sei, in adäquater Weise wie ein gesunder Mensch diesen Belastungen standzuhalten. Die meisten von dieser Diagnose Betroffenen könnten bei Belastung entsprechende Coping-Mechanismen nicht entwickeln und würden daher häufiger als Nichtbetroffene psychische Krisen und Depressionen oder sogar Suchterkrankungen entwickeln. In den Berichten der Vorbehandler sei diese Entwicklung beschrieben worden. So habe insbesondere Dr. D., der den Kläger seit Längerem behandle, eine zunehmende

psychische Dekompensation im Rahmen einer beruflichen Überforderungssituation beschrieben, die zu massiven ADHS-typischen Symptomen und einer Erschöpfungsdepression geführt hätten. Die Angaben der Vorbehandler und deren Atteste seien für ihn schlüssig und auch nachvollziehbar gewesen, weil sie sich mit seinen eigenen Befunden weitgehend gedeckt hätten (amtl. Bel. 26 S. 3).

c) In Bezug auf die Frage, weshalb er auf die Einholung fremdanamnetischer Informationen zu allfälligen Anzeichen einer hyperkinetischen Störung im Kindesalter verzichtet habe, erklärte der Gutachter, bei der von ihm gestellten Diagnose habe der Kläger gewisse diagnostische Kriterien zum Zeitpunkt der Begutachtung erfüllen müssen. Zudem werde in der Regel zur testdiagnostischen Abklärung des Störungsbildes das Wender-Reimherr-Interview verwendet. Eine Exploration oder gar Erhebung von fremdanamnetischen Angaben aus der Kindheit sei hier nicht zwingend, jedoch könnten Hinweise insbesondere aus der Primarschulzeit oder Kindergarten, hilfreich sein. Bei der Diagnose einer ADHS im Erwachsenenalter sei die Einholung von fremdanamnetischen Angaben bei ehemaligen Lehrpersonen oft aus zeitlichen Gründen nicht machbar und daher auch nicht üblich. Dies finde eher in der kinderpsychiatrischen Praxis bei der Abklärung von Kindern und Jugendlichen statt, wo noch zeitnahe Angaben durch Lehr- oder andere relevante Betreuungspersonen möglich seien (amtl. Bel. 26 S. 4 Ziff. 5 und S. 5 Ziff. 6).

6.6 Wie alle Beweismittel unterliegen auch Gutachten der freien richterlichen Beweiswürdigung (vgl. Art. 157 ZPO). Kriterien der Beweiswürdigung bilden die Vollständigkeit, die Nachvollziehbarkeit und die Schlüssigkeit des Gutachtens. Das Gericht hat zu prüfen, ob das Gutachten alle Fragen beantwortet, sich auf den zutreffenden Sachverhalt stützt und den Befund ausreichend begründet. In Sachfragen weicht das Gericht jedoch nur aus triftigen Gründen von einer gerichtlichen Expertise ab. Das Gericht 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 zweifelhaft, hat es nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben (vgl. Urteil BGer 4A_505/2012 vom 6.12.2012 E. 3.5).

6.7 Während der Kläger auf das Gutachten von Dr. C. abstellt, hält die Beklagte dieses für nicht aussagekräftig und macht insbesondere Folgendes geltend:

6.7.1 Die Beklagte stellt die Richtigkeit der vom Gutachter gestellten Diagnose der adulten ADHS in Abrede. Sie macht geltend, der Gutachter selber erwähne, dass ADHS-typische Symptome bereits im Kindesalter aufgetreten sein müssten, damit die Diagnose einer adulten ADHS gestellt werden könne. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung könne die Diagnose einer einfachen Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung (ICD-10 F90.0) nicht als gesichert gelten, wenn unklar sei, ob diese Diagnose bereits im Kindesalter gestellt worden sei oder die versicherte Person an den entsprechenden Symptomen gelitten habe (amtl. Bel. 36 S. 7 mit Hinweis auf Urteil BGer 9C_785/2011 vom 25.4.2012 Erw. 5.2). Dr. C. habe sich diesbezüglich einzig auf die Angaben des Klägers gestützt. Dessen Angaben würden aber keine zuverlässige Basis für die Diagnose einer ADHS im Kindesalter bilden. Vielmehr wäre die gutachterliche Einholung von fremdanamnetischen Angaben erforderlich gewesen (amtl. Bel. 26 S. 13).

6.7.2 Dr. C. hat in seinem Gutachten schlüssig dargelegt, aufgrund welcher Grundlagen er beim Kläger die Diagnose der adulten ADHS gestellt hat. Ebenso hat er für das Gericht plausibel ausgeführt, weshalb er dabei auf die Erhebung von fremdanamnetischen Angaben aus der Kindheit verzichtet und diesbezüglich auf die Angaben des Klägers abgestellt hat (vgl. oben Erwägung 6.4 und 6.5.3). Ergänzend ist dazu festzuhalten, dass die Mutter des Klägers, welche als Einzige mit zumutbarem Aufwand relevante Angaben zu dessen Kindheit hätte machen können, bereits gegenüber Dr. I. dezidiert erklärt hatte, sie sei nicht bereit, darüber Auskunft zu geben (bekl. Bel. 9 S. 3). Es ist daher nicht einzusehen, weshalb der Gutachter sich hätte veranlasst sehen sollen, mit ihr Kontakt aufzunehmen. Dass der Gutachter solche Fremdanamnesen zwingend hätte einholen müssen, lässt sich im Übrigen auch nicht aus dem von der Beklagten zitierten Urteil des Bundesgerichts 9C_785/2011 vom 25.4.2012 herleiten. Die Einschätzungen des Gutachters beruhen auf umfassenden Untersuchungen, sind in Kenntnis der Vorakten abgegeben worden und leuchten in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation ein. Andere Diagnosen schloss der Gutachter aufgrund eigener sowie früheren Untersuchen und Beobachtungen aus. Es ist somit nicht ersichtlich, aus welchen Gründen von der vom Gutachter gestellten medizinischen Diagnose abgewichen werden sollte. Daran vermögen auch die Einschätzungen der Dres. G. und I., welche die Diagnose der adulten ADHS in Abrede stellen, nichts zu ändern. Ihre Berichte, welche in beweismässiger Hinsicht als Privatgutachten und damit nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Parteibehauptungen zu qualifizieren sind, erscheinen nicht triftig genug, um

die Schlüssigkeit der vom Gerichtsgutachter gestellten Diagnose in Frage zu stellen (BGE 141 III 433 E. 2.6).

6.7.3 Im Weiteren macht die Beklagte geltend, der Gutachter begründe nicht, weshalb eine Diagnose, die während mehr als 40 Jahren absolut problemlos verlaufen sei, nun ausgerechnet im August 2008 zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt haben solle. Zur Arbeitsunfähigkeit im geltend gemachten Zeitraum könne er keine handfesten und nachvollziehbaren Angaben machen, sondern nur mutmassen. Von einer Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit, die nur auf Mutmassung beruhe, könne nicht gesagt werden, sie sei rechtsgenügend ausgewiesen (amtl. Bel. 36 S. 17).

6.7.4 Der Gutachter hat in Beantwortung der Frage, ob der Kläger im Zeitraum vom 31.1.2009 bis Ende August 2010 in seiner beruflichen Tätigkeit eingeschränkt gewesen sei, insbesondere festgehalten, dass eine rückblickende Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit ohne eigene Exploration eher im Bereich der Mutmassung liege. Sie sei nicht objektivierbar, da die eigene Befundung nicht möglich gewesen sei. Somit müsse auf die Voratteste (Klinik E., Dr. F. und Dr. D.) abgestellt werden. Diese stufte der Gutachter aufgrund der bestehenden Störungsbilder als schlüssig und nachvollziehbar ein (vgl. oben Erwägung 6.4 und 6.5.3). Es liegt in der Natur der Sache, dass mit einem Gutachten oftmals ein Sachverhalt bzw. ein Zustand, der in der Vergangenheit liegt, beurteilt wird. Eine rückblickende Einschätzung ist nicht per se ein untauglicher Beweis. Andernfalls könnte in zahlreichen Fällen, in denen es darum geht, ein in der Vergangenheit liegender Sachverhalt festzustellen, der Beweis jeweils gar nicht erst angetreten werden. Wenn genügend sorgfältig geführte und nachvollziehbare Dokumentationen für die entsprechende Zeitperiode vorliegen, spricht nichts dagegen, dass auch darüber eine schlüssige und überzeugende Einschätzung aus der Retrospektive gemacht werden kann. Es liegt dabei im fachärztlichen Beurteilungsspielraum, die vorhandenen gesundheitlichen Einschränkungen in Anbetracht der erhobenen Befunde insgesamt zu würdigen und zu ihren Auswirkungen Stellung zu nehmen (Urteil BGer 4A_505/2012 vom 6.12.2012 E. 3.6). Dem Gerichtsgutachter lagen zur retrospektiven Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit echtzeitliche Arztberichte und Atteste insbesondere der Klinik E. und der Dres. F. und D. vor. Er hat für das Gericht nachvollziehbar dargelegt, weshalb er seinerseits diese Voratteste als schlüssig und nachvollziehbar einstuft (vgl. oben Erwägung 6.5.3). Die vom Gutachter vorgenommene retrospektive Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit gibt somit keinen Anlass zur Beanstandung.

6.7.5 Weiter macht die Beklagte geltend, alleine die Tatsache, dass der Gutachter C. beim Kläger eine adulte ADHS ermittelt habe, reiche noch nicht als Unterscheidungskriterium, um entgegen der Beurteilungen der Dres. G. und I. eine Arbeitsfähigkeit zu postulieren. Der Gutachter verwies diesbezüglich zwar auf die Einschätzungen der Klinik E., von Dr. F. und von Dr. D.. Die Behandlung in der Klinik E. sei jedoch nicht im relevanten Zeitraum vom 1. Februar 2009 bis August 2010 erfolgt. Dass der Gutachter in Bezug auf die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum von Februar 2009 bis August 2010 dennoch darauf abgestellt habe, sei nicht nachvollziehbar. Dies gelte umso mehr, als die Klinik E. als Grund für die Arbeitsunfähigkeit nicht eine ADHS erwähnt habe, sondern eine Anpassungsstörung und eine längere depressive Reaktion diagnostiziert habe. Auch Dr. F. habe einzig eine Depression erwähnt, nicht jedoch eine ADHS (amtl. Bel. 36 S. 16). Schliesslich könne den Einschätzungen des Gutachters entnommen werden, dass selbst in beruflichen Belastungssituationen alleine eine ADHS-Diagnose nicht ausreiche, um eine Arbeitsunfähigkeit zu attestieren. Hierzu sei die Existenz einer Folgekrankheit notwendig. Was die Depression als Folgekrankheit angehe, so habe diese gemäss den Einschätzungen der Dres. G. und I. nicht mehr vorgelegen. Dass der Gutachter dennoch auf die von Dr. D. erwähnte Erschöpfungsdepression verweise, sei nicht nachvollziehbar. Dies gelte umso mehr, als Dr. D. das Vorliegen einer affektiven Störung verneint und den Kläger in seinem Bericht vom 16.2.2010 bestenfalls als subdepressiv bezeichnet hatte. Vielmehr hätte der Gutachter glaubhaft dartun müssen, welche konkreten Befunde ihn veranlasst hatten, beim Kläger auch ab dem 1.2.2009 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % zu beurteilen. Auch hätte der Gutachter darlegen müssen, warum es dem Kläger trotz einer unauffälligen Untersuchungssituation bei den Dres. G. und I. nicht möglich gewesen sein sollte, ein volles Arbeitspensum zu verrichten. Insbesondere hätte er detailliert ausführen müssen, weshalb sich aufgrund der in den Vorakten festgestellten Befunde eine volle Arbeitsfähigkeit nicht rechtfertigen lasse. Alleine mit dem pauschalen Verweis auf die Schwierigkeit von Personen mit einem adulten ADHS, berufliche Drucksituationen ausreichend zu kompensieren zu können, sei es nicht getan (amtl. Bel. 36 S. 17).

6.7.6 Wie oben dargelegt, hat der Gutachter nachvollziehbar begründet, weshalb er beim Kläger entgegen der Auffassung der Dres. G. und I. die Diagnose der adulten ADHS gestellt hat (vgl. oben Erwägung 6.7.2, 6.4 und 6.5.3). Der Gutachter hat weiter dargelegt, dass Personen, welche von dieser Diagnose betroffen seien, bei Belastung häufiger als Nichtbetroffene dazu neigen würden, psychische Krisen und Depressionen zu entwickeln.

Schliesslich hat er ausgeführt, dass eine solche Entwicklung des Klägers in den Attesten der Vorbehandler (Klinik E. und Dres. F. und D.) beschrieben worden sei und er diese wiederum gestützt auf seine eigenen Feststellungen als nachvollziehbar und schlüssig einstufte (vgl. oben Erwägung 6.5.3). Es trifft demnach nicht zu, dass der Gutachter alleine aufgrund der diagnostizierten ADHS eine Arbeitsunfähigkeit postuliert hat. Vielmehr hat der Gutachter diejenigen Atteste, welche eine (als ADHS-Folgestörung typische) Depression und die darauf beruhende Arbeitsunfähigkeit beschrieben, als für ihn nachvollziehbar eingestuft. Es versteht sich daher von selbst, dass der Gutachter die Einschätzungen der Dres. G. und I. nicht teilt. Einer weiteren Begründung bedarf es nicht. Dass G. und Dr. I. in ihren Berichten bezüglich Vorliegen einer Depression anderer Auffassung sind, vermag die Einschätzung des Gutachters jedenfalls nicht in Frage zu stellen. Weiter ist unbestritten, dass nicht die adulte ADHS allein, sondern die daraus resultierende Depression zu einer Arbeitsunfähigkeit führen kann. Sowohl die Klinik E., wie auch Dr. F. und schliesslich auch Dr. D., haben beim Kläger eine solche festgestellt (vgl. Erwägung oben 6.3.1 - 6.3.3). Dass die beiden Erstgenannten die Diagnose der adulten ADHS in ihren Berichten nicht aufgeführt hatten (dafür aber die als typische ADHS-Folgestörung erwähnte Depression), ist somit ohne Belang. Nicht zutreffend ist im Weiteren, dass Dr. D. den Kläger lediglich als subdepressiv bezeichnete (kläg. Bel. 9). Die Einwände der Beklagten gegen das Gutachten sind damit allesamt unbegründet. Somit hat das Gericht auf das Gutachten abzustellen.

6.8 Nach den Feststellungen des Gerichtsgutachters bilden die Atteste und Berichte der Klinik E. vom 2.9.2008 (kläg. Bel. 5), von Dr. F. vom 24.11.2008 (kläg. Bel. 6) und von Dr. D. vom 16.2.2010 (kläg. Bel. 9 und 14) eine schlüssige Grundlage um die Arbeitsunfähigkeit des Klägers zu beurteilen. Damit kommt der Kläger der von der Beklagten in ihren AVB gestellten Anforderung, wonach eine Arbeitsunfähigkeit ärztlich festgestellt werden muss, grundsätzlich nach (vgl. oben Erwägung 6.2). Zum Nachweis der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit ist auf die genannten Atteste und Berichte abzustellen.

6.8.1 Die Beklagte macht geltend, eine Arbeitsunfähigkeit sei letztmals im Bericht von Dr. D. vom 10.2.2010 attestiert worden. Darüber hinaus habe sich kein anderer Arzt zur Arbeitsfähigkeit des Klägers geäussert und auch keine Arbeitsunfähigkeit attestiert (Klageantwort S. 10 Ziff. 3.7). Der Kläger hält dem entgegen, da die Beklagte die Zahlungen eingestellt und auch keine weitere Zeugnisse verlangt habe, seien ihr auch keine entsprechen-

den Zeugnisse mehr eingereicht worden. Dr. D. habe solche stets auf Verlangen der Beklagten eingereicht. Dr. D. werde diese Arbeitsunfähigkeiten aber ohne Weiteres gestützt auf die Krankenakte bestätigen können. Leider sei Dr. D. über eine entsprechende Anfrage seinerseits eher erobost gewesen, weshalb die Auskunft allenfalls durch das Gericht eingeholt werden müsse. Beweismässig beantragt der Kläger die Edition einer Stellungnahme zur Arbeitsunfähigkeit bei Dr. D. (Replik S. 13 Ziff. Ad 3.7).

6.8.2 Dr. D. hält in seinem Bericht vom 16.2.2010 fest, er gehe weiterhin von einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % aus, wie sie seit 2008 bestehe (kläg. Bel. 9 S. 5). Weitere echtzeitliche ärztliche Atteste, welche eine Arbeitsunfähigkeit der Klägers über diesen Zeitpunkt hinaus bescheinigen, existieren nicht. Gegenstand einer Edition bilden Urkunden, die von den Parteien oder Dritten, in deren Besitz sie sich befinden, auf entsprechende Anordnung dem Gericht herauszugeben sind (vgl. Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO; ausführlich Schmid, Basler Komm., 3. Aufl. 2017, N 21a-29 zu Art. 160 ZPO). Eine Edition setzt demnach voraus, dass die zu edierenden Unterlagen bereits existieren. Ein Arztbericht bzw. ein Arztzeugnis, das hingegen erst noch erstellt werden muss, kann daher nicht Gegenstand einer Edition sein. Bei der beantragten Edition handelt es sich um einen untauglichen Beweisantrag. Es wäre (im Hinblick auf den vorliegenden Prozess) Sache des Klägers gewesen, zum Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit jeweils selbständig und ohne die Aufforderung der Beklagten abzuwarten, bei Dr. D. zeitnah ein entsprechendes Attest einzuverlangen. Denn nach den massgebenden AVB setzt die Leistungspflicht der Beklagten voraus, dass der Anspruchsberechtigte die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit mittels ärztlichem Attest nachweist (vgl. oben Erwägung 6.1). Dieser Nachweis kann nicht das Gericht nach rund sieben Jahren nachholen. Selbst wenn das Gericht aufgrund der abgeschwächten Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. lit. a ZPO von sich aus Dr. D. um Abgabe einer Stellungnahme zur damaligen Arbeitsunfähigkeit ersuchen würde, wäre die Beweiskraft einer solchen höchst fraglich. Im Gegensatz zum Gutachter Dr. C., dem zur retrospektiven Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit echtzeitliche Arztberichte mit echtzeitlich attestierter Arbeitsunfähigkeit vorlagen, die er aufgrund seiner eigenen Diagnosen als schlüssig und nachvollziehbar einstuft, müsste Dr. D. gegenwärtig erstmals eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers beurteilen, die nunmehr schon weit mehr als sechs Jahre zurückliegt. Es wird bezweifelt, dass Dr. D. gestützt auf seine Krankenakte rückblickend aussagekräftig Auskunft über eine potentielle Arbeitsunfähigkeit des Klägers geben kann, wenn er dazu bis anhin gar keine echtzeitliche Einschätzung vorgenommen hat. Ähnliches tönt Dr. D. denn auch in seinem Schreiben vom 12.7.2016 an den klägerischen Rechtvertreter an (kläg. Bel. 26). Zudem wäre ein

solches Attest bzw. eine solche Stellungnahme nicht von der Beurteilung des gerichtlichen Gutachters umfasst. Gestützt auf das Gutachten vom Dr. C., welches dem Kläger im Zeitpunkt der Begutachtung keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit mehr attestierte, lässt sich ebenfalls keine Arbeitsunfähigkeit über den 16.2.2010 hinaus herleiten. Dazu hielt der Gutachter explizit fest, zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit sei auf die schlüssigen Voratteste abzustellen (vgl. oben Erwägung 6.5.3 lit. b).

6.9 Nach dem Gesagten ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass beim Kläger vom 1.2.2009 bis 16.2.2010 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % vorlag. Eine Arbeitsunfähigkeit über diesen Zeitpunkt hinaus bleibt auch mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit unbewiesen.

7. Verjährung

7.1 Die Beklagte macht geltend, selbst wenn eine klägerische Arbeitsunfähigkeit von 50 % ab 1.2.2009 ausgewiesen wäre, so wäre eine damit zusammenhängende Taggeldforderung teilweise verjährt. Der Kläger mache eine Taggeldforderung vom 1.2.2009 bis 31.8.2010 geltend. Es gelte zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Taggeldleistungen per 31.1.2009 eingestellt habe. Jedoch erst mit Schreiben vom 14.3.2011 habe sie gegenüber dem Kläger auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Zudem sei diese Verzichtserklärung unter dem unmissverständlichen Vorbehalt, dass die Verjährung nicht bereits eingetreten sei, erfolgt. Daher habe sich der Verjährungseinredeverzicht der Beklagten frühestens auf die Taggeldforderungen ab dem 14.3.2009 bezogen. Sämtliche Taggelder vom 1.2. bis 13.3.2009 seien daher verjährt (Klageantwort S. 17 Ziff. 3.23 f.).

7.2 Der Kläger wendet dagegen im Wesentlichen ein, die Geltendmachung der Verjährung durch die Beklagte sei rechtsmissbräuchlich. Sie habe durch stetiges Verschleppen der Angelegenheit zum Zeitablauf beigetragen. Sollte die Verjährungseinrede geschützt werden, so sei zu beachten, dass die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 10.3.2009 über den Fallabschluss informiert habe. Nach gängiger Rechtsprechung beginne die zweijährige Verjährungsfrist nach VVG bei Taggeldern für jeden Tag selbständig zu laufen und dies ab Kenntnis der schriftlichen Leistungsablehnung. Davon ausgehend, dass die Zustellung des Schreibens vom 10.3.2009 frühestens am 11.3.2009 habe erfolgen können, wäre die Diskussion der Verjährung der Taggelder auf den Zeitraum vom 11. bis 14.3.2011 (recte: 2009) beschränkt (Replik S. 15 Ziff. Ad 3.24).

7.3 Die Taggeldzahlungen sollen nach ihrer Natur das laufende Einkommen des Versicherten ersetzen und daher fortlaufend gefordert und erbracht werden. Diesem Zweck entspricht, die Taggeldforderungen grundsätzlich nicht einer Gesamtverjährung zu unterstellen, sondern fortlaufend verjähren zu lassen. Voraussetzung für eine fortlaufende Verjährung der einzelnen Taggeldforderungen ist aber, dass der Versicherte nach dem Versicherungsvertrag fortlaufend die Zahlung der einzelnen Taggelder verlangen kann. Daran fehlt es, wenn die Leistungspflicht der Versicherung von zusätzlichen Bedingungen abhängig gemacht wird oder wenn die Aufteilung in Taggelder lediglich der Berechnung des Leistungsumfangs dient, während die Leistung selbst nur als Gesamtes (oder jedenfalls für mehrere Taggelder zusammen) verlangt werden kann (BGE 139 III 418 E. 4.1 und 4.2 mit Hinweisen). Ist in den AVB die Vorleistungspflicht des Taggeldversicherers bei Unsicherheiten über die Leistungspflicht einer staatlichen Versicherung vereinbart, verjähren die Taggeldansprüche einzeln, da der Berechtigte diese trotz der Ungewissheit über die Leistung der staatlichen Versicherung laufend einfordern kann. Die Verjährung beginnt mit dem Tag, für den die einzelne Taggeldleistung beansprucht werden kann, da bereits in diesem Zeitpunkt sämtliche leistungs begründenden Tatsachen feststehen (BGE 139 III 418 E. 4.2.2).

7.4 Gemäss Art. 46 VVG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Die AVB sehen vor, dass die Beklagte das Taggeld im Sinne einer Vorleistung erbringt, sofern der Rentenanspruch einer staatlichen oder betrieblichen Versicherung noch nicht feststeht (Art. C4 Ziff. 2 AVB [kläg. Bel. 31]). Somit beginnt die Verjährung grundsätzlich mit dem Tag, für den die einzelnen Taggelder beansprucht werden können, vorliegend also ab dem 1.2.2009. Dass diese ausserdem erst ab Kenntnis der schriftlichen Leistungsablehnung beginne, wie der Kläger geltend macht, trifft nach dem Gesagten nicht zu. Die Beklagte hat in ihrem Schreiben vom 14.3.2011 zu Gunsten des Klägers auf die Verjährungseinrede bis 30.9.2011 verzichtet. Weiter hielt sie fest, die Verzichtserklärung beziehe sich auf die Folgen aus dem Ereignis vom 7.8.2008 und erfolge ohne Präjudiz für die Entschädigungsfrage der einzelnen versicherten Positionen und insoweit, als dass die Verjährung nicht schon eingetreten sei. Der Verjährungsverzicht sei nicht verlängerbar (bekl. Bel. 21). Im Zeitpunkt des Verjährungsverzichts vom 14.3.2011 ist die zweijährige Verjährungsfrist für die Taggelder für den Zeitraum vom 1.2.2009 bis 13.3.2009 folglich abgelaufen. Der Taggeldanspruch des Klägers von 1.2.2009 bis 13.3.2009 ist demnach verjährt.

7.5 Der Kläger sieht in der Verjährungseinrede der Beklagten ein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Diese habe durch stetiges Verschleppen der Angelegenheit zum Zeitablauf beigetragen.

7.5.1 Grundsätzlich ist die Einrede der Verjährung nicht rechtsmissbräuchlich, da diese Möglichkeit ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Berufung auf die Verjährung rechtsmissbräuchlich, wenn sie gegen erwecktes Vertrauen verstösst, der Schuldner insbesondere ein Verhalten gezeigt hat, das den Gläubiger bewogen hat, während der Verjährungsfrist rechtlich Schritte zu unterlassen, und das seine Säumnis auch bei objektiver Betrachtungsweise als verständlich erscheinen lässt. Ein arglistiges Verhalten ist dabei nicht erforderlich (BGE 131 III 430 E. 2).

7.5.2 Die Beklagte zeigte dem Kläger mit Schreiben vom 10.3.2009 an, dass sie für die Zeit nach dem 31.1.2009 keine Taggeldleistungen mehr auszahlen werde und den Fall auf diesen Zeitpunkt abschliesse (kläg. Bel. 8). Auch in ihrer nachfolgenden Korrespondenz mit dem Kläger hielt sie durchgehend an ihrem Entscheid fest (vgl. kläg. Bel. 12 und 15) und signalisierte dem Kläger damit stets klar, dass sie nicht gewillt ist, weitere Taggelder auszuführen. Von einer Verschleppung der Angelegenheit kann daher nicht die Rede sein. Dass der Kläger nicht rechtzeitig verjährungsunterbrechende Schritte unternommen hat, ist folglich nicht auf das Verhalten der Beklagten zurückzuführen. Nachdem die Beklagte weitere Zahlungen konsequent verweigerte, erscheint es bei objektiver Betrachtungsweise auch nicht als verständlich, dass der Kläger bis zum 14.3.2011 zugewartet hat, ehe er durch seinen damaligen Rechtsanwalt einen Verjährungsverzicht von der Beklagten einholte (kläg. Bel. 21). Die Einrede der Verjährung ist unter diesen Umständen nicht rechtsmissbräuchlich.

8. Zusammenfassung

8.1 zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger mit dem gerichtlichen Gutachten und mit den erwähnten Arztberichten hinreichend belegen kann, dass er im Zeitraum vom 1.2.2009 bis 16.2.2010 aufgrund seiner psychischen Beschwerden zu 50 % arbeitsunfähig war. Eine geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit über den 16.2.2010 hinaus bleibt unbewiesen. Der Taggeldanspruch vom 1.2.2009 bis 13.3.2009 ist verjährt.

8.2 Nach dem Gesagten hat der Kläger Anspruch auf Taggelder für den Zeitraum vom 14.3.2009 - 16.2.2010 auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 50 %. Dies ergibt einen Gesamtbetrag von Fr. 41'915.20 (340 Taggelder à Fr. 123.28).

9. Verzugszins

9.1 Der Kläger beantragt einen Verzugszins von 5 % seit 16.11.2009. Er führt aus, die Beklagte befinde sich mit den jeweiligen Taggeldzahlungen seit Fälligkeit automatisch auch in Verzug. Die Fälligkeit der einzelnen Taggelder trete sofort ein. Somit rechtfertige sich der Verzugszins ohne Weiteres ab mittlerem Verfall der aufgelaufenen Taggelder zuzusprechen (Klage S. 11 Ziff. 13). Dagegen wendet die Beklagte ein, ein Verzugszins sei frühestens ab 9.9.2010 geschuldet, da sie mit Schreiben vom 9.9.2010 an der Einstellung der Taggeldleistungen per 31.1.2009 festgehalten und ihre Leistungen abgelehnt habe (Klageantwort S. 21 Ziff. 4.21).

9.2 In den AVB finden sich keine Bestimmungen über allfällige Verzugsfolgen. Da der Leistungs- oder Zahlungsverzug auch im VVG nicht geregelt ist, kommen gestützt auf Art. 100 VVG die gesetzlichen Regeln von Art. 102 ff. OR zur Anwendung. Lehnt der Versicherer seine Leistungspflicht zu Unrecht definitiv ab, werden die Ansprüche des Versicherungsnehmers auf diesen Zeitpunkt hin ohne Weiteres fällig und tritt der Verzug ein (Art. 108 Ziff. 1 OR). Eine Mahnung ist somit nicht erforderlich (vgl. Grolimund/Villard, Basler Kommentar Nachführungsband, 2012, ad N 20 zu Art. 41 VVG). Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 10.3.2009 weitere Taggeldzahlungen rückwirkend per 1.2.2009 ab und leistete auch keine weiteren Zahlungen mehr. Folglich ist die Beklagte ab dem 1.2.2009 in Verzug. Nachdem der Anspruch auf Taggeldzahlungen vom 1.2.2009 bis 13.3.2009 verjährt ist (vgl. oben Erwägung 7), ist dem Kläger für die Taggelder im Zeitraum vom 14.3.2009 bis 16.2.2010 ein Verzugszins von 5 % seit mittlerem Verfall, d.h. ab 31.8.2009 zuzusprechen (Art. 102 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR).

10. Kosten

10.1 Gemäss Art. 114 lit. e ZPO dürfen den Parteien im Entscheidverfahren über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung grundsätzlich keine Gerichtskosten auferlegt werden. Folglich werden für das vorliegende Verfahren keine Gerichtskosten erhoben, und die Kosten des Ergänzungsgutachtens von Fr. 875.- (amtl. Bel. 27) gehen zu Lasten der Gerichtskasse. Die Kostenlosigkeit nach Art. 114 lit. e ZPO erstreckt sich auf sämtliche kantonalen Gerichtsverfahren (Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, 2017, N 1 zu Art. 114 ZPO), somit auch auf das vorsorgliche Beweisverfahren nach Art. 158 ZPO (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden U 12 46 vom 15.2.2013 E. 3b). In Verkennung dieser Rechtslage sind dem Kläger im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme Gerichts- und Beweiskosten im Betrag von Fr. 5'209.40 auferlegt worden,

allerdings unter Vorbehalt einer andern Kostenverlegung in einem allfälligen Hauptverfahren (Fall-Nr. 3E1 11 29: amtl. Bel. 54). Diese Gerichts- und Beweiskosten sind in Anwendung von Art. 114 lit. e ZPO zu Lasten des Staates zu verlegen. Die Gerichtskasse hat dem Kläger Fr. 5'209.40 zurückzuerstatten.

10.2 Von der Kostenlosigkeit nach Art. 114 lit. e ZPO erfasst sind nur die Gerichtskosten. Eine Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei bleibt grundsätzlich geschuldet (Urteil BGer 4A_194/2010 vom 17.11.2010 E. 2.2.1 mit Verweis auf die bereits unter Art. 85 VAG bzw. Art. 47 Abs. 2 und 3 aVAG geltende Regelung und die entsprechende Bundesgerichtspraxis in Urteil BGer 5C.244/2000 vom 9.1.2001 E. 5). Die Parteikosten sind nach den Grundsätzen von Art. 106 ZPO zu verteilen. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Parteikosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Parteikosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verlegt.

10.2.1 Der Kläger forderte mit seiner Klage den Betrag von mindestens Fr. 68'050.56 nebst Zins. An diesem Rechtsbegehren hielt er in der Replik fest. Bei den Anträgen gemäss Ziffer 2 und 3 der Klage im Zusammenhang mit den Kosten des vorsorglichen Beweisverfahrens handelt es sich um Prozesskosten, die bei der Festsetzung der Kosten des massgebenden Streitwerts nicht berücksichtigt werden. Der Kläger ist mit seiner Forderung im Umfang von Fr. 41'915.20 und damit zu rund 60 % durchgedrungen. Er hat somit die Parteikosten zu 40 %, die Beklagte zu 60 % zu tragen.

10.2.2 Entsprechend dem klägerischen Rechtsbegehren beläuft sich der Streitwert vorliegend auf Fr. 68'050.56 (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung ist nicht nur für das vorliegende Hauptverfahren, sondern auch für das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme definitiv festzusetzen, wurden doch in diesem Verfahren die Verfahrenskosten dem Kläger (und damaligen Gesuchsteller) bloss unter Vorbehalt einer anderen Kostenverlegung in einem allfälligen Hauptverfahren auferlegt (Fall-Nr. 3E1 11 29: amtl. Bel. 54; siehe dazu auch BGE 140 III 30 E. 3.5). Bei einem Streitwert von Fr. 68'050.56 liegt der Gebührenrahmen für die berufsmässige Vertretung im vorliegenden Verfahren zwischen Fr. 1'500.-- und Fr. 7'500.-- (§ 6 Abs. 2 lit. c i.V.m. § 31 Abs. 1 JusKV). Hinzu kommt ein Gebührenrahmen für die berufsmässige Vertretung im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme von Fr. 225.-- bis Fr. 7'500.-- (§ 7 Abs. 2 lit. a i.V.m. § 31 Abs. 1 JusKV). Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich die Gebühr der berufsmässigen Vertretung nach Umfang, Bedeutung und Schwierigkeit der Streitsache, nach der Art der Vertretung sowie nach dem sachlich gebote-

nen Zeitaufwand für die Verfahrensführung (§ 2 Abs. 1 JusKV). Bei besonderen Umständen kann die Gebühr ohne Bindung an den vorgegebenen Rahmen erhöht werden, insbesondere bei ausserordentlichem Umfang, grosser Bedeutung oder besonderer Schwierigkeit der Streitsache, bei Mitbeurteilung von Zivilforderungen im Strafverfahren oder wenn die Prozessführung einen ausserordentlichen Zeitaufwand erforderte (§ 2 Abs. 2 JusKV).

10.2.3 Der Rechtsvertreter des Klägers macht in seiner Kostennote vom 27.6.2017 ein Honorar von Fr. 14'927.50 und Auslagen von Fr. 447.85 sowie die Mehrwertsteuer von Fr. 1'230.05 geltend (amtl. Bel. 35). Vorliegend fanden ein doppelter Rechtsschriftenwechsel sowie eine kurze Instruktionsverhandlung statt, an der keine Beweise abzunehmen waren. Ausserdem reichte der klägerische Rechtsvertreter einen schriftlichen Schlussvortrag ein. Der Fall war weder durch einen ausserordentlichen Umfang noch durch eine grosse Bedeutung noch durch eine besondere Schwierigkeit der Streitsache gekennzeichnet, sodass keine Veranlassung besteht, den Kostenrahmen zu überschreiten. Es rechtfertigt sich hingegen, das Honorar für das Hauptverfahren auf Fr. 7'500.-- festzusetzen. Mit der Festsetzung des Honorars auf das Maximum des ordentlichen Gebührenrahmens von Fr. 7'500.-- wird den obgenannten Punkten ausreichend Rechnung getragen. Ersetzt werden weiter die für die Prozessführung notwendigen Auslagen. Die Auslagen sind nach ihrer Art getrennt auszuweisen, soweit sie Fr. 100.-- übersteigen. Fehlt eine ausreichende, nachvollziehbare Aufstellung, kann ein pauschaler Auslagenersatz nach Ermessen des Gerichts zugesprochen werden (§ 33 Abs. 2 JusKV). Die für die Auslagen geltend gemachte Kleinspesenpauschale von 3 % des Honorars genügt den Anforderungen an die Aufstellung der Auslagen hingegen nicht. Dem Kläger sind daher für seine Auslagen pauschal und praxisgemäss Fr. 100.-- anzurechnen. Hinzu kommt die Mehrwertsteuer von Fr. 608.--.

10.2.4 Weiter macht der Kläger Anwaltskosten von Fr. 12'000.- nebst Zins zu 5% seit 19.1.2013 für das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme geltend. Er legt diesbezüglich die Kostennote seines vormaligen Rechtsvertreters lic. iur. J. ins Recht (kläg. Bel. 23). Diese Kostennote umfasst jedoch Aufwendungen des vormaligen Rechtsvertreters, die nicht nur das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme betreffen, sondern zum Teil auch - als vorbereitende Handlungen - das vorliegende Hauptverfahren oder das Berufungsverfahren 1B 14 30 vor Kantonsgericht. Für das Hauptverfahren wird der Kläger bereits mit Fr. 7'500.-- entschädigt (vgl. zuvor Erwägung 10.2.3) und für das Berufungsverfahren vor Kantonsgericht erhielt er zu Lasten der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'296.-- zugesprochen (Entscheid des Kantonsgerichts Luzern 1B 14 30 vom 5.8.2014).

Die Kostennote von lic. iur. J. schlüsselt nicht detailliert auf, welche seiner Aufwendungen auf das vorliegende Hauptverfahren, welche auf das Berufungsverfahren 1B 14 30 vor Kantonsgericht und welche auf das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme entfallen sind. Mit Blick auf die Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 und 2 JusKV rechtfertigt sich ein Honorar von Fr. 12'000.-- jedenfalls nicht. Der Aufwand von lic. iur. J. im Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme bestand im Wesentlichen darin, das Gesuch zu verfassen, einen Fragenkatalog zuhanden des Experten einzureichen sowie bei der Gutachterauswahl mitzuwirken. Mit Blick auf diese Aufwendungen und unter Berücksichtigung der Bedeutung und Schwierigkeit der Streitsache setzt das Gericht das Honorar des vormaligen Rechtsvertreters lic. iur. J. für das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme ermessensweise auf Fr. 5'000.-- fest. Auslagen werden in der Kostennote von lic. iur. J. keine geltend gemacht. Hinzu kommt schliesslich die Mehrwertsteuer von Fr. 400.-. Der Antrag des Klägers auf 5 % Zins seit 19.1.2013 auf dem Honorar seines vormaligen Rechtsvertreters ist abzuweisen, wird doch die Parteientschädigung auch für das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme erstmals in diesem Hauptverfahren gerichtlich festgesetzt, konnte sie mit anderen Worten von der Beklagten bislang nicht geschuldet gewesen sein.

10.2.5 Die Beklagte hat keine Kostennote eingereicht. Handelt ein Anwalt in eigener Sache oder für seinen Arbeitgeber, beträgt die Umtriebsentschädigung maximal die Hälfte der Gebühr nach § 31 KoV (§ 29 Abs. 2 KoV). Dementsprechend wird die Umtriebsentschädigung für die Beklagte für das Hauptverfahren auf Fr. 3'750.-- (inkl. Auslagen) festgesetzt. Für das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme ist ihre Parteientschädigung bereits auf Fr. 1'500.- (inkl. Auslagen) festgesetzt worden (Fall-Nr. 3E1 11 29: amtl. Bel. 54 sowie amtl. Bel. 38 und 39). Diesen Betrag hat der Kläger noch nicht geleistet, was bei der nachfolgenden Kostenverlegung zu berücksichtigen ist (amtl. Bel. 38 und 39).

10.2.6 Zusammengefasst betragen die Parteikosten des Klägers Fr. 13'608.-- und diejenige der Beklagten Fr. 5'250.--. Insgesamt belaufen sich die Parteikosten auf Fr. 18'858.-. Davon hat der Kläger nach dem Gesagten 40 %, entsprechend Fr. 7'543.20, und die Beklagte 60%, entsprechend Fr. 11'314.80, zu tragen. Die Beklagte hat dem Kläger somit an dessen Parteikosten Fr. 6'064.80 zu bezahlen.

Rechtsspruch

1. Die Beklagte hat dem Kläger Fr. 41'915.20 nebst Zins zu 5 % seit 31.8.2009 zu bezahlen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

Die Kosten des Ergänzungsgutachtens von Fr. 875.-- gehen zu Lasten des Staates.

Die Gerichtskosten (Entscheidgebühr Fr. 2'000.-- und Gutachterkosten Fr. 3'209.40) des Verfahrens der vorsorglichen Beweisabnahme (Fall-Nr. 3E1 11 29) gehen ebenfalls zu Lasten des Staates. Die Gerichtskasse hat dem Kläger die ihm in diesem Verfahren auferlegten Kosten im Betrag von Fr. 5'209.40 zurückzuerstatten.

3. Die Parteikosten für das vorliegende Hauptverfahren und das Verfahren der vorsorglichen Beweisabnahme (Fall-Nr. 3E1 11 29) zusammen betragen Fr. 18'858.-- (Parteikosten des Klägers Fr. 13'608.--; Parteikosten der Beklagten Fr. 5'250.--). Davon hat der Kläger Fr. 7'543.20 (= 40 %) und die Beklagte Fr. 11'314.80 (= 60 %) zu tragen.

Die Beklagte hat dem Kläger an dessen Parteikosten Fr. 6'064.80 zu bezahlen.

4. Gegen dieses Urteil ist die Berufung zulässig (Art. 308 ff. ZPO). Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Urteils schriftlich mit Anträgen und Begründung beim Kantonsgericht einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Das angefochtene Urteil ist beizulegen.
5. Dieses Urteil wird den Parteien und nach Rechtskraft der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern zugestellt.


lic. iur Vroni Schwitter
Präsidentin

Bezirksgericht Luzern

Abteilung 1




MLaw Sibylle Küng
Gerichtsschreiberin