

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB190037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 23. Januar 2020

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 22. Januar 2019;
Proz. CG180003**

Rechtsbegehren:

" Klagebegehren gemäss Klageschrift vom 21. November 2017:

(act. 2/2 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für die Monate März bis Mai 2017 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 19'023.65 zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins von 5% ab 1. März 2017.
2. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für die Monate März bis Mai 2017 100% Prämienbefreiung im Betrag von CHF 2'244.10 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5% ab 1. März 2017.
3. Eventualiter sei durch das Gericht eine externe medizinische Begutachtung (Psychiatrie) anzuordnen, bevor über die Anträge Ziff. 1. und 2. entschieden wird.
4. Das Nachklagerecht für ab Juni 2017 fällig werdende Versicherungsleistungen bleibt vorbehalten.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich CHF 485.00 Kosten des Schlichtungsverfahrens und MwSt) zu Lasten der Beklagten."

Klagebegehren gemäss Widerklageantwort vom 7. Juni 2018:

(act. 8 S. 2, Prot. S. 17 und 22)

1. [...]
2. Es sei die Beklagte/Widerklägerin zu verpflichten, dem Kläger/Widerbeklagten für den Zeitraum von März 2017 bis Februar 2018 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 77'616.50 (4x CHF 19'404.10) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins von 5% auf CHF 19'404.10 ab 21.11.2017 sowie Zins von 5% auf CHF 58'212.40 ab heutiger Widerklageantwort.
3. Es sei die Beklagte [bzw. Widerklägerin] zu verpflichten, dem Kläger [bzw. Widerbeklagten] für den Zeitraum von März 2018 bis August 2018 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 39'584.40 (2x CHF 19'792.20) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins von 5% ab heutiger Widerklageantwort.

4. Es sei die Beklagte [bzw. Widerklägerin] zu verpflichten, dem Kläger [bzw. Widerbeklagten] für die Monate März 2017 bis August 2018 100% Prämienbefreiung im Betrag von CHF 11'220.50 zu gewähren (quartalsweise vorschüssig).
5. Die Beklagte [bzw. Widerklägerin] sei zur Leistung der ab September 2018 bis zur Rechtskraft des Urteils fällig werdenden Erwerbsunfähigkeitsrenten und Prämienbefreiung zu verpflichten, zuzüglich Zins von 5% ab jeweiligem Fälligkeitsdatum.
6. Eventualiter sei durch das Gericht eine externe medizinische Begutachtung (Psychiatrie) anzuordnen, bevor über die Anträge Ziff. 1. bis 5. entschieden wird.
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich CHF 485.00 Kosten des Schlichtungsverfahrens und Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten.

Widerklagebegehren:

(act. 14 S. 2)

- "1. [...]
2. [...]
3. Es sei festzustellen, dass die Beklagte/Widerklägerin dem Kläger/Widerbeklagten auch über den eingeklagten Betrag hinaus, das heisst für die Zeit ab Juni 2017 bis mindestens Februar 2018 keine Leistung für Erwerbsunfähigkeit schuldet.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers/Widerbeklagten."
- "

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. In Gutheissung der Widerklage wird festgestellt, dass die Beklagte/Widerklägerin dem Kläger/Widerbeklagten auch über den eingeklagten Betrag hinaus, das heisst für die Zeit ab Juni 2017, keine Leistung für Erwerbsunfähigkeit aus der Police 1 schuldet.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 10'000.– festgesetzt.

4. Die Entscheidgebühr und die Kosten des Schlichtungsverfahrens (Fr. 485.–) werden dem Kläger/Widerbeklagten auferlegt. Die Entscheidgebühr wird mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Kläger/Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten/Widerklägerin den von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– zu ersetzen.
5. Der Kläger/Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten/Widerklägerin eine Parteientschädigung von Fr. 14'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

des Klägers (act. 41):

1. Das Urteil des BG Hinwil vom 22.01.2019 im Geschäfts-Nr. CG180002 sei aufzuheben.
2. Die Widerklage (negative Feststellungsklage) der Berufungsbeklagten/Widerklägerin sei abzuweisen.
3. Es sei die Berufungsbeklagte/Widerklägerin zu verpflichten, dem Berufungskläger/Widerbeklagten für den Zeitraum von März 2017 bis Februar 2018 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 77'616.50 (4x CHF 19'404.12) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins zu 5% ab Widerklageantwort von Vorinstanz vom 07.06.2018.
4. Es sei die Berufungsbeklagte/Widerklägerin zu verpflichten, dem Berufungskläger/Widerbeklagten für den Zeitraum von März 2018 bis August 2018 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 39'584.20 (2x CHF 19'792.21) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins von 5% ab Widerklageantwort vor Vorinstanz.

5. Es sei die Berufungsbeklagte/Widerklägerin zu verpflichten, dem Berufungskläger/Widerbeklagten für den Zeitraum von September 2018 bis Februar 2019 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 39'584.40 (2x CHF 19'792.21) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins von 5% ab heutiger Berufungsbegründung.
6. Es sei die Berufungsbeklagte/Widerklägerin zu verpflichten, dem Berufungskläger/Widerbeklagten für den Zeitraum von März 2019 bis August 2019 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 40'376.10 (2x CHF 20'188.05) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins von 5% ab heutiger Berufungsbegründung.
7. Es sei die Berufungsbeklagte/Widerklägerin zu verpflichten, dem Berufungskläger/Widerbeklagten für die Monate März 2017 bis August 2018 100% Prämienbefreiung im Betrag von CHF 13'464.60 zu bezahlen (6x CHF 2'244.20), zuzüglich Zins von 5% ab Widerklageantwort vor Vorinstanz.
8. Es sei die Berufungsbeklagte/Widerklägerin zu verpflichten, dem Berufungskläger/Widerbeklagten für die Monate September 2018 bis August 2019 100% Prämienbefreiung im Betrag von CHF 8'976.40 zu bezahlen (4x CHF 2'244.10), zuzüglich Zins von 5% ab heutiger Berufungsbegründung.
9. Es sei die Berufungsbeklagte/Widerklägerin zur Leistung der ab September 2019 bis zur Rechtskraft des Urteils fällig werdenden Erwerbsunfähigkeitsrenten und Prämienbefreiungen zu verpflichten, zuzüglich Zins von 5% ab jeweiligem Fälligkeitsdatum.
10. Eventualiter sei durch das Gericht eine externe medizinische Begutachtung (Psychiatrie) anzuordnen, bevor über die Anträge Ziffern 2. bis 9. entschieden wird.
11. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren (inkl. Teilklage Geschäfts. Nr. FV170043 des BG Hinwil, zuzüglich CHF 485.00 Kosten des Schlichtungsverfahrens und Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsbeklagten/Widerklägerin.

der Beklagten (act. 52):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen und das angefochtene Urteil sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I. Sachverhalt

1. Die Parteien schlossen im Jahre 1999 einen Versicherungsvertrag. In diesem wurden für den Fall einer krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit des Klägers die Ausrichtung einer Erwerbsunfähigkeitsrente und die Prämienbefreiung bis längstens 1. September 2025 vereinbart. Als Folge einer schweren psychischen Erkrankung erhielt der Kläger ab Januar 2005 wegen einer Arbeitsunfähigkeit von 100% eine IV-Rente sowie ab 1. März 2009 zusätzlich eine Hilflosenentschädigung leichten Grades. Die Beklagte ihrerseits richtete dem Kläger ab dem 15. März 2004 basierend auf einer Erwerbsunfähigkeit von 100% eine Erwerbsunfähigkeitsrente aus und befreite ihn vollständig von der Prämienleistung.
2. Gestützt auf die Ergebnisse erfolgter Observationen zwischen dem 22. August 2016 und dem 9. Oktober 2016 hielt die Beklagte dafür, der Kläger sei nicht mehr in einem anspruchsbegründenden Umfang erwerbsunfähig und überwies ihm letztmals für die Zeit von Dezember 2016 bis Februar 2017 Rentenleistungen.
3. Eine Vereinbarung über die rückwirkende Vertragsaufhebung per Ende August 2016 kam nicht zu Stande. Daraufhin erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 17. Mai 2017 den Rücktritt vom Vertrag.
4. Der Kläger verlangt mit seiner Klage die weitere Ausrichtung der Rentenleistungen und die Befreiung von den Prämien; die Beklagte ihrerseits will festgestellt haben, dass kein solcher Anspruch besteht.

II. Verfahrensverlauf

1. Auf den Prozessverlauf vor Vorinstanz kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 46 S. 5 - 7 Ziffer II).
2. Gegen das am 17. Juni 2019 eröffnete Urteil vom 22. Januar 2019 (vgl. act. 36) erhob der Kläger mit Eingabe vom 16. August 2019 rechtzeitig Berufung (act. 41). Es sind die Akten der Vorinstanz beigezogen worden. Mit Verfügung vom 17. Oktober 2019 wurde der Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt

(act. 47). Diese ging am 20. November 2019 rechtzeitig ein (act. 50 und 52). Das Verfahren ist nunmehr spruchreif. Dem Kläger ist mit diesem Entscheid eine Kopie der Berufungsantwort (act. 52) zuzustellen.

III. Berufungsverfahren

1. Vorbemerkungen

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich einzureichen und hat Anträge in der Sache zu enthalten und zwar im Rechtsbegehren selbst und nicht bloss in der Begründung (vgl. statt vieler: Ivo W. Hungerbühler/Manuel Bucher, DIKE-Komm-ZPO Art. 311 N 20; Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A. Art. 311 N 34 mit zahlreichen Hinweisen).

Ein Rechtsmittelkläger hat sich sodann in seiner Rechtsmittelschrift mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Entscheid falsch war. Es obliegt dem Rechtsmittelkläger, konkrete Rügen vorzubringen und diese zu begründen. Ungenügend ist ein pauschaler Verweis auf die eigene Sachdarstellung vor Vorinstanz, wenn sich diese damit bereits befasst hat. Erforderlich ist vielmehr eine sachbezogene Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlichen Entscheid (vgl. wieder statt vieler: Reetz/Theiler, a.a.O. N 36 mit zahlreichen Hinweisen; ebenso Hungerbühler/Bucher, a.a.O. N 30 ff.).

Wird eine Berufung nicht oder ungenügend begründet, wird auf diese nicht eingetreten.

Die eingereichte Berufungsschrift (act. 41) enthält Anträge und eine Begründung. In dem Sinne kann auf die Berufung ohne weiteres eingetreten werden.

2. Vorinstanzliches Urteil

Die Vorinstanz legte in ihrem Entscheid vorab ausführlich die Parteistandpunkte dar. Diese betreffen die Verwertbarkeit der Observationsergebnisse und die Gültigkeit der Vertragsauflösung (vgl. act. 44 S. 11 - 17 und S. 17 - 23). Bezüglich der Verwertbarkeit der Observationsergebnisse bzw. der Zulässigkeit der

Observation hielt die Vorinstanz dafür, dass der Kläger während einer nicht übermässigen Dauer observiert worden sei, wobei mit Ausnahme dreier Aufnahmen alle im öffentlich einsehbaren Bereich entstanden seien. Die eingesetzten Mittel hielt die Vorinstanz für geeignet, wenn auch nicht unbedingt in jedem Fall für geboten. Anlass, den Kläger zu observieren, habe für die Beklagte keiner bestanden. Angesichts der Höhe der Forderung und des stark zu gewichtenden öffentlichen Interesses und desjenigen der Beklagten falle die Abwägung zugunsten der Beklagten aus, weshalb die Persönlichkeitsverletzung gerechtfertigt sei (act. 44 S. 31). Sodann verneinte die Vorinstanz eine Widerrechtlichkeit der Aufnahmen im Sinne von Art. 179quater StGB (a.a.O. S. 31/32). Im Weiteren hielt die Vorinstanz den von der Beklagten erklärten Vertragsrücktritt für zulässig, da der Kläger ihr gegenüber unkorrekte Angaben zu seinem Gesundheitszustand gemacht habe (a.a.O. S. 32 - 37).

3. Parteivorbringen im Berufungsverfahren

3.1. Der Kläger hält den vorinstanzlichen Entscheid für falsch und die Begründung für unzutreffend. Kurz zusammengefasst vertritt er die Auffassung, dass die Observation widerrechtlich gewesen sei (act. 41 S. 10 Rz 23 ff.) und dass er keine falschen Angaben zu seinem Gesundheitszustand gemacht und keine Täuschungsabsicht gehabt habe (a.a.O. S. 11 Rz 26 sowie S. 12 f. Rz 28 ff. sowie S. 18 F. Rz 54 ff.). Im Weiteren hält er daran fest, nach wie vor erwerbsunfähig zu sein, was durch ein aktuelles psychiatrisches Gutachten bestätigt werde, so dass die Leistungspflicht der Beklagten weiterhin bestehe (act. 41 S. 22 f.).

3.2. Die Beklagte ihrerseits macht kurz gefasst im Wesentlichen geltend, die Observation sei rechters gewesen und habe die Persönlichkeits- oder andere Rechte des Klägers nicht verletzt (act. 52 S. 6). Dieser habe wahrheitswidrige Angaben gemacht (act. 52 S. 9) und seinen Gesundheitszustand wesentlich schlechter dargestellt als er wirklich war (a.a.O. S. 10). Die Vorinstanz habe die Täuschungsabsicht des Klägers zu Recht bejaht (ebenda S. 14 f.). Der Kläger habe systematisch falsche Angaben gemacht (a.a.O. S. 17). Unmassgeblich sei der Gesundheitszustand des Klägers seit März 2017, da die Beklagte vom Vertrag nach Art. 40 VVG am 17. Mai 2017 zurückgetreten sei (a.a.O. S. 18).

3.3. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend, soweit erforderlich, näher einzugehen.

4. Observation

4.1. Strittig ist die Zulässigkeit der von der Beklagten getätigten Observationen

4.1.1. Vorliegend stehen Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte aus einem privatrechtlichen Versicherungsvertrag im Streit. Das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) enthält keine Regeln zur Zulässigkeit und zu den Voraussetzungen von Observationen versicherter Personen. Eine solche Observation, d.h. eine Überwachung der versicherten Person ohne deren Wissen und Einverständnis ist grundsätzlich zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte gegeben sind, die Zweifel an den geäußerten gesundheitlichen Beschwerden oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lassen. Solche Anhaltspunkte können gegeben sein bei widersprüchlichem Verhalten der versicherten Person oder wenn Zweifel an der Redlichkeit derselben bestehen (vgl. BGer 8C_272/2011 E. 5.4.2.1.). Zwar trifft es zu, wie die Beklagte geltend macht (act. 52 S. 7), dass der Begriff "Anfangsverdacht" aus dem Strafrecht stammt, und im Zusammenhang mit dem privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz regelmässig nicht verwendet wird (vgl. BGer 8C_272/2011 E. 5.4.2.1.). Das Bundesgericht verlangt allerdings im zitierten Entscheid, dass die Observation objektiv geboten sein muss, womit gemeint ist, dass wie gesagt konkrete Anhaltspunkte vorliegen müssen, die Zweifel an den geäußerten gesundheitlichen Beschwerden oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lassen (a.a.O.).

4.1.2. Die Vorinstanz erwog, es habe für die Beklagte kein Anlass bestanden, den Kläger zu observieren (act. 44 S. 29 - 31). Der Kläger bestreitet, dass Anhaltspunkte vorgelegen haben, die eine Observation gerechtfertigt haben, und hält dafür, auch die Vorinstanz habe erwogen, dies sei wohl nicht der Fall gewesen (act. 41 S. 10 Rz 24). Er ist denn auch der Auffassung, es habe keinerlei Anfangsverdacht bestanden bzw. die Observation sei zumindest nicht vollumfänglich gerechtfertigt gewesen (a.a.O. Rz 25). Auch wenn mit der Beklagten ein im Sinne des Strafrechts vorliegender Anfangsverdacht nicht erforderlich ist (act. 52 S. 7),

sind für die Zulässigkeit einer Observation konkrete Anhaltspunkte vonnöten, die Zweifel an den Angaben der versicherten Person wecken.

4.1.3. Die Frage der Rechtmässigkeit der erfolgten Observation war wie erwähnt auch schon vor Vorinstanz Thema. Der Kläger stellte sie in Abrede, wobei er insbesondere auf einen Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 18. Oktober 2016 hinwies und dabei die Erfordernisse auflistete, die erfüllt sein müssen, damit eine Observation zulässig sei (vgl. act. 2 S. 7 Rz 19). Die Beklagte hielt dagegen den zitierten Entscheid für nicht einschlägig, da vorliegend eine rein privatrechtliche Angelegenheit zu beurteilen sei (act. 2/14 S. 15 f.). In seiner Klagereplik hielt der Kläger an seinem Standpunkt fest und betonte, es habe keinerlei konkrete Verdachtsmomente gegeben (act. 16 S. 1). Die Beklagte ihrerseits brachte vor, die Observation sei gerechtfertigt gewesen, und machte dazu in tatsächlicher Hinsicht geltend, der Kläger habe im Jahre 2007 um eine Vorauszahlung ersucht, obschon er im gleichen Jahr versehentlich zu viel ausbezahlt erhalten habe, was er offenbar verbraucht habe. Auch habe er im August 2015 geltend gemacht, er sei immer noch 100% arbeitsunfähig, obschon eine psychiatrische Diagnose vorgelegen und ein Sanierungspotential im Raum gestanden habe (act. 18 S. 8).

4.1.4. Vorauszuschicken ist, dass hier eine rein privatrechtliche Angelegenheit zu beurteilen ist. Die vom Bundesgericht für sozialversicherungsrechtliche, d.h. öffentlich-rechtliche Streitigkeiten aufgestellte Regeln zur Zulässigkeit von Observationen können daher für eine zivilrechtliche Streitigkeit nicht telquel übernommen werden. Darauf verweist die Beklagte in ihrer Berufungsantwort zu Recht (act. 52 S. 3 sub 2.1.). Allerdings hat das Bundesgericht im Entscheid 136 III 410 bezogen auf den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz ausdrücklich erwogen, es müssten Anhaltspunkte wie z.B. widersprüchliches Verhalten des Versicherten, massive Aggravation, Simulation, Selbstschädigung u.Ä. vorliegen, die Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beschwerden aufkommen liessen. Die Observation müsse objektiv geboten sein, und diese objektive Gebotenheit sei ein wichtiges Element der Interessenabwägung im Persönlichkeitsschutz. Die Beklagte anerkennt denn auch ausdrücklich, dass zivilrechtlich eine Observation geboten sein

müsse (act. 52 S. 7). Sie ist allerdings der Meinung, das überwiegende Interesse der Versicherung und der Versichertengemeinschaft, keine Leistungen zu Unrecht erbringen zu müssen, rechtfertige eine Observation (a.a.O.). Das greift zu kurz bzw. ist vom Ende her gedacht: nur wenn Anhaltspunkte für unrichtige Angaben vorliegen oder diesbezüglich Ungereimtheiten festzustellen sind, ist eine Observation zulässig. Ob die solcherart erhobenen Erkenntnisse verwertbar sind, hängt sodann davon ab, ob die weiteren Voraussetzungen (Öffentlichkeit der Beobachtungen, Gewichtigkeit des Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte) erfüllt sind und die Abwägung der sich gegenüber stehenden Interessen der Versicherung und des Versicherten zu Gunsten der Versicherung ausfallen. Der von der Beklagten angeführte Bundesgerichtsentscheid (6B_428/2018) betrifft die Verwertbarkeit von Observationsergebnissen im sozialversicherungsrechtlichen Bereich, wo das öffentliche Interesse der Invalidenversicherung, nicht zu Unrecht Leistungen ausrichten zu müssen, dem privaten Interesse des Versicherten am Persönlichkeitsschutz gegenüber steht, während hier beidseits rein privatrechtliche Interessen abzuwägen sind, welche grundsätzlich gleichgewichtig sind. Ausgehend von diesen vom Bundesgericht verlangten konkreten Anhaltspunkten, die Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit wecken, ist zu prüfen, ob die von der Beklagten vorgebrachten "Verdachtsmomente" als solche zu betrachten sind und eine Observation objektiv rechtfertigten bzw. als geboten erscheinen lassen, zumal der Kläger in seiner Berufungsschrift vorbringt, es habe keine Anhaltspunkte gegeben, die eine Observation gerechtfertigt hätten (act. 41 S. 10).

4.1.5. Die von der Beklagten geltend gemachte verlangte Vorauszahlung im Jahre 2007 bzw. der Verbrauch der zu viel ausbezahlten Versicherungsleistungen im gleichen Jahr durch den Kläger (act. 18 S. 8; act. 52 S. 3) ist nicht geeignet, einen solchen Anhaltspunkt zu setzen. Zunächst ist der zeitliche Abstand zwischen diesen beiden Ereignissen und der im Jahre 2016 durchgeführten Observation viel zu gross, als dass die Vorkommnisse im Jahre 2007 eine Observation im Jahre 2016 rechtfertigen würden. Inwiefern die geforderte Vorauszahlung einen Zusammenhang mit den behaupteten gesundheitlichen Schwierigkeiten und der damit einhergehenden Erwerbsunfähigkeit aufweisen oder auf ein unredliches Vorgehen

zur Erlangung von Versicherungsleistungen hindeuten soll, ist zudem nicht ersichtlich. Das Unvermögen der Rückzahlung zu viel bezogener Versicherungsleistungen (act. 52 S. 3) kann hingegen Anlass für die Annahme unredlichen Verhaltens seitens des Klägers sein. Allerdings steht auch hier der lange Zeitabstand zwischen behauptetem unkorrektem Verhalten des Klägers und seiner Observation deren Rechtfertigung entgegen. Inwiefern die von der Beklagten vor Vorinstanz vorgebrachte Selbstdeklaration des Klägers im Jahre 2015 (vgl. act. 18 S. 8 mit Verweis auf act. 20/35; sowie act. 52 S. 3 sub 2.1.) einen Hinweis auf Zweifel an der vom Kläger geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigung gegeben haben soll, wird nicht näher ausgeführt und ist nicht ersichtlich. Im Observationsbericht selber wird entgegen der Darstellung in der Berufungsantwort (act. 52 S. 3) diese Selbstauskunft vom August 2015 nicht als Grund für die Observation genannt (vgl. act. 2/15/1 S. 1). Vielmehr wird darin auf einen in den IV-Akten erwähnten Hausbesuch im Jahre 2010 verwiesen sowie auf eine Internet-Recherche, wonach der Kläger im Jahre 2014 Mitglied einer I.____-Wahlkommission sei (a.a.O.). In der mündlich erstatteten Duplik brachte die Beklagte keine konkreten Anhaltspunkte vor, sondern meinte bloss, es habe konkrete Verdachtsmomente für die Anordnung einer Observation gegeben (Prot. VI S. 15). Um welche es sich dabei gehandelt haben soll, blieb allerdings offen. Der im Bericht der Observation erwähnte Artikel des "... " vom tt. April 2014, in welchem der Kläger als Mitglied einer neuen I.____-Wahlkommission erwähnt wird (vgl. act. 2/15/1 S. 1), wird von der Beklagten selber in ihren Rechtsschriften als konkreten Anhaltspunkt für die angeordnete Observation nicht aufgeführt, liegt zeitlich zudem zwei Jahre vor der durchgeführten Observation und kann nicht als Rechtfertigungsgrund hierfür herangezogen werden. Der Kläger weist sodann darauf hin, dass die Beklagte es während über 10 Jahren nicht für nötig befunden habe, ihn zu besuchen oder ihm irgendwelche konkreten Fragen zu seiner Gesundheit, seiner Befindlichkeit und seinen Aktivitäten zu stellen (act. 41 S. 14 Rz 36). Die Beklagte meinte dazu lediglich, sie habe sich auf die Angaben des Klägers verlassen dürfen und habe diese nicht zu überprüfen brauchen. Die IV-Rente sei im Jahre 2013 bestätigt worden und damit habe sie keinen Anlass gehabt, den Bestand oder das Andauern einer rentenbegründenden Erwerbsunfähigkeit regelmässig zu prüfen (act. 52

S. 9 sub 5.2.). Damit räumt die Beklagte selber ein, sie habe keinen Anlass gehabt, die Berechtigung der vom Kläger beanspruchten Versicherungsleistungen zu überprüfen. Bestand für die Beklagte dazu kein Anlass, bestand auch kein Anlass für die erfolgte Observation, da eine solche erst zulässig ist, wenn Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel am geltend gemachten Gesundheitsschaden aufkommen lassen. Das Unterlassen eigener Abklärungen, wie z.B. das Einholen eines Berichtes eines Vertrauensarztes, die Befragung der versicherten Person, kann nicht dazu führen, dass zum Mittel der Observation gegriffen wird, ohne dass im Voraus Unstimmigkeiten oder Widersprüche erkennbar geworden sind.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte nur wenige konkrete Begebenheiten vorgetragen hat, die je nach Gewichtigkeit für sich oder in ihrer Gesamtheit die Anordnung einer Observation grundsätzlich zulassen könnten. Allerdings sind sie wie dargestellt von ihrer Aussagekraft her bzw. ihrem fehlenden Zusammenhang zu den behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen oder nicht ersichtlichem unredlichen Vorgehen oder aus zeitlichen Gründen nicht geeignet, eine Observation zu rechtfertigen. Daneben hat es die Beklagte unterlassen, vorgängig der Observation Abklärungen zu treffen, die allenfalls Zweifel an den vom Kläger geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen hätten aufkommen lassen. Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass für die Beklagte kein Anlass für eine Observation des Klägers bestand. Diese war daher objektiv nicht geboten. Dies ist bei der Interessenabwägung ein gewichtiges Element.

4.2. Verwertbarkeit der Observationsergebnisse

Es stellt sich sodann die Frage nach der Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus der unrechtmässig erhobenen Observation. Solch erhobenes Beweismaterial darf verwendet werden, wenn es im öffentlich frei einsehbaren Raum gewonnen worden ist und wenn sich aus einer Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen ergibt, dass die öffentlichen überwiegen (vgl. BGer 8C_736/2018 mit Verweis auf BGE 143 I 377; dieser Entscheid bezieht sich jedoch auf Leistungen der Invalidenversicherung). Dabei ist zu berücksichtigen, wie schwer und in welche Persönlichkeitsrechte des Klägers eingegriffen wurde. Dazu zählen die Örtlichkeit, Dauer, Tageszeit der Observation und die dabei eingesetzten Mittel; zu

beachten ist zudem die Gewichtigkeit der in Frage stehenden Versicherungsleistungen.

4.2.1. Die Vorinstanz befasste sich in ihren Erwägungen zunächst mit den allgemeinen Aspekten der Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB (vgl. act. 44 S. 24 - 26 sub II/2/a) und hielt bezogen auf die Überwachung des Klägers fest, dass dadurch seine Persönlichkeit verletzt worden sei (a.a.O. S. 26). Hinsichtlich der Widerrechtlichkeit hielt die Vorinstanz dafür, dass die Zulässigkeit der Observation davon abhängen würde, wie schwer und in welche Persönlichkeitsrechte eingegriffen werde, wobei Aufnahmen an öffentlich zugänglichen Orten nicht per se eine leichte Verletzung darstellten (a.a.O. S. 27/28 sub aa). Davon ausgehend bewertete sie die einzelnen beobachteten Aktivitäten und hielt deren Dokumentation nicht für allzu schwerwiegend (a.a.O. S. 29). Schliesslich erwog die Vorinstanz, der Kläger sei während einer nicht übermässigen Dauer observiert worden, wobei alle Aufnahmen im öffentlich einsehbaren Bereich entstanden seien, wobei wohl insgesamt drei Aufnahmen dem Privatbereich zuzuordnen wären. Die eingesetzten Mittel seien geeignet, aber nicht unbedingt in jedem Fall geboten gewesen. Anlass für eine Observation habe keiner bestanden. Angesichts der Höhe der Forderung und der stark zu gewichtenden öffentlichen Interessen und derjenigen der Beklagten falle die Abwägung zugunsten der Beklagten aus; die Persönlichkeitsverletzung sei daher gerechtfertigt gewesen (a.a.O. S. 31).

4.2.2. Zuzustimmen ist der Vorinstanz hinsichtlich ihrer Auffassung betreffend Verletzung der Persönlichkeit des Klägers, namentlich durch die erfolgten Foto- und Filmaufnahmen (act. 44 S. 26 sub dd). Wer eine Person fotografisch und/oder filmisch festhält, wodurch diese identifiziert werden kann, verletzt deren Recht am eigenen Bild, da eine Zustimmung des Klägers zu diesen Aufnahmen nicht vorlag. Die anderslautende Darstellung der Beklagten in ihrer Berufungsantwort (act. 52 S. 6 sub 4) trifft nicht zu: die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, die Persönlichkeitsrechte des Klägers seien klarerweise verletzt worden (act. 44 S. 26 sub ee); sie hat einzig in Abwägung der Interessen festgehalten, die Persönlichkeitsverletzung sei gerechtfertigt gewesen (a.a.O. S. 31).

4.2.3. Der Kläger geht von der Widerrechtlichkeit der Observation aus (act. 41 S. 10/11 Rz 25/26) und listet in seiner Berufungsbegründung die bei den Observationen festgestellten Aktivitäten auf (vgl. act. 41 S. 5/6 Rz 7/8). Er anerkennt, dass die Gerichtspraxis auch widerrechtlich erlangte Observationsergebnisse für verwertbar hält, hält diese Praxis allerdings für bedenklich, da sie strenger sei als in Strafuntersuchungen wegen Verdachts auf schwere Strafdelikte (a.a.O. S. 10 Rz 25). In der weiteren Berufungsbegründung kommt der Kläger auf diese Thematik der Widerrechtlichkeit nicht mehr im Detail zurück, sondern stellt die Observationsergebnisse seinen übrigen der Beklagten am 12. Januar 2017 gegenüber gemachten Angaben gegenüber, was die Vorinstanz zu ihrer erwähnten Einschätzung führte (a.a.O. S. 11 ff.).

Diese deckt sich mit den im Observationsbericht festgehaltenen Tätigkeiten (act. act. 43/10). Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass am 26. September 2016 keine Aktivität des Klägers ausserhalb seines Wohnortes festgestellt worden ist (act. 43/10 S. 4 unten). Festzustellen ist des weiteren, dass der Kläger an den übrigen Tagen der Überwachung den Wohnort jeweils einmal verliess bzw. dahin zurückkehrte und sich in der Zwischenzeit an einen oder mehrere Orte begab (a.a.O. S. 4/5). Über die konkreten Aktivitäten des Klägers in diesen Zwischenzeiten lässt sich dem Observationsbericht nur teilweise etwas entnehmen; teilweise basieren die Angaben im entsprechenden Bericht auf Vermutungen des Beobachters gestützt auf äussere Umstände (vgl. z.B. Detail-Bericht betreffend 22. September 2016 versus Zusammenfassung in act. 43/10 S. 28 - 30 resp. S. 4); teilweise werden beobachtete Aktivitäten akribisch und zeitgenau beschrieben (vgl. act. 43/10 S. 36 - 41).

Ob und in welchem Umfang die Observationsergebnisse verwertbar sind, ist nachstehend zu erörtern.

4.3.1. Zu prüfen ist zunächst die Dauer resp. Intensität der Überwachung, da eine gelegentliche Beobachtung anders als eine systematische Überwachung weniger stark in die Persönlichkeit der überwachten Person eingreift und diese in ihrem Schutzbereich weniger tangiert, was bei der Interessenabwägung ebenfalls zu berücksichtigen ist.

Anhand der Akten steht fest, dass der Kläger im Auftrag der Beklagten im Zeitraum vom 22. August 2016 bis zum 9. Oktober 2016 an insgesamt 11 Tagen durch Angestellte der Firma C._____ AG überwacht worden ist. Die Überwachungsdauer erstreckte sich demnach auf 7 Wochen und muss als verhältnismäßig lang bezeichnet werden. Die Dauer der einzelnen Film-Überwachungen bewegte sich durchschnittlich zwischen 5 und 25 Minuten, wohingegen die Gesamtdauer der Überwachung an den einzelnen Tagen zumeist mehrere Stunden umfasste, in einem Fall deutlich vor Tagesanbruch aufgenommen wurde und einmal einen ganzen Tag über anhielt (vgl. Bericht in act. 2/15/1 = act. 43/10, nachfolgend mit act. 43/10 zitiert). In dem Sinne muss von einer intensiven Observation des Klägers gesprochen werden, auch wenn gesamthaft betrachtet nur wenige Geschehnisse bzw. Aktivitäten des Klägers beobachtet resp. festgestellt wurden. Diesem Umstand ist bei der Würdigung der Widerrechtlichkeit Rechnung zu tragen.

4.3.2. Zu prüfen ist sodann, ob die von der Beklagten erhobenen Erkenntnisse im frei einsehbaren öffentlichen Raum erlangt wurden. Dabei sind die einzelnen Überwachungen näher zu betrachten und auseinanderzuhalten, da diese unterschiedlicher Intensität und Qualität sind.

4.3.2.1. Dies betrifft insbesondere die Beobachtungen im Fitness-Centrum D._____ in E._____, in welchen Räumlichkeiten umfassende Beobachtungen über die Aktivitäten des Klägers getätigt, zeitlich und inhaltlich genau beschrieben und filmisch/fotografisch festgehalten wurden. Ab dem 31. August 2016 besass der Kläger ein Kombi-Abo des D._____ in E._____, welches bis Ende November 2016 gültig war (act. 9/1). Im Observationszeitraum hielt sich der Kläger am 27. September, 29. September, 4. Oktober, 5. Oktober und 9. Oktober 2016 in diesem Fitnesscenter auf und trainierte auf verschiedenen Geräten (vgl. act. 43/10 S. 31 - 57), wobei er am 29. September und 4. Oktober 2016 keine weiteren ausserhäuslichen Aktivitäten entfaltete (vgl. auch act. 43/10 S. 5). Über die Besuche bzw. die konkreten Aktivitäten des Klägers in diesem Fitnessstudio verfasste der Beobachter sehr präzise Berichte und filmte den Kläger dabei teilweise (act. 43/10 S. 34, 36 - 40, 42/43, 50/51, 55 - 57). Das betreffende Fitnesszentrum ist zwar of-

fenbar grundsätzlich frei zugänglich, wobei die Mitglieder im Eingangsbereich ihren Mitgliedschaftsausweis deponieren (vgl. act. 43/10 S. 34/35 "Anmerkung"). Wer sich in ein Fitnessstudio begibt, um an Geräten zu trainieren, darf bzw. muss davon ausgehen, dass sich zeitgleich weitere Personen mit gleichartigen Absichten sowie Aufsichts- und/oder Trainingspersonal darin aufhalten. Die darin entfaltenen Aktivitäten sind jedoch nicht für jedermann einsehbar, sondern grundsätzlich nur für die Zutrittsberechtigten. Auch wenn die Nutzung eines Fitnessstudios weitverbreitet ist, gehört das Aufsuchen eines solchen Trainingszentrums nicht zu den üblichen Alltagsverrichtungen, wie sie beispielsweise zur Erledigung von Haushaltsarbeiten gehören und - soweit ausser Haus ausgeübt - öffentlich von jedermann ohne weiteres beobachtet werden können, wie beispielsweise einkaufen und damit verbundene Handlungen. Nicht damit rechnen muss ein Nutzer eines solchen Fitnesszentrums, dass eine Drittperson, die nicht in eine der genannten Kategorien fällt, genaue Beobachtungen darüber macht, an welchen Gerätschaften die von ihr avisierte Person in welcher Intensität trainiert und Übungen in welcher Qualität und Quantität absolviert. Dass die observierende Person offenbar eine Zutrittskarte erwarb (vgl. act. 43/10), um Zutritt zur Trainingsanlage zu erlangen, ändert daran nichts bzw. belegt gegenteils deren Nichtöffentlichkeit. Damit vermochte die observierende Person auch bis in den Garderobenbereich und damit in einen sehr privaten und sensiblen Bereich Einsicht zu nehmen, auch wenn aus dem Observationsbericht nicht hervorgeht, dass darin Beobachtungen getätigt worden sind. Die Observationen in diesem Bereich verstossen demnach gegen den Grundsatz, dass Überwachungen nur in der Öffentlichkeit vorgenommen werden dürfen. Hinzu kommt folgendes: Wer trainiert, kleidet sich in aller Regel entsprechend bequem und leicht und zeigt nicht selten Körperteile, die bei Strassenbekleidung üblicherweise bedeckt sind (z.B. Beine). Eine trainierende Person in einem Fitnessstudio gibt daher bereits durch ihre Kleidung weitaus mehr von sich preis als bei einem Aufenthalt im Freien, in einem Restaurant/Café oder im Kino-/Theater-/Konzertsaal. Diese Offenlegung wird weiter stark akzentuiert durch die Möglichkeit zu beobachten, wie einzelne Trainingsteile absolviert werden, welchen Anstrengungen die trainierende Person unterliegt und welche Erholungsphasen sie benötigt. Diese Elemente greifen in einen sehr sensiblen

persönlichen Bereich einer Person ein. Ihre gezielte Beobachtung stellt einen erheblichen Eingriff in die Geheimsphäre der betreffenden Person dar, da diese in einem geschützten privaten Bereich unwissentlich und unwillentlich Informationen über ihre körperliche Leistungsfähigkeit in unterschiedlichen Bereichen und allenfalls gesundheitlichen Zustand offenlegt, aus welchen Erkenntnissen nicht ohne weiteres auf die (Nicht)-Berechtigung der geltend gemachten Versicherungsleistungen geschlossen werden kann. Es gehört zu den Persönlichkeitsrechten, dass eine Person selber bestimmen darf, wem sie welche Informationen über ihre körperliche Verfassung und gesundheitliche Befindlichkeit Auskunft geben will. Dass eine Person, welche Versicherungsleistungen wegen Erwerbsunfähigkeit beansprucht, bei der Gesundheitsprüfung mitzuwirken hat, versteht sich von selbst. Diese Mitwirkungspflicht umfasst aber nicht ohne weiteres die unwillentliche und unwissentliche Offenlegung alltäglicher Aktivitäten. Eine Rechtfertigung zur Einholung solcher Informationen ohne Zustimmung der betreffenden Person bedarf einer gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage oder muss durch ein überwiegendes Interesse an der Observation gerechtfertigt sein. Da die Observation in einem Fitnesscenter aber ohnehin in einem nicht der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglichen Bereich stattgefunden hat, ist sie als persönlichkeitsverletzend und damit widerrechtlich zu qualifizieren und kann nicht verwertet werden. Hinzu kommt, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern das aufgenommene Bildmaterial notwendig sein soll, um die beobachteten Aktivitäten zu dokumentieren; diese lassen sich ohne weiteres beschreibend festhalten. In dem Sinne verletzt das Bildmaterial das Verhältnismässigkeitsprinzip.

4.3.2.2. Nicht anders verhält es sich mit der Überwachung des Kirchenbesuches vom Sonntag, 9. Oktober 2016 (act. 43/10 S. 51). Zwar ist eine Kirche ein öffentlicher Raum und kann von jedermann betreten und besucht werden. Kirchen dienen zudem nicht ausschliesslich als Gottesdiensträume, sondern werden auch für kulturelle Anlässe, namentlich Konzerte, genutzt. Sie werden insofern nicht alleine aus religiösem Bedürfnis, das einen sehr privaten Charakter aufweist, aufgesucht. Hier wurde der Kläger aber nicht beim Besuch eines kulturellen Anlasses, sondern beim Besuch eines religiösen Aktes beobachtet und gefilmt (act. 43/10 S. 53/54). Dies greift daher in einen sehr persönlichen und sensiblen Bereich ein

bzw. verletzt diesen. Dazu kommt, dass Bildaufnahmen vom Kirchenbesuch unnötig sind zur Dokumentation der Aktivitäten des Klägers. Die Observation sollte Hinweise liefern zum Verhalten des Klägers im Alltag, zur Art seiner Fortbewegung, zur Pflege von sozialen Kontakten sowie zur Frage nach der Wahrnehmung beruflicher oder nebenberuflicher Tätigkeiten (act. 43/10 S. 2 und 3). Der Kirchenbesuch hätte sich ohne weiteres rein beschreibend festhalten lassen; unnötig war hingegen, die Position des Klägers im Kircheninnern genauestens zu schildern und davon Bildaufnahmen anzufertigen. Beides trägt nichts zur Frage bei, ob die der Versicherleistungen zugrunde liegenden gesundheitlichen Probleme bestehen oder allenfalls geringer geworden sind und die Erwerbsfähigkeit in irgendeiner Weise beeinflussen. Inwiefern Aufnahmen in der Kirche in der Schweiz verbreitet sein sollen, führt die Beklagte nicht weiter aus (act. 52 S. 6). Dies mag für Hochzeitsfeierlichkeiten zutreffen, bei denen bildliche Aufnahmen von der Hochzeitsgesellschaft allenfalls gar ausdrücklich erwünscht sind, gilt aber nicht für "gewöhnliche" Gottesdienste. Die Beschreibung der Sitzposition des Klägers weit vorne im Kirchenraum liesse sich sodann dahingehend interpretieren, der Kläger meide andere Personen nicht. Dies ginge zu weit, da ein Kirchenbesuch nicht per se soziale Kontakte im Sinne von Gesprächen, Unterhaltungen mit Drittpersonen mit einschliesst. Dass der Kläger sich mit anderen Gottesdienstbesuchern unterhalten hätte, lässt sich dem Observationsbericht jedenfalls nicht entnehmen; dieser hält vielmehr fest, der Kläger habe als einer der ersten Besucher die Kirche verlassen (act. 43/10 S. 54). Obschon sich der Kläger in einem öffentlichen Bereich aufgehalten hat, verletzen die im Kircheninnern gemachten Beobachtungen und Bildaufnahmen seine Persönlichkeitsrechte und sind widerrechtlich.

4.3.2.3. Am tt.mm.2016 nachmittags nahm der Kläger offenbar an einem militärischen Anlass auf Schloss F._____ teil, zu welchem Zivilpersonen (Angehörige der Truppe) eingeladen worden waren. Die Vorinstanz hat sich dazu resp. zur Frage der Öffentlichkeit dieser Observation nicht konkret geäußert. Dieser Anlass fand offensichtlich unter freiem Himmel statt (act. 43/10 S. 45 - 48) und nicht in einem geschlossenen Raum, was an sich für einen öffentlich frei einsehbaren Raum spricht. Allerdings waren bei diesem Anlass einerseits die betreffende militärische Truppe und andererseits (Teile) ihre(r) Angehörige anwesend, d.h. diesem

Anlass wohnte damit durchaus ein privater Charakter inne, da er nicht jedermann zugänglich war. Von Beobachtungen in einem öffentlich frei einsehbaren Umfeld kann auch in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden.

Die getätigten Beobachtungen zum Training im D._____, zum Kirchenbesuch und zur Teilnahme am militärischen Anlass auf der F._____ erfolgten nicht im frei einsehbaren öffentlichen Raum und verletzen daher die Privatsphäre des Klägers, sie bleiben daher unverwertbar.

4.3.2.4. Die übrigen Beobachtungen beziehen sich zur Hauptsache auf das Wohndomizil des Klägers und zeigen ihn u.a. beim Gang zum Briefkasten, beim Öffnen der Balkontüre, beim Betreten/Verlassen der Wohnung, beim Wegfahren mit dem Fahrzeug, beim Aufsuchen von Läden, Bankomaten etc., beim Tragen von Einkaufstaschen usw., mithin bei alltäglichen Handlungen und Verrichtungen. Diese Tätigkeiten verrichtet zu haben, räumt der Kläger in seiner Berufungsschrift ein (act. 41 S. 5/6). Diese Aktivitäten des Klägers spielten sich allesamt in allgemein zugänglichen und frei einsehbaren Räumen, mithin in der Öffentlichkeit ab. In dem Sinne erscheinen diese Beobachtungen als unproblematisch, auch wenn die fotografische Dokumentation, insbesondere die Nahaufnahmen (vgl. act. 43/10 S. 12), namentlich von Drittpersonen (ebenda S. 10), und die sehr detaillierte Beschreibung der Kleidung des Klägers (a.a.O. S. 8: trägt blaue Jeanshose, dunkles/graues Polo-Shirt, S. 8; S. 15: trägt weisse Turnschuhe, blau-weiss kariertes Hemd; S. 21: beige lange Hose, braune Schuhe, kurzärmliges Hemd), seiner äusseren Erscheinung (a.a.O. S. 8: ist ca. 185 cm gross, hat graues Haar und einen grauen Kinnbart; S. 15: grauen Mehrtagesbart und kein Kinnbart), seiner Ausstattung (a.a.O. S. 21: ist elegant und chic gekleidet) und seines Verhaltens (a.a.O. S. 28: er ist nett zu den Kindern und unterhält sich mit ihnen, er lacht und hat eine freundliche Ausstrahlung) insoweit fragwürdig erscheinen und kritisch zu würdigen sind, weil nicht ersichtlich ist, inwiefern diese beschreibenden Informationen und das angefertigte Bildmaterial für die Beurteilung des gesundheitlichen Zustandes und der Erwerbsfähigkeit des Klägers relevant sein sollen. Bei Letzteren handelt es sich um eigentliche Wertungen und Taxierungen des Wesens oder von Charakterzügen des Klägers, was seine Privatsphäre deutlich

berührt. Die Verwertbarkeit dieser Ergebnisse der Observation hängt somit von der Abwägung der Interessen des Klägers und derjenigen der Beklagten ab.

4.3.3. Abwägung der Interessen des Klägers und der Beklagten

Anders als in den oben zitierten Bundesgerichtsentscheiden sind hier keine öffentlichen Interessen gegen private Interessen abzuwägen, da hier ein rein privatrechtliches Versicherungsverhältnis zwischen Kläger und Beklagter vorliegt. In dem Sinne kann das zweifellos legitime Interesse des Versicherers, nicht zu Unrecht Leistungen auszahlen zu müssen, nicht als öffentliches und damit gewichtigeres Interesse gegenüber dem Interesse eines Versicherten, in seiner Privatsphäre geschützt und respektiert zu werden, gewertet werden. Der Versicherungsvertrag der Parteien beruhte auf einer freiwilligen gegenseitigen Übereinkunft, was bedeutet, dass beide Parteien frei waren, den Versicherungsvertrag abzuschliessen, und nicht auf einer obligatorischen Unterstellung wie etwa der IV oder SUVA, welche beide Sozialversicherungen im weitesten Sinne von der Allgemeinheit und nicht von den Versicherungsteilnehmern allein finanziert werden. Gegenüber einander abzuwägen sind somit beidseits private Interessen. Die von der Vorinstanz angeführte Höhe des Rentenanspruches des Klägers bis zum Ende der Leistungspflicht (act. 41 S. 28 sub cc) ist zwar als Betrag beträchtlich, allerdings gehört das Anbieten und Abschliessen von Erwerbsausfall-Versicherungen zum Geschäftsmodell der Beklagten. Im Übrigen ist die beim Eintritt des Versicherungsfalles allenfalls maximal auszubezahlende Versicherungssumme bereits bei Vertragsschluss bekannt und kann von der Versicherung vorgängig des Vertragsschlusses in ihre Risikoabwägung einbezogen werden. Insofern ist die Höhe der auf dem Spiel stehenden Leistungspflicht kein für das Interesse ausschlaggebendes Kriterium. Grundsätzlich haben alle an einem Vertrag Beteiligten ein Interesse daran, dass sich die je andere Seite vertragskonform verhält. Im Weiteren gilt der Grundsatz "pacta sunt servanda", d.h. Verträge sind von beiden Vertragsparteien einzuhalten. Mit dem Abschluss des Vertrages trägt die Versicherungsgesellschaft das Risiko, die versprochenen Leistungen bei erfüllten Voraussetzungen bezahlen zu müssen, auch wenn sie allenfalls nur für kurze Zeit Prämien vereinnahmen konnte, und bezogen auf einen derartigen Einzelfall einen Verlust erleidet.

det. Umgekehrt hat der Versicherte nur Anspruch auf Leistungen, wenn die vertraglichen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind, er verpflichtet sich, zur Absicherung des Risikos erwerbsunfähig zu werden, für die gesamte Vertragsdauer Prämien zu zahlen, ohne dass sich das Risiko je verwirklicht und er in den Genuss von Versicherungsleistungen kommt. Es liegt zweifellos im Interesse der Versicherung, keine Versicherungsleistungen ausrichten zu müssen, welche missbräuchlich erwirkt werden. Dies entspricht auch dem Interesse der Gesamtheit der Versicherten der Versicherung. Im Interesse des Versicherten liegt es hinwiederum, im Falle erfüllter Voraussetzungen resp. bei erlittenem Schaden die vertraglich vereinbarten Versicherungsleistungen zu erhalten und zugleich in seinen Persönlichkeitsrechten geschützt zu werden. Die primäre Interessenlage von Versicherung und versicherter Person ist gleichgelagert, da beide Vertragspartner am Nichteintritt des Versicherungsfalls interessiert sind. Die sekundäre Interessenlage - hier: Abdeckung des realisierten Risikos bei Achtung der Persönlichkeitsrechte, dort: Schutz vor zu Unrecht auszahlenden Versicherungsleistungen - ist als gleichwertig zu beurteilen bzw. das Interesse der Beklagten ist nicht höher zu gewichten als dasjenige des Klägers. Die Interessenabwägung fällt daher entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen (act. 41 S. 31) nicht zu Gunsten der Beklagten aus.

Dies führt dazu, dass die Überwachungen, soweit sie ohnehin unverwertbar sind, die Persönlichkeit des Klägers ungerechtfertigt verletzt und daher ihre Ergebnisse nicht verwertet werden dürfen.

5. Vertragsauflösung durch die Beklagte

5.1. Die Beklagte löste den Vertrag mit dem Kläger am 17. Mai 2017 auf (act. 2/15/7). Die Vorinstanz erwog, der Kläger habe anlässlich der Besprechung vom 12. Januar 2017 seinen Gesundheitszustand schlechter dargestellt als dieser anhand der Observationsergebnisse tatsächlich gewesen sei (act. 44 S. 33 f.). Da die Observationsergebnisse wie dargelegt nicht verwendet werden können, können diese auch nicht mit den Angaben des Klägers anlässlich der Besprechung vom 12. Januar 2017 abgeglichen werden bzw. sie können nicht als Referenz für die Frage nach Falschangaben durch den Kläger herangezogen werden. Es fehlt

damit eine wesentliche Grundlage für die Beantwortung der Frage, ob die Beklagte berechtigt war, den Vertrag mit dem Kläger aufzulösen. Dies ist nachfolgend zu klären. Soweit sich die Beklagte auf die Observationsergebnisse bezieht, um Widersprüche in den Angaben des Klägers aufzuzeigen (vgl. act. 52 S. 10), zielt ihre Argumentation ins Leere, da die Observationsergebnisse unverwertbar sind.

Massgebend ist vielmehr einzig, was der Kläger bei dieser Unterredung ausgeführt hat, ob seine Angaben falsch waren und eine Täuschung der Beklagten bewirkten und diese letztlich berechtigt war, den Vertrag mit dem Kläger aufzulösen.

5.2. Der Kläger anerkennt, eine falsche Angabe gemacht zu haben, nämlich seit Jahren nicht mehr Auto gefahren zu sein (act. 41 S. 14 Rz 40). Alle übrigen Angaben bei der Besprechung vom 17. Januar 2017 seien objektiv nicht falsch (a.a.O.). Die Beklagte selber hält das Auslüften der Kleider und das Leeren des Briefkastens für unwesentlich (act. 52 S. 3). Soweit die Beklagte vorbringt, wesentlich sei, was der Kläger an Tätigkeiten und Kontakten locker und mit jeder Selbstverständlichkeit unauffällig gemacht habe, obwohl er seinem Psychiater und ihr gegenüber wiederholt und fortgesetzt behauptet habe, er könne es gar nicht mehr (unter die Leute gehen, einkaufen) bzw. habe es seit Jahren nicht mehr gemacht (Autofahren) (act. 52 S. 4), ist festzuhalten, dass beim fraglichen Gespräch einzig die Behauptung in Bezug auf das Autofahren falsch war. Die übrigen von der Beklagten angesprochenen Aktivitäten fallen unter das Verwertungsverbot und können nicht herangezogen werden; überdies verneinte der Kläger die Frage nach dem Einkaufen nicht apodiktisch, sondern meinte, dies erledigten meistens seine Söhne (act. 2/15/2 S. 3 oben). Daneben macht die Beklagte nicht klar, in welchen Zusammenhängen der Kläger ihr gegenüber wiederholt und fortgesetzt behauptet haben soll, er könne es gar nicht mehr (unter die Leute gehen, einkaufen) (vgl. act. 52 S. 4). Diesbezüglich ist eine gewisse Übertreibung in der Sachdarstellung durch die Beklagte nicht zu übersehen.

Im Weiteren macht der Kläger geltend, bei der fraglichen Besprechung sei einleitend festgehalten worden, dass es darum gehe, Informationen über seinen aktuellen Gesundheitszustand zu erhalten. Die meisten Fragen seien denn auch auf die Gegenwart bezogen gewesen; einzig die Fragen 7 und 8 hätten eine Ver-

laufskomponente enthalten (a.a.O. S. 15 Rz 42 und 43). Die Beklagte ist demgegenüber der Auffassung, der Kläger habe selber verschiedene Bezüge zur Vergangenheit gemacht (act. 52 S. 10). Dies trifft auf die Fragen 4 und 14 zu; die übrigen Bezüge zur Vergangenheit betreffen hingegen die vom Kläger angesprochenen Fragen 7 und 8, welche ausdrücklich und anders als die übrigen Fragen eine Verlaufskomponente beinhalten. Dass der Kläger im Zusammenhang mit diesen beiden Fragen unkorrekt geantwortet haben soll, macht die Beklagte selber nicht geltend. Die Beklagte stellt auch nicht in Abrede, dass einzig diese beiden Fragen 7 und 8 eine solche Verlaufskomponente und damit einen Bezug zur Vergangenheit herstellen, ansonsten aber der aktuelle Zustand erfragt wurde. Dies ergibt sich denn auch unschwer aus den einzelnen Fragen selber und der Einleitung des fraglichen Protokolls, in welchem festgehalten wird, es gehe im folgenden Gespräch darum, Informationen über den aktuellen Gesundheitszustand zu erfahren und über das weitere Vorgehen zu beraten (act. 2/15/2 S. 1).

Die Antworten des Klägers auf die ihm gestellten Fragen machen sodann teilweise explizit und teilweise indirekt deutlich, dass er in seinem Befinden Schwankungen unterworfen ist. So führte er zur Frage 4 aus, er habe früher selber gekocht, heute könne er das fast nicht mehr und müsse das mit dem Sohn machen (a.a.O. S. 1/2). Einkaufen sei er lange Zeit immer Donnerstag um die Mittagszeit gegangen, wenn es nicht viele Leute habe, aber nun machten dies meistens seine Söhne (a.a.O. S. 3). Kochen könne er fast nicht mehr selber (ebenda). Und zur Frage 7 nach Veränderungen der geschilderten Beschwerden meinte er ausdrücklich, er fände, es sei ein auf und ab, aber eher immer gegen abwärts. Früher sei das Einkaufen und Kochen gut gegangen, heute nicht mehr (ebenda). Dass diese Angaben unkorrekt sein sollen, macht die Beklagte nicht geltend, auch wenn sie ausführt, der Kläger habe seinen Zustand bei der fraglichen Besprechung als Ganzes wesentlich schlechter geschildert als er wirklich war (act. 52 S. 10). Damit bezieht sie sich offenbar auf die unverwertbaren Observationsergebnisse, welche, selbst wenn sie verwertbar wären, nichts hergeben bezüglich der Darstellung des Klägers, einkaufen und kochen sei für ihn schwierig (geworden), da zum letzten überhaupt keine Erkenntnisse vorliegen und der Klä-

ger zum ersteren nicht behauptet hat, gar nicht mehr selber einkaufen zu gehen. Falsche oder widersprüchliche Angaben liegen insofern keine vor.

5.3. Vor Vorinstanz trug die Beklagte vor, der Kläger sei im Winter 2016/2017 (ab 1.12.2016 oder spätestens ab 21.12.2016) und bis Ende Februar 2017 gemäss Arztzeugnis G._____ vom 24. Mai 2018 nicht arbeitsunfähig gewesen (act. 18 S. 11 Rz 45 2. Absatz). In der Berufungsantwortschrift hält die Beklagte für aktenwidrig, es sei dem Kläger im Sommer/Herbst 2016 besser gegangen als im Januar/Februar 2017 (act. 52 S. 15). Dazu verweist sie auf einen Bericht des behandelnden Arztes Dr. G._____ vom 24. Mai 2018 (act. 2/9/2). Im fraglichen Bericht wird festgehalten, die beim Kläger vorliegende Erkrankung verlaufe meistens episodisch, d.h. es träten auch symptomfreie Intervalle auf. Es gäbe aber auch chronische Krankheitsverläufe ohne vollständige Rückbildung der Symptomatik. Der Kläger leide an einer chronischen Form dieser Krankheit. Auch bei diesem Verlauf gebe es Phasen mit mehr und Phasen mit weniger Symptomen, aber eben keine Symptomfreiheit. Auf konkrete Frage meinte der Arzt überdies, der Kläger sei auch von Sommer bis Herbst 2016 und auch ab März 2017 bis heute (Mai 2018) 100% arbeitsunfähig (act. 2/9/2).

Dieser Bericht könnte die Annahme nahelegen, dem Kläger sei es in der Zeit von Herbst 2016 bis März 2017 besser gegangen als in der Zeit zuvor und danach. Über diese Zwischenzeit äussert sich der Bericht allerdings nicht, so dass nichts Konkretes hieraus geschlossen werden kann. Nach dem Bericht ist hingegen klar, dass es beim Kläger keine Phasen der Symptomfreiheit gibt, sondern nur solche mit mehr oder weniger Symptomen. Dies deckt sich mit den Angaben des Klägers in der ersten Befragung vom 12. Januar 2017, wonach er Schwankungen erlebe (act. 2/15/2 S. 3). Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 52 S. 15) lässt sich hieraus aber keine falsche Darstellung durch den Kläger herleiten, da offenbar die Krankheit des Klägers episodenhaft verläuft ohne phasenweise Symptomfreiheit. Überdies stellt die Beklagte die Darstellung von Dr. G._____ zur Krankheit und deren Verlauf beim Kläger nicht in Frage, insbesondere bestreitet sie den phasischen Verlauf mit durchwegs anhaltender Symptomatik nicht (a.a.O.).

Eine falsche Darstellung der gesundheitlichen Situation durch den Kläger liegt nicht vor. Dass der Kläger der Beklagten gegenüber andere oder weitere falsche Angaben, welche berücksichtigt werden können, gemacht haben soll, bringt die Beklagte nicht vor.

Die Falschangabe des Klägers betrifft somit einzig seine Aussage, seit Jahren kein Fahrzeug mehr gelenkt zu haben.

6. Täuschung

Es stellt sich daher die Frage, ob durch diese Falschangabe bei der Beklagten eine Täuschung bewirkt worden ist oder bewirkt werden sollte, was diese zur Auflösung des Vertrages berechtigt hat. Die Vorinstanz hat diese Frage bejaht. Dabei ging sie von der Verwertbarkeit der Observationsergebnisse aus und hat gestützt darauf erwogen, der Kläger habe relevante Tatsachen nicht nur verschwiegen, sondern anlässlich der ersten Besprechung vom 12. Januar 2017 aktiv falsch dargestellt. Zudem habe er bei der zweiten Besprechung gleichentags auf die Frage, ob ihm bewusst sei, dass er möglicherweise den Tatbestand der betrügerischen Anspruchsbegründung erfüllt habe, genickt. In Würdigung dieser Umstände sei daher auf eine Täuschungsabsicht zu schliessen (act. 44 S. 36). Weiter erwog die Vorinstanz, wenn die Voraussetzungen der betrügerischen Anspruchsbegründung erfüllt seien, sei der Versicherer nicht an den Vertrag gebunden und könne seine Leistung vollumfänglich verweigern und gegenüber dem Versicherungsnehmer vom Vertrag zurücktreten (ebenda).

6.1. Der Kläger bringt in seiner Berufungsschrift vor, die Vorinstanz habe ihre Begründung nur mit einem knappen Verweis auf das Protokoll der ersten Befragung vom 12. Januar 2017 abgestützt. Ob die einzig objektiv falsche Antwort genüge, damit eine betrügerische Anspruchsbegründung im juristischen Sinne in Frage komme, sei für einen Laien nicht beurteilbar. Aus einer Geste (Kopfnicken) auf eine suggestiv formulierte Frage könne nicht auf ein Indiz für eine Täuschungsabsicht geschlossen werden. Auch sei es unzulässig, die Antworten des Klägers vom Januar 2017 mit den Observationsergebnissen zwischen Ende August und anfangs Oktober 2016 zu vergleichen, zumal es ihm in jener Zeit deutlich besser

gegangen sei als im Januar 2017. Schliesslich bringt er vor, er habe bei der Befragung vom 12. Januar 2017 objektiv gar nicht mehr in Täuschungsabsicht handeln können, wenn er dies gewollt hätte, was er bestreite, da im damaligen Zeitpunkt die Observationsergebnisse vorgelegen hätten und die Beklagte über die Verhältnisse in den betreffenden Zeiträumen gar nicht mehr habe getäuscht werden können (act. 41 S. 18/19 Rz 54 - 57).

6.2. Die Beklagte ist dagegen der Auffassung, die Vorinstanz habe die Täuschungsabsicht des Klägers zu Recht bejaht, da offensichtlich mit Täuschungsabsicht handle, wer Tätigkeiten ausübe oder ausüben könne, aber gleichzeitig ausdrücklich behaupte, er könne diese überhaupt nicht mehr ausüben (act. 52 S. 14/15 sub 5.4.). Welche Tätigkeiten die Beklagte konkret anspricht, führt sie nicht näher aus. Da, wie bereits ausgeführt, die Ergebnisse der Observation nicht verwertbar sind, können die dabei gewonnenen Erkenntnisse nicht den Angaben des Klägers bei der Befragung vom 12. Januar 2017 gegenüber gestellt werden. Vielmehr bleibt es bei der Falschangabe zum Autofahren.

6.3. Die Meinung der Beklagten, der Kläger habe mit seinen systematischen und auch an der Besprechung vom 12. Januar 2017 wiederholten Behauptungen, was er alles nicht mehr könne, ein Lügengebäude aufgebaut und so die Psychiater während Jahren dazu verleitet, eine vollständige Arbeitsunfähigkeit zu bescheinigen als Grundlage für die ihm dann durch die Beklagte ausgerichteten Leistungen für volle Erwerbsunfähigkeit (act. 52 S. 17), findet in den Akten keine Stütze; sie erweist sich vielmehr als deutliche Überzeichnung einer einzigen Falschaussage. Die Beklagte unterlässt anzugeben, worin sie die systematischen Falschbehauptungen erblickt. Falsch war die Aussage zum Lenken eines Fahrzeuges. Zwar hat dies der Kläger bei der besagten Besprechung mehr als einmal geäussert (act. 2/15/2 S. 4 und 5). Von einem Lügengebäude kann dabei aber nicht gesprochen werden, zumal objektiv falsch "nur" war, dass er seit Jahren nicht mehr gefahren sei. Der schon erwähnte Arztbericht von Dr. G._____ beschreibt eine chronische und in Phasen verlaufende Krankheit ohne Symptomfreiheit (act. 2/9/2). Andere Falschangaben des Klägers, welche die Berechtigung zum Bezug von Versicherungsleistungen beschlagen, liegen nicht vor. Die von der Beklagten

aufgeführten Ungereimtheiten, die sie als falsche Behauptungen verstanden haben will (act. 52 S. 17), wären auch bei Berücksichtigung der Observationsergebnisse mit den Angaben des Klägers bei seiner Befragung am 17. Januar 2017 vereinbar. Soziale Kontakte, verstanden als persönlichen Austausch mit Bekannten, Kollegen, Freunden etc. lassen sich dem Observationsbericht mit Ausnahme der Söhne des Klägers nicht entnehmen. Das gilt insbesondere auch für das Trainieren im D. _____ Fitness Studio. Zwar soll sich der Kläger einmal bei einem geleiteten Kurs an dessen Ende bei der Kursleiterin bedankt haben (act. 43/10 S. 43); dass er sich bei anderen Gelegenheiten mit anderen Personen unterhalten haben soll, wird in den einzelnen Protokolleinträgen nicht vermerkt (a.a.O. S. 55 f.). Dass er bei den Trainings auf weitere ebenfalls trainierende Personen gestossen ist (ebenda S. 50), kann jedenfalls nicht ernsthaft als sozialer Kontakt gewertet werden. Das Grüßen und kurze Plaudern mit zufällig getroffenen Nachbarkindern vor dem Wohnhaus kann ebenfalls nicht als sozialer Kontakt eingestuft werden, sondern ist sozialüblichem Verhalten geschuldet. Gleiches gilt auch für den Kirchenbesuch, von dem nicht berichtet wird, der Kläger habe sich mit irgendjemandem unterhalten (a.a.O. S. 53/54). Anlässlich des Truppenbesuches auf der F. _____, welcher offenbar seinem Sohn galt (ebenda S. 46/47), soll er sich mit zwei jungen Männern unterhalten haben (a.a.O.). Soweit es sich bei der einen Person um seinen Sohn gehandelt hat, wovon auszugehen ist, deckt sich dies mit der Angabe des Klägers bei der fraglichen Besprechung (act. 2/15/2 S. 3), und ist nicht unzutreffend. Inwiefern die Angabe des Klägers, die wöchentliche Therapie bei Dr. G. _____ sei sein einziger Fixpunkt (a.a.O. S. 4), unzutreffend sein soll (act. 52 S. 17), wird nicht ausgeführt und ist nicht ersichtlich. Beim Gespräch am 17. Januar 2017 hat der Kläger zudem nicht etwa kategorisch behauptet, überhaupt nicht mehr einzukaufen; er hat vielmehr ausgeführt, das Einkaufen besorgen nun meistens seine Söhne (act. 2/15/2 S. 3).

6.4. Was die Frage nach der Täuschung angeht, kann allein die Falschangabe des Klägers zum Thema "Autofahren" herangezogen werden. Nicht zu berücksichtigen sind hingegen die übrigen Erkenntnisse aus der Observation, sondern einzig der Umstand, dass der Kläger zu Unrecht angegeben hat, seit Jahren kein Fahrzeug mehr gelenkt zu haben. Das Lenken eines Fahrzeuges erfordert eine

gewisse körperliche und geistige Wachheit, Aufmerksamkeit und Konzentration, und es ist davon auszugehen, dass der Kläger zu den Zeiten, als er ein Fahrzeug lenkte, diese Erfordernisse erfüllte. Dies hielt der Observationsbericht ausdrücklich fest, wird dem Kläger darin bescheinigt, ein sicherer und extrem vorbildlicher Verkehrsteilnehmer zu sein (act. 43/10 S. 2). Allerdings ist die Bedeutung und Tragweite dieser Falschangabe äusserst bescheiden oder minimal, da aus dem Umstand, dass jemand ein Fahrzeug lenkt, nicht auf das Vorliegen oder Fehlen einer psychischen Krankheit und ihrer Auswirkung auf die Erwerbsfähigkeit geschlossen werden kann. Der Kläger ist in seinen beruflich aktiven Zeiten nicht als Berufschaffeur tätig gewesen, in welchem Fall die Fähigkeit, ein Fahrzeug zu lenken, für die Beurteilung der Erwerbsunfähigkeit von Belang sein dürfte. Es ist daher nicht zu sehen, dass der Umstand, dass der Kläger Auto gefahren ist und dies fälschlicherweise verneint hat, für die Frage seiner Erwerbsunfähigkeit bzw. das Erlangen resp. Beibehalten von Versicherungsleistungen überhaupt von Bedeutung sein könnte. Von einer systematischen Täuschung durch den Kläger über wesentliche Umstände für die Beurteilung und Bemessung des Anspruchs auf Leistungen, wie dies die Beklagte vorbringt (act. 52 S. 8), kann nicht die Rede sein. Ebenfalls nicht davon, dass ein klassischer Fall von Aggravation der Auswirkungen einer allenfalls bestehenden gesundheitlichen Störung vorliegen soll (ebenda). Übertreibungen lassen sich eher in der Darstellung der Beklagten ausmachen, soweit sie beispielsweise von jahrelang übertriebenen Angaben des Klägers zu angeblichen Einschränkungen spricht (a.a.O. S. 8), ohne diese Behauptung mit tatsächlichen Begebenheiten zu untermauern, (von diesem) systematisch behauptete Einschränkungen im Alltag anführt (a.a.O.), (ihm) klare Falschaussagen gegenüber den behandelnden Ärzten und ihr gegenüber (unterstellt) (ebenda S. 13), von qualifiziert falschen Behauptungen (des Klägers) spricht (a.a.O. S. 13), Bestätigung seiner Lügen (a.a.O. S. 16) vorwirft, ohne anzugeben, wann, bei welchen Gelegenheiten und wem gegenüber der Kläger gelogen haben soll. Von einer Täuschungshandlung kann nicht gesprochen werden. Anzuführen ist, dass nach dem Observationsbericht der Kläger keine beruflichen oder nebenberuflichen Tätigkeiten wahrgenommen hat (a.a.O.).

6.5. Der Kläger ist sodann der Auffassung, er habe die Beklagte objektiv gar nicht mehr täuschen können, wenn er dies überhaupt gewollt hätte, was er aber bestreite, da diese anlässlich der Befragung vom 12. Januar 2017 die Ergebnisse der Observation gekannt habe (act. 41 S. 19 Rz 19). Dem hält die Beklagte entgegen, die Täuschungsabsicht verlange keinen Erfolg, sie sei auch gegeben, wenn der Vertragspartner die Täuschung entdecke (act. 52 S. 15). Darauf kommt es jedoch nicht an, da die Falschangabe des Klägers zum Autofahren keine Täuschungshandlung darstellt und selbst bei Verwertbarkeit der Observationsergebnisse keine weiteren Falschaussagen vorliegen, die als Täuschungshandlung zu werten wären.

6.6. Als Fazit ist festzuhalten, dass die Beklagte nicht berechtigt war, vom Versicherungsvertrag zurückzutreten. Dies bedeutet, dass die Beklagte trotz ihres ausgesprochenen Rücktritts vom Vertrag nach wie vor an diesen gebunden ist. Bei dieser Sachlage kann die Bedeutung des vom Kläger nach Fällung und vor Versand des vorinstanzlichen Urteils eingereichten und vom 22. Februar 2019 datierenden psychiatrischen Gutachtens von Dr. med. H. _____ (vgl. act. 32 und 33) ungeprüft bleiben, da die gesundheitliche Situation und ihrer Auswirkungen auf die Erwerbsfähigkeit des Klägers nicht Verfahrensgegenstand sind.

7. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufung vollumfänglich gutzuheissen ist. Dies bedeutet, dass die Klage, welche in ihrem Quantitativ von der Beklagten anerkannt wird (act. 52 S. 19), gutzuheissen und die Widerklage abzuweisen ist.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfestsetzung ist nicht angefochten und zu bestätigen. Die erstinstanzlichen Kosten sind hingegen der Beklagten aufzuerlegen und aus den geleisteten Vorschüssen (total Fr. 5'200.00) zu beziehen. Im Restbetrag (Fr. 4'800.00) wird die Bezirksgerichtskasse Rechnung stellen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger den von diesem geleisteten

Kostenvorschuss von Fr. 3'200.00 (vgl. Prot. S. 3 in FV170043) und die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 485.00 zu ersetzen. Die von der Beklagten dem Kläger zu leistende Parteientschädigung von Fr. 14'000.00 ist um die verlangte Mehrwertsteuer von 7,7% (act. 2/2 S. 2) zu erhöhen.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 7'500.00 festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen. Diese hat dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.00 zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung und die Klage werden gutgeheissen.
Demgemäss wird die Beklagte verpflichtet,
 - a) dem Kläger/Widerbeklagten für den Zeitraum von März 2017 bis Februar 2018 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 77'616.50 (4x CHF 19'404.12) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins zu 5% ab Widerklageantwort vor Vorinstanz vom 07.06.2018;
 - b) dem Kläger/Widerbeklagten für den Zeitraum von März 2018 bis August 2018 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 39'584.20 (2x CHF 19'792.21) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins von 5% ab Widerklageantwort vor Vorinstanz (d.i. 07.06.2018);
 - c) dem Kläger/Widerbeklagten für den Zeitraum von September 2018 bis Februar 2019 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 39'584.40 (2x CHF 19'792.21) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins von 5% ab Berufungsbegründung (d.i. 16.08.2019);
 - d) dem Kläger/Widerbeklagten für den Zeitraum von März 2019 bis August 2019 Erwerbsunfähigkeitsrenten im Betrag von CHF 40'376.10 (2x CHF 20'188.05) zu bezahlen, basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 100%, eventualiter von mindestens 66%, zuzüglich Zins von 5% ab Be-

rufungsbegründung (d.i.16.08.2019);

e) dem Kläger/Widerbeklagten für die Monate März 2017 bis August 2018 100% Prämienbefreiung im Betrag von CHF 13'464.60 zu bezahlen (6x CHF 2'244.20), zuzüglich Zins von 5% ab Widerklageantwort vor Vorinstanz (d.i. 07.06.2018);

f) dem Kläger/Widerbeklagten für die Monate September 2018 bis August 2019 100% Prämienbefreiung im Betrag von CHF 8'976.40 zu bezahlen (4x CHF 2'244.10), zuzüglich Zins von 5% ab Berufungsbegründung (d.i.16.08.2019);

g) zur Leistung der ab September 2019 bis zur Rechtskraft des Urteils fällig werdenden Erwerbsunfähigkeitsrenten und Prämienbefreiungen, zuzüglich Zins von 5% ab jeweiligem Fälligkeitsdatum.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Dispositiv Ziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheides wird bestätigt.
4. Die Entscheidgebühr des erstinstanzlichen Verfahrens und die Kosten des Schlichtungsverfahrens (Fr. 485.00) werden der Beklagten auferlegt. Die Entscheidgebühr wird mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Im Restbetrag wird die Bezirksgerichtskasse der Beklagten Rechnung stellen.
Die Beklagte hat dem Kläger den von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'200.00 und die Kosten des Schlichtungsverfahrens von Fr. 485.00 zu ersetzen.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 14'000.00 zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
6. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 7'500.00 festgesetzt und der Beklagten auferlegt.
7. Die Beklagte hat dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.00 zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 52, sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 777'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

lic. iur. A. Götschi

versandt am: