

lichen Beweismasses im Falle der Arbeitsunfähigkeit nur rudimentär begründet wird, die entsprechenden Erwägungen auch nicht als Änderung oder Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung deklariert sind und beide Urteile zudem das Ergebnis der Beweismass der Vorinstanz, die vom Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen ist, bestätigen.

Einige vorläufige Überlegungen zu diesen Urteilen:

a) Das Bundesgericht will die Arbeitsunfähigkeit offenbar nicht (mehr) als Sachverhalt verstehen, bei dessen Feststellung «Beweisnot» besteht, der also «nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden» kann, und schreibt dem ärztlichen Zeugnis die Qualität eines unmittelbaren Beweismittels zu.

Bei der ärztlichen Festlegung einer Arbeitsunfähigkeit besteht allerdings naturgemäss ein grosses Ermessen; es ist also gerade nicht so, dass eine Arbeitsunfähigkeit nach der Formulierung im neusten Grundsatzurteil des Bundesgerichts vom 31. August 2021 «ohne weiteres mit einem entsprechenden Zeugnis bewiesen werden kann» (E. 3.3.1 am Ende), sondern es liegen regelmässig verschiedene, einander widersprechende ärztliche Beurteilungen vor, die im Hinblick auf ihre Überzeugungskraft zu würdigen sind, was denn auch der Sachverhalt zeigt, der im Entscheid vom 31. August 2021 zu beurteilen war (E. 3.3.2–3.3.6).

Auch wenn daher formell zutreffend sein mag, dass ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen unmittelbare Beweismittel sind, so basieren diese Bescheinigungen nicht ausschliesslich auf der unmittelbaren Wahrnehmung der medizinischen Fachpersonen, sondern die Fachpersonen sind für deren Ausstellung auf Indizien angewiesen, und dementsprechend spielen Indizien auch bei deren Würdigung eine entscheidende Rolle: Im Urteil BGer 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 hat das Bundesgericht etwa darauf hingewiesen, dass die ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit im konkreten Fall auf Angaben des Versicherten basiere (E. 6.2.5), bei den Indikatoren, nach denen im Sozialversicherungsrecht die Arbeitsunfähigkeit bei psychischen Störungen festzulegen ist, handelt es sich um ein Beurteilungsinstrument, dem Indizien zugrunde liegen, und schliesslich stellen von den Parteien in Auftrag gegebene Gutachten nach der zivilprozessrechtlichen Rechtsprechung nur Parteibehauptungen dar, die «allenfalls zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis zu erbringen» vermögen (vgl. 141 III 433 E. 2.6).

Damit handelt sich bei der Arbeitsunfähigkeit sogar um einen besonders augenfälligen Anwendungsfall eines Sachverhaltes, bei dem im Sinne der Rechtsprechung in BGE 130 III 321 E. 3.2 typischerweise Beweisschwierigkeiten auftreten.

b) Beweisthema in BGE 130 III 321 war das punktuelle Ereignis des Diebstahls, mit dem der Versicherungsfall eintrat und die Leistungspflicht des Versicherers begründet wurde. Bei der Arbeitsunfähigkeit handelt es sich demgegenüber um einen Zustand, der über eine gewisse Zeitdauer fortbesteht. Massgebend für den Eintritt des Versicherungsfalles ist zwar ebenfalls der Zeitpunkt von deren (erstmaligem) Auftreten (nach der Rechtsprechung tritt der Versicherungsfall nicht bereits mit der Erkrankung, sondern erst mit dem Eintritt der daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeit ein; vgl. BGE 142 III 671 E. 3), als Voraussetzungen für die weiterführende Leistungspflicht des Versicherers muss diese Arbeitsunfähigkeit jedoch fortbestehen und in jedem Zeitpunkt nachgewiesen sein.

Es fragt sich daher noch, ob das Bundesgericht mit seinem neuesten Urteil vom 31. August 2021 die Rechtsprechung in BGE 130 III 321 E. 3.5 in ihrer generellen Form nur noch auf die Frage des Eintrittes des Versicherungsfalles im eigentlichen Sinn angewendet haben will und nicht auf die leistungsbegründende Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit. Einleuchtend wäre ein solches Verständnis allerdings nicht ohne Weiteres, da der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit unabhängig davon, in welchem Zusammenhang er eine Rolle spielt, dieselben dargelegten Probleme stellt.

c) Die Tragweite der neu begründeten Rechtsprechung zum Beweismass bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit ist möglicherweise begrenzt, da das Bundesgericht die vorinstanzliche Beweismasswürdigung nur auf Willkür hin überprüfen kann (vgl. BGR 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 3.2) und der Spielraum, der bei der Würdigung der einzelnen ärztlichen Beurteilungen besteht, das Ergebnis wesentlich stärker bestimmen dürfte als das Beweismass.

## Beweisfragen im Prozess

Hans-Jakob Mosimann\*

### I. Grundlagen

Auf den ersten Blick sind die Verhältnisse im Zivilprozess – auch in Bezug auf Taggelder der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung – recht eindeutig: Strittige, rechtserhebliche Tatsachen müssen bewiesen sein. Sind sie es nicht, sind sie nicht entscheidungsrelevant. *Tertium non datur*. Dabei gilt als Grundregel der Beweislastverteilung, dass jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat,

\* Dr. iur., MA, ehem. Präsident Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich. Ich danke MARIA LONDIS, Verfasserin des Beitrags auf S. Seite 193, für wertvolle Hinweise.

die aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach dieser Grundregel hat das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung zu beweisen, wer einen vertraglichen Anspruch erhebt. Das gilt auch für den Fall, dass die Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten behauptet wird.<sup>1</sup>

Diese Grundregel bedeutet im Bereich des Versicherungsvertrags, dass der oder die Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer oder die Versicherungsnehmerin, die oder der versicherte Dritte oder Begünstigte – die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruches zu beweisen hat, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen (etwa wegen schuldhafter Herbeiführung des befürchteten Ereignisses) oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (etwa wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches).<sup>2</sup>

Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Der Eintritt des Versicherungsfalls ist nach diesen Grundsätzen vom Anspruchsberechtigten zu beweisen. Ist eine Krankentaggeldversicherung als Schadensversicherung ausgestaltet, setzt der Eintritt des Versicherungsfalls einen Schaden – namentlich einen Erwerbsausfall – voraus.<sup>3</sup>

Dem Versicherer steht ein Recht auf *Gegenbeweis* zu. Er hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wachhalten und diesen dadurch vereiteln sollen. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird und damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen. Thema des Gegenbeweises ist die Sachdarstellung des hauptbeweisbelasteten Anspruchsberechtigten. Dazu gehört auch dessen Glaub-

würdigkeit: Da sich der Eintritt des Versicherungsfalls in der Regel nicht direkt, sondern bloss mit mehr oder weniger schlüssigen Indizien beweisen lässt, kann eine Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit geeignet sein, auch die Überzeugungskraft der Sachdarstellung zu erschüttern. Es steht dem Versicherer zudem frei, eine – von derjenigen des Anspruchsberechtigten – abweichende Sachdarstellung aufzuzeigen, die neben der behaupteten Version ebenso ernsthaft in Frage kommt oder sogar näher liegt. Eine Verpflichtung dazu besteht indessen nicht und eine Überwälzung der Beweislast ist damit nicht verbunden. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als bewiesen – d.h. als überwiegend wahrscheinlich gemacht – anerkannt werden und der Hauptbeweis ist gescheitert.<sup>4</sup>

## II. Soziale Untersuchungsmaxime

Ansprüche aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG werden ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren beurteilt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Bei der im vereinfachten Verfahren – und damit auch bei Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung – geltenden Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) handelt es sich um eine sogenannte «soziale» Untersuchungsmaxime, die vor allem zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien oder ungleichen juristischen Kenntnissen geschaffen wurde. Sie ändert nichts daran, dass die Parteien die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung tragen. Die Parteien sind nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Das Gericht hat sich nur über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind, soll und muss sich das Gericht Zurückhaltung auferlegen wie im ordentlichen Prozess. Die soziale Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen und alle möglichen Beweise abzunehmen. Das Gericht ist auch nicht verpflichtet, die Akten von sich aus zu durchforsten, um abzuklären, was sich daraus zu Gunsten der Partei, die das Beweismittel eingereicht hat, herleiten liesse.<sup>5</sup>

Es ist dem Gericht allerdings auch unter der Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 ZPO nicht verwehrt, seinem Entscheid auch Tatsachen zugrunde zu legen, die von den Parteien

<sup>1</sup> BGE 128 III 271 E. 2a/aa.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 130 III 321 E. 3.1.

<sup>3</sup> BGE 141 III 241 E. 3.1.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 130 III 321 E. 3.4.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 4A\_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 2.1.

zwar nicht behauptet wurden, dem Gericht im Laufe des Verfahrens aber bekannt geworden sind. Diese Tatsachen können sich beispielsweise aus den angerufenen Beweismitteln ergeben.<sup>6</sup> Dies gilt auch für Tatsachen, die sich für die Partei als nachteilig erweisen, die das betreffende Beweismittel offeriert hat.

### III. Beweismass

Von erheblicher Bedeutung ist die Frage, nach welchem Massstab zu entscheiden ist, ob ein Beweis erbracht ist. Das Regelbeweismass ist die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, mithin die volle Überzeugung des Gerichts vom Bestehen der behaupteten Tatsache: «Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen.»<sup>7</sup> In der Lehre wird dies mit einem Schwellenwert für die Überzeugung des Gerichts von 90 % beziffert.<sup>8</sup>

Als Ausnahme vom genannten Regelbeweismass wird eine *überwiegende* (oder hohe)<sup>9</sup> *Wahrscheinlichkeit* als ausreichend betrachtet. Sie ergibt sich einerseits aus dem Gesetz selbst und ist andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Die Beweiserleichterung setzt demnach eine «Beweisnot» voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können.<sup>10</sup> Dies gilt unabhängig davon, welche Partei beweisbelastet ist.<sup>11</sup> Der entsprechende Schwellenwert wird mit 75 % beziffert.<sup>12</sup>

Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist ferner von der Glaubhaftmachung abzugrenzen. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könn-

te.<sup>13</sup> Der Schwellenwert für die einfache Wahrscheinlichkeit im Rahmen der Glaubhaftmachung kann mit 51 % beziffert werden.<sup>14</sup>

Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen.<sup>15</sup>

Der Beweis der absichtlichen Herbeiführung des versicherten Ereignisses ist vom *Versicherer* zu erbringen. Dieser kann sich auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist. Diese Beweiserleichterung soll auch für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls (mit oder ohne Täuschungswille) gelten.<sup>16</sup> Auch im Zusammenhang mit der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs (mit den Tatbestandsmerkmalen der wahrheitswidrigen Darstellung von Fakten durch die versicherte Person und der Täuschungsabsicht) gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, wobei das Bundesgericht neuerdings wie folgt differenziert: Hinsichtlich der Täuschungsabsicht als innerpsychologisches Phänomen liegt eine Beweisnot vor und der Nachweis mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt. Beim Beweis der objektiven Voraussetzung der Darstellung von wahrheitswidrigen Fakten besteht demgegenüber keine generelle Beweisnot. Der Nachweis ist daher grundsätzlich mit dem strikten Beweismass zu erbringen.<sup>17</sup>

Da der Nachweis *rechtsbegründender* Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, genießt die beweispflichtige *anspruchsberechtigte Person* die Beweiserleichterung, dass sie *in der Regel* nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat.<sup>18</sup> So geht die Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalls davon aus, dass – namentlich bei der Diebstahlversicherung – in der Regel eine Beweisnot gegeben ist, so dass sich die Herabsetzung des Beweismasses rechtfertigt.<sup>19</sup> Allerdings kann der Versicherer im Rahmen des Gegenbeweises Indi-

<sup>6</sup> BGer 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.1.

<sup>7</sup> BGE 130 III 321 E. 3.2.

<sup>8</sup> CHRISTIAN LEU, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 2016 (zit. Dike-Komm.-BEARBEITER/IN), Art. 157 ZPO N 64.

<sup>9</sup> Dike-Komm.-LEU (FN 8), Art. 157 ZPO N 66.

<sup>10</sup> BGE 130 III 321 E. 3.2.

<sup>11</sup> BGer 4A\_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.4.1 (zur Publikation vorgelesen).

<sup>12</sup> Dike-Komm.-LEU (FN 8), Art. 157 ZPO N 73.

<sup>13</sup> BGE 140 III 610 E. 4.1 am Ende.

<sup>14</sup> Dike-Komm.-LEU (FN 8), Art. 157 ZPO N 80.

<sup>15</sup> BGE 130 III 321 E. 3.2.

<sup>16</sup> BGer 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3.

<sup>17</sup> BGer 4A\_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.4.3 (zur Publikation vorgelesen).

<sup>18</sup> BGE 130 III 321 E. 3.4.

<sup>19</sup> BGE 130 III 321 E. 3.2.

zien geltend machen, welche die Glaubwürdigkeit des Ansprechers erschüttern oder erhebliche Zweifel an seinen Schilderungen erwecken. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als überwiegend wahrscheinlich und damit nicht als bewiesen anerkannt werden und der Hauptbeweis ist gescheitert.<sup>20</sup>

In einem zur Publikation bestimmten Urteil vom 31. August 2021 – ohne dies näher zu begründen – wurde ausgeführt, eine behauptete Arbeitsunfähigkeit könne ohne weiteres mit einem entsprechenden Zeugnis bewiesen werden. Somit bestehe keine Beweisnot und diesbezüglich gelte das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung.<sup>21</sup>

Voraussetzung für den Leistungsanspruch einer *arbeitslosen* Person, die keinen Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung besitzt, ist, dass sie eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür nachweist, dass sie ohne Krankheit eine Erwerbstätigkeit ausüben würde. Sie hat mithin mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beweisen, dass sie eine Erwerbstätigkeit ausüben würde, wenn sie nicht krank wäre.<sup>22</sup> Dies gilt namentlich, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Erkrankung bereits arbeitslos war. War die versicherte Person im Zeitpunkt ihrer Erkrankung noch nicht arbeitslos, so profitiert sie von der tatsächlichen Vermutung, dass sie ohne Krankheit erwerbstätig wäre; die Versicherung kann diesbezüglich den Gegenbeweis antreten, der sich gegen die Vermutungsbasis oder die Vermutungsfolge richten kann.<sup>23</sup> Die Beweislastverteilung regelt die Folgen der Beweislosigkeit. Gelangt ein Gericht dagegen in Würdigung der Beweise zum Schluss, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos. Tatsächliche Vermutungen lassen den Schluss auf das Vorhandensein oder das Fehlen bestimmter Tatsachen zu und bilden Teil der Beweiswürdigung. Dazu gehört auch die Vermutung, wonach eine versicherte Person auch bei gesunder Verfassung keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre.<sup>24</sup>

#### IV. Beweismittel

##### A. Allgemeines

Im Zivilprozessrecht besteht – abgesehen von den Bestimmungen über Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – ein *numerus clausus* der Beweismittel. Art. 168 Abs. 1 ZPO nennt als zulässige

Beweismittel: Zeugnis (lit. a), Urkunde (lit. b), Augenschein (lit. c), Gutachten (lit. d), schriftliche Auskunft (lit. e) sowie Parteibefragung und Beweisaussage (lit. f). Diese Aufzählung ist abschliessend.<sup>25</sup>

##### B. Gutachten

Als *Gutachten* im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO und damit als Beweismittel gelten einzig vom Gericht eingeholte Gutachten. Privatgutachten sind zwar zulässig, aber nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptungen.<sup>26</sup> Umso bemerkenswerter ist ein Urteil des Bundesgerichts, in welchem ausgeführt wurde, ein vom Versicherungsträger in Auftrag gegebenes Gutachten stelle «als Urkunde gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. b und Art. 177 ff. ZPO ohne Weiteres ein taugliches Beweismittel» dar. Ob und – falls ja – inwiefern es zum Beweis einer rechtserheblichen Tatsache beitrage, sei eine Frage der (freien) Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO).<sup>27</sup>

Bewiesen werden müssen allerdings nur Tatsachenbehauptungen, die ausdrücklich bestritten sind. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden; die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Der Grad der Substantiierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substantiierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substantiierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird. Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden meist besonders substanziiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substanziiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substanziiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit – durch Beweismittel nachgewiesenen – Indizien den Beweis zu erbringen. Wer-

<sup>20</sup> BGE 130 III 321 E. 3.4.

<sup>21</sup> BGer 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1 am Ende (zur Publikation vorgesehen); s. dazu den Beitrag von BARBARA KOBEL, S. .

<sup>22</sup> BGE 141 III 241 E. 3.1.

<sup>23</sup> BGE 141 III 241 E. 3.2.3.

<sup>24</sup> BGE 141 III 241 E. 3.2.

<sup>25</sup> BGE 141 III 433 E. 2.5.1.

<sup>26</sup> BGE 141 III 433 E. 2.5.2.

<sup>27</sup> BGer 4A\_228/2021 vom 24. August 2021 E. 3.3.6.

den sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden.<sup>28</sup> Dies gilt namentlich, soweit in von einer Partei eingereichten Arztzeugnissen, fachärztlichen Berichten und dergleichen der Schluss aus einer gesundheitlichen Beeinträchtigung auf das Mass der Arbeitsunfähigkeit gezogen wird.<sup>29</sup>

Die durch BGE 141 III 433 geschaffene Rechtslage stösst in der Lehre auf Kritik.<sup>30</sup> Sie ist auch nach Ansicht des Bundesrats nicht befriedigend. Er schlägt deshalb vor, die Urkundenqualität von privaten Gutachten der Parteien ausdrücklich in Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO festzuhalten, womit auch eine Kohärenz zur sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung hergestellt werden solle.<sup>31</sup> Das Bundesgericht scheint dem zuzustimmen, dies mit der Begründung, dass zum Beweis der umstrittenen Arbeitsunfähigkeit oft lediglich von den Parteien selbst eingeholte ärztliche Äusserungen vorliegen dürften, die aber ohne durch Beweismittel nachgewiesene Indizien lediglich Parteibehauptungen darstellen, worauf das Gericht dieses Beweisvakuum grundsätzlich durch die Einholung eines von den Parteien beantragten gerichtlichen Gutachtens über den (dannzumaligen) Gesundheitszustand des Versicherten beheben muss, was zu Verteuerungen und Verzögerungen führen kann, wobei insbesondere die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens retrospektiv oftmals in Frage gestellt ist.<sup>32</sup>

Das Zivilgericht darf ein *Dritt-Gutachten*, also ein von einer anderen Behörde in Auftrag gegebenes und in einem anderen Verfahren erstattetes Gutachten (etwa ein im Strafverfahren eingeholtes verkehrstechnisches Gutachten oder eine von einem Sozialversicherungsträger veranlasste medizinische Expertise), als gerichtliches Gutachten beiziehen. Die Beweistauglichkeit solcher Fremdgutachten wird dadurch nicht in Frage gestellt, dass den Parteien diesbezüglich im Hauptprozess das rechtliche Gehör zu gewähren ist, wozu ausser einer Stellungnahme zum Inhalt des Fremdgutachtens (Art. 187 Abs. 4 ZPO) auch die Möglichkeit gehört, sich nachträglich noch zur Person des Gutachters (Art. 183 Abs. 2 ZPO) zu äussern und Ergänzungsfragen (Art. 185 Abs. 2

ZPO) zu stellen. Fremdgutachten sind mithin ebenso beweistauglich wie die vom Zivilgericht selbst eingeholten Gutachten, wobei sich ihre Beweiskraft nach dem Grundsatz der freien Beweismittelwürdigung (Art. 157 ZPO) richtet und ein neues Gutachten zu denselben Gutachterfragen angeordnet werden kann, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen eines Fremdgutachtens einer kritischen Würdigung nicht standhalten.<sup>33</sup>

### C. Weitere Beweismittel

Das *Arztzeugnis* wird beweisrechtlich den Zeugniskunden, denen im Beweisverfahren mit einer gewissen Zurückhaltung zu begegnen ist, zugeordnet und gilt im Bereich des Zivilprozessrechts gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Privatgutachten.<sup>34</sup> Nach der Lehre beweisen Arztzeugnisse grundsätzlich nur, dass die Erklärung von der ausstellenden Person abgegeben wurde.<sup>35</sup> Aufgrund des Fachwissens der ausstellenden Person sowie der strafrechtlichen Sanktion (Art. 318 StGB) kann zunächst von der Richtigkeit eines Arztzeugnisses ausgegangen werden. Der Beweiswert kann jedoch durch irgendwelche Beweismittel und Umstände erschüttert werden, wenn beispielsweise der Arzt den Patienten nicht untersucht und ausschliesslich auf dessen Aussagen abgestellt hat oder bei widersprüchlichem Verhalten des Patienten während bescheinigter Arbeitsunfähigkeit. Diesfalls hat der Beweisführer bei unveränderter Beweislast den vollen Beweis für die mit dem Arztzeugnis bescheinigten Tatsachen zu erbringen. Die Erfahrungstatsache, wonach «Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen», beruht auf der allgemeinen Lebenserfahrung, die nicht vom anwendbaren Prozessrecht abhängig ist. Im zivilprozessualen Bereich ist ihr bei der Beweismittelwürdigung, entsprechend den Umständen des konkreten Falls, Rechnung zu tragen. Dabei darf diese Erfahrungstatsache aber nicht dahingehend (miss-)verstanden werden, dass Berichten von Hausärzten in jedem Fall zu misstrauen und ihnen von vornherein ohne nähere, willkürfreie Begründung jegliche Glaubwürdigkeit abzusprechen wäre. Wird dieser Rahmen beachtet, ist nicht zu beanstanden, wenn diese Erkenntnis auch in Verfahren berücksichtigt wird, die der Zivilprozessordnung unterstehen.<sup>36</sup>

Auch Berichte von *Fachärzten*, welche die Taggeldversicherer *beraten*, sind als blosser Parteibehauptungen zu qualifizieren.<sup>37</sup>

<sup>28</sup> BGE 141 III 433 E. 2.6.

<sup>29</sup> BGE 4A\_601/2018 vom 13. März 2019 E. 4.1.3.

<sup>30</sup> MARIA LONDIS, Das (Partei-)Gutachten im Sozial- und Privatversicherungsrecht, Beweiswert von Gutachten in der Sozial- und Privatversicherung am Beispiel der Krankentaggeldversicherung, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht (JaSo) 2017, Zürich/St. Gallen 2017, 225 ff., 236 f.; KATHARINA ANNA ZIMMERMANN, Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, Begriff und Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) unter besonderer Berücksichtigung der Einzel- und der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach VVG, Zürich/St. Gallen 2022, N 517.

<sup>31</sup> Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 ff., 2751 f.

<sup>32</sup> BGE 4A\_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 4.2.

<sup>33</sup> BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3.

<sup>34</sup> BGE 4A\_19/2021 vom 6. April 2021 E. 6.3.

<sup>35</sup> BGE 4A\_571/2016 vom 23. März 2017 E. 4.2.

<sup>36</sup> BGE 4A\_571/2016 vom 23. März 2017 E. 4.2 am Ende; vgl. auch: STEPHAN HARTMANN, Arztzeugnisse und medizinische Gutachten im Zivilprozess, AJP 2018, 1339 ff.

<sup>37</sup> BGE 4A\_571/2016 vom 23. März 2017 E. 3.2 am Ende.

Enthalten von Ärzten verfasste Dokumente Informationen zu Tatsachen, die das Gericht nicht in gleicher Weise von einem gerichtlichen Gutachter erhältlich machen könnte, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Privatgutachten nicht einschlägig. Dies gilt beispielsweise für Berichte der behandelnden Ärzte über die durchgeführten Behandlungen. Zwar könnten theoretisch auch die durchgeführten Behandlungen Gegenstand eines Gutachtens bilden. Die Beantwortung der Fragen durch eine Gutachterin würde aber – im Gegensatz zu den Berichten der behandelnden Ärzte – nicht auf eigenen echtzeitlichen Wahrnehmungen der konkret handelnden Personen beruhen, sondern vielmehr auf den Aussagen und Berichten derselben beziehungsweise auf anderen nachträglichen Untersuchungen des Experten. Inwieweit von den behandelnden Ärzten diesbezüglich verfasste Dokumente zulässige Beweismittel darstellen, bestimmt sich nicht mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Gutachten, sondern nach den allgemeinen Regeln, aber nur in Bezug auf die Fragen, die nicht in gleicher Weise zum Gegenstand eines Gutachtens gemacht werden können. Sämtliche Schlüsse, die aufgrund des medizinischen Fachwissens gezogen werden, namentlich auch der abstrakte Schluss aus einer gesundheitlichen Beeinträchtigung auf das Mass der Arbeitsunfähigkeit, können Gegenstand eines gerichtlichen Gutachtens sein. Insoweit kommt die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Parteigutachten zum Zug.<sup>38</sup>

## V. Vorsorgliche Beweisführung

Nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO soll nicht bloss eine vage Abschätzung der Prozesschancen ermöglichen, sondern eine eigentliche Abklärung der Prozessaussichten im Allgemeinen und der Beweisaussichten im Besonderen. Eine solche kann dabei aber nur mit der vorsorglichen Abnahme von Beweismitteln erreicht werden, welche zum Beweis der anspruchsbegründenden Tatsache tauglich sind und sich auch eignen, im Beweisverfahren eines allfälligen Hauptprozesses eine tragende Rolle zu spielen. Dies gilt ganz besonders, wenn solche Klärung eine Expertise erfordert. Nur so lassen sich aussichtslose Prozesse vermeiden, sei dies durch Förderung der Bereitschaft der Gesuchstellerin, auf Klageerhebung zu verzichten, oder aber der Bereitschaft beider Parteien, sich zu vergleichen. Ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin an der vorsorglichen Abnahme

eines gerichtlichen Gutachtens i.S.v. Art. 183 ff. ZPO an solchen Gutachten lässt sich daher nicht willkürlich verneinen, sofern sie glaubhaft gemacht hat, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Beschwerdegegnerin gewährt.<sup>39</sup>

## VI. Antizipierte Beweiswürdigung

### A. Allgemeines

Gemäss dem Recht auf Beweis (Art. 152 ZPO) hat die beweispflichtige Partei einen bundesrechtlichen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht. Dieser Anspruch schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus. Von einer solchen kann allerdings nur dort die Rede sein, wo das Gericht zum Schluss kommt, ein form- und fristgerecht beantragter und an sich tauglicher Beweis vermöge seine aufgrund der bereits abgenommenen Beweise gewonnene Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer behaupteten und bestrittenen Tatsache nicht zu erschüttern. Keine vorweggenommene Beweiswürdigung, sondern eine Verletzung des Rechts auf Beweis liegt demgegenüber vor, wenn das Gericht objektiv taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl es die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet.<sup>40</sup>

Wenn ein Gericht darauf verzichtet, beantragte Beweise abzunehmen, weil es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde, ist der Beweisführungsanspruch nicht verletzt. Das Bundesgericht ordnet die antizipierte Beweiswürdigung, soweit seine Kognition betreffend, der Sachverhaltsfeststellung respektive Beweiswürdigung zu und greift in diese entsprechend nur ein, wenn sie willkürlich ist.<sup>41</sup> Dass ein Gericht auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil es auf Grund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde, stellt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> BGer 4A\_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 5.3.

<sup>39</sup> BGE 140 III 24 E. 3.3.3 = BGE 140 III 16 E. 2.5.

<sup>40</sup> BGE 143 III 297 E. 9.3.2.

<sup>41</sup> BGer 4A\_413/2021 vom 23. November 2021 E. 4.

<sup>42</sup> BGE 136 I 229 E. 5.3.

## B. Im Hinblick auf Gerichtsgutachten

Für die antizipierte Beweiswürdigung ist nicht massgebend, ob die vorhandenen Berichte Nachweis der Arbeitsunfähigkeit zu erbringen vermögen, sondern ob die vorhandene Dokumentation eine taugliche Grundlage bildet, auf der ein Gutachter die Arbeitsfähigkeit rückwirkend einschätzen kann, so dass gestützt auf das Gerichtsgutachten der Beweis als erbracht angesehen werden kann. Es geht mithin nicht um die Frage, ob ein gerichtlicher Experte nachträglich gestützt auf Arztberichte zuverlässige Schlüsse in Bezug auf die ihm unterbreiteten Fragen ziehen kann. Auch ein Bericht, dem kein oder nur ein geringer Beweiswert zukommt, kann unter Umständen eine taugliche Grundlage für ein Gerichtsgutachten bilden, namentlich wenn er glaubwürdig Untersuchungen und Beobachtungen festhält, die es dem Gutachter erlauben, daraus zuverlässige Schlüsse zu ziehen.<sup>43</sup>

Massgebend ist auch nicht, ob die Art der Darstellung beziehungsweise der Detaillierungsgrad von Arztberichten es dem Gericht selbst erlaubt, die darin gezogenen Schlüsse nachzuvollziehen und als erwiesen anzusehen, sondern ob sie einer Expertin erlauben, die Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Berichtes zuverlässig zu beurteilen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb die echtzeitliche medizinische Dokumentation in einem Parteigutachten einem Gerichtsgutachter nicht ermöglichen sollte, retrospektiv zu beurteilen, welche Arbeitsunfähigkeit in diesem Zeitpunkt gegeben war, und ob die im Privatgutachten gezogenen Schlüsse zutreffen.<sup>44</sup>

Für die Beweistauglichkeit eines nachträglichen Gerichtsgutachtens ist nicht die Nachvollziehbarkeit der in den Berichten gezogenen Schlüsse massgebend, sondern, ob die Berichte glaubwürdige echtzeitliche Beobachtungen enthalten, die es dem Gutachter erlauben, die ihm unterbreiteten Fragen zu beantworten. In diesem Zusammenhang kann zwar eine Rolle spielen, ob die Berichte detailliert oder nur stichwortartig sind. In antizipierter Beweiswürdigung kann dem Gerichtsgutachten aber nur die Beweistauglichkeit abgesprochen werden, wenn die stichwortartige Aufzählung auch einer Expertin nicht genügen würde, um daraus verlässliche Schlüsse über die Arbeitsunfähigkeit zu ziehen, und wenn kein Fachwissen notwendig ist, um dies zu beurteilen.<sup>45</sup>

Zur Tauglichkeit von Gerichtsgutachten hat sich das Bundesgericht in unterschiedlicher Weise geäussert:

- Der Gutachter hätte lediglich aufgrund der vorhandenen medizinischen Unterlagen eine retrospektive

Einschätzung abgeben können, die – in Anbetracht des langen Zeitablaufs – von einer erheblichen Unschärfe geprägt wäre, weshalb ihr Beweiswert im Vergleich zu den echtzeitlichen Angaben deutlich geschmälert wäre.<sup>46</sup>

- Der vorinstanzliche Schluss, ein Gerichtsgutachten vermöchte am Beweisergebnis ohnehin nichts zu ändern, ist nicht offensichtlich unhaltbar (mithin willkürlich).<sup>47</sup>
- Die (abstrakte) Schlussfolgerung vom geschilderten Krankheitsverlauf beziehungsweise der gesundheitlichen Beeinträchtigung auf das Mass der Arbeitsunfähigkeit ist eine Frage, die zum Gegenstand eines Gerichtsgutachtens gemacht werden könnte. Auch ergibt sich aus der Begründung der Vorinstanz nicht, weshalb es einem Gerichtsgutachter nicht möglich sein sollte – auch zum heutigen Zeitpunkt – aufgrund der vorliegenden ärztlichen Berichte die Arbeitsfähigkeit der Beschwerdegegnerin in einem Aktgutachten zu beurteilen.<sup>48</sup>

Ob die Eignung eines Gerichtsgutachtens, die Frage der Arbeitsunfähigkeit zu beantworten, vom Bundesgericht (auch?) vom zeitlichen Abstand zwischen dem zu beurteilenden Zeitraum und der Veranlassung beziehungsweise Erstattung des Aktgutachtens abhängig gemacht wird, erscheint im Lichte der angeführten Fälle eher fraglich. Keine bundesgerichtlichen Äusserungen finden sich schliesslich, soweit ersichtlich, zum Umstand, dass infolge der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 114 lit. e ZPO) die Kosten solcher Gutachten stets von der Gerichtskasse übernommen werden müssen. Um den damit verbundenen allfälligen Fehlreiz zu vermeiden, wird postuliert, den nicht schutzbedürftigen Versicherungsträger von der Kostenbefreiung auszunehmen und diese nur der versicherten Person zukommen zu lassen.<sup>49</sup> Dies wird in der Lehre zumindest als prüfungswert erachtet, würde allerdings eine Gesetzesänderung erfordern.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.6.2.1.

<sup>44</sup> BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.6.2.2.

<sup>45</sup> BGer 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.6.2.3.

<sup>46</sup> BGer 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.2 (zwischen dem zu beurteilenden Zeitraum und der Klageerhebung lagen rund 1 ½ Jahre).

<sup>47</sup> BGer 4A\_413/2021 vom 23. November 2021 E. 4 (zwischen dem zu beurteilenden Zeitraum und der Klageerhebung lagen rund 1 ½ Jahre).

<sup>48</sup> BGer 4A\_255/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 6.3.5 (zwischen dem zu beurteilenden Zeitraum und der Klageerhebung lagen rund 1 ½ Jahre).

<sup>49</sup> MIRIAM LENDFERS, Kosten im Klageverfahren zur sozialen Krankenversicherung, Einige verfahrensrechtliche Aspekte, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht (JaSo) 2020, Zürich/St. Gallen 2020, 255 ff., 264 ff.

<sup>50</sup> ZIMMERMANN (FN 30), N 543.