

# **BGer 4A\_12/2020 vom 2. Juni 2021**

Bundesgericht, 2021-06-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_12\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_12_2020)

FR: TF 4A\_12/2020 du 2 juin 2021

IT: TF 4A\_12/2020 del 2 giugno 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerdeschrift hat ein Rechtsbegehren zu enthalten ( Art. 42 Abs. 1 BGG ). Da die Beschwerde in Zivilsachen ein reformatorisches Rechtsmittel ist ( Art. 107 Abs. 2 BGG ), darf sich die beschwerdeführende Partei grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern muss einen Antrag in der Sache stellen. Ein blosser Rückweisungsantrag reicht ausnahmsweise aus, wenn das Bundesgericht im Falle der Gutheissung in der Sache nicht selbst entscheiden könnte, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen ( BGE 136 V 131 E. 1.2; 134 III 379 E. 1.3; 133 III 489 E. 3.1; je mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerin stellt als Hauptantrag einen Rückweisungsantrag, gleichzeitig führt sie aber aus, sie halte an den erstinstanzlich gestellten Rechtsbegehren fest. Da sich diese aus den Feststellungen des angefochtenen Entscheides ergeben, die das Bundesgericht seinem Entscheid zugrundelegen hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), ist dem Erfordernis eines materiellen Antrags Genüge getan.

### **E. 2**

Nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts sind sowohl dieses selbst als auch die kantonalen Instanzen an die rechtliche Beurteilung, mit der die Rückweisung begründet wurde, gebunden. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es ihnen wie auch den Parteien, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren ( BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; 135 III 334 E. 2 und 2.1 mit Hinweisen).

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hielt fest, das Bundesgericht habe die Sache zurückgewiesen, damit das Gericht die inhaltlichen Einwände der Beschwerdeführerin gegen das Parteigutachten behandle und über die Beweistauglichkeit des Gerichtsgutachtens neu entscheide. Hingegen habe das Bundesgericht erwogen, es sei nicht offensichtlich unhaltbar, wenn das Gericht trotz der angeführten Arztberichte Zweifel an den Behauptungen der Beschwerdeführerin hege, zumal das Parteigutachten der Beschwerdegegnerin zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen komme.

#### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hielt fest, es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin bis zum 21. Mai zu 100 % arbeitsunfähig gewesen sei. Zu prüfen sei, ob zwischen dem 22. Mai 2015 bis 31. Mai 2016 aufgrund einer psychischen Erkrankung eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen sei. Sodann listete die Vorinstanz auf, was den eingereichten Berichten und

Arztzeugnissen zu entnehmen sei. Danach fasste sie die von der Beschwerdeführerin gegen das Gutachten C.\_\_\_\_\_ vorgebrachten Einwände zusammen, setzte sich mit diesem Privatgutachten auseinander und kam zum Schluss, es erweise sich als nicht schlüssig, und es sei insbesondere aufgrund der ungenauen Erhebungen durch den Gutachter nicht geeignet, einem psychiatrischen Gerichtsgutachten als Grundlage zu dienen. Sodann prüfte die Vorinstanz, ob die von den Parteien eingereichten Unterlagen als Grundlage für ein Gerichtsgutachten herangezogen werden könnten. Sie hielt fest, einzig dem Bericht des Spitals D.\_\_\_\_\_ könnten eigene Beobachtungen der behandelnden Fachpersonen entnommen werden. Allerdings decke der Beobachtungszeitraum lediglich fünf Wochen ab, weshalb gestützt darauf allein kein psychiatrisches Gerichtsgutachten, das den Gesundheitszustand sowie die Arbeitsfähigkeit zwischen dem 22. Mai 2015 und dem 31. Mai 2016 abbilden sollte, erstellt werden könne. Zusammenfassend kam die Vorinstanz zum Schluss, von einem Gerichtsgutachten seien keine neuen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb darauf zu verzichten sei und es der Beschwerdeführerin nicht gelinge zu beweisen, dass sie überwiegend wahrscheinlich über den 21. Mai 2015 hinaus arbeitsunfähig gewesen sei. Entsprechend wies die Vorinstanz die Klage ab.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Beweiswürdigung in Bezug auf die von ihr eingebrachten medizinischen Berichte. Sie macht geltend, in ihrem Ersturteil habe die Vorinstanz den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit zwar nicht nur, aber doch zu einem überwiegenden Teil, gestützt auf das Parteigutachten der Beschwerdegegnerin für gescheitert erachtet.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin zitiert zwei Stellen aus dem Erstentscheid mit folgendem Inhalt:

"Der Beweiswert der vorhandenen rudimentären Beurteilungen der behandelnden Ärzte wird hier zusätzlich durch die Vorbringen geschmälert, welche die Beklagte mit dem Privatgutachten von Dr. C.\_\_\_\_\_ vom Mai 2015 [...] und mit Dr. C.\_\_\_\_\_s ergänzender Stellungnahme vom September 2015 [...] ins Verfahren einbringt. Dr. C.\_\_\_\_\_ erhob eine sorgfältige Anamnese und eigene Befunde und legte nachvollziehbar dar, dass keine Diagnose mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit vorliege und die Klägerin spätestens ab dem 22. Mai 2015 vollständig arbeitsfähig sei."

"Soweit die Klägerin mit dem Bericht der Fachpersonen des Spitals D.\_\_\_\_\_ vom Juli 2015 [...], welche einen Verdacht auf eine bipolare affektive Störung, gegenwärtig hypomanische Episode, diagnostizierten, eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit zu beweisen versucht, kann ihr mit Verweis auf das Schreiben von Dr. C.\_\_\_\_\_ von September 2015 [...] nicht gefolgt werden."

#### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, mit der im angefochtenen Entscheid erfolgten Neueinschätzung des Parteigutachtens habe sich die Ausgangslage für die Würdigung der Berichte verändert, indem die eingebrachten Berichte nunmehr als solche, ohne das entgegenstehende Gutachten, zu würdigen seien. Die Vorinstanz übergehe diese Frage jedoch und prüfe direkt die Frage, ob die medizinischen Berichte eine genügende Grundlage für ein gerichtliches Gutachten darstellten. Offenbar gehe die Vorinstanz trotz Wegfall des Einwands des Parteigutachtens C.\_\_\_\_\_ gegen den Beweiswert der von der

Beschwerdeführerin eingebrachten echtzeitlichen medizinischen Dokumentation immer noch von der Prämisse aus, die medizinischen Berichte seien zum Nachweis der attestierten Arbeitsunfähigkeit nicht ausreichend. Eine solche Annahme, die nicht im Rahmen einer Beweiswürdigung begründet werde, sei ein unzulässiger Willkürentscheid. Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang auch eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin beanstandet den angefochtenen Entscheid in diesem Punkt zu Recht:

#### **E. 3.3.1**

Im Rückweisungsentscheid (E. 2.7) hat das Bundesgericht sowohl die antizipierte Beweiswürdigung der Vorinstanz als auch die Würdigung des Parteigutachtens beanstandet beziehungsweise jedenfalls eine ungenügende Begründung gerügt. Die Rückweisung erfolgte, damit die Vorinstanz einerseits die inhaltlichen Einwände gegen das Parteigutachten behandle und andererseits über die Beweistauglichkeit des Gerichtsgutachtens neu entscheide. Zuvor (E. 2.5) hatte das Bundesgericht festgehalten, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung der von der Beschwerdeführerin angerufenen Berichte der behandelnden Ärzte unter anderem auf das davon abweichende Privatgutachten abgestellt. Sie habe angenommen, auch mit einem Gutachten könne rückwirkend der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit nicht gelingen. Wäre sie davon ausgegangen, mit den eingereichten Arztberichten und einem Gerichtsgutachten liesse sich der Beweis der Arbeitsunfähigkeit auch unabhängig vom Inhalt des Parteigutachtens nicht nachweisen, hätte sie dies in ihrer Begründung zum Ausdruck bringen müssen, um eine sachgerechte Anfechtung zu ermöglichen. Es sei daher davon auszugehen, dass dem Parteigutachten für das Scheitern des Beweises eine entscheidende Bedeutung zugekommen sei.

#### **E. 3.3.2**

Im angefochtenen Entscheid kam die Vorinstanz nunmehr zum Ergebnis, das Privatgutachten C.\_\_\_\_\_ sei nicht schlüssig. Dennoch erachtete sie den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit als gescheitert. Dem Parteigutachten kommt für das Scheitern des Beweises nunmehr offensichtlich keine entscheidende Bedeutung mehr zu. Insoweit hat die Vorinstanz ihre ursprüngliche Begründung abgeändert. Sie scheint davon auszugehen, das Bundesgericht sei im Rückweisungsentscheid unabhängig von der Schlüssigkeit des Privatgutachtens zum Ergebnis gelangt, die Beschwerdeführerin vermöge nicht aufzuzeigen, dass das Gericht in Willkür verfallen sei, wenn es den Beweis für ihre Behauptungen aufgrund der angeführten Arztzeugnisse nicht für erbracht erachte. Damit verkennt sie die Tragweite des Rückweisungsentscheides. Dieser hat nicht beurteilt, ob es willkürlich wäre, angesichts eines

nicht schlüssigen Privatgutachtens Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit zu haben, falls kein Gerichtsgutachten erstellt werden kann. Er erachtete die Zweifel an den Vorbringen der Beschwerdeführerin als nicht willkürlich, zumal das Parteigutachten der Beschwerdegegnerin zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen komme. Zwar thematisierte er die Kausalität des Privatgutachtens im Zusammenhang mit einem allfälligen Gerichtsgutachten. Die Rückweisung erfolgte aber auch, um auf die inhaltlichen Einwände gegen das Privatgutachten einzugehen. Diesen käme keine Bedeutung zu, wenn die Beweistauglichkeit der eingereichten Unterlagen bereits im Erstentscheid unabhängig

von der Schlüssigkeit des Privatgutachtens C.\_\_\_\_\_ verneint worden wäre. Davon ging der Rückweisungsentscheid nicht aus, und deswegen waren die Einwände gegen das Privatgutachten zu prüfen. Ansonsten hätte nur geprüft werden müssen, ob es eine Grundlage für ein gerichtliches Gutachten bilden konnte.

### **E. 3.3.3**

Wollte die Vorinstanz ihren Entscheid darauf abstützen, dass die eingereichten Unterlagen ohne ein Gerichtsgutachten auch unabhängig vom Privatgutachten C.\_\_\_\_\_ nicht geeignet seien, den Beweis der Arbeitsunfähigkeit zu erbringen, hätte sie begründen müssen, weshalb die Unterlagen nach wie vor zum Beweis nicht ausreichen, obwohl ihr Beweiswert nicht mehr durch ein schlüssiges Privatgutachten geschmälert wird. Und sie hätte darlegen müssen, inwiefern den Vorbringen der Beschwerdeführerin nach wie vor "mit Verweis auf das Schreiben von Dr. C.\_\_\_\_\_" geantwortet werden kann, obwohl sich dessen Einschätzung im Privatgutachten als nicht schlüssig erwiesen hat. Die Vorinstanz hat die Tragweite des Rückweisungsentscheides in Bezug auf die Prüfung der Einwände gegen das Gutachten C.\_\_\_\_\_ verkannt und ihren Entscheid nicht hinreichend begründet.

## **E. 4**

Sodann rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Rechts auf Beweisabnahme. Sie legt im Einzelnen dar, weshalb die von ihr eingereichten Unterlagen eine taugliche Grundlage für ein Gutachten bilden sollen.

### **E. 4.1**

Allerdings beschränkt sie sich im Wesentlichen darauf, der Meinung der Vorinstanz ihre eigene Auffassung entgegenzusetzen. Das ist unzulässige, appellatorische Kritik. Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, die Vorinstanz hätte allgemein (auch bei der Würdigung der übrigen Berichte) vom Normalfall ausgehen müssen, wonach sich die mitunter aufgrund der Schilderungen der Beschwerdeführerin gemachten Angaben zugleich mit den eigenen Beobachtungen der untersuchenden Personen deckten. Geht aus einem Bericht nicht klar hervor, inwiefern sich die untersuchende Person auf eigene Beobachtung oder ausschliesslich auf die Angaben der untersuchten Person stützt, ist es nicht offensichtlich unhaltbar (vgl. zum Begriff der Willkür: BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1 ; 129 I 8 E. 2.1), den Bericht allein nicht als taugliche Grundlage für ein Gutachten zu betrachten - jedenfalls soweit es nicht nur darum geht, welche Angaben die Patientin gemacht hat.

Die Beschwerdeführerin wendet ein, in der Psychiatrie komme dem Gespräch und den Schilderungen durch die betroffene Person zentrale Bedeutung zu, wobei der Arzt in der Regel durch seine Beobachtungen deren Glaubhaftigkeit validiere und erst danach eine Diagnose stelle oder seinen Bericht schreibe. Es wäre daher absurd, praktisch jeden psychiatrischen Bericht als beweisuntauglich zu werten mit der Begründung, dieser beruhe auf Schilderungen der Patientin. Sie verkennt, dass es hier nicht um die Beweistauglichkeit des Berichts geht, sondern um dessen Tauglichkeit als Grundlage für eine retrospektive Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch ein Gerichtsgutachten. Tauglich ist ein Bericht, aus dem klar hervorgeht, welches die Angaben der Patientin und welches die persönlichen Beobachtungen des untersuchenden Arztes sind, mit denen er die Angaben der Patientin validiert hat. Dies ermöglicht dem Gutachter zu beurteilen, ob die vom untersuchenden Arzt gemachten Beobachtungen tatsächlich erlauben, die Angaben der Patientin als erstellt

anzusehen. Dass den Berichten diese Qualität zukommt, wird in der Beschwerde nicht rechtsgenügend aufgezeigt. Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin, soweit sie mit Blick auf die soziale Untersuchungsmaxime ( Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO ) verlangt, die Vorinstanz hätte gestützt auf das Angebot eines behandelnden Arztes von diesem weitere Unterlagen anfordern oder die Beschwerdeführerin zu deren Edition anhalten müssen. Die Beschwerdeführerin war anwaltlich vertreten. Sie zeigt nicht rechtsgenügend auf, weshalb die Vorinstanz unter diesen Voraussetzungen hätte annehmen müssen, die Vorbringen der Beschwerdeführerin seien unvollständig. Auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs wird insoweit nicht hinreichend dargetan.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hält aber selbst fest, dem Bericht des Spitals D.\_\_\_\_\_ (vom 28. Juli 2015) könnten eigene Beobachtungen der behandelten Fachpersonen entnommen werden. Allerdings deckte der Beobachtungszeitraum lediglich fünf Wochen ab, weshalb gestützt darauf allein kein psychiatrisches Gerichtsgutachten, welches den Gesundheitszustand sowie die Arbeitsunfähigkeit zwischen dem 22. Mai 2015 und dem 31. Mai 2016 abbilden sollte, erstellt werden könne. Diese Begründung ist rechtlich nicht schlüssig, denn sie impliziert, ein Gerichtsgutachten sei nur anzuordnen, wenn es den Gesundheitszustand sowie die Arbeitsunfähigkeit während des gesamten Zeitraums zwischen dem 22. Mai 2015 und dem 31. Mai 2016 abbilden könnte. Da auch eine teilweise Gutheissung der Klage denkbar ist, genügt es indessen, wenn aufgrund eines für die Beschwerdeführerin positiv ausfallenden Gutachtens die Anspruchsvoraussetzungen nur für einen Teil der streitigen Zeitspanne nachgewiesen werden könnten. Zudem übersieht die Vorinstanz, dass ein für die Beschwerdeführerin positives Gutachten, auch wenn es nur einen bestimmten Zeitraum abdeckt, allenfalls den Beweiswert der übrigen Dokumente beeinflussen könnte, zumal unter Umständen selbst blosser Parteibehauptungen zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen vermögen ( BGE 141 III 433 E. 2.6). Auf diese Frage geht der angefochtene Entscheid nicht ein.

#### **E. 4.3**

Mit Schreiben vom 10. Juni 2015 teilte die Versicherung der Versicherten mit, ab dem 22. Mai 2015 bestehe keine Arbeitsunfähigkeit und würden die Taggelder eingestellt. Die Beschwerdeführerin befand sich gemäss dem Bericht des Spitals D.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2015 seit dem 24. Juni 2015 in Behandlung in der Psychiatrischen Tagesklinik E.\_\_\_\_\_. Weshalb ein Gerichtsgutachten, das entgegen dem Privatgutachter in dessen am 31. Mai 2015 erstatteten Gutachten sowie der Stellungnahme vom 4. September 2015 zum Bericht der Fachperson des Spitals D.\_\_\_\_\_, eine relevante Arbeitsunfähigkeit im Beobachtungszeitpunkt bestätigen würde, nicht geeignet sein sollte, einen über den 22. Mai 2015 hinausgehenden Taggeldanspruch nachzuweisen, erschliesst sich aus dem angefochtenen Entscheid nicht. Unterstellt man, das Gutachten falle zu Gunsten der Beschwerdeführerin aus und anerkenne im Beobachtungszeitraum eine Einschränkung der Arbeitsunfähigkeit, die sich nicht auf nicht versicherte Gründe zurückführen lässt, müsste zumindest eine teilweise Gutheissung erfolgen, und es wäre zu prüfen, ob gestützt auf eine im Beobachtungszeitraum festgestellte Arbeitsunfähigkeit mit Blick auf die übrigen Dokumente auch eine darüberhinausgehende Arbeitsunfähigkeit überwiegend wahrscheinlich erscheint. Dies kann auch davon abhängen, wie der Gutachter die Besserungsaussichten beurteilt. Auch insoweit geht der angefochtene Entscheid nicht auf die massgebenden Punkte ein. Der Verzicht, das von der Beschwerdeführerin beantragte

Gerichtsgutachten anzuordnen, lässt sich so nicht rechtfertigen.

#### **E. 5**

Die Beschwerde erweist sich im Wesentlichen als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben, und die Sache ist zur Anordnung eines Gerichtsgutachtens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig. Zuzugewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist die Parteientschädigung direkt dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zuzusprechen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_389/2014 vom 9. September 2014 E. 4 mit Hinweis, publ. in: SJ 2015 I S. 13 ff. S. 17; zit. Urteil 4A\_66/2018 E. 4). Der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann damit nur im Falle der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung Bedeutung zukommen.

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