

# **FR\_GERICHTE 608 2021 125 vom 13. Oktober 2022**

FR Kantonsgericht, 2022-10-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_608\\_2021\\_125](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2021_125)

FR: FR\_GERICHTE 608 2021 125 du 13 octobre 2022

IT: FR\_GERICHTE 608 2021 125 del 13 ottobre 2022

## **Regeste**

Urteil des II. Sozialversicherungsgerichtshofes des Kantonsgerichts |  
Zusatzkrankenversicherung VVG

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Zu beurteilen ist die Leistungspflicht aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung. Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG; SR 832.12) dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) (vgl. auch Art. J2 Lemma 3 AVB). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (Urteile BGer 4A\_637/2020 vom 10. Mai 2021 E. 1.1; 4A\_38/2015 vom 25. Juni 2015 E. 2), womit die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272) die massgebliche Verfahrensordnung bildet (Art. 1 lit. a ZPO; BGE 138 III 558 E. 3.2, bestätigt in BGE 141 III 433 E. 2.4). Das Kantonsgericht, II. Sozialversicherungsgerichtshof, ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG zuständig (Art. 31 ZPO und Art. 7 ZPO i.V.m. Art. 53 Abs. 1 des kantonalen Justizgesetzes vom 31. Mai 2010 [JG; SGF 130.1] und Art. 28 Abs. 1 lit. e des Reglements für das Kantonsgericht vom 22. November 2012 betreffend seine Organisation und seine Arbeitsweise [RKG; SGF 131.11]), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 E. 4; Urteile BGer 4A\_394/2012 vom 4. Oktober 2012 E. 3; 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 2.2). Auch die Allgemeinen Vertragsbedingungen bestätigen die Klagemöglichkeit am schweizerischen Wohn- oder Arbeitsort des Versicherungsnehmers bzw. Anspruchsberechtigten (Art. J1 Ziff. 2 AVB).

### **E. 1.2**

Die Klage ist am 6. Juli 2021 formrichtig durch den rechtsgültig vertretenen Kläger beim örtlich und sachlich zuständigen Kantonsgericht erhoben worden. Die Partei- und Prozessfähigkeit des Klägers sowie der Beklagten ist ohne weiteres gegeben. Auf die Klage ist einzutreten.

### **E. 2**

Mit Klageantwort vom 2. November 2021 erhob die Beklagte die Verjährungseinrede. Nachdem der Kläger mit Replik vom 2. Dezember 2021 mehrere Betreibungsbegehren – namentlich auch das Betreibungsbegehren vom 31. Mai 2016 in der Betreibung Nr. 000 des Betreibungsamtes der Stadt

Kantonsgericht KG Seite 6 von 18 Winterthur – zu den Akten gereicht hatte, zog die Beklagte die Verjährungseinrede mit Duplik vom 11. März 2022 ausdrücklich zurück. Die Frage einer allfälligen Verjährung der eingeklagten Forderung ist damit nicht weiter zu prüfen.

### **E. 3**

Anlässlich der öffentlichen Verhandlung vom 8. September 2022 stellte der Kläger der Antrag, es seien die vom Gericht zum Verfahren beigezogenen Gerichtsakten des Verfahrens betreffend Invalidenversicherung (608 2021 92) aus den Akten zu weisen. Dieser Antrag wurde abgewiesen. Dies deshalb, weil es der Kläger war, der in seinen Rechtsschriften wiederholt beantragte, es seien die Akten der Invalidenversicherung zum Verfahren beizuziehen; auch verwies er selbst wiederholt auf das Beschwerdeverfahren vor Kantonsgericht (so namentlich auf die Beschwerde vom 10. Mai 2021 und das Urteil des Kantonsgerichts vom 4. Juli 2022; Klage S. 5 und 6 und Sachverhaltsergänzung vom 8. September 2022 S. 1). Um sicherzustellen, dass in vorliegendem Verfahren die gesamten medizinischen Akten des Invalidenversicherungsverfahrens – also auch solche, die erst mit der Beschwerde ans Kantonsgericht eingereicht wurden – berücksichtigt werden (können), erscheint es mehr als gerechtfertigt, nicht nur – wie beantragt – die Akten der Invalidenversicherung, sondern die gesamten Gerichtsakten des Verfahrens betreffend Invalidenversicherung zum Verfahren beizuziehen. Ebenfalls abgewiesen wurde der Antrag des Klägers, es sei die Taggeldabrechnung des Monats Mai 2014 inklusive dem genauen Datum, wann die Taggelder bezahlt worden seien, zu edieren. Es ergibt sich aus den vorliegenden Akten und wird von den Parteien auch nicht bestritten, dass die Taggelder, die die Beklagte für das vorliegend streitige Versicherungsereignis bezahlte, per 1. Mai 2014 eingestellt wurden. Des Weiteren ergibt sich aus den Akten, dass dem Kläger am 2. Juni 2014 – in Zusammenhang mit dem am 9. Mai 2014 erlittenen Selbstunfall («AXA accident – indemnités P. \_\_\_\_\_») – eine weitere Zahlung von CHF 2'260.15 ausgerichtet wurde (vgl. die Zusammenstellung der Leistungen vom 18. Juni 2021, Klagebeilage 5; Protokoll der Parteieinvernahme S. 6). Wie noch aufzuzeigen sein wird, ist Frage, wann und wofür dem Kläger für den Monat Mai 2014 Leistungen ausgerichtet wurden, für das vorliegende Klageverfahren jedoch ohnehin ohne Relevanz.

### **E. 4.1**

Es ist unbestritten, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Eintritts des versicherten Ereignisses bei der Beklagten versichert war. Die Beklagte erbrachte denn auch – vom 23. November 2013 bis 30. April 2014 – die vereinbarten Versicherungsleistungen. Per 1. Mai 2014 wurden die Leistungen definitiv eingestellt. Nachdem der Kläger am 9. Mai 2014 einen Selbstunfall erlitten hatte, richtete die Beklagte am 2. Juni 2014 weitere Leistungen aus. Im Jahr 2013 wurden dem Kläger – basierend auf einer Arbeitsunfähigkeit von 50 Prozent – Krankentaggeldleistungen im Betrag von CHF 8'014.- ausgerichtet, was 39 Tagessätzen à CHF 205.48 entspricht. Im Zeitraum vom 1. Januar bis 30. April 2014 erhielt der Kläger sodann Krankentaggeldleistungen im Umfang von CHF 24'657.65, was 120 Tagessätzen à CHF 205.48 entspricht. Des Weiteren erhielt der Kläger – in Zusammenhang mit dem am 9. Mai 2014 erlittenen Selbstunfall – am 2. Juni 2014 eine weitere Gutschrift über CHF 2'260.15. Insgesamt erbrachte die Beklagte Versicherungsleistungen in der Höhe von CHF 34'931.80 (8'014 + 24'657.65 + 2'260.15; vgl. die Zusammenstellung der Leistungen vom 18. Juni 2021, Klagebeilage 5).

Kantonsgericht KG Seite 7 von 18 Unbestritten sind weiter der Beginn des Leistungsanspruchs (23. November 2013) sowie die Höhe der vereinbarten Tagessätze (CHF 410.95 für eine 100-prozentige Arbeitsunfähigkeit).

#### **E. 4.2**

Bestritten ist indes, ob seit dem 23. November 2013 eine 60-prozentige Arbeitsunfähigkeit bestanden hat, die über den 1. Mai 2014 hinaus andauerte, und ob sich der Kläger einer Verletzung von Verhaltenspflichten schuldig gemacht hat.

#### **E. 5.1**

Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 141 III 241 E. 3.1 mit Hinweisen; 139 III 13 E. 3.1.3.1). Diese Grundregeln gelten auch im Bereich des Versicherungsvertrags (BGE 130 III 321 E. 3.1). Damit hat bei Ansprüchen aus Versicherungsvertrag der Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruches zu beweisen. Er trägt nicht nur die Beweislast für den Eintritt des Versicherungsfalls, sondern auch für den Umfang des Anspruches. Entsprechend hat der Anspruchsberechtigte zu beweisen, dass er (weiterhin) Anspruch auf Taggelder hat, was unter anderem voraussetzt, dass er nach wie vor arbeitsunfähig ist. Dagegen kann der Versicherer den Gegenbeweis antreten, etwa indem er die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nachweist; um einen von ihm zu erbringenden Hauptbeweis handelt es sich dabei aber nicht. Die Folgen der Beweislosigkeit bezüglich Arbeitsunfähigkeit trägt der Anspruchsberechtigte. Diese Beweislastverteilung ändert sich auch nicht dadurch, dass der Versicherer zunächst Taggeldleistungen erbrachte (Urteil BGer 4A\_66/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2).

#### **E. 5.2**

Der 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. Ausnahmen von diesem Regelpbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind 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 (vgl. BGE 128 III 271 E. 2b/aa). 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. 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. Für eine behauptete Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalles gilt somit das ordentliche Beweismass (BGE 148 III 105 E. 3.3.1 und 148 III 134 E. 3.4.1, je mit weiteren Hinweisen; Urteil BGer 4A\_172/2022 vom 31. August 2022 E. 2.5).

Kantonsgericht KG Seite 8 von 18

### **E. 5.3**

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Art. 55 Abs. 2 ZPO behält gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung von Amtes wegen ausdrücklich vor, wie sie in Art. 247 Abs. 2 i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung vorgesehen ist. Auf die Tragweite dieser Bestimmung braucht indessen nicht weiter eingegangen zu werden, denn in jedem Fall gilt, dass das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO) (Urteil BGer 4A\_535/2015 vom 1. Juni 2016 E. 3.1).

### **E. 6.1**

Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten und sich der Vertragsinhalt regelmässig nach den vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen richtet (NEBEL in Basler Kommentar zum VVG, 2001, Art. 100 N. 10 ff.). Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt sodann die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) als anwendbar, soweit das VVG keine Vorschriften enthält.

### **E. 6.2**

Nach Art. 38 Abs. 1 VVG hat der Anspruchsberechtigte den Versicherer zu benachrichtigen, sobald er vom Eintritt des befürchteten Ereignisses und seinem Anspruch aus der Versicherung Kenntnis erlangt. Nach Art. 39 Abs. 1 VVG muss er auf Begehren des Versicherers sodann jede Auskunft über solche ihm bekannte Tatsachen erteilen, die zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses dienlich sind. Gemäss Art. 39 Abs. 2 Ziff. 1 VVG kann der Vertrag verfügen, dass der Anspruchsberechtigte bestimmte Belege, deren Beschaffung ihm ohne erhebliche Kosten möglich ist, insbesondere auch ärztliche Bescheinigungen, beizubringen hat. Da diese Bestimmung nicht abschliessend zu verstehen ist (Art. 98 VVG), können die AVB – im Rahmen von Art. 45 VVG – auch weitere Bestimmungen zur Mitwirkung bei der Abklärung des Versicherungsfalles enthalten (NEF in Basler Kommentar zum VVG, 2001, Art. 39 N. 13). Die Verletzung einer in den AVB vorgeschriebenen Obliegenheit bedeutet, dass der Anspruchsberechtigte sich nicht entsprechend verhalten hat.

### **E. 6.3**

Ausserdem kann der Vertrag laut Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 VVG verfügen, dass die Auskünfte (Art. 39 Abs. 1 VVG) und Mitteilungen bzw. Belege (Art. 39 Abs. 2 Ziff. 1 VVG), bei Verlust des Versicherungsanspruchs, binnen bestimmter, angemessener Frist gemacht werden müssen. Die Frist läuft von dem Tage an, an dem der Versicherer den Anspruchsberechtigten, unter Androhung der Säumnisfolgen, schriftlich aufgefordert hat,

diese Mitteilungen zu machen. Enthält der Vertrag eine Verwirkungsklausel, so kann diese vereinbarte Rechtsfolge aber nur eintreten, wenn der Versicherer dem Versicherten bereits im Vertrag (und nicht erst mit der schriftlichen Mahnung) eine angemessene Frist zur Erfüllung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten eingeräumt hat; diese Frist muss «bestimmt», d.h. genau (nach Tagen, Wochen o.a.) bemessen sein (LANDOLT/PRIBNOW, Privatversicherungsrecht, 2022, Rz. 650; in diesem Sinne bereits KELLER/RÖLLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 1968, S. 574). Hinzu kommt eine besondere Erfüllungsaufforderung; die Vertragsabrede bzw. Vereinbarung in den AVB allein genügt nicht. Der Anspruchsberechtigte ist also nach Eintritt des Versicherungsfalls nochmals ausdrücklich zur Erfüllung seiner Pflichten innert der vereinbarten Frist anzuhalten und ausserdem auf die Säumnisfolgen aufmerksam zu machen. Dafür ist Schriftform vorgeschrieben. Dass die Mahnung die verlangten Auskünfte möglichst präzise umschreiben sollte, vor allem falls dies noch nicht geschah, versteht sich von selbst. Die gewährte

Kantonsgericht KG Seite 9 von 18 Frist beginnt zu laufen, sobald die Aufforderung des Versicherers beim Anspruchsberechtigten eingetroffen ist (zum Ganzen: NEF, Art. 39 N. 17). Wenn der Vertrag als Sanktion für die Verletzung der Auskunfts- und Mitwirkungspflichten die Verwirkung des Versicherungsanspruchs vorsieht, sind somit die strengen Formalien von Art. 39 Abs. 2 VVG einzuhalten. Dazu gehört auch die Statuierung einer bestimmten Frist in den AVB (vgl. auch Urteil HG160187-O des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Juli 2017 E. 3.4.2, das Bezug nimmt auf NEF).

#### **E. 6.4**

Wenn vereinbart worden ist, dass der Anspruchsberechtigte wegen Verletzung einer Obliegenheit von einem Rechtsnachteil betroffen wird, so tritt dieser Nachteil aber nach Art. 45 Abs. 1 VVG nicht ein, wenn die Verletzung nach den Umständen als eine unverschuldete anzusehen ist (zum Ganzen: Urteil BGer 4A\_350/2007 vom 3. Oktober 2007 E. 3.4).

#### **E. 6.5**

Die vorliegend vereinbarten und anwendbaren AVB sehen verschiedene Verhaltenspflichten bei Eintritt eines versicherten Ereignisses vor: So ist der Versicherte, wenn ein Versicherungsfall voraussichtlich zu Leistungen führt, unter anderem dazu verpflichtet, sobald als möglich für fachgemässe ärztliche Pflege zu sorgen und den Anordnungen des Arztes Folge zu leisten. Weiter ist er verpflichtet, sich auch kurzfristig einer Untersuchung oder Begutachtung durch von der AXA beauftragte Ärzte zu unterziehen (Art. H2 Ziff. 1 Lemma 1 AVB). Wird diese Verhaltenspflicht schuldhaft verletzt und dadurch die Feststellung oder das Ausmass der Krankheitsfolgen beeinflusst, kann die AXA ihre Leistungen kürzen. Eine Kürzung entfällt jedoch, wenn das vertragswidrige Verhalten auf die Feststellung und das Ausmass der Krankheitsfolgen nachweisbar keinen Einfluss gehabt hat (Art. H2 Ziff. 4 Satz 1 AVB). Bei wiederholter Verletzung von Verhaltenspflichten kann die Versicherung nach vorgängiger schriftlicher Androhung und Ablauf der allenfalls von ihr gesetzten Frist die Leistungen vollständig verweigern (Art. H2 Ziff. 5 AVB). Eine nach Tagen, Wochen o.a. bestimmte Frist, innert welcher die versicherte Person mitzuwirken hat, um sich nicht dem Vorwurf der Verletzung von Verhaltenspflichten auszusetzen, ist in den AVB indes nicht definiert.

#### **E. 7**

Im vorliegenden Verfahren liegen die Parteien im Streit darüber, ob seit dem 23. November 2013 eine 60-prozentige Arbeitsunfähigkeit bestanden hat, die über den 1. Mai 2014 hinaus andauerte.

### **E. 7.1**

Diesbezüglich ist festzustellen, dass der Kläger der Beklagten seinerzeit nur spärliche Informationen zu seinem Gesundheitszustand zukommen liess. Der Beklagten wurden einzig ein Arbeitsunfähigkeitsattest des behandelnden Hausarztes, Dr. med. E. \_\_\_\_\_, vom 24. Oktober 2013 («Incapacité de travail: 50% du 24.10.13 au 08.11.13», «Raison: maladie»; Klageantwortbeilage 3) sowie ein äusserst knapp gehaltener Bericht desselben Arztes vom 13. Dezember 2013 («Début du traitement: 24.10.2013», «Diagnostic: 1. Asthenie – Burnout, 2. Carence alimentaire – hypovitaminose B19», «Incapacité de travail: 50% du 24.10. au 31.12.2013»; Klageantwortbeilage 16) eingereicht. Die vom Kläger geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit war demnach nur bis Ende 2013 ärztlich belegt. Auch machte der Kläger in seinen Eingaben vom 6. Mai und 25. Juni 2014 keine konkreten Angaben zu seinem Gesundheitszustand, sondern verwies lapidar auf ein weiteres Gesundheitsproblem sowie auf neurologische Untersuchungen, welche noch im Gange seien, ohne jedoch entsprechende Untersuchungsberichte oder Arbeitsunfähigkeitsatteste einzureichen (Klageantwortbeilagen 8 und 14).

Kantonsgericht KG Seite 10 von 18

### **E. 7.2**

Im vorliegenden Klageverfahren beruft sich der Kläger hauptsächlich auf das von der IV-Stelle in Auftrag gegebene N. \_\_\_\_\_-Gutachten vom 14. Juli 2020 (Klagebeilage 6) sowie auf das Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 4. Juli 2022 betreffend Invalidenversicherung (608 2021 92; Klagebeilage 18). Im N. \_\_\_\_\_-Gutachten kamen die Gutachter in der interdisziplinären Gesamtbeurteilung (Konsensbeurteilung) zum Schluss, dass dem Kläger in seiner bisherigen Tätigkeit sowie in jeder anderweitig zumutbaren, vergleichbar anspruchsvollen oder weniger anspruchsvollen Tätigkeit ab 1. Januar 2018 eine Arbeitsunfähigkeit von 60 Prozent zu attestieren sei (Gutachten S.13-16). Die Gutachter wiesen explizit darauf hin, dass der Beginn dieser Einschränkung retrospektiv schwierig festzulegen sei. Da der Hausarzt eine 50-prozentige Arbeitsunfähigkeit vom 24. Oktober 2013 bis 1. September 2015 und eine 60-prozentige Arbeitsunfähigkeit seit dem 1. Januar 2018 bescheinige, der behandelnde Neurologe eine Arbeitsfähigkeit von 5 Stunden pro Tag seit 2014 bestätige und seitens der behandelnden Schlafmediziner keine Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit vorliege, werde arbiträr auf den Beginn der hausärztlich bestätigten 60-prozentigen Arbeitsunfähigkeit abgestellt (Gutachten S. 13-14; vgl. hierzu auch das neurologische Teilgutachten S. 23.24). Mit dem Urteil 608 2021 92 betreffend Invalidenversicherung wiederum hat das Kantonsgericht einen Rentenanspruch des Klägers bejaht und die ihm von der IV-Stelle zugesprochene Rente (Dreiviertelsrente vom 1. Dezember 2017 bis 31. Dezember 2020 und ganze Rente ab dem 1. Januar 2021) bestätigt. Dabei hat das Kantonsgericht erwogen, dass die Annahme der IV-Stelle, die Einschränkung der Arbeitsunfähigkeit liege weiter zurück (Oktober 2013) als die arbiträre Annahme der Gutachter (Januar 2018), überzeugend sei, seien doch die Leiden des Versicherten bereits seit Ende 2013 gut dokumentiert (Urteil E. 4.3). Entsprechend sei die IV-Stelle gestützt auf die medizinischen Akten zu Recht von einer Arbeitsunfähigkeit von 60 Prozent seit Oktober 2013 ausgegangen (Urteil E. 4.6). Auf dem

Gebiet des Privatversicherungsrechts gilt indes ein anderer Beweismassstab als auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts. Während das Sozialversicherungsrecht überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt und die Richter jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen haben, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (Urteil BGer U 227/06 vom 22. Februar 2007 mit Verweis auf BGE 126 V 353 E. 5b; 125 V 193 E. 2; vgl. auch BGE 130 III 321 E. 3.2 und 3.3), ist im Privatversicherungsrecht der strikte Beweis erforderlich. Dieser gilt erst dann als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist resp. am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (vgl. vorstehende E. 5.2 mit Hinweisen). Aus diesem Grund kann aus dem Umstand, dass es das Kantonsgericht im Verfahren betreffend Invalidenversicherung als überzeugend erachtete, dass die Einschränkung der Arbeitsunfähigkeit bereits seit Ende 2013 vorlag und es in diesem – letztlich unbestrittenen gebliebenem – Punkt der IV-Stelle folgte, nicht geschlossen werden, dass auch der im Privatversicherungsrecht geforderte strikte Beweis für die behauptete Tatsache erbracht ist.

### **E. 7.3**

Auch aus den vom Kläger im vorliegenden Verfahren eingereichten Arztberichten – namentlich dem Bericht der Q.\_\_\_\_\_ Kliniken Gruppe vom 14. Februar 2014, den Berichten von Dr. R.\_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie, vom 18. Februar 2014 sowie 20. Mai 2014 und dem Bericht des S.\_\_\_\_\_ Spitals vom 4. November 2016 (Beilagen 1-3 zur Eingabe vom 26. April 2022, act. 31; Klagebeilage 25) lässt sich keine Arbeitsunfähigkeit von 60 Prozent, die über den 1. Mai 2014 hinaus andauerte, entnehmen.

Kantonsgericht KG Seite 11 von 18

### **E. 7.4**

Bleibt auf die dem Urteil 608 2021 92 zugrunde liegenden medizinischen Unterlagen näher einzugehen, wobei vorwegzunehmen ist, dass sich der Kläger nicht auf einzelne, konkrete Arztberichte oder Rapporte beruft, sondern auf die IV-Akten als Ganzes. Es wurde bereits erwähnt, dass die IV-Stelle eine polydisziplinäre Begutachtung beim N.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegeben hat. Aufgabe der Gutachter war es, den medizinischen Sachverhalt zu beschreiben, die ihnen gestellten Fragen zu beantworten und die sich aus ihrer Sicht daraus ergebenden medizinischen Schlussfolgerungen hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit zu schildern (vgl. Urteil BGer 8C\_513/2009 vom 2. September 2009 E. 3.4). Den Gutachtern wurde denn auch das gesamte medizinische Dossier zur Verfügung gestellt, wobei die Gutachter in ihren jeweiligen Teilgutachten die für ihr Fachgebiet relevanten medizinischen Akten zusammengefasst haben und in ihre medizinische Beurteilung einfliessen liessen. Dies gilt namentlich für den begutachtenden Neurologen, Dr. med. T.\_\_\_\_\_, der die neurologischen, kardiologischen und schlafmedizinischen/pneumologischen Untersuchungsbefunde in seinem Teilgutachten zusammenfasst (Teilgutachten S. 4-9) und zu Recht darauf hinweist, dass sich ausser dem Hausarzt des Klägers, Dr. med. E.\_\_\_\_\_ (50- prozentige Arbeitsunfähigkeit vom 24. Oktober 2013 bis 1. September 2015 und 60-prozentige Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. Januar 2018; vgl. namentlich den Bericht vom 27. September 2018, IV-Akten S. 150-155) nur noch der behandelnde Neurologe (5 Stunden pro Tag seit 2014; vgl. Berichte vom 6. Juli 2018 und 11. Oktober 2018, IV-Akten S. 87, 158-161 und 503) zur Arbeitsfähigkeit des Klägers geäussert hat. Seitens der behandelnden Schlafmediziner wurde nie Stellung zur Arbeitsfähigkeit bezogen (vgl. die

Berichte des Centre de Pneumologie vom 22. September 2014, 14. November 2014, 15. Mai 2015, 21. August 2015 und 15. Januar 2016, IV- Akten S. 434-435, 446-447, 460-461, 470-471, 478-479; Bericht des Centre d'investigation et de recherche sur le sommeil vom 16. April 2014, IV-Akten S. 134-137). Aus diesem Grund erachtete es der begutachtende Neurologe als schwierig, den Beginn der auf 60 Prozent bezifferten Einschränkung der Arbeits- und Leistungsfähigkeit retrospektiv festzulegen; arbiträr könne auf den 1. Januar 2018 abgestellt werden (Teilgutachten S. 23-24). Auch der begutachtende Neuropsychologe, U.\_\_\_\_\_, nimmt in seinem Teilgutachten Bezug auf die neuropsychologischen Vorbefunde (Teilgutachten S. 3). Die Neuropsychologen des C.\_\_\_\_\_ Spitals konnten in ihrem Bericht vom 29. Januar 2015 die beklagten Beschwerden indes nicht mit den pathologischen Untersuchungsbefunden erklären und verwiesen auf eine (mögliche) psychiatrische Komponente (vgl. IV-Akten S. 199-200). Bei Dr. med. V.\_\_\_\_\_ (vgl. den undatierten Bericht, IV-Akten S. 744-746) wiederum befand sich der Kläger erst seit Oktober 2018 in Behandlung, weshalb diese Ärztin resp. die mit ihr zusammenarbeitende Psychologin keine Aussagen betreffend die vorliegend massgebende Zeitperiode machen kann. Da der Neuropsychologe keine Arbeitsunfähigkeit attestieren kann, hat sich der begutachtende Neuropsychologe zur Arbeitsfähigkeit des Klägers nicht geäussert. Er verwies aber darauf, dass ihn die beschriebenen Funktionsstörungen in seiner Tätigkeit als Anwalt – wie auch in jeder anderen, vergleichbar anspruchsvollen oder auch weniger anspruchsvollen Tätigkeit – sowohl in arbeitszeitlicher als auch in inhaltlicher und leistungsseitiger Hinsicht erheblich einschränken würden, ohne jedoch auszuführen, seit wann dies der Fall ist. Schliesslich fasst auch der begutachtende Pneumologe, Dr. med. W.\_\_\_\_\_, die für sein Fachgebiet massgebenden Arztberichte zusammen (Teilgutachten S. 3-9). In diesen wird zwar die Diagnose eines schweren resp. komplexen Schlafapnoesyndroms gestellt, dem Kläger aber keine entsprechende Arbeitsunfähigkeit fachärztlich bescheinigt. Der begutachtende Pneumologe

Kantonsgericht KG Seite 12 von 18 wiederum kommt zum Schluss, dass im Rahmen des gemischten Apnoe-Hypopnoe-Syndroms unter der Servoventilation keine Symptome vorhanden seien, welche mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dem Apnoe-Hypopnoe-Syndrom zugeordnet werden könnten. Es bestehe somit diesbezüglich keine Arbeitsunfähigkeit (Teilgutachten S. 16). Das psychiatrische Teilgutachten von Dr. med. X.\_\_\_\_\_ schliesslich verweist auf einen Bericht von Dr. med. Y.\_\_\_\_\_, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, der aber für den hier interessierenden Zeitraum weder eine Diagnose stellt noch eine Arbeitsunfähigkeit attestiert, da sich der Kläger erst seit 15. Mai 2017 bei dieser Ärztin in Behandlung befindet (vgl. IV-Akten S. 145-149). Vom vormaligen Psychiater des Klägers, Dr. med. Z.\_\_\_\_\_, befindet sich kein (begründeter) Arztbericht in den IV-Akten (vgl. die Arbeitsunfähigkeitsatteste vom 23. Juli 2014 und 27. August 2014, IV-Akten S. 295-296).

### **E. 7.5**

Unter den gegebenen Umständen kann dem Kläger also nicht gefolgt werden, wenn er argumentiert, es ergebe sich aus den IV-Akten eine mindestens 60-prozentige Arbeitsunfähigkeit seit Oktober 2013. Es ist zwar festzustellen, dass seit dem Jahr 2014 zahlreiche medizinische Untersuchungen stattfanden, die teilweise auch zu medizinischen Diagnosen führten, welche den Kläger in seiner Arbeitsfähigkeit einschränken. Weder die involvierten Ärzte (Hausarzt und die von ihm beigezogenen Fachärzte) noch die Gutachter attestierten dem Kläger aber eine 60-prozentige Arbeitsunfähigkeit im vorliegend streitigen

Zeitraum von Oktober 2013 bis Oktober 2015. Vielmehr ging der Hausarzt von einer 50-prozentigen Arbeitsunfähigkeit aus, wohingegen sich die beigezogenen Fachärzte – mit Ausnahme des behandelnden Neurologen, Dr. med. R. \_\_\_\_\_, der sich erstmals im Jahr 2018 zur Arbeitsfähigkeit seines Patienten äusserte (vgl. die Berichte vom 6. Juli 2018 und 11. Oktober 2018, IV-Akten S. 87, 158-161, 503), nachdem er im Jahr 2014 weitgehend unauffällige neurologische Befunde erhoben hatte (vgl. die Berichte vom 20. Februar 2014, 10. März 2014, 20. Mai 2014 und 4. Juni 2014, IV-Akten S. 167, 168, 175, 388, 390, 412, 413 und 415), weshalb seine retrospektive Beurteilung der Arbeitsfähigkeit nicht überzeugt – zu einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit in diesem Zeitraum gar nicht äusserten. Auch die Gutachter schliessen nicht auf eine 60prozentige Arbeitsunfähigkeit seit Oktober 2013, sondern bestätigen eine solche erst ab dem 1. Januar 2018. Alleine mit den Berichten des Hausarztes kann aber der im Zivilrecht geforderte strikte Beweis für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit nicht erbracht werden. Zum einen verfügt der Hausarzt als Facharzt für Allgemeine Innere Medizin nicht über die notwendige fachliche Kompetenz, um das komplexe Beschwerdebild zu erfassen, weshalb er auch – richtigerweise – entsprechende fachärztliche Untersuchungen veranlasste. Die Aufgabe der beigezogenen Fachärzte bestand jedoch nicht nur darin, die entsprechenden fachärztlichen Untersuchungen durchzuführen, sondern auch die medizinischen Schlussfolgerungen aus dem Ergebnis der Untersuchungen zu ziehen. Dazu gehört nicht nur die diagnostische Einordnung der Untersuchungsbefunde, sondern auch die Benennung allfälliger Funktionseinschränkungen und die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit. Die beigezogenen Fachärzte haben sich aber nie zur Arbeitsfähigkeit resp. einer eventuellen Arbeitsunfähigkeit des Klägers geäussert, weshalb schliesslich auch die Gutachter Mühe bekundeten, den Beginn der Einschränkungen retrospektiv festzulegen und arbiträr auf den 1. Januar 2018 abstellten. Damit ist die Meinung des Hausarztes, der dem Kläger auch für den Zeitraum vom 24. Oktober 2013 bis 1. September 2015 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 Prozent attestierte, durch das polydisziplinäre Gutachten, das erst ab dem 1. Januar 2018 eine Arbeitsunfähigkeit von 60 Prozent bescheinigt, widerlegt.

#### **E. 7.6**

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass der Kläger den ihm obliegenden Hauptbeweis, dass seit dem 23. November 2015 eine 60-prozentige Arbeitsunfähigkeit bestanden hat, die über den 1. Mai 2014 hinaus andauerte (rechtsbegründende Tatsache), nicht erbringen kann.

Kantonsgericht KG Seite 13 von 18 Daran ändern auch die Aussagen des Klägers anlässlich der Parteibefragung nichts, da sich diese medizinisch nicht abstützen lassen.

#### **E. 8**

Bei dieser Ausgangslage wäre eigentlich nicht mehr zu prüfen, ob die Beklagte den ihr obliegenden Hauptbeweis, dass der Kläger sich einer Verletzung von Verhaltenspflichten schuldig gemacht hat, erbringen kann. Da die Parteien aber auch über diese Frage im Streit liegen, rechtfertigt es sich, diese Streitfrage näher zu beleuchten. Dabei ist vorwegzunehmen, dass der Hauptbeweis für diese (rechtsaufhebende) Tatsache der Beklagten obliegt (vgl. hierzu vorstehende E. 5.1). Diese beruft sich in ihren Rechtseingaben auf die Krankenversicherungspolice samt AVB (Klageantwortbeilagen 4 und 17) sowie auf den zwischen den Parteien hierzu ergangenen Schriftenwechsel (Klageantwortbeilagen 6-16).

#### **E. 8.1**

Es ergibt sich aus den vorliegenden Akten und wird vom Kläger auch nicht bestritten, dass er von der Beklagten wiederholt dazu aufgefordert worden war, sich einer psychiatrischen Begutachtung zu unterziehen. So wurde der Kläger mit Schreiben vom 4. März 2014 dazu aufgefordert, sich am 8. Mai 2014 durch Dr. med. F. \_\_\_\_\_ psychiatrisch begutachten zu lassen (Klageantwortbeilage 6; vgl. auch das Schreiben vom 6. Mai 2014, Klageantwortbeilage 9). Am 16. Juni 2014 wurde der Kläger sodann aufgefordert, sich am 30. Juni 2014 durch Dr. med. L. \_\_\_\_\_ psychiatrisch begutachten zu lassen (Klageantwortbeilage 13). Beide Termine wurden vom Kläger – nach vorgängiger schriftlicher Mitteilung (vgl. die Schreiben vom 6. Mai und 25. Juni 2014, Klageantwortbeilagen 8 und 14) – nicht wahrgenommen. Schliesslich hat der Kläger auch der Aufforderung vom 30. Juni 2014, zwecks Terminvereinbarung Kontakt mit Dr. med. L. \_\_\_\_\_ aufzunehmen (vgl. Klageantwortbeilage 15), unbenutzt verstreichen lassen. Die von der Beklagten geforderte psychiatrische Begutachtung konnte folglich nicht stattfinden. Es muss also festgestellt werden, dass der Kläger wiederholt seinen Verhaltenspflichten nicht nachgekommen ist, die ihn unter anderem dazu verpflichten, sich auch kurzfristig einer Untersuchung oder Begutachtung durch von der AXA beauftragte Ärzte zu unterziehen (vgl. Art. H2 Ziff. 1 Lemma 1 AVB).

### **E. 8.2**

Durch dieses Verhalten hat der Kläger die Beklagte daran gehindert, die Krankheitsfolgen festzustellen. Dies ist namentlich deshalb problematisch, weil der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt nur spärliche Informationen zum Krankheitsgeschehen vorlagen. Wie bereits gesagt, verfügte die Beklagte einzig über ein Arbeitsunfähigkeitsattest sowie einen äusserst knapp gehaltenen Bericht des behandelnden Hausarztes, Dr. med. E. \_\_\_\_\_, der eine Arbeitsunfähigkeit bis Ende 2013 bescheinigte (vgl. Klageantwortbeilagen 3 und 16). Der Kläger machte auch in seinen Eingaben vom 6. Mai und 25. Juni 2014 keine konkreten Angaben zu seinem Gesundheitszustand, sondern verwies lapidar auf ein weiteres Gesundheitsproblem sowie auf neurologische Untersuchungen, welche noch im Gange seien, ohne jedoch entsprechende Untersuchungsberichte oder Arbeitsunfähigkeitsatteste einzureichen (Klageantwortbeilagen 8 und 14). Um die Krankheitsfolgen festzustellen und um letztlich auch den Leistungsanspruch zu prüfen, kam die Beklagte daher nicht umhin, eine Begutachtung in die Wege zu leiten. Dass sie sich dabei auf das Fachgebiet der Psychiatrie beschränkte, ist nicht zu beanstanden, ging doch auch Dr. med. E. \_\_\_\_\_, der sich bis zu diesem Zeitpunkt als einziger Arzt zum Krankheitsgeschehen geäußert hatte, primär von einer psychiatrischen Problematik (Asthenie, Burnout) aus. Auch der Kläger hatte

Kantonsgericht KG Seite 14 von 18 – damals noch – keine grundsätzlichen Einwände gegen eine psychiatrische Begutachtung, vielmehr erklärte er sich explizit damit einverstanden, sich durch einen auf die Burnout-Problematik spezialisierten Facharzt begutachten zu lassen («... je n'accepterai qu'un médecin spécialisé en matière de burn-out...»); vgl. Schreiben vom 6. Mai 2014, Klageantwortbeilage 8). Damit ist festzustellen, dass der Kläger durch sein Verhalten resp. durch die Verletzung seiner Verhaltenspflichten die Beklagte daran hinderte, die Krankheitsfolgen festzustellen (vgl. Art. H2 Ziff. 4 AVB).

### **E. 8.3**

Dabei muss sich der Kläger ein schuldhaftes Verhalten vorwerfen lassen. Es ist nicht ersichtlich und wird vom Kläger auch nicht dargetan, inwiefern er nicht in der Lage gewesen sein sollte, die von der Beklagten vereinbarten Gutachtenstermine wahrzunehmen. Wie sich den Akten entnehmen lässt, hat der Kläger die Termine nicht etwa vergessen – was allenfalls auf seine Krankheit hätte zurückgeführt werden können –, vielmehr hat er die Termine ganz bewusst nicht wahrgenommen. Dies obschon er sich namentlich aufgrund seiner langjährigen Berufserfahrung in den Bereichen des Sozial- und Privatversicherungsrechts darüber im Klaren sein musste, dass er sich mit den von ihm vorgebrachten Argumenten nicht ohne entsprechende Rechtsfolgen einer Begutachtung entziehen kann (vgl. hierzu nachstehende E. 9). Auch war der Kläger trotz seiner Gesundheitsbeschwerden ganz offensichtlich in der Lage, auf die beiden Vorladungen zur Begutachtung rechtzeitig zu reagieren und entsprechende Rechtsschriften zu verfassen, weshalb nicht ersichtlich ist, weshalb er nicht auch in der Lage hätte sein sollen, einen der bereits organisierten Termine für die Begutachtung wahrzunehmen.

#### **E. 8.4**

Schliesslich ergibt sich aus den vorliegenden Akten, dass der Kläger von der Beklagten wiederholt auf die Folgen einer allfälligen Verletzung seiner Verhaltenspflichten aufmerksam gemacht wurde. Diesbezüglich ist namentlich auf das Schreiben vom 6. Mai 2014 (Klageantwortbeilage 9) zu verweisen, mit welchem der Kläger – unter Hinweis auf Art. H2 Ziff. 4 AVB – darauf hingewiesen wurde, dass, wenn Verhaltenspflichten schuldhaft verletzt und dadurch die Feststellung oder das Ausmass der Krankheitsfolgen beeinflusst werden, die AXA ihre Leistungen kürzen kann (vgl. in diesem Sinne auch das Schreiben vom 27. Mai 2014, Klageantwortbeilage 11). Nachdem der Kläger erklärt hatte, er werde auch den zweiten Termin für die Begutachtung nicht wahrnehmen (vgl. das Schreiben vom 25. Juni 2014, Klageantwortbeilage 14), verwies ihn die Beklagte am 30. Juni 2014 (Klageantwortbeilage 15) ausserdem auf Art. H2 Ziff. 5 AVB, wonach bei wiederholter Verletzung von Verhaltenspflichten und nach vorgängiger schriftlicher Androhung und Ablauf von allenfalls angesetzten Fristen die Leistungen vollständig verweigert werden können.

#### **E. 8.5**

Damit ist festzustellen, dass die Beklagte den ihr obliegenden Hauptbeweis erbringen kann, dass sich der Kläger – obschon er auf die Folgen einer (wiederholten) Verletzung von Verhaltenspflichten vorgängig schriftlich aufmerksam gemacht worden war – mehrfach der von der Beklagten angeordneten Begutachtung widersetzt und mit diesem schuldhaften Verhalten wiederholt seine Mitwirkungspflichten verletzte, was die Beklagte daran hinderte, die Krankheitsfolgen festzustellen, um den Leistungsanspruch zu prüfen.

#### **E. 9**

Was der Kläger dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen.

#### **E. 9.1**

Namentlich kann er sich nicht darauf berufen, er habe sich nicht grundsätzlich einer Begutachtung widersetzt, sondern wäre mit einer Begutachtung durch einen neutralen Experten

Kantonsgericht KG Seite 15 von 18 einverstanden gewesen. So hat sich der Kläger – gemäss dem Wortlaut der vorliegend (mangels eines entsprechenden Vorbehalts in der

Versicherungspolice auch auf seinen Fall) anwendbaren Allgemeinen Vertragsbedingungen – einer «Untersuchung oder Begutachtung durch von der AXA beauftragte Ärzte» zu unterziehen (Art. H2 Ziff. 1 Lemma 1 AVB). Es obliegt also der Beklagten, die Person des Gutachters zu bestimmen. Das von der Versicherung in Auftrag gegebene Gutachten ist denn auch ein reines Parteigutachten, dem nicht die Qualität eines Beweismittels, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen ist (BGE 141 III 433 E. 2.6 mit weiteren Hinweisen). Da die Versicherung ein Parteigutachten nur einholen kann, wenn sich die versicherte Person auf eine Begutachtung auch einlässt, kommt der Mitwirkungspflicht in diesem Bereich eine erhöhte Bedeutung zu, ansonsten es der Versicherung verwehrt bliebe, die notwendigen medizinischen Abklärungen zu treffen, um den Leistungsanspruch zu prüfen. Die versicherte Person kann sich also nicht mit dem Vorhalt, der von der Versicherung vorgeschlagene Experte sei befangen, einer Begutachtung entziehen. Vielmehr hat sie, sollte sie nach der Erstellung des Gutachtens mit den Schlussfolgerungen des Experten nicht einverstanden sein, die Möglichkeit, das Gutachten (substantiiert) anzufechten und mit weiteren medizinischen Berichten zu entkräften. Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung nach BGE 125 V 351 gilt unter dem Anwendungsbereich der ZPO nicht (BGE 141 III 433 E. 2.6). Nichts desto trotz ist darauf hinzuweisen, dass die vom Kläger vorgebrachten Ablehnungs- resp. Ausstandsgründe auch auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts nicht geeignet wären, die Befangenheit der von der Beklagten vorgeschlagenen Experten zu begründen, führen doch nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung der regelmässige Beizug eines Gutachters oder einer Begutachtungsinstitution durch den Versicherungsträger, die Anzahl der beim selben Arzt in Auftrag gegebenen Gutachten und Berichte sowie das daraus resultierende Honorarvolumen für sich allein genommen nicht zum Ausstand (BGE 137 V 210 E. 1.3.3, bestätigt mit Urteil BGer 8C\_354/2016 vom 25. Oktober 2016 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen). Selbst ein Anstellungsverhältnis eines Arztes zum Versicherungsträger lässt alleine nicht auf mangelnde Objektivität und Befangenheit schliessen (Urteil BGer 8C\_354/2016 vom 25. Oktober 2016 E. 5.3). Damit könnte sich der Kläger, selbst wenn der vorliegende Fall nach den sozialversicherungsrechtlichen Beweisregeln zu beurteilen wäre, weder darauf berufen, dass die ihm vorgeschlagenen Ärzte bereits Gutachten für die Beklagte (und andere Sozial- oder Privatversicherungen) erstattet haben, noch verlangen, dass ihm die Beklagte Experten vorschlägt, die noch nie entsprechende Expertisen erstattet haben. Ebenso wenig lässt sich aus dem Umstand, dass der Kläger – in seiner früheren Tätigkeit als Rechtsanwalt – die Arbeit eines Gutachters wiederholt kritisierte, darauf schliessen, dass dieser seinen Fall nicht objektiv beurteilen würde. Entsprechend konnte der Kläger auch keine konkreten, objektivierbaren Gründe nennen, die darauf hinweisen würden, dass die ihm von der Beklagten vorgeschlagenen Experten befangen sind. Kommt hinzu, dass der Kläger zwar immer wieder betonte, er sei bereit, sich einer Begutachtung zu unterziehen. Er hat aber nicht nur die für ihn vereinbarten Termine bei den Dres. med. F. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_ kurzfristig abgesagt und diverse Experten (namentlich das G. \_\_\_\_\_ und die Dres. med. H. \_\_\_\_\_, I. \_\_\_\_\_, J. \_\_\_\_\_ und K. \_\_\_\_\_) von vornherein abgelehnt. Zudem erklärte er in seinem Schreiben vom 25. Juni 2014 (vgl. Klageantwortbeilage 14) ausdrücklich, dass er sämtliche Gutachter, die ihm von der Beklagten vorgeschlagen würden, ablehnen werde («... je ne me rendrai chez aucun expert imposé par AXA...»). Zu guter Letzt hat er es auch unterlassen, zu den ihm mit Schreiben vom 27. Mai 2014 (Klageantwortbeilage 11) vorgeschlagenen Experten Stellung zu nehmen und/oder seinerseits Experten vorzuschlagen, die

Kantonsgericht KG Seite 16 von 18 er gegebenenfalls hätte akzeptieren können. Sein an den Tag gelegtes, verweigerndes Verhalten steht damit in krassem Gegensatz zu der behaupteten Mitwirkungsbereitschaft. Schliesslich überzeugt auch das vom Kläger anlässlich der Parteibefragung vorgebrachte Argument nicht, die medizinische Untersuchung hätte bei einem Versicherungsarzt stattfinden sollen und nicht bei einem externen Experten. Entsprechendes ist in den Allgemeinen Vertragsbedingungen auf jeden Fall nicht vorgesehen (hier ist nur von «von der AXA beauftragten Ärzten» die Rede; vgl. Art. H2 Ziff. 1 Lemma 1 AVB). Es steht der Beklagten also frei, ihre Versicherten im Schadenfall entweder durch einen Versicherungsarzt untersuchen zu lassen oder aber einen externen Gutachter mit der medizinischen Untersuchung und Beurteilung der Krankheitsfolgen zu beauftragen.

## **E. 9.2**

Auch kann sich der Kläger nicht darauf berufen, dass eine psychiatrische Begutachtung zu keinen Erkenntnissen geführt hätte, da seine gesundheitlichen Probleme, wie sich im Nachhinein herausgestellt habe, neurologischen Ursprungs seien. Es ergibt sich aus den vorliegenden Akten, dass der Kläger bereits im Jahr 2014 in neurologischer Behandlung stand (vgl. namentlich den Bericht von Dr. med. R. \_\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie, Beilage 2 zur Eingabe vom 26. April 2022). Er machte in seinen Schreiben an die Beklagte aber weder genauere Angaben zu den neurologischen Untersuchungen, noch reichte er entsprechende Arztberichte ein. Da er nicht einmal den Namen des behandelnden Neurologen nannte (vgl. die Klageantwortbeilagen 8 und 14), zielt sein Vorhalt, die Beklagte habe diesen nicht kontaktiert, von vorneherein ins Leere. Auch muss sich die Beklagte nicht vorwerfen lassen, keinen Kontakt mit dem behandelnden Hausarzt aufgenommen zu haben, oblag es doch dem Kläger, entsprechende Berichte seines Hausarztes einzureichen. In diesem Zusammenhang sei nochmals daran erinnert, dass auch Dr. med. E. \_\_\_\_\_ zum damaligen Zeitpunkt davon ausging, es liege primär eine psychiatrische Problematik vor (vgl. vorstehende E. 7.1). Unter den gegebenen Umständen bestand für die Beklagte also kein Anlass, ein neurologisches Gutachten einzuholen. Auch wenn im Nachhinein festgestellt werden konnte, dass die gesundheitlichen Probleme des Klägers neurologischen Ursprungs sind (vgl. hierzu das N. \_\_\_\_\_-Gutachten vom 14. Juli 2020, Klagebeilage 6, sowie das Urteil 608 2021 92 betreffend Invalidenversicherung), weshalb die von der Beklagten angeordnete psychiatrische Begutachtung vermutlich keine Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit ergeben hätte (vgl. in diesem Sinne das psychiatrische N. \_\_\_\_\_-Teilgutachten von Dr. med. X. \_\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Klagebeilage 6), vermag nichts daran zu ändern, dass der Kläger seine Verhaltenspflichten wiederholt verletzt und dadurch die Beklagte daran gehindert hat, die Krankheitsfolgen festzustellen und den Leistungsanspruch zu prüfen. Kommt hinzu, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass der von der AXA beauftragte Psychiater zum Schluss gekommen wäre, dass zwar keine psychiatrische Problematik vorliege, aber möglicherweise eine neurologische, was – gegebenenfalls – entsprechende Nachfolgeuntersuchungen bei einem Neurologen hätte auslösen können. Wie auch immer, da die Krankentaggeldleistungen nicht mit der Begründung eingestellt wurden, dass aus psychiatrischer Sicht keine Arbeitsunfähigkeit vorliege, sondern wegen wiederholter Verletzung von Verhaltenspflichten, kann der Kläger aus dem N. \_\_\_\_\_-Gutachten, das ihm nun im Nachhinein eine Arbeitsunfähigkeit aus neurologischen Gründen bescheinigt, nichts zu seinen Gunsten ableiten.

## **E. 10**

Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass der Kläger den ihm obliegenden Hauptbeweis, dass seit dem 23. November 2015 eine 60-prozentige Arbeitsunfähigkeit bestanden hat, die über den 1. Mai

Kantonsgericht KG Seite 17 von 18 2014 hinaus andauerte, nicht erbringen kann (rechtsbegründende Tatsache). Desweiteren ist festzustellen, dass die Beklagte den ihr obliegenden Hauptbeweis erbringen kann, dass sich der Kläger wiederholt einer Verletzung von Verhaltenspflichten schuldig gemacht hat, was sie daran hinderte, die Krankheitsfolgen festzustellen (rechtshindernde Tatsache). Die Beklagte hat damit zu Recht die Krankentaggeldleistungen per 1. Mai 2014 eingestellt. Entsprechend ist die Klage vollumfänglich abzuweisen.

### **E. 11.1**

Das vorliegende Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO).

### **E. 11.2**

Die obsiegende Beklagte hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO), befreit doch die gewährte unentgeltliche Rechtspflege nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Der Tarif wird nach dem kantonalen Justizreglement vom 30. November 2010 (JR; SGF 130.11) festgelegt. Gemäss Art. 65 JR wird das als Parteientschädigung geschuldete Honorar aufgrund eines Stundentarifs von CHF 250.- festgesetzt, welcher im vorliegenden Fall (Streitwert insgesamt CHF 137'667.20) nach Art. 66 Abs. 2 lit. a JR gemäss Abstufung in Anhang 2 um 49,20 Prozent auf CHF 373.- erhöht wird. Korrespondenz und Telefongespräche, die zur Führung des Prozesses notwendig waren und den Rahmen einer einfachen Aktenverwaltung nicht überschreiten, insbesondere Übermittlungsschreiben, Gesuche um Fristerstreckung oder um Verschiebung einer Verhandlung, geben einzig Anspruch auf ein Pauschalhonorar von höchstens CHF 500.- (Art. 67 Abs. 1 JR). Die Kosten für Kopien, Portos und Telefonate werden pauschal auf 5 Prozent der Grundentschädigung ohne Zuschlag festgelegt (Art. 68 Abs. 2 JR). Die Reiseentschädigungen umfassen sämtliche Kosten (Transport, Mahlzeiten usw.) sowie die aufgewendete Zeit; sie werden nach den Art. 76 ff. JR festgesetzt (Art. 68 Abs. 3 JR). Im Übrigen werden die zur Führung des Prozesses notwendigen Auslagen zum Selbstkostenpreis verrechnet (Art. 68 Abs. 1 JR). Gestützt auf die am 8. September 2022 eingereichte Honorarnote von Fürsprecher Müller macht die Beklagte einen Aufwand für ihre anwaltliche Vertretung im vorliegenden Klageverfahren von insgesamt CHF 10'204.55 geltend. Der geltend gemachte Aufwand (25 Stunden) ist angesichts der sich stellenden Rechtsfragen, des zweifachen Schriftenwechsels sowie der öffentlichen Verhandlung nicht zu beanstanden. Damit beläuft sich das geschuldete Honorar auf CHF 9'325.- (25 Stunden à CHF 373.-), zuzüglich Auslagen von pauschal CHF 100.- und einer Mehrwertsteuer von CHF 725.75 (7,7 Prozent von CHF 9'425.-), ausmachend insgesamt CHF 10'150.75. Diese Parteikosten sind der Beklagten vom unterliegenden Kläger zu ersetzen.

### **E. 11.3**

Im Rahmen der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (608 2021 126) ist Rechtsanwältin Anna Gruber (amtliche Rechtsbeiständin bis 30. April 2022) eine Entschädigung von CHF 3'351.60, davon CHF 2'910.- für Honorar (16 Stunden 10 Minuten à CHF 180.-) und CHF 202.- für Auslagen (5 Prozent der Grundentschädigung von CHF 4'041.65) sowie CHF

239.60 für Mehrwertsteuer (7,7 Prozent von CHF 3'112.-), zuzusprechen. Rechtsanwalt Patrik Gruber (amtlicher Rechtsbeistand ab 1. Mai 2022) ist eine Entschädigung von CHF 3'368.85, davon CHF 2'925.- für Honorar (16 Stunden 15 Minuten à CHF 180.-) und CHF 203.- für Auslagen (5 Prozent der Grundentschädigung von CHF 4'062.50) sowie CHF 240.85 für Mehrwertsteuer (7,7 Prozent von CHF 3'128.-), zuzusprechen. Diese Entschädigungen sind vom Staat zu übernehmen.

Kantonsgericht KG Seite 18 von 18 Der Kläger ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens (Art. 123 ZPO). Der Hof erkennt: I. Die Klage wird abgewiesen. II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. III. Der B. \_\_\_\_\_ AG wird zu Lasten von A. \_\_\_\_\_ eine Parteientschädigung für Honorar und Auslagen des Rechtsvertreters von insgesamt CHF 10'150.75 (davon Mehrwertsteuer zu 7,7 Prozent von CHF 725.75) zugesprochen. IV. Rechtsanwältin Anna Gruber wird im Rahmen der gewährten vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege (608 2021 126) eine Entschädigung von insgesamt CHF 3'351.60 (davon Mehrwertsteuer zu 7,7 Prozent von CHF 239.60) zugesprochen. Diese ist vom Staat zu übernehmen. V. Rechtsanwalt Patrik Gruber wird im Rahmen der gewährten vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege (608 2021 126) eine Entschädigung von insgesamt CHF 3'368.85 (davon Mehrwertsteuer zu 7,7 Prozent von CHF 240.85), zugesprochen. Diese ist vom Staat zu übernehmen. VI. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72-77 und Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 13. Oktober 2022/dki Die Vizepräsidentin: Der Gerichtsschreiber:

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