

# GR\_GERICHTE ZR2 2023 65 vom 5. Mai 2025

GR Gerichte, 2025-05-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZR2 2023 65](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZR2_2023_65)

FR: GR\_GERICHTE ZR2 2023 65 du 5 mai 2025

IT: GR\_GERICHTE ZR2 2023 65 del 5 maggio 2025

## Regeste

Leistungen aus Kapitalversicherung | OR Übrige Fälle und Innominatverträge

## Erwägungen

### E. 1

Eintretensvoraussetzungen

#### E. 1.1

Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO sind erstinstanzliche Endentscheide mit Berufung anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vorliegend verlangt der Berufungskläger von der Berufungsbeklagten die Zahlung von CHF 350'000.00. Der Streitwert von CHF 10'000.00 wird daher übertroffen (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Berufung ist zulässig.

#### E. 1.2

Rechtsmittelinstanz ist das Obergericht (Art. 7 Abs. 1 EGzZPO [BR 320.100]; bis 31. Dezember 2024: Kantonsgericht). Innerhalb des Obergerichts ist die Zweite zivilrechtliche Kammer für die Behandlung von zivilrechtlichen Berufungen auf dem

7 / 27 Gebiet des Versicherungsvertragsrechts zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b OGV [BR 173.010]).

#### E. 1.3

Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung (Art. 239 ZPO) schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid wurde den Parteien am 9. November 2023 mitgeteilt und dem Berufungskläger am 10. November 2023 zugestellt. Die Berufungsschrift wurde am 8. Dezember 2023 der Post übergeben und damit fristgerecht eingereicht.

#### E. 1.4

Da auch die übrigen Anforderungen an die Berufung erfüllt sind, ist auf diese einzutreten.

### E. 2

Verfahrenssistierung

#### E. 2.1

Der Berufungskläger verlangt im Eventualbegehren die Sistierung des Berufungsverfahrens, bis ein rechtskräftiger Entscheid über ein allfälliges Obergutachten im Verfahren ZK2 23 6 vorliegt (act. A.1, S. 3, Rz. 11). Dasselbe Eventualbegehren hat

auch die Berufungsbeklagte für den Fall gestellt, dass das Obergericht im vorliegenden Fall nicht zum Schluss kommen sollte, dass eine Täuschung nach Art. 40 VVG vorliegt. Für diesen Fall beantragt die Berufungsbeklagte eine Verfahrenssistierung bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils im Verfahren ZK2 23 6 (act. A.2, S. 5, Rz. 9).

## **E. 2.2**

Inzwischen ist das Verfahren ZK2 23 6 ■ ohne Anordnung eines Obergutachtens ■ rechtskräftig entschieden worden. Damit erübrigen sich zur Frage der Verfahrenssistierung weitere Ausführungen.

## **E. 3**

Anordnung eines Gutachtens

### **E. 3.1**

Der Berufungskläger moniert, trotz fehlender Sachkenntnis habe es die Vorinstanz unterlassen, ein Gutachten anzuordnen (act. A.1, S. 5, Rz. 20). Damit habe sie den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 Abs. 1 ZPO; act. A.1, S. 3, Rz. 10). Es sei ein polydisziplinäres medizinisches Gutachten betreffend die Ursachen und die bei ihm aufgetretenen Beschwerden sowie seinen Invaliditätsgrad anzuordnen (act. A.1, S. 2, Rz. 7). Denn das im Verfahren ZK2 23 6 angeordnete Fremdgutachten der asim, Universitätsspital G.\_\_\_\_\_, vom 26. Mai 2021 samt Ergänzungen genüge den Anforderungen an die Unabhängigkeit, Vollständigkeit und fachlichen Anforderungen nicht (act. A.1, S. 8, Rz. 23).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 316 Abs. 3 ZPO kann die Berufungsinstanz anordnen, dass vom erstinstanzlichen Gericht nicht zugelassene Beweise abgenommen werden. Sie kann ein Beweismittel auch nicht zulassen, indem sie eine antizipierte Beweiswürdigung vornimmt, wenn sie überzeugt ist, dass die verlangte Beweiserhebung den erwarteten Nachweis nicht erbringen kann oder in keinem Fall gewichtiger ist als die anderen, bereits in erster Instanz erhobenen Beweise, d.h., wenn sie das Beweisergebnis, das sie für gesichert hält, nicht zu ändern vermag. Die Berufungsinstanz kann es auch ablehnen, einen von der Partei vor erster Instanz regulär offerierten Beweis zuzulassen, auf dessen Abnahme diese jedoch verzichtete, indem sie sich namentlich nicht gegen den Abschluss des Beweisverfahrens wehrte (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 f., in: Pra 2013 Nr. 4). Liegt bereits ein beweistaugliches Gutachten aus einem anderen Verfahren vor, besteht kein schutzwürdiges Interesse an der Einholung eines weiteren Gutachtens. Fremdgutachten, die in einem anderen Verfahren von einer Behörde in Auftrag gegeben worden sind, sind ebenso beweistauglich wie die vom Zivilrichter selbst eingeholten Gutachten, wobei sich ihre Beweiskraft nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (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 (BGE 140 III 24 E. 3.3.1). Bei Beizug eines Fremdgutachtens ist den Parteien das rechtliche Gehör zu gewähren, wozu eine Stellungnahme zum Inhalt des Fremdgutachtens (Art. 187 Abs. 4 ZPO) und zur Person des Gutachters (Art. 183 Abs. 2 ZPO) gehört sowie die Möglichkeit, Ergänzungsfragen zu stellen (Art. 185 Abs. 2 ZPO; BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3). Gerichtsnotorische Tatsachen bedürfen keines Beweises (Art. 151 ZPO).

Gerichtsnotorische Tatsachen sind Tatsachen, die das Gericht aus einer amtlichen Tätigkeit kennt. Zuverlässige Kenntnisse können sich aus früheren Prozessen ergeben. Dabei kann es

bei einem Kollegialgericht nicht darauf ankommen, ob die feststehende Tatsache nur einem oder mehreren Mitgliedern bekannt ist oder ob das Gericht sein Gedächtnis durch einen Blick in die Akten auffrischen muss (BAUMGARTNER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkommentar ZPO, 3. Aufl. 2021, Art. 151 N. 6; HASENBÖHLER/YAÑEZ, in: Sutter- Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 4. Aufl. 2025, Art. 151 N. 7b; VISCHER/LEU, in: Brunner/Schwander/Vischer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2025, Art. 151 N. 12; a.M. GUYAN, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2024, Art. 151 N. 3 und N. 5). So

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz hat den Anspruch des Berufungsklägers bereits aufgrund von Art. 40 VVG (betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs) verneint und deshalb seine Klage abgewiesen (act. B.1, E. 4.3.5 und E. 4.5). Weil die Berufungsbeklagte demzufolge schon gestützt auf Art. 40 VVG die Ausrichtung einer Versicherungsleistung an den Berufungskläger verweigern konnte (s. dazu E. 6), hätte die Vorinstanz kein Gutachten einholen müssen, wie es der Berufungskläger bereits vor Vorinstanz verlangt hatte (RG-act. I.1, S. 13; RG- act. I.3, S. 17). Sie war allerdings bereit gewesen, das Fremdgutachten aus dem Parallelprozess (Proz. Nr. 115-2016-4) beizuziehen (s. RG-act. IV.9), wie von der Berufungsbeklagten in ihrer Eingabe vom 1. November 2021 im vorinstanzlichen Verfahren beantragt worden war (RG-act. I.33). Die F. \_\_\_\_\_ als Gegenpartei des Berufungsklägers im betreffenden Parallelverfahren (Proz. Nr. 115-2016-4) hatte dagegen nicht opponiert (act. B.1, E. 4.5.2). Aber der Berufungskläger hatte sich mit einem Ausstandsbegehren und der Monierung von inhaltlichen Mängeln dagegengestellt (act. B.1, E. 4.5.2; RG-act. I.40; RG-act. VII.1a, Ziff. 5). Aus prozessökonomischen Gründen und zwecks Verhinderung sich widersprechender Gerichtsgutachten war das Vorgehen der Vorinstanz richtig gewesen, in erster Linie auf das Fremdgutachten aus dem Parallelprozess Nr. 115-2016-4 abzustellen, zumal dieses polydisziplinäre Gutachten des Universitätsspitals G. \_\_\_\_\_, Abteilung Versicherungsmedizin/Begutachtung (nachfolgend: asim), vom 26. Mai 2021 zum Gegenstand hatte abzuklären, ob der Kläger einen Zeckenstich erhalten hatte und als Folge davon erkrankt war, was dem Obergericht als gerichtsnorische Tatsache bereits aus dem Verfahren ZK2 23 6 bekannt ist. Diese Fragen (möglicherweise vor November 2010 erfolgter Zeckenstich und möglicherweise davon ausgelöste Arbeitsunfähigkeit) waren und sind auch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Hätte das asim-Gutachten in das vorinstanzliche Verfahren einbezogen werden können, hätten beide heutigen Parteien zu den Gutachtern und zum Inhalt des

### **E. 8**

/ 27

#### **E. 8.1**

Vorliegend wird der vorinstanzliche Entscheid bestätigt und die Berufung abgewiesen. Demzufolge hat der Berufungskläger als unterliegende Partei die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

#### **E. 8.2**

Angesichts der vom Berufungskläger vorgebrachten Rügen und Komplexität der zu prüfenden Fragen erscheint eine Entscheidgebühr von CHF 8'000.00 als angemessen.

### **E. 8.3**

Zu den Prozesskosten des Berufungsverfahrens gehört auch die Parteientschädigung der Gegenpartei (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Falls die obsiegende Partei durch einen bei ihr selbst angestellten Anwalt vertreten wird, kann sie eine angemessene Umtriebsentschädigung verlangen, dies allerdings nur in begründeten Fällen (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Dass einer nicht berufsmässig vertretenen Partei ersatzpflichtige Kosten für Umtriebe erwachsen, ist ungewöhnlich und bedarf einer besonderen Begründung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_436/2023 vom 6. Dezember 2023 E. 4.1 m.w.H.). Vorliegend verlangt die Berufungsbeklagte im Hauptbegehren die Abweisung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers. Zwar verlangt sie eine angemessene Umtriebsentschädigung, macht aber keine speziellen Gründe für die Zusprechung einer solchen geltend. Dass sie für das Berufungsverfahren einen speziellen Aufwand hätte betreiben müssen oder im Berufungsverfahren eine gegenüber dem vorinstanzlichen Verfahren zusätzliche Komplexität vorgelegen habe, macht sie weder geltend noch ist dies ersichtlich. Es ist daher für das Berufungsverfahren von der Zusprechung einer Umtriebsentschädigung an die Berufungsbeklagte abzusehen.

### **E. 8.4**

Unterliegt die unentgeltlich prozessführende Partei, so werden die Prozesskosten wie folgt liquidiert: Die unentgeltliche Rechtsbeiständin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand wird vom Kanton angemessen entschädigt, die Gerichtskosten gehen zulasten des Kantons, der Gegenpartei werden die Vorschüsse, die sie geleistet hat, zurückerstattet, die unentgeltlich prozessführende Partei hat der Gegenpartei die Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 122 Abs. 1 ZPO). Dem Berufungskläger wurde für das vorliegende Berufungsverfahren mit Verfügung des damaligen Vorsitzenden vom 20. Dezember 2023 (ZK2 23 66) die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und Rechtsanwalt Christian Schreiber zum Rechtsvertreter ernannt. Die Entscheidegebühr in Höhe von CHF 8'000.00 ist daher einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückforderung im

### **E. 9**

/ 27 können Kenntnisse aus Sachverständigengutachten gerichtsnotorisch sein, wenn in der betreffenden Expertise gleiche oder ähnliche Fragen beantwortet werden (HASENBÖHLER/YAÑEZ, a.a.O., Art. 151 N. 7). Nicht ausgeschlossen ist beispielsweise die Verwendung von Beweisergebnissen aus Verfahren zwischen anderen Parteien, wenn diese Prozesse im gleichen sachlichen Zusammenhang stehen, was insbesondere bei sog. Pilotprozessen der Fall ist (BRÖNNIMANN, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. II, 2012, Art. 151 N. 5; VISCHER/LEU, a.a.O., Art. 151 N. 19). Das Gericht darf Akten aus früheren Verfahren ohne entsprechenden Parteiantrag beziehen (Urteile des Bundesgerichts 5A\_610/2016 vom 3. Mai 2017 E. 3.1, 4A\_400/2019 vom 17. März 2020 E. 2.2; HASENBÖHLER/YAÑEZ, a.a.O., Art. 151 N. 7).

### **E. 10**

/ 27 Gutachtens Stellung nehmen und Ergänzungsfragen stellen können. Wenn die Vorinstanz dann zum Schluss gekommen wäre, das asim-Gutachten sei unvollständig, unklar oder nicht gehörig begründet bzw. die Gutachter nicht unabhängig gewesen, hätte sie immer noch ein eigenes Gutachten bzw. Obergutachten anordnen können. Mit seinem Verhalten hat der Berufungskläger dieses Vorgehen vereitelt (s. auch E. 4). Dazu kommt, dass die

Vorinstanz die Klage schon gestützt auf Art. 40 VVG zu Recht abgewiesen hat, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird (s. E. 6). Aus all diesen Gründen war und ist die Einholung eines zweiten Gutachtens nicht angebracht (gewesen). Die Berufung ist im vorliegenden Punkt abzuweisen. 4. Beizug Fremdgutachten 4.1.1. Im Eventualbegehren verlangt der Berufungskläger, es sei das asim- Gutachten vom 26. Mai 2021 mit sämtlichen Ergänzungen im Verfahren ZK2 23 6 beizuziehen (act. A.1, S. 2, Rz. 8). Allerdings wäre dieses aufgrund der neusten Untersuchungsergebnisse zu ergänzen und zu überarbeiten (act. A.1, S. 8, Rz. 25). 4.1.2. Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Bei unechten Noven (Tatsachen und Beweismittel, die bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Entscheids vorhanden waren) muss sich die betreffende Partei für die Verspätung mit sachlichen Gründen entschuldigen können bzw. die Gründe detailliert darlegen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte (BGE 148 III 95 E. 4.3.2; 144 III 349 E. 4.2.1; 143 III 43 E. 4.1; BRUNNER/VISCHER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl. 2021, Art. 317 N. 3; SPÜHLER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2024, Art. 317 N. 9). Auch im Zivilprozess gilt der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO). Dagegen verstösst beispielsweise ein widersprüchliches Verhalten im Prozess oder eine Beweisvereitelung, d.h., wenn eine Partei rechtswidrig und schuldhaft der beweisbelasteten Partei die Beweisführung erschwert oder verunmöglicht (GEHRI, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2025, Art. 52 N. 10; GÖKSU, in: Brunner/Schwander/Vischer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2025, Art. 52 N. 27 und N. 30). Bei einem Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben kann es die Rechtsmittelinstanz ablehnen, Beweisanträge im Rechtsmittelverfahren zuzulassen (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.2, in: Pra 2013

## **E. 11**

/ 27 Nr. 4; OBERHAMMER/WEBER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl. 2021, Art. 52 N. 5a). 4.1.3. Das im Parallelverfahren eingeholte asim-Gutachten datiert vom 26. Mai 2021 und dessen Einbezug in das vorliegende Verfahren war bereits vor Vorinstanz Thema (s. E. 3.3; RG-act. IV.9). Daher handelt es sich bei diesem Beweismittel um ein unechtes Novum (act. A.1, S. 2). Der Berufungskläger legt nicht detailliert dar, warum heute auf dieses Beweismittel zurückzugreifen ist, nachdem er sich vor Vorinstanz noch dagegengestellt hatte, dass diese das asim-Gutachten beiziehen konnte, was im Übrigen der Prozessökonomie gedient hätte. Zudem macht er auch im Berufungsverfahren geltend, das asim-Gutachten genüge den Anforderungen betreffend Unabhängigkeit, Vollständigkeit und fachliche Anforderungen nicht (act. A.2, S. 8). Unter diesen Umständen hätte der Berufungskläger in seiner Berufungsschrift umso ausführlicher darlegen müssen, warum er das asim- Gutachten, also ein unechtes Novum, nun plötzlich doch beiziehen will, obwohl er sich vor Vorinstanz noch dagegen gewehrt hatte. Zudem verhält sich der Berufungskläger widersprüchlich, wenn er sich vor Vorinstanz zuerst gegen die Herausgabe des asim-Gutachtens wehrt und dessen Einbringen in den Prozess erst jetzt für den Fall verlangt, dass das von ihm beantragte (Ober-)Gutachten nicht angeordnet worden ist und er sich der Auseinandersetzung mit dem asim- Gutachten nicht entziehen kann. Der Antrag auf Beizug des asim-Gutachtens ist

daher aus beiden Gründen (zu wenig detaillierte Begründung für die Berücksichtigung eines unechten Novums sowie widersprüchliches Verhalten) abzulehnen und die Berufung diesbezüglich abzuweisen. Im Übrigen kann im Bereich der Invaliden- und Unfallversicherung die formelle Ablehnung eines Sachverständigen regelmässig nicht allein mit strukturellen Umständen wie einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis der Gutachterstelle zur Versicherung begründet werden (BGE 138 V 318 E. 6.2; 138 V 271 E. 2.2.2). Auch die Mitgliedschaft in den gleichen Berufs- und Branchenverbänden begründet keine Befangenheit (SCHMID/BAUMGARTNER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl. 2021, Art. 183 N. 13). Wenn der Berufungskläger insbesondere lic. iur. H.\_\_\_\_\_, Mitglied der Leitung von asim, fehlende Unabhängigkeit infolge wirtschaftlicher Verflechtung (Erteilung von Gutachteraufträgen durch Versicherungen an die asim), Mitgliedschaft im Vorstand des Vereins SIM (Swiss Insurance Medicine) sowie wissenschaftlicher Zusammenarbeit mit Exponenten von Versicherungsunternehmen vorwirft (act. A.1, S. 6, Rz. 22), so ist festzuhalten, dass erstens solche strukturellen Umstände nicht per se zur fehlenden Unabhängigkeit von H.\_\_\_\_\_ führen und zweitens H.\_\_\_\_\_ als

## **E. 12**

/ 27 Juristin selbst keine ärztliche Beurteilung im Rahmen eines fachärztlichen Gutachtens vornehmen kann, weshalb vom Berufungskläger zu substantiieren gewesen wäre, warum es ihr im Zusammenhang mit dem asim-Gutachten vom 26. Mai 2021 konkret an der notwendigen Unabhängigkeit gefehlt haben sollte. Solche konkreten Umstände, welche auf eine fehlende Unabhängigkeit in Sachen des Berufungsklägers hinweisen (ausser den pauschalen Hinweisen auf die Mitgliedschaft im Vorstand der SIM oder auf wissenschaftliche Zusammenarbeit), hat der Berufungskläger auch hinsichtlich Dr. iur. M.\_\_\_\_\_ und Dr. med. N.\_\_\_\_\_ nicht ausgeführt. Im Übrigen ist betreffend diese Einwände auf die diesbezüglich zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (act. B.1, E. 4.5.4). 4.2.1. Der Berufungskläger rügt sodann, die Vorinstanz hätte das asim-Gutachten auch von Amtes wegen beiziehen können. Art. 164 und Art. 157 ZPO seien in diesem Zusammenhang nicht anwendbar (act. A.1, S. 8 f., Rz. 27). Nach dem Beizug des Fremdgutachtens hätte sich die Vorinstanz mit diesem sowie der dagegen erhobenen Ausstandseinrede auseinandersetzen müssen (act. A.1, S. 9, Rz. 28). 4.2.2. Nach Art. 157 ZPO bildet sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. Dabei sind nicht nur die abgenommenen Beweise zu würdigen, sondern auch die Eingaben, Erklärungen und das Verhalten der Parteien während des Prozesses (BAUMGARTNER, a.a.O., Art. 157 N. 2). Gemäss Art. 160 Abs. 1 ZPO sind die Parteien und Dritte zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet, beispielsweise zur Herausgabe einer Urkunde, in deren Besitz sie sind. Verweigert eine Partei unberechtigterweise die Mitwirkung, so kann diese nicht direkt erzwungen werden, vielmehr besteht die Sanktion in der Berücksichtigung des renitenten Verhaltens bei der Beweiswürdigung (Art. 164 ZPO; HASENBÖHLER/YAÑEZ, a.a.O., Art. 164 N. 4). Dabei macht Art. 164 ZPO keine Vorgaben, welche Schlüsse das Gericht bei der Beweiswürdigung aus einer Mitwirkungsverweigerung ziehen soll (s. Art. 157 ZPO). Insbesondere ist nicht vorgeschrieben, dass das Gericht ohne Weiteres auf die Wahrheit der Tatsachenbehauptungen der Gegenpartei schliessen muss, sondern bei der unberechtigten Mitwirkungsverweigerung handelt es sich um einen Umstand unter anderen, der in die freie Beweiswürdigung einfließt (BGE 140 III 264 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_544/2022 vom 21. März 2022 E. 3.7). 4.2.3. Im vorliegenden Fall war die Vorinstanz

bereit gewesen, das Fremdgutachten aus dem Parallelprozess (Proz. Nr. 115-2016-4) beizuziehen (s. RG-act. IV.9), wie von der Berufungsbeklagten in ihrer Eingabe vom 1. November 2021 beantragt worden war (RG-act. I.33). Die F.\_\_\_\_\_ als Gegenpartei des

### **E. 13**

/ 27 heutigen Berufungsklägers im Proz. Nr. 115-2016-4 hatte dagegen nicht opponiert (act. B.1, E. 4.5.2). Aber der Berufungskläger stellte sich mit einem Ausstandsbegehren und der Monierung von inhaltlichen Mängeln gegen dieses Editionsbegehren (act. B.1, E. 4.5.2; RG-act. I.40; RG-act. VII.1a, Ziff. 5). Die Vorinstanz konnte deshalb dieses Verhalten des Berufungsklägers gestützt auf Art. 157 ZPO bei der Beweiswürdigung als Indiz dafür werten, dass das asim- Gutachten wohl nicht zum Schluss gekommen war, dass die gesundheitlichen Probleme des Berufungsklägers auf einen Zeckenstich zurückzuführen sind, andernfalls der Berufungskläger keine Einwände gegen dessen Herausgabe gehabt hätte bzw. im Proz. Nr. 115-2016-4 auch nicht die Erstellung eines Obergutachtens verlangt hätte (act. B.1, E. 4.5-4.5.4; s. auch E. 2). Die Vorinstanz setzte sich ferner mit den Einwänden des Berufungsklägers auseinander, wonach es den asim- Gutachtern an der erforderlichen Unbefangenheit fehle, und verneinte diese, soweit es diese Einwände mangels Einbringens des asim-Gutachtens in den vorliegenden Prozess überhaupt überprüfen konnte (act. B.1, E. 4.5.2-4.5.4). Die Ausführungen der Vorinstanz überzeugten, zumal der Berufungskläger die fehlende Unbefangenheit von asim (insbesondere von H.\_\_\_\_\_) bloss pauschal mit der Entgegennahme von Gutachteraufträgen durch Versicherungen, Mitgliedschaften in denselben Fachorganisationen und gemeinsamen wissenschaftlichen Publikationen begründet (s. E. 4.1.3). Aufgrund des Verhaltens des Berufungsklägers liegt es nahe, anzunehmen, dass er das asim-Gutachten selbst ins Verfahren eingebracht hätte, wenn es zu seinen Gunsten ausgefallen wäre, und kein Obergutachten verlangt hätte bzw. verlangen würde (s. E. 2). Die Berufung ist daher im vorliegenden Punkt abzuweisen. 5. Verbot des überspitzten Formalismus 5.1. Der Berufungskläger macht geltend, die Vorinstanz habe das Verbot des überspitzten Formalismus verletzt, indem sie ihm vorgeworfen habe, er habe den Vorwurf der unredlichen Abänderung des Berichtes von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014 nicht bestritten. Die Bestreitungslast dürfe nicht zur Umkehr der Beweislast führen (act. A.1, S. 3, Rz. 12 f.). 5.2. Damit nimmt der Berufungskläger Bezug auf den vorinstanzlichen Entscheid (act. B.1, E. 4.3.1) und die Tatsache, dass er mit seiner Klage vom 7. März 2016 den Bericht seines Hausarztes Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014 (adressiert an die F.\_\_\_\_\_) eingereicht hatte (RG-act. I.1; RG-act. II.10 = RG-act. III.46), in welchem ein entscheidender Passus fehlte, wie die Berufungsbeklagte in ihrer Duplik vom 13. Dezember 2016 unter Vorlage einer zweiten Version desselben Arztberichtes offenlegte (RG-act. I.4, S. 11 f.; RG-act. III.46; RG-act. III.71). Dabei

### **E. 14**

Dezember 2016 zu (RG-act. V.7). Dieser reagierte aber in seinen beiden darauffolgenden (Noven-)Eingaben vom 10. Januar 2017 (RG-act. I.5) und vom 10. März 2017 (RG-act. I.7) nicht auf diesen Vorwurf, sondern erst an der Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2023 (RG-act. VII.3, S. 3). Weil der Berufungskläger nicht rechtzeitig auf diesen Vorwurf reagierte, ging die Vorinstanz davon aus, es sei nicht bestritten, dass der Berufungskläger oder sein Anwalt den Hausarzt Dr. med. C.\_\_\_\_\_ dazu veranlasst hätte, seinen Bericht vom 28. Juli 2014 abzuändern, nämlich die Passagen über das Konsilium mit Dr. med. J.\_\_\_\_\_ und dessen Beurteilung zu entfernen (act. B.1, E. 4.3.4). Im Weiteren begründete die

Vorinstanz ausführlich, warum ihrer Ansicht nach kein Anlass für eine Beweiserhebung von Amtes wegen (Art. 153 Abs. 2 ZPO) bestanden habe, weil sich aus anderen Anhaltspunkten ergebe, dass der Berufungskläger und sein Anwalt Kenntnis vom Konsilium mit Dr. med. J. \_\_\_\_\_ hätten gehabt haben müssen und folglich die Täuschungsabsicht erstellt sei (act. B.1, E. 4.3.4). 5.3. Der Anspruchsberechtigte ■ in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte ■ hat die Tatsachen zur Begründung des

## **E. 15**

/ 27 Versicherungsanspruches zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen, wie zum Beispiel die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art. 40 VVG. Gemäss Art. 40 VVG muss die Versicherung zwei Voraussetzungen nachweisen: Erstens die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Versicherten und zweitens die Täuschungsabsicht. Anspruchsberechtigter und Versicherung haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen. Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_470/2024 vom 7. Januar 2025 E. 3.3 m.w.H.). Gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK (in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen und strafrechtliche Anklagen) haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Gerichtsverfahren, unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit. Diese Garantien umfassen das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht (BGE 138 I 484 E. 2.1 m.w.H.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht dieses Replikrecht unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zugestellt worden ist. Dabei wird erwartet, dass eine Partei, die eine Eingabe ohne Fristansetzung erhält und dazu Stellung nehmen will, dies umgehend tut oder zumindest beantragt; ansonsten wird angenommen, sie habe auf eine weitere Eingabe verzichtet (BGE 138 I 484 E. 2.2). Ein Rechtsvertreter muss die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Replikrecht kennen und somit wissen, dass ihm auch bei der blossen Zustellung zur Kenntnisnahme ein Replikrecht zusteht, das er innert angemessener Frist einzufordern hat, ansonsten Verzicht angenommen wird (vgl. BGE 138 I 484 E. 2.5). Anders sieht die Rechtslage seit dem 1. Januar 2025 aus, weil Art. 53 Abs. 3 ZPO neu vorsieht, dass das Gericht der Gegenpartei eine Frist von mindestens zehn Tagen ansetzen muss, damit sie zu einer Eingabe der Gegenpartei Stellung nehmen kann. Auf die vorliegend streitige Konstellation vor Vorinstanz kommt diese neue Rechtslage jedoch nicht zur Anwendung, weil vor

## **E. 16**

/ 27 Vorinstanz noch die alte Rechtslage galt und letztlich auch im Berufungsverfahren noch gilt (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO und Art. 407f ZPO). Nach Art. 229 Abs. 1 ZPO in der bis 1. Januar 2025 geltenden Fassung, die im vorliegenden Verfahren noch anwendbar ist (Art.

407f ZPO), werden in der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie "ohne Verzug" vorgebracht werden. Die Bestreitungen von Noven qualifizieren ebenso als Noven und sind somit ebenfalls unverzüglich vorzubringen (VETTER/SPRENGER, Bestreitungen von "Dupliknoven", SJZ 118 [2022] S. 1113, unter Bezugnahme auf Urteil des Bundesgerichts 4A\_77/2020 vom 17. Juni 2020 E. 4.2.3). In der Lehre wird kontrovers diskutiert, was unter "ohne Verzug" im Sinne des bisherigen Art. 229 Abs. 1 ZPO zu verstehen ist. Umstritten ist insbesondere die Frage, ob Noven immer unverzüglich nach deren Entdeckung in einer unaufgeforderten Eingabe eingebracht werden müssen oder ob damit bis zum Beginn der Hauptverhandlung zugewartet werden darf (vgl. dazu z.B. HUNSPERGER/WICKI, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess – eine Replik, AJP 2017, S. 455 f. und insb. FN 12). Teile der Rechtsprechung, darunter das Kantonsgericht von Graubünden in einem Urteil aus dem Jahr 2023, vertraten die Ansicht, dass die klagende Partei ihr "Replikrecht" ausüben und dabei die massgeblichen Bestreitungen geltend machen müsse. Andernfalls seien die entsprechend von der beklagten Partei in der Duplik vorgebrachten Behauptungen nicht bestritten (Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 22 54 vom 30. Januar 2023 E. 4.4.3 m.w.H.; Urteil des Obergerichts Zug Z1 2022 16 vom 11. Mai 2023, in: CAN 2023 Nr. 36; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG110266 vom 19. Dezember 2013 E. 2.2.3). Auch das Bundesgericht scheint dieser Ansicht zuzuneigen, wie aus einem Urteil aus dem Jahr 2012 hervorgeht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_747/2012 vom 5. April 2013 E. 3.3). In einem Urteil aus dem Jahr 2020 warf es sodann die Frage auf, ob das Zurückhalten eines Novums bis zur Hauptverhandlung, die unter Umständen Wochen oder gar Monate nach der Novenentdeckung stattfindet, sich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbaren lasse (Urteil des Bundesgerichts 4A\_77/2020 vom 17. Juni 2020 E. 4.2.3). 5.4. Die Frage, wie und wann nach der bisherigen Fassung des Art. 229 Abs. 1 ZPO Dupliknoven bestritten werden müssen, kann vorliegend offen bleiben. Im Ausgangspunkt oblag es der Berufungsbeklagten, ihr Leistungsverweigerungsrecht nach Art. 40 VVG mit entsprechenden Tatsachenbehauptungen (erstens wahrheitswidrige Tatsachendarstellung durch zwei vom Berufungskläger bzw. seinem Anwalt veranlasste Versionen des Hausarztberichts vom 28. Juli 2014 und

## **E. 17**

/ 27 zweitens Täuschungsabsicht) vorzutragen. Dieser Obliegenheit kam die Berufungsbeklagte in ihrer Duplik vom 13. Dezember 2016 nach. Alsdann oblag es dem Berufungskläger, diese Behauptungen zu bestreiten; allein aus seinen Behauptungen zur Begründung des Versicherungsanspruchs (Bestehen eines Versicherungsvertrags, Eintritt des Versicherungsfalls, Umfang des Anspruchs) ergab sich keine implizite Bestreitung der Behauptungen zur betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs, jedenfalls keine substantiierte, hat die Berufungsbeklagte doch ihre Einwendung nach Art. 40 VVG in der Duplik mit detaillierten einzelnen Behauptungen vorgetragen (vgl. RG-act. I.4, Rz. 14, S. 11 f.). Der Vertreter des Berufungsklägers reagierte erst an der Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2023, d.h. fast sieben Jahre später, auf die betreffenden Behauptungen der Berufungsbeklagten (s. RG-act. VII.3, S. 3). Was echte Noven angeht, reichte der Berufungskläger demgegenüber jeweils umgehend eine separate "Noveneingabe" ein, so insgesamt 26 Mal zwischen dem Aktenschluss und der Hauptverhandlung. Es widerspricht Treu und Glauben (Art. 52 ZPO), wenn eine anwaltlich vertretene Partei unter Verweis auf Art. 229 Abs. 1 aZPO wiederholt Noveneingaben mit echten Noven einreicht, gleichzeitig jedoch stillschweigend mit dem Vorbringen unechter Noven und mit Bestreitungen jener

Tatsachenbehauptungen, die die Gegenpartei in ihrer letzten Eingabe in den Prozess einführte, bis zur Hauptverhandlung zuwartet. Aufgrund dieser Vorgehensweise war zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung die Möglichkeit, die Dupliknoven noch wirksam bestreiten zu können, folglich verwirkt. Im Übrigen handelte der Berufungskläger auch an der Hauptverhandlung selber zu spät. Hätte er die Dupliknoven wirksam bestreiten wollen, hätte er dies nämlich zu Beginn der Hauptverhandlung tun müssen (Art. 229 Abs. 2 aZPO analog), mithin im ersten mündlichen Parteivortrag (Art. 228 Abs. 1 ZPO) bzw. in einem Vortrag davor (BGE 147 III 475). Gemäss Protokoll nahm der Berufungskläger jedoch erstmals in seiner mündlichen Replik, also im zweiten mündlichen Parteivortrag (Art. 228 Abs. 2 ZPO), zur Behauptung der Berufungsbeklagten Stellung (vgl. RG-act. VII.1a, VII.1b und VII.3, S. 3). Im Ergebnis ist die Vorinstanz daher zu Recht von den unbestritten gebliebenen Tatsachenbehauptungen der Berufungsbeklagten ausgegangen, wonach der Berufungskläger oder sein Vertreter absichtlich Tatsachen zum Zwecke der Täuschung i.S.v. Art. 40 VVG verschwiegen habe, nämlich das Konsilium mit dem Zeckenspezialisten Dr. med. J.\_\_\_\_\_. Demzufolge muss auch das Obergericht als Berufungsinstanz darüber keine Beweise mehr abnehmen (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO), beispielsweise nicht, wie von der Berufungsbeklagten beantragt (act. A.2, S. 8, Rz. 17), den Hausarzt Dr. med. C.\_\_\_\_\_ als Zeugen einvernehmen.

## **E. 18**

/ 27 5.5. Die Vorinstanz hätte infolge der fehlenden rechtzeitigen Bestreitung seitens des Berufungsklägers nur von Amtes wegen darüber Beweis erheben müssen, wenn sie erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Behauptungen der Berufungsbeklagten gehabt hätte (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Solche Zweifel hat sie jedoch zu Recht verneint (act. B.1, E. 4.3.4). Denn gemäss Protokoll der Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2023 vor Vorinstanz hat der Rechtsvertreter des Berufungsklägers in der mündlichen Replik Folgendes ausgeführt (RG-act. VII.3, S. 3): "Ich finde es unter aller Kanone, dass Sie mir unterstellen, ich hätte den Bericht des Hausarztes verfälscht. Der Bericht ging direkt von Dr. C.\_\_\_\_\_ an die F.\_\_\_\_\_. Wann Dr. C.\_\_\_\_\_ eine zweite Version verfasste, ist völlig offen. Erst viel später habe ich der I.\_\_\_\_\_ eine andere Version geschickt und dabei nicht realisiert, dass diese mit der ersten nicht identisch ist." Damit hat der Berufungskläger anerkannt, dass zwei Versionen des Hausarztberichts vom 28. Juli 2014 bestanden und der Hausarzt beide Versionen erstellt hatte. Zudem geht aus dieser Aussage hervor, dass Dr. med. C.\_\_\_\_\_ eine Version direkt der F.\_\_\_\_\_ geschickt hat und der Rechtsvertreter des Berufungsklägers eine andere Version an die I.\_\_\_\_\_. Gemäss den mittels E-Mail- Beweis untermauerten Angaben der Berufungsbeklagten hat sie die ungekürzte Version des Arztberichts vom 28. Juli 2014 von der I.\_\_\_\_\_ am 29. November 2016 erhalten (RG-act. I.4; RG-act. III.73), was gemäss der vom Berufungskläger am 24. Oktober 2014 zugunsten der Berufungsbeklagten erteilten Vollmacht zulässig war (RG-act. II.50). Der Rechtsvertreter des Berufungsklägers macht ferner keine Ausführungen dazu, wann er bemerkt haben will, dass zwei unterschiedliche Berichte von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014 (ohne Zusatz: RG-act. III.46; mit Zusatz: RG-act. III.71) existierten und warum er der Berufungsbeklagten als Unfallversicherung die gekürzte Version (ohne das Konsilium mit Dr. med. J.\_\_\_\_\_ und dessen Einschätzung, dass "keine behandlungsbedürftige Borreliose" vorliege) eingereicht hat (als Beilage zur Klage, RG-act. II.10) und der I.\_\_\_\_\_ als Krankentaggeldversicherung die ungekürzte Version (mit der Einschätzung von Dr. med. J.\_\_\_\_\_, dass "keine behandlungsbedürftige Borreliose" vorliege). Der Rechtsvertreter des Berufungsklägers hat ferner den Umstand, dass zwei Versionen des Arztberichts vom 28. Juli 2014 bestehen, im vorliegenden Verfahren nie von

sich aus thematisiert. Der Berufungskläger hat mit seiner Klage vom 7. März 2016 gegen die Berufungsbeklagte (als Unfallversicherung) nur die Kurzversion des Arztberichts von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014 eingereicht (RG-act. I.1, S. 5 oben; RG-act. II.10), was den Schluss nahelegt, dies sei bewusst so gemacht worden, weil sich die Berufungsbeklagte ansonsten hätte veranlasst sehen können, zum behaupteten Unfallhergang und dessen Folgen vermehrte Abklärungen

#### **E. 19**

/ 27 vornehmen zu lassen (act. B.1, S. 11, E. 4.3.4). Denn die gekürzte Version enthält den Hinweis nicht, dass gemäss Einschätzung des Borreliose-Experten Dr. med. J.\_\_\_\_\_ keine behandlungsbedürftige Borreliose vorliegt, demzufolge gemäss dessen Beurteilung kein Unfallereignis vorliegt. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, ist es auch unwahrscheinlich, dass der Hausarzt Dr. med. C.\_\_\_\_\_ das Konsilium mit dem Zeckenspezialisten Dr. med. J.\_\_\_\_\_ und dessen Resultat gegenüber dem Berufungskläger nicht thematisiert haben sollte (act. B.1, S. 10, E. 4.3.4). Seltsam mutet es auch an, dass der Berufungskläger nicht nur weder zeitnah auf den Vorwurf der Berufungsbeklagten reagiert hat, es sei der Tatbestand der betrügerischen Begründung eines Versicherungsanspruchs erfüllt, sondern es auch unterlassen hat, beispielsweise die Einvernahme von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ zu den zwei Versionen und die Begründung dazu zu verlangen, um den gestützt auf Art. 40 VVG erhobenen Vorwurf aus der Welt zu schaffen bzw. diesbezüglich eine Klärung herbeizuführen (s. RG-act. VII.1a, Ziff. 3). Diese Umstände sprechen dafür, dass der Berufungskläger von den zwei Versionen des Arztberichts wusste und jede Version je nach Zweckerreichung bewusst eingesetzt hat. Die Aussage des Rechtsvertreters des Berufungsklägers an der Hauptverhandlung, er habe erst später realisiert, dass er der I.\_\_\_\_\_ eine andere Version geschickt habe, erscheint daher unglaubwürdig. Damit ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, es liege eine wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Versicherten (bzw. durch seinen Hausarzt als seinen Vertreter) vor (act. B.1, E. 4.3.4 und E. 4.3.5). Zudem hat die Vorinstanz in ihrem Entscheid zutreffend abgehandelt, warum die Voraussetzungen von Art. 40 VVG seitens des Berufungsklägers erfüllt worden sind, auch wenn nicht von einem unbestritten gebliebenen Sachverhalt auszugehen wäre (act. B.1, E. 4.3.4 und E. 4.3.5). Auch eine Verletzung von Art. 153 Abs. 2 ZPO ist der Vorinstanz daher nicht vorzuwerfen und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen. 6. Täuschung gemäss Art. 40 VVG 6.1.1. Weiter moniert der Berufungskläger, die Berufungsbeklagte habe keine Täuschung gemäss Art. 40 VVG nachweisen können. Denn der Arztbericht von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014 sei nur an die F.\_\_\_\_\_ adressiert worden und nicht an die Berufungsbeklagte (act. A.1, S. 4, Rz. 15). 6.1.2. Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder hat er die ihm nach Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gemäss Art. 40 VVG gegenüber dem

#### **E. 20**

/ 27 Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden. In objektiver Hinsicht liegt eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, wenn der Versicherte Tatsachen verschweigt oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern können. Dabei ist nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung,

sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten. Zusätzlich zu den objektiven Voraussetzungen von Art. 40 VVG muss als subjektives Element die Täuschungsabsicht hinzutreten, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Täuschungsabsicht ist auch schon gegeben, wenn der Anspruchsteller um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (Urteil des Bundesgerichts 4A\_470/2024 vom 7. Januar 2025 E. 3.2 m.w.H.). Art. 40 VVG richtet sich an den Anspruchsberechtigten bzw. seinen Vertreter (z.B. einen Dritten, der dem Versicherungsunternehmen gegenüber für den Anspruchsteller dessen Auskunftspflichten erfüllt; MANZ/GROLIMUND, in: Grolimund/Loacker/Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. 2023, Art. 40 N. 15 f.). Empfänger der Tatsachenäusserung i.S.v. Art. 40 VVG können das Versicherungsunternehmen oder Sachverständige und Ärzte sein, deren Protokolle, Rapporte, Gutachten und Zeugnisse für das Versicherungsunternehmen – wie der Anspruchsberechtigte weiss oder wissen muss – meinungsbildend sind (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., Art. 40 N. 19). Bisher offen gelassen hat das Bundesgericht die Frage, ob ein Versicherungsbetrug i.S.v. Art. 40 VVG zu bejahen ist, wenn ein Versicherter Tatsachen verschweigt oder falsch darstellt, die das Versicherungsunternehmen zum Anlass genommen hätte, um weitere medizinische Abklärungen (Gutachten) zu tätigen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 5.2 und E. 5.3). Sofern ein Versicherter aber erst Jahre später medizinisch untersucht werden kann, besteht eine erhebliche Gefahr, dass sich nicht mehr zweifelsfrei feststellen lässt, wie es sich mit der Erwerbsfähigkeit zu einem früheren Zeitpunkt verhalten hat, weshalb in einem solchen Fall die Verhinderung von medizinischen Abklärungen den Tatbestand des "Verschweigens oder Täuschens von/über Tatsachen, die geeignet

## **E. 21**

/ 27 sind, den Leistungsanspruch zu beeinflussen", erfüllt (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., Art. 40 N. 26). Art. 40 VVG sieht – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots von Art. 2 Abs. 2 ZGB – keine Frist vor, innert welcher die Versicherung ihre Leistungsverweigerung geltend machen muss (MANZ/GOLIMUND, a.a.O., Art. 40 N. 92; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB120107 vom 7. Juni 2013 E. 3; a.M. FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, Rz. 11.96, wonach aus Rechtssicherheitsgründen analog Art. 6 VVG eine vierwöchige Frist ab zuverlässiger Kenntnis über die absichtliche Täuschung gelten soll). Was die Beweislast anbelangt, so muss die Versicherung gemäss Art. 40 VVG nachweisen: Erstens die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Versicherten und zweitens die Täuschungsabsicht. Hinsichtlich der Täuschungsabsicht als innerpsychologisches Phänomen liegt eine Beweisnot vor und der Nachweis mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt. Die Beweisführung erfolgt anhand von Indizien. Oft schliesst das Gericht aus den objektiven Tatsachen auf einen Vorsatz. Gefälschte Urkunden sind i.d.R. eindeutige Indizien für eine Täuschungsabsicht (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., Art. 40 N. 102 m.w.H.). 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. Es gibt aber Konstellationen, bei denen ausnahmsweise eine Beweisnot bestehen kann. So lässt sich

beispielsweise die Vortäuschung eines Diebstahls in aller Regel nicht strikt nachweisen, sodass sich in solchen Fällen das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch auf den objektiven Tatbestand von Art. 40 VVG bezieht (BGE 148 III 134 E. 3.4.3 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_491/2023 vom 26. Februar 2024 E. 4.6). 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. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung, 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

## E. 22

/ 27 typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (BGE 148 III 134 E. 3.4.1; 148 III 105 E. 3.3.1; 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1). 6.1.3. Vorliegend ist erstellt und vom Berufungskläger anerkannt, dass vom Arztbericht von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014 zwei Versionen bestehen (RG- act. VII.3, S. 3; ohne Zusatz: RG-act. II.10; RG-act. III.46; mit Zusatz: RG- act. III.71). Dies ist als Indiz für eine Täuschungsabsicht zu werten. Die ungekürzte Version (RG-act. III.71) weist gegenüber der gekürzten Version (RG act. II.10; RG act. III.46) folgenden zusätzlichen Passus, die Konsultation von Dr. J.\_\_\_\_\_ vom 31. Mai 2012 beinhaltend, auf: 21.05.2012 Anmeldung zur spezialärztlich-infektiologischen Beratung in Zürich bei Dr. med. J.\_\_\_\_\_, Facharzt für Innere Medizin FMH, Spezialsprechstunde für Zeckenerkrankungen. 31.05.2012 Konsilium mit Dr. J.\_\_\_\_\_: er kommt aufgrund der Blut- Analyseergebnisse zum Ergebnis, dass Herr A.\_\_\_\_\_ in der Vergangenheit wohl einen Kontakt mit Borrelien gehabt haben muss, es sei auch zu einer Frühantikörper-Antwort des Immunsystems gekommen - jedoch handelt es sich wegen der eindeutig wenigen Banden im Immunoblot sowie wegen fehlenden Borreliose Burgdorferi IgM Antwort hier um keine behandlungsbedürftige Borreliose. Diese Nachricht wurde sofort weitergeleitet an Frau Dr. med. K.\_\_\_\_\_. Der vorgenannte Passus des Borreliose-Spezialisten Dr. med. J.\_\_\_\_\_ beinhaltet Tatsachen, welche die Leistungspflicht der Berufungsbeklagten ausschliessen oder mindern könnten. Denn wenn "keine behandlungsbedürftige Borreliose" (und demzufolge kein Unfall im Versicherungssinne) vorliegt, könnte dies ein Umstand sein, aufgrund dessen eine Leistungspflicht der Berufungsbeklagten entfallen könnte. Zumindest hätte der Berufungskläger mittels Unterdrückung dieses Passus weitere Abklärungen zur Leistungspflicht der Berufungsbeklagten verhindern und sie so täuschen können. Dass zwei Versionen des Arztberichts von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014 bestehen, eine für den Berufungskläger günstige und eine ungünstige, legt daher den Schluss nahe, dass eine Täuschungsabsicht bestand. Nach den Angaben des Berufungsklägers in seiner Berufungsschrift soll Dr. med. C.\_\_\_\_\_ beide Fassungen seines Arztberichts vom 28. Juli 2014 elektronisch visiert und beide Fassungen direkt der F.\_\_\_\_\_ zugestellt haben. Er, der Berufungskläger, habe beide Versionen verwendet (act. A.1, S. 4, Rz. 14). Es existiere keine Version des Arztberichts, welche mit dem Hinweis auf das Konsilium mit Dr. med. J.\_\_\_\_\_ an die I.\_\_\_\_\_ gerichtet gewesen sei (act. A.1, S. 4, Rz. 15). Diese Behauptungen sind neu. Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht

## **E. 23**

/ 27 werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Bei den neuen Behauptungen des Berufungsklägers handelt es sich um unechte Noven. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können. Im Falle unechter Noven hat derjenige, der sie im Berufungsverfahren einbringen will, namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (BGE 143 III 42 E. 4.1). Der Berufungskläger zeigt in der Berufung nicht auf, weshalb er die Behauptungen nicht schon vor erster Instanz hätte aufstellen können. Sie können daher im jetzigen Prozessstadium nicht mehr berücksichtigt werden. Dass ein Arztbericht vom 28. Juli 2014 existiert, welcher als Adressatin die I. \_\_\_\_\_ aufweist, wurde im Übrigen nie behauptet, sondern nur, dass es zwei Versionen des Arztberichts vom 28. Juli 2014 mit der Adressatin F. \_\_\_\_\_ gibt. Der Einwand des Berufungsklägers ist daher nicht relevant. Wie bereits erwähnt, gab der Vertreter des Berufungsklägers zudem an der Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2023 vor Vorinstanz selbst an, dass der eine Bericht direkt von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ an die F. \_\_\_\_\_ ging und er selbst der I. \_\_\_\_\_ später eine andere Version geschickt habe (RG-act. VII.3, S. 3). Keinen Beweis nennt der Berufungskläger hingegen für seine Behauptung, auch die längere Version des Arztberichts vom 28. Juli 2014 sei von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ direkt an die F. \_\_\_\_\_ gegangen. Gegen diese Behauptung spricht der Arztbericht von Dr. med. L. \_\_\_\_\_ vom 16. November 2015 an die F. \_\_\_\_\_, worin er die Angaben des Berichts von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014 aufführt, ohne jedoch das mit Dr. med. J. \_\_\_\_\_ stattgefundene Konsilium zu erwähnen (RG-act. III.58, S. 2). Weil die Einschätzung des Zeckenspezialisten Dr. med. J. \_\_\_\_\_, wonach keine behandlungsbedürftige Borreliose vorliege, jedoch eine wichtige Aussage war, hätte Dr. med. L. \_\_\_\_\_ sie in seinem Bericht sicher erwähnt bzw. wäre darauf eingegangen, wenn ihm die vollständige Version des Arztberichts von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014 vorgelegen hätte. Es ist daher davon auszugehen, dass Dr. med. C. \_\_\_\_\_ die kürzere Version seines Arztberichts vom 28. Juli 2014 direkt der F. \_\_\_\_\_ mittels Hin-Account gemailt hat und die längere Version elektronisch dem Berufungskläger zur weiteren Verwendung zugestellt hat. Wenn der Berufungskläger zudem nahelegen will, es habe keine Täuschung direkt gegenüber der Berufungsbeklagten stattgefunden, weil der Arztbericht vom 28. Juli 2014 nicht der Berufungsbeklagten, sondern der F. \_\_\_\_\_ (Zustellung Kurzversion) und der I. \_\_\_\_\_ (Zustellung Langversion) zugestellt worden sei, so hilft diese Darstellung dem Berufungskläger nicht. Denn auch

## **E. 24**

/ 27 Arztberichte, die nicht unmittelbar an die Berufungsbeklagte als Versicherung gegangen sind, aber für deren Meinungsbildung entscheidend sind, können den Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllen. So hat der Berufungskläger im vorliegenden Verfahren nur die verkürzte Version des Arztberichts vom 28. Juli 2024 (ohne das Konsilium mit Dr. med. J. \_\_\_\_\_) eingereicht (RG-act. II.10) und nicht die vollständige Version (mit dem Konsilium von Dr. med. J. \_\_\_\_\_). Er hätte auch beide Versionen einreichen und begründen können, warum zwei Versionen desselben Arztberichts vom 28. Juli 2014 existieren bzw. die Einvernahme von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ zu diesem Umstand verlangen können, um eine Klärung herbeizuführen. Die Tatsache, dass der Berufungskläger kommentarlos nur die verkürzte Version des Arztberichts vom 28. Juli 2014 in den vorliegenden Prozess

eingebraucht hat, lässt die Vermutung aufkommen, dass er damit bewusst allfällige weitere Abklärungen der Berufungsbeklagten zum möglichen Unfallereignis und dessen Folgen verhindern wollte bzw. allfällige Zweifel an einem Unfallereignis in Form eines Zeckenstichs gar nicht aufkommen lassen wollte. Als Fazit ist daher festzuhalten, dass mit dem Vorliegen von zwei Versionen des Arztberichts von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 28. Juli 2014, wovon die kürzere Version (ohne Erwähnung des Konsiliums mit Dr. med. J.\_\_\_\_\_) vom Berufungskläger im vorliegenden Verfahren gegen die Berufungsbeklagte eingereicht worden ist, eine wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Versicherten erstellt ist. Die Täuschungsabsicht seitens des Berufungsklägers wurde mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Denn wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, wurden die beiden Versionen gezielt je nach Konstellation eingesetzt, insbesondere indem der Berufungskläger im vorliegenden Verfahren nur die ihm gegenüber dem Unfallversicherer nützliche gekürzte Version des Arztberichts vom 28. Juli 2014 eingereicht hat. Die Vorinstanz hat daher die Klage zu Recht gestützt auf Art. 40 VVG abgewiesen (act. B.1, E. 4.3.5). Die Berufung ist demzufolge in diesem Punkt ebenfalls abzuweisen. 7. Weil die Vorinstanz die Klage zu Recht gestützt auf Art. 40 VVG abgewiesen hat und sich daher nicht mit den zahlreichen Berichten der den Berufungskläger seit Jahren betreuenden Ärzte auseinandersetzen musste, erübrigen sich – obschon private Gutachten seit dem 1. Januar 2025 neu als Urkunden gelten (Art. 177 ZPO i.V.m. Art. 407f ZPO) – Ausführungen dazu. 8. Kosten und Entschädigungsfolgen

#### **E. 25**

/ 27

#### **E. 26**

/ 27 Sinne von Art. 123 ZPO. Der unentgeltliche Rechtsbeistand Christian Schreiber wird vom Kanton Graubünden angemessen entschädigt. Für das Berufungsverfahren hat Christian Schreiber keine Kostennote eingereicht. Ausgehend von einem Stundenansatz von CHF 200.00 (Art. 5 HV [BR 310.250]) setzt das Obergericht die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren auf total CHF 2'500.00 fest (inklusive Barauslagen und MWST).

#### **E. 27**

/ 27 Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. 2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens von CHF 8'000.00 werden A.\_\_\_\_\_ auferlegt. Zuzugabe dessen unentgeltlicher Prozessführung werden die Kosten einstweilen auf die Staatskasse genommen, unter Vorbehalt einer Rückforderung dieser Kosten gegenüber A.\_\_\_\_\_ unter den Voraussetzungen von Art. 123 ZPO. 3. Der Kanton Graubünden hat Rechtsanwalt Christian Schreiber, dem unentgeltlichen Rechtsbeistand von A.\_\_\_\_\_, für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 2'500.00 (inklusive Barauslagen und MWST) zu bezahlen. Auch dieser Betrag unterliegt dem Vorbehalt einer Rückforderung gegenüber A.\_\_\_\_\_ unter den Voraussetzungen von Art. 123 ZPO. 4. [Rechtsmittelbelehrung] 5. [Mitteilung an:]