



Dokument	<b>Anwaltsrevue 2021 S. 311</b>
Autor	<b>Patrick Wagner, Soluna Girón</b>
Titel	<b>Das Verfahren bei Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach VVG – Ein Update</b>
Seiten	<b>311-320</b>
Publikation	<b>Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes</b>
Herausgeber	<b>Schweizerischer Anwaltsverband</b>
ISSN	<b>1422-5778</b>
Verlag	<b>Stämpfli Verlag AG</b>

## **DAS VERFAHREN BEI STREITIGKEITEN AUS KRANKENTAGGELDVERSICHERUNGEN NACH [VVG](#) – EIN UPDATE**

### **PATRICK WAGNER**

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, schadenanwaelte, Basel

### **SOLUNA GIRÓN**

Rechtsanwalt, schadenanwaelte, Zürich, Mitarbeiter an «Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte», Stämpfli 2015

Stichworte: Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, Krankentaggeld, vereinfachtes Verfahren, mündliches Verfahren, Beweisführung

Der Erstunterzeichnete hat zusammen mit RA Silvio Riesen in der «Anwaltsrevue» 10/2016, S. 437 ff., die Praxis zum Verfahren bei «Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach [VVG](#)», das seit Inkrafttreten der [ZPO](#) eidgenössisch geregelt ist, aufgezeigt. Im vorliegenden Beitrag soll die seither ergangene, verhältnismässig umfangreiche Praxis des Bundesgerichts sowie (auszugsweise) die Literatur zu diesem Verfahren dargestellt und in einen Gesamtzusammenhang gestellt werden. Obwohl die Frage, was nun alles als «Streitigkeit aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung» zu qualifizieren ist, noch nicht restlos geklärt ist,<sup>1</sup> geht es weit überwiegend um *Forderungen aus Krankentaggeldversicherungen nach [VVG](#)*. Wegen der grossen Verbreitung von Krankentaggeldversicherungen, der zunehmenden «Verhärtung der Fronten» zwischen Versicherten und Versicherungen und dem meistens nur zweistufigen Instanzenzug konnte sich in den seit Inkrafttreten der [ZPO](#) vergangenen zehn Jahren eine differenzierte Praxis zu den verschiedenen, sich stellenden Verfahrensfragen bilden.

## **I. Anwendungsbereich**

Die Frage, ob eine Streitigkeit unter den Begriff der «Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18.3.1994 über die Krankenversicherung» im Sinne von [Art. 7 ZPO](#) fällt (oder nicht), ist – wie noch zu zeigen sein wird – von erheblicher Bedeutung. Die [ZPO](#) selbst befasst sich in nur gerade vier Artikeln mit diesem Verfahren.<sup>2</sup> Wirklich geklärt wurde diese Frage von der

<sup>1</sup> Vgl. dazu I.

<sup>2</sup> Art. 7, 113 Abs. 2 lit. f, 114 lit. e und und 243 Abs. 2 lit. f [ZPO](#).

Praxis aber auch zehn Jahre nach Inkrafttreten der [ZPO](#) nicht.<sup>3</sup> Das liegt vermutlich daran, dass es ausserhalb der «klassischen Krankentaggeldstreitigkeiten» nur selten zu entsprechenden gerichtlichen Auseinandersetzungen kommt.<sup>4</sup> Eine Definition oder sonstige Umschreibung, welche Forderungen nun genau unter diese Kategorie fallen, findet sich weder im Gesetz noch in den Materialien und auch in der Rechtsprechung fehlt es bis heute an einer eigentlichen, dogmatischen Definition.<sup>5</sup> Klar ist allerdings, dass das Bundesgericht in ständiger Praxis alle (sowohl Einzel- wie Kollektiv-) *Krankentaggeldversicherungen*<sup>6</sup> nach [VVG](#) als privatrechtlicher Natur qualifiziert<sup>7</sup> und unter den Begriff der «Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung»...

#### Anwaltsrevue 2021 S. 311, 312

subsumiert.<sup>8</sup> Ob ein von einer Versicherung angebotenes Produkt als «Krankentaggeldversicherung nach [VVG](#)» zu qualifizieren ist, wird durch Auslegung der entsprechenden Police und der dazugehörigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) zu ermitteln sein. Nach Häberli/Husmann «knüpft die eigentliche Taggeldversicherung immer an individuelle Arbeitsunfähigkeiten und deren Dauer (i.d.R. eben in Tagen) an».<sup>9</sup> Dass ein Versicherungsprodukt den Regeln des [VVG](#) (und nicht des [KVG](#)) unterstellt wird, ergibt sich meist explizit aus dessen Namen, auf jeden Fall aber aus den dazugehörenden AVB.

Eine sich in der Praxis nicht selten stellende Frage ist schliesslich, ob *Rückforderungen* von (vermeintlich) zu Unrecht (bzw. zu viel) ausbezahlten Krankentaggeldleistungen ebenfalls unter den Begriff der «Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung»... fallen und namentlich im Rahmen einer *Widerklage* nach [Art. 224 ZPO](#) geltend gemacht werden können. Das Bundesgericht hat diese Frage zwischenzeitlich – zumindest indirekt – beantwortet: Die langjährige Rechtsprechung, wonach, wer ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung eines Vertrages mehr leistet als das vertraglich geschuldete, die Differenz bloss *auf der Grundlage des Bereicherungsrechts* zurückfordern kann, gilt nun explizit auch für im Rahmen von «Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung»... erbrachte Leistungen.<sup>10</sup> In verfahrensrechtlicher Hinsicht dürfte das ohne Weiteres bedeuten, dass bezüglich einer von einer Krankentaggeldversicherung widerklageweise geltend gemachten (Rück-)Forderung [Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO](#) nicht anwendbar ist. Dies mit der Folge, dass sich die widerklageweise geltend gemachte (Rück-)Forderung der Beklagten im *ordentlichen Verfahren* gemäss [Art. 219 ff. ZPO](#) beurteilt, jedenfalls dann, wenn diese Rückforderung den Streitwert von Fr. 30000.– gemäss [Art. 243 Abs. 1 ZPO](#) überschreitet. Dies wiederum hat zur Folge, dass es bei einer solchen, widerklageweise vorgebrachten Rückforderungsklage am Erfordernis der gleichen Verfahrensart, wie sie von [Art. 224 Abs. 1 ZPO](#) verlangt wird, mangelt, weshalb auf eine solche Widerklage nicht einzutreten ist.

Selbstverständlich sind Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung zivilrechtlicher Natur,<sup>11</sup> die Bestimmungen der [ZPO](#) sind somit vor allen Instanzen von Bundesrechts wegen direkt und nicht nur «sinngemäss» anwendbar.<sup>12</sup>

## II. Zuständigkeit

Seit Inkrafttreten der [ZPO](#) spielt es im Grundsatz keine grosse Rolle mehr, welchen Kanton die klägerische Partei – dort, wo ihr verschiedene *örtliche* Gerichtsstände zur Verfügung stehen – wählt, um ihre Forderung einzuklagen. Nach wie vor in die Kompetenz der Kantone fallen die Regelung der Prozesskosten,<sup>13</sup> der

<sup>3</sup> Vgl. Fabio Enrico Renzo Scotoni, Klagen vor dem Sozialversicherungsgericht, Klagen aus Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung und Klagen aus beruflicher Vorsorge vor dem Zürcher Sozialversicherungsgericht, Zürich 2020, N 38 bis 61.

<sup>4</sup> Fabio Scotoni, a.a.O., N 53.

<sup>5</sup> Anne-Sylvie Dupont, La procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance maladie sociale, in: François Bohnet/Anne-Sylvie Dupont, Le procès civil social, Basel 2018, N 6 ff.

<sup>6</sup> Im diesbezüglich sehr deutlich formulierten Urteil des BGer [4A 680/2014](#) heisst es bei E. 2.1 sogar «alle Taggeldversicherungen».

<sup>7</sup> [BGE 133 III 439, E. 2.1.](#)

<sup>8</sup> BGer [4A 680/2014, E. 2.1](#); in BGer [4A 382/2014](#), E. 2, wurde sogar ein Zusatzvertrag zur obligatorischen Unfallversicherung unter diesen Begriff subsumiert (freilich ohne Begründung).

<sup>9</sup> Christoph Häberli/David Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, N 3.

<sup>10</sup> BGer [4A 197/2018, E. 3.2.](#)

<sup>11</sup> [BGE 138 III 558, E. 3.2.](#)

<sup>12</sup> BGer [4A 110/2017, E. 3.](#)

<sup>13</sup> [Art. 96 ZPO.](#)



sachlichen Zuständigkeit<sup>14</sup> (zu der namentlich die Festsetzung eines einfachen oder doppelten Instanzenzugs gehört)<sup>15</sup> sowie der funktionellen Zuständigkeit.<sup>16</sup> Da diese Fragen – wie noch zu zeigen sein wird – eine nicht unerhebliche Bedeutung für die Durchsetzung von Krankentaggeldforderungen haben, kann es im Einzelfall aber dennoch wichtig sein, dass die klägerische Partei den «richtigen» örtlichen Gerichtsstand wählt, um das Verfahren «zu optimieren».<sup>17</sup>

Krankentaggeldforderungen können zunächst am Sitz der dieses Produkt anbietenden Versicherung eingeklagt werden.<sup>18</sup> Zu beachten ist, dass viele, und vor allem die grossen Anbieterinnen von Krankentaggeldversicherungen<sup>19</sup> ihren Sitz im *Kanton Zürich* haben, weshalb das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Sitz in Winterthur in sehr vielen Fällen angerufen werden kann. Weiter kann die klägerische Partei Krankentaggeldforderungen immer an ihrem Wohnsitz einklagen.<sup>20</sup> Schliesslich sehen sehr viele AVB zusätzlich noch einen Gerichtsstand am «gewöhnlichen Arbeitsort» der Versicherungsnehmerin und insbesondere (bei Kollektivversicherungen) am Sitz der (ehemaligen) Arbeitgeberin vor. In letzterem Fall besteht ein örtlicher Gerichtsstand auch an sämtlichen Zweigniederlassungen dieser (ehemaligen) Arbeitgeberin.<sup>21</sup>

Noch nicht höchstrichterlich entschieden, aber wohl zu bejahen<sup>22</sup> ist die Frage, ob «Zusatzversicherungsverträge zur sozialen Krankenversicherung»... als *Konsumentenverträge* im Sinne von [Art. 32 ZPO](#) zu qualifizieren sind. Dies hätte einzig zur Folge, dass die Versicherte von der Versicherung (z.B. im Rahmen einer Rückforderung) ausschliesslich an ihrem Wohnsitz eingeklagt werden<sup>23</sup> und auf eben diesen Gerichtsstand nicht im Voraus oder durch Einlassung verzichten kann.<sup>24</sup>

Die Festlegung des *sachlich* zuständigen Gerichts obliegt auch bei Krankentaggeldstreitigkeiten dem kantonalen Recht.<sup>25</sup> Daran ändert auch die Regelung von [Art. 7 ZPO](#)

#### Anwaltsrevue 2021 S. 311, 313

nichts. Diese räumt den Kantonen im Sinne von [Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG](#) einzig die Möglichkeit ein, vom Grundsatz der «double instance» abzuweichen. Von dieser Möglichkeit haben 19 Kantone Gebrauch gemacht und als einzige kantonale Instanz dabei ihr jeweiliges Versicherungsgericht (einzelne auch die zivilrechtliche Abteilung ihres Obergerichtes) bestimmt. In den anderen sieben Kantonen<sup>26</sup> sind erstinstanzlich deren ordentliche (Bezirks-/Kreis-/Regional- etc.) Zivilgerichte und zweitinstanzlich die zivilrechtlichen Abteilungen ihrer Obergerichte zuständig.

Auch die Festlegung des *funktionell* zuständigen Spruchkörpers obliegt bei Krankentaggeldstreitigkeiten dem kantonalen Recht.<sup>27</sup> Eine gewisse – allerdings rein praktische – Bedeutung kommt dabei der Frage zu, ob die entsprechenden Gerichtsorganisationsgesetze – meist streitwertabhängig – ein *Einzelgericht* vorsehen,<sup>28</sup> was zum Beispiel im Kanton Zürich neu bei einem Streitwert bis Fr. 30000.– der Fall ist.<sup>29</sup>

<sup>14</sup> [Art. 4 Abs. 1 ZPO](#).

<sup>15</sup> [Art. 7 ZPO](#), mit der Folge, dass bei der Festsetzung eines einfachen Instanzenzuges auch das Schlichtungsverfahren entfällt, vgl. dazu die Ausführungen bei Ziff. IV.

<sup>16</sup> [Art. 4 Abs. 1 ZPO](#).

<sup>17</sup> Christoph Häberli, Aktuelles zur Krankentaggeldversicherung, [HAVE 2016, S. 95–109](#), insb. S. 107.

<sup>18</sup> [Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO](#) sowie evtl. gestützt auf [Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO](#) (Konsumentenvertrag).

<sup>19</sup> Z.B. Helsana, Zürich, Axa Winterthur, Allianz Suisse, Swica.

<sup>20</sup> [Art. 31 ZPO](#) i.V.m. [Art. 46a VVG](#) sowie evtl. gestützt auf [Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO](#) (Konsumentenvertrag).

<sup>21</sup> [Art. 12 ZPO](#).

<sup>22</sup> Fabio Scotoni, a.a.O., N 62 ff.; ebenso das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 15.2.2013, U 2012 46, E. 1b m.w.H.

<sup>23</sup> [Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO](#).

<sup>24</sup> [Art. 35 Abs. 1 lit. a ZPO](#).

<sup>25</sup> [Art. 4 Abs. 1 ZPO](#).

<sup>26</sup> BE, LU, NE, OW, SO, VD und ZG.

<sup>27</sup> [Art. 4 Abs. 1 ZPO](#).

<sup>28</sup> Vgl. dazu auch V.a.E.

<sup>29</sup> § 11 Abs. 1 GSVGer.

### III. Verfahrensgrundsätze und Beweisführung

Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach [VVG](#) werden – unabhängig vom Streitwert – immer im *vereinfachten Verfahren* geführt,<sup>30</sup> womit es sich bei diesen Streitigkeiten um die vom Streitwert her bedeutendsten im vereinfachten Verfahren geführten Prozesse überhaupt handeln dürfte. Die allgemeinen Verfahrensgrundsätze gemäss [Art. 52 ff. ZPO](#) sind grundsätzlich auch bei Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach [VVG](#) einschlägig.

Trotz Geltung der sog. sozialen Untersuchungsmaxime im vereinfachten Verfahren<sup>31</sup> wird der Prozess in aller Regel *faktisch wie ein ordentliches Verfahren* geführt, denn das Gericht hat sich nach bundesgerichtlicher Praxis bei rechtskundig vertretenen Parteien wie im ordentlichen Verfahren zurückzuhalten.<sup>32</sup> Dies ist bei Versicherungen mit eigenem Rechtsdienst immer der Fall, und auch gesundheitlich beeinträchtigte versicherte Personen führen in aller Regel keine Laienprozesse. So darf das Gericht sein Urteil bspw. nur auf einen Deckungsausschluss stützen, wenn dieser im Prozess geltend gemacht wurde<sup>33</sup> und ist nicht verpflichtet, nicht beantragte Beweismittel wie ein Gerichtsgutachten von sich aus abzunehmen.<sup>34</sup> Die Rechtsverteileri n/der Rechtsvertreter ist deshalb gut beraten, auch in Verfahren betreffend Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen ihrer/seiner Behauptungs- und Substantiierungslast vollumfänglich nachzukommen. Immerhin bewirkt die soziale Untersuchungsmaxime, dass bis zum Urteilszeitpunkt neue Tatsachen und Beweismittel in das Verfahren eingebracht werden können.<sup>35</sup> Das kann in Kantonen mit langen Verfahrensdauern (z.B. Zürich) durchaus von Vorteil sein. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang schliesslich, dass die Dispositionsmaxime<sup>36</sup> auch im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen uneingeschränkt gilt.

In beweisrechtlicher Hinsicht ist insbesondere auf folgende Besonderheit hinzuweisen: Auch im vereinfachten Verfahren sind mangels einer expliziten, anderslautenden Regelung<sup>37</sup> alle Beweismittel<sup>38</sup> zulässig. Die Praxis in Krankentaggeldstreitigkeiten hat jedoch gezeigt, dass die Gerichte den Prozess *faktisch oft als reinen Aktenprozess* verstehen.<sup>39</sup> Diese Vorstellung ist insbesondere in denjenigen Kantonen vorherrschend, die als einzige kantonale Instanz ihr Versicherungsgericht bezeichnet haben,<sup>40</sup> das sonst hauptsächlich Beschwerden in sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten zu beurteilen hat. In den entsprechenden Verfahren werden vielfach ausschliesslich Urkunden<sup>41</sup> als Beweismittel abgenommen und gewürdigt.

Die klägerische Partei versucht ihren Beweis in der Regel insbesondere mit Arztzeugnissen oder Arztberichten zu führen, in denen Dauer und Umfang ihrer Arbeitsunfähigkeit umschrieben werden.<sup>42</sup> Seitens der Versicherung wird der medizinische Gesundheitszustand oft von deren sog. Vertrauens- oder beratenden Ärztinnen und Ärzten beurteilt, die im Auftrag der Versicherung ein entsprechendes Gutachten<sup>43</sup> erstellen. Bezüglich einer solchen vertrauensärztlichen Beurteilung hat das Bundesgericht in einem Grundsatzurteil entschieden, dass es sich dabei um *Privatgutachten* handle, die lediglich als

---

<sup>30</sup> [Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO](#); zur Einleitung und zum Ablauf des Verfahrens vgl. IV. und V.

<sup>31</sup> Sozialer Untersuchungsgrundsatz, vgl. [Art. 55 Abs. 2 ZPO](#) i.V.m. [Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO](#).

<sup>32</sup> BGer [4A 563/2019, E. 4.2](#) m.w.H.

<sup>33</sup> BGer [4A 563/2019, E. 4.3](#).

<sup>34</sup> BGer [4A 432/2015, E. 4.2](#).

<sup>35</sup> [Art. 229 Abs. 3 ZPO](#).

<sup>36</sup> [Art. 58 Abs. 1 ZPO](#): Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat.

<sup>37</sup> [Art. 219 ZPO](#).

<sup>38</sup> [Art. 168 ZPO](#).

<sup>39</sup> Vgl. dazu insbesondere die Ausführungen in V.; dies entgegen den gesetzgeberischen Intentionen eines vorwiegend mündlichen und flexiblen Verfahrens, vgl. hierzu [BGE 140 III 450, E. 3.1](#) m.w.H.

<sup>40</sup> [Art. 7 ZPO](#), vgl. die Ausführungen in II.

<sup>41</sup> Im Sinne der Terminologie gemäss [Art. 168 ZPO](#).

<sup>42</sup> Eine Arbeitsunfähigkeit bildet bei sämtlichen Krankentaggeldversicherungen Leistungsvoraussetzung. Ist die Versicherung als Schadenversicherung ausgestaltet (vgl. dazu Häberli/Husmann, a.a.O., S. 8 ff.), wird zusätzlich verlangt, dass die versicherte Person infolge ihrer Arbeitsunfähigkeit eine Erwerbseinbusse erlitten hat.

<sup>43</sup> Meist handelt es sich dabei um ein reines Akte ngutachten, d.h. um eine Beurteilung, die ohne Untersuchung der versicherten Person abgegeben wird.

*Parteibehauptungen*, nicht aber als Beweismittel qualifiziert würden.<sup>44</sup> Das Gericht darf solchen Berichten bzw. Privatgutachten allerdings nur dann keinen Beweiswert zuerkennen, wenn deren Inhalt durch die Gegenpartei substantiiert bestritten wird.<sup>45</sup> In der aktuell hängigen ZPO-Revision ist vorgeschlagen, Privatgutachten ge-

#### Anwaltsrevue 2021 S. 311, 314

setzlich Beweismittelcharakter zu verleihen, was in der Vernehmlassung sehr kontrovers aufgenommen wurde.<sup>46</sup>

In Bezug auf die *Beweismittelqualität von BehandlerInnenberichten und -attesten* erweist sich die Praxis nach unserem Eindruck als etwas «schwankend». In einem Entscheid aus dem Jahr 2017 hat das Bundesgericht unter Hinweis auf die AVB ausgeführt, dass die versicherte Person mit der Vorlage der (haus-)ärztlichen Bestätigungen ihrer vertraglichen Obliegenheit bezüglich Beweis des Eintritts des Versicherungsfalles bzw. ihrer (teilweisen) Arbeitsunfähigkeit nachgekommen sei. Es obliege daher der Versicherung, den Beweis dafür zu erbringen, dass die ärztliche Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit inhaltlich unzutreffend gewesen sei.<sup>47</sup> Ende 2018 wurde indessen in einem (haftpflichtrechtlichen) Entscheid Folgendes erwogen: Enthalten die Berichte etc. Informationen, die von einer Gerichtsgutachterin nicht erhältlich gemacht werden könnten, handle es sich in diesem Umfang nicht um Privatgutachten.<sup>48</sup> Diese Angaben können somit mit dem Bericht als Urkunde oder mit einem Zeugnis der Behandlerin bewiesen werden. In Bezug auf Schlüsse, die aufgrund des allgemein und grundsätzlich jederfrau/mann zugänglichen medizinischen Fachwissens gezogen würden und damit Gegenstand eines Gerichtsgutachtens sein könnten, würden die Berichte aber als Parteigutachten gelten.<sup>49</sup> In einem Urteil von Anfang 2021 hat das Bundesgericht dann kurz die Kritik an seiner Rechtsprechung zu den Privatgutachten aufgenommen und auf die ZPO-Revision verwiesen.<sup>50</sup> Es erwog, dass zum Beweis der Arbeitsunfähigkeit oft lediglich von den Parteien selbst eingeholte ärztliche Äusserungen und damit Parteigutachten vorliegen würden. Dieses Beweisvakuum müsse das Gericht grundsätzlich durch die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens beheben.<sup>51</sup> Im konkreten Fall erklärte das Bundesgericht auch die echtzeitlichen Arbeitsunfähigkeitsatteste zu Parteibehauptungen und wies die Sache zur Einholung eines Gutachtens an das kantonale Gericht zurück.<sup>52</sup> In einem ganz aktuellen Entscheid (Mai 2021) hat das Bundesgericht wiederum das Vorgehen der Vorinstanzen im Sinne der früheren Rechtsprechung geschützt.<sup>53</sup>

<sup>44</sup> Somit weder als Gutachten noch als Urkunde im Sinne von [Art. 168 ZPO](#), vgl. [BGE 141 III 433, E. 2.5.2.](#)

<sup>45</sup> [BGE 141 III 433, E. 2.6.](#)

<sup>46</sup> Art. 177 VE-ZPO sowie E-ZPO. Die Reaktionen reichen von voller Unterstützung über Kompromissvorschläge (z.B. Beschränkung auf von den Parteien gemeinsam in Auftrag gegebene Gutachten oder Behandlung von Privatgutachten wie Parteibefragungen/Beweisaussagen «in eigener Sache») bis hin zu gänzlicher Ablehnung. Kritisch eingewendet werden u.a. die fehlende Unabhängigkeit von ParteigutachterInnen per se, ein künftiger Mehraufwand und Unsicherheiten für die Gerichte (Abklärung der Beziehung zwischen Partei und PrivatgutachterIn, deren/dessen Unabhängigkeit, Fachkunde etc. als Vorfragen für die Beweiswürdigung), eine Verstärkung des bisherigen Machtgefälles (zwischen finanzstarken und -schwachen Parteien) und eine Umwandlung des Prozesses von einem hoheitlichen Verfahren mit Gerichtsgutachten zu einem «Kampf der Privatgutachten» mit Verkomplizierung, Aufblähung und Verteuerung des Prozesses (Allgemeine Bemerkungen, Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln, Bemerkungen zum erläuternden Bericht und weitere Vorschläge, S. 228 ff., online abrufbar auf der Website des Bundesamtes für Justiz zur ZPO-Revision <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo.html>, zuletzt besucht am 21.4.2021).

<sup>47</sup> BGer [4A 16/2017, E. 2.5](#); ähnlich auch BGer [4A 42/2017, E. 3.3.3](#), wobei dort (auch) von einer fehlenden Bestreitung durch die Versicherung ausgegangen wurde; in BGer [4A 233/2017, E. 3.3](#), hat das Bundesgericht eine entsprechende Argumentation der Vorinstanz geschützt.

<sup>48</sup> BGer [4A 9/2018, E. 5.3](#); z.B. echtzeitliche Beobachtungen und Wahrnehmungen betreffend die Beschwerden der versicherten Person, Angaben zu den Behandlungen etc.

<sup>49</sup> E. 5.3; namentlich z.B. der abstrakte Schluss aus einer gesundheitlichen Beeinträchtigung auf das Mass der Arbeitsunfähigkeit.

<sup>50</sup> BGer [4A 247/2020, E. 4.2.](#)

<sup>51</sup> Einen entsprechenden Beweisantrag vorausgesetzt.

<sup>52</sup> E. 5.2; gleichzeitig verneinte es in E. 5.3, dass sich die Versicherung die Atteste gestützt auf die Vereinbarung im Versicherungsvertrag entgegenhalten lassen müsste (Leistungspflicht nach AVB bei Vorlage eines Attests unter Vorbehalt einer medizinischen Abklärung durch die Versicherung).

<sup>53</sup> Diese hatten aus einem Arzzeugnis vom 31.10.2019, wonach die versicherte Person seit dem 14.6.2019 aufgrund einer nicht genannten Krankheit in ärztlicher Behandlung und arbeitsunfähig sei, wobei es sich um eine arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit handle, abgeleitet, dass die gesundheitliche Einschränkung und Arbeitsunfähigkeit für die strittige Periode bewiesen sei; BGer [4D 7/2021, E. 4.2 ff.](#)

Unseres Erachtens ist dieser zweitneueste Entscheid nicht nachvollziehbar. Insbesondere setzt sich das Bundesgericht mit diesem Urteil in Widerspruch zu früheren Urteilen, ohne die Änderung zu begründen.<sup>54</sup> Zudem wird im selben Entscheid auf ein ebenfalls aktuelles arbeitsrechtliches Urteil hingewiesen.<sup>55</sup> Dort hat dieselbe Zivilabteilung des Bundesgerichts entschieden, dass das Arbeitsunfähigkeitszeugnis im Arbeitsrecht ein übliches Beweismittel im Verhältnis Arbeitnehmerin und -geberin darstelle. Folglich sei es zulässig, dem Zeugnis auch im Prozess die Bedeutung zuzumessen, die ihm die Arbeitgeberin gemäss Arbeitsvertragsrecht zuerkennen müsse.<sup>56</sup> Das Arbeitsvertragsrecht und die kollektive Krankentaggeldversicherung hängen indessen eng zusammen.<sup>57</sup> Zudem ist das «simple» Arbeitsunfähigkeitszeugnis in der Taggeldversicherung nicht nur das übliche Beweismittel, sondern meistens die vertraglich vereinbarte Voraussetzung für Leistungen.<sup>58</sup> Detaillierte Berichte oder gar eine Zweiteinschätzung werden in aller Regel erst nach einer Weile verlangt (bzw. können vonseiten der MedizinerInnen oft auch erst nach einer gewissen «Beobachtungszeit» des Verlaufs überhaupt erstellt werden). Verzichtet die Versicherung, die sich diese Befugnisse in den AVB selbst eingeräumt hat, von sich aus auf weitere Abklärungen oder erweisen sich diese als untauglich, die attestierte Arbeitsunfähigkeit zu erschüttern, so muss sich die Versicherung diese Zeugnisse unseres Erachtens entgegenhalten lassen. Es gibt keinen Grund, ihnen im Prozess eine geringere Bedeutung zukommen zu lassen als sie nach Vereinbarung und gelebter Vertragspraxis im zu beurteilenden Leistungsverhältnis haben.

Ebenfalls etwas «schwankend» ist unseres Erachtens die Praxis betreffend die konkrete *Beweiswürdigung von Berichten behandelnder Ärztinnen etc.* der versicherten Per-

### Anwaltsrevue 2021 S. 311, 315

son. Hier zeigen sich deutliche Unterschiede in der Handhabung zwischen Versicherungs- und Zivilgerichten. Nach unserer Erfahrung erachten Versicherungsgerichte die anspruchsbegründende Arbeitsunfähigkeit einerseits zu Recht bisweilen gestützt auf die Kombination von AVB-Regelung und BehandlerInnenberichten und -attesten als erwiesen.<sup>59</sup> Zivilgerichte ziehen dagegen deutlich öfter ein Gerichtsgutachten bei. Andererseits wenden die Versicherungsgerichte auch immer wieder sozialversicherungsrechtliche Beweiswürdigungsregeln systemfremd im Zivilprozess an.<sup>60</sup> Das Bundesgericht verneint die Zulässigkeit letzteren Vorgehens indessen in konstanter Praxis: So führte die I. Zivilrechtliche Abteilung (Lausanne) im Jahr 2014 in relativ klaren Worten aus, dass die sozialversicherungsrechtliche «Erfahrungstatsache, wonach Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zugunsten ihrer Patienten aussagen würden» nicht für eine behandelnde Fachärztin gelte und deren mehrfache persönliche Behandlung der versicherten Person die Beurteilung gerade auf eine zuverlässigere Basis stellen würde als die einmalige Begutachtung oder eine Aktenbeurteilung durch eine Versicherungsärztin.<sup>61</sup> In einer späteren Entscheidung nahm dieselbe Abteilung Bezug auf dieses Urteil und unterstrich, dass die schematische sozialversicherungsrechtliche «Beweiswertreduktion» ohne weitere Begründung im Einzelfall Willkür darstellen könne. Im zivilprozessualen Bereich sei der hausärztlichen «Erfahrungstatsache» entsprechend den Umständen des konkreten Falles Rechnung zu tragen und dürfe Berichten von Hausärztinnen und -ärzten umgekehrt nicht einfach in jedem Fall misstraut werden.<sup>62</sup> In eine ähnliche Richtung geht ein Urteil aus dem Jahr 2018 zur sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung, wonach es für den Aussagegehalt eines

<sup>54</sup> Vgl. z.B. BGer [4A\\_16/2017, E. 2.5.](#)

<sup>55</sup> E. 5.3.

<sup>56</sup> BGer [4A\\_89/2019, E. 3.](#)

<sup>57</sup> [Art. 324a Abs. 4 OR.](#)

<sup>58</sup> Z.B. Art. 13 Abs. 1 der AVB in BGer [4A\\_247/2020](#): «Ist die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig, wird bei voller Arbeitsunfähigkeit das im Vertrag aufgeführte Taggeld bis zur Höhe des nachgewiesenen Erwerbsausfalls ausgerichtet», zu lesen im Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 3.3.2020, [KK.2018.00041, E. 2.4.](#)

<sup>59</sup> Womit diesen faktisch Beweismittelqualität zugemessen wird; vgl. bspw. das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 9.1.2018, [KK.2016.00024, E. 4.1 ff.](#), oder dasjenige des Kantonsgerichts Freiburg vom 23.12.2016, [608 2015 202, E. 3b/ee.](#)

<sup>60</sup> Insbesondere die dortige, mit der freien Beweiswürdigung schwer zu vereinbarende allgemeine Abwertung von BehandlerInnenaussagen; vgl. bspw. das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23.11.2017, [KK.2016.00035, E. 4.6.](#)

<sup>61</sup> BGer [4A\\_526/2014, E. 2.4](#), was von der II. Sozialrechtlichen Abteilung in Luzern im Jahr 2015 für das Sozialversicherungsrecht sogleich stark relativiert wurde, BGer [9C\\_203/2015, E. 3.2.](#)

<sup>62</sup> BGer [4A\\_571/2016, E. 4.2](#) m.H. u.a. auf BGer [4P254/2005, E. 4.2](#); entsprechend hat das Gericht zu begründen, inwiefern ein Zweifelsfall vorliegt und die Hausärztin im konkreten Fall «mitunter» und «eher» zu Gunsten der Patientin ausgesagt hat.

Versicherungsgutachtens nicht auf die Dauer der Untersuchung ankomme: Eine einmalige Begutachtung von kurzer Dauer sei nicht in jedem Fall als gleich aussagekräftig anzusehen wie eine über einen längeren Zeitraum erfolgte Beobachtung, namentlich falls der Zustand der Patientin Schwankungen ausgesetzt sei oder zumindest sein könnte. Veränderungen könnten bei Untersuchungen über einen längeren Zeitraum in einer Art beobachtet werden, wie dies bei einer einmaligen Begutachtung nicht möglich sei.<sup>63</sup>

Das Bundesgericht thematisierte im selben Urteil sodann ein weiteres Phänomen, das vornehmlich bei Versicherungsgerichten zu sehen ist: die *Durchführung medizinischer Beurteilungen durch das (betreffend Medizin Laien-)Gericht*.<sup>64</sup> Die RichterInnen in Lausanne hielten fest, dass z.B. die Frage, ob eine einmalige kurze Untersuchung geeignet ist, mit Blick auf die von den behandelnden ÄrztInnen attestierten oder zumindest in Erwägung gezogenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen zuverlässig Auskunft zu geben, primär eine medizinische Fachfrage ist, die auch rückblickend von einem Gerichtsgutachten geklärt werden kann.<sup>65</sup> Dasselbe gelte für die Frage, ob die vorhandene Dokumentation es einer Gerichtsgutachterin erlaube, die Arbeitsunfähigkeit rückwirkend zuverlässig zu beurteilen. Folglich könne auf ein Gerichtsgutachten nur dann in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden, wenn die Unterlagen auch einer Expertin nicht genügen würden, um daraus verlässliche Schlüsse zu ziehen und kein Fachwissen notwendig sei, um dies zu beurteilen.<sup>66</sup>

Ebenfalls zur Thematik des Beweisverfahrens gehört die Frage, ob ein Krankentaggeldprozess bis zum Vorliegen von Erkenntnissen aus anderen Verfahren *sistiert* werden darf. Hauptanwendungsfall dürfte hier ein parallel laufendes IV-Verfahren, insbesondere mit medizinischen Abklärungen seitens der IV, sein. Hier ist zu beachten, dass die Sistierung eines Verfahrens praxisgemäss nur ausnahmsweise zulässig ist und dem Beschleunigungsgebot im Zweifelsfall Vorrang zukommt.<sup>67</sup> Gerade bei (potenziell) strittigen parallelen Sozialversicherungsverfahren ist in aller Regel davon auszugehen, dass die Sistierung bis zu deren definitiven Klärung angesichts der notorisch langen Verfahrensdauern bei den Sozialversicherungen zu einer unangemessenen Verlängerung des Krankentaggeldprozesses führt. Damit ist eine Sistierung unzulässig.<sup>68</sup> Ebenso ist zu beachten, dass insbesondere die IV «Invalidität» und nicht «Arbeitsunfähigkeit» versichert. Deren Abklärungen untersuchen daher oft ein anderes, erheblich enger definiertes versichertes Risiko.<sup>69</sup>

#### Anwaltsrevue 2021 S. 311, 316

Der Beweiswert solcher Gutachten etc. ist damit von vornherein erheblich infrage gestellt.<sup>70</sup>

Erwähnenswert ist schliesslich, dass die beweispflichtige Anspruchsberechtigte im Bereich des Versicherungsvertragsrechts für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs (bei Krankentaggeldstreitigkeiten ist meist hauptsächlich das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit strittig und von

<sup>63</sup> BGer [4A 66/2018, E. 2.5.2](#); damit entspricht die zivilrechtliche Rechtsprechung dem Stand der Medizin, vgl. Michael Liebrenz/Roman Schleifer, Die Tonaufnahme des Untersuchungsgesprächs im sozialrechtlichen Abklärungsverfahren, in: *Allegro con moto*, Festschrift zum 65. Geburtstag Ueli Kieser, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 15 ff.

<sup>64</sup> Das ist angesichts der täglichen Beschäftigung auch mit medizinischen Fragestellungen zwar verständlich, aber gleichwohl kritisch zu betrachten, wird doch zu Recht immer wieder betont, dass das Gericht fachfremde Materien nur beschränkt beurteilen könne. Anders kann es sich verhalten, wenn eigentliche Fachrichterinnen im Einsatz sind (z.B. amten am Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt verschiedene Ärzte als Richter).

<sup>65</sup> E. 2.4.2.

<sup>66</sup> E. 2.6.2.2 f.

<sup>67</sup> [BGE 135 III 127, E. 3.4](#).

<sup>68</sup> Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 5.4.2017, ZV.2015.10, E. 4.1 ff.

<sup>69</sup> Vgl. z.B. das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 30.12.2015, [KK.2014.00024, E. 4.3.1 und 4.4](#), wonach Krankheitsbegriff und Leistungsvoraussetzungen eines privaten Versicherungsvertrages nicht kongruent zum invalidenversicherungsrechtlichen Gesundheitsschaden sind und weshalb es für den Taggeldanspruch keine Bedeutung habe, dass das gleiche Gericht im IV-Verfahren einen invalidisierenden Gesundheitsschaden verneint habe; ähnlich für das dem Privatversicherungsrecht naheliegende Haftpflichtrecht das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30.11.2017, [LB170028, E. 7](#), wonach das Privatrecht keine diagnostizierte Krankheit im Sinne der Sozialversicherungen voraussetze.

<sup>70</sup> Das gilt besonders bei Beschwerden, bei denen invalidenversicherungsrechtliche Sonderrechtsprechungen zur Anwendung gelangen (z.B. psychische oder psychosomatische Beschwerden oder gesundheitliche Einschränkungen im Zusammenspiel mit sog. psychosozialen Belastungsfaktoren). Diese Praxen haben keine unmittelbaren medizinischen Grundlagen und sind primär sparpolitisch motiviert. Deren Einbezug in ein privates Vertragsverhältnis widerspricht dem zentralen Gedanken der Beziehung unter vernünftigen Parteien im Privatrecht und entspricht sicherlich nicht den berechtigten Deckungserwartungen einer durchschnittlichen Bürgerin; vgl. für das Haftpflichtrecht und die Unabhängigkeit vom (herrschenden) medizinisch-empirischen Kenntnisstand BGer [4A 707/2016, E. 1.2.2](#).

<sup>71</sup> Vgl. zum Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit [BGE 132 III 715, E. 3.2](#).



der Versicherten zu beweisen) vom *herabgesetzten Beweismass* der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit»<sup>71</sup> profitiert.<sup>72</sup>

## IV. Schlichtungsverfahren

Schon relativ bald nach Inkrafttreten der neuen [ZPO](#) hat das Bundesgericht – aus unserer Sicht *contra legem*<sup>73</sup> – entschieden, dass bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung kein vorgängiges Schlichtungsverfahren durchzuführen sei.<sup>74</sup> Zu beachten ist allerdings, dass dies nach dem erwähnten Urteil «nur» in denjenigen Kantonen gelten soll, die gemäss [Art. 7 ZPO](#) für diese Verfahren eine einzige kantonale Instanz bezeichnet haben. Das Bundesgericht begründet<sup>75</sup> seine Praxis u.a. damit, dass es den Schlichtungsbehörden am notwendigen Fachwissen fehle. Im Ergebnis bedeutet diese Praxis freilich, dass das Schlichtungsverfahren genau in denjenigen Kantonen wegfällt, in denen die kantonalen Versicherungsgerichte für die Durchführung der Schlichtungsverfahren sachlich zuständig wären (bzw. von der kantonalen Gesetzgeberin für zuständig erklärt werden könnten).<sup>76</sup> Diesen Versicherungsgerichten bzw. ihren Schlichtungsbehörden kann man wohl schwerlich fehlendes Fachwissen unterstellen! Umgekehrt sind bzw. bleiben die Schlichtungsverfahren in denjenigen Kantonen obligatorisch, in denen dafür die FriedensrichterInnen, die in der Tat über kein einschlägiges Fachwissen bezüglich Forderungen aus Krankentaggeldversicherungen verfügen dürften, sachlich zuständig sind!

Die Schlichtungsbehörden in der Schweiz weisen traditionell allerdings trotz oftmals fehlendem spezifischem Fachwissen in den zahlreichen schlichtungspflichtigen Rechtsgebieten eine hohe Vergleichsquote aus. Ebenso gewährleisten sie einen raschen, mindestens informellen «Rechtsschutz» in Form der Beurteilung der Sache durch eine unabhängige Stelle.<sup>77</sup> Unseres Erachtens ist die Praxis des Bundesgerichts unhaltbar und sollte nochmals überdacht werden.<sup>78</sup>

## V. Hauptverfahren

Das Hauptverfahren unterscheidet sich bei der Durchsetzung von Forderungen aus Krankentaggeldversicherungen nach [VVG](#) – wenigstens in der Theorie bzw. gemäss der gesetzlichen Regelung – nicht von anderen, im vereinfachten Verfahren geführten Zivilprozessen. Zu beachten ist allerdings weiterhin die bereits erwähnte Erfahrungstatsache, dass Versicherungsgerichte vor Inkrafttreten der [ZPO](#) nie mit der Durchführung von eigentlichen *Zivilprozessen* vertraut waren und solche Prozesse auch heute die Ausnahme bleiben.<sup>79</sup> Kantonale Versicherungsgerichte machen daher gemäss unserer praktischen Erfahrung bisher leider nur mit grosser Zurückhaltung von den Möglichkeiten Gebrauch, die ihnen die [ZPO](#) anbieten würde. Dies gilt namentlich für das Beweisverfahren, wo angebotene Beweismittel wie ZeugnInnen (z.B. Arbeitgeberin oder Angehörige), sachverständige ZeugnInnen<sup>80</sup> (vor allem die behandelnden ÄrztInnen), schriftliche Auskünfte<sup>81</sup> (ebenfalls v. a. bei ÄrztInnen), aber auch nur schon die Parteibefragung und die Beweisaussage viel weniger abgenommen werden, als es dies die «ordentlichen» Zivilgerichte tun. Vielmehr wird regelmässig auf sämtliche Beweisabnahmen ausser Urkunden in *antizipierter*

---

<sup>72</sup> [BGE 130 III 321, E. 3.3](#); Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 18.7.2016, KK.2015.00025, E. 1.7.

<sup>73</sup> Vgl. [Art. 198 lit f ZPO](#) *e contrario*.

<sup>74</sup> [BGE 138 III 558, E. 4.](#)

<sup>75</sup> E. 4.3.

<sup>76</sup> So hat der Kanton Aargau z.B. «ein Mitglied des Versicherungsgerichts» mit der Durchführung der Schlichtungsverfahren betraut, vgl. § 4 lit. e EG [ZPO](#) des Kantons Aargau.

<sup>77</sup> Was besonders in Kantonen wie Zürich dringend nötig wäre. Dort betrug die mittlere Verfahrensdauer am Sozialversicherungsgericht 2019 14 Monate, wobei Krankentaggeldstreitigkeiten nicht zu den priorisierten Verfahren zählen ([ZAV Info 4/2020 S. 9](#)). Kombiniert mit der überwiegend schriftlichen Verfahrenstradition der Versicherungsgerichte bewirkt dies, dass bei Einstellung der Taggeldleistungen mangels Schlichtungsverfahren faktisch kein effektiver Rechtsschutz im Sinne eines einfachen und raschen Verfahrens besteht. Die versicherte Person kann nach Leistungseinstellung nur die Klage einreichen und wartet dann unserer Erfahrung nach während eineinhalb bis zwei Jahren auf das Urteil über die Ansprüche in jener Zeit. Selbst bei Gutheissung der Klage erhält sie die existenzsichernden Leistungen erst zu einem Zeitpunkt, zu dem der Anspruch oft bereits erschöpft ist (bei 720/730 Taggeldern).

<sup>78</sup> Ebenso Anne-Sylvie Dupont, a.a.O., N 33 ff., Christoph Häberli, a.a.O., S. 106, sowie Fabio Scotoni, a.a.O., N 577.

<sup>79</sup> Anne-Sylvie Dupont, a.a.O., N 34.

<sup>80</sup> [Art. 175 ZPO](#).

<sup>81</sup> [Art. 168 Abs. 1 lit. e ZPO](#).

*Beweiswürdigung* verzichtet. Die Begründung hierfür ist oft bspw., dass sich die BehandlerInnen bereits in Berichten etc. geäußert hätten und daher von ihrer Befragung keine neuen Erkenntnisse zu erwarten seien – oder dass sich ein Gerichtsgutachten nur auf die vorhandene Dokumentation stützen könne und zu spät erstellt werden würde, um noch selber echtzeitliche Schlüsse zu ziehen.<sup>82</sup>

#### Anwaltsrevue 2021 S. 311, 317

Beide Überlegungen greifen unseres Erachtens zu kurz: So hat das Bundesgericht schon vor bald 20 Jahren zu Recht ausgeführt, mit der *Zeugeneinvernahme (in casu des Hausarztes)* könnten Widersprüche in Zeugnissen geklärt und fehlende Angaben erhoben werden.<sup>83</sup> Dies leuchtet ein und ist sinnvoll, gerade in einem Verfahren, in dem das Gericht um Klärung der «materiellen Wahrheit» bemüht sein sollte.<sup>84</sup> Es dürfte gerichtsnotorisch sein, dass insbesondere behandelnde ÄrztInnen hauptsächlich kurativ tätig sind und nur als Nebentätigkeit Berichte etc. schreiben. Entsprechend werden die Berichte<sup>85</sup> regelmässig nicht alles an Eindrücken und Wissen der Ärztin/des Arztes enthalten. Das bedeutet aber nicht, dass diese Informationen nicht oft in Erinnerung sowie in der Krankengeschichte noch vorhanden und nutzbar wären. Im gleichen Entscheid hat die I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes erwogen, dass in einem Prozess, der Jahre nach dem massgeblichen Zeitpunkt stattfindet und sich überdies wegen des Instanzenzuges weiter verlängern könne, nur *nachträglich erstellte Gutachten* als Beweismittel Zweifel beseitigen könnten. Solche Beweismittel müssten aber zulässig sein und es dürfe ihnen nicht von vornherein jede Beweis- oder Aussagekraft abgesprochen werden.<sup>86</sup> Auch dem ist beizupflichten, da eine sachverständige Person je nach Sachlage ohne Weiteres eine rückblickende Einschätzung vornehmen und zudem ermächtigt werden kann, selbst Abklärungen vorzunehmen, um die Sachlage weiter zu erhellen.<sup>87</sup>

Das Bundesgericht hat auch kürzlich wieder betont, dass die *Parteibefragung, die Beweisaussage* und das Zeugnis gesetzlich vorgesehene Beweismittel sind, denen nicht von vornherein jeder Beweiswert abgesprochen werden dürfe. Vielmehr könne eine geschickte Befragung durch den Richter erfahrungsgemäss durchaus ein gutes Mittel sein, die Wahrheit zu erforschen, wenn der Befragte – zumal in Konfrontation mit der Gegenpartei – eindringlich verhört werde und auf unerwartete Fragen Antwort geben müsse, vor allem aber, weil das Gericht, das die Befragung durchführe, dabei einen persönlichen Eindruck gewinne, der ihm gestatten könne, die Glaubwürdigkeit des Befragten zu beurteilen. Auch zur Schlussfolgerung, dass der Beweiswert einer Parteiaussage «zu eigenen Gunsten» für sich allein genommen im konkreten Fall als gering einzustufen sei, könne der Richter erst kommen, wenn er diesen Beweis abgenommen habe.<sup>88</sup> Dasselbe gilt natürlich auch für andere Beweismittel, auf deren Abnahme in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden soll: Das Gericht muss hierbei unterstellen, dass das Beweismittel zugunsten der Partei ausfällt, die es angerufen hat, und dafür spricht, dass die zu beweisende Behauptung zutrifft<sup>89</sup> – und dann konkret begründen, weshalb dadurch seine Überzeugung nicht beeinflusst würde. Das wird oft nur möglich sein, nachdem der Beweis tatsächlich abgenommen wurde. Ist es bloss unwahrscheinlich, dass z.B. ein Gutachten aussagekräftig ausfallen wird, genügt dies ebenfalls nicht, um in vorweggenommener Beweiswürdigung darauf zu verzichten.<sup>90</sup>

<sup>82</sup> Z.B. Urteile des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23.11.2017, KK.2016.00035, E. 4.8, vom 21.2.2019, [KK.2018.00044, E. 3](#), oder vom 13.11.2019, [KK.2019.00021, E. 4.3 f.](#)

<sup>83</sup> BGer [4P.254/2005, E. 4.3 f.](#)

<sup>84</sup> [Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO.](#)

<sup>85</sup> Und naturgemäss erst recht Atteste etc.

<sup>86</sup> E. 3.3.2.

<sup>87</sup> [Art. 186 ZPO](#); so bspw. fremdanamnestische Angaben bei den (ehemaligen) BehandlerInnen einholen; in diesem Sinne argumentierte das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich als Vorinstanz zu BGer [4A 247/2020](#), Sachverhalt B.a., freilich um das Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme abzuweisen; vgl. betreffend die Beweistauglichkeit rückblickender Gerichtsgutachten bspw. BGer [4A 558/2015, E. 4](#) (Rückweisung zur Einholung eines Gerichtsgutachtens über einen Zeitraum rund dreieinhalb Jahre vor dem bundesgerichtlichen Urteil), BGer [4A 626/2015, E. 2.5](#) (rund vier Jahre Latenzzeit), BGer [4A 544/2017, E. 4.3](#) (ebenfalls rund dreieinhalb Jahre Latenz) oder BGer [4A 247/2020](#) selber (rund drei Jahre Latenz); weiter auch BGer [4A 66/2018, E. 2.6.2.2 f.](#), wonach die echtzeitlichen medizinischen Wahrnehmungen einer GerichtsgutachterIn ermöglichen können, retrospektiv zu beurteilen, welche Arbeitsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt gegeben war und ob die echtzeitlich gezogenen Schlüsse zutreffen.

<sup>88</sup> [BGE 143 III 297, E. 9.3.2](#) m.w.H.

<sup>89</sup> BGer [4A 66/2018, E. 2.1.1](#) m.w.H.

<sup>90</sup> BGer [4A 491/2014, E. 2.5.2](#); solange die Möglichkeit verbleibt, dass es das Beweisergebnis beeinflussen könnte, kann einer Partei nicht verwehrt werden, den ihr obliegenden Beweis gestützt darauf zu führen. Das gilt auch z.B. betreffend Vermutungen darüber, ob die behandelnde Ärztin/der behandelnde Arzt den Krankheitsverlauf überhaupt echtzeitlich dokumentiert habe. Besteht die Möglichkeit, dass eine Dokumentation existiert, und vermöchte diesfalls das beantragte Beweismittel am Beweisergebnis etwas zu ändern, kann darauf nicht in antizipierter

In Krankentaggeldprozessen geht es sehr oft um die gesundheitlichen Beschwerden der versicherten Person sowie deren Wahrnehmung und Einschätzung durch Dritte. Sowohl die Befragung der versicherten Person wie auch dieser Dritten würde dem Gericht einen wesentlich *lebensnäheren und vollständigeren Eindruck* der Fallgeschichte verschaffen, als dies im aktuellen Aktenprozess der Fall ist.<sup>91</sup>

Aus unserer Sicht ist somit nach wie vor zu empfehlen, insbesondere die behandelnden ÄrztInnen als sachverständige Zeuginnen sowie ein gerichtliches Gutachten zu offerieren und dabei auf die vorgenannten Umstände hinzuweisen.

Eine erfreuliche Ausnahme vom reinen Schriftenprozess stellen nach unserer Erfahrung – wenigstens in einem Punkt – die Sozialversicherungsgerichte der Kantone Zürich, Basel-Stadt und Basel-Landschaft dar. Diese Ausnahme betrifft das *mündliche Verfahren* gemäss [Art. 245 Abs. 2 ZPO](#). Die genannten Gerichte führen ein solches grundsätzlich durch, obwohl sie dessen Potenzial aus unserer Sicht noch nicht ausschöpfen. Wird die Klage ohne Begründung, d.h. lediglich versehen mit dem Rubrum, den Rechtsbegehren, der Umschreibung des Streitgegen-

#### Anwaltsrevue 2021 S. 311, 318

standes und den wichtigsten Beilagen eingereicht, so «lädt das Gericht die Parteien zugleich<sup>92</sup> zur Verhandlung vor»,<sup>93</sup> anlässlich der die klagende Partei die Klage mündlich begründet. Anschliessend werden auch die Klageantwort, die Replik und die Duplik mündlich vorgetragen.

Unserer Erfahrung nach ist der Streitgegenstand in aller Regel schon aus der vorprozessualen Auseinandersetzung bekannt, und es treten im Prozess selten grundlegende Neuerungen auf. Ebenso zieht das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich nach Klageeingang regelmässig das gesamte Dossier der beklagten Versicherung bei. Damit ist es unseres Erachtens sowohl dem Gericht wie auch der Versicherung regelmässig möglich, sich auf eine Hauptverhandlung mit Klagebegründung, -antwort, Replik und Duplik und/oder Vergleichsgespräche vorzubereiten. In Kombination mit prozessleitenden Verfügungen nach [Art. 246 Abs. 1 ZPO](#) bestünde unseres Erachtens durchaus Potenzial, dass «die Streitsache möglichst am ersten Termin erledigt werden kann».<sup>94</sup> Macht das Gericht einen Vergleichsvorschlag, nehmen die Parteien diesen nach unserer Erfahrung meistens an, dies vor allem dann, wenn die funktionelle Zuständigkeit bei einer Einzelrichterin/einem Einzelrichter liegt, müssen die Parteien in diesem Fall doch damit rechnen, dass im Falle der Ablehnung des Vergleichsvorschlages das Urteil genau gleich wie dieser Vorschlag ausfallen wird.<sup>95</sup> Ist an der ersten Verhandlung kein Vergleich möglich, könnten immerhin direkt bspw. Beweisabnahmen wie ein Gutachten beschlossen werden.<sup>96</sup> Spätestens ein gerichtliches Gutachten<sup>97</sup> dürfte nach einigen Monaten in aller Regel einen Vergleich ermöglichen.

Unserer Erfahrung nach gelingt es den ordentlichen Zivilgerichten so immer wieder, bemerkenswert rasche und schlanke Verfahren durchzuführen – zum Vorteil aller Beteiligten. Diejenigen Versicherungsgerichte, die überhaupt solche Verfahren durchführen, beschränken sich dagegen in der Regel (noch) auf eine rein «formelle Durchführung», ohne die Möglichkeiten von Beweis- und Instruktionsmassnahmen früh im Verfahren zu nutzen. Die Zurückhaltung gründet wie oben besprochen unserem Eindruck nach hauptsächlich auf ihrer schriftlichen Verfahrenstradition mit kaum vorhandenem Beweisverfahren oder

---

Beweiswürdigung verzichtet werden, sondern wäre vielmehr abzuklären, ob die für den Erfolg des Beweismittels notwendige Dokumentation vorhanden ist. Dies wird regelmässig wiederum nur eine medizinische Expertin/ein medizinischer Experte beurteilen können.

<sup>91</sup> Als Beispiel für eine entscheidungsrelevante Parteibefragung der versicherten Person zu ihren Beschwerden vorbildlich das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 5.4.2017, ZV.2015.10, E. 4.8.

<sup>92</sup> Zu beachten ist allerdings, dass das Bundesgericht aus dieser Formulierung bzw. dem Wort «zugleich» keinen Anspruch auf eine Verfahrensbeschleunigung ableitet, vgl. BGer [4A 190/2015, E. 3.2.](#)

<sup>93</sup> Unsere Erfahrung im Kanton Zürich hat gezeigt, dass ein entsprechender Verhandlungstermin bereits wenige Wochen nach Klageeinreichung gefunden werden kann, vor allem wenn funktionell eine Einzelrichterin/ein Einzelrichter zuständig ist.

<sup>94</sup> Bspw. durch Vorladung von in der unbegründeten Klage bereits benannten Zeugen (i.d.R. die behandelnden Fachleute der versicherten Person).

<sup>95</sup> Ähnlich Miriam Lendfers, Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, Einige verfahrensrechtliche Aspekte, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2015, Zürich/St. Gallen 2015, S. 162 f.

<sup>96</sup> Die Frage, ob namentlich ein Gutachten erst nach Fall der Novenschanke angeordnet werden soll, stellt sich in diesen Verfahren – mangels Novenschanke ([Art. 229 Abs. 3 ZPO](#)) – gar nicht erst.

<sup>97</sup> Dieses kann sogar mündlich an einer Verhandlung erstattet oder erläutert werden, z.B. um im Anschluss daran Vergleichsgespräche zu führen oder Fragen zu klären ([Art. 187 Abs. 1 ZPO](#)).



Vergleichsansätzen.<sup>98</sup> Es ist zu hoffen, dass die Versicherungsgerichte bald von der enormen Verfahrensbeschleunigung und -vereinfachung profitieren wollen.<sup>99</sup> Damit würde auch der gesetzgeberischen Intention, mit dem vereinfachten Verfahren ein besonders schnelles, mündliches und ökonomisches Verfahren zu ermöglichen, nachgelebt.<sup>100</sup>

Selbstverständlich muss die klägerische Partei ihren Anspruch nicht vollständig einklagen, sondern kann sich zunächst auf die Geltendmachung eines Teils davon mittels einer *Teilklage* beschränken.<sup>101</sup> Dafür kann es nicht selten gute Gründe geben:

– Die klägerische Partei (und ihre behandelnden ÄrztInnen) können zum Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit (bzw. der Einstellung der Taggeldzahlungen durch die Versicherung) nur in den wenigsten Fällen voraussehen, wie lange diese (noch) andauern wird. Noch viel weniger kann die klägerische Partei diesen – ja zukünftigen – Sachverhalt substantiiert behaupten und beweisen. Indem sich die klägerische Partei in einer (ersten) Teilklage auf die in der Vergangenheit fällig gewordenen sowie in naher<sup>102</sup> Zukunft noch fällig werdenden Taggelder beschränkt, können diese Behauptungs- und Beweisprobleme stark reduziert werden.

– In denjenigen Kantonen, die bis zu einem bestimmten Streitwert die sachliche Zuständigkeit der Einzelrichterin/des Einzelrichters vorsehen,<sup>103</sup> kann durch die Einreichung einer Teilklage über eben diesen Streitwert oft eine enorme Verfahrensbeschleunigung erreicht werden.<sup>104</sup>

– In den (wenigen) Kantonen, welche die Parteientschädigung nach Streitwert berechnen, kann durch eine Teilklage das Kostenrisiko gesenkt werden.

## VI. Vorsorgliche Beweisführung

Trotz der gemäss den allermeisten Policen auf maximal 730 Tage beschränkten Leistungsdauer spricht grundsätz-

### Anwaltsrevue 2021 S. 311, 319

lich nichts dagegen, Krankentaggeldforderungen nicht durch eine Klage geltend zu machen, sondern (vorerst) die entsprechenden Grundlagen, in erster Linie mittels eines (medizinischen) Gerichtsgutachtens, im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung gemäss [Art. 158 ZPO](#) zu schaffen. So weit ersichtlich<sup>105</sup> wurde ein solches Verfahren bisher allerdings noch nie bis vor Bundesgericht geführt. Als Vorteil eines solchen Vorgehens wird bisweilen «die Zeitnähe» der entsprechenden Begutachtung genannt.<sup>106</sup> Das Bundesgericht hat ein solches Vorgehen aus diesem Grund kürzlich sogar als «sorgfältige Prozessführung» bezeichnet.<sup>107</sup> Angesichts der vorstehend thematisierten Zurückhaltung gewisser Gerichte gegenüber retrospektiven Gerichtsgutachten und dadurch drohender Beweislosigkeit<sup>108</sup> scheint bei noch echtzeitlich

<sup>98</sup> Ähnlich auch Lendfers 2015, a.a.O., S. 163 f., die dem mündlichen Verfahren gleichwohl kritisch gegenübersteht.

<sup>99</sup> Sowohl in den Kantonen, in denen dieses Verfahren kaum praktiziert wird (z.B. das Versicherungsgericht des Kantons Aargau, vgl. BGer [4A\\_661/2015](#)) als auch in den eingangs positiv genannten, wo trotz allem noch Potenzial vorhanden wäre. Auf Anfrage des Zürcher Anwaltsverbandes hat sich das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich nämlich eher kritisch zu diesem Verfahren geäussert ([ZAV Info 4/20 S. 9](#)). Hauptbegründung hierfür ist, dass oft medizinische Beweise zu würdigen seien und die beklagten Versicherungen sich bei unbegründeten Klagen nicht auf einen Vergleich vorbereiten könnten. Daher sei eine mündliche Hauptverhandlung in aller Regel eine Zusatzschleife, auf die dann doch ein Schriftenwechsel folge. Dem können wir uns nach dem Geschriebenen nicht anschliessen; ebenfalls positiv zu informellen «Schlichtungsbemühungen» im Hauptverfahren äussert sich Anne-Sylvie Dupont, a.a.O., N 34 f. mit Hinweis auf die mögliche Verfahrensbeschleunigung; positiv zum mündlichen Klageverfahren sodann Fabio Scotoni, a.a.O., N 299.

<sup>100</sup> Botschaft [ZPO](#), BBl 2006 7221 ff., 7345 f.; [BGE 140 III 450, E. 3.1.](#) m.w.H.

<sup>101</sup> [Art. 86 ZPO](#).

<sup>102</sup> Gemeint sind die Monate, die zwischen Einreichung der Klage und Abschluss des Beweisverfahrens üblicherweise verstreichen.

<sup>103</sup> Vgl. dazu II.

<sup>104</sup> Vgl. dazu V.

<sup>105</sup> Vgl. Patrick Wagner/Thibaut Meyer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach [Art. 158 ZPO](#) – Ein Update, «Anwaltsrevue» 2020, S. 423 ff.

<sup>106</sup> Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 21.2.2019, [KK.2018.00044, E. 2.1.](#)

<sup>107</sup> BGer [4A\\_247/2020, E. 5.2.](#)

<sup>108</sup> Insbesondere in Kantonen mit langen Verfahrensdauern, wo sich ein Gericht erst nach eineinhalb oder mehr Jahren materiell mit der Klage befasst und erst dann gegebenenfalls die Einholung eines Gerichtsgutachtens erwägt.

erfassbarer Arbeitsunfähigkeit eine vorsorgliche Beweisführung unseres Erachtens regelmässig prüfenswert. Gemäss der (rare) kantonalen Rechtsprechung<sup>109</sup> wird auf solche Gesuche unter den gleichen Voraussetzungen eingetreten wie im Zusammenhang mit allen anderen materiellen Ansprüchen.

Gemäss [Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO](#) nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Eine Gefährdung der Beweismittel kann sich in der vorgenannten Konstellation mit noch echtzeitlich erfassbarer Arbeitsunfähigkeit ergeben. Das Bundesgericht hat sodann schon vor längerer Zeit ausführlich dargelegt, wann im Sinne von [Art. 158 ZPO](#) von einem «schutzwürdigen Interesse» auszugehen ist.<sup>110</sup> Danach reicht es, wenn der Gesuchsteller glaubhaft macht, dass er der vorsorglichen Beweisführung bedarf, um die *Beweis- und Prozessaussichten* abzuklären.<sup>111</sup> Glaubhaft gemacht ist dieses schutzwürdige Interesse dann, wenn ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den das materielle Recht der Gesuchstellerin einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann.<sup>112</sup> Noch deutlicher wurde das Bundesgericht in einer späteren Entscheidung, wo ausgeführt wird, dass «ein polydisziplinäres Gutachten für einen Haftpflichtprozess nicht nur ein taugliches, sondern geradezu zentrales Beweismittel sein wird», und dass ein schutzwürdiges Interesse an dessen Erstellung auch dann vorliege, wenn viele andere medizinische Stellungnahmen (Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte etc.) vorhanden seien.<sup>113</sup> Sei aber ein solches Gutachten im Hauptprozess notwendig, lasse sich ein schutzwürdiges Interesse an dessen vorsorglicher Abnahme nicht willkürfrei verneinen, sofern die Beschwerdeführerin glaubhaft gemacht habe, dass ein Sachverhalt vorliege, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Beschwerdegegnerin gewähre.<sup>114</sup>

Sollte das Bundesgericht an der jüngsten Abweichung von der früheren Praxis zur Beweismittelqualität von Behandlerinnenberichten etc.<sup>115</sup> festhalten, wird in vielen Krankentaggeldprozessen das bundesgerichtlich angesprochene «Beweisvakuum» vorliegen, welches das Gericht durch Einholung eines Gerichtsgutachtens beheben muss. Damit wird ein Gerichtsgutachten im Hauptprozess ohne Weiteres notwendig und besteht regelmässig ein Anspruch auf dessen vorsorgliche Abnahme.

## VII. Prozesskosten

In Krankentaggeldstreitigkeiten werden weder in einem allfälligen Schlichtungsverfahren<sup>116</sup> noch im Entscheidverfahren *Gerichtskosten*<sup>117</sup> gesprochen.<sup>118</sup> Die Kostenlosigkeit des Verfahrens betrifft praxismässig auch die vorsorgliche Beweisführung im Bereich Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung.<sup>119</sup>

In Bezug auf die Beweisführungskosten wird allerdings in der neusten Lehre differenziert und eine Kostenauftragmöglichkeit an die prozessbeteiligte Versicherung befürwortet.<sup>120</sup> Die diesbezüglichen Überlegungen zum Schutzzweck der Kostenregelung und zum fehlenden Schutzbedürfnis der Versicherung leuchten durchaus ein.

Die versicherte Person hat aber in keinem Fall einen Gerichtskostenvorschuss gemäss [Art. 98 ZPO](#) zu leisten. Geschuldet ist indessen eine *Parteientschädigung*,<sup>121</sup> wobei die Versicherungen – im Gegensatz zur klagenden Partei – nach unserer Erfahrung nicht immer durch externe Anwälte vertreten sind. Zudem könnte

---

<sup>109</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 15.2.2013, U 2012 46, E. 2.

<sup>110</sup> BGer [4A 322/2012](#).

<sup>111</sup> E. 2.2.1, Abs. 2.

<sup>112</sup> E. 2.2.1, Abs. 3.

<sup>113</sup> BGer [4A 225/2013](#).

<sup>114</sup> E. 2.5.

<sup>115</sup> Vgl. III.

<sup>116</sup> Vgl. IV.

<sup>117</sup> Vgl. zum Begriff [Art. 95 Abs. 2 ZPO](#).

<sup>118</sup> [Art. 113 Abs. 2 lit. f ZPO](#) und [Art. 114 lit. e ZPO](#).

<sup>119</sup> Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 21.2.2019, [KK.2018.00044, E. 4](#); Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 15.2.2013, U 2012 46, E. 3b f.

<sup>120</sup> So Miriam Lendfers, Kosten im Klageverfahren von beruflicher Vorsorge und Krankenzusatzversicherung, in: Ueli Kieser/Miriam Lendfers (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2020, Zürich/St. Gallen 2019, S. 255 ff. Die Autorin stützt dies auf Überlegungen zu Normzweck der Kostenlosigkeit, Rechtsmissbrauch und zum Verursacherprinzip.

<sup>121</sup> [BGE 137 III 47](#), nicht publ. E. 2.2.



die versicherte Person auch nicht zur Leistung einer Sicherheit für eine allfällige Parteientschädigung angehalten werden.<sup>122</sup>

Die Festsetzung der Tarife für die Bemessung der Parteientschädigung<sup>123</sup> ist Sache der Kantone.<sup>124</sup> Diejenigen

#### Anwaltsrevue 2021 S. 311, 320

Kantone, die ihr Versicherungs- oder Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz bezeichnet haben,<sup>125</sup> dürften mehrheitlich auf den Tarif abstellen, der auch im Sozialversicherungsverfahren einschlägig ist.<sup>126</sup> Die Bemessung richtet sich in diesem Fall meist nach Aufwand und nicht nach Streitwert. Den entsprechenden Gerichten steht diesbezüglich im Ergebnis ein erheblicher Ermessensspielraum zu, da deren Entscheid nur noch mit Beschwerde ans Bundesgericht angefochten<sup>127</sup> und folglich die gestützt auf den kantonalen Tarif festgesetzte Entschädigung nur unter verfassungsrechtlichen Aspekten<sup>128</sup> geprüft werden kann.<sup>129</sup> Unserer Erfahrung nach ist die Einreichung einer Honorarnote prüfenswert, weil die oft zur Anwendung kommenden Pauschalen für sozialversicherungsrechtliche Verfahren schon für diese knapp sind und ein regelmässig aufwendigeres Zivilverfahren selten angemessen entschädigen.<sup>130</sup>

Eine besondere Bedeutung kommt schliesslich der unentgeltlichen Rechtspflege zu,<sup>131</sup> da die versicherten Personen oftmals auf die Zahlungen der Krankentaggeldversicherungen als Ersatz für kurzfristigen Lohnausfall angewiesen sind und bei Nichterhalt der Versicherungsleistungen in einen finanziellen Engpass geraten. Auch hier kommen oft sozialversicherungsrechtliche Pauschalen zum Einsatz, wenn keine Honorarnote eingereicht wird, sodass das soeben Geschriebene ebenfalls gilt.

---

<sup>122</sup> [Art. 99 Abs. 3 lit. a ZPO](#) i.V.m. [Art. 243 Abs. 2 ZPO](#).

<sup>123</sup> Wie bereits dargelegt handelt es sich dabei meist um die Entschädigung der Rechtsvertreteri n/des Rechtsvertreters der versicherten Person im Falle des Obsiegens.

<sup>124</sup> [Art. 96 ZPO](#).

<sup>125</sup> Vgl. II.

<sup>126</sup> Eine entsprechende Praxis kennen z.B. die Kantone Zürich und Basel-Stadt; anders (und unseres Erachtens korrekt) dagegen z.B. der Kanton St. Gallen.

<sup>127</sup> [Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG](#).

<sup>128</sup> Meist steht die Willkürprüfung ([Art. 9 BV](#)) im Vordergrund.

<sup>129</sup> Vgl. etwa BGer [4A 389/2015, E. 4](#).

<sup>130</sup> Hierzu auch Lendfers 2015, a.a.O., S. 165.

<sup>131</sup> Da im Verfahren keine Gerichtskosten erhoben werden, betrifft der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege «nur» die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin ([Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO](#)).