

# **BGer 4A 293/2023 vom 27. Juni 2023**

Bundesgericht, 2023-06-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_293\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_293_2023)

FR: TF 4A 293/2023 du 27 juin 2023

IT: TF 4A 293/2023 del 27 giugno 2023

## **Regeste**

Vorsorgliche Beweisführung, | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Urteile betreffend die vorsorgliche Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO stellen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung Entscheide über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG dar ( BGE 138 III 555 E. 1, 46 E. 1.1; Urteile 4A\_416/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 1.2; 4A\_165/2020 vom 14. Dezember 2020 E. 2.1-2.3 mit Hinweisen). Entsprechend kann in der Beschwerde an das Bundesgericht nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden.

### **E. 2.1**

Die Verletzung verfassungsmässiger Rechte kann das Bundesgericht nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 571 E. 1.5 ; 138 I 171 E. 1.4). Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 134 II 244 E. 2.2; 133 II 396 E. 3.2).

### **E. 2.2**

Macht die beschwerdeführende Partei eine Verletzung des Willkürverbots geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich ( BGE 134 II 349 E. 3 ; 133 I 1 E. 5.5). Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; je mit Hinweisen). Erforderlich ist zudem, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist, was von der beschwerdeführenden Partei aufzuzeigen ist ( BGE 140 III 16 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Eine Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen).

## **E. 2.4**

Diesen Begründungsanforderungen genügt die Beschwerde, auch weil die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Kognition des Bundesgerichts von unzutreffenden Voraussetzungen ausgeht, über weite Strecken nicht.

## **E. 3**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) verlangt insbesondere, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen ( BGE 136 I 184 E. 2.2.1 ; 134 I 83 E. 4.1 ; 124 I 241 E. 2). Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, ist sein Entscheid zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt ( BGE 142 III 433 E. 4.3.2 ; 136 I 184 E. 2.2.1). Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann ( BGE 142 III 433 E. 4.3.2; 141 III 28 E. 3.2.4 ; 136 I 184 E. 2.2.1).

## **E. 4**

Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat, indem sie den Antrag der Beschwerdeführerin auf Einholung eines Gerichtsgutachtens im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung ( Art. 158 ZPO ) abgewiesen hat.

### **E. 4.1**

Art. 158 ZPO regelt die vorsorgliche Beweisführung. Nach dessen Abs. 1 lit. b nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Die vorsorgliche Beweisführung dient somit einerseits der Beweissicherung für den Fall, dass das Beweismittel verloren zu gehen droht oder eine spätere Beweiserhebung auf grosse Schwierigkeiten stossen würde ( BGE 142 III 40 E. 3.1.1; Urteil 4A\_118/2012 vom 19. Juni 2012 E. 2.1). Sie kann aber auch zur Abklärung von Prozesschancen dienen. Gemäss der Botschaft wird mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Diese Möglichkeit soll dazu beitragen, aussichtslose Prozesse zu vermeiden (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., 7315; BGE 138 III 76 E. 2.4.2). Das Gesetz gibt damit die Möglichkeit, eine vorsorgliche Beweisabnahme zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang klargestellt, dass eine vorsorgliche Beweisführung nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden kann. Die Gesuchstellerin, die sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, (i) gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und - kumulativ - (ii) zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann ( BGE 143 III 113 E. 4.4.1; 142 III 40 E. 3.1.1; zit. Urteil 4A\_416/2021 E. 3 mit Hinweisen; siehe zur Kritik aus der Lehre etwa SAMUEL BAUMGARTNER, in: ZPO, Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], 3. Aufl. 2021, N. 10 f. zu Art. 158 ZPO ). Die Beschwerdeführerin hat sich vor der Vorinstanz auf beide Alternativen (Beweissicherung und Abklärung von Prozesschancen) berufen.

#### **E. 4.2.1**

Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin sei zu einer fachärztlichen Untersuchung eingeladen worden, die am 12. Dezember 2022 bei Dr. med. D. \_\_\_\_\_ hätte stattfinden sollen. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2022 habe die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin mitgeteilt, dass sie nichts gegen eine solche Untersuchung einzuwenden habe; aber es sei aufgrund des Beschwerdebilds bzw. dessen Ursachen angezeigt, eine Ärztin mit der Begutachtung zu beauftragen. Die Beschwerdeführerin sowie ihr Rechtsvertreter hätten daraufhin am 14. Dezember 2022 eine Einladung zur Untersuchung bei Dr. med. E. \_\_\_\_\_ erhalten, die am 22. Dezember 2022 hätte stattfinden sollen. In der Einladung sei auf die Folgen unentschuldigter Fernbleibens hingewiesen worden. Am 22. Dezember 2022 habe sich die Ärztin bei der Beschwerdegegnerin gemeldet und ihr mitgeteilt, dass die Beschwerdeführerin dem Termin unentschuldig ferngeblieben sei. Mit Schreiben vom 4. Januar 2023 habe die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass bis auf weiteres kein Taggeld mehr ausgerichtet werde. Sobald die medizinischen Abklärungen nachgeholt worden seien, und deren Ergebnisse die Arbeitsunfähigkeit bestätigten, setze sie ihre Leistungen fort, wobei die Verspätungstage an die maximale Leistungsdauer angerechnet würden.

#### **E. 4.2.2**

Es sei (so die Vorinstanz weiter) mit Blick auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der Beschwerdegegnerin davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Leistungen nicht durchsetzen könne, solange sie sich einer fachärztlichen Untersuchung widersetze. Damit sei ein Anspruch in der Hauptsache, mithin ein Sachverhalt, gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gewähre, nicht glaubhaft gemacht. Zudem habe die Beschwerdegegnerin ihre Leistungen nicht eingestellt, weil sie davon ausgehe, die Beschwerdeführerin sei arbeitsfähig, sondern weil diese ihre Mitwirkungspflicht verletzt habe. Damit fehle es auch an einem Rechtsschutzinteresse. Mit ihrem Verhalten verunmögliche es die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin, die notwendigen Abklärungen vorzunehmen. Dabei könnten diese Abklärungen auch zur Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit führen. Diesfalls würden mit der Anordnung eines Gerichtsgutachtens unnötige Kosten generiert. Hätte die Beschwerdeführerin ihre Mitwirkungspflicht nicht verletzt, so hätte die notwendige Abklärung bereits vorgenommen werden können. Betreffend die geltend gemachte Beweisgefährdung sei zu beachten, dass Ärzte regelmässig rückwirkend den Gesundheitszustand bzw. die Arbeitsfähigkeit beurteilen müssten. Die Beschwerdeführerin selbst habe eine zeitnahe Abklärung ihres Gesundheitszustands durch ihr Fernbleiben an der fachärztlichen Untersuchung verhindert. Unter diesen Umständen eine vorsorgliche Beweisführung (d.h. die Einholung eines Gerichtsgutachtens) zu beantragen, erscheine rechtsmissbräuchlich oder zumindest widersprüchlich und stelle einen Verstoss gegen Treu und Glauben dar.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz lege nicht hinreichend dar, weshalb es an einer Beweisgefährdung fehle. Damit verletze sie den Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ).

#### **E. 4.3.1**

Die Rüge ist unbegründet. Die Beschwerdeführerin macht im Einzelnen geltend, sie habe in den Ziffern 33 bis 42 ihres Gesuchs (das sie in ihrer Beschwerde ausführlich zitiert)

dargelegt, weshalb ihr Beweismittel, nämlich eine Begutachtung ihres Gesundheitszustands, gefährdet sei. Sie beschränkt sich dabei über weite Strecken auf Ausführungen allgemeiner Natur, indem sie namentlich geltend macht, eine Beweisgefährdung könne in den Fällen vorliegen, in denen die Versicherte vor einer möglichen gerichtlichen Begutachtung ihre (vollständige) Arbeitsfähigkeit zurück erlangt habe und nur unzureichende echtzeitliche Wahrnehmungen existierten. Weiter macht sie geltend, bei psychischen Beeinträchtigungen dürfte die Beweiskraft retrospektiver Begutachtungen gegenüber echtzeitlichen immer reduziert sein. Wenn die Vorinstanz erwog, Ärzte hätten regelmässig rückwirkend den Gesundheitszustand bzw. die Arbeitsfähigkeit von Versicherten zu beurteilen und der zu beurteilende Sachverhalt liege lediglich wenige Monate zurück bzw. es sei der Sachverhalt im Zeitpunkt der Beurteilung festzustellen, hat sie sich sehr wohl mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt und diese verworfen; eine sachgerechte Anfechtung war jedenfalls ohne Weiteres möglich (vgl. hiervor E. 3). Auch vermag die Beschwerdeführerin nicht darzutun, dass die Vorinstanz mit diesen Ausführungen in Willkür verfallen wäre, zumal sie in ihrer Beschwerde selbst Urteile des Bundesgerichts zitiert, in denen eine retrospektive Begutachtung gerade nicht als ausgeschlossen erachtet wurde (vgl. Urteile 4A\_255/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 6.3.5; 4A\_66/2018 vom 15. Mai 2019 E. 2.6.2). Nichts für sich ableiten kann die Beschwerdeführerin auch aus dem Urteil 4A\_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 5.2. In diesem Urteil lehnte die dortige Vorinstanz die Einholung des von der Versicherten beantragten Gerichtsgutachtens über deren Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung mit der Begründung ab, das Gerichtsgutachten könne " zu einem späteren Zeitpunkt eingeholt werden ". Dies obwohl die Versicherung dem Antrag zugestimmt hatte. Im späteren Verfahren holte sie das beantragte Gerichtsgutachten dann aber doch nicht ein, sondern verzichtete darauf in antizipierter Beweiswürdigung, obwohl ihr nur Parteibehauptungen (namentlich echtzeitliche Arbeitsunfähigkeitsatteste) und keine (eigentlichen) Beweismittel vorlagen (zit. Urteil 4A\_247/2020 E. 5.2). Die Problematik lag somit in der beschriebenen Kombination des vorinstanzlichen Vorgehens. Zudem unterscheidet sich das zitierte Urteil 4A\_247/2020 auch insoweit, als nicht ersichtlich ist, dass dort die Versicherte ihren Mitwirkungspflichten ebenfalls nicht nachgekommen wäre (vgl. dazu auch hiernach E. 4.5).

#### **E. 4.3.2**

Dazu kommt, dass sich die Vorinstanz betreffend die Frage der Beweisgefährdung ohnehin nicht auf die Erwägung beschränkt, dass Ärzte regelmässig rückwirkend den Gesundheitszustand von Versicherten beurteilen müssten, sondern vielmehr zusätzlich erwog, die Beschwerdeführerin habe eine zeitnahe Abklärung ihres Gesundheitszustands durch ihr Fernbleiben an der fachärztlichen Untersuchung verhindert. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass die Vorinstanz damit verfassungsmässige Rechte verletzt hätte. Sie geht in ihrer Beschwerde namentlich nicht darauf ein, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sein soll, sich am 22. Dezember 2022 der fachärztlichen Untersuchung durch Dr. med. E. \_\_\_\_\_ zu unterziehen. Vor diesem Hintergrund geht auch ihr Einwand fehl, man könne sich die Frage stellen, ob es im Sinne von Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) angehe, dass die Vorinstanz das Recht auf eine echtzeitliche Begutachtung im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO verneine, um ihr dann später im Hauptverfahren potentiell vorzuwerfen, sie habe keine echtzeitlichen medizinischen Gutachten ediert, die ihren Anspruch beweisen würden.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin rügt hinsichtlich des von ihr geltend gemachten Interesses an der Abklärung von Prozessaussichten, die Vorinstanz überspanne die Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Anspruchs in der Hauptsache in willkürlicher Weise. Die Rüge geht fehl. Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzutun, dass die Vorinstanz geradezu in Willkür verfallen wäre, indem sie erwog, ein Anspruch in der Hauptsache sei aufgrund der Verweigerung der Mitwirkung durch die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht. Ziff. 24.1 der AVB der Beschwerdegegnerin, welche die Vorinstanz in ihrem Urteil zitierte, hält explizit fest, dass die Versicherungsleistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden, wenn die versicherte Person den gesetzlich oder vertraglich festgelegten Obliegenheiten nicht nachkomme. Diese Verweigerung der Mitwirkung war denn auch der Grund, dass die Beschwerdegegnerin ihre Leistungen eingestellt hat. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass sie vor der Vorinstanz Gründe dargetan hätte, die gegen die Anwendbarkeit dieser Bestimmung in den AVB bzw. der darin vorgesehenen Rechtsfolge sprächen. Auch im bundesgerichtlichen Verfahren legt sie keine solchen Gründe dar, sondern beschränkt sich auf allgemeine theoretische Ausführungen zu den Anforderungen, die an die Glaubhaftmachung des Hauptsacheanspruchs im Rahmen des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung zu stellen sind. Eine eigentliche Auseinandersetzung mit den AVB der Beschwerdegegnerin findet nicht statt. Damit genügt sie den Anforderungen an eine Willkürüge im bundesgerichtlichen Verfahren nicht.

#### **E. 4.5**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Bundesgericht habe im Urteil 4A\_532/2022 vom 30. Januar 2023 festgehalten, der Sinn und Zweck von Aufgeboten zur fachärztlichen Untersuchung durch Vertrauensärzte der Versicherung bestehe darin, dieser zu ermöglichen, die Krankheitsfolgen festzustellen. Mit ihrem Gesuch um Einholung eines Gerichtsgutachtens im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung habe sie aber nichts anderes als die Feststellung der Krankheitsfolgen beabsichtigt. Zudem habe sie der Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 29. Februar 2023 vorgeschlagen, sich eben diesem Antrag um Einholung eines Gerichtsgutachtens anzuschliessen. Vor diesem Hintergrund sei die vorinstanzliche Feststellung willkürlich, dass sie es der Beschwerdegegnerin verunmöglicht habe, die notwendigen Abklärungen vorzunehmen. Die Rüge geht fehl. Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzutun, inwiefern es willkürlich sein soll, wenn die Vorinstanz erwog, das unentschuldigte Fernbleiben an der fachärztlichen Untersuchung vom 22. Dezember 2022 habe es der Beschwerdegegnerin verunmöglicht, die notwendigen Abklärungen zu tätigen. Die vorinstanzlichen Ausführungen beziehen sich auf die Verweigerung der Mitwirkung seitens der Beschwerdeführerin. Keine Willkür zu begründen vermag auch der Umstand, dass das von der Beschwerdeführerin im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung beantragte Gerichtsgutachten letztlich ebenfalls bezweckt, die Krankheitsfolgen festzustellen. Der Beschwerdeführerin ist nicht zu folgen, wenn sie davon auszugehen scheint, es stehe ihr (zwingend) frei, anstelle (bzw. zeitlich vor) der fachärztlichen Untersuchung durch den Vertrauensarzt der Beschwerdegegnerin - im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO - ein Gerichtsgutachten zu beantragen. Die Vorinstanz weist zutreffend darauf hin, dass die fachärztliche Untersuchung durch den Vertrauensarzt auch dazu führen könnte, dass die Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin bestätigt wird, womit die Beschwerdegegnerin ihre Taggelderleistungen weiterhin erbringen würde. Zur sorgfältigen Verfahrensführung

hätte es vorliegend gehört, die Beschwerdeführerin dazu anzuhalten, ihre Mitwirkungspflichten unter dem Versicherungsvertrag wahrzunehmen. Entsprechend ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht auf das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 29. Februar 2023 an die Beschwerdegegnerin eingegangen ist, mit dem sie die Beschwerdegegnerin aufgefordert hat, sich ihrem Antrag anzuschliessen, im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung ein Gerichtsgutachten einzuholen.

#### **E. 4.6**

Nach dem Gesagten verletzt es auch keine verfassungsmässigen Rechte, wenn die Vorinstanz zum Ergebnis gelangte, unter den konkreten Umständen eine vorsorgliche Beweisführung zu beantragen, erscheine zumindest widersprüchlich und stelle einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar. Diesbezüglich ist auch zu beachten, dass die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin zuerst die Begutachtung durch eine Vertrauensärztin statt eines Vertrauensarztes verlangt hat, um dann diesen Termin nicht wahrzunehmen und stattdessen in ihrem Antrag um Einholung eines Gerichtsgutachtens im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung wiederum einen Arzt (und gerade nicht eine Ärztin) vorzuschlagen.

#### **E. 4.7**

Zusammenfassend hat die Vorinstanz den Antrag der Beschwerdeführerin um Einholung eines Gerichtsgutachtens im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung ohne Verletzung verfassungsmässiger Rechte abgelehnt.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ergebnis wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet, da keine Vernehmlassung eingeholt wurde, womit der Beschwerdegegnerin kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist.

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