



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 28. April 2023 (731 23 70 / 104)

Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung

Da die Gesuchstellerin selbst es der Gesuchsgegnerin verunmöglicht hat, die notwendigen Abklärungen vorzunehmen, ist das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung (medizinisches Gutachten) abzuweisen

Besetzung Präsidentin Doris Vollenweider, Gerichtsschreiber Daniel Gfeller

Parteien **A.**_____, Gesuchstellerin, vertreten durch Melina Tzikas, Rechtsanwältin, schadenanwaelte.ch AG, Totentanz 5, 4051 Basel

gegen

Helsana Zusatzversicherungen AG, Recht & Compliance, Postfach, 8081 Zürich, Gesuchsgegnerin

Betreff Vorsorgliche Beweisführung (Art. 158 ZPO)

A. A.____ ist im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses über einen Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag (Vertrag Nr. X.____) zwischen ihrer Arbeitgeberin, der B.____ AG, C.____, und der Helsana Zusatzversicherungen AG (Helsana) gegen Arbeitsunfähigkeit bei Krankheit versichert. Am 4. November 2021 meldete die Arbeitgeberin von A.____, dass diese ab 1. Oktober 2021 wegen Krankheit zu 100 % arbeitsunfähig sei. Die Helsana erbrachte in der Folge ihre Leistungen gestützt auf den Kollektiv-Taggeldvertrag. Ab diesem Zeitpunkt wurden der Helsana durchgehend

Arztzeugnisse von behandelnden Ärztinnen bzw. Ärzten eingereicht, welche eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bescheinigten. Die Helsana richtete ab 1. Oktober 2021 bis 30. November 2022 durchgehend Krankentaggeldzahlungen aus. Nachdem A._____ einem bzw. zwei Aufgeboten zu fachärztlichen Untersuchungen (Fachrichtung Psychiatrie) keine Folge geleistet hatte, teilte die Helsana A._____ mit Schreiben vom 4. Januar 2023 mit, dass aufgrund ihres unentschuldigtem Fernbleibens am fachärztlichen Untersuchungstermin vom 22. Dezember 2022 kein Taggeld mehr ausgerichtet werde.

B. Mit Schreiben vom 28. Februar 2023 reichte A._____, vertreten durch Rechtsanwältin Melina Tzikas und/oder Rechtsanwalt Patrick Wagner, beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung ein. Beantragt wurde, es sei ein medizinisches Gutachten einzuholen. Als Gutachter sei Dr. med. D._____, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, Leitender Arzt Klinik für Konsiliarpsychiatrie und Psychosomatik, Universitätsspital Zürich, zu bestimmen, wobei dem Gutachter freistehen solle, ob und gegebenenfalls welche Ärztin/welcher Arzt aus anderen Fachdisziplinen er für diese Begutachtung zusätzlich beiziehen wolle. Eventualiter sei ein anderer, geeigneter Arzt/geeignete Ärztin mit dem medizinischen Gutachten zu beauftragen. Es seien dem Gutachter/der Gutachterin die dem Gesuch beiliegenden Akten zu überlassen und unter Hinweis auf Art. 307 StGB die folgenden Fragen zu stellen: "Bestand seit dem 1. Dezember 2022 (Einstellung der Krankentaggeldzahlung) und besteht aktuell eine Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin? Bejahendenfalls für welche Tätigkeiten und in welchem Umfang? Ist der Beizug weiterer medizinischer Fachdisziplinen zur Abklärung der Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin notwendig?" Des Weiteren sei der Gutachter/die Gutachterin gestützt auf Art. 186 ZPO zu ermächtigen, eigene Abklärungen vorzunehmen und weitere, mit dem vorliegenden Gesuch nicht eingereichte Akten bei den vorbehandelnden Ärzten einzuverlangen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

C. Mit Schreiben vom 4. April 2023 beantragte die Helsana die Abweisung des Gesuchs. Eventualiter sei durch das Gericht ein geeigneter Gutachter zu bestimmen und die Gesuchsgegnerin betreffend die zu stellenden Fragen vorgängig zu befragen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

D. In seiner unaufgefordert eingereichten Stellungnahme vom 20. April 2023 verweist der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 30. Januar 2023, 4A_532/2022, und hält ausserdem fest, dass die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 29. Februar 2023 vorgeschlagen habe, sich ihrem Antrag auf ein Gerichtsgutachten anzuschliessen. Eine Antwort habe sie nicht erhalten.

Die Präsidentin zieht **in Erwägung** :

1.1 Streitthema im vorliegenden Verfahren bilden Leistungen aus einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung, die unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung fällt (Urteil des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2015, 4A_409/2015, E. 1 mit Hinweisen;

vgl. auch BGE 138 III 2 E. 1.1/1.2). Derartige Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach KVG unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz; KVAG) vom 26. September 2014 dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind privatrechtlicher Natur, weshalb strittige Ansprüche darüber in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen sind. Das Verfahren im Zivilprozess regelt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008.

1.2 Gemäss Art. 4 Abs. 1 ZPO regelt das kantonale Recht die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte. Für die sachliche und funktionelle Zuständigkeit am Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, ist grundsätzlich das Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung [VPO] vom 16. Dezember 1993 anwendbar. § 54 Abs. 1 lit. d VPO bestimmt, dass die Abteilung Sozialversicherungsrecht des Kantonsgerichts als einzige kantonale Gerichtsstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung zuständig ist. Darunter werden praxisgemäss auch Zusatzversicherungen wie die vorliegend zu beurteilende Kollektivkrankentaggeldversicherung subsumiert. Damit sind vorliegend auch die Voraussetzungen der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit des Kantonsgerichts erfüllt.

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach Art. 9 ff. ZPO. Gemäss Art. 2 ZPO bleiben Bestimmungen des Staatsvertragsrechts und des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 jedoch vorbehalten. Das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) vom 30. Oktober 2007 regelt Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen, sofern die beklagte Partei Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat (Art. 2 und 4 LugÜ; vgl. dazu auch ANTON SCHNYDER/PASCAL GROLLMUND, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basel/Genf/München 2001, zu Art. 46a Rz. 13 ff.; NOËLLE KAISER JOB, Schweizerische Zivilprozessordnung, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basel 2010, zu Art. 32, Rz. 23; URS FELLER/JÜRIG BLOCH, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO Kommentar], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Auflage, Zürich Basel Genf 2016, Art. 32, Rz. 63 ff.). Für Versicherungssachen enthält das LugÜ eine eigene Zuständigkeitsregelung in den Art. 8 ff. LugÜ. Nach Art. 9 Abs. 1 LugÜ kann ein Versicherer, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates hat, vor den Gerichten des Staates, in dem er seinen Wohnsitz hat (lit. a), in einem anderen durch dieses Übereinkommen gebundenen Staat bei Klagen des Versicherungsnehmers, des Versicherten oder des Begünstigten vor dem Gericht des Ortes, an dem der Kläger seinen Wohnsitz hat (lit. b) oder falls es sich um einen Mitversicherer handelt, vor dem Gericht eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates, bei dem der federführende Versicherer verklagt wird (lit. c) verklagt werden. Von diesen Bestimmungen kann im Wege der Vereinbarung gestützt auf Art. 13 Ziffer 2 LugÜ abgewichen werden, wenn sie dem Versicherungsnehmer, Versicherten oder Begünstigten die Befugnis einräumt, andere als die in diesem Abschnitt angeführten Gerichte anzurufen.

Vorliegend hat die Gesuchstellerin Wohnsitz in E.____ und die Gesuchsgegnerin ihren Sitz in Dübendorf. Gemäss Art. 42 der vorliegend anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Helsana Business Salary, Ausgabe Mai 2021 (AVB) kann Klage erhoben werden am Wohnsitz des Versicherungsnehmers. Vorliegend ist die B.____ AG mit Sitz in C.____ Versicherungsnehmerin. Die örtliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts ist damit im Klageverfahren (Hauptverfahren) gegeben.

1.4 Gemäss Art. 158 Abs. 1 ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn:

- a. das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt; oder
- b. die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.

Anzuwenden sind die Bestimmungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 158 Abs. 2 ZPO)

Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen zwingend zuständig das Gericht am Ort, an dem:

- a. die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist; oder
- b. die Massnahme vollstreckt werden soll.

Das summarische Verfahren ist anwendbar (Art. 248 lit. d ZPO). In einem solchen entfällt das Schlichtungsverfahren (Art. 198 lit. a ZPO). Auch in einem allfälligen Hauptverfahren wäre kein Schlichtungsverfahren erforderlich (BGE 138 III 558 E. 4).

Da in der Hauptsache die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts gegeben ist (vgl Ziff. 1.3), ist das Kantonsgericht auch zur Beurteilung des vorliegenden Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung örtlich zuständig. Ein Schlichtungsverfahren ist nicht erforderlich. Auf das Gesuch ist folglich einzutreten.

1.5 In der VPO, welche grundsätzlich in Verfahren vor dem Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsgericht, Anwendung findet, ist ein summarisches Verfahren nicht vorgesehen. Demzufolge finden sich in der VPO auch keine diesbezüglichen speziellen Verfahrensvorschriften. Grundsätzlich ist das summarische Verfahren seinem Wesen nach ein Verfahren mit Beweisbeschränkung zum Zweck der Prozessbeschleunigung. Im Vergleich zum ordentlichen Verfahren ist es vermehrt auf Schnelligkeit und Einfachheit ausgerichtet (FRANCESCA PESENTI, in: ZPO Kommentar, Art. 248 Rz. 1). So sind denn auch grundsätzlich kürzere Fristen als im ordentlichen Verfahren anzusetzen und Fristerstreckungen sind mit grosser Zurückhaltung zu gewähren und diesfalls kurz zu halten (RAFAEL KLINGLER, in: ZPO Kommentar, Art. 252 Rz. 19). Gemäss §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 lit. a und lit. c des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO) vom 23. September 2010 sind denn auch alle summarischen Verfahren, welche gestützt auf die ZPO zu beurteilen sind, präsidial zu erledigen. Sinn und Zweck auch dieser Bestimmungen ist es, mit der Zuständigkeit des Präsidiums in den summarischen Verfahren eine rasche Beurteilung zu ermöglichen. Da im vorliegenden Verfahren die ZPO massgebend und das

summarische Verfahren anwendbar ist, rechtfertigt es sich, die Angelegenheit in analoger Anwendung der §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 lit. a und c EG ZPO präsidial zu entscheiden.

2.1 In der Gesuchsbegründung wird im Wesentlichen ausgeführt, die Gesuchstellerin sei aufgrund einer rezidivierenden depressiven Störung, einer Posttraumatischen Belastungsstörung sowie Migräne gemäss Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ihrer behandelnden Ärzte und Ärztinnen Dr. med. F.____, Fachärztin für Allgemeinmedizin mit Weiterbildung in Psychotherapie, Dr. med. G.____, Facharzt für Allgemeinmedizin, Dr. med. H.____, Fachärztin für Psychosomatische Medizin und Psychotherapie, und Dr. med. I.____, Fachärztin für Allgemeinmedizin, seit dem 1. Oktober 2021 zu 100 % arbeitsunfähig. Die Gesuchstellerin sei zum Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit am 1. Oktober 2021 Mitarbeiterin der B.____ AG gewesen und somit versicherte Person im Sinne von Art. 7.1 der AVB 2021 der Gesuchsgegnerin. Sie habe Anspruch auf ein Krankentaggeld während 730 Tagen. Gemäss Schreiben der Gesuchsgegnerin vom 4. Januar 2023 habe diese die Taggeldleistungen an die Gesuchstellerin per 30. November 2022 eingestellt. Im Zeitraum vom 1. Oktober 2021 bis 30. November 2022 habe die Gesuchstellerin insgesamt 424 Taggelder erhalten. Der Maximaltaggeld-Restanspruch der Gesuchstellerin betrage somit noch 306 Tage. Aufgrund der bis 13. März 2023 bisher bestätigten Arbeitsunfähigkeit – weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen würden nachgereicht – ergebe sich eine aufgelaufene Taggeldforderung in der Höhe von insgesamt Fr. 27'506.15. Weiter macht die Gesuchstellerin geltend, dass die Gesuchsgegnerin die Taggeldzahlungen per 30. November 2022 eingestellt habe und damit folglich die Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin anhand der von ihr vorgelegten Berichte und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ihrer behandelnden Ärzte und Ärztinnen offenkundig nicht als hinreichend nachgewiesen erachte. Die Gesuchstellerin könne folglich ihre Arbeitsunfähigkeit nur durch ein Gerichtsgutachten beweisen, was hiermit beantragt werde. Es bestehe somit eine erhebliche Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung des Beweises über den anspruchsbegründenden Gesundheitszustand der Gesuchstellerin, weshalb eine zeitnahe Begutachtung im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO dringend notwendig sei.

2.2 Die Gesuchsgegnerin bringt im Wesentlichen vor, um die Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin besser beurteilen zu können, sei diese mit Schreiben vom 4. November 2022 zu einer fachärztlichen Untersuchung eingeladen worden. Erst kurz vor dem Termin habe sie durch ihren Rechtsvertreter mitgeteilt, es sei angezeigt, eine weibliche Fachärztin aufgrund der hinter dem Beschwerdebild stehenden Ursachen mit der Untersuchung zu beauftragen. Dem Wunsch der Gesuchstellerin sei daraufhin stattgegeben worden und eine neue fachärztliche Untersuchung am 22. Dezember 2022 bei Dr. med. J.____, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, vorgesehen worden. Auch diesen Termin habe die Beschwerdeführerin – unentschuldigt – nicht wahrgenommen. Daraufhin habe die Gesuchsgegnerin der Arbeitgeberin mitgeteilt, dass im Dezember 2022 keine Taggelder abgerechnet würden. Am 4. Januar 2023 sei dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin mitgeteilt worden, dass bis auf weiteres kein Taggeld mehr ausgerichtet werde. Ohne Gegenmeldung würde das Dossier am 18. Januar 2023 geschlossen. Weder der Rechtsvertreter noch die Gesuchstellerin hätten sich daraufhin bei der Gesuchsgegnerin gemeldet oder das Fernbleiben von der Untersuchung begründet.

Die Gesuchsgegnerin habe vorliegend nicht die durch die behandelnden Ärzte und Ärztinnen attestierte Arbeitsunfähigkeit anders beurteilt oder verneint, sondern die Leistungen seien aufgrund der fehlenden Mitwirkung der Gesuchstellerin eingestellt worden. Einer angeordneten fachärztlichen Untersuchung unentschuldigt fernzubleiben, keine nachträgliche Begründung dafür abzugeben, jedoch das Gericht mit einem Gesuch für vorsorgliche Beweisführung zu bemühen, obwohl die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit an sich bis anhin nicht strittig war, erscheine widersprüchlich. Interessant sei auch, dass der erste Termin aufgrund des Geschlechts des Facharztes abgesagt worden sei, der Untersuchung bei der weiblichen Fachärztin jedoch ferngeblieben wurde, nun aber als zu beauftragender Gutachter Dr. med. D. ____ vorgeschlagen werde, ebenfalls ein Mann. Ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung sei zu verneinen. Demzufolge beantrage die Gesuchsgegnerin, das Gesuch sei abzuweisen.

3. Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nimmt das Gericht im Rahmen einer vorsorglichen Beweisführung jederzeit Beweis ab, wenn die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Nach der bundesrätlichen 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 [nachfolgend kurz: Botschaft ZPO], 7315). Daneben wird aber auch eine Vereinfachungswirkung für den Hauptprozess postuliert (STAEHLIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich 2008, § 18 N 140). Mit der blossen Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, ist ein schutzwürdiges Interesse an einer vorsorglichen Beweisführung jedoch noch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab. Der Gesuchsteller, der sich auf Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO stützt, muss daher glaubhaft machen, dass ein Sachverhalt vorliegt, gestützt auf den ihm das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt, und zu dessen Beweis das abzunehmende Beweismittel dienen kann (BGE 138 III 76 E. 2.4.2 mit diversen Hinweisen). Einem Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme ist in der Regel stattzugeben, es sei denn, es liege gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ein offener Rechtsmissbrauch vor, was in Anbetracht des aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Grundsatzes des Rechts auf Beweisführung (BGE 126 III 315 E. 4a) und der alleinigen Kostentragungspflicht des Gesuchstellers (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO) mit grosser Zurückhaltung zu prüfen ist und in casu höchstens unter dem Titel unnütze Rechtsausübung in Frage kommen könnte (Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen BS.2012.5 vom 5. April 2012 E. 2b).

4.1 Vorliegend ergibt sich aus der Stellungnahme der Helsana wie auch aus den Akten, dass die Gesuchsgegnerin vom 1. Oktober 2021 bis 30. November 2022 Krankentaggeldzahlungen für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % aufgrund einer rezidivierenden depressiven Störung sowie einer posttraumatischen Belastungsstörung ausgerichtet hat. Zur Abklärung der weiteren Arbeits-

fähigkeit beabsichtigte die Gesuchsgegnerin, eine medizinische Abklärung durch einen psychiatrischen Facharzt oder eine psychiatrische Fachärztin vornehmen zu lassen. In der Folge wurde die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 4. November 2022 zu einer fachärztlichen Untersuchung eingeladen, welche am 12. Dezember 2022 bei Dr. med. K.____, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, hätte stattfinden sollen. Die Versicherte wurde darauf hingewiesen, dass dieser Termin verbindlich sei. Falls sie aus zwingenden Gründen verhindert sei, benötige die Helsana ein entsprechendes Arztzeugnis des behandelnden Arztes, welches die Verhinderung am Termin begründe. Die Helsana und Dr. K.____ seien in diesem Fall unverzüglich zu informieren. Wenn sie am Termin unentschuldigt fernbleibe und kein Arztzeugnis vorweise, werde das Taggeld bis auf Widerruf eingestellt. Mit Schreiben sowie E-Mail vom 5. Dezember 2022 wurde die Gesuchsgegnerin vom Rechtsvertreter der Gesuchstellerin informiert, dass seine Mandantin nichts gegen eine fachärztliche Untersuchung einzuwenden habe, im Gegenteil, sie befürworte eine solche. Allerdings sei aufgrund des Beschwerdebildes, bzw. der dahinterstehenden Ursachen (Missbrauch im Kindesalter) angezeigt, dass eine Frau entsprechend beauftragt werde, und er bitte deshalb, den angesetzten Termin abzusagen und ihm ersatzweise eine Psychiaterin als Gutachterin vorzuschlagen. Die Helsana gab dem Wunsch der Gesuchstellerin statt und die Gesuchstellerin sowie deren Rechtsvertreter erhielten am 14. Dezember 2022 per E-Mail sowie per eingeschriebenem Schreiben eine neue Einladung zur fachärztlichen Untersuchung am 22. Dezember 2022 bei Dr. med. J.____, FMH Psychiatrie und Psychotherapie. In der Einladung wurde erneut auf die Folgen bei unentschuldigtem Fernbleiben von diesem Termin hingewiesen. Am 22. Dezember 2022 meldete sich Dr. J.____ bei der Helsana und teilte mit, dass die Gesuchstellerin unentschuldigt dem Untersuchungstermin ferngeblieben sei. Mit E-Mail vom 23. Dezember 2022 teilte die Helsana der Arbeitgeberin der Gesuchstellerin mit, dass diese ihre Mitwirkungspflicht nicht erfüllt habe und unentschuldigt den Untersuchungstermin nicht wahrgenommen habe, weshalb im Dezember 2022 keine Taggelder abgerechnet würden. Mit Schreiben vom 4. Januar 2023 teilte die Gesuchsgegnerin dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin ebenfalls mit, dass seine Mandantin den Termin vom 22. Dezember 2022 unentschuldigt nicht wahrgenommen habe, weshalb bis auf weiteres kein Taggeld mehr ausgerichtet werde. Sobald die Gesuchstellerin die notwendigen medizinischen Abklärungen nachgeholt habe und deren Ergebnisse die Arbeitsunfähigkeit bestätigen würden, würden die Taggeldzahlungen fortgesetzt. Die Verspätungstage würden an die maximale Leistungsdauer angerechnet und ohne Gegenmeldung würde das Dossier am 18. Januar 2023 geschlossen.

4.2 Die Gesuchsgegnerin beruft sich für ihr Vorgehen auf die AVB. Die vorliegend massgeblichen Bestimmungen lauten wie folgt:

Ziffer 23.1: "Die versicherte Person hat eine Mitwirkungspflicht bei der Abwicklung eines Leistungsfalles."

Ziffer 23.6: "Zur Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs während eines Leistungsfalles hat die versicherte Person jederzeit ihre Erreichbarkeit sicherzustellen. Sie hält sich auch für durch Helsana angeordnete medizinische Massnahmen und Untersuchungen zur Verfügung und stellt die ununterbrochene, notwendige fachärztliche Betreuung sicher."

Ziffer 24.1: "Kommt die versicherte Person den gesetzlich oder vertraglich festgelegten Obliegenheiten und der Schadenminderungspflicht gemäss der vorstehenden Ziff. 23 nicht nach oder hält sie die im Mahnschreiben genannte Frist nicht ein, werden die Versicherungsleistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert. Tage mit gekürztem oder keinem Leistungsanspruch werden an die Leistungsdauer angerechnet."

Ziffer 24.4: "Bleibt eine versicherte Person unentschuldigt dem Termin einer von Helsana angeordneten Untersuchung fern, kann Helsana die dadurch entstandenen Kosten der versicherten Person direkt in Rechnung stellen oder mit einer fälligen Taggeldforderung verrechnen."

Ziffer 24.5: "Diese Rechtsnachteile treten nicht ein, wenn die versicherte Person glaubhaft macht, dass sie kein Verschulden trifft oder dass die Verletzung keinen Einfluss auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses und auf den Umfang der von Helsana geschuldeten Leistungen gehabt hat."

5. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisabnahme gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO gegeben sind, d.h. ob die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht.

5.1 Zur Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses an einer vorsorglichen Beweisführung genügt die blosser Behauptung eines Bedürfnisses, Beweis- und Prozessaussichten abzuklären, nicht. Eine vorsorgliche Beweisführung kann nur mit Blick auf einen konkreten materiellrechtlichen Anspruch verlangt werden, hängt doch das Interesse an einer Beweisabnahme vom Interesse an der Durchsetzung eines damit zu beweisenden Anspruchs ab

Zu Recht weist die Gesuchsgegnerin darauf hin, dass sie bisher die durch die behandelnden Ärztinnen und Ärzte festgehaltene Arbeitsunfähigkeit nicht anders beurteilt oder verneint und die Krankentaggeldleistungen bis Ende November 2022 erbracht hat. Erst aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht durch die Gesuchstellerin wurden die Leistungen eingestellt. Weiter weist die Gesuchsgegnerin zu Recht daraufhin, dass das Bundesgericht ein solches Vorgehen in einem kürzlich gefällten Entscheid gestützt hat (Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2023, 4A_532/2022). Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid ausgeführt, die AVB der Beschwerdegegnerin würden explizit die Pflicht des Versicherten festhalten, sich auch kurzfristig einer Untersuchung oder Begutachtung durch von der Beschwerdegegnerin beauftragte Ärzte zu unterziehen. Dass eine solche Begutachtung nicht blosser Selbstzweck oder Schikane sei, sondern der Feststellung und damit letztlich auch der Kontrolle der geltend gemachten Krankheitsfolgen bzw. des Ausmasses der Krankheit diene, sei offensichtlich (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2023, 4A_532/2022, E. 5.5). Diese Ausführungen treffen auch auf das vorliegende Verfahren zu. Die Gesuchsgegnerin hat ein berechtigtes Interesse daran, eine ärztliche Überprüfung der Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin vorzunehmen. Dies und auch die Konsequenz einer mangelnden Mitwirkung – nämlich die Einstellung der Leistungen – sind in den AVB vorgesehen (vgl. E. 4.2 hiervor). Damit ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin – solange sie sich der Anordnung einer fachärztlichen Untersuchung widersetzt – einen Anspruch auf Leistungen aus dem Versicherungsvertrag nicht durchzusetzen vermag. Aufgrund der mangelnden Mitwirkung ist

somit ein Hauptsacheanspruch, d.h. ein Sachverhalt gestützt auf den ihr das materielle Recht einen Anspruch gegen die Gesuchsgegnerin gewährt (BGE 140 III 16 E. 2.2.2), nicht glaubhaft gemacht.

5.2 Im Übrigen ist vorliegend auch ein schutzwürdiges Interesse, welches im Sinne des Rechtsschutzinteresses zu verstehen ist (vgl. SAMUEL BAUMGARTNER, in: Oberhammer/Domej/Haas, Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 158 N. 9 ff.), an der vorsorglichen Beweisführung an sich zur Zeit zu verneinen. Denn die Gesuchsgegnerin hat ihre Leistungen nicht eingestellt, weil sie davon ausgeht, dass die Gesuchstellerin arbeitsfähig ist, sondern weil diese ihre Mitwirkungspflicht verletzt hat. Ein allfällig vorsorglich eingeholtes Gutachten müsste sich aber zur Frage der – zur Zeit nicht strittigen – Arbeitsunfähigkeit äussern, nicht aber zur Verletzung der Mitwirkungspflicht. Damit mangelt es der Gesuchstellerin momentan an einem Rechtsschutzinteresse an der vorsorglichen Beweisführung.

5.3 Mit ihrem Verhalten verunmöglicht die Gesuchstellerin der Gesuchsgegnerin, die notwendigen Abklärungen vorzunehmen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die beabsichtigten Abklärungen auch dazu führen könnten, dass die Arbeitsunfähigkeit bestätigt und die Gesuchsgegnerin ihre Taggeldleistungen weiterhin erbringen würde. In diesem Fall würden mit der Anordnung eines Gerichtsgutachtens unnötige Kosten generiert. Hätte die Gesuchstellerin ihre Mitwirkungspflicht nicht verletzt, so hätte die notwendige Abklärung bereits vorgenommen werden können.

5.4 Was die von der Gesuchstellerin geltend gemachte Beweisgefährdung angeht, ist darauf hinzuweisen, dass Ärztinnen bzw. Ärzte regelmässig rückwirkend den Gesundheitszustand bzw. die Arbeitsfähigkeit von versicherten Personen beurteilen müssen. Dass dies vorliegend nicht möglich sein sollte, wird nicht dargelegt und ist nicht nachvollziehbar, insbesondere da diese Beurteilung nicht einen Sachverhalt betrifft, der jahrelang zurückliegt, sondern lediglich wenige Monate bzw. ist der Sachverhalt im Zeitpunkt der Beurteilung festzustellen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Gesuchstellerin selbst eine Abklärung ihres Gesundheitszustandes bzw. der Arbeitsfähigkeit bereits im Dezember 2022 durch ihr Fernbleiben an der fachärztlichen Untersuchung verhindert hat. Diese Abklärung hätte zudem auch zeitnah durchgeführt werden können.

5.5 Unter diesen Umständen eine vorsorgliche Beweisführung, namentlich ein Gerichtsgutachten, zu beantragen, erscheint rechtsmissbräuchlich oder zumindest widersprüchlich und stellt einen Verstoss gegen Treu und Glauben dar.

6.1 Der im vorliegenden Verfahren anwendbare Art. 114 lit. e ZPO bestimmt, dass das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Von der Erhebung von Verfahrenskosten ist deshalb abzusehen.

6.2 Der obsiegenden Partei ist gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO eine Parteientschädigung zulasten der unterliegenden Partei zuzusprechen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ein Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt vertreten ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Januar 2001,

5C.244/2000, E. 5 mit Hinweisen; zur Geltung dieser Rechtsprechung unter der ZPO: Urteil des Bundesgerichts vom 17. November 2010, 4A_194/2010, E. 2.2.1 mit zahlreichen Hinweisen). Die Gesuchsgegnerin wird jedoch durch den internen Rechtsdienst vertreten, weshalb sie keinen Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung hat (vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts vom 9. Mai 2014, 731 13 350, E. 7.2). Eine Parteientschädigung wird folglich nicht ausgerichtet.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
 4. Die Eingabe der Gesuchstellerin vom 20. April 2023 geht zur Kenntnisnahme an die Gesuchsgegnerin.

Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 27. Juni 2023, 4A_293/2023, abgewiesen.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>