

**VKL.2022.8 / sb / ce**

Art. 65

**Urteil vom 29. September 2022**

\_\_\_\_\_  
Besetzung      Oberrichterin Gössi, Präsidentin  
                    Oberrichter Kathriner  
                    Oberrichterin Peterhans  
                    Gerichtsschreiber Berner

\_\_\_\_\_  
Klägerin        A. \_\_\_\_\_  
                    vertreten durch lic. iur. André Keller, Rechtsanwalt,  
                    Hintere Bahnhofstrasse 11A, Postfach, 5080 Laufenburg

\_\_\_\_\_  
Beklagte        B. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Gegenstand    Klageverfahren betreffend VVG

---

## **Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

Die Klägerin ist bei der Beklagten kollektiv krankentaggeldversichert. Nachdem es zwischen den Parteien hinsichtlich der Frage der aus einer allfälligen psychischen Erkrankung der Klägerin resultierenden Arbeitsunfähigkeit zu Divergenzen gekommen war, beantragte die Klägerin beim Versicherungsgericht mit Gesuch vom 18. November 2020 eine vorsorgliche Beweisführung im Sinne von Art. 158 ZPO in der Form eines psychiatrischen Gerichtsgutachtens. In der Folge wurde das von der Klägerin beantragte Beweismittel vom Versicherungsgericht mit Verfügung VKL.2020.29 vom 18. Juni 2021 abgenommen und das Verfahren als beendet erklärt. Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

### **2.**

Mit Klage vom 21. März 2022 stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

#### **"1.**

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Anwaltskosten in der Höhe von CHF 13'276.50, eventualiter nach richterlichem Ermessen, zu bezahlen.

#### **2.**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu Lasten der Beklagten."

### **2.1.**

Die Beklagte stellte mit Klageantwort vom 19. Mai 2022 folgendes Rechtsbegehren:

#### **"1.**

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

#### **2.**

Es seien keine Kosten zu vergüten"

### **2.2.**

Die Klägerin hielt mit Replik vom 13. Juni 2022 im Wesentlichen an ihren Rechtsbegehren fest. Die Beklagte erstattete innert Frist keine Duplik.

---

## **Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

#### **1.1.**

Die Klägerin macht mit Klage vom 21. März 2022 und Replik vom 13. Juni 2022 zusammengefasst im Wesentlichen geltend, ihr seien im Zusammen-

hang mit der mit Gesuch vom 18. November 2020 beantragten vorsorglichen Beweisführung Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 13'276.50 entstanden. Die Beklagte habe unterdessen in Anerkennung der Ergebnisse der vorsorglichen Beweisführung Leistungen im Umfang von Fr. 8'761.50 nachbezahlt. Entsprechend habe ihr diese auch die fraglichen Anwaltskosten zu bezahlen.

### **1.2.**

Die Beklagte führt demgegenüber in ihrer Klageantwort vom 19. Mai 2022 aus, das Versicherungsgericht habe in seiner Verfügung VKL.2020.29 vom 18. Juni 2021 betreffend Beendigung des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung in Dispositiv-Ziff. 3 erkannt, dass keine Parteientschädigungen zugesprochen würden. Die Klägerin habe daher keinen Anspruch auf Übernahme der von ihr geltend gemachten Anwaltskosten durch die Beklagte.

### **2.**

Mangels entsprechender Bestreitungen durch die Beklagte in deren Klageantwort vom 19. Mai 2022 respektive infolge des durchgeführten und mit Verfügung des Versicherungsgerichts VKL.2020.29 vom 18. Juni 2021 beendeten Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung ist gerichtsnotorisch und damit vorliegend zusammengefasst folgender Sachverhalt massgebend: Die Klägerin beantragte mit Gesuch vom 18. November 2020 eine vorsorgliche Beweisführung im Sinne von Art. 158 ZPO in Form der Einholung eines psychiatrischen Gerichtsgutachtens im Wesentlichen zur Frage der aus einer allfälligen psychischen Erkrankung der Klägerin resultierenden Arbeitsunfähigkeit. Das Versicherungsgericht ordnete mit Verfügung vom 21. Januar 2021 in Gutheissung dieses Gesuchs die Einholung eines Gerichtsgutachtens an. Mit Verfügung vom 4. März 2021 beauftragte es Dr. med. C., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Q., mit der Erstellung eines monodisziplinären psychiatrischen Gerichtsgutachtens. Das Gutachten wurde am 31. März 2021 erstattet. Die von der damaligen Gesuchstellerin und jetzigen Klägerin mit Eingabe vom 19. Mai 2021 beantragten Ergänzungsfragen wurden anlässlich der Verhandlung vom 14. Juni 2021 vom vorgeladenen Gutachter mündlich beantwortet. Schliesslich erklärte das Versicherungsgericht das Verfahren der vorsorglichen Beweisführung mit Verfügung VKL.2020.29 vom 18. Juni 2021 als beendet und erkannte in Dispositiv-Ziff. 3 insbesondere, dass keine Parteientschädigungen zugesprochen werden.

### **3.**

#### **3.1.**

##### **3.1.1.**

Die Klägerin stützt ihre Forderung einerseits auf die Regelungen der ZPO zur Kostenverteilung und andererseits macht sie geltend, bei den fraglichen

Anwaltskosten handle es sich um "vorprozessuale Anwaltskosten" (vgl. insb. Ziff. 18.2.2. der Klage sowie Ziff. 3. der Replik).

### **3.1.2.**

Prozessuale Anwaltskosten lassen sich im Wesentlichen als Kosten für die eigene Rechtsvertretung definieren, die im Verlaufe oder bei der Einleitung des Prozesses entstehen und auf diesen zurückzuführen sind. Darunter fallen – soweit für den Prozess selbst nützlich oder notwendig – namentlich die erforderlichen Aufwendungen der anwaltlichen Rechtsvertretung für die Einleitung des Prozesses, also für die Instruktion, die Sammlung des Prozessstoffs, das Verfassen von Rechtsschriften und die Vertretung von der Einreichung derselben bis zum gerichtlichen Entscheid. Sie fallen unter den Begriff der Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO. Bei den vorprozessualen Anwaltskosten handelt es sich demgegenüber um vor Prozesseinleitung entstandene anwaltsbezogene Regulierungskosten wie beispielsweise die Kosten für die Ausübung vertraglicher Gestaltungsrechte oder für die Vertretung gegenüber anderen Parteien. Sie werden im Kostenentscheid nicht vergütet (vgl. zum Ganzen THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, in: Sutter-Somm/Seiler [Hrsg.], Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, N. 16 zu Art. 95 ZPO, VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 20 zu Art. 95 ZPO, BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 38 zu Art. 95 ZPO, und DEMIAN STAUBER, Anspruch auf Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten – Prozessuale Aspekte, in: Leupold/Rüetschi/Stauber/Vetter [Hrsg.], Der Weg zum Recht – Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 149).

### **3.1.3.**

Die Klägerin gibt selbst an, die von ihr geltend gemachten Anwaltskosten seien "insbesondere im Rahmen des vorsorglichen Beweisführungsverfahrens VKL.2020.29 [...] entstanden" (Ziff. 6 der Klage). Dies geht denn auch unzweifelhaft aus der Kostennote des klägerischen Rechtsvertreters vom 27. August 2021 (Klagebeilage 17) hervor, welche offenkundig einzig Aufwand für die Instruktion beziehungsweise die Sammlung des Prozessstoffs, das Verfassen von Rechtsschriften und die Vertretung der Klägerin im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung umfasst. Es handelt sich damit um prozessuale Anwaltskosten, die von der Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO abschliessend erfasst sind, und nicht um vorprozessuale Anwaltskosten. Spätere oder separate Schadenersatzprozesse für derartige Prozesskosten sind ausgeschlossen (vgl. statt vieler BGE 139 III 190 E. 4.4 S. 193 f. und SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., N. 18 zu Art. 96 ZPO, sowie BENEDIKT A. SUTER/CRISTINA VON HOLZEN, a.a.O., N. 38 zu Art. 95 ZPO). Als Rechtsgrund der klägerischen Forderung kommen damit einzig die Regelungen der ZPO zur Kostenverteilung in Frage. Damit kann offen

bleiben, ob das Versicherungsgericht für Verfahren zur Geltendmachung vorprozessualer Anwaltskosten respektive entsprechende Schadenersatzprozesse überhaupt sachlich zuständig wäre.

### **3.2.**

Das Versicherungsgericht hat mit Dispositiv-Ziff. 3 der Verfügung VKL.2020.29 vom 18. Juni 2021 erkannt, dass im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung keine Parteientschädigungen zugesprochen werden, was nach dem Dargelegten gerade auch die von der Klägerin nun geltend gemachten Anwaltskosten erfasste. Dieser Endentscheid (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_597/2018 vom 27. Juni 2019 E. 1.2.2) erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Durch das Vorliegen einer bereits abgeurteilten Sache fehlt es damit an der Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO, weshalb auf die Klage nicht einzutreten ist (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Zu ergänzen ist, dass die Klägerin weder eine Revision des versicherungsgerichtlichen Entscheids beantragt, noch Behauptungen zu einem möglichen Revisionsgrund nach Art. 328 ZPO aufstellt. Ein solcher ist denn auch nicht ersichtlich.

### **3.3.**

Selbst wenn auf die Klage einzutreten wäre, so wäre dieser aus folgenden Gründen auch materiell kein Erfolg beschieden: Im Geltungsbereich der ZPO sind Prozesskosten, die aus Gerichtskosten und Parteientschädigung bestehen, grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung wird indes nicht über materiellrechtliche Ansprüche entschieden und es kann daher nicht im Sinne dieses grundsätzlich geltenden Unterliegerprinzips nach Art. 106 ZPO von obsiegender und unterliegender Partei gesprochen werden. Die ZPO selbst enthält keine besondere Regelung zur Verteilung der Gerichts- und Parteikosten im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO daher die gesuchstellende Partei – deren Interessen des Verfahren der vorsorglichen Beweisführung letztlich einzig dient – vorbehaltlich einer abweichenden Kostenverteilung im Hauptverfahren die Prozesskosten zu tragen (vgl. zum Ganzen SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., N. 23 zu Art. 158 ZPO, RÜEGG/RÜEGG, a.a.O., N. 6a zu Art. 104 ZPO mit Verweis auf BGE 140 III 30 E. 3.5 S. 34 f. und 139 III 33 E. 4 S. 34 ff.; siehe ferner WALTER FELLMANN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N. 36 ff. zu Art. 158 ZPO). Entsprechend diesen Grundsätzen hat das Versicherungsgericht mit (rechtskräftigem) Entscheid VKL.2020.29 vom 18. Juni 2021 keine Parteientschädigungen zugesprochen. Dass es in der Folge nicht zu einem Hauptverfahren mit allenfalls neuer und abweichender Kostenverteilung auch der Prozesskosten des Verfahrens der vorsorglichen Beweisführung kam, vermag daran nichts zu ändern. Vielmehr ist das Kostenrisiko der gesuchstellenden Partei dem Verfahren der vorsorglichen Beweisführung

systemimmanent und wird ferner insbesondere durch den Vorteil der Beweissicherung kompensiert, welcher sich um Übrigen hier in geradezu beispielhafter Weise verwirklicht hat. Zum anderen erscheint die von der Klägerin angestrebte Kostenverteilung gestützt auf das Ergebnis eines "antizipierten Hauptprozesses" (Ziff. 18.2.4. der Klage und Ziff. 2.2. der Replik) schlicht nicht praktikabel, ist es dem Gericht doch mangels klägerischer Rechtsbegehren im Hauptverfahren objektiv gerade nicht möglich, den Verfahrensausgang als Grundlage der Kostenverteilung zu bestimmen. Aus welchem Grund (schlichtes Untätig bleiben, Tilgung einer Forderung durch den Schuldner vor Anhebung eines Forderungsprozesses, Anerkennung einer Forderung vor der Schlichtungsbehörde etc.) letztlich ein Hauptverfahren unterbleibt, kann dabei schon aus Gründen der Rechtsgleichheit keine Rolle spielen. Schliesslich ist auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich bei der vorsorglichen Beweisführung zwar um ein Hilfsverfahren im Hinblick auf ein (allfälliges) Hauptverfahren (BGE 141 I 241 E. 4.2.3 S. 248), jedoch auch um ein – vom (allfälligen) Hauptprozess – formell separates Verfahren handelt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_597/2018 vom 27. Juni 2019 E. 1.2.2; siehe ferner SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O., N. 14 zu Art. 158 ZPO, und FELLMANN, a.a.O., N. 26b zu Art. 158 ZPO). Vor diesem Hintergrund geht die Lehre zur ZPO denn auch zu Recht davon aus, dass der Entfall der Möglichkeit einer Kostenregelung im Hauptverfahren zufolge Anerkennung der Forderung durch den Schuldner vor der Schlichtungsbehörde mangels Widerrechtlichkeit der Kostenüberbindung im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nicht zu einem Schadenersatzanspruch der gesuchstellenden Partei führen kann (vgl. FELLMANN, a.a.O., N. 41 zu Art. 158 ZPO, sowie zur abschliessenden Regelung der Prozesskosten durch Art. 95 Abs. 3 ZPO vorne E. 3.1.2.).

#### **4.**

##### **4.1.**

Nach dem Dargelegten ist auf die Klage nicht einzutreten.

##### **4.2.**

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

##### **4.3.**

Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO wären die Parteikosten, zu welchen die Parteientschädigung gehört (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO), der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen. Die Beklagte beantrage indes explizit keine Zusprache einer Parteientschädigung, weshalb ihr in Nichtachtung der diesbezüglich geltenden Dispositionsmaxime (vgl. statt vieler BGE 139 III 334 E. 4.3 S. 344) keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

---

**Das Versicherungsgericht erkennt:**

- 1.**  
Auf die Klage wird nicht eingetreten.
- 2.**  
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
- 3.**  
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

---

Zustellung an:  
die Klägerin (Vertreter; 2-fach)  
die Beklagte  
die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

---

**Rechtsmittelbelehrung** für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim **Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14** einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 29. September 2022

**Versicherungsgericht des Kantons Aargau**

3. Kammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Gössi

Berner

