

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150601\_d\_zh\_o\_01 vom 1. Juni 2015**

FINMA Versicherungsrecht, 2015-06-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20150601\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20150601_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150601\_d\_zh\_o\_01 du 1 juin 2015

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150601\_d\_zh\_o\_01 del 1 giugno 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Januar 2012 ganz oder teilweise arbeitsunfähig gewesen sei, weshalb dessen Leistungsanspruch zu verneinen sei.

#### **E. 1.1**

Nach Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) unterliegen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dem VVG. Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 124 III 44 E. 1a/aa und 232 E. 2b). Nach Art. 85 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) entscheidet das Gericht privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungsunternehmen oder zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten. Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG zuständig (Art. 7 der schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer; BGE 138 III 2).

#### **E. 1.2**

Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. f der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) stellt das Gericht im Verfahren betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidewentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Sie haben die relevanten Fakten vorzubringen und die allenfalls zu erhebenden Beweismittel nach Möglichkeit zu bezeichnen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_723/2012 vom 3. April 2013 E. 3.3 mit Hinweisen).

#### **E. 1.3**

Art. 87 VVG gewährt demjenigen, zu dessen Gunsten die kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht auf die Versicherungsleistungen im Versicherungsfall gegen den Versicherer (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2c; Peter Stein, Basler Kommentar VVG, Basel 2001, Art. 87 VVG N 15; Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/2, Basel 1979, S. 729).

#### **E. 1.4**

Gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise -hindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 128 III 273 E. 2a/aa mit Hinweisen). Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags (BGE 130 III 323 E. 3.1). Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsvertrags zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung gegenüber dem Anspruchsberechtigten berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (vgl. zum Ganzen BGE 130 III 323 E. 3.1). Sobald das Gericht vom Beweisergebnis überzeugt ist, wird die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 118 II 147 E. 3a unten und 114 II 291 E. 2a Mitte).

### **E. 1.5**

Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insofern eine Beweiserleichterung, als er in der Regel nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat. Allerdings kann der Versicherer im Rahmen des Gegenbeweises Indizien geltend machen, welche die Glaubwürdigkeit des Ansprechers erschüttern oder erhebliche Zweifel an seinen Schilderungen erwecken. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als überwiegend wahrscheinlich und damit nicht als bewiesen anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert (BGE 130 III 326 E. 3.4 mit Hinweis, Urteil des Bundesgerichts 5C.146/2000 vom 15. Februar 2001 E. 4b mit Hinweisen).

### **E. 1.6**

Der Versicherungsvertrag ist gemäss Art. 9 VVG nichtig, wenn das befürchtete Ereignis im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung schon eingetreten war. Die Gefahr, gegen deren Folgen versichert wird, muss sich auf ein zukünftiges Ereignis beziehen; ist dieses bereits eingetreten, ist eine künftige Verwirklichung der Gefahr nicht möglich. Eine sog. Rückwärtsversicherung, bei welcher der Versicherer die Deckung für ein bereits vor Vertragsschluss eingetretenes Ereignis übernimmt, ist unzulässig, unabhängig davon, ob der entsprechende Schaden vor oder nach Vertragsschluss eintritt. Ob die Vertragsparteien vom Eintritt des Ereignisses bei Vertragsschluss Kenntnis hatten, ist grundsätzlich unerheblich (BGE 127 III 21 E. 2b/aa). Bei diesem Rückwärtsversicherungsverbot handelt es sich um eine zwingend geltende Vorschrift (Art. 97 VVG; BGE 127 III 21 E. 2b/bb in fine; Urteil des Bundesgerichts 5C.45/2004 vom 9. Juli 2004 E. 2.1.2). Das Rückwärtsversicherungsverbot lässt sich nicht mit einem vertraglichen Übertrittsrecht aufheben (Urteil des Bundesgerichts 4A\_39/2009 vom 7. April 2009 E. 3.5.2). Art. 100 Abs. 2 VVG lässt indes bestimmte Ausnahmen vom Rückwärtsversicherungsverbot zu und

verweist auf Art. 71 Abs. 1 und 2 sowie Art. 73 KVG, die sinngemäss auch im VVG Anwendung finden, sofern der Versicherungsnehmer und Versicherte nach Art. 10 des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung (AVIG) als arbeitslos gilt.

### **E. 1.7**

Art. 38 VVG bestimmt, dass der Anspruchsberechtigte nach Eintritt des befürchteten Ereignisses den Versicherer benachrichtigen muss, sobald er von diesem Ereignis und seinem Anspruch aus der Versicherung Kenntnis erlangt (Abs. 1). Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung ist, wenn der Anspruchsberechtigte die Anzeigepflicht schuldhafterweise verletzt hat, der Versicherer befugt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei rechtzeitiger Anzeige gemindert haben würde. In Abs. 3 dieser Bestimmung ist geregelt, dass der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden ist, wenn der Anspruchsberechtigte die unverzügliche Anzeige in der Absicht unterlassen hat, den Versicherer an der rechtzeitigen Feststellung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, zu hindern.

### **E. 1.8**

Art. 38 VVG enthält dispositives Recht. Die Schadenanzeigepflicht kann daher bezüglich Inhalt und Rechtsfolgen verschärft oder gemildert werden. Mithin dürfen Versicherungsverträge beispielsweise Verwirkungsklauseln enthalten, nach deren Massgabe bei unbenutztem Ablauf der Anzeigefrist der Anspruch auf die Versicherungsleistung erlischt. Die unverschuldete Verletzung der Anzeigepflicht bleibt nach Art. 38 Abs. 2 VVG ohne nachteilige Rechtsfolgen. Zwar enthält diese Bestimmung dispositives Recht; aber die zwingende Norm von Art. 45 VVG untersagt die vertragliche Vereinbarung von Rechtsnachteilen bei unverschuldeter Verletzung von Obliegenheiten (Jürg Nef, Basler Kommentar zum VVG, Basel 2001, Art. 38 VVG N 15). Wenn den Anspruchsberechtigten für die Verletzung der Anzeigepflicht ein Verschulden trifft, ist der Versicherer nach Art. 38 Abs. 2 VVG berechtigt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei rechtzeitiger Anzeige vermindert haben würde. Die Ermächtigung des Gesetzgebers enthält also zwei Einschränkungen: Er gesteht dem Versicherer bloss ein Kürzungsrecht zu. Es ist zudem an die Voraussetzung geknüpft, dass die Versicherungsleistung bei rechtzeitiger Anzeige kleiner gewesen wäre. Das Unterlassen der Anzeige muss sich daher auf den Umfang der Leistungspflicht ausgewirkt haben. Diesen Kausalzusammenhang aufzuzeigen ist Sache des Versicherers, welchem auch die Beweispflicht für die Anzeigepflichtverletzung obliegt (Jürg Nef, a.a.O., Art. 38 VVG N 16; Estelle Keller Leuthardt/Alain Villard, Basler Kommentar zum VVG Nachführungsband, Basel 2012, Art. 38 VVG adN 16 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.314/1992 vom 11. Dezember 2001 E. 5b).

### **E. 1.9**

Entschuldigungsgründe im Sinne von Art. 38 Abs. 2 VVG sind objektive, vom Anzeigepflichtigen nicht zu vertretende Hindernisse (vgl. BGE 115 II 88), aber auch Krankheit, Verhaftung, die Veranlassung durch den Versicherer oder seinen Agenten, die Anzeige nicht unverzüglich zu erstatten sowie mangelnde Kenntnis von Schadenfall oder Versicherungsanspruch. In der Kollektivversicherung, wo der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer fungiert, ist der Arbeitnehmer Anspruchsberechtigter und damit Anzeigepflichtiger. Der Versicherungsnehmer kann aber für den versicherten Arbeitnehmer gültig die Anzeige erstatten. Orientiert Letzterer den Arbeitgeber über den

Versicherungsfall und dieser versäumt die Anzeige an den Versicherer, lässt sich das Fehlverhalten des Versicherungsnehmers dem Anspruchsberechtigten nicht anrechnen. Denn es ist als entschuldbar zu werten, dass der Anspruchsberechtigte fälschlicherweise darauf vertraut hat, sein Arbeitgeber werde als Versicherungsnehmer diese Pflicht übernehmen und die Anzeige an den Versicherer weiterleiten, wobei es keine Rolle spielt, ob der Versicherungsvertrag dem Arbeitgeber selbst eine Anzeigepflicht auferlegt oder nicht. Der Anzeigepflichtige ist indes gehalten, unverzüglich nach Beseitigung des Hindernisses die Anzeige nachholen (Jürg Nef, a.a.O., Art. 38 N 18 ff.). 2.

### **E. 2.1**

Der Kläger macht klageweise geltend, dass er vom 12. Januar bis 30. September 2012 vollständig arbeitsunfähig gewesen sei und für diesen Zeitraum, abgesehen von der Wartefrist von 30 Tagen, einen Anspruch auf ein Taggeld für eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit habe (Urk. 1 S. 10). Nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit habe ihm die Y.\_\_\_\_ mitgeteilt, dass sie betreffend die Krankentaggeldversicherung alles Notwendige in die Wege leiten werde und ihm geraten, sich unverzüglich in ärztliche Behandlung zu begeben. Sie habe ihn jedoch nicht aufgefordert, ein Arztzeugnis einzureichen. Die Y.\_\_\_\_ habe ihm vielmehr mitgeteilt, dass die notwendigen Abklärungen ohnehin durch die Beklagte durchgeführt würden (Urk. 1 S. 5) und habe sich ansonsten nicht um seinen Gesundheitszustand gekümmert (Urk. 1 S. 7). Den vertraglichen Obliegenheiten und Mitwirkungspflichten sei er stets nachgekommen (Urk. 1 S. 6).

### **E. 2.2**

Die Beklagte bringt hiegegen vor, dass der Kläger auf Grund einer Kokainabhängigkeit, allenfalls in Kombination mit einer vorbestehenden Schilddrüsenerkrankung, schon vor der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages mit der Y.\_\_\_\_ am 30. Dezember 2011 zumindest teilweise in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt gewesen sei, weshalb der Versicherungsvertrag in Bezug auf den Kläger im Sinne von Art. 9 VVG als nichtig zu qualifizieren sei (Urk. 14 S. 9, Urk. 32 S. 4). Sodann habe der Kläger die Arbeitsunfähigkeit verspätet gemeldet und Arztzeugnisse verspätet eingereicht. Des Weiteren habe der Kläger entgegen der in den AVB enthaltenen vertraglichen Verpflichtung nicht unverzüglich nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit, sondern

erstmalig am 2. April 2012 einen Arzt konsultiert und für eine fachgemässe Behandlung gesorgt (Urk. 14 S. 9). Sollte wider Erwarten von einem Beginn der Arbeitsunfähigkeit erst nach Antritt des Arbeitsvertrages mit der Y.\_\_\_\_ auszugehen sein, sei ein Leistungsanspruch des Klägers gleichwohl zu verneinen, da es diesem aus objektiver Sicht, unter Aufbietung aller Kräfte, zuzumuten gewesen sei, seine Einschränkungen zu überwinden (Urk. 14 S. 11). Sollte wider Erwarten von einer fehlenden Überwindbarkeit der Arbeitsunfähigkeit auszugehen sein, sei mangels einer ärztlichen Konsultation in der Zeit bis 2. April 2012 davon auszugehen, dass für diesen Zeitraum mangels echtzeitlicher ärztlicher Bescheinigung der Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit nicht erbracht sei. Da die Wartezeit gemäss den Allgemeinen Versicherungsbedingungen drei Tage vor der ersten ärztlichen Konsultation beginne, sei ein Leistungsanspruch frühestens am 29. April 2012 entstanden (Urk. 14 S. 12).

### **E. 2.3**

Mit Klageantwort vom 23. Oktober 2013 (Urk. 14) beantragte die Allianz die Abweisung der Klage vom

#### **E. 2.4**

Mit Verfügung vom 9. März 2015 (Urk. 43) wurden die Parteien aufgefordert, dem Gericht mitzuteilen, ob sie eine Hauptverhandlung wünschen, mit dem Hinweis, dass ansonsten davon ausgegangen werde, dass sie auf eine Hauptverhandlung verzichteten. Mit Eingabe vom 19. März 2015 (Urk. 45) verzichtete der Kläger auf eine Hauptverhandlung; die Beklagte liess sich dazu nicht vernehmen. Eine Kopie der Eingabe des Klägers vom 19. März 2015 wurde am 22. April 2015 der Beklagten zugestellt (Urk. 46). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 3**

Juni 2013 (S. 2). Mit Replik vom 9. Januar 2014 (Urk. 19) hielt der Kläger an seinem klageweise gestellten Rechtsbegehren fest. Mit Verfügung vom 13. Januar 2014 (Urk. 21) wurden die Akten der Invalidenversicherung in Sachen des Klägers (Urk. 24/1-46) beigezogen. Dazu nahm der Kläger am 14. April 2014 (Urk. 27) und die Beklagte mit Duplik vom 27. August 2014 (Urk. 32) Stellung. Am 15. September 2014 (Urk. 36) nahm der Kläger zu den Akten aus dem Prozess Nr. KK.2013.00013 (Urk. 33/1-23) Stellung. Die Beklagte verzichtete am 8. Oktober 2014 auf eine ergänzende Stellungnahme (Urk. 41).

#### **E. 3.1**

Den Akten ist zu entnehmen, dass die Y.\_\_\_\_ und der Kläger am 17. Juli 2009 einen unbefristeten Arbeitsvertrag für eine Tätigkeit des Klägers bei dieser als „Head of Trading on the Asset Strategie Desk“ mit Beginn am 1. September 2009 schlossen (Urk. 3/2/3). Am 27. April 2011 kündigte die Y.\_\_\_\_ den Arbeitsvertrag mit dem Kläger auf den 29. April 2011 (Urk. 3/2/4). In der Folge begründeten die Y.\_\_\_\_ als Auftraggeberin und der Kläger als Beauftragter am 28. Oktober 2011 ein als „Erfolgsvereinbarung“ bezeichnetes Auftragsverhältnis, das den Aufbau eines Anlagefonds in B.\_\_\_\_ durch den Kläger gegen ein Erfolgshonorar zum Gegenstand hatte (Urk. 3/2/5). Am 30. Dezember 2011 vereinbarten die Y.\_\_\_\_ und der Kläger erneut einen Arbeitsvertrag betreffend eine Tätigkeit des Klägers als „Managing Director of the DAS long short equity Fund“ mit Beginn am 1. Januar 2012 (Urk. 3/2/6). Am 21. Mai 2012 kündigte die Y.\_\_\_\_ das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger auf den 30. Juni 2012 (Urk. 3/2/7).

#### **E. 3.2**

Bei den Akten befinden sich für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2012 ein Lohnausweis für die Steuererklärung 2012 (Urk. 3/7/30 = Urk. 33/7/30) und monatliche Lohnabrechnungen der Y.\_\_\_\_ (Urk. 3/7/23- 28 = Urk. 33/7/23-28) an den Kläger.

#### **E. 3.3**

Demzufolge steht vorliegend fest, dass der Kläger vom 1. September 2009 bis 29. April 2011 und anschliessend erneut vom 1. Januar bis 30. Juni 2012 bei der Y.\_\_\_\_ als Arbeitnehmer erwerbstätig war.

#### **E. 4.1**

Gemäss der sich bei den Akten befindenden Versicherungspolice vom 21. Januar 2011 (Urk. 15/2/1) haben die Beklagte und die Y.\_\_\_\_ einen Vertrag für eine kollektive Krankenzusatzversicherung für das gesamte Personal der Gesellschaft abgeschlossen und ein Krankentaggeld in der Höhe von 80 % des versicherten AHV-beitragspflichtigen Verdienstes (bis zu einem Jahresverdienst von Fr. 300'000.-- pro Person) für eine Leistungsdauer (für nicht im AHV-Alter stehenden Personen) von höchstens 730 Tagen

(abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen) vereinbart (S. 2). Als Vertragsgrundlage wird unter anderem auf die Allgemeinen Bedingungen für die Kollektiv-Krankenversicherung, Ausgabe 2008 (Urk. 15/2/7; AVB) sowie auf die Zusatzbedingungen für die Krankentaggeld-Versicherung (Urk. 15/2/6; ZVB) verwiesen (S. 2), welche durch Übernahme Vertragsbestandteil wurden.

#### **E. 4.2**

Versichert sind gemäss Art. 6 Ziff. 1 AVB diejenigen Personen, die zu dem im Vertrag bezeichneten Personenkreis gehören, zum Arbeitgeber in einem arbeitsvertraglichen Verhältnis stehen und das 70. Altersjahr noch nicht erreicht haben.

#### **E. 4.3**

Das versicherte Ereignis „Krankheit“ wird in Art. 3 Ziff. 1 AVB definiert: „Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat“. Die Arbeitsunfähigkeit wird in Art. 3 Ziff. 4 AVB definiert: „Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, sowohl im bisherigen als auch in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Arbeitsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen gesundheitlicher Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Arbeitsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist“. Der Krankheitsfall, bei welchem es sich um jede Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit handelt, beginnt gemäss Art. 2 Ziff. 1 ZVB mit der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit.

#### **E. 4.4**

Die versicherten Leistungen werden in Art. 5 ZVB umschrieben. Gemäss dessen Ziff. 1 richtet sich die Höhe des Taggeldes nach dem ärztlich attestierten Grad der Arbeitsunfähigkeit, wobei eine Arbeitsunfähigkeit von weniger als 25 % keinen Anspruch auf Taggeld ergibt. Der Leistungsbeginn ist in Art. 3 ZVB geregelt: „1. Leistungsbeginn Das Taggeld wird ausgerichtet, wenn die Arbeitsunfähigkeit ohne Unterbruch während der vertraglich vereinbarten Wartefrist bestanden hat. 2. Wartefrist: Die Wartefrist beginnt mit jedem neuen Krankheitsfall mit dem Tag der ärztlich attestierten, mindestens 25%igen Arbeitsunfähigkeit, frühestens jedoch 3 Tage vor der ersten ärztlichen Konsultation. Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit werden an die Wartefrist als ganze Tage angerechnet. [...]“

#### **E. 4.5**

Die Verhaltenspflichten der Versicherten im Schadenfall sind in Art. 10 AVB geregelt: „1. Vorgehen Gibt ein versichertes Ereignis voraussichtlich Anspruch auf Versicherungsleistungen,

- a) ist unverzüglich ein Arzt beizuziehen und für fachgemässe Behandlung zu sorgen. Die versicherte Person hat den Anordnungen des Arztes und des Chiropraktors Folge zu leisten;
- b) hat der Versicherungsnehmer dies der Gesellschaft auf dem zur Verfügung gestellten Formular wie folgt zu melden: bei Wartefrist bis 30 Tagen: - innert 7 Tagen nach Ablauf der Wartefrist [...] Zur Begründung des Anspruches hat der Versicherungsnehmer, bzw. die versicherte Person die erforderlichen Arztzeugnisse mit Angabe der vollständigen Diagnose beizubringen. [...]“

#### **E. 4.6**

Sanktionen bei der Verletzung der Verhaltenspflichten sind in Art. 12 AVB vorgesehen: „ 1. Nichtbefolgen von vertraglichen Obliegenheiten Wenn die vertraglichen Obliegenheiten nicht erfüllt werden, hat die Gesellschaft das Recht, ihre Leistungen zu verweigern oder zu kürzen. Vorbehalten bleibt der Nachweis einer unverschuldeten Obliegenheitsverletzung. [...]“.

### **E. 5.1**

Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Es ist demnach in erster Linie der festgestellte wirkliche Wille der Vertragsparteien massgebend. Lässt sich dieser nicht feststellen, ist der mutmassliche Parteiwille zu ergründen. Dieser ist nach dem Vertrauensgrundsatz zu ermitteln (BGE 119 II 372 E. 4b). Danach sind Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 111 II 279 E. 2b). Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss.

### **E. 5.2**

Darauf, dass der Vertragspartner eine Vereinbarung nach Treu und Glauben in einem gewissen Sinne hätte verstehen müssen, darf sich die Gegenpartei nur berufen, soweit sie selbst die Bestimmung tatsächlich so verstanden hat (vgl. BGE 105 II 16 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_219/2010 vom 28. September 2010 E. 1, nicht publ. in: BGE 136 III 528). Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann mithin nicht zu einem normativen Konsens führen, der so von keiner der Parteien gewollt ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_538/2011 vom 9. März 2012 E. 2.2).

### **E. 5.3**

Schliesslich und subsidiär wird die Geltung vorformulierter AVB durch die sogenannte Unklarheits- und die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Nach der Unklarheitsregel sind mehrdeutige Klauseln in Versicherungsverträgen gegen den Versicherer als deren Verfasser auszulegen (BGE 122 III 118 E. 2a, 126 III 388 E. 9d). Diese Regel ist indessen erst dann anzuwenden, wenn die übrigen Auslegungsmittel zu keinem Resultat führen und der bestehende Zweifel nicht anders beseitigt werden kann (BGE 122 III 118 E. 2d).

### **E. 5.4**

Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind von der globalen Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 135 III 1 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 6.1**

Bei den vorstehend erwähnten Vertragsbestimmungen und Klauseln der AVB und der ZVB handelt es sich weder um unklare noch um ungewöhnliche Klauseln, welche von der globalen Zustimmung ausgenommen und auf welche gesondert aufmerksam hätte gemacht werden müssen (Ungewöhnlichkeitsregel; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2004 vom 31. August 2004 E. 2.3.1).

### **E. 6.2**

Mangels eines übereinstimmenden wirklichen Willens sind die Klauseln der AVB und der ZVB nach dem Vertrauensprinzip und somit normativ auszulegen. Die Klauseln sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens daher so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen von der Y.\_\_\_\_ verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 626 E. 3.1 mit Hinweisen). Dabei gilt es zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a mit Hinweisen).

### **E. 6.3**

Bei der in Art. 12 Ziff. 1 AVB statuierten Sanktion bei der Verletzung der Verhaltenspflichten (vorstehend E. 4.6), wonach die Beklagte bei einer schuldhaften Verletzung der vertraglichen Obliegenheiten die Leistungen kürzen kann, handelt es sich einerseits um eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Schadenminderungspflicht, welcher unter anderem in Art. 61 VVG statuiert ist. Nach dieser Bestimmung des dispositiven Rechts ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen (Abs. 1) und der Versicherer ist bei einer schuldhaften Verletzung dieser Schadenminderungspflicht berechtigt, die Versicherungsleistungen zu kürzen (Abs. 2).

### **E. 6.4**

Demgegenüber geht die in Art. 12 Ziff. 1 AVB alternativ vorgesehene Sanktionsmöglichkeit der gänzlichen Verweigerung von Versicherungsleistungen über die in Art. 61 Abs. 2 VVG geregelten Sanktionen hinaus. Damit haben die Vertragsparteien von der in Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 VVG enthaltenen Ermächtigung Gebrauch gemacht, wonach der Vertrag Sanktionen, insbesondere im Sinne einer Verwirkungsklausel den Verlust des Versicherungsanspruchs, vorsehen kann (vgl. auch vorstehend E. 1.8).

### **E. 7.1**

Bei den Akten befindet sich eine Krankheitsmeldung der Y.\_\_\_\_ vom 12. April 2012 (Urk. 15/3). Darin meldete die Y.\_\_\_\_ der Beklagten eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab 12. Januar 2012.

### **E. 7.2**

Bei den Akten befinden sich sodann der Ausdruck eines Mails des für die Y.\_\_\_\_ zuständigen Aussendienstmitarbeiters der Beklagten vom 25. Juni 2012 an jene betreffend den Kläger (Urk. 3/2/9/1) und eine von der Y.\_\_\_\_ verfasste Aktennotiz betreffend den Kläger (Situationsbericht) vom 22. Juni 2012 (Urk. 3/2/9/2). Darin führte die Y.\_\_\_\_ aus, dass sie mit dem Kläger am 12. Januar 2012 ein Gespräch geführt und diesen angewiesen habe, sich in ärztliche Behandlung zu begeben und ein Arztzeugnis einzureichen. Ende Januar 2012 habe die Y.\_\_\_\_ den Aussendienstmitarbeiter der Beklagten informiert. Im Februar 2012 habe der Kläger verschiedene Telefongespräche mit der Y.\_\_\_\_ und dem

Aussendienstmitarbeiter der Beklagten geführt und man habe vom Kläger erneut Arztzeugnisse verlangt. Im März 2012 habe die Y.\_\_\_\_ von der Ehegattin des Klägers erfahren, dass dieser einen Kuraufenthalt absolvieren werde.

### **E. 7.3**

Mit Mail vom 25. Juni 2012 (Urk. 3/2/9/1) nahm der Aussendienstmitarbeiter der Beklagten zum Situationsbericht der Y.\_\_\_\_ vom 22. Juni 2012 Stellung und erklärte, dass es sein Fehler gewesen sei, dass die Schadenmeldung der Y.\_\_\_\_ erst so spät bei der Beklagten eingetroffen sei. Der Kläger habe ihm anlässlich von Telefongesprächen wiederholt mitgeteilt, dass es ihm besser gehe und dass er bald wieder arbeiten werde. Erst als der Kläger zu Beginn des Monats April 2012 eine Kur angetreten habe, habe er erkennen können, dass der Kläger ein grösseres (gesundheitliches) Problem habe. Er habe alsdann gemeinsam mit der Y.\_\_\_\_ das Schadenmeldeformular ausgefüllt.

### **E. 7.4**

Auf Grund der obenerwähnten Akten steht fest, dass die Y.\_\_\_\_ den für sie zuständigen Aussendienstmitarbeiter der Beklagten erstmals Ende Januar 2012 von der ab 12. Januar 2012 bestehenden Arbeitsunfähigkeit des Klägers in Kenntnis setzte. Anschliessend führte der Aussendienstmitarbeiter der Beklagten wiederholt Gespräche sowohl mit der Y.\_\_\_\_ als auch mit dem Kläger betreffend dessen Arbeitsunfähigkeit, ohne dass er die Y.\_\_\_\_ oder den Kläger zur Meldung des Schadenfalles mittels dem dafür vorhandenen Formular aufgefordert hätte. Erst nach Antritt einer stationären Behandlung durch den Kläger hat er zusammen mit der Y.\_\_\_\_ am 12. April 2012 das diesbezügliche Formular gemeinsam ausgefüllt (Urk. 15/3).

### **E. 7.5**

Die Y.\_\_\_\_, welche die Beklagte beziehungsweise deren Aussendienstmitarbeiter bereits Ende Januar 2012 erstmals über die ab 12. Januar 2012 bestehende Arbeitsunfähigkeit des Klägers in Kenntnis setzte, hat der Beklagten die Arbeitsunfähigkeit des Klägers daher rechtzeitig innerhalb der Frist von Art. 10 Ziff. 1 lit. b AVB gemeldet. Der Umstand, dass sie die Arbeitsunfähigkeit des Klägers erst am 12. April 2012 mittels dem dafür zur Verfügung stehenden Formular gemeldet hatte, kann dem Kläger nicht entgegengehalten werden. Denn auf Grund der Akten steht fest, dass der Aussendienstmitarbeiter der Beklagten, welcher von der Arbeitsunfähigkeit wusste, ihn beziehungsweise seine Arbeitgeberin erst am 12. April zur Meldung des Schadenfalles mittels dem entsprechenden Formular angehalten hatte. Von einer schuldhaften Verletzung der Anzeigepflicht kann vorliegend daher nicht die Rede sein.

### **E. 8.1**

Zuhanden der Beklagten erstattete Dr. med. C.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Medizin, ein erstes ärztliches Zeugnis betreffend die Arbeitsunfähigkeit des Klägers am 27. April 2012 (Urk. 15/5).

### **E. 8.2**

Mit Bericht vom 2. Juli 2012 (Urk. 15/31) stellte Dr. C.\_\_\_\_ fest, dass der Kläger ihn am 12. Januar, am 28. Januar, am 10. Februar, am 28. Februar, am 13. März und am 28. März 2012 konsultiert habe. Anschliessend sei der Kläger in der D.\_\_\_\_ hospitalisiert gewesen. Dem Kurzbericht der D.\_\_\_\_ vom 21. April 2012 (Urk. 15/4a) lässt sich denn auch entnehmen, dass der Kläger während der Zeit vom 8. bis 24. April 2012 dort in stationärer

psychotherapeutisch-psychosomatischer Behandlung stand. In seiner Stellungnahme vom 12. Oktober 2012 (Urk. 15/57/3 S. 2) führte Dr. C.\_\_\_\_ aus, dass eine Erstkonsultation des Klägers in seiner Arztpraxis erst am 2. April 2012 stattgefunden habe, und dass es sich bei den übrigen ab dem Januar 2012 stattgefundenen Konsultationen des Klägers um Telefongespräche mit diesem gehandelt habe.

### **E. 8.3**

Nach Gesagtem steht daher fest, dass der Kläger nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 12. Januar 2012 erstmals am 2. April 2012 von Dr. C.\_\_\_\_ in dessen Arztpraxis untersucht und behandelt wurde. Vor diesem Zeitpunkt hat der Kläger indes verschiedene Telefongespräche mit Dr. C.\_\_\_\_ geführt. Es erscheint als fraglich, ob es sich bei diesen Telefongesprächen, welche vor dem 2. April 2012 geführt wurden, um „ärztliche Konsultationen“ im Sinne von Art. 3 Ziff. 2 ZVG handelte.

### **E. 8.4**

Der Wortlaut der Klausel von Art. 3 Ziff. 2 ZVG ist, wie bereits erwähnt (vorstehend E. 6.2), mangels eines übereinstimmenden wirklichen Willens nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Entscheidend ist dabei, wie der Wortlaut der Klausel von der Y.\_\_\_\_ verstanden werden durfte und musste. Auszugehen ist von der allgemein gebräuchlichen Bedeutung des Begriffs der „ärztlichen Konsultation“. Gemäss dem Duden ([www.duden.de](http://www.duden.de)) hat „Konsultation“ die Bedeutung einer „Beratung durch einen Fachmann, besonders Untersuchung und Beratung durch einen Arzt“. Demzufolge zeichnet sich eine ärztliche Konsultation nach dem allgemeinen Sprachverständnis dadurch aus, dass sie nicht lediglich eine ärztliche Beratung, sondern zusätzlich eine ärztliche Untersuchung umfasst. Eine ärztliche Untersuchung erfordert indes zwingend die physische Gegenwart des Patienten und kann nicht im Rahmen eines Telefongesprächs geführt werden. Dieser Umstand spricht grundsätzlich gegen die Qualifikation eines telefonischen Gesprächs des Arztes mit seinem Patienten als „ärztliche Konsultation“ im Sinne von Art. 3 Ziff. 2 ZVG. Vorliegend gilt es zusätzlich zu berücksichtigen, dass Dr. C.\_\_\_\_ in seiner Stellungnahme vom 12. Oktober 2012 (Urk. 15/57/3 S. 2) ausdrücklich feststellte, dass die Erstkonsultation am 2. April 2012 stattgefunden habe. Damit scheint auch Dr. C.\_\_\_\_ davon auszugehen, dass es sich bei den vor diesem Zeitpunkt stattgefundenen Telefongesprächen mit dem Kläger nicht um Arztkonsultationen im üblichen Sinne gehandelt hat. Die Y.\_\_\_\_ musste den klaren Wortlaut von Art. 3 Ziff. 2 ZVG nach dem Vertrauensprinzip daher so verstehen, dass es sich bei den „ärztlichen Konsultationen“ um ärztliche Dienstleistungen handelt, welche nicht ausschliesslich im Rahmen von

Telefongesprächen geführte ärztliche Beratungen umfassen, sondern, dass es sich dabei um solche handelt, welche neben der ärztlichen Beratung zusätzlich eine ärztliche Untersuchung in Gegenwart des Patienten mitumfassen.

### **E. 8.5**

Demzufolge ist vorliegend von einem Beginn der für einen Anspruch auf Krankentaggeld vorausgesetzten Wartefrist im Sinne von Art. 3 Ziff. 2 ZVB frühestens drei Tagen vor der Erstkonsultation bei Dr. C.\_\_\_\_ am 2. April 2012 und mithin am 30. März 2012 auszugehen.

### **E. 8.6**

Vorliegend hat der Kläger nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit am 12. Januar 2012 vorerst lediglich Telefongespräche mit Dr. C.\_\_\_\_ geführt und diesen erstmals am 2. April 2012 für

eine ärztliche Konsultation aufgesucht. Es ist daher fraglich, ob der Kläger damit der in Art. 10 Ziff. 1 lit. a AVB enthaltenen Obliegenheit, unverzüglich einen Arzt beizuziehen, nachgekommen ist. Sodann ist fraglich, ob sich der Kläger mit einem Beizug von Dr. C.\_\_\_\_, welcher Facharzt für Allgemeine Medizin und nicht Psychiater ist, im Sinne von Art. 10 Ziff. 1 lit. a AVB für eine fachgemässe Behandlung seiner Gesundheitsbeeinträchtigung sorgte. Eine Verletzung der dem Kläger gemäss Art. 10 Ziff. 1 lit. a AVB obliegenden vertraglichen Verhaltenspflichten kann daher nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden. Diese Frage kann vorliegend indes offen gelassen werden. Denn, obwohl die Klausel von Art. 12 AVB als Sanktion der Verletzung vertraglicher Obliegenheiten eine Verwirkungsklausel enthält, schliesst diese den Einwand mangelnder Kausalität nicht aus (vgl. Jürg Nef, a.a.O., Art. 38 VVG N 17). Solche eine vom dispositiven Recht abweichende Regelung des Kausalzusammenhangs zwischen der Verletzung der Verhaltenspflichten und dem Schaden enthaltende Klauseln sind in den AVB und ZVB indes nicht enthalten. Demnach hat es vorliegend bei der Regelung von Art. 38 Abs. 2 VVG in Verbindung mit Art. 12 AVB zu bleiben, wonach ein Recht der Beklagten auf Kürzung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen an die Voraussetzung geknüpft ist, dass die von der Beklagten geschuldete Versicherungsleistung bei rechtzeitiger Anzeige kleiner gewesen wäre (vgl. vorstehend E. 1.8).

#### **E. 8.7**

Diese Voraussetzung ist vorliegend im Hinblick auf einen vom Kläger allenfalls verspätet beigezogenen Arzt beziehungsweise im Hinblick auf eine verspätete Einleitung einer fachgemässen Behandlung zu verneinen. Denn einerseits konnte ein Taggeldanspruch gemäss Art. 3 Ziff. 1 und 2 ZVB frühestens drei Tage vor einer ersten ärztlichen Konsultation entstehen. Andererseits ist vorliegend nicht mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. vorstehende E. 1.5) erstellt, dass die von der Beklagten zu erbringenden Versicherungsleistungen bei einem früheren Beizug eines Arztes beziehungsweise einer früheren Einleitung einer fachgemässen Behandlung kleiner ausgefallen wären. Da demnach selbst bei einer rechtzeitigen Erfüllung der vertraglichen Obliegenheiten durch den Kläger die Versicherungsleistungen nicht kleiner ausgefallen wären, fehlt es diesbezüglich an dem für Sanktionen vorausgesetzten Kausalitätserfordernis. Die Beklagte wäre daher, selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Kläger die in Art. 10 Ziff. 1 lit. a AVB statuierte Obliegenheit, unverzüglich einen Arzt beizuziehen und für eine fachgemässe Behandlung zu sorgen, verletzt hätte, nicht berechtigt gewesen, die Versicherungsleistungen gestützt auf Art. 12 Ziff. 1 AVB wegen Nichtbefolgens vertraglicher Obliegenheiten zu kürzen oder gänzlich zu verweigern.

#### **E. 9.1**

Zu prüfen ist im Folgenden die für den streitigen Taggeldanspruch massgebende medizinische Aktenlage.

#### **E. 9.2**

Die Ärzte der D.\_\_\_\_ erwähnten in ihrem Bericht vom 21. April 2012 (Urk. 15/4a), dass der Kläger vom 8. bis 24. April 2012 in ihrer Institution stationär psychotherapeutisch-psychosomatisch behandelt worden sei und stellten die folgenden Diagnosen (S. 1): agitiert depressives Zustandsbild im Rahmen einer schweren depressiven Episode (Differenzialdiagnosen: bipolare Störung oder entzugsbedingt) mit sekundärem schädlichen Gebrauch von Kokain, Alkohol und Cannabis bei komplexer psychosozialer

Belastungssituation auf dem Boden einer narzisstischen Persönlichkeit Status nach Radiojodtherapie bei Hyperthyreose entzündliche Reaktion des Grosszehengrundgelenks Im Rahmen der diagnostischen Abklärungen habe sich beim Kläger ein regelmässiger Kokainkonsum seit Mai 2011 gezeigt. Dieser habe dessen Paarbeziehung belastet und zu finanziellen und beruflichen Problemen geführt. Eine seit dem Sommer 2011 bestehende massive Leistungseinbusse habe zudem seine berufliche Situation gefährdet (S. 1 unten). Gegenwärtig sei eine zweiphasige Weiterbehandlung angezeigt, vorerst eine Entwöhnungstherapie und anschliessend eine stationäre mehrmonatige Psychotherapie. Ab Klinikeintritt am 8. April 2012 bestehe bis auf Weiteres eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % (S. 2).

### **E. 9.3**

Dr. C.\_\_\_\_ diagnostizierte mit Bericht vom 27. April 2012 (Urk. 15/5) eine reaktive Depression und eine Hyperthyreose und stellte für die Zeit ab 12. Januar bis voraussichtlich Juli oder August 2012 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % fest. Mit Bericht vom 2. Juli 2012 (Urk. 15/31) diagnostizierte Dr. C.\_\_\_\_ eine schwere depressive Episode und erwähnte, dass der Kläger im Umfang eines hohen Schweregrades in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei.

### **E. 9.4**

Die Ärzte der Klinik E.\_\_\_\_ stellten in ihrem Bericht vom 7. Juni 2012 (Urk. 15/19) die folgenden Diagnosen (S. 1): agitiert depressives Zustandsbild mit schwerer depressiver Episode (Differenzialdiagnose: bipolare Störung) mit sekundär schädlichem Gebrauch von Kokain und Alkohol bei komplexer psychosozialer Belastungssituation Morbus Basedow bei Status nach Radiotherapie endokrine Ophthalmopathie Status nach Operation von Umbilikalhernien Nachdem die bereits seit einem Jahr bestehende Kokainabhängigkeit des Klägers in seiner Familie bekannt geworden sei, habe der Kläger unter einer starken psychischen und psychosozialen Belastungssituation

gelitten. Gegenwärtig konsumiere er einen halben bis einen Liter Bier im Tag; Kokain habe er letztmals vor drei Tagen konsumiert (S. 1 unten). Es sei bei einer entsprechenden Motivation und nach einer mindestens zweiwöchigen Kokainabstinenz eine stationäre psychotherapeutische Behandlung des Klägers angezeigt (S. 2).

### **E. 9.5**

Dr. med. F.\_\_\_\_, Fachärztin für Allgemeine Innere Medizin und Endokrinologie-Diabetologie, erwähnte in ihrem Bericht vom 24. Juni 2012 (Urk. 15/24), dass der Kläger wegen einer seit dem Jahre 2002 bestehenden Autoimmunhyperthyreose (Morbus Basedow) weiterhin mit Levothyroxin medikamentös behandelt werde. Es sei sodann eine kontinuierliche Einnahme von Vitamin D-Tropfen angezeigt.

### **E. 9.6**

In ihrer Stellungnahme vom 12. Juli 2012 (Urk. 15/35) stellten die Ärzte der Klinik E.\_\_\_\_ fest, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Untersuchung vom 9. Mai 2012 auf Grund einer depressiven Stimmung, einer Konzentrations- und Aufmerksamkeitsstörung sowie eines geringen Durchhaltevermögens in seiner Arbeitsfähigkeit im Umfang von 100 % eingeschränkt gewesen sei. Zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit sei eine sechs- bis achtwöchige stationäre psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung des Klägers dringend indiziert (S. 2). In ihrem Bericht vom 31. Juli 2012 (Urk. 15/57/8) führten die

Ärzte der Klinik E. \_\_\_ aus, dass der Kläger gemäss seinen Angaben den Kokainkonsum seit Mai 2012 sistiert habe (S.1). Gegenwärtig leide er weiterhin unter einer mittelgradigen Antriebsminderung mit Stimmungsschwankungen, Reizbarkeit, Vermeidung von sozialen Kontakten und fehlendem Selbstvertrauen. Eine Arbeitsfähigkeit bestehe nicht. Durch die fehlende Arbeitsfähigkeit würde, bei einer hohen Motivation des Klägers für eine Wiederaufnahme der Arbeit, eine depressive Abwärtsspirale verstärkt. Auf Grund der Akuität der Symptomatik und einer fehlenden Tagesstruktur sei eine ambulante Therapie nicht ausreichend. Es sei eine sechs- bis achtwöchige stationäre Behandlung mit Beginn am 10. September 2012 vorgesehen (S. 2).

#### **E. 9.7**

Dr. med. G. \_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, beratender Arzt der Beklagten, erwähnte in seiner Stellungnahme vom 4. August 2012 (Urk. 15/42), dass eine am 30. Juli 2012 durchgeführte Untersuchung des Klägers (vgl. Urk. 15/36) bei guter Kooperation und Mitarbeit des Klägers im Untersuchungsgang, ausserhalb der Aktenlage und der subjektiven Beschwerdeschilderung, im Rahmen des Zumutbarkeitsparadigmas keine Befunde von Krankheitswert ergeben habe.

#### **E. 9.8**

Dr. G. \_\_\_ und Dr. med. H. \_\_\_, Fachärztin für Neurologie, beratende Ärztin der Beklagten, erwähnten in ihrem Bericht vom 10. September 2012 (Urk. 15/52), dass der behandelnde Arzt dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert habe, und dass ab dem 11. September 2012 eine stationäre psychiatrische Behandlung vorgesehen sei. Eine am 24. August 2012 durchgeführte verhaltensneurologisch- neuropsychologische Untersuchung des Klägers habe eine verminderte Fehlerkontrolle mit Perseverationen sowie eine markante Beeinträchtigung der Aufmerksamkeit und der Konzentrationsfähigkeit ergeben. Aus verhaltensneurologischer und neuropsychologischer Sicht bestehe eine objektivierbare, verminderte Belastbarkeit im Umfang einer Leistungseinschränkung von 50 %. Es sei eine berufliche Reintegration angezeigt. Dem Kläger sei - im Anschluss an die vorgesehene psychiatrische Hospitalisation - die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % zuzumuten.

#### **E. 9.9**

Dr. C. \_\_\_ führte mit Bericht vom 13. November 2012 (Urk. 24/27/2-6) aus, dass der Kläger am 1. Oktober 2012 eine berufliche Tätigkeit im Umfang eines Arbeitspensums von 100 % aufgenommen habe, und dass ab diesem Zeitpunkt eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit bestehe.

#### **E. 10.1**

Den obenerwähnten medizinischen Akten ist zu entnehmen, dass die beteiligten Ärzte in psychischer Hinsicht davon ausgingen, dass der Kläger an einem agitiert depressiven Zustandsbild im Rahmen einer schweren depressiven Episode mit sekundärem schädlichem Gebrauch von Kokain, Alkohol und Cannabis bei komplexer psychosozialer Belastungssituation auf dem Boden einer narzisstischen Persönlichkeit (vorsehende E. 9.2), unter einer reaktiven Depression beziehungsweise einer schweren depressiven Episode (E. 9.3), an einem agitiert depressiven Zustandsbild mit schwerer depressiver Episode mit sekundär schädlichem Gebrauch von Kokain und Alkohol bei komplexer psychosozialer Belastungssituation (E. 9.4) leide, und dass er deswegen vollumfänglich in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt sei. Gemäss der Beurteilung durch Dr. C. \_\_\_ hat eine

vollständige Arbeitsunfähigkeit erstmals am 12. Januar 2012 (vorstehend E. 9.3) und letztmals am 30. September 2012 bestanden. Am 1. Oktober 2012 hat der Kläger bei vollständiger Arbeitsfähigkeit erneut eine vollzeitliche Erwerbstätigkeit aufgenommen (vorstehend E. 9.9).

### **E. 10.2**

Mit diesen Beurteilungen steht auch die Beurteilung durch Dr. G.\_\_\_\_ nicht in Widerspruch. Denn obwohl Dr. G.\_\_\_\_ in seiner Stellungnahme vom 4. August 2012 (vorstehende E. 9.7) vorerst keine Befunde von Krankheitswert ausserhalb der Aktenlage und der subjektiven Beschwerdeschilderung feststellte, erwähnte er einerseits in dem gemeinsam mit Dr. H.\_\_\_\_ verfassten Bericht vom 10. September 2012 (vorstehende E. 9.8), dass der behandelnde Arzt dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert habe, und stellte andererseits fest, dass eine verhaltensneurologisch-neuropsychologische Untersuchung des Klägers eine objektivierbare, verminderte Belastbarkeit im Umfang einer Leistungseinschränkung von 50 % ergeben habe, weshalb dem Kläger im Anschluss an die ab dem 11. September 2012 vorgesehene psychiatrische Hospitalisation die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % zuzumuten sei. Zum Beginn der Arbeitsunfähigkeit äusserte sich Dr. G.\_\_\_\_ nicht. Demnach ist davon auszugehen, dass Dr. G.\_\_\_\_ dem Kläger die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % erst nach Abschluss der ab dem 11. September 2012 vorgesehenen sechs- bis achtwöchigen stationären psychiatrischen Behandlung und mithin jedenfalls zu einem Zeitpunkt nach der Wiederaufnahme der Arbeit durch den Kläger am 1. Oktober 2012 zumuten wollte.

### **E. 10.3**

Nach Gesagtem steht auf Grund der medizinischen Aktenlage zum psychischen Gesundheitszustand des Klägers fest, dass dieser auf Grund einer psychischen Gesundheitsbeeinträchtigung im Sinne eines agitiert

depressiven Zustandsbildes im Rahmen einer schweren depressiven Episode im Zeitraum vom 30. März bis 30. September 2012 vollumfänglich arbeitsunfähig war.

### **E. 11.1**

Während der Kläger davon ausging, dass eine Arbeitsunfähigkeit erstmals am 12. Januar 2012 bestanden habe (Urk. 1 S. 10), vertrat die Beklagte die Meinung, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers schon vor dem 1. Januar 2012 begonnen habe beziehungsweise, dass die Arbeitsunfähigkeit, selbst wenn sie erst am 12. Januar 2012 begonnen hätte, auf ein vorbestehendes Abhängigkeitssyndrom beziehungsweise auf einen vorbestehenden Kokainmissbrauch und/oder auf eine vorbestehende Schilddrüsenerkrankung zurückzuführen seien, weshalb der Tatbestand des Rückwärtsversicherungsverbot von Art. 9 VVG erfüllt sei (Urk. 32 S. 4).

### **E. 11.2**

Den obenerwähnten medizinischen Akten ist zu entnehmen, dass Dr. C.\_\_\_\_ dem Kläger für die Zeit ab

### **E. 11.3**

Demnach steht fest, dass von einem Beginn einer massgebenden Arbeitsunfähigkeit frühestens am

#### **E. 11.4**

In Bezug auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers durch Dr. C.\_\_\_\_ für die Zeit ab 12. Januar 2012 gilt es zudem zu beachten, dass es sich bei dessen Arbeitsfähigkeitsbeurteilungen betreffend die Zeit vor der Erstkonsultation des Klägers vom 2. April 2012 ausschliesslich um gestützt auf Telefongespräche verfasste und damit nicht um aussagekräftige, echtzeitliche Arbeitsfähigkeitsbeurteilungen handelte. Die Frage, ab welchem Zeitpunkt innerhalb der Zeit vom 12. Januar bis 2. April 2012 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Klägers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt war, kann vorliegend indes offen bleiben. Denn, wie bereits erwähnt (vorstehend E. 8.5), ist vorliegend gemäss Art. 3 Ziff. 2 ZVB von einem Beginn der für einen Anspruch auf Krankentaggeld vorausgesetzten Wartefrist frühestens am 30. März 2012 auszugehen. In Würdigung der medizinischen Aktenlage steht jedenfalls fest, dass spätestens zu diesem Zeitpunkt von einem Beginn einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen ist.

#### **E. 11.5**

Nach Gesagtem hat vorliegend daher eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Umfang von 100 % im Zeitraum vom 30. März bis 30. September 2012 als erstellt zu gelten.

#### **E. 12**

Januar 2012 die Rede sein kann. Auf Grund der Akten ist daher in Bezug auf die frühestens am 12. Januar 2012 erstmals festgestellte Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht von einem erneuten Auftreten von Symptomen einer vor Abschluss des Arbeitsvertrages mit der Y.\_\_\_\_ mit Beginn am 1. Januar 2012 bereits eingetretenen Krankheit auszugehen. Ein Auftreten der die Arbeitsunfähigkeit nach dem 12. Januar 2012 verursachenden Krankheit vor dem 1. Januar 2012 beziehungsweise in der Zeit vor Abschluss des Arbeitsvertrages mit Beginn am 1. Januar 2012 kann vorliegend jedenfalls nicht mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als erstellt gelten. Ein Eintritt des befürchteten Ereignisses im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages zwischen dem Kläger und der Y.\_\_\_\_ mit Beginn am 1. Januar 2012 im Sinne von Art. 9 VVG ist vorliegend daher nicht mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt.

#### **E. 12.1**

Im Folgenden ist der Taggeldanspruch des Klägers für ein Taggeld für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit vom 30. März bis 30. September 2012 in masslicher Hinsicht zu prüfen.

#### **E. 12.2**

Die vertraglich vereinbarte Wartezeit von dreissig Tagen (vorstehend E. 4.1) begann am 30. März 2012 zu laufen und endete am 28. April 2012. Ein Taggeldanspruch des Klägers ist daher für die Zeit vom 29. April bis 30. September 2012 (155 Tage) ausgewiesen.

#### **E. 12.3**

In Art. 6 Ziff. 1 ZB (Urk. 15/2/6) wird die Taggeldberechnung folgendermassen geregelt: „ Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder gilt der AHV-Lohn, den die versicherte Person im Monat vor Beginn des Krankheitsfalles oder Rückfalles vom Versicherungsnehmer bezogen hat. Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht, werden mitberücksichtigt. Darunter fallen insbesondere regelmässige Vergütungen, deren Höhe arbeitsvertraglich vereinbart ist, wie der

#### **E. 12.4**

Der Kläger erzielte gemäss den sich bei den Akten befindenden Lohnabrechnungen der Y.\_\_\_\_ für die Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2012 (Urk. 3/7/23-28) im Monat Januar 2012 einen AHV-beitragspflichtigen Monatslohn von Fr. 12'500.--. Es ist daher von einem versicherten Jahresverdienst bei Krankheitsbeginn am 12. Januar 2012 von Fr. 150'000.-- (Fr. 12'500.-- x 12 Monate) auszugehen. Unter Berücksichtigung einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % und eines versicherten Taggeldes von 80 % des versicherten Verdienstes resultiert für den Zeitraum vom 29. April bis 30. September 2012 ein Taggeld von (gerundet) Fr. 328.75 (Fr. 150'000.-- x 0.8 ÷ 365 Tage) beziehungsweise für den gesamten Zeitraum von 155 Tagen ein Taggeldanspruch von insgesamt (gerundet) Fr. 50'956.25.

#### **E. 13**

Monatslohn. (...) Der Lohn wird auf ein volles Jahr umgerechnet und durch 365 geteilt. (...) Das so ermittelte Taggeld wird für jeden Kalendertag ausgerichtet. (...)“

#### **E. 13.1**

Zu prüfen ist die vom Kläger beantragte Verzinsung der eingeklagten Forderung zu 5 % ab dem mittleren Verfall seit 7. Juni 2012 (Urk. 1 S. 2).

#### **E. 13.2**

Der Schuldner einer Geldschuld hat, soweit nichts anderes vereinbart worden ist, von Gesetzes wegen Verzugszins zu zahlen, sobald er mit der Zahlung der Schuld in Verzug gerät (Art. 104 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 VVG). Dieser Regelung liegt die Fiktion zugrunde, dass der verzugsbelastete Schuldner bis zur Erfüllung weiterhin über den Geldbetrag verfügen kann und der Gläubiger dadurch eine entsprechende Vermögenseinbusse erleidet. Es bedarf weder eines Schadensnachweises durch den Gläubiger noch eines Verschuldens des Schuldners, weshalb dieser auch dann Verzugszins zahlen muss, wenn er im Zeitpunkt des Verzugseintritts von seiner Zahlungspflicht oder deren Höhe keine Kenntnis hatte (BGE 129 III 535 E. 3.1 mit Hinweisen).

#### **E. 13.3**

Die Verzugszinspflicht setzt einerseits die Fälligkeit der Forderung und andererseits die Inverzugsetzung des Schuldners voraus. Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag erst mit dem Ablaufe von vier Wochen, von dem Zeitpunkte an gerechnet, fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen kann. Das ist dann der Fall, wenn der Versicherte den Anspruch nach Gesetz und Vertrag genügend begründet hat (Jürg Nef, a.a.O., Art. 39 N 15). Nach der herrschenden Lehre wird mit dieser Regelung allein kein Verfalltag statuiert, der eine Mahnung entbehrlich macht, da es eine Auslegungsfrage ist, wann der Versicherer alle notwendigen Auskünfte und Belege erhalten hat. Demnach gerät der Versicherer erst mit einer Mahnung in Verzug, ausser er lehnt seine Leistungspflicht definitiv ab. Dann treten Fälligkeit und Verzug sofort ein und eine Mahnung wird überflüssig (Jürg Nef, a.a.O., Art. 41 N 20).

#### **E. 13.4**

Die AVB und ZVB der Beklagten enthalten keine Verzugszinsregelung. Es ist somit auch vertraglich kein Verfalltag vereinbart. Die Beklagte musste demnach entweder zur Zahlung gemahnt werden, damit sie in Verzug geriet und ein Verzugszins geschuldet war, oder die Leistungspflicht definitiv ablehnen.

### **E. 13.5**

Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beklagte mit Schreiben vom 13. September 2012 (Urk. 15/53) Versicherungsleistungen für den Kläger mit der Begründung verneinte, dass das befürchtete Ereignis bereits vor der erneuten Anstellung des Klägers durch die Y.\_\_\_\_ per 1. Januar 2012 eingetreten sei, weshalb der Versicherungsvertrag gegenüber dem Kläger nichtig sei. Damit hat die Beklagte ihre Leistungspflicht definitiv verneint. Vor diesem Zeitpunkt ist eine an die Beklagte gerichtete Mahnung des Klägers, worin er von dieser die Leistung ohne Säumnis verlangt hätte (vgl. BGE 129 III 535 E. 3.2.2), nicht aktenkundig. Demzufolge sind die Verzugszinsen von 5 % für die im Zeitraum vom 29. April bis 13. September 2012 geschuldeten Taggeldleistungen im Betrag von Fr. 45'367.50 (Fr. 328.75 x 138 Tage) ab dem 13. September 2012 und diejenigen für die Taggeldleistungen für die Zeit vom 14. bis 30. September 2012 im Betrag von Fr. 5'588.75 (Fr. 328.75 x 17 Tage) ab dem Klagedatum des 3. Juni 2013 geschuldet. In diesem Umfang ist die Klage daher teilweise gutzuheissen.

### **E. 14.1**

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Art. 114 ZPO betrifft indes nur die Gerichtskosten, nicht die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (nicht in BGE 137 III 47 publizierte E. 2.1 des Urteils des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010).

### **E. 14.2**

Beide Parteien beantragen die Zusprechung einer Prozessentschädigung. Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das GOG, enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Titel des GOG). Dasselbe gilt für die Verordnung über die Anwaltsgebühren (LS 215.3). Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich somit nach § 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) sowie den §§ 1, 5 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer). Gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen.

### **E. 14.3**

Unter Berücksichtigung der dargelegten Kriterien sowie dem Obsiegen im Umfang von rund zwei Dritteln rechtfertigt es sich, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Der nicht berufsmässig vertretenen Beklagten steht demgegenüber keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 68 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG; BGE 133 III 439 E. 4). Das Gericht erkennt:

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