



II. Kammer

Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender
Sozialversicherungsrichter Meyer
Sozialversicherungsrichterin Pfiffner Rauber
Gerichtssekretär Wilhelm

Urteil vom 23. Mai 2006

in Sachen

X

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Adelrich Friedli
Stationsstrasse 66 A, 8907 Wettswil

gegen

Y

Versicherungsgesellschaft

Beklagte

vertreten durch Fürsprecher René W. Schleifer
Stampfenbachstrasse 42, Postfach, 8035 Zürich

Sachverhalt:

X, geboren 1954, erhob am 17. Juni 2004 gegen die Y Versicherungsgesellschaft (nachfolgend: Y) Klage mit dem Rechtsbegehren, die Y sei zu verpflichten, ihr Fr. 114'413.65 zuzüglich 5 % Zins seit 20. April 2003 zu bezahlen (Urk. 1). In der Klageantwort vom 25. Oktober 2004 beantragte die Y die Abweisung der Klage (Urk. 8). In Replik (Urk. 12) und Duplik (Urk. 17) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest (Urk. 17). Am 28. April 2005 fand eine Referentenaudienz mit persönlicher Befragung der Klägerin und Beweisverhandlung statt (Prot. S. 5 ff.). Mit Verfügung vom 3. Mai 2005 wurde der Schriftenwechsel geschlossen (Urk. 23). Bereits am 2. Mai 2005 hatte die Beklagte eine weitere Stellungnahme zur Sache eingereicht (Urk. 24). Mit Verfügung vom 9. Mai 2005 wurde der Klägerin Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen (Urk. 26). Mit Verfügung vom 28. Mai 2005 wurde ein Antrag der Klägerin auf Ergänzung der Akten abgewiesen (Urk. 29). Am 3. Juni 2005 ging die Stellungnahme der Klägerin ein (Urk. 31).

Das Gericht zieht in Erwägung:

I.

1.1 Die Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterliegen gemäss

Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) den Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG). Die diesbezüglichen Streitigkeiten sind privatrechtlicher Natur und im Verfahren gemäss Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG, in der seit 1. Januar 2006 geltenden Fassung) durch das von den Kantonen bezeichnete Gericht zu beurteilen. Gemäss § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) ist für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung das hiesige Gericht sachlich zuständig.

1.2 Auch die örtliche Zuständigkeit ist zu bejahen. Diese richtet sich im Bereich der

Zusatzversicherungen zur Krankenpflegeversicherung nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG). Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG ist für die Behandlung von Klagen gegen eine juristische Person das Gericht an

deren Sitz zuständig. Es steht den Parteien nach Art. 9 GestG allerdings frei, für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit einen Gerichtsstand zu vereinbaren. Dies haben die Parteien vorliegend getan. Gemäss den Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) für die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung steht der Klägerin bei Streitigkeiten wahlweise das Gericht am schweizerischen Sitz des Versicherungsnehmers, Geschäftssitz des Versicherers oder am Wohnsitz der versicherten Person offen (Urk. 2/1/2 S. 9 Ziff. E 10, Urk. 2/3/1 Ziff. E 10). Die Klägerin als anspruchsberechtigte Person ist in Rüslikon im Kanton Zürich wohnhaft und die Versicherungsnehmerin, die L AG hat ihren Sitz in Zürich (vgl. Urk. 2/1/1, Urk. 2/5). Das hiesige Gericht als im Kanton Zürich einziges sachlich zuständiges Gericht (vgl. vorstehende Erwägung 1.1) ist damit örtlich zuständig.

2.

2.1 Die Klägerin begründet ihre Forderung von Taggeldleistungen in der Höhe von Fr. 114'413.65 damit, als Arbeitnehmerin der Versicherungsnehmerin L AG sei sie wegen zunehmenden Herzbeschwerden, Herzrhythmusstörungen, labiler Hypertonie sowie wegen Angst, Erschöpfungszuständen und Depression ab 20. Januar 1999 erwerbsunfähig gewesen. Spätere diagnostische Abklärungen hätten ergeben, dass sie an einer hypertrophen Kardiomyopathie leide. Nach Ablauf der Wartefrist von 30 Tagen Dauer habe die Beklagte ab 19. Februar 1999 bis zum 31. Dezember desselben Jahres für die Dauer von 316 Tagen und basierend auf einer Erwerbsunfähigkeit von 50 % Taggeldleistungen erbracht. Ab 1. Januar 2000 bis zum 17. Juli 2000 habe eine Arbeitsunfähigkeit von 20 % bestanden und die Beklagte habe für diese Zeit keine Taggeldleistungen ausgerichtet. Erst ab einer Arbeitsunfähigkeit von 25 % hätte ein Taggeldanspruch bestanden. In der Zeit vom 18. Juli 2000 bis zum 20. Mai 2001 habe eine volle Arbeitsfähigkeit bestanden. Ab dem 21. Mai 2001 bis zum 8. Juni 2002 habe die Beklagte dann folgende Arbeitsunfähigkeiten anerkannt und entsprechende Taggeldleistungen erbracht: 50 % vom 21. Mai bis 25. Juli 2001 (66 Tage), 100 % vom 26. Juli bis 25. August 2001 (31 Tage) und 40 % vom 26. August 2001 bis 8. Juni 2002 (287 Tage). Ab 21. Mai 2001 sei die Beklagte von einem Rückfall ausgegangen und habe den Versicherungsanspruch von insgesamt 700 Taggeldern mit dem 8. Juni 2002 für erschöpft erklärt.

Dies sei jedoch zu Unrecht geschehen. Die ab dem 21. Mai 2001 aufgetretene Arbeitsunfähigkeit stelle keinen Rückfall im Sinne von Ziffer 3 der Zusatzbedingungen zu den AVB (Ausgabe 1990; vgl. Urk. 2/3/2) dar; vielmehr liege

ein neuer Krankheitsfall vor. Im Übrigen seien auch nicht die erwähnten Zusatzbedingungen, sondern die ab dem 1. Januar 2001 gültigen AVB 2000 anwendbar, denn massgeblich seien grundsätzlich diejenigen Versicherungsbedingungen, welche im Zeitpunkt des Eintritts des befürchteten Ereignisses in Kraft seien. Anderslautende Vorbehalte seien in den AVB nicht zu finden.

Versichertes Ereignis sei nicht der Krankheitsfall. Eine Gesundheitsstörung allein löse noch keine Versicherungsleistungen aus. Dies sei erst beim Eintritt einer Erwerbsunfähigkeit der Fall. Vorliegend sei eine erste Erwerbsunfähigkeit am 20. Januar 1999 eingetreten und habe bis zum 31. Dezember 1999 angehalten. Die hernach noch andauernde Einschränkung von 20 % sei nicht mehr versichert gewesen. Am 21. Mai 2001 sei dann erneut eine Erwerbsunfähigkeit aufgetreten.

In Ziff. B 6 der AVB 2000 werde der Begriff des Rückfalls negativ definiert. Kein Rückfall liege dann vor, wenn eine ununterbrochene volle Erwerbsfähigkeit von mehr als 365 Tagen bestanden habe. Unter Erwerbsfähigkeit in diesem Sinne zu verstehen sei das Fehlen einer Erwerbsunfähigkeit im Sinne der AVB; mithin das Fehlen einer Erwerbsunfähigkeit unter 25 %. Indem nun in der Zeit vom 1. Januar bis zum 17. Juli 2000 eine Arbeitsfähigkeit von nur 20 % und hernach ab dem 18. Juli 2000 bis zum 20. Mai 2001 eine volle Arbeitsfähigkeit vorgelegen habe, handle es sich bei der Erwerbsunfähigkeit von 50 % ab 21. Mai 2001 nicht um einen Rückfall, sondern um einen neuen Versicherungsfall. Gemäss den im Zusammenhang mit dem am 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Versicherungsvertrag anwendbaren AVB bestehe Anspruch auf 700 Taggelder, wenn während der Gültigkeit des neuen Vertrages eine Berufsunfähigkeit eintrete, welche auf eine frühere Krankheit zurückzuführen sei (vgl. Ziff. C 5 Abs. 1 lit. b der AVB 2000, Urk. 2/3).

Zu beachten sei überdies, dass die attestierte Arbeitsfähigkeit von 20 % keine eigentliche Teil-Berufsunfähigkeit darstelle. Die Klägerin sei Geschäftsführerin einer PR-Agentur und als solche arbeite sie gewöhnlich erheblich mehr als 8,5 Stunden pro Tag, zeitweise bis zu 14 Stunden pro Tag. Da sie trotz der Beschwerden in der Agentur nicht einfach habe ausfallen können, habe ihre Ärztin im Sinne einer therapeutischen Empfehlung eine Arbeitsunfähigkeit in der Höhe von 20 % attestiert, um damit den Arbeitseinsatz auf ein normales Mass zu reduzieren. Im Rahmen einer üblichen Arbeitsbelastung habe somit auch in der Zeit vom 1. Januar bis 17. Juli 2000 eine volle Arbeitsfähigkeit bestanden. Es sei auch eine einer vollen Erwerbstätigkeit entsprechende Entlohnung ausgerichtet worden.

Schliesslich falle in Betracht, dass ab 26. August 2001 tatsächlich eine höhere Arbeitsunfähigkeit bestanden habe als von der Beklagten anerkannt worden sei; nämlich eine Arbeitsunfähigkeit von 60 % ab 26. August 2001 bis 5. Februar 2002, eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % ab 6. Februar bis 18. April 2002, eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % ab 19. April 2002 bis 30. Juni 2002 und dann ab 1. Juli 2002 bis 21. April 2003 eine Arbeitsunfähigkeit im Ausmass von 50 % (siehe zum Ganzen: Urk. 1 S. 3 ff. Ziff. 4 ff. und Urk. 12 S. 2 ff. Ziff. 6 ff.).

2.2 Die Beklagte macht geltend, die Klägerin, welche über ihre Arbeitgeberfirma L AG taggeldversichert gewesen sei, sei 1999 erkrankt und habe vom 19. Februar bis 31. Dezember 1999 Taggeldleistungen erhalten. Mit Wirkung ab 1. Januar 2001 seien neue AVB erlassen worden (Ausgabe 2000). Ab 21. Mai 2001 sei aufgrund derselben Krankheit wie 1999 erneut eine Erwerbsunfähigkeit aufgetreten. Die Leistungspflicht sei bis zum 8. Juni 2002 anerkannt worden. Bei der erneuten Erwerbsunfähigkeit der Klägerin habe es sich um einen Rückfall gehandelt. Nach der Definition der Rechtsprechung sowie der AVB knüpfe ein Rückfall stets an ein zuvor eingetretenes versichertes Ereignis an. Versichertes Ereignis im Sinne der AVB sei eine Krankheit und nicht eine Erwerbsunfähigkeit respektive ein Erwerbsausfall. Der Erwerbsausfall sei lediglich wirtschaftliche Folge der Krankheit als versichertes Ereignis und stelle mithin einzig eine Leistungsvoraussetzung dar.

Da ein Rückfall stets an ein zuvor eingetretenes versichertes Ereignis anknüpfe, sei auch der Rückfall ausschliesslich nach jenen Vertragsgrundlagen zu beurteilen, welche in jenem Zeitpunkt gegolten hätten. Massgebend seien demnach die AVB des Jahres 1990 und die Zusatzbedingungen ZB-01 Ausgabe 1991. Nach diesen Bestimmungen sei ein Rückfall gegeben, wenn Krankheiten aufträten, die mit früher entschädigten Versicherungsfällen zusammenhängen würden. Ein Rückfall werde nur verneint respektive eine Krankheit als neuer Versicherungsfall behandelt, wenn die versicherte Person ununterbrochen während mindestens 365 Tagen voll erwerbsfähig gewesen sei. Dies sei die Klägerin aber eindeutig nicht gewesen. Von einer vollen Erwerbsfähigkeit könne nur gesprochen werden, wenn diese 100 % betrage. Da von einem Rückfall auszugehen sei, seien ab 21. Mai 2001 nicht wieder 700 Taggelder geschuldet gewesen, sondern nur die Differenz zu den im Jahre 1999 bezahlten. Diese Differenz betrage 384 Taggelder.

Die Klägerin gehe stets von den Taggeldansätzen aus, welche 1999 vergütet worden seien. Da die Klägerin aber die Auffassung vertrete, es sei ab 2001 von einem neuen Versicherungsfall auszugehen und nicht von einem Rückfall, so müsste das Taggeld anhand des Einkommens von Mai 2001 berechnet werden.

Die Klägerin vermöge die geltend gemachten Arbeitsunfähigkeitsgrade nicht hinreichend zu belegen. Die Höhe der Arbeitsunfähigkeit habe stets Anlass zu Diskussionen gegeben, auch für die Zeit ab 21. Mai 2001 bis zum 8. Juni 2002. Die von der Klägerin geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit in den verschiedenen Phasen würde bestritten. Sie vermöge dafür lediglich hausärztliche Zeugnisse vorzulegen. Demgegenüber sei der Vertrauensarzt Dr. med. R, Facharzt FMH für Innere Medizin FMH, zum Schluss gekommen, dass für den Zeitraum von 21. Mai 2001 bis 31. Dezember 2002 eine Arbeitsunfähigkeit von maximal 30 % gegeben gewesen sei und dass ab 1. Januar 2003 keine Hinweise für eine Arbeitsunfähigkeit mehr vorgelegen hätten.

Zusammenfassend ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin mit den ausgerichteten Taggeldleistungen in der Höhe von Fr. 78'381.50 sehr gut entschädigt worden sei und ab 9. Juni 2002 keine Leistungspflicht nicht bestehe. Keine andere Sachlage ergebe sich, wenn die AVB 2000 herangezogen würden. Auch gemäss diesen sei das erneute Ausbrechen der Krankheit und die damit ab 21. Mai 2001 aufgetretene Arbeitsunfähigkeit als Rückfall und nicht als neues Ereignis zu betrachten. Sowohl aufgrund der Zusatzbedingungen zu den AVB 1990 als auch aufgrund der AVB 2000 sei die Annahme eines neuen Ereignisses nur dann möglich, wenn eine volle Erwerbstätigkeit von mehr als 365 Tagen bestanden habe. Vorliegend habe dieser Zeitraum keine 365 Tage gedauert. Es müsse somit von einem Wiederaufflackern der Krankheit am 21. Mai 2001 und somit von einem Rückfall ausgegangen werden (vgl. zum Ganzen: Urk. 8 S. 2 ff. Ziff. 3 ff., Urk. 17 S. 2 ff. Ziff. 2 ff.).

3.

3.1 Unbestritten ist, dass die Klägerin von Anfang 1999 bis 31. Dezember 1999 krankheitshalber in ihrer Arbeitsfähigkeit eingeschränkt war. In der Zeit vom 19. Februar bis 31. Dezember 1999, mithin für die Dauer von 316 Tagen, richtete die Beklagte deswegen basierend auf einer Einschränkung von 50% in der beruflichen Tätigkeit Taggeldleistungen aus (Urk. 1 S. 3 Ziff. 4.1 f., Urk. 8 S. 3 Ziff. 3). Gemäss den Angaben der Hausärztin Dr. med. J, Ärztin für Allgemeinmedizin FMH, vom 11. Januar 2000 litt die Klägerin damals an Erschöpfungsbeschwerden, Herzbeschwerden, Herzrhythmusstörungen, an einer labilen Hypertonie, Angstzuständen und depressiven Verstimmungen (Urk. 2/6 S. 1).

3.2 Unbestritten ist des Weiteren, dass ab 1. Januar 2000 bis 17. Juli 2000 zwar

noch eine Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 20 % vorlag, jedoch wegen Nichterreichens der mindestens erforderlichen Arbeitsunfähigkeit von 25 % in dieser Zeit kein Taggeldanspruch bestand. Hernach bestand ab 18. Juli 2000 bis

20. Mai 2001 ebenfalls unbestrittenermassen eine volle Arbeitsfähigkeit ohne Anspruch auf Taggeldleistungen (Urk. 1 S. 3 Ziff. 4.2).

3.3 Ab 21. Mai 2001 war die Klägerin erneut krankheitsbedingt in ihrer Arbeits-

fähigkeit eingeschränkt und die Beklagte richtete bis und mit 8. Juni 2002 weitere 384 Taggelder in der Höhe von insgesamt Fr. 78'381.50 aus. Den Taggeldleistungen lagen die folgenden Arbeitsunfähigkeiten zu Grunde: 50 % vom

21. Mai bis 25. Juli 2001 (66 Taggelder), 100 % vom 26. Juli bis 25. August 2001 (31 Taggelder) und 40 % vom 26. August 2001 bis 8. Juni 2002 (287 Taggelder; Urk. 1 S. 3 Ziff. 4.3, Urk. 2/4/2, Urk. 8 S. 3 Ziff. 5).

4.

4.1 Kontrovers ist zwischen den Parteien zum einen, ob die Beklagte die Taggeldleistungen zu Recht per 8. Juni 2002 zufolge Ausschöpfens der Höchstzahl von 700 Taggeldern einstellte. Aus den vorstehenden Erwägungen 2.1 und 2.2 ergibt sich, dass sich die Beklagte auf den Standpunkt stellt, bei der ab 21. Mai 2001 erneut aufgetretenen Arbeitsunfähigkeit handle es sich um einen Rückfall im Zusammenhang mit dem seit 1999 bestehenden Krankheitsgeschehen, weshalb lediglich noch ein Taggeldanspruch im Rahmen der Differenz des höchstmöglichen Anspruchs von 700 Taggeldern und den bereits in der Zeit von 19. Februar bis 31. Dezember 1999 ausbezahlten 316 Taggelder bestanden habe. Die Klägerin hingegen macht geltend, am 21. Mai 2001 sei es zu einem neuen Versicherungsfall gekommen, und es habe ab dann erneut Anspruch auf 700 Taggelder bestanden.

4.2 Gemäss der Ausgabe 90 der AVB und den Zusatzbedingungen zur Kollektiv-Krankenversicherung (Ausgabe 91) besteht nach Abzug der Wartefrist von 30 Tagen Anspruch auf insgesamt 700 Taggelder je Versicherungsfall. Nach Erschöpfung der Leistungsdauer für einen Versicherungsfall erlischt die Versicherungsdeckung. Als Rückfälle geltend Krankheiten, welche mit früher entschädigten Versicherungsfällen zusammenhängen. Als neue Versicherungsfälle werden Krankheiten behandelt, wenn die versicherte Person ununterbrochen während 365 Tagen wieder voll erwerbstätig war (Urk. 2/3/1 Ziff. C 1.1 in Verbindung mit Urk. 2/3/2 Ziff. 2-3). Laut der Ausgabe 2000 der AVB besteht der Taggeldanspruch während der im Vertrag aufgeführten Leistungsdauer

(Urk. 2/1/2 S. 5 Ziff. C 1.1). Letztere umfasst gemäss Versicherungspolice Nr. 27772.002 vom 28. Dezember 2000 nach einer Wartefrist von 30 Tagen 700 Taggeldern je Versicherungsfall (Urk. 2/1/1 S. 4). Des Weiteren gilt gemäss Ausgabe 2000 der AVB das erneute Auftreten einer Krankheit dann nicht als Rückfall, wenn eine ununterbrochene volle Erwerbsfähigkeit während mehr als 365 Tagen bei einer Leistungsdauer je Krankheitsfall bestanden hat (Urk. 2/1/2 S. 6 Ziff. B 6).

4.3 Nach dem Gesagten ist gemäss beiden Versionen der AVB von einem Rückfall auszugehen, wenn es bei einer versicherten Person nach einem Versicherungsfall mit Entschädigungsfolge erneut zu einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit kommt, es sei denn, dass die versicherte Person nach der ersten aufgetretenen und entschädigten Arbeitsunfähigkeit während mindestens 365 Tagen wieder voll erwerbsfähig war. Da gemäss beiden Ausgaben der AVB dieselben Voraussetzungen gelten, braucht auf die zwischen den Parteien kontroverse Frage, welche der beiden Ausgaben der AVB für die Beurteilung der Leistungsdauer anwendbar ist, nicht näher eingegangen zu werden.

4.4 Fest steht, dass die Klägerin in der Zeit ab 18. Juli 2000 bis 20. Mai 2001 voll erwerbsfähig war. Die Hausärztin der Beschwerdeführerin, Dr. J, attestierte am 9. November 2000 für diese Zeit eine volle Arbeitsfähigkeit (Urk. 2/7/1) und in der persönlichen Befragung vom 28. April 2005 erklärte die Klägerin auf die Frage, wieviel sie ab 1. Januar 2000 gearbeitet habe, es seien nicht mehr wie früher rund 16 Stunden pro Tag gewesen, sondern in der Regel 12 Stunden. Auf die nachfolgende Frage, was sich geändert habe, als sie ab 18. Juli 2000 wieder voll arbeiten können, erklärte sie, es sei ihr ab dann noch besser gegangen und sie habe wieder mehr arbeiten können (Prot. S. 7).

4.5 Für die Zeit ab 1. Januar bis und mit 17. Juli 2000 attestierte Dr. J im Zeugnis vom 9. November 2000 eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 20 % (Urk. 2/7/1).

In einem Schreiben vom 24. Oktober 2003 an den Vertreter der Klägerin führte Dr. J zur attestierten Arbeitsunfähigkeit aus, die von Januar bis Juli 2000 diagnostizierte Einschränkung von 20 % sei im Sinne eines therapeutischen Rates in Bezug auf einen normalen Arbeitstag von achteinhalb Stunden erfolgt. Dies in Kenntnis der Sachlage, dass die Klägerin bis zu 14 Stunden pro Tag arbeite (Urk. 2/7/2).

In ihrer Befragung als Zeugin am 28. April 2005 erklärte Dr. J zur Frage, aufgrund welcher Kriterien sie ab 1. Januar bis 17. Juli 2000 eine Arbeitsunfähigkeit von 20 % attestiert habe, es sei immer schwierig, das Ausmass

der Arbeitsunfähigkeit genau einzuschätzen. Sie habe der Klägerin gesagt, sie sei nicht voll arbeitsfähig, und habe ihr geraten, weniger zu arbeiten. Die Klägerin sei aber eine Person, die sich über ihre Arbeit definiere und habe ein fast zwanghaftes Verantwortungsbewusstsein. Die Klägerin habe beinahe Schuldgefühle gehabt, wenn sie weniger gearbeitet habe. In dieser Situation sei das Attest eine Hilfe gewesen, weniger zu arbeiten. Es sei damals auch um ein Training an der frischen Luft gegangen. Die Klägerin hätte die Zeit dafür tatsächlich beanspruchen sollen. Die Klägerin habe in der fraglichen Zeit sicher viel gearbeitet. Es sei aber immer darüber gesprochen worden, dass sie weniger arbeiten solle (Prot. S. 11).

Auf die Frage, wie ihre Aussage im Schreiben vom 24. Oktober 2003 an den Vertreter der Klägerin zu verstehen sei, bei der attestierten Arbeitsunfähigkeit von 20 % handle es sich um einen therapeutischen Rat, führte Dr. J als Zeugin aus, als Ärztin könne sie immer nur beratend festhalten, der Gesundheitszustand erfordere dieses oder jenes Verhalten. Wenn ein Patient sich nicht daran halte, so liege dies nicht in ihrer Verantwortung. Aus ihrer Sicht sei für den fraglichen Zeitraum bezogen auf das Pensum, welches die Klägerin geleistet habe, eine Arbeitsfähigkeit von 80 % vorhanden gewesen. Es sei immer wieder darüber gesprochen worden, dass die Klägerin weniger arbeiten solle. Inwieweit sich die Klägerin an diesen Ratschlag gehalten habe, könne sie nicht beurteilen. Für ein normales Arbeitspensum wäre die Klägerin in der Zeit vom 1. Januar bis 17. Juli 2000 voll arbeitsfähig gewesen. Sie sei in der Lage gewesen, während acht bis neun Stunden zu arbeiten. Bezogen auf die Tätigkeit der Klägerin sei aber keine volle Leistungsfähigkeit vorhanden gewesen (Prot. S. 11 f.).

- 4.6 Nach dem Gesagten ergibt sich unzweideutig, dass es sich bei der für die Zeit vom 1. Januar bis 17. Juli 2000 attestierten Arbeitsfähigkeit von 80 % nicht lediglich um einen therapeutischen Vorschlag der Ärztin Dr. J handelte, sondern dass die Klägerin tatsächlich im entsprechenden Umfang von 20 % eingeschränkt und mithin gesundheitlich nicht in der Lage war, ihr gewohntes Arbeitspensum zu bewältigen. Die Zeugin Dr. J bestätigte in ihrer Befragung ausdrücklich, dass keine volle Leistungsfähigkeit bestanden hatte.

Dass das gewohnte Tagesarbeitspensum der Klägerin das in der Regel übliche Arbeitspensum von zwischen acht oder neun Stunden täglich deutlich überstieg, ändert nichts am Umstand, dass für die Zeit vom 1. Januar bis 17. Juli 2000 keine volle Arbeits- respektive Erwerbsfähigkeit im Sinne der Vertragsbedingungen bestand. Gemäss der Ausgabe 90 der AVB ist von einer Erwerbsunfä-

higkeit auszugehen, wenn die versicherte Person infolge einer versicherten Krankheit ganz oder teilweise ausserstande ist, ihre berufliche Tätigkeit auszuüben (Urk. 2/3/1 Ziff. B 2). Massgebend ist somit nicht eine durchschnittliche oder vielerorts übliche Arbeitszeit, sondern die tatsächlich von der versicherten Person ausgeübte Tätigkeit und die damit verbundene Arbeitszeit. Bei der Klägerin gilt es zu beachten, dass sie formell zwar Angestellte der L AG ist, jedoch gemäss ihren Angaben Inhaberin aller Aktien der Arbeitgeberin (Prot. S. 6) und somit - wirtschaftlich betrachtet - selbstständig erwerbend ist. Regelmässig überdurchschnittliche Arbeitszeiten sind in solchen Fällen keineswegs unüblich.

In der Ausgabe 2000 der AVB wird im Abschnitt „Begriffe“ abweichend von der Ausgabe 90 definiert, eine vorübergehende Erwerbunfähigkeit liege vor, wenn die versicherte Person infolge einer Krankheit mindestens zu 25 % ausserstande sei, ihre berufliche Tätigkeit im versicherten Betrieb auszuführen. Obschon bei der Klägerin in der Zeit vom 1. Januar bis 17. Juli 2000 nachweislich nur eine Einschränkung von 20 % bestand, ist auch eine solche keinen Taggeldanspruch auslösende Erwerbsunfähigkeit bei der Rückfallsproblematik zu berücksichtigen. Gemäss Ziff. B 6 der Ausgabe 2000 der AVB ist ein Rückfall dann nicht gegeben, wenn während der angegebenen Dauer von 365 Tagen bei einer Leistungsdauer je Krankheitsfall ununterbrochen eine *volle* Erwerbsfähigkeit bestand (Urk. 2/1/2 S. 6). Nach dem klaren und unzweideutigen Wortlaut, aber auch nach dem Sinn der Rückfalldefinition, wie diese bereits der Ausgabe 91 der Zusatzbedingungen zur Ausgabe 90 der AVB zu Grunde lag (vgl. Urk. 2/3/2 Ziff. 3), lässt sich darunter, entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 12 S. 6 Ziff. 12), ausschliesslich eine uneingeschränkte Erwerbsfähigkeit verstehen, und nicht bloss eine nicht leistungsrelevante Arbeitsunfähigkeit respektive Erwerbsunfähigkeit. Ansonsten würde die ausdrückliche Erwähnung „volle Erwerbsfähigkeit“ in Ziffer B 6 der Ausgabe 2000 der AVB keinen Sinn ergeben. Eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit bestand aber, wie dargelegt wurde, in der Zeit vom 1. Januar bis 17. Juli 2000 nicht.

Daran vermag nichts zu ändern, dass die Klägerin, wie sie geltend macht, von Januar bis Juli 2000 eine volle Entlohnung erhalten hat (vgl. Urk. 12 S. 7 Ziff. 13, Urk. 13/1). Wie bereits dargelegt wurde, ist die Klägerin Inhaberin aller Aktien des Arbeitgeberbetriebs. Die Höhe des Lohnes ist somit kein rechtsgenügender Nachweis dafür, dass eine volle Arbeitsleistung erbracht wurde und keine Arbeitsunfähigkeit bestanden hat. Im Übrigen macht auch die Klägerin nur geltend, dass sie in der fraglichen Zeit von Januar bis Juli 2000 in der Lage gewesen wäre, ein normales Arbeitspensum um die acht bis neun Stunden je

Tag zu bewältigen, nicht aber ihr deutlich darüber liegendes übliches Arbeitspensum. Wie dargelegt hat als volles Arbeitspensum im Rahmen der Taggeldversicherung das für die Klägerin übliche und gewohnte Arbeitspensum zu gelten.

Zusammenfassend ergibt sich, dass in der Zeit vom 1. Januar 2000 bis 17. Juli 2000 eine eingeschränkte Arbeitsfähigkeit im Umfang von 80 % bestand und die Klägerin erst ab 18. Juli 2000 bis 20. Mai 2001 wieder in der Lage war, ihrer Tätigkeit im gewohnten Umfang nachzugehen. Mithin bestand während weniger als 365 Tagen eine volle Erwerbsfähigkeit im Sinne der AVB. Die ab 21. Mai 2001 wieder auftretende Arbeitsunfähigkeit wurde somit von der Beklagten zu Recht als Rückfall und nicht als neuer Versicherungsfall eingestuft. Entsprechend bestand in der Zeit vom 19. Februar bis 31. Dezember 1999 zusätzlich zu den bereits ausbezahlten 316 Taggeldern Anspruch auf weitere 384 Taggelder, das heisst vom 21. Mai 2001 bis 8. Juni 2002 (vgl. Urk. 1 S. 3 Ziff. 4.3, Urk. 2/4/1 S. 1, Urk. 2/4/2).

5.

5.1 Zu prüfen ist weiter das Ausmass der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ab 26. August 2001. Zweifel äusserte die Beklagte an sich auch bezüglich der von der Klägerin geltend gemachten Einschränkungen von 50% vom 21. Mai bis 25. Juli 2001 und von 100 % vom 26. Juli bis 25. August 2001 (vgl. Urk. 1 S. 3 Ziff. 4.3, Urk. 8 S. 6 Ziff. 11). Hierbei gilt es aber zu beachten, dass die Klägerin im Rahmen der vorgenannten Arbeitsunfähigkeit ab 21. Mai 2001 bis zum 25. August 2001 Taggeldleistungen ausbezahlt erhalten hat und die Beklagte mit ihrem Einwand kein konkretes Leistungsbegehren (Verrechnungsantrag, Widerklage) verbunden hat. Da aber ein reines Feststellungsinteresse zu verneinen ist, solange ein Leistungsbegehren möglich ist, ist auf die Einwendungen der Beklagten zum Ausmass der Arbeitsunfähigkeit zwischen dem 21. Mai und dem 25. Juli 2001 nicht näher einzugehen.

5.2

5.2.1 Der Zeit vor dem 26. August 2001 ging ein stationärer Aufenthalt der Klägerin in der Klinik Schloss Mammern vom 27. Juli bis 18. August 2001 voraus. Gemäss dem Bericht der Klinik vom 18. August 2001 über diesen Aufenthalt litt die Klägerin an einer nicht obstruktiven hypertrophen Kardiomyopathie und an einem Erschöpfungssyndrom. Eine konkrete Beurteilung der Leistungsfähigkeit unter Berücksichtigung des Leidens fehlt im Bericht. Zur gestellten Diagnose führte Dr. med. S, Facharzt für Innere Medizin und Kardiologie

im Bericht aus, die Ursache der Kardiomyopathie bei der Klägerin sei unklar. In der Ergometrie habe sich bis 100 Watt keine Belastungskoronarinsuffizienz objektivieren lassen. Es bestehe eine Neigung zur Belastungstachykardie mit einer Herzfrequenz von 166/min bei 100 Watt. Im Langzeit-EKG sowie Event-Rekorder seien keine höhergradigen Herzrhythmusstörungen nachweisbar gewesen. Der echokardiographische Befund könne die Symptomatik mit Belastungsdyspnoe, Belastungstachykardie und gelegentlich pektanginösen Beschwerden erklären. Ein Therapieversuch mit Isoptin 120 retard habe zu einer leichten Besserung der Symptomatik geführt. Die psychosomatische Beurteilung habe keine Hinweise für relevante Pathologien ergeben. Es habe der Eindruck bestanden, es liege ein Erschöpfungssyndrom mit leichter, reaktiver depressiver Komponente vor. Die Beibehaltung der antidepressiven Medikation sei angezeigt gewesen. Auf Wunsch der Klägerin sei aber ein Auslassungsversuch aufgrund verschiedener Nebenwirkungen, unter anderem auch Sehstörungen, erfolgt. Die Klägerin habe motiviert am kardialen Sport- und Bewegungsprogramm teilgenommen (Ergometrietraining, Gruppengymnastik, Terraintraining, Walking, Entspannungsübungen, einzelgymnastische Übungsbehandlung, Atemtherapie). Insgesamt sei es während des Aufenthaltes zu einer guten psycho-physischen Stabilisierung gekommen. Die somatischen Beschwerden (Dyspnoe, Leistungsintoleranz, Belastungstachykardie) seien in bestimmten Belastungssituationen (Zeitdruck, schnelles Bergangehen) aber nach wie vor vorhanden. Die Klägerin sei auf die begrenzten Therapiemöglichkeiten der Symptome des kardialen Grundleidens aufmerksam gemacht worden (Urk. 2/2 S. 1 und 4).

5.2.2 Dr. J bestätigte im Arzzeugnis vom 7. Januar 2001 die Diagnose einer hypertrophen Kardiomyopathie und wies ebenfalls auf das Vorliegen einer depressiven Komponente hin. Des Weiteren attestierte sie eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 60 % ab 27. August 2001 bis auf weiteres (Urk. 2/8/1) und im Attest vom 17. Juli 2002 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit vom 2. Februar bis 18. April 2002 und von 80 % für die Zeit vom 19. April bis 30. Juni 2002 (Urk. 2/8/2).

Als Zeugin führte Dr. J aus, die nach dem Aufenthalt in Mammern attestierte Arbeitsunfähigkeit von 60 % sei, soviel sie wisse, im Einverständnis mit der Klinik Mammern erfolgt. Die Festlegung einer Zahl sei immer eine Ermessensfrage. Normalerweise gehe man von 50 % aus. Wenn dann jemand sage, er schaffe dieses Pensum nicht, so werde die Arbeitsunfähigkeit entsprechend erhöht, sei es auf 60 % oder gegebenenfalls auf 65 % oder gar 70 %. Nach Hinweis auf die Beurteilung des Vertrauensarztes der Beklagten, Dr. med. R, Facharzt für Innere Medizin FMH, betreffend die Zeitperiode von

Mai 2001 bis Dezember 2002 könne höchstens eine Arbeitsunfähigkeit von durchschnittlich 30% angenommen werden (vgl. Urk. 9/6 S. 4), führte Dr. J aus, in der Klinik Mammern sei eine klare Diagnose gestellt worden. Soviele sie wisse, habe der dortige Kardiologe der Klägerin empfohlen, sie solle nur 40% arbeiten. Befragt zum weiteren Verlauf der Leistungsfähigkeit der Klägerin gab Dr. J an, in der Zeit von 5. Februar bis 18. April 2002 habe sich die Klägerin zu weiteren Abklärungen in den USA in einer Klinik aufgehalten. Die schriftliche Bestätigung einer Klinik habe sie aber nicht. Hernach sei eine Arbeitsfähigkeit von 20 % attestiert worden, weil die Klägerin im Büro gewisse Dinge habe erledigen müssen. Es sei der Klägerin aber sehr schlecht gegangen in dieser Zeit. Dies vor allem wegen ihres Herzens. Es seien Rhythmusstörungen aufgetreten. Auch psychisch sei es der Klägerin damals nicht gut gegangen (Prot. S. 12 ff.).

5.2.3 Der Bericht des Universitätsspitals Zürich, Herz-Kreislaufzentrum, Kardiologie DIM, vom 22. Juni 2002 enthält keine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit. Im Übrigen lässt sich dem Bericht entnehmen, bei der Klägerin dokumentiere sich ein stationärer Verlauf bei bekannter hypertropher, nicht obstruktiver Kardiomyopathie. Auch unter Provokation habe sich anlässlich der Doppler-Echokardiographie vom 31. Dezember 2001 kein Gradient im linksventrikulären Ausflusstrakt nachweisen lassen. Die Auswurffraktion des linken Ventrikels sei hochnormal. Doppler-echokardiographisch zeige sich eine diastolische Dysfunktion. Im Vergleich zur Voruntersuchung im September 2001 sei der Verlauf stationär. Die Langzeitprognose sei gut. Bei einzelnen Patienten könne sich im Langzeitverlauf die linksventrikuläre Auswurffraktion verschlechtern, mit Auftreten einer Herzinsuffizienz, oder es könnten Rhythmusstörungen des Herzens auftreten (Urk. 9/4).

5.2.4 Der von der Beklagten beigezogene Vertrauensarzt Dr. R stellte ebenfalls die Diagnose einer hypertrophen, nicht obstruktiven Kardiomyopathie, des Weiteren die Diagnose einer Neurasthenie (ICD-10 Code F33.01) und einer rezidivierenden depressiven Entwicklung, gegenwärtig leicht, mit somatischem Syndrom (ICD-10 Code F48.0).

Gestützt auf die ihm zur Verfügung stehenden medizinischen Vorakten sowie gestützt auf ein mit der Klägerin geführtes Gespräch hielt er im Gutachten vom 6. Dezember 2002 fest, im Vordergrund stehe die Leistungsschwäche der Klägerin, welche vor allem durch die Neurasthenie und die wiederholten depressiven Episoden bedingt seien. Die 2001 festgestellte Herzveränderung sei nur in zweiter Linie mitbeteiligt. Auch wenn die seit dem 14. Lebensjahr bemerkten Störungen der Leistungsfähigkeit teilweise ein Ausdruck der Herzveränderung

wären, habe dies jedenfalls bis 2001 nicht zu einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit geführt. Ebenso wenig lasse sich der 1996 plötzlich erfolgte Knick mit der Kardiomyopathie erklären. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Probleme der letzten Jahre zum wesentlichen Teil auf die anderen Diagnosen zurückzuführen seien. Die ausgedehnten und abschliessenden Untersuchungen am Universitätsspital Zürich im Sommer 2002 belegten eine normale Leistungsfähigkeit des Herzkreislaufsystems zu diesem Zeitpunkt bei allen durchgeführten Untersuchungen. Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit durch die Herzerkrankung sei daher ausgeschlossen. Im Übrigen sei die Prognose bei dieser Form der Kardiomyopathie an sich gut und eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in der nächsten Zeit nicht zu erwarten.

Die subjektiv empfundene Leistungsschwäche seit 1996 und die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit seit 2001 sei am ehesten mit der Neurasthenie zu erklären. Die diesbezügliche Diagnose werde in den Zeugnissen von Dr. J und von der Klinik Mammern bestätigt.

Die depressive Episode müsse als leicht eingestuft werden. Eine solche sei in der Regel nicht oder kaum mit einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit verbunden. Die Angaben über die Behandlung der Neurasthenie und der Depression seien eher pauschal. Es müsse davon ausgegangen werden, dass das Potential hier nicht genügend ausgeschöpft werde. Eine sinnvolle Kombination schulmedizinischer und alternativer Konzepte sei angezeigt. Widersprüchlich seien auf Grund der vorliegenden Unterlagen die Einschätzungen der Arbeitsfähigkeit. Weder von Seiten der Klinik Mammern noch vom Universitätsspital Zürich sei eine Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen worden und von Dr. J seien nur vage und variable Angaben gemacht worden, die von 40 % bis 100 % reichten und zudem als subjektiv bezeichnet würden.

Wenig nachvollziehbar sei, weshalb sich angesichts der angegebenen Tätigkeit das Treppensteigen oder andere körperliche Aktivitäten so stark auf die Arbeitsfähigkeit auswirken sollten. Hinzu komme, dass die Arbeitsunfähigkeiten lückenhaft dokumentiert seien. Andere als die angegebenen Gründe für eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit fehlten. Insgesamt ergebe sich, dass die erwähnten Diagnosen übereinstimmend und unbestritten seien. Die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit sei nicht oder lückenhaft ausgewiesen und durch die erhobenen Befunde ungenügend erklärt. Für den Zeitraum vom 21. Mai 2001 bis 31. Dezember 2002 sei eine Arbeitsunfähigkeit von höchstens 30 % im Durchschnitt anzunehmen. Zum jetzigen Zeitpunkt sei die Arbeitsfähigkeit nach dem 1. Januar 2003 nicht definitiv beurteilbar. Es gäbe keine Hinweise, die eine Arbeitsfähigkeit von mehr als 30 % annehmen lasse (Urk. 9/6 S. 1 ff.).

5.2.5 Dr. med. H, Facharzt für Innere Medizin, sagte in der Zeugenbefragung vom 28. April 2005 aus, er behandle die Klägerin seit 2003. Er wisse, welchen Beruf die Klägerin ausübe. Es sei richtig, dass er ab 1. Juli 2002 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % attestiert habe. Der Grund dafür sei die körperliche Erschöpfung der Klägerin gewesen. Ob die Arbeitsfähigkeit somatisch oder psychisch bedingt gewesen sei, habe sich kaum unterscheiden lassen. Bei der Klägerin habe beides einen Einfluss gehabt. Festgelegt habe er die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Berichte, der laufenden Untersuchungen sowie aufgrund der Angaben der Klägerin über deren Leistungen (Prot. S. 16 f.).

5.3 Gemäss den AVB wird das Taggeld für jeden Tag einer ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit bezahlt (Urk. 2/1/1 S. 6 Ziff. b 6, Urk.. 2/3/1 S. 3 Ziff. C 1.2).

Die verschiedenen berichtenden Ärzte stellten zwar übereinstimmende Diagnosen, hingegen bestehen Unterschiede im Zusammenhang mit der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit.

Keine diesbezüglichen Beurteilungen enthalten die Berichte der Klinik Schloss Mammern und des Universitätsspitals Zürich (Urk. 2/2, Urk. 9/4).

Die Beurteilung des Vertrauensarztes der Beklagten, Dr. R, vom 14. Dezember 2002, welcher für die Zeit ab 21. Mai 2001 von einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von höchstens durchschnittlich 30 % ausgeht, erfolgte im Nachhinein, nach Einsicht in verschiedene Vorakten sowie gestützt auf ein Gespräch mit der Klägerin während 45 Minuten (Urk. 9/6).

Aufgrund regelmässiger Konsultationen hingegen erfolgte die Beurteilung des Grades der Arbeitsunfähigkeit durch Dr. J. Diesen Beurteilungen erwuchs Kritik durch Dr. R (vgl. Urk. 9/6 S. 3). Berechtigt ist die Kritik dahingehend, dass Dr. J beispielsweise angab, die nach dem Aufenthalt in der Klinik Schloss Mammern attestierte Arbeitsunfähigkeit sei vom Kardiologen der Klinik empfohlen worden respektive im Einverständnis mit der Klinik erfolgt (Prot. S. 12 f.). Eine solche Empfehlung oder Beurteilung eines Kardiologen der Klinik Schloss Mammern vermochte weder die Klägerin vorzulegen noch ergibt sich dies sonstwie aus den Akten. Gleichzeitig ist aber zu beachten, dass Dr. J gemäss ihren Angaben anlässlich der Konsultationen der Klägerin eindeutig organische Beschwerden festgestellt hat, zum einen Erschöpfungssymptome, zum anderen aber auch Beschwerden im Zusammenhang mit dem Herzleiden (Prot. S. 10 f. und 12 ff.). Dass Beschwerden im Zusammenhang mit dem Herzleiden durchaus auftreten können (Herzinsuffizienz, Herzrhythmusstörungen), bestätigt auch der Bericht des Universitätsspitals Zürich vom 22. Juni 2002 (Urk. 9/4). Auch Dr. H gab

in der Zeugenbefragung klar an, die Leistungsfähigkeit der Klägerin sei auch durch körperliche Ursachen beeinträchtigt worden (Prot. S. 17). Es kann mithin nicht ohne weiteres mit Dr. R davon ausgegangen werden, das Herzleiden habe keinerlei Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit.

Hinzu kommt, dass bezüglich der Beurteilung durch Dr. R nicht hinreichend feststeht, dass seine Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bezogen auf das von der Klägerin in gesundem Zustand üblicherweise geleistete Pensum erfolgte. Es ist mit anderen Worten nicht auszuschliessen, dass er unter Berücksichtigung dieses Pensums eine höhere Einschränkung für die Zeit ab Mai 2001 attestiert hätte.

Zusammenfassend erweisen sich insgesamt die Beurteilungen der Arbeitsfähigkeit von Dr. J als nachvollziehbar. Zwar ist Dr. J die Ärztin, welche die Klägerin schon seit Jahren behandelt, weshalb zweifellos ein ausgeprägtes Vertrauensverhältnis besteht. Jedoch machte Dr. J ihre Aussagen unter der strengen Strafandrohung von Art. 307 des Strafgesetzbuches, und Anzeichen für eine nicht den Tatsachen entsprechende Angaben fehlen.

Im Besonderen zu beachten ist zudem, dass Dr. J in ihrer Befragung darauf hinwies, bei der Klägerin handle es sich um eine Person mit besonderen Verantwortungsbewusstsein, und dass jeweils Schuldgefühle aufgetreten seien, wenn die Klägerin weniger gearbeitet habe (Prot. S. 11). Auch die Klägerin selber führte aus, sie habe über Jahre ein zu grosses Arbeitspensum geleistet (Prot. S. 6). Es kann damit davon ausgegangen werden, dass die Klägerin auch nach dem Auftreten der die Leistungsfähigkeit beschränkenden gesundheitlichen Beschwerden wenn nicht weiterhin zuviel, so doch am oberen Limit des Vertretbaren ihrer Arbeit nachging und somit eine Person ist, die sich leistungsmässig eher überfordert. Auch unter diesem Blickwinkel kann davon ausgegangen werden, dass die Beurteilung der jeweiligen Arbeitsunfähigkeiten keineswegs zu grosszügig beziehungsweise einseitig zu Gunsten der Klägerin erfolgte, sondern den tatsächlichen Gegebenheiten entsprach.

Zusammenfassend ergibt sich, dass bei der Klägerin ab 26. August 2001 bis 8. Februar 2002 eine Arbeitsunfähigkeit von 60 % bestanden hat und vom 19. April bis 8. Juni 2002 eine Arbeitsunfähigkeit von 80 %.

5.4 Für die Zeit vom 6. Februar bis 18. April 2002, für welche von Dr. J eine Arbeitsunfähigkeit von 100% attestiert wurde, hielt sich die Klägerin gemäss ihren Angaben bei ihrem Bruder in den Vereinigten Staaten auf, um sich dort medizinischen Abklärungen zu unterziehen (Prot. S. 8). Dass die Klägerin in dieser Zeit ihrer Tätigkeit nicht nachgehen konnte, bedarf keiner näheren Erläuterung. Dies ist auch nicht strittig.

Einzugehen ist auf den Einwand der Beklagten, gemäss den AVB wäre die Klägerin verpflichtet gewesen, die Beklagte über den Auslandsaufenthalt in Kenntnis zu setzen und diese hätte der Reise zustimmen müssen, ansonsten kein Anspruch auf Leistungen bestehe (Urk. 24 S. 1 f.). Richtig ist, dass sowohl in der Ausgabe 90 als auch in der Ausgabe 2000 der AVB eine entsprechende Bestimmung vorhanden ist.

Ziffer A 2.2 der Ausgabe 90 der AVB lautet (Urk. 2/3/1 S.2):

„Eine teil- oder vollwerbsunfähige versicherte Person, die sich ohne Zustimmung der Y ins Ausland begibt, verliert ihren Anspruch auf Versicherungsleistungen beim Verlassen der Schweiz. Die Leistungspflicht der Y beginnt wieder mit dem Zeitpunkt der Rückkehr in die Schweiz.“

Ziffer A 2.2 der Ausgabe 2000 der AVB lautet (Urk. 2/1/12 S. 5):

„Verlässt eine versicherte Person ohne vorgängige und ausdrückliche Zustimmung durch uns die Schweiz, ruht ihr Anspruch auf Versicherungsleistungen. Unsere Leistungspflicht beginnt wieder mit dem Zeitpunkt der Rückkehr in die Schweiz.“

Beizupflichten ist der Klägerin, dass der Wortlaut der erwähnten Bestimmung in den Ausgaben 90 und 2000 variiert. In der Ausgabe 2000 wird nur „versicherte Person“ erwähnt, und nicht wie noch in der Ausgabe 90 „teil- oder vollwerbsunfähige versicherte Person“. Nichtsdestotrotz aber regeln sowohl Ziffer A 2.2 der Ausgabe 2000 wie auch Ziffer A 2.2 der Ausgabe 90 in unzweideutiger Weise die Frage des Leistungsexportes, mithin die Frage, unter welchen Bedingungen eine versicherte Person, welche bereits Leistungen ausgerichtet erhält, diese mit ins Ausland nehmen kann. In beiden Versionen setzte der Leistungsexport die Zustimmung der Beklagten voraus.

Nicht näher substantiiert hat die Klägerin ihre Behauptung, sie habe sich nicht in die USA begeben, ohne dies der Beklagten direkt oder indirekt (über ein Arztzeugnis) mitgeteilt zu haben (vgl. Urk. 31 S. 3 Ziff. 2.1). Sie macht diesbezüglich keine Angaben zu Art und Zeitpunkt dieser behaupteten Mitteilungen. Auf diese bloss unbestimmte Behauptung ist daher nicht weiter einzuge-

hen. Dasselbe gilt für den Antrag auf vollständige Edition der Unterlagen der Beklagten. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Klägerin der Beklagten vorgängig keine Mitteilung über ihre Reise in die Vereinigten Staaten machte.

Von einer konkludenten Zustimmung der Beklagten kann, entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. Urk. 31 S. 3 Ziff. 2.2), nicht ausgegangen werden. Im Gutachten des Vertrauensarztes Dr. R ist zwar ein Aufenthalt in Hawaii erwähnt, nicht jedoch der Zeitpunkt dieses Aufenthaltes (vgl. Urk. 9/6 S. 2). Andere Hinweise in den Akten, welche von der Beklagten entsprechend hätten interpretiert werden können, sind nicht ersichtlich und wurden von der Klägerin auch nicht bezeichnet.

Zutreffend ist der Hinweis der Klägerin auf Art. 45 Abs. 1 VVG, dass bei einem vertraglich vereinbarten Rechtsnachteil aufgrund der Verletzung einer Obliegenheit der Nachteil dann nicht eintritt, wenn die Verletzung der Obliegenheit den Umständen nach als unverschuldet anzusehen ist. Gerade letzteres vermochte die Klägerin aber nicht darzutun. Es ist nicht ersichtlich, dass im Zusammenhang mit der Reise in die Vereinigten Staaten beispielsweise Gefahr im Verzuge gewesen wäre. Vielmehr ist aufgrund der bekannten Verumständungen davon auszugehen, dass es sich um eine geplante und vorbereitete Reise gehandelt hat und die Meldung an die Beklagte schlicht vergessen ging (vgl. Prot. S. 8 und S. 13). Dies hat die Klägerin zu vertreten.

Was die Klägerin schliesslich im Zusammenhang mit der Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel vorbringt (Urk. 31 S. 5 f. Ziff. 4), vermag nicht zu überzeugen. Die Klägerin vermochte nicht näher darzutun, dass die fragliche Bestimmung der AVB vom Inhalt her oder aufgrund ihrer systematischen Einordnung ungewöhnlich oder überraschend ist. Dass die Beklagte erstmals mit der Eingabe vom 2. Mai 2005 ausdrücklich auf die Bestimmung aufmerksam gemacht hat (vgl. Urk. 24), belegt deren Ungewöhnlichkeit nicht. Es ist im Übrigen auch nicht von einem verspäteten Vorbringen auszugehen. Dies macht auch die Klägerin zu Recht nicht geltend. Gemäss dem aufgrund von § 28 lit. c des GSVGer anwendbaren § 114 der Zivilprozessordnung (ZPO) sind die Parteien zwar mit ihren Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in der letzten Rechtsschrift nicht vorgebracht haben. Der Grundsatz gilt aufgrund von § 115 Ziff. 2 ZPO jedoch nicht bei Behauptungen, Bestreitungen und Einreden, deren Richtigkeit sich aus den Prozessakten ergibt, was vorliegend der

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass für die Zeit des Aufenthaltes der Klägerin in den Vereinigten Staaten vom 6. Februar bis 18. April 2002 der Anspruch der Klägerin auf Taggeldleistungen ruhte.

6.

6.1 Gemäss dem in vorstehender Erwägung 5.3 Ausgeführten ist für die Zeit vom 26. August 2001 bis 8. Februar 2002 von einer Arbeitsunfähigkeit von 60 % auszugehen und für die Zeit vom 19. April bis 8. Juni 2002 von einer Arbeitsunfähigkeit von 80 %. Bereits ausbezahlt wurde für diese Zeitperioden gemäss der von der Klägerin eingereichten Taggeldabrechnung vom 4. März 2003 ein Taggeld von Fr. 175.35 für eine Arbeitsunfähigkeit von 40 % (Urk. 2/4/2).

6.2 Der volle Taggeldansatz beträgt Fr. 438.35 (Fr. 175.35 : 40 x 100). Dies kann auch der erwähnten Taggeldabrechnung entnommen werden. Auch die Klägerin geht in der Klagebegründung von diesem Taggeldansatz aus (Urk. 1 S. 7 Ziff. 11). Die Bestreitung der Beklagten erfolgte lediglich für den Fall, dass ab Mai 2001 von einem neuen Versicherungsfall und nicht von einem Rückfall auszugehen sei (vgl. Urk. 8 S. 9 Ziff. 14), was aber vorliegend nicht der Fall ist.

6.3 Im Zeitraum vom 26. August 2001 bis 5. Februar 2002 (vgl. Erwägung 5.4) besteht Anspruch auf insgesamt 164 Taggelder (6 Taggelder im August 2001, 30 im September 2001, 31 im Oktober 2001, 30 im November 2001, je 31 im Dezember 2001 und im Januar 2002 und 5 im Februar 2002). 60 % des vollen Taggelds von Fr. 438.35 sind Fr. 263.-- (Fr. 438.35 x 0,6). Die Differenz zwischen dem bereits ausbezahlten Taggeld in der Höhe von Fr. 175.35 und Fr. 263.-- beträgt Fr. 87.65. Dies multipliziert mit 164 ergibt den Differenzbetrag von Fr. 14'347.60, auf den die Klägerin für die Zeit vom 26. August 2001 bis 5. Februar 2002 noch Anspruch hat.

6.4 Für die Zeit vom 19. April bis 8. Juni 2002 ergibt sich ein Anspruch auf 51 Taggelder (12 Taggelder im April 2002, 31 im Mai 2002 und 8 im Juni 2002). 80 % des vollen Taggelds von Fr. 438.35 sind Fr. 350.70, das heisst das Doppelte des bereits auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 40 % ausbezahlten Taggelds von Fr. 175.35. Die Klägerin hat demnach noch Anspruch auf Taggeldleistungen in der Höhe von Fr. 8'942.85 (Fr. 175.35 x 51).

6.5 Insgesamt besteht demnach noch Anspruch auf Taggeldleistungen in der Höhe von Fr. 23'290.45 (Fr. 14'347.60 und Fr. 8'942.85). Da von der Beklagten weder widerklage- noch verrechnungsweise Ansprüche geltend gemacht wurden, ist

die Klage in diesem Umfange gutzuheissen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen. Nicht zu beanstanden ist der Zins von 5 % seit 20. April 2003. Damals waren die noch ausstehenden Taggelder bereits fällig.

7.

71 Nach Massgabe von § 34 Abs. 1 GSVGer verpflichtet das Gericht die unterliegende Partei zum Ersatz der Parteikosten, wenn die obsiegende Partei einen entsprechenden Antrag stellt. Letzteres ist vorliegend der Fall, wobei die Beklagte zu rund vier Fünftel obsiegt.

72 Die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung bemisst sich ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, nach der Schwierigkeit des Prozesses und nach dem Mass des Obsiegens (§ 34 Abs. 3 GSVGer). In Beachtung dieser Grundsätze erweist sich eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'400.-- (Barauslagen und Mehrwertsteuer inbegriffen) als angemessen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 23'290.45 zuzüglich 5 % Zins seit 20. April 2003 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'400.-- (Mehrwertsteuer und Auslagenersatz inbegriffen) zu bezahlen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Rechtsanwalt Adelrich Friedli
 - Fürsprecher René W. Schleifer unter Beilage einer Kopie von Urk. 31 und 32
 - Bundesamt für Privatversicherungen

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Rechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechend Eingabe Berufung gemäss Art. 50 OG an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende



Mosimann

Der Gerichtssekretär



Wilhelm

BM/WG/LR

versandt

Die Frist steht während folgender Zeiten still: Vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August, vom 18. Dezember bis und mit dem 1. Januar.