



II. Kammer

Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender  
Sozialversicherungsrichter Meyer  
Sozialversicherungsrichter Walser  
Gerichtssekretär Volz

## Urteil vom 26. September 2008

in Sachen

X

Kläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Kathrin Hässig  
Anwaltsbüro Lätsch + Hässig

gegen

A      **Krankenversicherung AG**

Beklagte

## Sachverhalt:

1.

- 1.1 X, geboren 1956, war vom 16. Mai 2005 (Urk. 10/13/1) bis 31. März 2006 (Urk. 10/7/7) als Gipser und Isoleur (Urk. 10/13/1) bei Y, tätig und über diesen ab 1. Dezember 2005 (Urk. 9/3) bei der A Krankenversicherung AG (nachfolgend: A) gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) krankentaggeldversichert. Nachdem Y mit der Begleichung der Prämien in Verzug geraten war, teilte die A mit Schreiben vom 7. März 2007 (Urk. 9/7) Y mit, dass sie die Versicherung rückwirkend per Leistungssperre aufgehoben habe, und dass ab 1. Mai 2006 kein Versicherungsschutz mehr bestehe.
- 1.2 Am 8. Februar 2006 (Urk. 9/8) und am 28. Februar 2008 (Urk. 9/9) meldete Y den Versicherten bei der A zum Bezug von Versicherungsleistungen an, worauf A für die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten vom 23. Dezember 2005 bis 31. Januar 2006 Versicherungsleistungen ausrichtete. Mit Schreiben vom 24. April 2006 stellte A fest, dass der Versicherte bei Vertragsbeginn am 1. Dezember 2005 bereits arbeitsunfähig gewesen sei, weshalb für ihn bei Vertragsbeginn keine Versicherungsdeckung bestanden habe, und verneinte einen Anspruch des Versicherungsnehmers auf weitere Versicherungsleistungen für die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten (Urk. 9/22 S. 1).

2.

- 2.1 Mit Eingabe vom 2. März 2007 erhob der Versicherte Klage gegen A mit dem Rechtsbegehren, A sei zu verpflichten, dem Versicherten für die Zeit vom 1. Februar 2006 bis 28. Februar 2007 Krankentaggeldleistungen im Betrag von insgesamt Fr. 72'786.75 zu bezahlen, zuzüglich Zins von 5 % ab 15. August 2006 (Urk. 1 S. 2).
- 2.2 Mit Klageantwort vom 31. Mai 2007 beantragte A die Abweisung der Klage (Urk. 8 S. 2). Mit Verfügung vom 18. Juni 2007 (Urk. 11) wurden die den Versicherten betreffenden Akten der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA; Urk. 14/1-13 und Urk. 15/1-14), sowie die Akten der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, des gegenwärtig an hiesigem Gericht anhängigen invalidenversicherungsrechtlichen Verfahrens in Sachen des Klägers (Prozess Nummer IV.2007.00463; Urk. 10/1-32) beigezogen.

- 2.3 Mit Replik vom 4. Oktober 2007 hielt der Versicherte an seinem klageweise gestellten Rechtsbegehren fest (Urk. 19 S. 2), worauf A mit Duplik vom 10. Dezember 2007 an ihrem Antrag auf Abweisung der Klage festhielt (Urk. 24 S. 2). Am 14. April 2008 nahm A Stellung zu den Akten der IV-Stelle und der Suva (Urk. 32), worauf der Versicherte mit Eingabe vom 18. Juni 2008 an seinem klageweise gestellten Rechtsbegehren festhielt (Urk. 35 S. 2). Mit Verfügung vom 1. September 2008 (Urk. 37) wurde der Schriftenwechsel als geschlossen erklärt.

### Das Gericht zieht in Erwägung:

1.
  - 1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 KVG unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) dem VVG. Die daraus herrührende Streitigkeit ist daher zivil- und vermögensrechtlich (BGE 124 III 46 Erw. 1 und 232 Erw. 2b), wobei Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG; in der ab 1. Januar 2006 gültigen Fassung; bis 31. Dezember 2005: Art. 47 Abs. 2) für das Klageverfahren bei Klagen aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung von Bundesrechts wegen ein einfaches und rasches Verfahren sowie die Untersuchungsmaxime vorschreibt. Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ist im Kanton Zürich das hiesige Gericht sachlich zuständig (§ 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des GSVGer, wobei ergänzend das Gesetz über den Zivilprozess (ZPO) sinngemäss Anwendung findet (§ 28 GSVGer).
  - 1.2 Die Beklagte schloss mit Y eine „Kollektive Taggeldversicherung nach VVG“ ab. Gemäss der Versicherungspolice (Urk. 9/4) handelte es sich dabei um eine dem VVG unterstehende Krankenzusatzversicherung, wobei die in der Versicherungspolice erwähnten (Urk. 9/4 S. 3) Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB; Urk. 9/5) gemäss dem Vermerk auf S. 3 der Police Bestandteil des Versicherungsvertrages wurden. Gemäss der Versicherungspolice waren sämtliche Mitarbeiter von Y für ein Krankentaggeld in Höhe von 80 % des Verdienstes während einer Leistungsdauer von 730 Tagen pro Krankheitsfall, abzüglich einer Wartefrist von 7 Tagen, versichert (Urk. 9/4 S. 2).

- 1.3 Der Kläger macht geltend, dass er bei Y vom Mai 2005 bis 22. Dezember 2005 bei einem Beschäftigungsgrad von 100 % gearbeitet habe, dass er während dieser Zeit nur in den Monaten September und Oktober 2005 wegen eines Unfalls arbeitsunfähig gewesen sei, und dass ab 23. Dezember 2005 eine andauernde Arbeitsunfähigkeit von 100 % bestanden habe (Urk. 1 S. 5).
  - 1.4 Die Beklagte bringt hiegegen vor, dass die ab 22. Dezember 2005 bestehende Arbeitsunfähigkeit des Klägers durch eine bereits vor Vertragsabschluss ausgebrochene Krankheit verursacht worden sei, weshalb die Versicherung gegen ihre Folgen auf Grund des Rückversicherungsverbots in Art. 9 VVG ausgeschlossen sei. Aus diesem Grunde sei ein Anspruch des Klägers auf Versicherungsleistungen zu verneinen (Urk. 8 S. 9 f.).
2.
    - 2.1 Gemäss der zwingend anwendbaren (Art. 97 Abs. 1 VVG) Bestimmung von Art. 9 VVG ist ein Versicherungsvertrag - vorbehältlich hier nicht interessierender Ausnahmen (vgl. Art. 100 Abs. 2 VVG) - unter anderem dann nichtig, wenn bei Vertragsschluss das befürchtete Ereignis bereits eingetreten ist. 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 sogenannte 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 unerheblich (BGE 127 III 23 Erw. 2b/aa mit Hinweisen) .
    - 2.2 In der Krankenversicherung besteht die Gefahr, gegen deren Folgen versichert wird, in der Erkrankung der versicherten Person. Die Beklagte versichert als Krankheit „jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat“ (Ziff. 3 AVB; Urk. 9/5); die Umschreibung entspricht der Krankheitsdefinition nach Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG). Ist eine Krankheit im Sinne dieser Definition bei Vertragsschluss bereits ausgebrochen, so ist die Versicherung gegen ihre Folgen nach Art. 9 VVG ausgeschlossen, unbekümmert darum, ob sie noch andauert (BGE 127 III 23 f. Erw. 2b/aa).

- 2.3 Nach der Rechtsprechung (BGE 127 III 21, 124 V 121 Erw. 3b) ist kein lückenloses Auftreten von Symptomen gefordert. Auch das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit gilt nicht als selbstständige Neuerkrankung oder als Teilereignis, sondern ist als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit aufzufassen, und stellt mithin einen Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG dar. Denn nicht das Auftreten von Symptomen, sondern deren medizinische Ursache steht für die Definition des Krankheitsbegriffs im Vordergrund.
- 3.4 Der Vertragsabschluss kommt mit Eintreffen der Annahmeerklärung des Versicherers beim antragstellenden Versicherungsnehmer zustande (Art. 1 Abs. 4 VVG; Urs Chr. Nef, Basler Kommentar, N 18 zu Art. 9 VVG). Aus den Akten ist nicht zweifelsfrei ersichtlich, wann die Annahmeerklärung der Beklagten bei Y eintraf. Jedenfalls ist ersichtlich, dass der Versicherungsantrag vom 7. November 2005 des Versicherungsnehmers am 14. November 2005 bei der Beklagten eintraf (Eingangsstempel; Urk. 9/3). Ein die Annahme erklärendes Schreiben der Beklagten befindet sich nicht bei den Akten, weshalb davon auszugehen ist, dass die Beklagte gegenüber Y die Annahme seiner Offerte mit Zusendung der Versicherungspolice konkludent bekundete. Die Versicherungspolice wurde indes erst am 9. Dezember 2005 ausgestellt (Urk. 9/4 S. 3), weshalb in Anbetracht der üblichen postalischen Zustellfristen davon auszugehen ist, dass die Annahmeerklärung der Beklagten spätestens im Verlauf der ersten Hälfte des Monats Dezember 2005 beim Versicherungsnehmer eintraf. Somit ist davon auszugehen, dass Versicherungsvertrag spätestens am 15. Dezember 2005 zustande kam.
- 4.
- 4.1 Zu prüfen ist im Folgenden auf Grund der medizinischen Aktenlage, ob die nach Vertragsabschluss aufgetretene Arbeitsunfähigkeit Folge einer bereits vor Vertragsabschluss eingetretenen Krankheit darstellt, und ob es sich dabei um ein bereits eingetretenes Ereignis im Sinne von Art. 9 VVG handelte.
- 4.2 Dr. med. E Röntgendiagnostik FMH, erwähnte im MRI-Bericht des Röntgeninstituts Jona vom 10. Oktober 2003, dass der Kläger seit Monaten unter Schmerzen im Bereich der Lendenwirbelsäule (LWS) leide. Eine gleichentags durchgeführte Magnetresonanztomographie der LWS des Klägers habe eine leicht breitbasige Diskusprotrusion L4/5, deutliche Facettengelenksarthrosen der unteren LWS mit konsekutiver leichter Spinalkanalstenose L3/4-L5/S1 ergeben.

Teilweise beständen Gelenksergüsse in den Facettengelenken. Dieser Befund sei gut vereinbar mit aktivierten Arthrosen (Urk. 9/14).

4.3 Dr. med. F, Physikalische Medizin FMH, stellte in seinem Bericht vom 19. Dezember 2003 unter anderem die folgenden Diagnosen (Urk. 9/15 S. 1):

- chronisch rezidivierendes bis chronisches Lumbovertebralsyndrom
- leichtgradige rechtskonvexe Skoliose
- geringe mediane Diskusprotrusion L4/5
- mässiggradige Spondylarthrose L3-S1

Der Kläger leide seit zehn Jahren an Episoden von Rückenschmerzen mit längeren schmerzfreien Pausen. Im Jahre 2003 leide der Kläger fast täglich unter vermehrten Schmerzen. Als Gipser und Fassadenisoleur sei der Kläger nicht mehr arbeitsfähig. In behinderungsangepassten, körperlich leichten bis mittelschweren Tätigkeiten bestehe eine volle Arbeitsfähigkeit (Urk. 9/15 S. 2).

4.4 Die Ärzte des Universitätsspitals Zürich, Neurologische Klinik und Poliklinik (nachfolgend: USZ), stellten in ihrem Bericht vom 13. Oktober 2005 die folgenden Diagnosen (Urk. 10/9/8):

- rezidivierende Präsynkopen/Synkopen mit Drehschwindel
- Cervicalsyndrom bei Status nach Auffahrunfall vom Dezember 1999 mit leichter Distorsion der HWS
- chronisch rezidivierendes Lumbovertebralsyndrom seit 1996
- Status nach hypertoner Krise 2002
- Epicondylopathia humeri radialis links seit 2002

Der Kläger sei zur Abklärung von rezidivierenden Schwindelepisoden aufgeboten worden. Hinweise auf eine vestibuläre Störung, auf ein weiteres Ausfallsyndrom und auf epilepsietypische Veränderungen seien nicht vorhanden (Urk. 10/9/9). Die Arbeitsfähigkeit betrage 100 %, wobei ungesicherte Arbeiten in grossen Höhen zu vermeiden seien (Urk. 10/9/8).

4.5 Dr. med. G, Spezialarzt FMH für Innere Medizin, stellte in seinem Bericht vom 28. November 2005 fest, dass sich der Kläger anlässlich eines Unfalls vom 23. September 2005 eine Thoraxkontusion zugezogen habe (Urk. 14/6), und erwähnte, dass die gemäss den Angaben des Klägers seit dem Unfallzeitpunkt bestehende Arbeitsunfähigkeit etwas problematisch sei (Urk. 14/7). Im Unfallschein attestierte Dr. G dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 23. September 2005 bis 14. November 2005 (Urk. 14/1).

4.6 Mit Bericht vom 29. November 2005 stellte Dr. F die folgenden Diagnosen (Urk. 9/16 = Urk. 10/9/3):

- chronisches Thorakolumbovertebralsyndrom mit lumbospondylogenen Ausstrahlungen linksseitig
- beginnende Chondrose L5/S1
- Hyperlordose
- Hemisakralisation L5 links
- muskuläre Dysbalance
- chronische Epicondylopathia lateralis und medialis beidseits

Der Kläger leide täglich unter Rückenschmerzen, welche mit Medikamenten leicht besserten. Zusätzlich leide er seit 1,5 Jahren unter Schmerzen im Bereich beider Ellenbogen. Die Rückenschmerzen seien auf eine muskuläre Dysbalance mit ausgeprägten Verkürzungen im Bereich des Beckens und der Beine zurückzuführen. Bei den chronischen Ellenbogenschmerzen handle es sich um Beschwerden im Rahmen eines Tennis- beziehungsweise Golfellenbogens beidseits (Urk. 9/16 S. 2).

4.7 Die Ärzte der Zürcher Höhenklinik Wald stellten in ihrem Bericht vom 4. April 2006 unter anderem die folgenden Diagnosen (Urk. 10/9/5 = Urk. 10/10/7):

- chronisches thorakolumbales Schmerzsyndrom mit lumbospondylogener Ausstrahlung linksseitig bei beginnender Chondrose L5/S1, Hemisakralisation L5 links und muskulärer Dysbalance
- chronische Epicondylopathia lateralis und medialis beidseits
- rezidivierender Schwindel unklarer Genese

Eine Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit als Gipser und Fassadenisoleur sei wenig realistisch (Urk. 10/9/5).

4.8 Dr. G diagnostizierte in seinem Bericht vom 4. Mai 2006 ein chronisches thorakolumbales Schmerzsyndrom, eine chronische Epicondylopathie und einen rezidivierenden Schwindel (Urk. 10/9/1 lit. A). In seinem bisherigen Beruf sei der Kläger im Umfang von 100 % in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt (Urk. 10/9/1 lit. B).

4.9 Mit Bericht vom 8. Mai 2006 erwähnten die Ärzte der Zürcher Höhenklinik Wald, dass dem Kläger ein Wiedereinstieg in den bisherigen Beruf als Gipser und Fassadenisoleur kaum mehr möglich sei (Urk. 10/10/4). Im Beiblatt zur Arbeitsbelastung vom 5. Mai 2006 attestierten die Ärzte der Zürcher Höhenkli-

nik Wald dem Kläger eine Arbeitsfähigkeit in behinderungsangepassten Tätigkeiten von 50 % (Urk. 10/10/6).

- 4.10 Mit Zeugnis vom 11. September 2006 attestierte Dr. G dem Kläger ab dem 22. Dezember 2005 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit (Urk. 9/25).
- 4.11 Am 3. November 2006 führte Dr. G aus, dass er den Kläger seit Dezember 2003, vor allem wegen Kopf-, Rücken- und Kniebeschwerden sowie Schwindel behandelt habe (Urk. 9/26).
- 4.12 Mit Zeugnis vom 21. November 2006 attestierte Dr. G dem Kläger vom 23. September 2005 bis 27. Oktober 2005 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % wegen Unfall und ab dem 23. Dezember 2005 bis auf Weiteres eine solche wegen Krankheit (Urk. 10/24).

5.

- 5.1 In Würdigung der obenerwähnten medizinischen Akten fällt auf, dass die beteiligten Ärzte übereinstimmend davon ausgingen, dass der Kläger seit Jahren an Rückenbeschwerden leidet. Dr. E stellte bereits am 10. Oktober 2003 eine leichte breitbasige Diskusprotrusion L4/5, deutliche Facettengelenksarthrosen der unteren LWS mit konsekutiver leichter Spinalkanalstenose L3/4-L5/S1 sowie Gelenksergüsse in den Facettengelenken (Urk. 9/14) fest. Dr. F stellte am 19. Dezember 2003 unter anderem ein chronisch rezidivierendes bis chronisches Lumbovertebralsyndrom, eine geringe mediane Diskusprotrusion L4/5 und eine mässiggradige Spondylarthrose L3-S1 fest und erwähnte, dass der Kläger seit zehn Jahren an Episoden von Rückenschmerzen leide (Urk. 9/15 S. 2). Am 29. November 2005 stellte Dr. F ein chronisches Thorakolumbovertebralsyndrom fest und erwähnte, dass der Kläger täglich unter Rückenschmerzen und seit 1,5 Jahren auch unter Schmerzen im Bereich beider Ellenbogen leide (Urk. 9/16 S. 2). Die Ärzte des USZ erwähnten am 13. Oktober 2005, dass der Kläger seit 1996 an einem chronisch rezidivierenden Lumbovertebralsyndrom und seit 2002 an einer Epicondylopathia humeri radialis links leide (Urk. 10/9/8). Während die Ärzte der Zürcher Höhenklinik Wald am 4. April 2006 ein chronisches thorakolumbales Schmerzsyndrom feststellten (Urk. 10/9/5), diagnostizierte Dr. G am 4. Mai 2006 unter Anderem ein chronisches thorakolumbales Schmerzsyndrom und eine chronische Epicondylopathie (Urk. 10/9/1 lit. A).

- 5.2 Dr. F ging am 19. Dezember 2003 davon aus, dass auf Grund des Rückenleidens, in der vom Kläger bisher ausgeübten Tätigkeit als Gipser und Fassadenisoleur eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen sei. Hingegen sei dem Kläger die Ausübung behinderungsangepasster, körperlich leichter bis mittelschwerer Tätigkeiten uneingeschränkt zuzumuten (Urk. 9/15 S. 2). Während die Ärzte der Zürcher Höhenklinik Wald am 4. April 2006 eine Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit als Gipser und Fassadenisoleur durch den Kläger als wenig realistisch erachteten (Urk. 10/9/5), stellte Dr. G in seinem Bericht vom 4. Mai 2006 eine Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf des Klägers von 100 % fest (Urk. 10/9/1 lit. B).
- 5.3 Dr. F, die Ärzte der Zürcher Höhenklinik Wald und Dr. G stimmten in ihrer Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers insofern überein, als sie übereinstimmend davon ausgingen, dass der Kläger massgeblich durch ein Rückenleiden im Sinne eines Lumbovertebralsyndroms sowie durch ein Leiden im Bereich beider Ellenbogen in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt war, und dass dem Kläger die Ausübung der bisher ausgeübten Tätigkeit als Gipser und Fassadenisoleur aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr zuzumuten gewesen sei. Während die Ärzte der Zürcher Höhenklinik Wald den Kläger erstmals bei dessen Klinikeintritt am 20. März 2006 behandelten (vgl. Urk. 10/10/3) und sich aus diesem Grunde nicht zu der vor diesem Zeitpunkt bestehenden Arbeitsfähigkeit des Klägers äusserten, wichen Dr. F und Dr. G in ihrer Beurteilung des Beginns der massgeblichen Arbeitsunfähigkeit des Klägers insofern voneinander ab, als Dr. F dem Kläger bereits am 19. Dezember 2003 eine volle Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit attestierte, während Dr. G erst ab dem 22. Dezember 2005 (Urk. 9/25) beziehungsweise ab 23. Dezember 2005 (Urk. 10/24) eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit feststellte.
- 5.4 Vorliegend gilt es zu beachten, dass der Bericht von Dr. F vom 19. Dezember 2003 (Urk. 9/15) nicht zu beanstanden ist und den von der Rechtsprechung an eine medizinische Expertise gestellten Kriterien genügt (BGE 125 V 352 Erw. 3a, 122 V 160 Erw. 1c). Denn Dr. F berücksichtigte im Rahmen der Anamneseerhebung die medizinischen Vorakten und begründete seine Schlussfolgerung, wonach dem Kläger die Ausübung der bisherigen Tätigkeit als Gipser und Fassadenisoleur aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr zuzumuten sei, in nachvollziehbarer Weise, sodass vorliegend darauf abzustellen ist.
- 5.5 Demgegenüber lässt sich den Arbeitsunfähigkeitszeugnissen von Dr. G vom 11. September 2006 (Urk. 9/25) und vom 21. November 2006 (Urk. 10/24)

keine nachvollziehbare Begründung dafür entnehmen, weshalb erst ab dem 22. beziehungsweise 23. Dezember 2005 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit bestanden haben soll. Eine Begründung für den von Dr. G postulierten Beginn einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit am 22. oder 23. Dezember 2005 lässt sich auch seinem Bericht vom 4. Mai 2006 (Urk. 10/9/1-2) nicht entnehmen. Darin führte Dr. G lediglich aus, dass der Kläger an einem chronischen thorakolumbalen Schmerzsyndrom, an einer chronischen Epicondylopathie und an einem rezidivierendem Schwindel leide und dass aus diesen Gründen in Bezug auf die bisherige Tätigkeit des Klägers eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % ausgewiesen sei. Zum Zeitpunkt des Beginns der Arbeitsunfähigkeit äusserte sich Dr. G darin nicht. Mangels einer nachvollziehbaren Begründung kann auf die Beurteilung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit des Klägers durch Dr. G daher nicht abgestellt werden.

- 5.6 Gemäss der medizinischen Aktenlage ist daher davon auszugehen, dass bereits vor dem Zeitraum, während dem der Versicherungsvertrag abgeschlossen wurde, und daher vor dem Zeitraum vom 7. November 2005 bis 15. Dezember 2005 (vgl. Urk. 9/3), eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Klägers in Bezug auf dessen angestammte Tätigkeit als Gipser und Fassadenisoleur bestand. Sodann hat als erstellt zu gelten, dass die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehende Arbeitsunfähigkeit durch die gleiche Krankheit verursacht wurde, wie die ab dem 22. beziehungsweise 23. Dezember 2005 bestehende Arbeitsunfähigkeit.
6. Nach Gesagtem war in Bezug auf den Kläger das befürchtete Ereignis bei Vertragsschluss bereits eingetreten und daher gemäss der zwingenden Vorschrift von Art. 9 VVG nicht mehr versicherbar. In Bezug auf den Kläger hat der in Frage stehende Krankentaggeldversicherungsvertrag daher als teilnichtig zu gelten. Demnach besteht keine Leistungspflicht der Beklagten für die Ausrichtung von Taggeldleistungen für eine bereits vor Vertragsabschluss bestehende Krankheit des Klägers, sowie für eine durch diese bereits vor Vertragsschluss in der bisherigen Tätigkeit des Klägers als Gipser und Fassadenisoleur verursachte Arbeitsunfähigkeit. Aus diesen Gründen ist die Klage daher abzuweisen.
7. Mit Klageantwort vom 31. Mai 2007 beantragte die Beklagte unter anderem die Zusprechung einer Prozessentschädigung (Urk. 8 S. 2).

Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde darf obsiegenden Behörden oder mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werden. In Anwendung dieser Bestimmung hat das Eidgenössische Versicherungsgericht der SUVA und den privaten UVG-Versicherern sowie - von Sonderfällen abgesehen - den Krankenkassen keine Parteientschädigungen zugesprochen, weil sie als Organisationen mit öffentlichrechtlichen Aufgaben zu qualifizieren sind (BGE 112 V 361 Erw. 6 mit Hinweisen).

Somit ist der gestellte Antrag abzuweisen und keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

### Das Gericht erkennt:

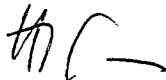
1. Die Klage wird abgewiesen und es wird festgestellt, dass der zwischen Y, und der Beklagten abgeschlossene kollektive Krankentaggeldversicherungsvertrag insofern teilweise nichtig ist, als darin die Ausrichtung von Versicherungsleistungen für eine bereits vor Vertragsabschluss bestehende und eine Arbeitsunfähigkeit verursachende Krankheit des Klägers vereinbart wurde.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:
  - Rechtsanwältin Dr. Kathrin Hässig
  - A Krankenversicherung AG
  - Bundesamt für Privatversicherungen
5. Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

## Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende



Mosimann

Der Gerichtssekretär



Volz

HW/VM/BJ

versandt

**9. Okt. 2008**