

KK.2006.00031

Sozialversicherungsgericht
des Kantons Zürich
I. Kammer

Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende
Sozialversicherungsrichterin Heine
Ersatzrichterin Maurer Reiter
Gerichtssekretärin Tanner Imfeld

Urteil vom 31. März 2009

in Sachen

A.____

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Herter
Streichenberg und Partner, Rechtsanwälte
Stockerstrasse 38, 8002 Zürich

gegen

AXA Versicherungen AG
Generaldirektion
General Guisan-Strasse 40, Postfach 357, 8401 Winterthur
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Kathrin Hässig
Anwaltsbüro Lätsch + Hässig
Joweid Zentrum 1, Postfach 138, 8630 Rüti ZH

Sachverhalt:

1. Die B.____ verfügte bei der Winterthur Schweizerische Versicherungsgesellschaft (heute und nachfolgend: AXA Versicherungen AG [AXA]) seit 1986 über eine kollektive Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; Urk. 2/2/4/3 S. 1). Per 1. Januar 2002 nahmen die B.____, handelnd durch ihren damaligen Präsidenten des Verwaltungsrates, A.____, geboren 1932, und die AXA eine Vertragsanpassung vor (vgl. Urk. 18). Gemäss der ab 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2003 gültigen Police vom 20. März 2002 sind einerseits das gesamte Personal sowie andererseits A.____ in der Kategorie Betriebsinhaber versichert (Urk. 2/2/4/3). Im Versicherungsvertrag ab 1. Januar 2004 war keine Versicherung von A.____ mehr vorgesehen (vgl. Urk. 2/2/4/5, 2/2/4/6; Urk. 2/1 S. 5).

A.____ war ab dem 1. November 2003 arbeitsunfähig (Urk. 2/1 S. 5) und die AXA richtete nach Ablauf der Wartezeit ab 1. Dezember 2003 bis 28. Mai 2004 während 180 Tagen Taggelder aus (Urk. 2/2/4/7, 7). Am 18. Juni 2004 teilte sie mit, mit dieser Abrechnung per 28. Mai 2004 sei die maximale Leistungsdauer erreicht (Urk. 2/2/4/7). Der Versicherte liess gegenüber der AXA geltend machen, da eine Leistungsdauer von 730 Tagen verabredet worden und er weiterhin arbeitsunfähig sei, stünden ihm zusätzliche Taggeldleistungen zu (Urk. 2/1 S. 5, 2/2/4/8, 2/2/4/9, 2/2/4/10).

2. Der Versicherte liess am 29. August 2005 das Sühnverfahren vor dem Friedensrichteramt der C.____ einleiten (vgl. Urk. 2/2/1) und erhob am 12. Dezember 2005 unter Vorlage der Weisung vom 12. September 2005 Klage beim D.____ mit dem Rechtsbegehren (Urk. 2/1):

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger zu bezahlen: CHF 113'452.38 nebst 5 % Verzugszins p.a. seit dem 29. Mai 2004 sowie CHF 450.- Friedensrichterkosten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (inkl. MWSt)."

In der Klageantwort vom 24. März 2006 schloss die AXA auf Abweisung (Urk. 2/2/11). Auf Anfrage des D.____ erklärte sich zum damaligen Zeitpunkt nur der Kläger an der Durchführung einer Vergleichsverhandlung interessiert (vgl. Urk. 2/2/13, 2/2/15, 2/2/16). Mit Eingabe vom 6. September 2006 wies die Beklagte auf die fehlende sachliche Zuständigkeit des D.____ hin (Urk. 2/2/17). In der Folge beschloss das D.____ am 3. Oktober 2006 ein Nichteintreten und überwies die Klage dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich (Urk. 1). Dieses ordnete einen zweiten Schriftenwechsel an (Urk. 3). In der Replik vom 29. November 2006 liess der Kläger neu beantragen (Urk. 6 S. 2):

"1. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger CHF 126'454.- zuzüglich 5 % Verzugszins p.a. seit dem 15. Februar 2005 sowie CHF 450.00 Friedensrichterkosten zu bezahlen.

2. Alles unter Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Mit Duplik vom 18. Januar 2007 (Urk. 10) hielt die Beklagte am Abweisungsantrag fest und das Gericht schloss den Schriftenwechsel (Urk. 11). Am 7. August 2008 forderte das Gericht die Beklagte nachträglich auf, das vollständige Aktendossier einzureichen (vgl. Urk. 12). Zu den daraufhin ergänzend eingereichten Unterlagen, den Versicherungsanträgen vom 23. März 2000 und von März 2002 (vgl. Urk. 15 und 18; vgl. auch Urk. 16 und 17), liess sich der Kläger am 12. Februar 2009 vernehmen (Urk. 21).

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. 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) schreibt für das Klageverfahren bei Klagen aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) von Bundesrechts wegen ein einfaches und rasches Verfahren sowie die Untersuchungsmaxime vor. 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).

2.

2.1 Nach Art. 11 Abs. 1 Satz 1 VVG ist der Versicherer gehalten, dem Versicherungsnehmer eine Police auszuhändigen, welche die Rechte und Pflichten der Parteien feststellt. In der Versicherungspolice wird grundsätzlich der bereits existente Vertrag beurkundet. Der Versicherer kann aber mit der Zustellung der Police konkludent zum Ausdruck bringen, dass er den Antrag des Versicherungsnehmers akzeptiert hat. Weicht der in der Police verurkundete Vertragsinhalt von der Offerte des Versicherungsnehmers ab, so kommt kein gültiger Vertrag zustande. Die Police stellt einen neuen Antrag des Versicherers dar (vgl. Hasenböhler, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 11 Rz 68 f.).

Stimmt der Inhalt der Police oder Nachträge zu derselben mit den getroffenen Vereinbarungen nicht überein, so hat der Versicherungsnehmer nach Art. 12 Abs. 1 VVG binnen vier Wochen nach Empfang der Urkunde deren Berichtigung zu verlangen, widrigenfalls ihr Inhalt als von ihm genehmigt gilt. Diese Bestimmung ist in ihrem Wortlaut in jede Police aufzunehmen (Art. 12 Abs. 2 VVG). Die Vermutung gilt selbst dann, wenn die Police nicht die effektiv getroffenen Vereinbarungen wiedergibt (vgl. Hasenböhler, a.a.O., Art. 12 Rz 39).

2.2 Der Kläger stützt seine Forderung auf den zwischen der B.____ und der Beklagten geschlossenen Versicherungsvertrag ab 1. Januar 2002 gemäss Police Nr. 8.967.148 vom 20. März 2002 (Urk. 2/1 S. 4). Während der Dauer desselben ist seine Arbeitsunfähigkeit

eingetreten (vgl. Urteil des Bundesgerichts in Sachen Z. vom 19. August 2003, 5C.17/2003, Erw. 3).

Der der Police zugrunde liegende Versicherungsantrag (Urk. 18 S. 1) enthält unter dem Titel "Allgemeine Vertragsangaben" einen Hinweis auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB), die Ergänzenden Vertragsbedingungen (EVB) und die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB). Sowohl für den Kläger als Betriebsinhaber als auch für das Personal wurde eine Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich Wartefrist beantragt (Urk. 18 S. 3 und 4). Der Versicherungsantrag enthält mit Datum vom 14. März 2002 den internen Vermerk "Angenommen" (Urk. 18 S. 2). Die der B.____ zugestellte Police datiert vom 20. März 2002 und blieb unwidersprochen (Urk. 2/2/4/3; vgl. auch Urk. 2/1 S. 4). Beide Parteien gehen denn auch übereinstimmend davon aus, dass der Versicherungsvertrag zu Stande gekommen ist und gestützt auf Art. 12 VVG allein die Police für die Ermittlung des Vertragsinhaltes massgeblich ist (vgl. Urk. 17 und 21).

2.3 Die Police sieht unter der Kategorie 1 (Personal) die Versicherung des gesamten Personals (ohne A.____) mit den effektiven Löhnen vor. Versichert ist ein Krankentaggeld von 90 % des versicherten Lohnes. Unter dem Titel "Leistungsdauer" wird festgehalten: "730 Tage abzüglich Wartefrist, für Versicherte im AHV-Alter siehe auch Art. B 3 Abs. 6 AVB". Die vereinbarte Wartefrist beträgt 7 Tage.

In der Kategorie 2 (Betriebsinhaber) ist einzig A.____, geboren am E.____ 1932, mit einem Jahreslohn von Fr. 84'000.- versichert. Die Police hält weiter fest:

Krankentaggeld (EVB 70 und 71)	100 % des versicherten Lohnes
- Leistungsdauer	730 Tage abzüglich Wartefrist für Versicherte im AHV-Alter siehe auch Art. B 3 Abs. 6 AVB
- Wartefrist	30 Tage
- Prämienatz	2,33 %

Als Vertragsgrundlagen der kollektiven Krankentaggeldversicherung führt die Police die AVB, Ausgabe 05.1999, sowie Nr. 70, 71 und 73 der EVB, Ausgabe 05.1999, sowie die BVB an. Unter dem Titel "Betriebsinhaber" wird festgehalten: "Herr A.____, geb. E.____1934, gilt als Betriebsinhaber im Sinne der Allgemeinen und Ergänzenden Bedingungen. In teilweiser Abänderung von Art. A 4 Abs. 2 AVB erlischt der Versicherungsschutz für Herr A.____ nach Vollendung des 75. Altersjahres" (Urk. 2/2/4/3 S. 3 ff.).

2.4 Nach Art. B 3 Abs. 1 AVB (der neuen Kollektiven Krankentaggeldversicherung für das Personal) bezahlt die Winterthur (heute: AXA) das Taggeld pro Krankheit nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist längstens während der in der Police aufgeführten Leistungsdauer. Gemäss Art. B 3 Abs. 6 AVB besteht vom AHV-Rentenalter an ein Leistungsanspruch nur noch solange, bis die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers abgegolten ist, maximal jedoch noch für insgesamt 180 Tage für alle laufenden und künftigen Versicherungsfälle zusammen, es sei denn, die auf der Police aufgeführte Leistungsdauer werde vorher erreicht. Mit der Vollendung des 70. Altersjahrs endet jeglicher Leistungsanspruch (hiezue auch: der mit der Police abgeänderte Art. A 4 Abs. 2 AVB; Urk. 2/2/4/4).

Nach Art. 70 Abs. 5 EVB (Urk. 2/2/4/11) ist in Abänderung von Art. B 3 Abs. 6 der AVB die Leistung im AHV-Rentenalter nicht durch die Dauer der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht beschränkt.

3. Der Kläger lässt mit Klage und Replik geltend machen, er als Betriebsinhaber habe für sich ausdrücklich einen Vertrag gewollt und abgeschlossen, welcher eine volle Versicherungsdeckung von 730 Tagen garantiere. Vom Inhalt des die Deckung angeblich auf 180 Tage beschränkenden Art. B 3 Abs. 6 AVB (Urk. 2/2/4/4) habe er zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine Kenntnis gehabt. Dieser Deckungsausschlussartikel sei weder optisch besonders hervorgehoben noch sei er darauf besonders darauf aufmerksam gemacht worden (Urk. 2/1 S. 4). Zudem habe die Deckung der vorgehenden Versicherung 730 Tage betragen bei gleich hoher Prämie (Urk. 2/1 S. 5 und 6 S. 6). Er

habe den Wunsch einer Versicherung der vollen Leistungsdauer von 730 Tagen auch seinem Versicherungsagenten mitgeteilt; aufgrund der Police sei er sicher gewesen, dass die Beklagte seinem Wunsch nachgekommen sei (Urk. 6 S. 4). Die Versicherungspolice übernehme ohne Einschränkungen die von ihm beantragte Volldeckung von 730 Tagen (Urk. 21). Die Beurteilung der massgeblichen individuellen Bestimmungen zur Leistungsdauer in der Police und den Versicherungsbedingungen zeige, dass bei objektiver Auslegung aufgrund des Wortlautes der Police und des Art. 70 Abs. 5 EVB (Urk. 2/2/4/11) von einer Wegbedingung des geschäftsfremden Art. B 3 Abs. 6 AVB und von einer Deckungszusage von 730 Tagen auszugehen sei (Urk. 2/1 S. 7 und 9 ff.). Er als Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin sei juristisch und versicherungstechnisch ein geschäfts- und rechtsunkundiger Laie und habe vernünftigerweise aufgrund der Ausführungen der Beklagten im Vorfeld des Vertrages und zufolge der ausdrücklichen Bestimmung von "730 Tagen" auf der Police und der Abänderung der Ausschlussklausel in Art. 70 Abs. 5 EVB nicht mit dem unerwarteten und überraschenden Inhalt von Art. B 3 Abs. 6 AVB rechnen müssen (Urk. 2/1 S. 10, 6 S. 5). Zuzufolge der Ungewöhnlichkeitsregel sei Art. B 3 Abs. 6 der AVB unwirksam (Urk. 2/1 S. 10). Gemäss Art. 33 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) müssten Ausschlussklauseln zudem bestimmt und unzweideutig formuliert sein; die fragliche Bestimmung sei jedoch auslegungsbedürftig. Auch unter Beachtung der Unklarheitenregel, der Unbilligkeitsregel und des Grundsatzes, dass allgemein gefasste Bestimmungen im Zweifel eng auszulegen seien, sowie des Grundsatzes der Nichtgeltung von blossen Floskeln müsse von einer Deckungszusage von 730 Tagen ausgegangen werden (Urk. 2/1 S. 11 f.). Werde in der Police eine Leistungsdauer von 730 Tagen ausgewiesen, nur um sie unter gewissen Bedingungen in den AVB wieder substantiell einzuschränken, obwohl die Bedingungen bei Vertragsschluss bereits erfüllt seien, sei dies ungewöhnlich (Urk. 6 S. 5). Weder der Wortlaut der Police noch Art. B 3 Abs. 6 AVB seien klar (Urk. 6 S. 5 f.).

Die Beklagte demgegenüber lässt in Klageantwort und Duplik ausführen, die Beschränkung der Leistungsdauer im AHV-Alter auf 180 Tage sei nicht ungewöhnlich. Denn die Krankentaggeldversicherung habe die Funktion, die Lücke bis zum Einsetzen der Sozialversicherungsleistungen zu schliessen, was im AHV-Alter, wo sofort Anspruch auf AHV- und BVG-Leistungen bestehe, nicht mehr nötig sei. Eine solche Beschränkung finde sich standardmässig in Krankentaggeldversicherungen nach VVG. Dabei handle es sich nicht um eine Ausschlussklausel; die Versicherten würden lediglich in zwei Kategorien geteilt (Urk. 2/2/11 S. 4 f. und S. 13 f.). Die Leistungsdauer von 180 Tagen ergebe sich aus der Police, den AVB und den EVB. Die Police unterscheide klar zwischen Versicherten vor und nach Eintritt des AHV-Alters. Bei der Auslegung sei vom Wortlaut auszugehen und dieser Wortlaut sei klar. Art. 70 Abs. 5 EVB ändere einzig die Passage betreffend gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht von Art. B 3 Abs. 6 AVB ab. Der Rest der AVB-Bestimmung bleibe bestehen (Urk. 2/2/11 S. 6 f.; vgl. auch Urk. 10 S. 4). Hätte der Kläger gegenüber der Beklagten seinen (bestrittenen) Willen zum Ausdruck gebracht, wonach er eine Versicherungsdeckung von 730 Tagen wünsche, so hätte ihm die Beklagte keine solche Versicherung angeboten (Urk. 2/2/11 S. 7 und S. 13). Entgegen den klägerischen Behauptungen sei die Versicherungsdeckung in der vorgehenden Versicherung identisch mit der Versicherungsdeckung ab 1. Januar 2002 gewesen (Urk. 2/2/11 S. 7). Aus dem erhöhten Risiko der dauerhaften Erkrankung nach Erreichen des AHV-Alters erkläre sich, weshalb die Prämie trotz verkürzter Leistungsdauer ab dem AHV-Alter gleich bleibe (Urk. 2/2/11 S. 8). Die Abänderung bezüglich Lohnfortzahlungspflicht in Art. 70 Abs. 5 EVB erfolge deshalb, weil der Betriebsinhaber, der über die Höhe und Dauer der Auszahlungen seiner Unternehmung an ihn selbst bestimmen könne, nicht an die gesetzliche Lohnfortzahlungspflicht gebunden sei (Urk. 2/2/11 S. 10).

4.

4.1 Bezüglich der Auslegung des Vertrages ist vorab anzumerken, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen (BGE 93 II 326 Erw. 4b S. 326; 123 III 44 Erw. 2c/bb; Fuhrer, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 33 Rz 77 ff.). Im Übrigen

sind vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (vgl. BGE 133 III 681 Erw. 3.3). Somit bestimmt sich der Inhalt in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 133 III 681 Erw. 3.3; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts in Sachen Versicherung X. vom 12. Juli 2005, 5C.271/2004, Erw. 2). Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Auch dem systematischen Element muss bei der Auslegung breit angelegter allgemeiner Vertragsbestimmungen praxisgemäss erhebliches Gewicht beigemessen werden. Gleichwohl steht die Auslegung anhand des Wortlauts an erster Stelle (vgl. Urteil des Bundesgerichts in Sachen K. vom 20. April 2007, 5C.21/2007, Erw. 3.1).

Bei vorformulierten Vertragsbestimmungen gelangt zudem die Unklarheitenregel zur Anwendung, sofern die übrigen Auslegungsmittel versagen. Danach sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (Urteil des Bundesgerichts in Sachen Versicherung X. vom 12. Juli 2005, 5C.271/2004, Erw. 2 mit Hinweisen). Die Geltung von vorformulierten Vertragsbestimmungen wird schliesslich durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt, wonach von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Geschäftsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (BGE 135 III 7 Erw. 2.1; Urteil des Bundesgerichts in Sachen Versicherung X. vom 12. Juli 2005, 5C.271/2004, Erw. 2 mit Hinweisen). Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Beurteilung erfolgt bezogen auf den Einzelfall. Die fragliche Klausel muss zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 135 III 7 Erw. 2.1).

Auch Policen sind nach diesen Grundsätzen auszulegen (vgl. Hasenböhler, a.a.O., Art. 11 Rz 62 ff.; Urteil des Bundesgerichts in Sachen X. vom 16. November 2006, 5C.179/2006, Erw. 2.4.2).

4.2 Nach Art. 33 VVG haftet der Versicherer, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, für alle Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst. Mit Art. 33 VVG wird die Unklarheitenregel in Bezug auf Ausschlussstatbestände konkretisiert (vgl. Fuhrer, in: a.a.O., Art. 33 Rz 19).

5.

5.1 Aufgrund der Vermutung von Art. 12 VVG gilt, was in der Police steht. Ein übereinstimmender gemeinsamer wirklicher Parteiwille dazu wird sich auch nach Auffassung der Parteien mit weiteren Abklärungen nicht feststellen lassen, weshalb auf weitere Abklärungen zu verzichten ist (Urk. 2/1 S. 9; vgl. BGE 122 III 223 Erw. 3c).

5.2

5.2.1 Zu prüfen ist, ob bei objektivierter Auslegung der Police von einer auch nach Eintritt des AHV-Alters geltenden, individuell vereinbarten Leistungsdauer von 730 Tagen auszugehen ist, welche widersprechenden AVB-Bestimmungen vorgeht.

Bei beiden Versichertenkategorien Personal und Betriebsinhaber wird in der Police unter dem Titel Leistungsdauer als Grundsatz (vgl. Art. B 3 Abs. 1 AVB) die für solche Verträge übliche Leistungsdauer von 730 Tagen festgehalten. Für Versicherte im AHV-Alter wird bei beiden Kategorien mit gleichem Wortlaut zusätzlich auf die Geltung von

Art. B 3 Abs. 6 AVB hingewiesen, welcher die Leistung vom AHV-Alter an begrenzt. Das Festhalten einer Leistungsdauer von 730 Tagen bei der Kategorie Betriebsinhaber, worin beim strittigen Vertrag nur der Kläger versichert ist, welcher bereits im AHV-Alter ist, ist - anders als bei der Versichertenkategorie Personal - unter der gleichzeitig erklärten Anwendbarkeit von Art. B 3 Abs. 6 AVB wirkungslos und damit überflüssig. Der Kläger konnte aber, da die grundsätzliche Leistungsdauer von 730 Tagen in der Police für Versicherte im AHV-Alter sogleich durch den Hinweis auf Art. B 3 Abs. 6 AVB relativiert wird, nicht in guten Treuen auf eine für ihn geltende (uneingeschränkte) Leistungsdauer von 730 Tagen schliessen (vgl. ZR 91/92 1992/1993 Nr. 23 S. 79). Aus dem Wortlaut der gesamten Police ergibt sich vielmehr, dass bei der Bestimmung der Leistungsdauer von Versicherten im AHV-Alter - im Sinne einer Besonderheit zur grundsätzlichen Leistungsdauer - Art. B 3 Abs. 6 AVB zu beachten und anwendbar ist.

Demgegenüber lässt sich aufgrund des ausdrücklichen Hinweises auf Art. B 3 Abs. 6 AVB der fragliche Teil der Police nicht zusätzlich auch dahingehend deuten, dass Art. B 3 Abs. 6 AVB trotz ausdrücklicher Erwähnung nicht anwendbar ist. Auch der zusätzlich verabredete Art. 70 Abs. 5 EVB nimmt auf Art. B 3 Abs. 6 AVB Bezug und ändert diesen ab. Der Kläger lässt nicht nachvollziehbar darlegen, weshalb er trotz der ausdrücklichen Erwähnung von Art. B 3 Abs. 6 AVB von dessen Nichtgeltung ausgegangen sein will. Es kann damit insoweit keine Mehrdeutigkeit festgestellt werden und für die Anwendung der Unklarheitenregel besteht kein Raum (vgl. Wiegand, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 18 Rz 40).

5.2.2 Der Kläger lässt zudem auf die in der Police angeführte Prämie verweisen, die gleich hoch wie diejenige im vorherigen Versicherungsvertrag bei Versicherung einer Leistungsdauer von 730 Tagen sei (Urk. 2/1 S. 5 und 6 S. 6; vgl. auch Urk. 2/2/4/9 S. 3). Die Beklagte konnte die bis 31. Dezember 2001 gültig gewesene Police nicht mehr beibringen (vgl. Urk. 16). Auch der Kläger reichte die Police nicht ein (vgl. Urk. 19 und 21).

Bei der Vertragsanpassung per 1. Januar 2002 ging es insbesondere auch darum, ob die Versicherung für A.____, welcher am E.____ 2002 das 70. Altersjahr vollendete, weitergeführt werden würde. Die AVB-Bestimmungen sehen lediglich eine Versicherung bis zur Vollendung des 70. Altersjahres vor (vgl. Art. A 2, A 4 Abs. 2 und B 3 Abs. 6 AVB).

Selbst wenn man deshalb davon ausginge, dass die (noch unbewiesenen) Angaben des Klägers zur früheren Versicherungsausgestaltung und zur identischen Höhe der Prämien zutreffen würden, konnte er angesichts der Überschreitung der maximalen Alterslimite von 70 Jahren nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass eine gleich hohe Prämie auch gleichbleibende Versicherungsbedingungen bedeutet.

5.2.3 Zusammenfassend kann aufgrund des gesamten Wortlautes der Police nicht von der individuellen Vereinbarung einer im AHV-Alter geltenden Leistungsdauer von 730 Tagen ausgegangen werden. Vielmehr sieht die individuelle Abmachung diesbezüglich ausdrücklich die Anwendbarkeit von Art. B 3 Abs. 6 AVB vor.

5.3 Der Wortlaut von Art. B 3 Abs. 6 AVB ist klar. Bei der darin vorgesehenen Regelung handelt es sich, wie die Beklagte belegt hat, um eine in AVB's häufig vorkommende Einschränkung des Krankentaggeldanspruches im AHV-Alter (vgl. Urk. 2/2/12/2-5). Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat es zudem für den Bereich der freiwilligen Taggeldversicherung nach KVG für zulässig erklärt, dass Versicherer die Taggeldversicherung für Personen, die das 65. Altersjahr vollendet haben, statutarisch einschränken oder aufheben, selbst wenn diese Personen noch erwerbstätig sind (BGE 124 V 201, insbesondere 207 Erw. 4d). Art. B 3 Abs. 6 AVB enthält damit keinen geschäfts- oder vertragstypusfremden Inhalt und ist vom Inhalt her nicht ungewöhnlich. Im Weiteren erscheint die getroffene Regelung angesichts dessen, dass die Versicherten im AHV-Alter weitgehend finanziell abgesichert sind, auch nicht unbillig (vgl. BGE 135 III 7 und 13 Erw. 2.2 und 3.5).

Die Ungewöhnlichkeit einer AVB-Bestimmung kann sich auch aus anderen Umständen wie etwa der ungewöhnlichen ("versteckten") Platzierung oder ihrer

Abweichung zum Inhalt der vorangegangenen Vertragsverhandlungen ergeben (vgl. Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003, S. 243 Rz 1141b). Auch diese Voraussetzungen sind angesichts dessen, dass Art. B 3 Abs. 6 AVB in der Police ausdrücklich und unter dem massgeblichen Titel "Leistungsdauer" für anwendbar erklärt wird, nicht erfüllt. Ob angesichts dessen überhaupt von einer Globalübernahme von AVB-Bestimmungen auszugehen ist, was vorliegend, wo es nicht um die Auslegung einer gefahrsbeschränkenden Abmachung geht, Voraussetzung für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel ist, kann offen bleiben (Fuhrer, a.a.O., Art. 33 Rz 12, 19, 35 und 57 ff., insbesondere Rz 64).

5.4

5.4.1 Auch bei Art. 70 Abs. 5 EVB ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht von einer individuellen, sondern von einer vorformulierten Vertragsabrede, die aufgrund individueller Abmachung Vertragsbestandteil wurde, auszugehen (vgl. Urk. 2/1 S. 8 f.; vgl. auch Urk. 15 S. 7; Fuhrer, a.a.O., Art. 33 Rz 35 und 36).

5.4.2 Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber nach Art. 324a Abs. 1 OR für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten (vgl. Art. 324a Abs. 4 OR). Die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht bestimmt sich grundsätzlich nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses (Art. 324a Abs. 2 OR; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich 2006, S. 275 f. N 7). Für die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit schliessen Arbeitgeber häufig Taggeldversicherungen nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) oder nach VVG mit einer Leistungsdauer von 720 oder 730 Tagen ab (vgl. Streiff/von Kaenel, a.a.O., S. 285 f. N 13). Die Ausgestaltung der anwendbaren AVB zur kollektiven Krankentaggeldversicherung ist auf die Versicherung von Arbeitnehmern ausgerichtet (vgl. Art. A 2 AVB).

Art. 70 EVB sieht für die Betriebsinhaber und die Familienmitglieder mit fester Lohnsumme Regelungen vor, die teilweise von den AVB abweichen. Betriebsinhaber können wie der Kläger angestellt sein, sie können aber auch selbständigerwerbend sein. Sie können über ihren Lohn und auch Lohnersatzzahlungen häufig in eigener Kompetenz entscheiden. Sie stehen sodann in engerer Verbindung mit dem Betrieb als die anderen Angestellten. Dieser besonderen Situation wird in Art. 70 EVB Rechnung getragen.

Art. 70 Abs. 5 EVB trägt dabei insbesondere der Tatsache Rechnung, dass Betriebsinhaber im Sinne von Art. 70 EVB häufig selbständigerwerbend sind. Die Leistung im AHV-Rentenalter wird deshalb in Abänderung von Art. B 3 Abs. 6 AVB nicht durch die Dauer der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht, welche vom Gesetz ohnehin nur für Arbeitnehmer statuiert wird, beschränkt. Von einer weitergehenden Abänderung von Art. B 3 Abs. 6 AVB ist auch aufgrund des Wortlauts in Art. 70 Abs. 5 EVB nicht auszugehen.

Art. 70 Abs. 1 EVB hält denn auch ausdrücklich fest, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für das Personal Anwendung finden, soweit in den EVB keine Abweichungen vorgesehen sind. Auch die weitere Verwendung von "in Abänderung von Art. .. AVB" in Art. 70 und 71 EVB lässt den Schluss, es sei mit dieser Formulierung stets ein vollständiger Ersatz der jeweiligen AVB-Bestimmungen beabsichtigt, nicht zu (vgl. Art. 70 Abs. 3 EVB in Verbindung mit Art. A 3 AVB). Die Formulierung der individuellen Abrede in der Police sodann, wonach "in teilweiser Abänderung" von Art. A 4 Abs. 2 der AVB der Versicherungsschutz nach Vollendung des 75. Altersjahres erlischt, lässt sich zur Auslegung der EVB nicht heranziehen (vgl. Urk. 2/2/4/9 S. 4). Mit Art. 70 Abs. 5 EVB in Verbindung mit Art. B 3 Abs. 6 AVB wurde damit der maximale Leistungsanspruch im AHV-Alter auf 180 Tage (für alle laufenden und künftigen Versicherungsfälle zusammen) festgelegt.

5.5 Der Kläger hat damit aufgrund des massgeblichen Taggeldvertrages für die ab 1. November 2003 eingetretene Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf die bereits ausgerichteten 180 Taggelder, jedoch nicht auf 730 Taggelder.

6. Der Kläger liess in der Replik zusätzlich beantragen, für die Zeit ab 1. Februar 2004 während seiner Arbeitsunfähigkeit von 75 % sei gestützt auf Art. 65 EVB das volle versicherte Taggeld von Fr. 230.13 zu erbringen (vgl. Urk. 6 S. 3, Urk. 7). Art. 65 EVB sieht vor, dass die Winterthur in Abweichung von Art. B 1 Abs. 2 der AVB bei einer Arbeitsunfähigkeit von $66 \frac{2}{3}$ % und mehr das volle versicherte Taggeld zahlt (Urk. 2/2/4/11, 2/2/4/4). Da die Police die beim Versicherungsvertrag zur Anwendung gelangenden Bestimmungen der EVB einzeln aufzählt (Urk. 2/2/4/3 S. 5, vgl. auch S. 3 und 4) und Art. 65 EVB nicht dazu gehört, ist dieser Antrag abzuweisen. Dem Kläger stehen aus dem Versicherungsvertrag Police Nr. 8.967.148 vom 20. März 2002 keine weiteren Leistungen zu.

Die Klage ist abzuweisen.

7. Ausgangsgemäss steht der anwaltlich vertretenen Beklagten eine Prozessentschädigung zu. Diese ist auf Fr. 3'200.- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 3'200.- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Rolf Herter
- Rechtsanwältin Dr. Kathrin Hässig
- Bundesamt für Privatversicherungen

5. Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt (beträgt), 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).