

KK.2010.00027

Sozialversicherungsgericht
des Kantons Zürich
I. Kammer
Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende

Sozialversicherungsrichter Spitz

Ersatzrichterin Condamin

Gerichtsschreiberin Kobel
Urteil vom 29. Februar 2012

in Sachen

X.____

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Hans Stünzi
Stünzi Weber Ruzek Rechtsanwälte
Seestrasse 162a, Postfach, 8810 Horgen

gegen

CSS Versicherung AG
Hauptsitz, Abteilung Recht & Compliance
Tribtschenstrasse 21, Postfach 2568, 6002 Luzern
Beklagte

Sachverhalt:

1.

1.1 X.____, geboren 1966, arbeitete im Jahr 2009 im Rahmen verschiedener temporärer, durch die Y.____ vermittelter Einsätze als Gipser und war bei der Z.____ eingesetzt (Rahmenarbeitsvertrag in Urk. 2/2; Einsatzvertrag vom 29. Oktober 2009, Urk. 2/3; Lohnkonto der Y.____ des Jahres 2009 in Urk. 38/3A/2). Im Rahmen dieser Tätigkeit war er bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) unfallversichert. Ausserdem war er über die Y.____ bei der CSS Versicherung AG (nachfolgend CSS) gegen Lohnausfall bei Krankheit versichert (vgl. die Police "Die Krankentaggeldversicherung für Unternehmen" zwischen der Y.____ und der CSS vom 10. April 2007, Urk. 23/BB/1, und die Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur "Krankentaggeldversicherung für Unternehmen", Kategorie "Volldeckung", Ausgabe Januar 2004 [nachfolgend AVB 2004], Urk. 23/BB/2).

1.2 Am 16. Oktober 2009 meldete die Y.____ der SUVA, dass der Versicherte am 4. Oktober 2009 beim Aussteigen aus dem Auto auf nassem Laub ausgerutscht sei und sich dabei das linke Knie verdreht habe (Urk. 38/1A). Die SUVA holte bei Dr. med. A.____, Facharzt für Allgemeine Medizin, die Angaben im Arztzeugnis UVG vom 29. Oktober 2009 und den Bericht vom 25. November 2009 ein (Urk. 38/5A und Urk. 38/6A); am 30. Dezember 2009 gab der Versicherte an, seit dem 7. November 2009 wieder voll arbeitsfähig zu sein (Urk. 38/7A).

Mit Meldung vom 12. Februar 2010 teilte die Y.____ der SUVA mit, dass der Versicherte an Folgeschmerzen leide, die vom Unfall vom 4. Oktober 2009 herrührten und auf das häufige Treppensteigen auf der Baustelle zurückzuführen seien, und dass er die Arbeit deswegen ab dem 4. Februar 2010 ausgesetzt habe (Urk. 38/1). Die SUVA liess sich von der Y.____ die Lohnabrechnungen für die Zeit von November 2009 bis Februar 2010 zustellen (Urk. 38/5/1-19) und holte bei Dr. A.____ das Arztzeugnis UVG vom 1. März 2010 ein (Urk. 38/7).

1.3 Am 12. März 2010 konsultierte der Versicherte Dr. med. B.____, Spezialarzt für Orthopädie und Traumatologie des Bewegungsapparates, und dieser berichtete der SUVA am 16. März 2010 - unter Angabe der Diagnose eines zweizeitigen Knietraumas links -, dass der Versicherte ihm gegenüber einen Sturz von einem Gerüst vom September 2009 mit Beeinträchtigung der Knie geschildert habe und zudem am 1. Dezember 2009 (irrtümlich mit 2010 beziffert) ausgerutscht sei und einen Stich im Knie erfahren habe (Urk. 38/21). Sodann wurde am 16. März 2010 auf Veranlassung von Dr. B.____ (vgl. Urk. 38/21 S. 2) im Diagnostikzentrum C.____ eine Magnetresonanztomographie-Untersuchung des linken Knies durchgeführt (Bericht des Diagnostikzentrums C.____ vom 16. März 2010, Urk. 38/25), und am 31. März 2010 berichtete Dr. B.____ der SUVA über die Ergebnisse der MRI-Untersuchung und schlug eine Stosswellenbehandlung vor (Urk. 38/26).

Vom besagten Sturz vom Gerüst hatte auch der Versicherte selber mit Brief an die SUVA vom 12. März 2010 berichtet (Urk. 38/10/1) und hatte der SUVA Röntgenbilder vom 13. Oktober 2009, nach seinen Angaben dem Folgetag des Sturzes, zukommen lassen (Urk. 38/10/2-4). Am 5. März 2010 hatte überdies die Y.____ das Arbeitsverhältnis auf den 12. März 2010 hin gekündigt (Urk. 38/15).

Am 13. April 2010 wurde der Versicherte durch Dr. med. D.____, Spezialarzt für orthopädische Chirurgie, kreisärztlich untersucht (Bericht vom 14. April 2010, Urk. 38/31). Gestützt auf die Ergebnisse dieser Untersuchung teilte die SUVA dem Versicherten mit Schreiben vom 29. April 2010 mit, dass sie den Fall per 13.

April 2010 abschliesse und die Versicherungsleistungen - Taggelder und Heilungskosten - einstelle (Urk. 38/32).
1.4 Am 10. Mai 2010 liess die CSS eine Besprechung mit dem Versicherten an dessen Wohnort durchführen (Bericht vom 11. Mai 2010, Urk. 23/BB/11) und eröffnete dem Versicherten anschliessend mit Schreiben vom 20. Mai 2010, dass er aufgrund des kreisärztlichen Berichts vom 14. April 2010 ab diesem Datum voll arbeits- und vermittlungsfähig sei, dass deshalb keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bestehe und dass er damit auch keinen Anspruch auf Taggelder aus der Krankentaggeldversicherung habe (Urk. 23/KB/13).

Mit Schreiben vom 10. Juni 2010 informierte Rechtsanwalt Hans Stünzi die CSS über das Mandatsverhältnis und ersuchte um Ausrichtung von Taggeldern ab dem 14. April 2010 (Urk. 23/KB/14). Die CSS lehnte dies mit Brief vom 5. Juli 2010 ab (Urk. 23/BB/25). Der Versicherte liess der CSS daraufhin mit Eingabe vom 6. Juli 2010 (Urk. 23/BB/26) die Berichte von Dr. B.____, darunter auch einen aktuellen Bericht vom 13. Mai 2010 über eine Nachkontrolle (Urk. 23/KB/16), zukommen. Diese holte bei ihrer Gesellschaftsärztin die Stellungnahme vom 13. Juli 2010 ein (Urk. 23/BB/13) und hielt gestützt darauf mit Schreiben vom 13. Juli 2010 an ihrer Leistungsablehnung fest (Urk. 23/KB/17).

1.5 Mit Eingabe vom 16. Juli 2010 gelangte der Versicherte an das Friedensrichteramt Q.____ und erhob gegenüber der CSS Klage auf Ausrichtung von Taggeldern für die Monate Mai, Juni und Juli 2010 (Urk. 23/BB/14), zog diese Klage jedoch am 20. August 2010 wieder zurück (Verfügung des Friedensrichteramtes Q.____ vom 24. August 2010, Urk. 23/BB/20).

1.6 Am 2. September 2010 berichtete der Physiotherapeut E.____ der CSS per E-Mail über eine zweimalige Stosswellenbehandlung, die er auf Zuweisung von Dr. B.____ durchgeführt habe, die jedoch aus Kostengründen nicht mehr fortgesetzt worden sei (Urk. 23/KB/18). Die CSS holte danach bei Dr. med. F.____ die ausführliche gesellschaftsärztliche Stellungnahme vom 25. November 2010 ein (Urk. 23/BB/15); die Gesellschaftsärztin blieb darin bei ihrer vorangegangenen Beurteilung vom 13. Juli 2010 (Urk. 23/BB/15 S. 6).

2. Mit Eingabe vom 9. September 2010 (Urk. 1) liess X.____ durch Rechtsanwalt Hans Stünzi gegen die CSS Klage erheben mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für die Monate Mai bis August 2010 Krankentaggelder von Fr. 21'869.00 zu bezahlen.

2. Dem Kläger sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.

3. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Kläger angemessen zu entschädigen."

Auf die Aufforderung zur Belegung seiner finanziellen Situation hin (Verfügung vom 20. September 2010, Urk. 7) liess X.____ mit Eingabe vom 11. Oktober 2010 (Urk. 9) die entsprechenden Unterlagen beibringen (Urk. 10 und Urk. 11/1-7) und liess ausserdem seine Klage unter Berufung auf ein aktuelles Zeugnis von Dr. B.____ (Urk. 12) wie folgt ändern (Urk. 9 S. 1):

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für die Monate Mai bis September 2010 Krankentaggelder von Fr. 27'202.90 zu bezahlen."

Mit Eingabe vom 7. Januar 2011 (Urk. 17) beantwortete die CSS die Klage und beantragte (Urk. 17 S. 2):

"1. Die Klage vom 09.09.2010 sei vollumfänglich abzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Auf die gerichtliche Aufforderung hin (Verfügung vom 12. Januar 2011, Urk. 20; vgl. auch die Telefonnotiz vom 10. Januar 2011, Urk. 19) machte die CSS mit Eingabe vom 4. Februar 2011 Ergänzungen zur Natur des im Streit stehenden Versicherungsverhältnisses (Urk. 22). Des Weiteren lieferte der Versicherte aufgrund der entsprechenden Anordnung des Gerichts (Verfügung vom 2. März 2011, Urk. 24; Telefonnotiz vom 18. März 2011, Urk. 27) zusätzliche Informationen zu seiner Lebenssituation (Eingaben vom 15. März und vom 8. Juni 2011, Urk. 26 und Urk. 28), wobei er auch mitteilen liess, er habe seit Februar 2011 eine neue Stelle gefunden (Urk. 26 S. 2). Ferner kam er mit Eingabe vom 6. Juli 2011 der gerichtlichen Auflage zur Aktualisierung der Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen nach (Urk. 32; vgl. die Verfügung vom 17. Juni 2011, Urk. 30). Mit den Verfügungen je vom 13. Juli 2011 (Urk. 34 und Urk. 35) zog das Gericht die Akten der SUVA bei (Urk. 38/1-40) und bewilligte das Gesuch des Versicherten um unentgeltliche Rechtsvertretung. Anschliessend ordnete das Gericht am 4. August 2011 einen zweiten Schriftenwechsel an (Urk. 39). In der Replik vom 14. November 2011 (Urk. 44) blieb der Versicherte bei seinem Standpunkt und liess als neue Belege einen Bericht von Dr. B.____ an Dr. A.____ vom 8. September 2010 (Urk. 45/3) und eine Stellungnahme von Dr. B.____ zuhanden seines Rechtsvertreters vom 13. Oktober 2011 (Urk. 45/1) einreichen. Die CSS hielt in der Duplik vom 31. Januar 2012 (Urk. 50 mit der beigelegten gesellschaftsärztlichen Stellungnahme von Dr.F.____ vom 27. Januar 2012, Urk. 51) ebenfalls an ihrer Auffassung fest.

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten und beigezogenen Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Strittig und zu prüfen ist, ob der Kläger gegenüber der Beklagten Anspruch auf Taggelder hat. Aufgrund der ergänzenden Ausführungen der Beklagten vom 4. Februar 2011 (Urk. 22) steht fest, dass es sich bei der zur Diskussion stehenden Taggeldversicherung gemäss der Versicherungspolice vom 10. April 2007 (Urk. 23/BB/1) um eine Versicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) handelt, dies ungeachtet dessen, dass die Deckungsart als "Volldeckung gemäss KVG" bezeichnet wird (Urk. 23/BB/1 S. 2). Die Beklagte tat plausibel dar (Urk. 22 S. 2), dass mit dieser Bezeichnung nicht das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) als anwendbar erklärt wird, sondern dass nur eine Deckung *in Anlehnung* an die Bestimmungen des KVG besteht. Sie wies hierzu einleuchtend auf die der Police angehängten Besonderen Versicherungsbedingungen (BVB) hin (Urk. 23/BB/1 S. 4 ff.), in denen die Geltung der AVB 2004 (Urk. 23/BB/2) statuiert wird und in denen, wie auch in den AVB 2004 selber (Urk. 23/BB/2 Art. 2.2), auf das VVG verwiesen wird, mit denen aber gewisse Regelungen - insbesondere zur Wartefrist, zur Leistungsdauer- und -höhe und zur Erschöpfungsberechnung - den Regelungen in Art. 67 ff. KVG angeglichen worden sind.

1.2 Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich ist zuständig für die Behandlung der vorliegenden Streitsache um Taggelder nach VVG. Die Zuständigkeit, die nach den Rechtsvorschriften zu beurteilen ist, die bei

Anhängigmachung der Klage in Kraft waren (vgl. Art. 404 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]), gründet in sachlicher Hinsicht auf § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) in Verbindung mit der bis Ende 2010 in Kraft gewesenen Regelung in Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz [VAG]) und in örtlicher Hinsicht auf Art. 3 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz [GestG]; in Kraft gewesen bis Ende 2010), wonach für Klagen gegen eine natürliche Person das Gericht an deren Wohnsitz zuständig ist.

1.3 Der Kläger verlangt mit der Klageänderung vom 11. Oktober 2010 (Urk. 9) für die Monate Mai bis September 2010 eine Taggeldsumme von Fr. 27'202.90. Der Streitwert beläuft sich damit auf diesen Betrag.

2.

2.1 Arbeitsvertraglich ist gemäss der Angabe im Einsatzvertrag vom 29. Oktober 2009 (Urk. 2/3) der Gesamtarbeitsvertrag für das Gipsergewerbe anwendbar (nachfolgend GAV), der für allgemeinverbindlich erklärt worden ist (Urk. 23/BB/16).

2.2 Die Vorschriften in Art. 15 des GAV (Urk. 23/BB/16 S. 21) verlangen, dass die Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber für ein Krankentaggeld zu versichern sind, und stellen Bedingungen auf, denen die Krankentaggeldversicherung zu genügen hat. Es wurde bereits dargelegt und ist nicht strittig, dass die erforderliche Krankentaggeldversicherung vorliegendenfalls in der Police "Die Krankentaggeldversicherung für Unternehmen" zwischen der Y.____ und der Beklagten vom 10. April 2007 (Urk. 23/BB/1) verurkundet ist und dass demgemäss der strittige Taggeldanspruch nach dieser Police (der entsprechende Versicherungsvertrag ist gemäss der Angabe in der Klageantwort nach wie vor gültig; vgl. Urk. 17 S. 3), nach den der Police angehängten BVB und nach den AVB zur "Krankentaggeldversicherung für Unternehmen", Ausgabe Januar 2004 (AVB 2004; Urk. 23/BB/2), zu beurteilen ist. Dabei gehört der Kläger der Personengruppe 2 nach der Police an, nämlich dem Temporärpersonal, welches einem GAV unterstellt ist (vgl. Urk. 23/BB/1 S. 2 und S. 4). Für dieses ist eine Leistungsdauer von 720 Tagen innert 900 Tagen, eine Deckungshöhe von 80 % des Verdienstes und eine Wartezeit von 2 Tagen festgelegt (Urk. 23/BB/1 S. 2).

2.3 Nach Art. 15.2 der AVB 2004 (Urk. 23/BB/2 S. 4) beginnt die Leistungspflicht der Beklagten nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartezeit, welche an die Bezugsdauer angerechnet wird (vgl. Sätze 1 und 2). Dabei zählen Tage mit teilweiser Arbeitsunfähigkeit sowohl für die Bemessung der Wartezeit als auch der Leistungsdauer als ganze Tage (Satz 3). Leistungsvoraussetzung ist nach Art. 15.3 der AVB 2004 eine ärztlich bestätigte Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50 %. In Art. 4.2 BVB (Urk. 23/BB/1 S. 6), womit Art. 15 der AVB 2004 teilweise abgeändert wird, ist in Bezug auf die dargelegten Vorschriften nichts Abweichendes geregelt.

Im Anhang zu den AVB 2004 (VI. Teil der AVB 2004; Urk. 23/BB/2 S. 5) werden verschiedene Begriffe zum integrierenden Bestandteil der AVB erklärt. Eine Arbeitsunfähigkeit liegt nach der Definition im Anhang vor, wenn die versicherte Person vorübergehend oder dauernd nicht mehr fähig ist, ihren Beruf oder eine andere ihr zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben und dies ärztlich bestätigt wird (Satz 1). Zumutbar ist eine andere Tätigkeit, wenn sie den Kenntnissen, Fähigkeiten und der bisherigen Lebensstellung sowie dem Gesundheitszustand der versicherten Person angemessen ist (Satz 2).

3.

3.1 Die Beklagte beruft sich bei der strittigen Ablehnung, Taggelder für die Zeit ab der Leistungseinstellung durch die SUVA, also ab dem 14. April 2010, zu bezahlen, auf den kreisärztlichen Bericht von Dr. D.____ vom 14. April 2010 zuhanden der SUVA. Dr. D.____ hielt darin fest, er beurteile den Kläger ab diesem Datum für eine wechselbelastende Tätigkeit als voll vermittelbar auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt (Urk. 38/31 S. 4).

Es ist diese Beurteilung, auf welcher die Leistungsverweigerung der Beklagten gründet. Dr. D.____ bezog hierbei den Zustand des linken Knies in seiner Gesamtheit ein, ohne unfallbedingte und unfallfremde Faktoren auseinanderzuhalten. Denn er hielt fest, er habe Mühe, die als verstärkt geschilderten Knieschmerzen ab Ende Januar/Anfang Februar 2010 auf eines der verschiedenen Ereignisse von September oder Oktober 2009 zurückzuführen, und es sei auch schwierig zu beurteilen, inwiefern ein neues Ausrutschen auf Schnee im Dezember 2009 oder Januar 2010 hineinspiele (Urk. 38/31 S. 4). Soweit der Kläger deshalb vorbringen lässt, es möge zwar zutreffen, dass keine unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit mehr bestehe, hingegen sei ab dem 14. April 2010 von einer fortbestehenden krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit auszugehen (vgl. Urk. 1 S. 5), so findet diese Auffassung im Bericht von Dr. D.____ keine Stütze. Der Kläger räumt dies auch selber ein, wenn er in der Replik dartun lässt (Urk. 44 S. 4), die entsprechende Auffassung basiere nicht auf einer Aussage von Dr. D.____, sondern auf der - insoweit missverständlichen - Darstellung der Beklagten im leistungsablehnenden Brief vom 29. April 2010 (Urk. 38/32).

3.2 Dr. D.____ befragte den Kläger anlässlich der kreisärztlichen Untersuchung vom 13. Mai 2010 eingehend zum vorhandenen Beschwerdebild, untersuchte den Zustand beider Knie umfassend und nahm auch Kenntnis von den Ergebnissen der Magnetresonanztomographie des linken Knies vom März 2010 (vgl. Urk. 38/25 und Urk. 38/26). Er konstatierte Schmerzangaben sowohl in Bezug auf das linke als auch auf das rechte Knie, wobei der Kläger die linksseitigen Schmerzen, in Übereinstimmung mit einem minimalen Schonhinken links und dem nur rechtsseitig vollzogenen einbeinigen Hüpfen, als stärker geschildert habe (Urk. 38/31 S. 3 f.). Objektiv stellte Dr. D.____ beidseitig ein ausgeprägtes Genu varum sowie ein Springen der Patella fest (Urk. 38/31 S. 3 f.); im Übrigen bezeichnete er die objektiven Befunde als unauffällig, er beschrieb das linke Kniegelenk als ergussfrei und bandstabil und konnte auch keine Hinweise auf eine längerdauernde Schonung des linken Beines erkennen, sondern befand die linke Wade im Seitenvergleich sogar als kräftiger muskuliert (Urk. 38/31 S. 3 f.).

Dr. B.____ hatte keine Befunde erhoben, die im Widerspruch zu denjenigen gemäss dem Bericht von Dr. D.____ stehen. Auch er hatte im Bericht vom 16. März 2010 ein mediolateral stabiles Gelenk ohne Erguss festgestellt und hatte zudem von einer vollen Streckbarkeit und Flexion gesprochen (Urk. 38/21 S. 1). Des Weiteren hatte die Magnetresonanztomographie von Mitte März 2010 ausser einem kleinen Längsriss der Quadrizepssehne und einer Schleimhautschwellung suprapatellär unterhalb der Quadrizepssehne unauffällige Verhältnisse ergeben (Urk. 38/25 und Urk. 38/26), und Dr. B.____ hatte dementsprechend im Bericht vom 31. März 2010 ausgeführt, das Knie sei rein äusserlich und MR-tomographisch nicht erheblich lädiert (Urk. 38/26).

3.3 Was die Beeinträchtigung in der Leistungsfähigkeit unter Berücksichtigung der Knieproblematik betrifft, so

bescheinigte Dr. B.____ dem Kläger in den Zeugnissen für die Monate April bis August 2010 (Urk. 23/BB/17, Urk. 23/KB/9, Urk. 23/KB/10, Urk. 23/KB/11 und Urk. 23/KB/12) eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit, ohne Angaben zur Art der Tätigkeit zu machen. Im Zeugnis für den Monat September 2010 hielt er dann aber fest, die 100%ige Arbeitsunfähigkeit gelte für die angestammte Arbeit als Gipser (Urk. 12). Im Bericht an Dr. A.____ vom 8. September 2010 legte Dr. B.____ zudem genauer dar, er habe bis Ende August 2010 eine Arbeitsunfähigkeit zu 100 % für die Arbeit als Temporärgipser attestiert, für eine angepasste Tätigkeit mit wenig bis gar keinen kniebelastenden Arbeiten sei der Kläger aber voll arbeitsfähig (Urk. 45/3). Diese differenzierte Beurteilung mit dem Attest einer vollen Arbeitsfähigkeit für angepasste Tätigkeiten bestätigte Dr. B.____ nochmals im aktuellsten Bericht vom 13. Oktober 2011 (Urk. 45/1). Damit sind sich Dr. D.____ und Dr. B.____ in der Arbeitsfähigkeitsbeurteilung im Wesentlichen einig. Dr. D.____ äusserte sich zwar weniger klar zum Belastbarkeitsprofil als Dr. B.____, aber dass er die volle Arbeitsfähigkeit auf wechselbelastende Tätigkeiten bezog (Urk. 38/31 S. 4), deutet darauf hin, dass er die - auch - die Knie beanspruchende Arbeit als Gipser/Bauarbeiter ebenfalls nicht als in jeder Hinsicht angepasst erachtete, dies entgegen der Annahme der Beklagten in der Duplik (vgl. Urk. 50 S. 4).

Zusammengefasst ist dem Kläger im strittigen Zeitraum zwar der Beruf als Gipser gesundheitlich nicht mehr zuzumuten, hingegen ist er aufgrund der übereinstimmenden ärztlichen Beurteilung für angepasste Tätigkeiten der Art, wie Dr. B.____ sie beschrieb, als zu 100 % arbeitsfähig einzuschätzen. Bei diesem Ergebnis braucht auf die Ausführungen der Parteien zur Unfallkausalität und zum Ausmass der klinisch und bildgebend nicht vollständig erklärbaren Schmerzen nicht näher eingegangen zu werden.

3.4 Zu prüfen bleibt, ob dem Kläger die Aufnahme einer derart angepassten Tätigkeit in der zur Diskussion stehenden Zeit ab April 2010 rechtlich zuzumuten war.

Wie bereits zitiert, ist eine versicherte Person gemäss den AVB 2004 - e contrario - auch dann als arbeitsfähig zu betrachten, wenn sie dazu fähig ist, eine "andere ihr zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben", und zumutbar im Sinne der AVB 2004 ist eine andere Tätigkeit dann, wenn sie den Kenntnissen, Fähigkeiten und der bisherigen Lebensstellung sowie dem Gesundheitszustand der versicherten Person angemessen ist (Urk. 23/BB/2 S. 5). Die gesundheitliche Zumutbarkeit ist nach dem Gesagten gegeben. Was die übrigen Zumutbarkeitsfaktoren betrifft, so ist der Kläger gemäss dem Besprechungsbericht vom 11. Mai 2010 gelernter Gipser und hatte ein paar Jahre auf diesem Beruf gearbeitet, war dann jedoch während 20 Jahren als Verkäufer in der Versicherungsbranche tätig gewesen und hatte erst ab September/Oktober 2008 wieder Arbeiten als Gipser verrichtet (Urk. 23/BB/11 S. 1). Unter diesen Umständen entspricht eine Arbeit, die vergleichbar mit der mehr als 20 Jahre lang ausgeübt ist, ohne Weiteres im Sinne der Formulierung in den AVB 2004 den Kenntnissen, den Fähigkeiten und der bisherigen Lebensstellung des Klägers. Dies gilt unabhängig davon, ob die Aussage des Klägers, er sehe seine berufliche Zukunft nicht mehr auf dem Bau, sondern er möchte wieder im Büro - beispielsweise in einem Call-Center mit Versicherungsauskünften - arbeiten können (vgl. Urk. 23/BB/11 S. 2), von der gesundheitlichen Situation beeinflusst war oder einem generellen Wunsch entsprach.

Eine Regelung zur Zumutbarkeit, die restliche Arbeitsfähigkeit in einem anderen Berufszweig zu verwerten, kennt im Übrigen auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG (BGE 114 V 281 E. 1d; Urteil des Bundesgerichts 9C_74/2007 vom 19. Oktober 2007, E. 3.2). Diese Rechtsprechung kann aufgrund dessen, dass in der Police eine "Volldeckung gemäss KVG" im dargelegten Sinn vorgesehen ist (vorstehend E. 1.1), zur Auslegung der AVB 2004 herangezogen werden. Nach der besagten Rechtsprechung ist dort, wo unter dem Titel Schadenminderungspflicht ein Berufswechsel verlangt werden kann, nicht mehr die Arbeitsunfähigkeit im neuen Beruf, sondern vielmehr die Höhe des Restschadens massgebend, welche zu definieren ist als die Differenz zwischen dem, was die versicherte Person ohne Krankheit in ihrem bisherigen Beruf verdienen könnte, und dem Einkommen, das sie zumutbarerweise im neuen Beruf erzielt oder erzielen könnte (vgl. BGE 114 V 281 E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 9C_74/2007 vom 19. Oktober 2007, E. 5.1). Eine solche Restschadenberechnung erübrigt sich indessen vorliegendenfalls, da der Taggeldanspruch nach Art. 15.3 der AVB 2004 (Urk. 23/BB/2 S. 4) eine mindestens 50%ige Arbeits- beziehungsweise Erwerbsunfähigkeit voraussetzt und davon auszugehen ist, dass der Kläger mit einer Vollzeittätigkeit in der Versicherungsbranche auf jeden Fall mehr als 50 % des Einkommens erzielen kann, das er als Gipser erhielte. Nicht entscheidend ist auch, dass dem Kläger die Stelle bei der V.____, die er im Februar 2011 zu einem Bruttolohn von Fr. 5'000.00 angetreten hatte (vgl. Urk. 26 S. 2 und die Lohnabrechnungen für März und April, Urk. 29/1+2), per Ende Mai 2011 wieder gekündigt worden war, weil er den vereinbarten Nettoumsatz offenbar nicht erreicht hatte (Kündigungsschreiben vom 11. Mai 2011, Urk. 33/6). Denn der Kläger machte selber nicht geltend, dass gesundheitliche Gründe für diesen Umstand verantwortlich waren.

3.5 Damit hat der Kläger im zur Diskussion stehenden Zeitraum keinen Anspruch auf Taggelder gegenüber der Beklagten. Anzufügen bleibt, dass im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen ist, ob dieses Ergebnis mit den Regelungen im massgebenden GAV vereinbar ist. Sollte der Versicherungsvertrag der Arbeitgeberin mit der Beklagten weniger weit gehen, als die dortigen Bedingungen es vorsehen, so wären entsprechende Ansprüche gegenüber der Arbeitgeberin geltend zu machen.

3.6 Diese Erwägungen führen zur Abweisung der Klage.

4. Die Beklagte hat den Antrag auf Zusprechung einer Prozessentschädigung gestellt (Urk. 17 S. 2).

Stellt die obsiegende Partei einen entsprechenden Antrag oder ist dies von andern Gesetzen so vorgesehen, verpflichtet das Gericht gemäss § 34 Abs. 1 GSVGer die unterliegende Partei zum Ersatz der Parteikosten. Nach § 34 Abs. 2 GSVGer steht den Versicherungsträgern und den Gemeinwesen der Anspruch auf eine Parteientschädigung nur zu, soweit er von anderen Gesetzen nicht ausgeschlossen ist. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung die Regelung im vorliegend noch anwendbaren (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO), bis Ende 2010 in Kraft gewesenen Art. 85 Abs. 3 VAG beziehungsweise die identische Regelung im früheren Art. 47 Abs. 3 VAG keine Vorschrift dar, welche den Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers auf eine Parteientschädigung ausschliesst, sondern ein solcher Anspruch besteht unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001, E. 5 mit Hinweisen).

Die Beklagte war im vorliegenden Verfahren nicht durch einen externen Anwalt vertreten. Ihr ist daher keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

5. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers hat gemäss der eingereichten Aufstellung vom 24. Dezember 2010 (Urk. 16) bis Ende 2010 zeitliche Aufwendungen von 11,08 Stunden getätigt und Barauslagen von Fr. 250.20 gehabt, ab 2011 verzeichnete er gemäss der Aufstellung vom 9. Februar 2012 (Urk. 56) einen Zeitaufwand von 9 Stunden und Barauslagen von Fr. 196.40. Diese Aufwendungen erscheinen grundsätzlich als angemessen. Was die Aufwendungen vor der Klageeinreichung betrifft, so sind zwar auch vorprozessuale Kosten zu entschädigen (vgl. § 68 der bis Ende 2010 in Kraft gewesenen kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung [altZPO] in Verbindung mit § 28 lit. a GSVGer in der bis Ende 2010 gültig gewesenen Fassung; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, Rz 12 zu § 68 altZPO und Rz 2 zu § 69 altZPO). Allerdings war - zumindest bis Ende 2010 - der Friedensrichter nicht zuständig in Prozessen, die vor dem Sozialversicherungsgericht zu führen sind. Die entsprechenden Aufwendungen vom 16. Juli und vom 19. August 2010 von rund einer Stunde (Urk. 16) sind daher nicht zu entschädigen.

Die Entschädigung, die dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers für die Aufwendungen bis Ende 2010 auszurichten ist, beläuft sich damit in Anwendung des gerichtlichen Stundenansatzes von Fr. 200.00 auf Fr. 2'438.45 ([10,08 Stunden x Fr. 200.00 + Fr. 250.20] + 7,6 % Mehrwertsteuer). Für die nachfolgende Zeit ist der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers mit Fr. 2'156.10 ([9 Stunden x Fr. 200.00 + Fr. 196.40] + 8 % Mehrwertsteuer) zu entschädigen. Die Gesamtentschädigung beläuft sich damit auf Fr. 4'594.55.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Der Beklagten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Hans Stünzi, Horgen, wird mit Fr. 4'594.55 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Kläger wird auf § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.
5. Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Rechtsanwalt Hans Stünzi
 - CSS Versicherung AG
 - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMAsowie an:
 - Gerichtskasse

6. Da der Streitwert unter Fr. 30'000.00 liegt, kann gegen diesen Entscheid innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

Soweit keine Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG zulässig ist, kann gegen diesen Entscheid innert der gleichen Frist von **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Gerügt werden kann nach Art. 116 BGG die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten.

Werden sowohl die zivilrechtliche Beschwerde als auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Die Fristen stehen 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).