

## **KK.2010.00037**

Sozialversicherungsgericht  
des Kantons Zürich  
I. Kammer  
Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende

Sozialversicherungsrichterin Maurer Reiter

Ersatzrichter Wilhelm

Gerichtsschreiberin Kobel  
**Urteil vom 28. Februar 2013**

in Sachen  
X.\_\_\_\_

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Kreso Glavas  
Markusstrasse 10, 8006 Zürich

gegen

Atupri Krankenkasse  
Direktion  
Zieglerstrasse 29, 3000 Bern 65  
Beklagte

vertreten durch Fürsprecher und Notar Franz Müller  
dasadvokaturbuero  
Herrengasse 22, Postfach 663, 3000 Bern 7

### **Sachverhalt:**

1.

1.1 X.\_\_\_\_, geboren 1957, arbeitete ab August 2003 vollzeitlich als Maurer bei der Y.\_\_\_\_ und war im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Suva) unfallversichert. Ausserdem war er über die Y.\_\_\_\_ durch Kollektivversicherungsvertrag bei der Atupri Krankenkasse (nachfolgend Atupri) gegen krankheitsbedingten Erwerbsausfall versichert. Vereinbart war die Variante „BVG-koordiniert“, das versicherte Taggeld betrug 80 % des Lohnanspruchs und war unter Einschluss einer Wartefrist von 30 Tagen für eine Leistungsdauer von maximal 730 Tagen geschuldet; ferner war in der Police der Zusatz „Unfalleinschluss nein“ vermerkt (Police vom 27. Dezember 2005, Urk. 11/1; Allgemeine Versicherungsbedingungen für die kollektiven Taggeldversicherungen nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Ausgabe 1. Juli 2005 [AVB Kollektiv], Urk. 11/2; Zusätzliche Versicherungsbedingungen Firmentaggeld VVG, Ausgabe 1. Juli 2005 [ZVB Kollektiv], Urk. 11/3).

1.2 Am 16. Februar 2007 stürzte X.\_\_\_\_ bei der Arbeit von einer Leiter und erlitt dabei eine Deckplattenimpressionsfraktur des Lendenwirbelkörpers (LWK) 1 und eine Pfählungsverletzung des linken Knies (Schadenmeldung UVG vom 22. Februar 2007, Urk. 17/1; Arztzeugnis UVG des Spitals A.\_\_\_\_ vom 16. März 2007, Urk. 17/7). Gleich anschliessend wurde der Versicherte im Spital A.\_\_\_\_ stationär behandelt mit konservativer Therapie des Wirbelbruchs und Wundbehandlung des Knies (Urk. 17/7), und am 24. Mai 2007 wurde im Spital A.\_\_\_\_ eine Arthroskopie des linken Knies mit partieller medialer Menishektomie und Narbenexzision durchgeführt (Operationsbericht, Urk. 17/18). Nachdem das Spital A.\_\_\_\_ über den weiteren Verlauf berichtet hatte (Berichte vom 9. Juli und vom 3. Oktober 2007, Urk. 17/20 und Urk. 17/34), erfolgte am 10. Oktober 2007 die kreisärztliche Untersuchung durch Dr. med. B.\_\_\_\_, Spezialarzt für orthopädische Chirurgie (Urk. 17/35). Gestützt auf die Beurteilung des Kreisarztes teilte die Suva, welche bis dahin für die Heilungskosten aufgekomen war und Tagelder auf der Basis einer durchgehenden 100%igen Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet hatte, dem Versicherten am 15. Oktober 2007 mit, dass er ab dem 1. November 2007 wieder zu 50 % und ab dem 1. Dezember 2007 zu 100 % arbeitsfähig sei (Urk. 17/36). Dies wiederholte sie nach Kenntnissnahme der weiteren Stellungnahmen von Dr. B.\_\_\_\_ gegenüber der Arbeitgeberin (Telefonnotiz vom 7. November 2007, Urk. 17/40) und gegenüber dem Spital A.\_\_\_\_ (Brief vom 21. November 2007, Urk. 17/44; Bericht des Spitals A.\_\_\_\_ vom 8. November 2007, Urk. 17/42) mit Brief vom 12. November 2007 (Urk. 17/41) und Verfügung vom 27. November/11. Dezember 2007 (Urk. 17/46 und Urk. 17/48). X.\_\_\_\_, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Kreso Glavas, liess am 20. Dezember 2007 Einsprache erheben und unter Berufung auf einen Bericht der Hausärztin Dr. med. C.\_\_\_\_, Fachärztin für Allgemeine Medizin, an die Suva vom 18. Dezember 2007 mit Attestierung einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit für die Arbeit als Maurer (Urk.

17/58) die Ausrichtung weiterer Taggelder beantragen (Urk. 17/55). Die Suva wies die Einsprache mit Entscheid vom 23. Januar 2008 ab (Urk. 17/61). Der Entscheid blieb unangefochten.

1.3 Nachdem die Y.\_\_\_\_ das Arbeitsverhältnis per Ende Februar 2008 aufgelöst hatte, meldete sich X.\_\_\_\_ bei der Arbeitslosenversicherung, wo ihm am 3. März 2008 die Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet wurde (vgl. die Taggeldabrechnung für den Monat Juni 2008, Urk. 11/22/2). Sodann trat X.\_\_\_\_ per 1. März 2008 in die Einzelversicherung der Atupri über; vereinbart war wiederum ein Taggeld „bei Krankheit“ und das versicherte Taggeld belief sich auf Fr. 151.--, zu leisten ab dem 31. Tag (vgl. die Korrespondenz zwischen Rechtsanwalt Dr. Kreso Glavas und der Atupri in Urk. 11/4-16, die Versicherungspolicen vom 10. Juni 2008 und vom 9. Oktober 2010, Urk. 11/17 und Urk. 2/5, die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Zusatzversicherungen nach Versicherungsvertragsgesetz [VVG], Ausgabe 1. Januar 2007 [AVB Einzel], Urk. 11/18 S. 14 ff., und die Zusätzlichen Versicherungsbedingungen, Ausgabe 1. Januar 2007 [ZVB Einzel], Urk. 11/18 S. 34-35).

Im April 2008 begab sich X.\_\_\_\_ in rheumatologische Behandlung (Bericht von Dr. med. D.\_\_\_\_, Spezialarzt für Rheumatologie, vom 28. April 2008, Urk. 10/5); mit Brief seines Rechtsvertreters vom 19. Juni 2008 liess er die Atupri um die Ausrichtung von Krankentaggeldern ersuchen (Urk. 11/19/1) und berief sich dabei auf ein Arbeitsunfähigkeitsattest von Dr. med. E.\_\_\_\_, Spezialärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, für die Zeit ab dem 13. Juni 2008 (Urk. 11/19/2). Die Atupri holte den Bericht von Dr. E.\_\_\_\_ vom 7. Juli 2008 ein (Urk. 11/24) und teilte dem Versicherten anschliessend mit Schreiben vom 16. Juli 2008 mit, dass sie keine Taggelder erbringe, da die attestierte Arbeitsunfähigkeit auf den Unfall vom 16. Februar 2007 zurückzuführen sei (Urk. 11/25). Der Versicherte liess am 18. Juli 2008 Einwendungen erheben (Urk. 11/26) und liess in der Folge ein weiteres Arbeitsunfähigkeitsattest von Dr. E.\_\_\_\_ sowie Arbeitsunfähigkeitsatteste von Dr. med. F.\_\_\_\_, Spezialarzt für Chirurgie, einreichen (Urk. 11/31 und Urk. 11/33/1; vgl. auch den Bericht des Zentrums für medizinische Radiologie an Dr. F.\_\_\_\_ vom 17. Juli 2008 über eine Röntgenuntersuchung der Lendenwirbelsäule, Urk. 17/71).

1.4 In der Nacht vom 4. auf den 5. August 2008 war X.\_\_\_\_ im Ausland von einem Autounfall betroffen, bei dem der Wagen, in dem er als Beifahrer sass, gegen den Strassenrand prallte (Schadenmeldung UVG vom 3. Oktober 2008, Urk. 25/1; vgl. auch die Dienstnotizen der lokalen Verkehrspolizei in Urk. 25/23). Der erstbehandelnde Arzt Dr. med. G.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Medizin, stellte die Diagnosen von posttraumatischen Kopfschmerzen und eines mässigen Wirbelsäulentraumas (Arztzeugnis UVG vom 5. September 2008, Urk. 25/5), und die Suva tätigte Erhebungen zum Unfallhergang, unter anderem mittels „Erhebungsblatt für die Abklärung von HWS-Fällen“ (Protokoll zur Besprechung vom 5. Februar 2009, Urk. 25/18; ergänzender Bericht vom 6. Februar 2009, Urk. 25/15). Ferner holte die Suva verschiedene Berichte der behandelnden Ärzte ein, nämlich den Bericht des H.\_\_\_\_ vom 14. Oktober 2008 (Urk. 17/82), den Bericht von Dr. F.\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2008 (Urk. 17/83), den Bericht von Dr. E.\_\_\_\_ vom 4. Dezember 2008 (Urk. 17/85; einschliesslich Kenntnisnahme der früheren Berichte von Dr. E.\_\_\_\_ an die Atupri vom 7. Juli 2008 und vom 15. September 2008, Urk. 11/24 und Urk. 11/33/3), den Bericht des H.\_\_\_\_ vom 26. Februar 2009 (Urk. 25/29, evtl. unvollständig), den Bericht von Dr. E.\_\_\_\_ vom 30. März 2009 (Urk. 25/35), den Bericht von Dr. F.\_\_\_\_ vom 25. April 2009 (Urk. 25/38) und den Bericht des H.\_\_\_\_ an Dr. F.\_\_\_\_ vom 27. April 2009 über die tagesklinische Behandlung im Zeitraum vom 26. November 2008 bis zum 6. März 2009 (Urk. 25/44.0-6).

Am 23. Juni 2009 fand eine kreisärztliche Untersuchung, wiederum durch Dr. B.\_\_\_\_, statt (Urk. 25/46), und der Kreisarzt liess durch die Klinik J.\_\_\_\_ Magnetresonanztomographien des Schädels und der Hals- und Lendenwirbelsäule erstellen (Bericht der Klinik J.\_\_\_\_ vom 16. Juli 2009, Urk. 25/53). Schliesslich gab die Suva bei Dr. med. K.\_\_\_\_, Spezialarzt für Psychiatrie und Psychotherapie, die Aktenbeurteilung vom 2. Juli 2009 in Auftrag (Urk. 25/55).

Mit Verfügung vom 14. Januar 2010 hielt die Suva fest, dass sie für die seit dem 13. Juni 2008 anhaltende und den Unfall vom 4. August 2008 überdauernde Arbeitsunfähigkeit keine Taggelder erbringe, da sie diese Arbeitsunfähigkeit als krankheitsbedingt erachte, dass die Kosten für die Behandlung der psychischen Beschwerden, für die sie nach dem Unfall vom 4. August 2008 zunächst aufgekommen sei, ab dem 6. März 2009 zulasten der Krankenkasse gingen und dass generell die Versicherungsleistungen per Ende Januar 2010 eingestellt würden (Urk. 25/65). X.\_\_\_\_ liess durch Rechtsanwalt Dr. Kreso Glavas mit den Eingaben vom 15. und vom 27. Januar 2010 wiederum Einsprache erheben (Urk. 25/72 und Urk. 25/69.1-2), nachdem er am 30. Dezember 2009 beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich bereits eine Rechtsverzögerungsbeschwerde gegen die Suva anhängig gemacht hatte (Urk. 25/69.3-9; als gegenstandslos geworden abgeschrieben mit Verfügung des Sozialversicherungsgerichts vom 24. März 2010, Urk. 25/71). Desgleichen erhob am 2. Februar 2010 die Atupri Einsprache (Urk. 25/75), zog diese indessen mit Eingabe vom 31. März 2010 wieder zurück (Urk. 25/86). Mit Entscheid vom 28. April 2010 hiess die Suva die Einsprache des Versicherten teilweise gut und sprach ihm aufgrund des Unfalls vom 4. August 2008 Taggelder zu (Urk. 25/87). Der Einspracheentscheid wurde nicht angefochten, und in der Folge leistete die Suva dem Versicherten für die Zeit vom 7. August 2008 bis zum 31. Januar 2010 durchgehend Taggelder auf der Basis einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit (543 Tage à Fr. 111.90 = Fr. 60'761.70; Schreiben der Suva vom 28. Juni 2010, Urk. 25/94).

1.5 Die Atupri hatte im Anschluss an ihr Schreiben vom 16. Juli 2008 (Urk. 11/25) und die Einwendungen des Versicherten vom 18. Juli 2008 (Urk. 11/26) auf das nochmalige Begehren vom 24. September 2008 hin (Urk. 11/34) mit Schreiben vom 25. September 2008 an ihrer Leistungsablehnung festgehalten (Urk. 11/35) und war auch in der nachfolgenden Korrespondenz dabei geblieben (vgl. Urk. 11/35-45).

Am 6. April 2010 liess der Versicherte der Atupri den Austrittsbericht der Rehaklinik L.\_\_\_\_ vom 17. März

2010 zukommen, wo er vom 11. Januar bis zum 8. Februar 2010 hospitalisiert gewesen war (Urk. 11/47), und liess nochmals um Ausrichtung von Krankentaggeldern ersuchen (Urk. 11/48). Die Atupri antwortete mit E-Mail vom 15. Juli 2010 (Urk. 11/49) und den Briefen vom 4. November 2010 (Urk. 11/51 und Urk. 11/52) erneut ablehnend und begründete dies abermals damit, dass die Arbeitsunfähigkeit ungeachtet der Leistungseinstellung beziehungsweise -verneinung der Suva unfallbedingt sei.

2. Mit Eingabe vom 26. November 2010 liess X.\_\_\_\_ durch Rechtsanwalt Dr. Kreso Glavas beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich gegen die Atupri Klage einreichen (Urk. 1) mit den Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

„1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger die Taggelder in der Höhe von Fr. 151.-- ab 31. Tag, d.h. ab 1. Dezember 2007 bis 4. August 2008 zu 100 %, d.h. 248 Tage à Fr. 151.-- und wiederum zu 100 % ab 3. März 2010 bis 31. Oktober 2010 (Zwischentotal Fr. 37'448.-- + Fr. 36'693.--) insgesamt Fr. 74'141.-- samt 5 % Zins ab 24. September 2008, resp. bis zu deren definitiven, vertraglich vereinbarten Erschöpfung und nach Massgabe der medizinisch bescheinigten, krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, längstens aber während 730 Tagen zu entrichten.

2. Eventualiter sei eine fachmedizinische Begutachtung in Auftrag zu geben, worauf die Beklagte zu verpflichten sei, dem Versicherten die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit mit Fr. 151.-- pro Kalendertag zu vergüten.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

Die Atupri, vertreten durch Fürsprecher und Notar Franz Müller, liess in der Klageantwort vom 9. Februar 2011 (Urk. 9) auf Zurückweisung im Sinne eines Nichteintretens wegen sachlicher Unzuständigkeit, eventualiter auf Abweisung der Klage schliessen (Urk. 9 S. 2).

Mit Verfügung vom 1. März 2011 (Urk. 14) zog das Gericht die Akten der Suva betreffend den Unfall vom 16. Februar 2007 bei (Urk. 17/1-87). Daraufhin wurde mit Verfügung vom 11. März 2011 (Urk. 18) ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet. X.\_\_\_\_ liess in der Replik vom 12. April 2011 (Urk. 20) an seinem Rechtsbegehren festhalten und als neues Beweismittel einen Bericht des M.\_\_\_\_ vom 10. Januar 2011 mit interdisziplinärer Beurteilung der Arbeitsfähigkeit und der Unfallkausalität einreichen (Urk. 21/31).

Ausserdem liess er den Antrag stellen, es seien auch die Akten des Unfalles vom 4. August 2008 beizuziehen. Diesem Ersuchen wurde mit Verfügung vom 20. April 2011 stattgegeben (Urk. 22), und mit Verfügung vom 6. Mai 2011 (Urk. 26) wurde dem Versicherten Gelegenheit zur Stellungnahme zu den neu eingereichten Akten der Suva (Urk. 25/1-95) eingeräumt. Dieser liess mit Eingabe vom 3. Juni 2011 davon Gebrauch machen (Urk. 28). Mit Eingabe vom 8. Juli 2011 liess die Atupri die Duplik erstatten und gleichzeitig zu den beigezogenen Akten der Suva Stellung nehmen (Urk. 31).

In der Folge zog das Gericht mit Verfügung vom 21. November 2012 (Urk. 37) die Akten der Invalidenversicherung bei (Urk. 40/1-79), wo sich der Versicherte am 14. Februar 2009 angemeldet hatte (Urk. 40/1). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (SVA), IV-Stelle, hatte die Angaben der ehemaligen Arbeitgeberin vom 19. März 2009 (Urk. 40/13) und die Berichte der behandelnden Ärzte eingeholt, nämlich den Bericht von Dr. E.\_\_\_\_ vom 23. März 2009 (Urk. 40/14), den Bericht des H.\_\_\_\_ vom 25. April 2009 (Urk. 40/21), den Bericht von Dr. F.\_\_\_\_ vom 4. Juni 2009 (Urk. 40/24), den Bericht von Dr. E.\_\_\_\_ vom 1. März 2011 (Urk. 40/48), den Bericht des H.\_\_\_\_ vom 24. März 2011 (Urk. 40/49) und den Bericht von Dr. F.\_\_\_\_ vom 23. April 2011 (Urk. 40/50). Anschliessend hatte die IV-Stelle den Versicherten durch das N.\_\_\_\_ interdisziplinär begutachten lassen (Gutachten vom 18. Januar 2012 von Dr. med. O.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Medizin, Dr. med. P.\_\_\_\_, Spezialarzt für Orthopädische Chirurgie, und Dr. med. Q.\_\_\_\_, Spezialarzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Urk. 40/55). Mit Vorbescheid vom 28. Februar 2012 hatte die IV-Stelle dem Versicherten daraufhin mitgeteilt, dass sie seinen Rentenanspruch bei einem Invaliditätsgrad von lediglich 34 % zu verneinen gedenke (Urk. 40/62). Der Versicherte, der sich vom 21. Februar bis zum 19. April 2012 im R.\_\_\_\_, Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie, aufgehalten hatte (vorläufiger Austrittsbericht vom 19. April 2012, Urk. 40/74), hatte mit den Eingaben vom 2. März und vom 18. April 2012 Einwendungen erheben lassen (Urk. 40/64 und Urk. 40/70); zur Zeit des Aktenbezugs lag weder der definitive Austrittsbericht des R.\_\_\_\_ noch die Verfügung der IV-Stelle über den Rentenanspruch vor.

Mit Eingabe vom 27. November 2012 liess der Versicherte mitteilen, dass er seit Juni 2012 in der akuten psychiatrischen Tagesklinik der Klinik S.\_\_\_\_ behandelt werde, und liess den Bezug eines aktuellen Berichts dieser Klinik beantragen (Urk. 38). Das Gericht gab ihm daraufhin mit Verfügung vom 10. Dezember 2012 Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Akten der Invalidenversicherung und forderte ihn zudem dazu auf, allfällige bereits vorhandene Berichte der akuten psychiatrischen Tagesklinik einzureichen. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2012 liess der Versicherte dem Gericht seine Stellungnahme zukommen und mitteilen, dass noch keine entsprechenden Berichte vorlägen (Urk. 42). Die Atupri liess mit Eingabe vom 30. Januar 2013 ebenfalls zu den beigezogenen Akten der Invalidenversicherung Stellung nehmen (Urk. 45).

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

#### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Strittig und zu prüfen ist, ob der Kläger gegenüber der Beklagten für die gel-tend gemachte Zeit ab dem 1. Dezember 2007 Anspruch auf Krankentaggelder nach dem VVG hat, sei es aus dem Kollektivversicherungsvertrag mit der Y.\_\_\_\_ (Urk. 11/1), sei es aus der Einzelversicherung, in die er per

1. März 2008 übergetreten war (Urk. 11/17).

2.

2.1 Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zürich ist gegeben und ist auch nicht strittig. Sowohl gemäss den AVB Kollektiv als auch gemäss den AVB Einzel steht der versicherten Person wahlweise der Gerichtsstand Bern oder der Gerichtsstand ihres schweizerischen Wohnsitzes zur Verfügung (Art. 31 Abs. 2 AVB Kollektiv, Urk. 11/2, und Art. 36 Abs. 2 AVB Einzel, Urk. 11/18 S. 19), und der Kläger wohnt im Kanton Zürich.

2.2 Hingegen lässt die Beklagte die sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich bestreiten mit der Begründung, bei der Taggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) handle es sich nicht um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung im Sinne von § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) (Urk. 9 S. 2 ff., Urk. 31 S. 1).

Die sachliche Zuständigkeit ist nach den Rechtsvorschriften zu beurteilen, die bei Anhängigmachen der Klage in Kraft waren (vgl. Art. 404 ZPO). Die damals in Kraft gewesene Version von § 2 Abs. 2 lit. b GSVGer verwies für den Begriff der Zusatzversicherung auf die bis Ende 2010 in Kraft gewesene Regelung in Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz [VAG]). Unter der Herrschaft jener Bestimmung hat das Sozialversicherungsgericht den Charakter einer Krankentaggeldversicherung nach VVG als Zusatzversicherung anerkannt und sich als sachlich zuständig erklärt (Beschluss des Sozialversicherungsgerichts in Sachen S. vom 17. November 2004, Prozess Nr. KK.2002.00016), und das Kassationsgericht des Kantons Zürich war in einem Beschluss vom 23. Juni 2006 zur selben Beurteilung gelangt. Diese Beurteilung ist unterdessen ständige Praxis des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich. An ihr ist festzuhalten, in Abweichung vom Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, auf das sich die Beklagte beruft (vgl. Urk. 9 S. 2 ff.). Sie wird im Übrigen auch von der Lehre zu Art. 7 ZPO geteilt (vgl. Dominik Vock in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 [BSK ZPO], N 6 zu Art. 7 ZPO). Diese Bestimmung, auf die § 2 Abs. 2 lit. b GSVGer in der ab Anfang 2011 gültigen Fassung verweist, verwendet denselben Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung wie Art. 85 Abs. 2 VAG, weshalb die zitierte Lehre auch für die Verhältnisse unter dem alten Recht massgebend ist.

2.3 Ist das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich somit sowohl örtlich als auch sachlich zuständig, so ist auf die Klage einzutreten.

2.4 Der Kläger macht Taggelder in der Höhe von Fr. 74'141.-- geltend (Urk. 1 S. 2 und S. 7 f.). Der Streitwert beläuft sich daher auf diesen Betrag.

3.

3.1 Die Beklagte bestreitet ihre Leistungspflicht vorab mit der Begründung, die gesundheitlichen Beeinträchtigungen, aufgrund derer der Kläger Taggelder beanspruche, seien unfallbedingt und damit vom Versicherungsvertrag mit ihr nicht umfasst (Urk. 9 S. 4 und S. 7 ff., Urk. 31). Demgegenüber lässt der Kläger geltend machen, die Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit sei zumindest nicht vollumfänglich auf die Unfälle zurückzuführen, und überdies seien die leistungsbegrenzenden Entscheide der Suva in Rechtskraft erwachsen und insbesondere von der Beklagten nicht angefochten worden (Urk. 1 S. 3 und S. 7 f., Urk. 20 S. 3 und S. 5 ff., Urk. 28, Urk. 42 S. 1).

Zunächst ist daher darüber zu befinden, unter welchen Voraussetzungen die ursprüngliche Kollektivversicherung und die per 1. März 2008 abgeschlossene Einzelversicherung die Leistungspflicht bei Beteiligung eines Unfalles ausschliesst.

3.2

3.2.1 Der Ausschluss der Unfalldeckung, auf den sich die Beklagte beruft, ist in der Kollektivversicherung wie folgt statuiert:

Die Police vom 27. Dezember 2005 enthält den Vermerk „Unfalleinschluss nein“ (Urk. 11/1 S. 2).

Sodann ist in Art. 1 Abs. 1 ZVB Kollektiv (Urk. 11/3) festgelegt, dass die Versicherung Firmentaggeld VVG den nachgewiesenen Einkommensausfall deckt, der durch die krankheitsbedingte oder, sofern mitversichert, unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit entsteht.

In Ziffer 6 AVB Kollektiv (Urk. 11/2) sind die Begriffe des Unfalles und der Krankheit folgendermassen definiert:

„6.1 Krankheit ist 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.

6.2 Unfall ist die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit zur Folge hat.

6.3 Unfallähnliche Körperschädigungen gemäss Artikel 9 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) sind auch ohne ungewöhnliche äussere Einwirkung Unfällen gleichgestellt.“

Des Weiteren werden in Art. 23 AVB Kollektiv unter der Überschrift „Leistungsausschlüsse“ verschiedene Sachverhalte aufgezählt, bei deren Vorliegen keine Leistungen erbracht werden.

3.2.2 In der Einzelversicherung ist der Ausschluss der Unfalldeckung so normiert:

In der Versicherungspolice vom 10. Juni 2008 ist die Versicherungsdeckung durch den Vermerk „bei Krankheit“ charakterisiert (Urk. 11/17).

Ferner ist in Art. 2 Abs. 1 ZVB Einzel (Urk. 11/18 S. 34-35) festgehalten, dass wahlweise die

Versicherungsdeckung für die Risiken Krankheit und/oder Unfall abgeschlossen werden kann. Des Weiteren enthält Art. 5 AVB Einzel (Urk. 11/18 S. 14 ff.) die folgende Definition des Begriffs der Krankheit:

„5.1 Krankheit ist 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.“

Die Definition des Begriffs des Unfalls lautet nach Art. 6 AVB Einzel:

„6.1 Die Definition des Unfallereignisses entspricht derjenigen im Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG).

6.2 Demnach gilt als Unfall die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper sowie unfallähnliche Körperschädigungen und Berufskrankheiten, die eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat.“

3.2.3 Sowohl nach Art. 6 AVB Kollektiv als auch nach Art. 5 und 6 AVB Einzel gilt somit als Krankheit jede gesundheitliche Beeinträchtigung, die nicht Folge eines Unfalles (beziehungsweise einer unfallähnlichen Körperschädigung oder einer Berufskrankheit) ist. Der Unfall und die ihm gleichgestellten Sachverhalte sind demnach Ausnahmen, bei deren Vorliegen in Abweichung vom Regelfall keine Leistungspflicht der Beklagten besteht.

Bei der Auslegung solcher Ausschlussbestimmungen gelangt die sogenannte Unklarheitsregel zur Anwendung, die für das Versicherungsvertragsrecht in Art. 33 VVG konkretisiert ist (vgl. Fuhrer, in: Honsell et al. [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VVG, Basel 2001 [nachfolgend VVG-Kommentar], Art. 33 VVG, S. 466 f. Rz 19). Danach haftet der Versicherer, soweit das VVG nicht anders 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.

Führen weder der Wortlaut noch die übrigen Auslegungsregeln, die unter dem Begriff der Umstände des Vertragsabschlusses zusammengefasst werden (vgl. Fuhrer, in: VVG-Kommentar, Art. 33 VVG, S. 495 f. Rz 110 f.), zu einem klaren Ergebnis oder führen diese Auslegungsvorschriften zu verschiedenen ernsthaft vertretbaren Deutungen, so ist nach der dargelegten Unklarheitsregel diejenige Deutung anzuwenden, die für die versicherte Person am günstigsten ist (vgl. Fuhrer, in: VVG-Kommentar, Art. 33 VVG, S. 510 Rz 150 ff.). Es gilt im Rahmen dieser Unklarheitsregel das Restriktionsprinzip, welches besagt, dass für die versicherte Person ungünstige AVB-Bestimmungen eng auszulegen sind (vgl. Fuhrer, in: VVG-Kommentar, Art. 33 VVG, S. 517 ff. Rz 178 ff.).

3.2.4 Der Unfallbegriff als solcher, wie er in den genannten Ausschlussbestimmungen definiert ist, bietet keine Auslegungsschwierigkeiten. Die Definition entspricht exakt derjenigen in der UVV beziehungsweise im ATSG, und der Begriff ist durch eine reichhaltige bundesgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert worden. Es können jedoch verschiedene Konstellationen unterschieden werden, unter denen ein Unfall im Sinne der vertraglichen und gesetzlichen Definition an einer gesundheitlichen Beeinträchtigung beteiligt ist. So kann ein Unfall lediglich eine Teilursache der Beeinträchtigung sein und mit einer Krankheit zusammenwirken. Des Weiteren sind Unfallfolgen denkbar, die zwar in einem natürlichen, aber nicht (mehr) in einem rechtlich relevanten adäquaten Kausalzusammenhang zum Unfall stehen, womit keine Leistungspflicht des Unfallversicherers besteht. Schliesslich sind Unfallfolgen denkbar, für die der Unfallversicherer trotz bestehender Leistungspflicht nicht aufkommt und mithin die Leistungen zu Unrecht verweigert. Bei all diesen Konstellationen lässt sich die Frage, ob die Leistungspflicht der Beklagten ausgeschlossen ist, dem Wortlaut von Art. 6 AVB Kollektiv und von Art. 5 und 6 AVB Einzel nicht entnehmen, und sie sind auch im Ausnahmekatalog in Art. 23 AVB Kollektiv nicht enthalten.

Das Bundesgericht ist im Falle von vergleichbar lautenden Versicherungsbedingungen zum Schluss gekommen, es würden darin nur die Fälle, bei denen die gesundheitliche Beeinträchtigung ausschliesslich auf einen Unfall zurückzuführen sei oder bei denen Leistungen durch die Unfallversicherung erbracht würden, unzweideutig von der Versicherung ausgeschlossen. Hätte die Kasse ihre Leistungspflicht für den Fall ausschliessen wollen, dass ein Zusammenspiel von Unfall und Krankheit die Arbeitsunfähigkeit verursache, hätte sie dies klar zum Ausdruck bringen müssen. Den angeführten Bestimmungen habe die versicherte Person jedoch nach Treu und Glauben keinen derart weit reichenden Leistungsausschluss entnehmen können; sie habe nicht annehmen müssen, bei einer zum Teil krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, für die ein Unfall (mit)kausal gewesen sei, entfalle die Leistungspflicht, auch wenn die Unfallversicherung keine Leistungen erbringe. Vielmehr habe die versicherte Person darauf vertrauen dürfen, dass entweder ein Unfall oder aber eine Krankheit gegeben sei und der entsprechende Versicherungsschutz bestehe (Urteil des Bundesgerichts 4A\_84/2012 vom 29. Juni 2012, E. 4.2). Diese Erwägungen sind auch für die vorliegende Auslegungsproblematik einschlägig. Die Beklagte kann daher ihre Leistungspflicht entgegen ihrer Auffassung (Urk. 9 S. 11 f., Urk. 31 S. 2 f.) nicht mit der Begründung verneinen, dass gesundheitliche Beeinträchtigungen zwar nicht mehr in einem adäquaten, aber immer noch in einem natürlichen Kausalzusammenhang zu einem Unfall stünden. Denn auf diese Weise würde eine Kategorie von Beschwerdebildern geschaffen, die von der Leistungspflicht des VVG-Taggeldversicherers ausgeschlossen wären, obwohl auch keine Leistungspflicht des Unfallversicherers besteht. Des Weiteren ist die Beklagte auch dort leistungspflichtig, wo gesundheitliche Beeinträchtigungen nur teilweise unfallkausal sind, soweit der Unfallversicherer keine Leistungen erbringt. Dies gilt ungeachtet dessen, dass der Unfallversicherer grundsätzlich auch in jenen Fällen in der Pflicht stünde, wo ein Unfall nicht die alleinige Ursache eines Schadens ist (für das

Sozialversicherungsrecht vgl. BGE 129 V 177 E. 3.1, 406 E. 4.3.1, 123 V 45 E. 2b, 119 V 335 E. 1, 118 V 289 E. 1b, je mit Hinweisen; für das Privatvertragsrecht, im Speziellen für das Haftpflichtrecht, vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_444/2010 vom 22. März 2011, E. 2.1 mit Hinweisen). Hingegen ist der Beklagten darin zuzustimmen (vgl. Urk. 31 S. 2), dass sie als private Krankentaggeldversichererin nicht dazu legitimiert ist, den leistungsverweigernden Entscheid des Unfallversicherers anzufechten (vgl. Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, N 24 zu Art. 59 ATSG mit Hinweis auf BGE 125 V 339 E. 4; Urteil des Bundesgerichts U 356/00 vom 30. Juli 2001, E. 3), und dass sie dafür bei der Beantwortung der Vorfrage, ob unfallkausale Beschwerden vorliegen, grundsätzlich nicht an den Entscheid des Unfallversicherers gebunden ist.

Unter Berücksichtigung der dargelegten Auslegung von Art. 6 AVB Kollektiv Art. 5 und 6 AVB Einzel gilt es, die geltend gemachten Ansprüche des Klägers zu prüfen.

3.3.

3.3.1 Zunächst beansprucht der Kläger Krankentaggelder für den Zeitraum vom 1. Dezember 2007 bis zum 4. August 2008.

3.3.2 Die Suva stellte ihre Leistungen per Ende November 2007 mit der Begründung ein, die beim Unfall vom 16. Februar 2007 erlittenen Verletzungen des linken Knies und der Lendenwirbelsäule begründeten ab Anfang Dezember 2007 keine Arbeitsunfähigkeit für die angestammte Arbeit als Maurer mehr (Urk. 17/46 und Urk. 17/48, Urk. 17/61). Diese Beurteilung gründet im Wesentlichen auf der Einschätzung von Dr. B.\_\_\_\_, der im kreisärztlichen Bericht vom 10. Oktober 2007 mit Hinweis auf den Bericht des Spitals A.\_\_\_\_ vom 3. Oktober 2007 (Urk. 17/34) festhielt, es bestünden keine namhaften Beschwerden im thorakolumbalen Übergang (Frakturstelle des LWK 1) mehr und die objektivierbaren Restprobleme am linken Knie seien diskret (Urk. 17/35 S. 2 und S. 4). Da das Spital A.\_\_\_\_ zudem in einem Bericht an Dr. B.\_\_\_\_ vom 8. November 2007 ausführte, seine Klinik für Rheumatologie vermöge die kreisärztliche Arbeitsfähigkeitsbeurteilung in Bezug auf die Knieverletzung grundsätzlich zu teilen (Urk. 17/42), hält die aus unfallversicherungsrechtlicher Sicht verfügte Leistungseinstellung durch die Suva der vorliegenden, unabhängigen Prüfung Stand.

Bereits im Dezember 2007 konnte Dr. C.\_\_\_\_ dann jedoch ausserhalb des vom Unfall betroffenen Frakturbereichs, nämlich in den unteren Segmenten der Wirbelsäule, Blockierungen feststellen (Urk. 17/58), die Klinik T.\_\_\_\_ erstellte im April 2008 auf Zuweisung von Dr. D.\_\_\_\_ hin (vgl. Urk. 10/5) eine Magnetresonanztomographie der Lendenwirbelsäule, welche zahlreiche degenerative Veränderungen im Bereich zwischen L2 bis S1 und insbesondere eine mässige Spinalkanalstenose und eine Einengung des Neuroforamens L4/L5 zu Tage brachte (Urk. 40/55 S. 33-34), und das Zentrum für medizinische Radiologie vermochte im Juli 2008 wiederum degenerative Veränderungen der unteren Wirbelsäule bildgebend darzustellen (Urk. 17/71). Die Magnetresonanztomographie, welche die Klinik J.\_\_\_\_ im Juli 2009 anfertigte, reproduzierte diese Veränderungen erneut; die Klinik nannte Diskusprotrusionen auf der Höhe L2/L3, L3/L4 und L5/S1, eine mittelgrosse mediane Diskushernie auf der Höhe L4/L5 sowie Osteochondrosen, Spondylosen, Fazettengelenksarthrosen und eine mittelschwere zentrale Spinalkanalstenose (Urk. 25/53). Wenn unter diesen Gegebenheiten Dr. C.\_\_\_\_ dem Kläger bereits kurz nach der Leistungseinstellung durch die Suva eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit für die Tätigkeit als Maurer attestierte (Urk. 17/58) und Dr. F.\_\_\_\_ (Bericht vom 25. April 2009, Urk. 25/38 S. 3) und Dr. P.\_\_\_\_ (Gutachten des N.\_\_\_\_ vom 18. Januar 2012, Urk. 40/55 S. 20 f.) diese Beurteilung teilten, so leuchtet dieses Attest zum einen ein und zum andern erscheint es als wahrscheinlich, dass an dieser Arbeitsunfähigkeit die genannten unfallfremden Faktoren massgeblich beteiligt waren. Dies gilt ungeachtet dessen, dass Dr. F.\_\_\_\_ im Bericht an die Suva vom 31. Oktober 2008 und in den Berichten an die IV-Stelle vom 4. Juni 2009 und vom 23. April 2011 die Unfälle als die Ursache der Arbeitsunfähigkeit als Maurer bezeichnete (Urk. 17/83 S. 2, Urk. 40/24 S. 1 und Urk. 40/50 S. 1), denn gleichzeitig nannte er als Grund für die Arbeitsunfähigkeit die allgemeine verminderte Belastbarkeit des gesamten Achsengorgans (Urk. 40/24 S. 4 und Urk. 40/50 S. 4).

Damit ist die Leistungspflicht der Beklagten für die Einschränkungen des Klägers in der Arbeitsfähigkeit im Zeitraum vom 1. Dezember 2007 bis zum 4. August 2008 grundsätzlich gegeben, und es gilt die Höhe des Taggeldanspruchs festzulegen.

3.3.3 Anwendbar sind die AVB und die ZVB Kollektiv, da der Versicherungsfall - die zumindest teilweise krankheitsbedingte Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit - noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses mit der Y.\_\_\_\_ eingetreten ist. Nach Art. 8 Abs. 1 lit. g AVB Kollektiv erlischt die Versicherungsdeckung für die einzelnen versicherten Personen mit dem Ausscheiden aus dem Kreis der versicherten Personen beziehungsweise bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Versicherungsnehmer, sofern sie zu diesem Zeitpunkt keine Leistungen aus der Kollektivtaggeldversicherung des Versicherungsnehmers beziehen. Aus dieser Bestimmung folgt umgekehrt, dass in einem Fall wie dem vorliegenden, wo der Versicherungsfall vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist, die Taggelder nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterhin aus der Kollektivversicherung zu erbringen sind. Dementsprechend schliesst Art. 11 Abs. 6 lit. d AVB Kollektiv für versicherte Personen, welche bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Versicherungsnehmer Leistungen der Kollektivversicherung beziehen, ein Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung aus.

3.3.4 Nach Art. 10 ZVB Kollektiv besteht Anspruch auf Leistungen bei einer nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % (Satz 1). Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person infolge einer Krankheit oder eines Unfalles vorübergehend oder dauernd nicht mehr fähig ist, ihren Beruf oder eine andere ihr zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben (Satz 2). Zumutbar ist eine andere Tätigkeit dann, wenn sie den Kenntnissen, Fähigkeiten und der bisherigen Lebensstellung der

versicherten Person angemessen ist (Satz 3). Das Taggeld wird nach Art. 11 Abs. 1 ZVB grundsätzlich bei ärztlich bestätigter teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % anteilmässig entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet, wobei Leistungstage in Ergänzung zu Leistungen Dritter als volle Tage angerechnet werden. Nach Art. 11 Abs. 2 ZVB werden Tage mit teilweiser Arbeitsunfähigkeit als ganze Tage gezählt, und nach Art. 11 Abs. 3 ZVB gelten bei Arbeitslosen die gesetzlichen Bestimmungen. Ferner bestimmt Art. 21 AVB Kollektiv in Abs. 1, dass eine in ihrem angestammten Beruf arbeitsunfähige Person gehalten ist, innert sechs Monaten Arbeit in einem anderen Erwerbszweig zu suchen oder sich bei der Invaliden- oder Arbeitslosenversicherung anzumelden, und in Art. 21 Abs. 2 AVB Kollektiv ist festgelegt, dass die Taggeldberechnung dort, wo die Restarbeitsfähigkeit nicht verwertet wird, unter Berücksichtigung der Restarbeitsfähigkeit erfolgt. Nach Art. 24 Abs. 1 AVB Kollektiv sodann werden sämtliche Leistungen gemäss diesen AVB jeweils im Nachgang zu den Leistungen ausländischer oder inländischer sozialer und privater Versicherer erbracht, wobei die Kasse die Leistungen bis zur Höhe des versicherten Taggeldes ergänzt.

Nach den vorstehenden Darlegungen steht fest, dass der Kläger für die angestammte Tätigkeit als Maurer dauerhaft nicht mehr arbeitsfähig ist. Nach Ablauf der 30tägigen Wartefrist hat der Kläger somit ab dem 31. Dezember 2007 Anspruch auf ganze Taggelder. Die Taggeldhöhe von Fr. 151.--, die er geltend macht (Urk. 1 S. 2), ist der Versicherungspolice vom 10. Juni 2008 entnommen (Urk. 11/17). Sie bezieht sich zwar auf die per 1. März 2008 abgeschlossene Einzelversicherung (die aufgrund des gerade Dargelegten an sich obsolet geworden ist), die Beklagte brachte jedoch nirgendwo vor, unter der Herrschaft des Kollektivversicherungsvertrags habe eine andere Taggeldhöhe gegolten. Art. 11 Abs. 3 Satz 1 AVB Kollektiv statuiert denn auch, dass die Übertretenden jener Taggeldversicherung zugeteilt werden, die ihnen die gleichen oder annähernd die gleichen Leistungen wie die bisherige Kollektivversicherung bietet. Damit bestehen keine Anhaltspunkte, die ein Abweichen vom Taggeldbetrag von Fr. 151.-- rechtfertigen würden.

Hingegen lässt die Beklagte geltend machen, bei der Anspruchsbemessung sei nicht auf die 100%ige Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf als Maurer abzustellen, sondern es sei gestützt auf die zitierten Vorschriften zur Zumutbarkeit der Aufnahme einer Tätigkeit in einem anderen Erwerbszweig (Art. 21 AVB Kollektiv, Art. 10 ZVB Kollektiv) nur der Erwerbsausfall zu entschädigen, der dem Kläger bei der Verwertung seiner Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Arbeit entstünde.

3.3.5 Aus rein orthopädischer Sicht attestierte Dr. P. \_\_\_ des N. \_\_\_ dem Kläger während längstens sechs Monaten nach dem 16. Februar 2007 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit; in der Zeit danach erachtete er ihn für körperlich leichte Tätigkeiten unter Wechselbelastung als zeitlich und leistungsmässig uneingeschränkt arbeitsfähig, wobei das wiederholte Heben und Tragen von Lasten über 10 kg vermieden werden sollte (Urk. 40/55 S. 20). Die behandelnden Ärzte teilten diese Beurteilung. So hielt namentlich Dr. F. \_\_\_ in den Berichten an die IV-Stelle vom 4. Juni 2009 und vom 23. April 2011 fest, dem Kläger zumutbar seien körperlich leichte bis mittelschwere Tätigkeiten in wirbelsäulenadaptierten Wechselpositionen mit der Möglichkeit zum Wechsel zwischen Sitzen, Stehen und Gehen; zu vermeiden sei insbesondere das Heben von schweren Lasten, sodass kurzfristig nicht mehr als 15 kg und längerfristig nicht mehr als 4 kg getragen werden sollten (Urk. 40/24 S. 4 und Urk. 40/50 S. 4). Eine vergleichbare Einschätzung gab Dr. F. \_\_\_ in seiner Eigenschaft als Mitwirkender der interdisziplinären Beurteilung im M. \_\_\_ ab (Urk. 21/31 S. 5). Da Dr. P. \_\_\_ im Gutachten des N. \_\_\_ auch ausführlich auf die Inkonsistenzen im Schmerzverhalten einging (vgl. Urk. 40/55 S. 19), kann auf seine Beurteilung der Einschränkungen in der Arbeitsfähigkeit aus somatischer Sicht abgestellt werden.

Gemäss der persönlichen Anamnese im N. \_\_\_-Gutachten verfügt der Kläger zwar nicht über eine Ausbildung als Maurer, arbeitete jedoch seit vielen Jahren in diesem Beruf, insbesondere durchgehend seit seiner Niederlassung in der Schweiz im Jahr 1994 (vgl. Urk. 40/55 S. 11 und S. 22). Mit einem Jahreslohn von Fr. 77'888.80 im Jahr 2006 (vgl. die Angaben der Y. \_\_\_ im Fragebogen für den Arbeitgeber vom 19. März 2009, Urk. 40/13 S. 3), was einem Monatslohn von rund Fr. 6'490.-- entspricht, verdiente er denn auch deutlich mehr als den monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'608.-- (Lohn, über dem beziehungsweise unter dem sich 50 % aller Lohnangaben befinden [sogenannter Zentralwert], unter anteilmässiger Berücksichtigung des 13. Monatslohnes und standardisiert auf 40 Wochenstunden), den ein Facharbeiter mit einschlägigen Kenntnissen in der Schweiz zu erwarten hat (vgl. die Schweizerische Lohnstrukturerhebung [LSE] 2006, S. 25, Tabelle TA1 "Monatlicher Bruttolohn [Zentralwert] nach Wirtschaftszweigen, Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes und Geschlecht, Privater Sektor", Männer der Kategorie 3 ["Berufs- und Fachkenntnisse vorausgesetzt"]). Noch erheblicher ist der Unterschied zum Lohn von Fr. 4'732.-- für Männer der Kategorie 4 („Einfache und repetitive Tätigkeiten“), mit dem der Kläger bei einer Umstellung auf eine angepasste, jedoch berufsfremde leichte Arbeit höchstens rechnen könnte.

Daraus erwachsen Zweifel, ob eine solche Arbeit den Kenntnissen, Fähigkeiten und der bisherigen Lebensstellung des Klägers angemessen ist, wie dies in Art. 10 Satz 3 ZVB Kollektiv statuiert ist. Diese Zweifel werden erhärtet durch die Regelungen im Landesmantelvertrag für das Schweizerische Bauhauptgewerbe 2006-2008 (LMV 2006), die auf das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Y. \_\_\_ anwendbar sind. Die Taggeldversicherung, die der Arbeitgeber nach Art. 64 LMV 2006 für seine Arbeitnehmer abzuschliessen hat, muss nämlich nach den minimalen Versicherungsbedingungen in Abs. 3 die Entrichtung eines Taggeldes entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit (ab 50 %) vorsehen (lit. d), und da von Arbeits- und nicht von Erwerbsunfähigkeit die Rede ist, wird hier der bisherige Beruf anvisiert. Bei LMV-konformer Auslegung von Art. 10 ZVB Satz 3 ZVB Kollektiv ist es daher geboten, dem Kläger die Taggelder unter alleiniger Berücksichtigung der Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf als Maurer auszurichten. Daran ändert auch die Regelung in Art. 21 AVB Kollektiv nichts, da die ZVB den

AVB als die spezielleren Bestimmungen vorgehen.

3.3.6 Damit hat der Kläger im ersten geltend gemachten Zeitraum vom 1. Dezember 2007 bis zum 4. August 2008 ab dem 31. Dezember 2007, also nach Ablauf der 30tägigen Wartezeit, durchgehend Anspruch auf Taggelder à Fr. 151.--, also für 218 Tage. Daraus resultiert eine Taggeldsumme in der Höhe von Fr. 32'918.--. Dass der Kläger in den Monaten März bis Juli 2008 auch Taggelder der Arbeitslosenversicherung bezogen hat (vgl. Urk. 11/22 und Urk. 25/64), vermag diesen Anspruch nicht zu reduzieren. Denn aufgrund der Koordinationsbestimmung in Art. 73 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG), die gemäss Art. 100 Abs. 2 VVG sinngemäss anwendbar ist, geht bei 100%iger Arbeitsunfähigkeit der Krankentaggeldanspruch dem Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung vor. Es obläge somit der Arbeitslosenkasse, die damals zu viel ausgerichtete Arbeitslosenentschädigung vom Kläger zurückzufordern.

3.4 Für den Anspruch des Klägers auf Krankentaggelder im weiteren Zeitraum vom 3. März bis zum 31. Oktober 2010 gelten die vorstehenden Überlegungen in E. 3.3 gleichermaßen. Denn die dargelegte Arbeitsunfähigkeitsbeurteilung betrifft den gesamten Zeitraum seit Februar 2007 und die Erwägungen zur Zumutbarkeit sind nach wie vor massgebend. Des Weiteren besteht in der Variante „BVG-kodiert“ der ZVB Kollektiv (Art. 3) anders als nach den ZVB Einzel (Art. 2) kein Rahmen von 900 Tagen, der den Anspruch auf die maximale Anzahl von 730 Taggeldern eingrenzt. Dem Kläger stehen damit für den genannten Zeitraum nochmals 243 Taggelder à Fr. 151.-- zu, was eine Summe von Fr. 36'693.-- ergibt. 3.5 Insgesamt sind dem Kläger somit in teilweiser Gutheissung der Klage Taggelder im Gesamtbetrag von Fr. 69'611.-- zuzusprechen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht auf die Frage nach (zusätzlichen) Einschränkungen aufgrund weiterer Diagnosen, insbesondere aufgrund einer allfälligen psychischen Problematik, nicht mehr näher eingegangen zu werden.

3.6

3.6.1 Der Kläger verlangt die Verzinsung des eingeklagten Betrages zu 5 % (Urk. 1 S. 2).

3.6.2 Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablauf von vier Wochen von dem Zeitpunkt an gerechnet fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Nach der herrschenden Lehre wird mit dieser Regelung allein kein Verfalltag statuiert, der eine Mahnung entbehrlich macht, da es eine Auslegungsfrage ist, wann der Versicherer alle notwendigen Auskünfte und Belege erhalten hat, wogegen Verfalltagsgeschäfte eines genauen Erfüllungsdatums bedürfen (Nef, in: VVG-Kommentar, Art. 41 VVG, S. 703 Rz 20). Die AVB Kollektiv und die ZVB Kollektiv enthalten keine Verzugszinsregelung. Es ist somit auch vertraglich kein Verfalltag vereinbart. Die Beklagte musste demnach zur Zahlung gemahnt werden, damit sie in Verzug geriet und ein Verzugszins geschuldet war.

3.6.3 Der Kläger liess die Beklagte ein erstes Mal mit Schreiben vom 24. September 2008 zur Bezahlung von Taggeldern mahnen (Urk. 11/34). Diese Mahnung kann nur die Taggelder für den Zeitraum vom 31. Dezember 2007 bis zum 4. August 2008 betreffen. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit ab dem 24. September 2008 auf der entsprechenden Summe von Fr. 32'918.-- Verzugszinsen zu 5 % (Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 OR; vgl. Hasenböhler, in: VVG-Kommentar, Art. 20 VVG, S. 328 Rz 81). Was den weiteren Zeitraum vom 3. März bis zum 31. Oktober 2010 betrifft, so liess der Kläger der Beklagten die Mahnung vom 6. April 2010 zukommen (Urk. 11/48). Diese Mahnung beschlägt die 35 Tage bis zum 6. April 2010. Ab dem 6. April 2010 sind die Verzugszinsen zu 5 % somit auch auf dem zusätzlichen Taggeldbetrag von Fr. 5'285.-- (35 x Fr. 151.--) geschuldet, also auf dem Gesamtbetrag von Fr. 38'203.-- (Fr. 32'918.-- + Fr. 5'285.--).

Auf dem Restbetrag von Fr. 31'408.-- (Fr. 36'693.-- abzüglich Fr. 5'285.--) sind erst ab dem Datum der Klageerhebung vom 26. November 2010 Verzugszinsen zu 5 % geschuldet.

4. Beide Parteien beantragen die Zusprechung einer Prozessentschädigung.

4.1 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. Die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung bemisst sich gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert.

4.2 Der Kläger obsiegt gemessen am eingeklagten Betrag von Fr. 74'141.-- nahezu vollumfänglich. Unter Berücksichtigung der dargelegten Kriterien rechtfertigt es sich daher, ihm eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

4.3 Demgegenüber ist die Beklagte zwar durch einen externen Anwalt vertreten, was grundsätzlich einen Anspruch auf eine Prozessentschädigung rechtfertigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001, E. 5 mit Hinweisen). Ihr Obsiegen ist jedoch vernachlässigbar und ihm ist kein zusätzlicher Zeitaufwand zuzuordnen, weshalb ihr keine Prozessentschädigung zuzusprechen ist.

#### **Das Gericht erkennt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 69'611.-- zu bezahlen, nebst Verzugszins von 5 % auf dem Betrag von Fr. 32'918.-- ab dem 24. September 2008, auf dem Betrag von Fr. 38'203.-- ab dem 6. April 2010 und auf dem Betrag von Fr. 69'611.-- ab dem 26. November 2010.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.-- (inklusive

Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4. Der Beklagten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.

5. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Kreso Glavas
- Fürsprecher und Notar Franz Müller
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

6. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. 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).