

KK.2011.00013

Sozialversicherungsgericht
des Kantons Zürich
I. Kammer
Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende

Sozialversicherungsrichter Spitz

Sozialversicherungsrichterin Maurer Reiter

Gerichtsschreiberin Hartmann

Urteil vom 28. März 2013

in Sachen

X.____

Kläger und Widerbeklagter

vertreten durch Advokatin Elisabeth Maier
Advokaturbüro
Hauptstrasse 104, 4102 Binningen

gegen

Helsana Zusatzversicherungen AG
Zürichstrasse 130, 8600 Dübendorf
Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Helsana Versicherungen AG
Versicherungsrecht
Postfach, 8081 Zürich Helsana

Sachverhalt:

1.

1.1 X.____, geboren 1968, war bei der Y.____ als Zimmermann angestellt (Urk. 9/B5, Urk. 24/1, Urk. 44/5), als er am 25. Juli 2007 als Fahrradfahrer von einem Motorrad erfasst wurde und zu Boden stürzte (Urk. 24/1-3, Urk. 24/18 S. 1). Er litt danach an Kopf-, Nacken-, Rücken- und Beckenbeschwerden, Tinnitus mit starkem Klopfen und verzerrendem Hören sowie an Schwindel (Urk. 24/12 S. 1, Urk. 24/13 S. 2). Ausserdem entwickelten sich psychische Beschwerden (Urk. 24/33, Urk. 24/130 S. 5 f., Urk. 24/131 S. 30). Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva) erbrachte aufgrund des Unfalls vom 25. Juli 2007 die gesetzlichen Leistungen, welche sie mit Verfügung vom 2. September 2009 mangels eines organisch hinreichend nachgewiesenen Unfallschadens und mangels Adäquanz der (psychischen) Restbeschwerden per 30. September 2009 einstellte (Urk. 24/137). Die dagegen erhobene Einsprache (Urk. 24/143) wies die Suva mit Einspracheentscheid vom 16. Februar 2010 ab (Urk. 24/153). Dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft (Urk. 59).

1.2 Aufgrund der Anstellung bei der Y.____ war X.____ zudem bei der Helsana Zusatzversicherungen AG (nachfolgend: Helsana) im Rahmen der kollektiven Krankentaggeldversicherung Business Salary nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) für ein Krankentaggeld von 80 % des effektiven Lohnes für die Dauer von 730 Tagen mit 3 Tagen Wartefrist pro Fall gegen Krankheit versichert (Urk. 9/B2-3). Am 9. September 2009 sandte die Y.____ der Helsana eine Krankmeldung für X.____ hinsichtlich einer Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. September 2009 (Urk. 9/B5). Die Helsana richtete dem Versicherten ab dem 1. Oktober 2009 Krankentaggelder für eine attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit aus (Urk. 9/B6, Urk. 9/B30, Urk. 9/B17). Die Invalidenversicherung, IV-Stelle für Versicherte im Ausland (nachfolgend: IV-Stelle), bei der X.____ am 22. Januar 2008 ein Leistungsgesuch gestellt hatte (Urk. 44/1), wies dieses mit Verfügung vom 25. Juni 2010 gestützt auf das Gutachten von Dr. med. Z.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychologie, vom 9. Juli 2009 (Urk. 24/131) ab (Urk. 44/29). Der Vertrauensarzt der Helsana, Dr. med. A.____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, empfahl der Helsana in der Stellungnahme vom 8. September 2010, sich dem Entscheid der IV-Stelle anzuschliessen (Urk. 9/B16). Mit Schreiben vom 10. September 2010 informierte die Helsana den Versicherten darüber, dass sie die Krankentaggeldleistungen per 1. Oktober 2010 einstelle, da sie sich der Ansicht der Invalidenversicherung anschliesse, dass kein relevanter körperlicher Gesundheitsschaden mit Krankheitswert bestehe und ihm die angestammte Tätigkeit wieder zu 100 % zumutbar sei (Urk. 9/B17). Mit Schreiben vom 15. November 2010 bestätigte die Helsana die Leistungseinstellung (Urk. 9/B11) gestützt auf die Stellungnahme ihres Vertrauensarztes Dr. med. B.____, Facharzt für Rechtsmedizin, vom 10. November 2010 (Urk. 9/B20). Nach Einsicht in das im Auftrag der Victoria Lebensversicherung AG erstellte Gutachten des Neurozentrums des C.____ (D.____) vom 24. August 2010 (Urk. 2/2) richtete die Helsana gestützt auf die Stellungnahme von Dr. A.____ vom 4. Januar 2011 (Urk. 9/B23) weitere

Taggeldleistungen bis zum 31. Dezember 2010 aus, was sie im Schreiben vom 28. Januar 2011 damit begründete, dass dem Versicherten eine 100%ige leidensangepasste Tätigkeit an einem ruhigen Arbeitsplatz zumutbar sei und ihm dafür eine dreimonatige Anpassungszeit gewährt werde. Danach sei von einer Erwerbseinbusse von 18,66 % auszugehen, was keine Leistungspflicht mehr begründe (Urk. 9/B25). Mit Schreiben vom 18. Februar 2011 bestätigte die Helsana die Einstellung ihrer Leistungen per Ende 2010 und lehnte weitere Taggeldleistungen ab (Urk. 9/B28).

2. Mit Eingabe vom 24. März 2011 reichte der Versicherte Klage gegen die Helsana ein und beantragte singngemäss, die Helsana sei zu verpflichten, ihm das Krankentaggeld auf der Grundlage einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit ab dem 1. Januar 2011 auszurichten (Urk. 1). Die Helsana schloss in der Klageantwort vom 27. Juni 2011 auf Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Rechtsbegehren, der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, ihr die erbrachten Krankentaggeldleistungen in der Höhe von Fr. 68'385.45 zurückzuerstatten (Urk. 8 S. 2). In der Klagereplik und Widerklageantwort vom 27. Oktober 2011 präziserte der Kläger und Widerbeklagte (nachfolgend: Kläger) seine Klage und beantragte, die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) sei zu verpflichten, ihm Fr. 41'573.50 zu bezahlen zuzüglich Verzugszins zu 5 % p.a. (ab dem 1. Februar 2011 auf Fr. 4'669.50, ab dem 1. März 2011 auf Fr. 4'217.60, ab dem 1. April 2011 auf Fr. 4'669.50, ab dem 1. Mai 2011 auf Fr. 4'518.85, ab dem 1. Juni 2011 auf Fr. 4'669.50, ab dem 1. Juli 2011 auf Fr. 4'518.85, ab dem 1. August 2011 auf Fr. 4'669.50, ab dem 1. September 2011 auf Fr. 4'669.50, ab dem 1. Oktober 2011 auf Fr. 4'518.85, ab dem 1. November 2011 auf Fr. 451.90). Die Widerklage sei abzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragte der Kläger, es sei eine öffentliche Verhandlung mit Parteibefragung und Beweisaussage im Sinne von Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK) durchzuführen und es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie Rechtsanwalt Patrick F. Wagner als unentgeltlicher Rechtsvertreter für dieses Verfahren zu bestellen (Urk. 17 S. 2). Mit Eingabe vom 11. November 2011 reichte der Kläger das ärztliche Attest seines Hausarztes, Dr. med. E.____, Facharzt für Allgemeinmedizin, vom 3. November 2011 ein (Urk. 20). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2011 (Urk. 21) wurden die Unfallakten der Suva (Urk. 24/1-156) und die Invalidenversicherungsakten der IV-Stelle (Urk. 28/1-4) beigezogen. Mit Verfügung vom 23. April 2012 wurde dem Kläger Rechtsanwalt Patrick F. Wagner als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt (Urk. 39 S. 2). Am 9. Mai 2012 (Urk. 43) reichte der Kläger das digitalisierte Aktendossier der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Aargau, IV-Stelle (nachfolgend: SVA AG), ein (Urk. 44/1-38). Mit Schreiben vom 28. Juni 2012 teilte Rechtsanwalt Roland Metzger von Wagner Metzger Partner Rechtsanwälte namens von Rechtsanwalt Patrick F. Wagner dem Gericht mit, dass das Mandat zur Führung dieses Verfahrens aus gesundheitlichen Gründen von Rechtsanwältin Elisabeth Maier weitergeführt werde (Urk. 50). Mit Eingabe vom 31. Juli 2012 wies sich diese als neue Rechtsvertreterin des Klägers aus (Urk. 51-52). In der Klageduplik und Widerklagereplik vom 30. August 2012 ergänzte die Beklagte ihre Anträge dahingehend, dass der Kläger zu verpflichten sei, ihr zuzüglich zum Betrag von Fr. 68'385.45 den Zins von 5 % seit wann rechtens infolge unrechtmässig bezogener Taggeldleistungen für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 zu bezahlen. In prozessualer Hinsicht sei das schriftliche Verfahren durchzuführen und auf eine öffentliche Verhandlung mit Parteibefragung und Beweisaussage im Sinne von Art. 8 EMRK zu verzichten (Urk. 53 S. 2). Der Kläger stellte in der Eingabe vom 17. Oktober 2012 das Gesuch, es sei ihm im Anschluss an die Rechtsvertretung von Rechtsanwalt Patrick F. Wagner Rechtsanwältin Elisabeth Maier als unentgeltliche Rechtsvertreterin für das laufende Verfahren zu bestellen (Urk. 56). In der Widerklageduplik vom 16. November 2012 hielt der Kläger an seinem Rechtsbegehren fest. In prozessualer Hinsicht änderte er seinen Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung dahingehend, dass eine solche nur durchzuführen sei, wenn das Gericht den Parteien einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten gedenke (Urk. 57 S. 2). Am 8. Januar 2013 teilte das Gericht dem Kläger mit, dass das Gericht in der vorliegenden Streitsache den Parteien keinen Vergleichsvorschlag unterbreiten werde, woraufhin er auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtete (Urk. 60). Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Dazu gehören auch Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach dem VVG. Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Sozialversicherungsgericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und E. 4.6). Das Gericht stellt den Sachverhalt unabhängig vom Streitwert von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO).

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage und der erhobenen Widerklage (Art. 14 ZPO) ist unstrittig gegeben (vgl. Urk. 1, Urk. 8 S. 2, Urk. 17). Der Streit bezieht sich auf die Leistung respektive Rückerstattung von Krankentaggeldern in der Zeit vom

1. Oktober 2009 bis 3. Oktober 2011. Die Klage zielt auf Taggelder im Gesamtbetrag von Fr. 41'573.50 (zuzüglich Zins) für die Zeit vom 1. Januar bis 3. Oktober 2011 (Urk. 17 S. 2). Die Widerklage betrifft die Rückerstattungsforderung von geleisteten Taggeldern in der Höhe von Fr. 68'385.45 (zuzüglich Zins) für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 (Urk. 8 S. 2, Urk. 53 S. 2). Der Streitwert liegt damit über der für die einzelrichterliche Zuständigkeit relevanten Grenze von Fr. 20'000.-- (vgl. § 11 Abs. 1 GSVGer).

1.2 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten und sich der Vertragsinhalt regelmässig nach den vorformulierten AVB richtet (Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg 1999, S. 23). Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt sodann die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) als anwendbar, soweit das VVG keine Vorschriften enthält.

2.

2.1

2.1.1 Auf die hier massgebliche, für den Kläger geltende kollektive Taggeldversicherung zwischen der Y.____ und der Beklagten sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die Helsana Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2006 (Urk. 9/B3), anwendbar (Urk. 9/B2 S. 3). Gemäss Ziff. 1 AVB gewährt die Kollektiv-Taggeldversicherung Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und, sofern vertraglich vereinbart, von Unfällen. Letzteres ist hier gemäss der Versicherungspolice nicht abgedeckt. Vereinbart wurde ausschliesslich - und insofern unstrittig - eine Versicherung bei Krankheit (Urk. 9/B2 S. 2). Krankheit ist nach der Definition in Ziff. 3.1 AVB jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Nach Ziff. 12.1 AVB (Urk. 9/B3 S. 5) richtet die Helsana ein Taggeld bei nachgewiesener Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % anteilmässig entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit aus. Das Taggeld wird pro Schadensfall längstens während der im Vertrag festgelegten Dauer, hier von 730 Tagen (Urk. 9/B2 S. 2), abzüglich der vereinbarten Wartezeit ausbezahlt. Tage mit teilweiser Arbeitsunfähigkeit gelten als ganze Tage (Ziff. 16-17.1 AVB; Urk. 9/B3 S. 6). Die Berechnung des Taggeldes erfolgt gemäss Ziff. 21 AVB mittels Umrechnung des versicherten Lohnes auf ein volles Jahr und Teilung der versicherten Jahreslohnsomme durch die Zahl 365 beziehungsweise 366 in Schaltjahren.

2.1.2 Der Begriff Arbeitsunfähigkeit wird in Ziff. 3.4 AVB definiert als durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.

Damit übernimmt Ziff. 3.4 AVB die im Sozialversicherungsrecht geltende Definition von Art. 6 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG). Auch dort wird die Arbeitsunfähigkeit definiert als die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem andern Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt. Die Definition des Begriffes Krankheit gemäss in Ziff. 3.1 AVB entspricht jener in Art. 3 Abs. 1 ATSG.

2.2

2.2.1 Gemäss der Rechtsprechung im Taggeldbereich nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) ist der Grad der Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung des bisherigen Berufes festzusetzen, solange von der versicherten Person vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, ihre restliche Arbeitsfähigkeit in einem anderen Berufszweig zu verwerten. Nach Ablauf einer angemessenen Anpassungszeit von drei bis fünf Monaten ab Ansetzung der Frist hängt der Taggeldanspruch sodann davon ab, ob und wie sich die Verwertung der Restarbeitsfähigkeit auf den krankheitsbedingten Erwerbsausfall im bisherigen Beruf und auf den damit zusammenhängenden Taggeldanspruch auswirkt. Diese Praxis fand Eingang in Art. 6 Satz 2 ATSG (nicht publizierte E. 6.1.2 von BGE 135 V 306 [8C_763/2008] mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 9C_74/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 3.2).

2.2.2 Die Rechtsprechung im Bereich des Sozialversicherungsrechts geht in Anbetracht der sich mit Bezug auf Schmerzen naturgemäss ergebenden Beweisschwierigkeiten davon aus, dass die subjektiven Schmerzangaben der versicherten Person für die Begründung einer (vollständigen oder teilweisen) Arbeitsunfähigkeit allein nicht genügen; vielmehr muss im Rahmen der Leistungsprüfung verlangt werden, dass die Schmerzangaben durch damit korrelierende, fachärztlich schlüssig feststellbare Befunde hinreichend erklärbar sind. Die Schmerzangaben müssen zuverlässiger medizinischer Feststellung und Überprüfung zugänglich sein (BGE 130 V 396 E. 5.3.2, 136 V 279 E. 3.2, je mit Hinweisen). Vorbehalten bleibt der Tatbestand, dass somatisch nicht begründbare Schmerzsyndrome mit psychischen Befunden

vergesellschaftet sind, die für sich oder im Verein mit den - subjektiv erlebten - Schmerzen die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigen (vgl. Urteile des Bundesgerichts I 382/00 vom 9. Oktober 2001 E. 2b und I 353/03 vom 16. Dezember 2003 E. 3.4.3).

2.2.3 Bei bestimmten Krankheitsbildern ist nach der Rechtsprechung im Bereich des Sozialversicherungsrechts und zu Art. 6 ff. ATSG nur ausnahmsweise eine Arbeitsunfähigkeit anzunehmen.

Und zwar hat das Bundesgericht in BGE 136 V 279 entschieden, es sei aus Gründen der Rechtsgleichheit geboten, sämtliche pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage den gleichen sozialversicherungsrechtlichen Anforderungen zu unterstellen. Daher rechtfertigt es sich, die in BGE 130 V 352 im Zusammenhang mit somatoformer Schmerzstörung entwickelten Kriterien zur Beurteilung der Zumutbarkeit eines Wiedereinstieges in den Arbeitsprozess auch bei einer spezifischen Verletzung der Halswirbelsäule (HWS) ohne organisch nachweisbare Funktionsausfälle analog anzuwenden (BGE 136 V 279 E. 3.2.3). Nach BGE 130 V 352 besteht eine Vermutung, dass die somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sind. Bestimmte Umstände, welche die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern, können den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen, weil die versicherte Person alsdann nicht über die für den Umgang mit den Schmerzen notwendigen Ressourcen verfügt. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, entscheidet sich im Einzelfall anhand verschiedener Kriterien. Im Vordergrund steht die Feststellung einer psychischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Massgebend sein können auch weitere Faktoren, so: chronische körperliche Begleiterkrankungen; ein mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne länger dauernde Rückbildung; ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens; ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr beeinflussbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung (primärer Krankheitsgewinn; "Flucht in die Krankheit"); das Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung (auch mit unterschiedlichem therapeutischen Ansatz) trotz kooperativer Haltung der versicherten Person. Je mehr dieser Kriterien zutreffen und je ausgeprägter sich die entsprechenden Befunde darstellen, desto eher sind - ausnahmsweise - die Voraussetzungen für eine zumutbare Willensanstrengung zu verneinen (BGE 130 V 352 E. 2.2.3; vgl. auch BGE 136 V 279 E. 3.2.1 und 137 V 64 E. 4.1-2; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 8C_103/2011 vom 1. Juni 2011 E. 2).

2.3

2.3.1 Bei der Auslegung des (Versicherungs-)Vertrages ist zu beachten, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen (BGE 93 II 326 E. 4b, 123 III 44 E. 2c/bb; Fuhrer, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N 77ff. zu Art. 33). Im Übrigen sind vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen. Somit bestimmt sich der Inhalt in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 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 675 E. 3.3; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005 E. 2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_41/2012 vom 31. Mai 2012 E. 3.3 mit Hinweisen). Bei der Auslegung von vorformulierten Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip 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 (Urteil des Bundesgerichts 5C.21/2007 vom 20. April 2007 E. 3.1). Bei juristischen Fachausdrücken oder Begriffen, die in der Rechtssprache eine festumrissene Bedeutung haben, gilt vermutungsweise der fachtechnische Sinn (vgl. Stoessel, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 1-3 N 24).

2.3.2 Daraus folgt, dass unter Arbeitsunfähigkeit nach Ziff. 3.4 AVB grundsätzlich dasselbe zu verstehen ist, wie unter der Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG. Im Urteil vom 29. Mai 2009, Prozess Nr. KK.2007.00019, hat das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich entsprechend entschieden, dass die (oben unter Erwägung 2.2 zitierte) Rechtsprechung zur willentlichen Überwindung der Neurasthenie oder verwandter Krankheitsbilder auch im Bereich des VVG anwendbar ist und dabei ausgeführt, es bestünden keine vernünftigen Gründe, weshalb dasselbe Krankheitsbild im Bereich der Sozialversicherungen als eine Störung, die dem Willen zugänglich sei, und im Bereich des VVG als eine Störung, die dem Willen nicht zugänglich sei, eingeordnet und damit unterschiedlich behandelt werden solle (E. 4.3; vgl. auch Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2008.00004 vom 27. Dezember 2010 E. 2.4; in gleichem Sinn: Urteil des Bundesgerichts 4A_5/2011 vom 24. März 2011 E. 4.3.2.1; offen gelassen im Urteil des Bundesgerichts 4A_223/2012 vom 20. August 2012 E. 2.4). Daran ist vorliegend festzuhalten.

3.

3.1 Der Kläger macht in der Klageschrift und den weiteren Eingaben im Wesentlichen geltend, die Ausübung einer Erwerbstätigkeit sei ihm seit dem Unfall vom 25. Juli 2007 aufgrund der ständigen, teilweise heftigen Schmerzen im Nacken- und Lendenwirbelbereich sowie aufgrund des Schwindels, des Tinnitus und der schweren psychischen Verletzungsfolgen nicht mehr möglich. Dies gelte auch für eine leidensangepasste Tätigkeit an einem ruhigen Arbeitsplatz, was durch das neurologische Gutachten des C.____ vom 24. August 2010 bestätigt werde. Entsprechend sei er von Dr. E.____ ständig

krankgeschrieben. Zudem könne die Beklagte nichts zu ihren Gunsten aus dem Verweis auf die Akten der Sozialversicherungen (SUVA und IV) ableiten, da weder eine formelle noch eine materielle Bindungswirkung zwischen Leistungen der Unfall- und Invalidenversicherungen einerseits und denjenigen einer Taggeldversicherung nach VVG andererseits bestehe. Die vertrauensärztlichen Beurteilungen seien in formeller Hinsicht unbeachtlich und in materieller Hinsicht ohne jeden Beweiswert. Der widerklageweise geltend gemachte Rückforderungsanspruch sodann sei gemäss der einjährigen Verjährungsfrist von Art. 67 Abs. 1 OR zum grössten Teil verjährt und auch die Widerklage unterbreche die Verjährung nicht. Im Übrigen erlaube Art. 63 Abs. 1 OR die Rückforderung einer freiwillig bezahlten Nichtschuld nur im Fall eines Irrtums des Gläubigers (richtig: des Leistenden/Schuldners) über die Schuldpflicht. Ein solcher Irrtum werde von der Beklagten nicht geltend gemacht. Schliesslich fehle es an einer Bereicherung (des Klägers) zur Zeit der Rückforderung im Sinne von Art. 64 OR. Auch eine Rückforderung aufgrund von Ziff. 35.2 AVB komme nicht in Frage, da die Leistungen nach dem in den AVB vorgesehenen Verfahren und daher nicht zu Unrecht ausgerichtet worden seien. Allein aus dem Umstand, dass der Beklagte im Nachhinein Arztberichte aus den Akten der Invalidenversicherung oder der SUVA zur Kenntnis gebracht worden seien, in denen der Sachverhalt anders als von den behandelnden Ärzten eingeschätzt worden sei, würden die Leistungen nicht zu unrechtmässig bezogenen Leistungen machen. Die Beklagte müsse sich hier das in den AVB vorgesehene Melde-, Kontroll- und Sanktionssystem nach Ziff. 13 bis 15 AVB entgegenhalten lassen (Urk. 1, Urk. 17 S. 4 ff., Urk. 57 S. 2 ff.).

3.2 Die Beklagte wendet dagegen in der Klageantwort und Widerklagebegründung ein, der Kläger mache eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund eines unfallbedingten Gesundheitszustandes geltend. Es bestehe indes lediglich eine Versicherung für eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit. Sie, die Beklagte, sei daher nicht leistungspflichtig. Sie hätte gestützt auf das im Sozialversicherungsrecht geltende Koordinationsgebot zur Berechnung der Arbeitsunfähigkeit unmittelbar nach Kenntnisnahme des rechtskräftigen Entscheides der Invalidenversicherung die Taggelderleistungen einstellen müssen und die seit dem 1. Oktober 2009 erbrachten Leistungen zurückfordern können. Die IV-Verfügung sei am 31. August 2010 bei ihr eingegangen. Die Verjährungsfrist habe daher am 1. September 2010 begonnen und sei mit heutigem Datum (Widerklage vom 27. Juni 2011, eingegangen am 28. Juni 2011; Urk. 8) gewahrt. Selbst unter der Annahme, dass vertragliche Leistungen geschuldet gewesen seien, sei auf jeden Fall die Einstellung per Ende 2010 zu Recht erfolgt. Sämtliche Gutachten seien in diversen vertrauensärztlichen Beurteilungen geprüft und es sei vorerst eine vollumfängliche Arbeitsfähigkeit in der bisherigen und später in einer leidensangepassten Tätigkeit bestätigt worden. Einzig im Gutachten des C.____ vom 24. August 2010 sei eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit attestiert worden. Dieses Gutachten sei beweisrechtlich jedoch nicht ausreichend. Gestützt auf die bundesrechtlich anerkannte Restschadensberechnung anhand der Tabellenlöhne der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) resultiere ein Restschaden von 18,66 %, was unter den 25 % gemäss Ziff. 12.1 AVB liege (Urk. 8 S. 7 ff.). In der Klageduplik und Widerklagereplik führte die Beklagte ergänzend aus, auch die Berichte von Dr. E.____ seien beweisrechtlich nicht genügend. Weiter sei festzuhalten, dass sie, die Beklagte, das Koordinationsgebot gar nicht angewendet habe und dementsprechend die Entscheide der SUVA und der Invalidenversicherung nicht berücksichtigt habe. Sie habe lediglich die medizinischen Abklärungen dieser Versicherungen in das vorliegende Verfahren als zusätzliche Beweismittel einbezogen. Der medizinische Sachverhalt sei von der SUVA und der Invalidenversicherung ausreichend beurteilt worden. Eine Aktenbeurteilung durch die Vertrauensärzte sei gestützt darauf zulässig. Es sei zudem daran zu erinnern, dass die Dispositionsmaxime gelte und die klagende Partei beweisbelastet sei. Der Rückerstattungsanspruch sodann ergebe sich aus Vertrag, da sie, die Beklagte, aus Vertrag geleistet habe. Ziff. 34.2 AVB gehe dem Bereicherungsrecht daher vor. Es sei die zweijährige Verjährungsfrist von Art. 46 Abs. 1 VVG beachtlich, welche für jedes Taggeld jeweils an dem Tag beginne, für den es geschuldet sei. Die Widerklage unterbreche die Verjährung mit ihrer Eingabe am 27. Juni 2011, weshalb der gesamte Rückforderungsanspruch von Fr. 68'385.45 weiterhin geschuldet sei (Urk. 53 S. 2 ff.).

3.3 Strittig und zu prüfen ist, ob in der Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 3. Oktober 2011 eine für den Taggeldanspruch relevante, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Sinne von Ziff. 3.4 AVB vorlag und ob ein nicht verjährter Rückerstattungsanspruch bezüglich der bereits geleisteten Taggelder besteht.

4.

4.1

4.1.1 Beim Unfall vom 25. Juli 2007 stürzte der Kläger nach einer Kollision mit einem Motorrad von seinem Fahrrad (Urk. 24/1). Ein Bericht über die (allfällige) ärztliche Erstbehandlung im Anschluss an den Unfall ist den Akten nicht zu entnehmen. Aus der Schadenmeldung vom 21. August 2007 geht hervor, er habe beim Unfall eine Stauchung der Wirbelsäule erlitten (Urk. 24/1). Gegenüber dem psychiatrischen Gutachter Dr. Z.____ erklärte der Kläger, er sei durch die Luft geflogen und auf das Steissbein gefallen, nicht auf den Kopf. Er habe keine Schürfwunden davongetragen. Nach dem Unfall habe er noch einen halben Tag gearbeitet. Er habe unter Schock gestanden. Am Nachmittag habe er Schmerzen und Verspannungen überall verspürt. Der Tinnitus sei am Abend gekommen. Die Schmerzen im Genick hätten sich Wochen später dazu entwickelt. Verspannungen im Nacken seien aber von Anfang da gewesen (Urk. 24/131 S. 21 f. und S. 27). Soweit aktenkundig erfolgte am 6. August 2007 eine erste ärztliche Abklärung, und zwar bezüglich des Tinnitus links durch Prof. Dr. F.____, Facharzt für Hals-, Nasen- und Ohren-(HNO)-Heilkunde. Gemäss dessen Bericht vom 6. August 2007 ergab die Untersuchung ausser einer Septumdeviation nach rechts einen unauffälligen HNO-Befund (Urk. 24/5).

Auch die Computertomographien (CT) des Schädels und der Felsenbeine vom 22. August 2007 zeigten keine Befunde (Urk. 24/3). Dr. med. G.____, Facharzt für Neurologie, hielt im Bericht vom 6. September 2007 fest, die Elektroenzephalografie (EEG) habe keinen pathologischen Befund ergeben. Die vorgesehene Ableitung der akustisch evozierten Potentiale habe abgebrochen werden müssen, da der Kläger selbst die normale Schalldruckstärke rechts nicht habe tolerieren können, wobei zu betonen sei, dass absichtlich mit dem rechten, nicht betroffenen Ohr begonnen worden sei (Urk. 24/8). Der Kreisarzt der Suva, Dr. med. H.____, Facharzt für Allgemeinmedizin, hielt im Bericht vom 21. September 2007 aufgrund der Untersuchung gleichen Datums fest, der Kläger habe angegeben, er habe immer noch dieses lästige dumpfe Klopfen im linken Ohr, am Ehesten vergleichbar mit einem Dieselmotor. Zwischendurch höre er in beiden Ohren ein hohes Pfeifen. Alle Umgebungsgeräusche seien erheblich lauter geworden und er sei entsprechend empfindlich. Er ertrage grössere Gesprächsrunden nicht. Wenn ein Lastwagen vorbeifahre werde es ihm schwindlig, dies auch auf Gerüsten und dergleichen. Andererseits vertrage er ganz ruhige Räume ebenfalls schlecht. Die Physiotherapie habe die Nacken-, Rücken- und Beckenbeschwerden beseitigen können. Ein Arbeitsversuch sei an den lauten Arbeitsgeräuschen und am Schwindel gescheitert (Urk. 24/12 S. 1). Dr. H.____ stellte die Diagnose einer Wahrnehmungsstörung im Gehörbereich nach einem eher milden Schädelhirntrauma mit Sonitus links und sekundärem Schwindel und hielt fest, der Kläger sei als Zimmermann nicht arbeitsfähig (Urk. 24/12 S. 2). Gemäss dem Bericht der HNO-Klinik des I.____ (J.____) vom 23. Oktober 2007 ergab die klinische Untersuchung abgesehen von Myogelosen zervikal beidseits und der bereits bekannten Septumdeviation nach rechts einen blanden Befund. Der Kläger leide (gemäss dem Tinnitusfragebogen nach Goebel und Hiller) an einem sehr schweren dekompensierten Tinnitus mit Hyper- und Dysakusis links, ohne dass ein eindeutiges anatomisch pathologisches Korrelat dafür habe gefunden werden können. Ausserdem bestehe der Verdacht auf eine posttraumatische Angst- und Panikstörung (Urk. 24/20). Anlässlich der Besprechung mit dem Case Manager der Suva erklärte der Kläger gemäss dem Protokoll vom 30. Oktober 2007, die Rückenprellung sei wieder abgeklungen. Er habe unter Belastung noch gelegentlich etwas Rückenschmerzen. Die Kopfschmerzen, der Tinnitus und die Gehörprobleme links beständen unverändert (Urk. 24/18 S. 2). Dem Bericht der HNO-Klinik des J.____ vom 19. November 2007 ist sodann zu entnehmen, dass der Kläger bei der am 24. Oktober 2007 durchgeführten otoneurologischen Untersuchung ebenfalls angegeben habe, nicht an einem eigentlichen Schwindelgefühl sondern eher an einer Unsicherheit und einem intermittierenden Panikgefühl zu leiden. Die vestibulo-spinalen Reflexe seien allesamt unauffällig gewesen. Es sei auffallend, dass der Kläger grosse Mühe habe zu akzeptieren, dass bei den Untersuchungen kein organisches Korrelat für die beklagten Beschwerden habe gefunden werden können (Urk. 24/23).

4.1.2 Am 28. Februar 2008 wurde gemäss dem Bericht des Zentrums Radiologie K.____ vom 29. Februar 2007 eine Magnetresonanztomographie (MRT) der HWS erstellt, welche einen altersentsprechenden Befund ergab. Eine Ursache für die Schmerzsymptomatik könne nicht gefunden werden. Es bestehe lediglich eine Steiffehlhaltung der oberen und mittleren HWS (Urk. 24/51). Der Hausarzt Dr. E.____ hielt im Ärztlichen Attest vom 16. April 2008 fest, der Kläger leide als Folge des Unfalls vom 27. Juli 2007 (richtig: 25. Juli 2007) an einem HWS-Schleudertrauma mit anhaltender neurologischer Symptomatik, weshalb er seine bisherige Tätigkeit als Zimmermann nicht mehr ausüben könne (Urk. 24/62). Aufgrund der Untersuchung vom 14. April 2008 stellte Dr. med. M.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sowie Co-Chefarzt der Abteilung Psychosomatik der Klinik Q.____, die folgenden Diagnosen: Dekompensierter Tinnitus mit Dys- und Hyperakusis bei Status nach Fahrradunfall vom 25. Juli 2007 mit zusätzlichem Auftreten von vegetativen Symptomen im Sinne von Angstäquivalenten mit zunehmendem Auftreten von Vermeidungsverhalten (ICD-10 F41.8), cervikocephales Schmerzsyndrom, funktionelle Überlagerung im Sinne einer somatoformen Schmerzstörung (ICD-10 F45.4) mit Hinweisen auf Symptomausweitung bei Status nach Fahrradunfall, Anpassungsstörung mit länger dauernder depressiver Reaktion (ICD-10 F43.21; Urk. 24/66 S. 3). Der Kreisarzt Dr. H.____ hielt im Bericht vom 14. Mai 2008 die ähnlichen Diagnosen eines dekompensierten Tinnitus links nach Schädelhirntrauma (25. Juli 2007), einer funktionellen Überlagerung mit vegetativen Symptomen, Angst-Äquivalenten und Vermeidungsverhalten, funktionellem Cervikalsyndrom und einer Anpassungsstörung mit länger dauernder depressiver Reaktion fest. Die Beschwerden seien konsistent. Inzwischen bestehe ein alarmierend hoher Leidensdruck ohne Krankheitseinsicht. Psychosomatisch bestehe kein Therapieansatz (Urk. 24/68 S. 2 f.).

Das MRT der LWS mit dorsalem Beckenring vom 23. Mai 2008 ergab gemäss dem Bericht des Zentrums Radiologie K.____ gleichen Datums keinen Anhalt für eine Fraktur und keine eindeutige Ursache für die vom Kläger geklagte neurologische Symptomatik (anhaltende Schmerzen über dem Steissbein, Probleme beim Stuhlgang, Taubheitsgefühle im Schritt). Es fände sich lediglich eine mässiggradige Chondrose in den Segmenten der Lendenwirbelkörper (LWK) 4/5 und der LWK 5/1. Sakralwirbelkörper (SWK), wobei in LWK 4/5 eine drei Millimeter tiefe mediolaterale subligamentäre Diskushernie rechts ohne Nervenwurzelverlagerung und in LWK 5/SWK 1 ebenfalls eine minimale Bandscheibenprotrusion zu erkennen seien (Urk. 24/73). Gemäss dem Bericht des Behandlungszentrums Bewegungsapparat des J.____ vom 30. Juni 2008 klagte der Kläger anlässlich der Untersuchung vom 24. Juni 2008 nebst den persistierenden Beschwerden am Gesäss, an der HWS und dem Tinnitus über Schmerzen im Steiss, im Iliosakralgelenk (ISG) und der LWS, über ein Druckgefühl am Anus, ein Ziehen im Genitalbereich, Schwindel, Kribbeln in den Schultern beidseits mit Ausstrahlung in die HWS und den Hinterkopf, Druck auf der Brust in der Nacht sowie über ein Globusgefühl mit Schluckproblemen und Übelkeit mit Brechreiz. In diagnostischer Hinsicht bestehe ein Verdacht auf eine Schmerzverarbeitungsproblematik und Symptomausdehnung bei chronisch cervikocephalen sowie lumbospondylogenen Beschwerden sowie

weiteren multilokulären Beschwerden und vegetativen Symptomen bei/mit Status nach Fahrradsturz vom 25. Juli 2007 und objektivierbaren Chondrosen L4/5 und L5/S1 (Urk. 24/76 S. 1).

Schliesslich ergab auch die Arthronographie vom 11. Juni 2008 der rechten und linken Schulter einen unauffälligen Befund und die Arthronographie der Hüftgelenke lediglich einen leicht entrundeten Hüftkopf beidseits ohne intraartikulären Erguss (Bericht der N.____ Orthopädie, Median Kliniken O.____, vom 13. Juni 2008, Urk. 24/81 S. 2). Die Ärzte der N.____ Orthopädie kamen nach der rehabilitativen Behandlung vom 29. Juli bis 9. August 2008 gemäss dem Bericht vom 27. August 2008 zum Schluss, dass eine Diskrepanz zwischen den erhobenen Befunden und den subjektiven Beschwerden bestehe (Urk. 24/95 S. 5). Das Beschwerdebild habe sich durch die Rehabilitationsbehandlungen nicht günstig beeinflussen lassen. Streng orthopädisch bestehe lediglich eine endgradige Einschränkung der Seitenneigung nach rechts. Peripher neurologisch bestünden keine feststellbaren sensomotorischen Ausfälle und keine Nervendehnungszeichen. Die Blasen- und Mastdarmfunktion sei nicht gestört. Streng orthopädisch sei der Kläger in der Lage, seine bisherige Tätigkeit als Zimmermann wieder aufzunehmen, wobei sich diese Einschätzung auf die Kenntnis der nicht nachweisbaren organischen Schäden im Bereich des Bewegungsapparates und des Kopfes gemäss den CT- und HNO-Befunden stütze. Vordergründig bestehe eine bisher nicht exakt abgeklärte psychische Störung. Aus diesem Grund erfolge die Entlassung als weiterhin arbeitsunfähig. In der Zusammenschau des bisherigen Verlaufs und der Befunde seien die reinen Unfallfolgen vom 25. Juli 2007 als folgenlos ausgeheilt anzusehen. Vordergründig seien die seit dem Unfall als persistierend empfundenen Beschwerden auf eine unfallunabhängige Somatisierungsstörung zurückzuführen, die seit dem Unfall in Form einer anhaltenden Arbeitsunfähigkeit persistiere. Die jetzt weiterbestehenden Beeinträchtigungen des körperlichen und psychischen Gesundheitszustandes seien mit grosser Wahrscheinlichkeit auf eine unfallabhängige psychische Komorbidität zurückzuführen (Urk. 24/95 S. 7).

Der Kreisarzt der Suva, Dr. med. P.____, Facharzt für HNO-Heilkunde und für Arbeitsmedizin, erklärte in der Ärztlichen Beurteilung vom 18. November 2008, aufgrund des gesamten, eher als atypisch zu bezeichnenden Verlaufs mit eindeutiger Symptomausweitung könne festgestellt werden, dass der Tinnitus anfänglich zwar vordergründig gewesen sei, im weiteren Verlauf jedoch einer allgemeinen, zunehmend dekompensierenden psychischen Alteration gewichen sei. Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen dem Ohrgeräusch und dem Unfallereignis vom 25. Juli 2007 sei indes gegeben, denn es handle sich um einen posttraumatischen Tinnitus (Urk. 24/108 S. 4 f.).

4.1.3 Die Ärzte der Abteilung für Psychiatrie und Psychotherapie des C.____ stellten gemäss dem Gutachten vom 14. Mai 2008 fest, der Kläger leide an einem depressiven Syndrom von (im Vergleich zu anderen Patienten) mittelschwerer bis schwerer Ausprägung, wobei Syndromdiagnosen noch keine psychiatrischen Diagnosen im eigentlichen Sinn darstellen würden; sie würden eine typische Verbindung von Symptomen beschreiben, keine Krankheitsursachen oder -entitäten. Es seien die Kriterien einer depressiven Episode nach ICD-10 erfüllt. Die Symptomatik könne fluktuieren. Beim verbleibenden Leistungsniveau sei die frühere Tätigkeit nicht mehr zumutbar, dies voraussichtlich für ein Jahr. Aufgrund der depressiven Episode, der begleitenden Schmerzsymptomatik und des Tinnitus sei der Kläger in der angestammten Tätigkeit als Zimmermann seit September 2007 zu 100 % arbeitsunfähig. Aktuell sei er wegen der schweren depressiven Symptomatik auch zu keiner anderen Erwerbstätigkeit in der Lage (Urk. 24/130 S. 9 f. und S. 13 ff.).

Dr. Z.____ untersuchte den Kläger gemäss dem Gutachten vom 9. Juli 2009 am 4. und 20. Mai 2009. Dieser habe zu den aktuellen Beschwerden ausgeführt, es gehe ihm tendenziell besser und deutlich besser als vor sechs Monaten. Der Tinnitus sei unverändert, aber er verspüre wieder Energie. Störend sei, dass er sich noch immer nicht richtig bewegen könne, vor allem wegen der Schmerzen im Nacken und einer Instabilität im ISG. Auch leide er unter Schmerzen an der rechten Schläfe und im ganzen Kopf (Urk. 24/131 S. 19 f.). In psychischer Hinsicht fühle er sich nicht krank, er habe ganz klar ein Schleudertrauma (Urk. 24/131 S. 22). Er sei etwas vergesslicher, bezüglich der Konzentration schiebe er vieles auf. Ab und zu habe er das Gefühl, die Leute könnten ihm nachschauen. Er vermeide viele Leute, weniger aus Angst, sondern weil er die Geräusche nicht aushalte. Er erlebe sich den Umständen entsprechend als gut gestimmt. Die Stimmung nach dem Unfall sei nicht gut gewesen, er habe nicht gewusst, was es sei. Auch das Hin- und Herfahren nach Basel habe ihn mitgenommen und dass die Leute ein anderes Konzept der Krankheit gehabt hätten als er. Jetzt, da er wisse, was er habe, lebe er wieder gern. In der Wahrnehmung empfinde er sich als schreckhafter und er sei empfindlich auf hohe Töne. Der Schlaf sei deutlich besser, seit er auf den Berg gezogen sei (Urk. 24/131 S. 24 f.). In der Zeit der Begutachtung im C.____ vor einem Jahr (Untersuchung vom 16. April 2008, Urk. 24/130 S. 1 f.) sei es ihm richtig schlecht gegangen. Er sei immer müde gewesen und es habe ihm alles wehgetan. Er habe auch dauernd Kopfschmerzen gehabt und die Stimmung sei nicht so gut gewesen, weil er unter Druck gewesen sei und es nicht vorwärts gegangen sei (Urk. 24/131 S. 27). Dr. Z.____ kam zum Schluss, es liege eine längere Anpassungsstörung auf den Fahrradunfall vom 25. Juli 2007 mit Entwicklung eines dysfunktionalen Krankheitskonzepts und stark gesteigerter hypochondrisch anmutender Selbstbeobachtung vor. Zusätzlich bestünden durchgehend ängstliche und depressive Symptome (ICD-10 F43.28). Ausserdem bestehe der hochgradige Verdacht auf eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit ängstlich-vermeidenden, narzisstischen und schizoiden Anteilen (ICD-10 F60.6). Als Differentialdiagnose kämen akzentuierte Persönlichkeitszüge (ICD-10 Z73.1) in Betracht. Schliesslich sei der Status nach einer mittelschweren depressiven Episode im Frühling 2008 (ICD-10 F32.1) festzuhalten (Urk. 24/131 S. 30). Die Schmerzverarbeitungsstörung sei in den Akten verschiedentlich nach ICD-10 gesondert klassifiziert worden. In der aktuellen Untersuchung bestehe allerdings keine ausgeprägte Fixierung auf die Schmerzprobleme. Es scheine bei fehlenden Zeichen der Dekonditionierung auch kein

ausgeprägtes Vermeidungsverhalten vorzuliegen. Die Schmerzproblematik könne in der hypochondrisch anmutenden Körperwahrnehmung subsumiert werden und müsse nicht gesondert diagnostiziert werden. Die Gehörproblematik sei aus psychiatrischer Sicht schwierig einzuschätzen. Sie wirke jedoch sehr unspezifisch. Hier bestünden mehrere Probleme, und zwar eine Geräusch-Überempfindlichkeit und die Wahrnehmung unangenehmer Ohrgeräusche beidseits. Zudem bestünden Nacken- und Rückenschmerzen und andere, schwierig nachvollziehbare Wahrnehmungsstörungen, zum Beispiel dass sich in seinem Nacken Wasser in den Kopf hinauf bewege. Aus psychiatrischer Sicht könne diskutiert werden, ob es sich hier um Körperwahrnehmungsstörungen handeln könnte. Aufgrund des klinischen Bildes bewege sich dies wahrscheinlich auf einem Kontinuum von hypochondrischer Wahrnehmung und Körperwahrnehmungsstörung. Von April bis Herbst 2008 hätten sich zudem psychische Symptome entwickelt, die mit grosser Wahrscheinlichkeit eine mittelschwere Ausprägung erreicht hätten. Bei der aktuellen Untersuchung habe keine relevante depressive Symptomatik mehr bestanden. Weiter sei fraglich, ob die Kriterien für eine Persönlichkeitsstörung erfüllt seien. Denn bis zum Unfall hätten keine ausgeprägten dysfunktionalen Muster beobachtet werden können. Auch die Beziehungsaspekte (Misstrauen, Trennung, Sorgerechtsdiskussionen mit der Ex-Frau, beinahe fehlendes Beziehungsnetz) seien wahrscheinlich im Alltag nicht in ausgeprägtem Ausmass störend gewesen. Es könne daher sein, dass die akzentuierten Persönlichkeitszüge vorbestehend gewesen seien und nun unter Belastung zu einem dysfunktionalen Muster geführt hätten. Aufgrund des bisherigen Verlaufs könne die Grenzlinie zwischen akzentuierter Persönlichkeitszügen und einer Persönlichkeitsstörung beim Kläger jedoch nicht gezogen werden. Es bestehe sodann eine rigide Krankheitsüberzeugung, dies es ihm verunmöglichten, Rehabilitationsschritte einzuleiten. Die Lärmüberempfindlichkeit und der soziale Rückzug würden persistieren. Bei fehlender depressiver Symptomatik und nur geringer Somatisierungsstörung sei insofern von keiner Einschränkung der Arbeitsfähigkeit auszugehen. Die Arbeitsfähigkeit werde zurzeit durch das rigide Krankheitskonzept mit eigenbrödlerischer Weltsicht, misstrauischer Grundhaltung, Lärmüberempfindlichkeit und sozialem Rückzug in relevantem Ausmass reduziert. Berufliche Abklärungen seien aber im zeitlichen Rahmen von mindestens 50 % auch jetzt zumutbar. Die Tätigkeit müsse an einem ruhigen, klar strukturierten Arbeitsplatz sein und den handwerklichen Fähigkeiten des Klägers entsprechen. Grundsätzlich könne damit gerechnet werden, dass sich das Störungsbild weiter verbessere. Die Prognose sei jedoch weitgehend davon abhängig, inwieweit es dem Kläger gelinge, aus seinem rigiden Krankheitskonzept auszubrechen. Weil die psychischen Symptome nach dem Unfall vom 25. Juli 2007 aufgetreten seien, liege aus psychiatrischer Sicht trotz untypischer Entwicklung eine natürliche Teilkausalität vor (Urk. 24/131 S. 34 ff.).

4.1.4 Schliesslich stellten auch die Ärzte des Neurozentrums des C.____, welche den Kläger am 26. April 2010 untersuchten, gemäss dem neurologischen Gutachten vom 24. August 2010 (Urk. 2/2) fest, es hätten sich weder in der klinischen noch in der elektrophysischen Untersuchung Hinweise auf eine radikuläre Störung ergeben. Die peripheren Störungen an den Armen seien mit einer (leichtgradigen Poly-)Neuropathie bislang unklarer Ätiologie zu erklären. Eine Störung der Efferenzen und Afferenzen zu den Beinen und der akustisch evozierten Potentiale sei nicht nachzuweisen. Auch sei klinisch die geklagte intermittierende Reithosenanästhesie nicht sicher nachweisbar. Aufgefallen sei die neuroorthopädische Bewegungseinschränkung der HWS und LWS. In den Befunden und der vorliegenden Bildgebung zeige sich im Bereich der Halswirbelsäule eine Steilstellung und eine medio-bilaterale Bandscheibenprotrusion im Bereich LWK4/5. Der geklagte im Vordergrund stehende bewegungsabhängige Schwindel sei am ehesten im Zusammenhang mit dem bestehenden Cervikalsyndrom zu sehen. Klinische Hinweise auf eine zentral- oder peripher-vestibuläre Störung fänden sich nicht. Das freie Intervall zwischen dem Unfall und dem Auftreten von Beschwerden nach einigen Stunden spreche für einen Zusammenhang mit einem HWS-Distorsionstrauma. Die subjektive deutliche Beeinträchtigung sei zusätzlich durch die funktionelle Überlagerung bedingt, wahrscheinlich im Rahmen der depressiven Grunderkrankung. Dies werde auch mit der Schwindel-Auslösung im Rahmen von Stress-Situationen deutlich. Auch der Tinnitus und letztlich auch die Reiz- und Lärmempfindlichkeit seien im Zusammenhang mit dem Cervikalsyndrom sowie der funktionellen Überlagerung zu sehen. Wegen der im Vordergrund stehenden massiven Einschränkung der psychischen Belastbarkeit, der zufolge des Schwindels vorliegenden Unmöglichkeit, in der Höhe zu arbeiten, und der eingeschränkten körperlichen Belastbarkeit bei Cervikal- und Lumbalsyndrom sei der Kläger aktuell nicht arbeitsfähig in der angestammten Tätigkeit als Zimmermann auf Baustellen. Aufgrund der im Vordergrund stehenden depressiven Reaktion sei er auch in einer leidensangepassten Tätigkeit zu 100 % arbeitsunfähig (Urk. 2/2 S. 7 ff.).

Der Hausarzt Dr. E.____ schliesslich attestiert im Bericht vom 3. November 2011 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit seit dem 26. Juli 2007 in der angestammten Tätigkeit als Zimmermann. Es liege ein komplexes Krankheitsbild vor mit Schwindel, Tinnitus, HWS-Syndrom, LWS-Syndrom, Konzentrationsstörungen und vegetativer Dystonie vor (Urk. 20).

4.2

4.2.1 Wie sich aus der insofern einheitlichen medizinischen Aktenlage ergibt, besteht für die Beschwerden des Klägers kein organisch fassbares Korrelat. Die umfassenden klinischen und bildgebenden Abklärungen ergaben keine entsprechenden Befunde. Namentlich fielen die HNO-, die neurologischen und orthopädischen Untersuchungen bland aus. Das Schädel-CT ergab keine pathologischen Befunde und es fanden sich keine Hinweise auf eine radikuläre Schädigung. Die vestibulo-spinalen Reflexe waren unauffällig und es fand sich keine zentral- oder peripher-vestibuläre Störung. Auch eine organische (insbesondere Innenohr-)Schädigung als Grund für den Tinnitus wurde ausgeschlossen (Urk. 24/3, Urk. 24/5, Urk. 24/8, Urk. 24/20, Urk. 24/23, Urk. 24/95 S. 7, Urk. 24/108 S. 4, Urk. 2/2 S. 7 f.). Dazu ist anzumerken, dass das Bundesgericht im Urteil 8C_498/2011 vom 3. Mai

2012 nach Auseinandersetzung mit der einschlägigen ärztlichen Fachliteratur feststellte, es bestehe keine gesicherte medizinische Grundlage zur Annahme, dass es sich bei einem Tinnitus, der keine eigenständige Krankheit sondern primär ein Symptom darstelle, um ein körperliches Leiden handle oder dieser (zwingend) einer organischen Ursache zuzuordnen sei (E. 5.8). Die Arthrosonographien von den Schulter- und Hüftgelenken sodann zeigten ebenfalls keine Auffälligkeiten (Urk. 24/81 S. 2). Auch das MRT der HWS ergab einen altersentsprechenden Befund ohne Hinweis auf einen Grund für die Schmerzsymptomatik (Urk. 24/51). Der wenig erhebliche Befund des MRT der LWS mit mässiggradigen Chondrosen respektive minimaler Bandscheibenprotrusion beinhaltete sodann keine Nervenwurzelverlagerung und vermochte die geklagten neurologische Symptomatik in diesem Bereich nicht zu erklären (Urk. 24/73). Dementsprechend befanden die Ärzte der N.____ Orthopädie gemäss dem Bericht vom 27. August 2008 nachvollziehbar, dass aus streng orthopädischer Sicht die Aufnahme der angestammten Tätigkeit als Zimmermann wieder zumutbar sei (Urk. 24/95 S. 7). Davon ist auszugehen. Auch die neurologischen Fachärzte des C.____, auf die sich der Kläger beruft, führten die Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit hauptsächlich („Im Vordergrund steht...“) auf die psychische Problematik zurück. Zwar erachteten sie auch die körperliche Belastbarkeit aufgrund des Cervikal- und Lumbalsyndroms und des Schwindels als eingeschränkt. Dies jedoch nur in Bezug auf den Beruf als Zimmermann (Urk. 2/2 S. 10 f.). In Bezug auf den geklagten Schwindel ist zudem anzumerken, dass der Kläger mit dem Auto zur Begutachtung nach Freiburg fuhr (Urk. 2/2 S. 6), dies obwohl er den Schwindel als bewegungsabhängig, vor allem durch Bewegungen der HWS provozierbar, beschrieben hatte (Urk. 2/2 S. 3). Eine erhebliche Einschränkung kann somit insofern nicht angenommen werden. Ausserdem weist der diagnostisch verwendete Begriff „Syndrom“ auf eine unspezifische Schmerzhaftigkeit im jeweiligen Bereich ohne konkrete organische Entsprechung gestützt auf die Schmerzangaben des Klägers hin. Eine radikuläre respektive neurologische Störung konnten auch diese Ärzte nicht ausmachen (Urk. 2/2 S. 7 f. und S. 10 f.). Eine erhebliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit aus somatisch-organischer Sicht ist damit für die hier massgebliche Zeit ab dem 1. Oktober 2009 auszuschliessen, zumal auch die Ärzte der Neuroklinik des C.____ von einer funktionellen Überlagerung der Beschwerden ausgingen.

4.2.2 Solche Hinweise auf eine Symptomausweitung und eine funktionelle/psychische Überlagerung der geklagten Beschwerden mit Anpassungs- sowie Schmerzverarbeitungsstörungen respektive somatoformer Schmerzstörung finden sich zahlreiche (Urk. 24/66 S. 3, Urk. 24/68 S. 2 f., Urk. 24/76 S. 1, Urk. 24/95 S. 7, Urk. 24/108 S. 4 f.). Aus fachärztlich psychiatrischer Sicht diagnostizierte Dr. M.____ von der Klinik Q.____ eine somatoforme Schmerzstörung (ICD-10 F45.5) und eine Anpassungsstörung mit länger dauernder depressiver Reaktion (ICD-10 F43.21; Urk. 24/66 S. 3). Auch der psychiatrische Gutachter Dr. Z.____ ging im Gutachten vom 9. Juli 2009 von einer Schmerzverarbeitungsstörung aus, jedoch sah er diesbezüglich von einer gesonderten Diagnosestellung ab und ordnete die Schmerzproblematik als Teil der hypochondrisch anmutenden Körperwahrnehmung ein, welche er im Rahmen der Diagnose einer Anpassungsstörung im Sinne von ICD-10 F43.28 aufführte (Urk. 24/131 S. 30 und S. 34). Aus somatischer Sicht wurden die Beschwerden im Nacken und Kopf mit Tinnitus, vegetativen Beschwerden und Schwindel sodann - obschon erst im Verlauf und soweit aktenkundig ohne gesicherte initiale ärztliche Befundgrundlage - von Dr. E.____ (Bericht vom 16. April 2008, Urk. 24/62), vom Chiropraktor R.____ (Bericht vom 23. April 2008, Urk. 24/63) und von den Ärzten des Neurozentrums des C.____ (Urk. 2/2 S. 7 ff.) - entsprechend der subjektiven Krankheitsüberzeugung des Klägers (Urk. 24/131 S. 22) - letztlich auf eine angeblich beim Unfall vom 25. Juli 2007 erlittene HWS-Distorsion respektive ein Schleudertrauma zurückgeführt. Der Kreisarzt Dr. H.____ stellte ausserdem die Diagnose eines dekompensierten Tinnitus links nach Schädelhirntrauma (Urk. 24/68 S. 2). Die diesbezüglich auftretenden Fragen, ob, welche und ab wann die geklagten Beschwerden im Verlauf als nicht mehr unfallkausal sondern krankheitsbedingt anzusehen sind und ob die Beschwerden der Diagnose einer HWS-Distorsion oder einer Schmerzverarbeitungsstörung respektive einer somatoformen Schmerzstörung zuzuordnen sind, spielen im Ergebnis keine Rolle, wie sich aus dem Nachfolgenden ergibt, und können daher offen bleiben.

Denn bei beschriebener Ausgangslage rechtfertigt es sich jedenfalls, die oben zitierte Rechtsprechung zu pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern ohne nachweisbare organische Grundlage anzuwenden, nach welcher die Annahme einer Arbeitsunfähigkeit in solchen Fällen nur ausnahmsweise bei Vorliegen bestimmter Kriterien in erheblicher quantitativer oder/und qualitativer Ausprägung gerechtfertigt ist (vgl. Erwägung 2.2.3 hiervor).

4.2.3 Entscheidend ist somit, ob und inwiefern die versicherte Person über psychische Ressourcen verfügt, die es ihr erlauben, trotz den subjektiv erlebten Schmerzen einer Arbeit nachzugehen (BGE 130 V 352 E. 2.2.4; 127 V 294 E. 4b/cc in fine und E. 5a unten). Dabei gilt die Vermutung der Überwindbarkeit der Schmerzstörung respektive des unklaren syndromalen Beschwerdebildes. Für die ausnahmsweise Bejahung der Unzumutbarkeit, die verbliebene Arbeitsfähigkeit erwerblich zu verwerten, spricht in erster Linie ein vom Schmerzgeschehen losgelöstes eigenständiges psychisches Leiden (Komorbidität) von bestimmter Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer (BGE 130 V 352 E. 2.2.3; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 9C_784/2012 vom 7. Dezember 2012 E. 2 mit weiteren Hinweisen). Ein solches lag hier, insbesondere in der massgeblichen Zeit ab dem 1. Oktober 2009, nicht vor. Denn gestützt auf das umfassende Gutachten von Dr. Z.____ vom 9. Juli 2009 (Urk. 24/131 S. 35 ff.) ist davon auszugehen, dass die depressive Symptomatik, welche rund ein Jahr zuvor im Gutachten des C.____ vom 14. Mai 2008 dokumentiert worden war (Urk. 24/130 S. 9 ff.), spätestens ab Mitte 2009 weitgehend remittiert war und die Arbeitsfähigkeit nicht mehr beeinträchtigte. Insbesondere weist auch die von Dr. Z.____ gestellte Diagnose einer Anpassungsstörung mit hypochondrischen, ängstlichen und depressiven Symptomen (ICD-10 F43.28) lediglich auf eine leichtere reaktive und nicht auf eine

verselbständigte schwerwiegende Symptomatik hin, welche als nicht überwindbare psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert zu qualifizieren wäre. Denn die Diagnose einer Anpassungsstörung ist nur zu verwenden, wenn die Störung nicht das Ausmass erreicht, das eine entsprechende einzelne Diagnose (etwa eine leichte depressive Episode, ICD-10 F32.0, oder eine generalisierte Angststörung, ICD-10 F41.1) rechtfertigen würde (Dilling/Mombour/Schmidt, Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V [F], Klinisch-diagnostische Leitlinien, 5. Auflage, 2005, S. 171). Die von Dr. Z.____ diskutierte kombinierte Persönlichkeitsstörung mit ängstlich-vermeidenden, narzisstischen und schizoiden Anteilen (ICD-10 F60.6) wurde lediglich als Verdachtsdiagnose gestellt. Eine Abgrenzung zu akzentuierten Persönlichkeitszügen (ICD-10 Z73.1) ohne Krankheitswert konnte nicht gezogen werden (Urk. 24/131 S. 36). Auch dieser Symptomenkreis stellt daher keine Komorbidität von erheblicher Schwere, Intensität, Ausprägung und Dauer dar.

Auch die weiteren Faktoren sind insgesamt nicht in qualifizierter Weise erfüllt. So leidet der Kläger nicht an einer chronischen somatischen Erkrankung, wobei als chronische körperliche Begleiterkrankung nicht gerade jenes Leiden - hier das cervikocephal und lumbal betonte Schmerzsyndrom mit vegetativen Störungen und Tinnitus - gelten kann, welches die (nicht objektivierbaren) Beschwerden aufrechterhält (Urteil des Bundesgerichts 9C_709/2009 vom 14. Dezember 2009 E. 4.1.4 in fine mit Hinweis). Zu verneinen ist weiter das Kriterium des (qualifizierten) Scheiterns einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung trotz kooperativer Haltung. Selbst wenn von einer Chronifizierung des Leidens auszugehen ist, kann nicht von einer erfolglosen Ausschöpfung der therapeutischen Möglichkeiten gesprochen werde. Zwar wurden sowohl ambulante Behandlungen als auch eine stationäre Therapie durchgeführt. Sowohl gemäss den neurologischen Experten des C.____ als auch gemäss Dr. Z.____ bestehen jedoch weitere therapeutische Optionen (Urk. 2/2 S. 11, Urk. 24/131 S. 37 und S. 39). Insbesondere einer psychiatrischen/psychosomatischen Behandlung stand der Kläger bisher ablehnend gegenüber (Urk. 24/66 S. 3). Auch ein primärer Krankheitsgewinn mit therapeutisch nicht mehr beeinflussbarem innerseelischem Verlauf ist daher nicht auszumachen, nachdem eine (psychiatrische/psychotherapeutische) Therapie - soweit aktenkundig - noch nicht einmal begonnen wurde. Allein das Kriterium des sozialen Rückzugs in allen Belangen des Lebens ist - wenn auch nicht vollständig - so doch weitgehend gegeben. Der Kläger hat sich von seiner Partnerin getrennt und ist wegen seines Ruhebedürfnisses in die Berge gezogen, wo er alleine lebt. Er hat jedoch weiterhin ein gutes Verhältnis zu ihr und nach wie vor Kontakt zu seinen Eltern (zwei bis drei Mal pro Woche), gelegentlich auch zu Geschwistern, Freunden und seinen Kindern (Urk. 2/2 S. 3 und S. 11, Urk. 24/124 S. 19 f. und S. 26). Dies genügt indes nicht, um insgesamt die Vermutung der Arbeitsfähigkeit zu widerlegen und von einer ausnahmsweise Unzumutbarkeit der Überwindung der (somatisch unspezifischen) Leiden auszugehen. Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit ist damit zu verneinen.

4.2.4 Soweit Dr. Z.____ im Gutachten vom 9. Juli 2009 zum Schluss kommt, bei fehlender depressiver Symptomatik und nur geringer Somatisierungsstörung sei bezüglich dieser beider Krankheitsbilder nicht von einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit auszugehen (Urk. 24/131 S. 39), ist ihm somit zu folgen. In Bezug auf seine Einschätzung, die Arbeitsfähigkeit sei derzeit durch das rigide (auf ein Schleudertrauma fokussierte) Krankheitskonzept des Klägers mit eigenbrödlischer Weltsicht, misstrauischer Grundhaltung, Lärmüberempfindlichkeit und sozialem Rückzug in relevantem Ausmass reduziert (Urk. 24/131 S. 39), geht das oben Ausgeführte (Erwägung 4.2.3) hingegen vor, zumal bezüglich dieser Befunde keine fachärztlich (psychiatrisch) gestellte Diagnose nach einem wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystem gestellt wurde, was rechtsprechungsgemäss Voraussetzung zur Annahme eines psychischen Gesundheitsschadens bildet (BGE 130 V 396 E. 5.3 und E. 6).

Zu keinem anderen Ergebnis vermag vor diesem Hintergrund der Bericht des Allgemeinpraktikers Dr. E.____ vom 3. November 2011 zu führen, in welchem eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit seit dem 26. Juli 2007 in der angestammten Tätigkeit als Zimmermann attestiert wird (Urk. 20). Denn Dr. E.____ begründet dies mit dem hiervor besprochenen Krankheitsbild mit Schwindel, Tinnitus, HWS-Syndrom, LWS-Syndrom, Konzentrationsstörungen und vegetativer Dystonie (Urk. 20). Weiterführende Erklärungen und Einschätzungen gibt er nicht ab. Es bleibt damit beim Gesagten.

Von Beweiserhebungen, insbesondere wie sie der Kläger beantragt (Urk. 17), ist kein abweichender/weiterer Erkenntnisgewinn zu erwarten, weshalb davon abzusehen ist.

4.3 Für die relevante Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 3. Oktober 2011 ist folglich von keiner Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Sinne von Ziff. 3.4 AVB auszugehen. Es fehlt damit an einem die Leistungspflicht der Beklagten begründenden Tatbestand im Sinne von Ziff. 12.1 AVB in Verbindung mit dem Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag zugunsten des Klägers, Police vom 28. November 2008 (Urk. 9/B2). Die Klage ist folglich abzuweisen.

5.

5.1 Zu prüfen bleibt, ob nach dem Gesagten die unstrittig für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 bereits erfolgten Taggeldleistungen von Fr. 68'385.45 (Urk. 9/B30) vom Kläger an die Beklagte zurückzuerstatten sind.

5.2 Rückerstattungsansprüche können nach der allgemeinen Unterscheidung des OR (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG) wie andere Forderungen aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen. Solange ein Anspruch aus Vertrag geltend gemacht werden kann, gilt nicht Bereicherungsrecht. Ein wesentlicher Unterschied zwischen vertraglichen Ansprüchen und solchen aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht in den erheblich abweichenden Verjährungsregeln (Art. 127 und 128 OR bei Vertrag, respektive Art. 46 Abs. 1 VVG bei Versicherungsvertrag; Art. 67 OR bei ungerechtfertigter Bereicherung; BGE 127 III 421 E. 3). Nach Art. 46 Abs. 1 VVG beginnt die Verjährung

nach Eintritt der Tatsache zu laufen, welche die Leistungspflicht begründet, nach Art. 130 Abs. 1 OR mit Fälligkeit der Forderung. Die spätestens mit der Klageantwort (Art. 224 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit 219 ZPO) zulässigerweise erhobene Widerklage unterbricht die Verjährung wie eine selbständige Klage (Däppen, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl., 2011, N 7 zu Art. 135). Nach Ziff. 25.2 AVB erfolgen die Leistungsauszahlungen, wo nichts anderes vereinbart ist, an den Versicherungsnehmer, wobei das selbständige Forderungsrecht der versicherten Person im Sinne von Art. 87 VVG vorbehalten bleibt. Gemäss Ziff. 34.2 AVB sind vom Versicherungsnehmer oder der versicherten Person zu Unrecht bezogene Leistungen an den Versicherer zurückzuerstatten. Damit liegt eine vertragliche Regelung der Rückerstattung vor (vgl. Schulin, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Aufl., 2011, N 2 zu Art. 62).

5.3

5.3.1 Der Kläger bringt unter Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 (E. 2.4) vor, das Rückforderungsrecht zu Unrecht bezogener Versicherungsleistungen ergebe sich aus ungerechtfertigter Bereicherung (Urk. 57 S. 2). Im genannten Entscheid ging es um die Frage der Verjährung der Rückerstattungsforderung nach Vertragsrücktritt gemäss Art. 40 VVG bei betrügerischer Anspruchsbegründung. In der Erwägung 2.3 des Urteils 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 führte das Bundesgericht aus, seit dem BGE 42 II 674 (E. 2a), in welchem das Bundesgericht die Verjährung einer Rückerstattungsforderung für eine wegen Falschangaben geleisteten und nicht geschuldeten Entschädigung nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung in der einjährigen Frist von Art. 67 OR beurteilt habe, habe das Bundesgericht in späteren Urteilen verschiedentlich darauf verwiesen, dass sich die Rückforderung zu Unrecht bezogener Versicherungsleistungen aus der ungerechtfertigten Bereicherung ergebe, wobei die Verjährungsfrage in diesen Fällen aber jeweils nicht entscheidungswesentlich gewesen sei (BGE 126 III 119 E. 3e, 127 III 421 E. 3c/bb, 131 III 314 E. 2.3.1). In der Lehre zum Versicherungsvertrag werde für die Frage der Rückforderung allfällig bereits ausbezahlter Versicherungsleistungen meist pauschal auf die Anwendung des Bereicherungsrechts (Art. 62 ff. OR) verwiesen, ohne zur Frage der Verjährung vertieft Stellung zu nehmen. Weiter erklärt das Bundesgericht in der Erwägung 2.4 des Entscheides 5C.59/2006, seit dem oben erwähnten BGE 42 II 674 habe sich in der neueren Lehre und Rechtsprechung die generelle Tendenz entwickelt, Ansprüche vermehrt auf eine vertragliche denn auf die bereicherungsrechtliche Grundlage zu stützen. So habe das Bundesgericht in BGE 114 II 152 erkannt, bei einem Vertragsrücktritt nach Art. 109 OR werde das Vertragsverhältnis in ein Liquidationsverhältnis umgewandelt, so dass namentlich die Rückleistungspflichten nach Art. 109 Abs. 1 OR als vertragliche zu qualifizieren sind und erst mit Ablauf von zehn Jahren verjähren würden (BGE 114 II 152 E. 2, 126 III 119 E. 3c, 132 III 242 E. 4.1). Das Bundesgericht liess im zitierten Entscheid 5C.59/2006 indes die Frage, welche Verjährungsgrundlage (nach Art. 46 Abs. 1 VVG oder Art. 67 OR) dort anzuwenden sei, schliesslich offen, da die dortige Forderung nach beiden Bestimmungen verjährt war.

5.3.2 Daraus kann der Kläger bezüglich der hier zu entscheidenden Sache nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn die Rückerstattungsforderung kann sich hier mit Ziff. 34.2 auf eine vertragliche Regelung stützen. Zwar wurden die von der Beklagten bereits erbrachten Taggelder ohne Rechtsgrund geleistet und gingen damit nicht direkt aus dem Versicherungsverhältnis hervor. Der Rückerstattungsanspruch ist kraft der Bestimmung in Ziff. 34.2 jedoch im Moment der unrechtmässigen Leistung aus Vertrag entstanden und kann daher daraus geltend gemacht werden. Die subsidiär beachtliche bereicherungsrechtliche Grundlage kommt damit nicht zur Anwendung. Die Verjährung der Rückerstattungsforderung richtet sich damit nach Art. 46 Abs. 1 VVG. Die Frist begann mit dem Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründete, mithin mit der ungerechtfertigten Ausrichtung von Taggeldern ab 16. November 2009 (Urk. 9/B30). Die zweijährige Verjährung wurde mit Eingang der Widerklage am 28. Juni 2011 (Urk. 8 S. 1 f.) unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Der Rückerstattungsanspruch ist folglich bezüglich sämtlicher für die Dauer vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 geleisteter Taggelder nicht verjährt.

5.4

5.4.1 Weiter bringt der Kläger vor, Ziff. 34.2 beziehe sich nur auf zu Unrecht bezogene Leistungen, wovon im vorliegenden Fall jedoch nicht die Rede sein könne, da die Leistungen nach dem in den AVB vorgesehenen Verfahren ausgerichtet worden seien und in keinem Zeitpunkt Anlass zu einer Leistungskürzung bestanden habe. Insbesondere seien die Regeln in Ziff. 13-15 AVB eingehalten worden. Es könne nicht angehen, dass die Versicherung zunächst gestützt auf die eingereichten Unterlagen Taggeldleistungen erbringe und hernach gestützt auf die von anderen Leistungserbringern getroffenen Entscheiden respektive auf die von Sozialversicherungen eingeholten ärztlichen Berichte rückwirkend ihre Taggeldleistungen zurückfordere. Dieses Vorgehen widerspreche dem in den AVB statuierten Sanktionsplan. Es seien weder unrechtmässige Angaben gemacht worden, noch Leistungen in betrügerischer Absicht beansprucht worden. Auch habe kein Rücktritt vom Vertrag stattgefunden (Urk. 57 S. 3 ff.).

5.4.2 Dass keine Leistungspflicht der Beklagten in der betreffenden Zeit bestanden hätte, wurde bereits ausgeführt (vgl. Erwägung 4 hiervor). Dafür, dass sich der Begriff „zu Unrecht“ in Ziff. 34.2 AVB ausschliesslich auf Tatbestände bei (willentlicher) Verletzung der Obliegenheiten nach Ziff. 13 und 14 AVB durch die versicherte Person beziehen würde, besteht kein Hinweis. Die in Ziff. 13 und 14 AVB aufgeführten Obliegenheiten ändern nichts daran, dass zur Begründung der Leistungspflicht der Beklagten die Leistungsvoraussetzung einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % in der fraglichen Zeit gemäss Ziff. 12.1 AVB erfüllt sein muss. Nach dem Wortlaut ist eine „zu Unrecht bezogene Leistung“ gleichbedeutend mit einer Leistung, die erbracht wurde, ohne dass darauf ein Recht respektive ein

Anspruch bestand, was einer Leistung ohne Leistungspflicht entspricht. Eine weitere, kumulative Anforderung, namentlich die Verletzung einer Obliegenheit durch die versicherte Person, kann daraus nicht gelesen werden. Auch die systematische Einordnung von Ziff. 34.2 AVB lässt nicht darauf schliessen, dass die Rückerstattung (abweichend vom Wortlaut) zwingend (kumulativ) eine Verletzung einer Obliegenheit nach Ziff. 13 und 14 AVB voraussetzt. Ziff. 34.2 AVB ist im Kapitel Prämien unter dem Titel „Verrechnungen von Leistungen und Rückerstattungspflicht“ eingeordnet, während die Ziff. 12 bis 14 AVB im Kapitel Leistungen aufgeführt sind. Einen systematischen Bezug lässt sich nicht herstellen. Dem Leser erschliesst sich aufgrund der systematischen Stellung von Ziff. 34.2 AVB kein vom Wortlaut abweichender Sinn und Zweck der Bestimmung. Dass eine andere Beurteilung des Sachverhaltes, der die fragliche Leistungspflicht begründen kann, mittels neuer Beweismittel oder einer anderen Beweismittelwürdigung letztlich sodann zu einer Rückerstattungspflicht führen kann, ist nichts Ungewöhnliches. Die Formulierung von Ziff. 34.2 AVB ist auch nicht zweideutig. Es besteht daher kein Anlass, die Bestimmung von Ziff. 34.2 AVB in Anwendung der Ungewöhnlichkeits- oder der Unklarheitenregel (vgl. dazu BGE 135 III 225 E. 1.3, 135 III 1 E. 2.1; Urteile des Bundesgerichts 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005 E. 2, 4A_84/2009 vom 16. Juni 2009 E. 2.1 und 4A_291/2009 vom 28. Juli 2009 E. 2.1) zugunsten des Klägers auszulegen. Wo sich die Bedeutung einer Vertragsklausel im Gesamtzusammenhang ohne weiteres erschliesst, bleibt für die Anwendung der Unklarheitenregel von vornherein kein Raum (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3 mit Hinweisen). Damit ist Ziff. 34.2 AVB so zu verstehen, dass ein Rückerstattungsanspruch der Beklagten begründet wird, wenn eine Leistung ohne Leistungspflicht erfolgte, und zwar unabhängig vom Grund der fehlenden Leistungspflicht.

5.5 Somit hat die Beklagte Anspruch auf Rückerstattung der für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 geleisteten Taggelder im Betrag von Fr. 68'385.45 zuzüglich Zins von 5 % ab Eintritt des Verzuges mit Zugang der Widerklage beim Kläger am 1. Juli 2011 (Urk. 11; Art. 102 Abs. 2 OR und Art. 104 Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 VVG).

Die Widerklage ist gutzuheissen und der Kläger ist zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von Fr. 68'385.45 zuzüglich eines Zinses von 5 % ab dem 1. Juli 2011 zu bezahlen.

6.

6.1 Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Teil des GOG). Dasselbe gilt für die Verordnung über die Anwaltsgebühren (LS 215.3). Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich somit nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 5 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer). Gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen.

6.2 Wie bereits mit Verfügung vom 23. April 2012 (Urk. 39) festgestellt worden ist, sind die Voraussetzungen zur Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung gemäss § 16 Abs. 1 und Abs. 2 GSVGer erfüllt. Dem Kläger wurde Rechtsanwalt Patrick F. Wagner als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt. Er ist für seinen Aufwand bis zur Mandatsübernahme durch Rechtsanwältin Elisabeth Maier am 3. Juli 2012 (Urk. 50, Urk. 64/2 S. 1) nach Massgabe von Art. 61 lit. g ATSG in Verbindung mit § 34 GSVGer ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, nach der Schwierigkeit des Prozesses, dem Zeitaufwand und den Barauslagen sowie unter Berücksichtigung des gerichtlichen Stundenansatzes von Fr. 200.-- mit Fr. 2'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Rechtsanwältin Elisabeth Maier ist dem Kläger als unentgeltliche Rechtsvertreterin für das vorliegende Verfahren ab dem 3. Juli 2012 (Urk. 50, Urk. 64/2 S. 1) zu bestellen. Sie ist nach den Grundsätzen von Art. 61 lit. g ATSG in Verbindung mit § 34 GSVGer und unter Berücksichtigung ihrer Honorarnote vom 9. Januar 2013 mit Fr. 2'465.55 (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Das Gericht beschliesst:

In Bewilligung des Gesuchs vom 17. Oktober 2012 wird dem Kläger und Widerbeklagten Rechtsanwältin Elisabeth Maier, Binningen, als unentgeltliche Rechtsvertreterin für das vorliegende Verfahren ab dem 3. Juli 2012 bestellt.

und erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird gutgeheissen und der Kläger und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von Fr. 68'385.45 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 1. Juli 2011 zu bezahlen.
3. Das Verfahren ist kostenlos.
4. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers und Widerbeklagten, Rechtsanwalt Patrick F. Wagner, Zürich, wird mit Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Kläger und Widerbeklagte wird auf § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.
5. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin des Klägers und Widerbeklagten, Rechtsanwältin Elisabeth Maier, Binningen, wird mit Fr. 2'465.55 (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Kläger und Widerbeklagte wird auf § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.
6. Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Rechtsanwältin Elisabeth Maier
 - Rechtsanwalt Patrick F. Wagner mit Urteilsauszug in Ziff. 6.1-2 der Erwägungen und Ziff. 4 des Dispositivs
 - Helsana Versicherungen AG
 - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMAsowie an:
 - Gerichtskasse
7. 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).