

II. Kammer  
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender  
Sozialversicherungsrichter Bachofner  
Sozialversicherungsrichterin Käch  
Gerichtsschreiberin Lienhard

**Urteil vom 18. September 2013**

in Sachen

X.\_\_\_\_

Kläger

vertreten durch Stadt Zürich, Soziale Dienste, Fachsupport Rechtsdienst  
Rechtsanwalt Matthias Guggisberg, Verwaltungszentrum Werd  
Werdstrasse 75, Postfach, 8036 Zürich

gegen

1. Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft  
Bleicherweg 19, 8002 Zürich

2. ÖKK Kranken- und Unfallversicherungen AG  
Bahnhofstrasse 13, 7302 Landquart

Beklagte

Beklagte 1 Zustelladresse: Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft  
PRD Rechtsdienst  
Hohlstrasse 552/556, Postfach, 8048 Zürich

Beklagte 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Martin Schmid  
Hartbertstrasse 11, Postfach 180, 7002 Chur

## **Sachverhalt:**

1. X.\_\_\_\_, geboren 1964, war vom 21. Dezember 2009 bis 31. März 2010 befristet bei der Y.\_\_\_\_ AG, Z.\_\_\_\_, als Servicemitarbeiter tätig (Urk. 2/3) und in dieser Eigenschaft bei der ÖKK Kranken- und Unfallversicherungen AG (nachfolgend: ÖKK) im Rahmen einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) gegen Erwerbsausfall bei Krankheit versichert (Urk. 2/4; Urk. 14/4). Ab 22. Februar 2010 bis 31. Mai 2010 (vgl. Urk. 11/6/11 in Verbindung mit Urk. 11/6/8) war er infolge eines Nierenzellkarzinoms mit Teilresection vollständig arbeitsunfähig und bezog deshalb Taggelder der ÖKK (vgl. Urk. 11/20/1-4).

Ab 1. Juni 2010 war X.\_\_\_\_ bei der A.\_\_\_\_ GmbH, B.\_\_\_\_, als Servicefachangestellter angestellt (Urk. 2/6) und dadurch im Rahmen der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung dieser Arbeitgeberin bei der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft (nachfolgend: Allianz) nach VVG gegen Erwerbsausfall bei Krankheit versichert (Urk. 11/A). Am 12. Juni 2010 löste die A.\_\_\_\_ GmbH das Arbeitsverhältnis mit ihm innerhalb der Probezeit per 16. Juni 2010 auf (Urk. 2/5). Ab 18. Juni 2010 wurde dem Versicherten bis auf weiteres eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert (Urk. 11/1/4).

2. Mit Eingabe vom 21. November 2011 erhob X.\_\_\_\_ Klage gegen die Allianz und gegen die ÖKK mit den Anträgen, die Allianz sei zu verpflichten, für die Zeit ab 13. Juni 2010 Krankentaggeldleistungen zu erbringen; eventuell sei die ÖKK zu verpflichten, die entsprechenden Leistungen zu erbringen (Urk. 1 S. 2).

Auf entsprechende Aufforderung durch das hiesige Gericht vom 23. November 2011 (Urk. 4) bezifferte X.\_\_\_\_ seine Klage und beantragte nunmehr, die Allianz, eventualiter die ÖKK, seien zu verpflichten, für die Zeit vom 13. Juni 2010 bis 21. November 2011 Taggeldleistungen im Betrag von Fr. 52'170.30 (Allianz) beziehungsweise Fr. 58'367.40 (ÖKK) zu bezahlen (Urk. 6).

Die Allianz stellte mit Klageantwort vom 6. Januar 2012 das Begehren, auf die Klage sei nicht einzutreten, da vor der Klageeinleitung keine Schlichtungsverhandlung durchgeführt worden sei; eventuell sei die Klage

abzuweisen (Urk. 10 S. 2 f.). Die ÖKK schloss in der Klageantwort vom 11. Januar 2012 auf Abweisung der Klage (Urk. 12).

Die Klageantworten wurden dem Kläger am 24. Januar 2012 zugestellt mit dem Hinweis, dass sich das Gericht aus prozessökonomischen Gründen vorderhand auf die prozessuale Frage der Zuständigkeit beschränken werde (Urk. 17). Innert der gleichzeitig angesetzten Frist äusserte sich der Kläger am 7. Februar 2012 dahin gehend, dass er sich gegen einen allfälligen Nichteintretensentscheid nicht zur Wehr setze. Im Weiteren stellte er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Urk. 19).

Mit Beschluss vom 23. Februar 2012 (Urk. 21) trat das hiesige Gericht auf die Klage ein. Die dagegen am 28. März 2012 von der Beklagten 1 erhobene Beschwerde (Urk. 25) wies das Bundesgericht mit Urteil vom 18. September 2012 ab (Urk. 29).

Zwischenzeitlich hielt der Kläger mit Replik vom 11. Mai 2012 (Urk. 26) an seinen Anträgen fest. Die Beklagte 1 hielt mit Duplik vom 5. Dezember 2012 (Urk. 34) an ihrem Antrag fest, während die Beklagte 2 auf die Einreichung einer Duplik verzichtete (Urk. 32).

## **Das Gericht zieht in Erwägung:**

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). 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 einfache Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Gericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6).

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist gegeben.

2.

2.1 Der Kläger begründete seine Klage damit, dass er infolge der Diagnose eines Onkozytomes ab dem 22. Februar 2011 (richtig: 2010) vollständig arbeitsunfähig geworden sei. Die Beklagte 2 habe nach Abzug der Wartefrist von 60 Tagen vom 23. April 2010 bis 31. Mai 2010 Krankentaggelder erbracht. Am 19. April 2010 habe er einen Arbeitsvertrag mit der A.\_\_\_\_ GmbH als Serviceangestellter mit Beginn am 1. Juni 2010 abgeschlossen. Der künftige Arbeitgeber habe im April 2010 Kenntnis von der Arbeitsunfähigkeit gehabt. In der Folge habe er vom 3. bis 12. Juni 2010 gearbeitet. Am 12. Juni sei ihm unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Tagen auf den 16. Juni 2010 gekündigt worden. Als Grund sei angegeben worden, dass er den Anforderungen im Service nicht genüge, was angesichts seines damaligen Gesundheitszustandes zutreffend gewesen sei (Urk. 1 S. 4 f.).

Am 3. März 2010 sei bei ihm eine Nierenresektion durchgeführt worden und in der Folge sei er bis und mit Ende Mai vollständig arbeitsunfähig gewesen. Er habe von sich aus und ohne Wissen seiner behandelnden Ärztin in der Zeit vom 1. bis 17. Juni 2011 (richtig: 2010) einen Arbeitsversuch unternommen. In der Zeit vor und nach dem Arbeitsversuch habe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bestanden (Urk. 1 S. 6). Da er in der Zeit vom 3. bis 12. Juni 2010 tatsächlich einer Tätigkeit nachgegangen sei, widerlege dies eine für diese Zeit allenfalls anderslautende medizinisch-theoretische Einschätzung der Arbeitsfähigkeit (Urk. 1 S. 7).

Bei seiner Arbeit im Restaurant A.\_\_\_\_ sei seinen Arbeitskollegen sehr wohl bekannt gewesen, dass er körperlich schwere Tätigkeiten nicht ausüben könne. Am Abend des 12. Juni 2010 habe er die Arbeit abbrechen und nach Hause gehen müssen, wovon der Arbeitgeber Kenntnis gehabt habe. Die Gründe für die Kündigung seien nicht mangelnde Fachkenntnisse, sondern gesundheitlicher Art gewesen. Dementsprechend sei die Kündigung einen Tag nach dem Zusammenbruch erfolgt. Die vollständige Arbeitsunfähigkeit ab 13. Juni 2010 sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen (Urk. 26 S. 3).

2.2 Dem hielt die Beklagte 1 entgegen, der Arbeitgeber habe erst aufgrund eines Schreibens des Sozialamtes vom 21. Oktober 2010 von einer Arbeitsunfähigkeit des Klägers erfahren; er habe weder Kenntnis von einer Arbeitsunfähigkeit ab 22. Februar 2010 noch von der Operation vom 3. März 2010 gehabt. Die Arbeitsunfähigkeit ab 22. Februar 2010 sei offenbar aus psychischen Gründen attestiert worden. Es sei während des Arbeitseinsatzes keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit festgestellt worden. Die Kündigung sei ausschliesslich wegen mangelnder Fachkenntnisse und nicht wegen mangelnder körperlicher Leistungsfähigkeit erfolgt. Nach Lage der Akten seien vom 12. Mai 2010 bis zum 7. Juli 2010 keine ärztlichen Konsultationen erfolgt. Es sei deshalb davon auszugehen, dass der Kläger seinen Gesundheitszustand erst ab dem 7. Juli 2010 erneut für behandlungsbedürftig gehalten habe. Wären bereits ab dem 13. Juni 2010 behandlungsbedürftige Beschwerden aufgetreten, so hätte sich der Kläger wohl früher in ärztliche Behandlung begeben. Zudem habe die behandelnde Ärztin anlässlich der Untersuchung vom 7. Juli 2010 noch keine Arbeitsunfähigkeit attestiert; der Kläger sei erst anlässlich der Konsultation vom 21. Juli 2010 ab dem 19. Juli 2010 zu 50 % arbeitsunfähig geschrieben worden. Am 30. Juli 2010 sei dann rückwirkend per 18. Juni 2010 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert worden (Urk. 10 S. 4 f.).

Nach erfolgter Kündigung habe der Kläger bis zum 16. Juni 2010 keine Arbeit mehr geleistet, weil er Freitage zugute gehabt habe, nicht weil er aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr dazu in der Lage gewesen wäre. Eine am 13. Juni 2010 einsetzende Arbeitsunfähigkeit sei nicht ausgewiesen, dies sei erst ab dem 18. Juni 2010 und damit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Fall. Der Kläger habe deshalb keinen Anspruch auf Krankentaggelder (Urk. 10 S. 6). Selbst wenn der Arbeitgeber von der Nierenproblematik gewusst haben sollte, ändere dies nichts am Umstand, dass der Kläger vom 3. Juni bis zum 16. Juni 2010 einer vollzeitigen Tätigkeit nachgegangen sei und eine erneute Arbeitsunfähigkeit erst am 30. Juli 2010 rückwirkend per 18. Juni 2010 attestiert worden sei. Zudem sei ab August 2010 wiederholt auf eine funktionelle Überlagerung

hingewiesen worden, welche rechtsprechungsgemäss vermutungsweise überwindbar sei, so dass eine allfällige Leistungspflicht der Beklagten 1 unter diesem Gesichtspunkt zu reduzieren wäre (Urk. 10 S. 7).

2.3 Die Beklagte 2 machte geltend, gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeldversicherern, dem beide Beklagten beigetreten seien, gingen bei einem Wechsel unter beigetretenen Versicherern laufende Schadenfälle zu Lasten des neuen Versicherers, sofern der Arbeitnehmer beim neuen Arbeitgeber im gleichen Umfang angestellt sei. Die Beklagten seien bezüglich des Versichererwechsels miteinander in Kontakt gewesen. Die Arbeitsfähigkeit des Klägers sei seitens der Beklagten 2 nach dem 1. Juni 2011 nicht mehr überprüft worden, weshalb dazu keine Stellung genommen werden könne (Urk. 12 S. 3).

Der neue Versicherer trete beim Versicherungswechsel vollumfänglich an die Stelle des alten, sofern der Arbeitnehmer beim neuen Arbeitgeber im gleichen Umfang angestellt sei wie beim bisherigen. Der Kläger sei sowohl bei der Y.\_\_\_\_ AG als auch bei der A.\_\_\_\_ GmbH im Vollzeitpensum beschäftigt gewesen. Gemäss Freizügigkeitsabkommen sei auf die tatsächliche und nicht auf die medizinisch eingeschätzte Arbeitsfähigkeit abzustellen. Weil es zwischen dem Kläger und der A.\_\_\_\_ GmbH zu einer Anstellung im Vollpensum gekommen und das Arbeitsverhältnis im vereinbarten Umfang angetreten worden sei, sei der Schadenfall unabhängig von einer allfälligen medizinischen Beurteilung der Arbeitsfähigkeit von der Beklagten 2 auf die Beklagte 1 übergegangen. Ansprüche aus der kollektiven Taggeldversicherung für die Zeit nach dem 31. Mai 2010 seien gegenüber der Beklagten 2 (richtig: 1; vgl. Urk. 32) geltend zu machen (Urk. 12 S. 4 f.).

2.4 Streitig und zu prüfen ist somit, ob der Kläger vom 13. Juni 2010 bis 21. November 2011 Anspruch auf Leistungen aus einer Kollektivtaggeldversicherung hat.

3.

3.1 Mit Bericht vom 13. Januar 2010 (Urk. 11/6/19) diagnostizierte Dr. med. C.\_\_\_\_, Chefarzt Urologie am D.\_\_\_\_, einen Nierentumor Unterepol rechts. Die operative Nieren-Teilresektion wurde am 3. März 2010 durchgeführt (Urk. 11/6/15).

3.2 Dr. med. E.\_\_\_\_, Innere Medizin und Nephrologie FMH, attestierte am 11. Februar 2010 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom 22. Februar 2010 bis 28. Februar 2010 (Urk. 11/6/12).

Mit Austrittsbericht vom 11. März 2010 (Urk. 11/6/6) über den stationären Aufenthalt des Klägers vom 2. März 2010 bis 14. März 2010 wurde darauf hingewiesen, dass er für vier Wochen auf das Tragen schwerer Lasten verzichten solle (S. 1 unten).

Im Attest vom 6. April 2010 ging Dr. E.\_\_\_\_ von einer Arbeitsunfähigkeit von drei Wochen ab 6. April 2010 aus, ohne den Umfang der Arbeitsunfähigkeit festzulegen (Urk. 11/6/10). Am 22. April 2010 attestierte Dr. E.\_\_\_\_ eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vom 28. April 2010 bis 12. Mai 2010 (Urk. 11/6/9). Dr. E.\_\_\_\_ ging mit ärztlichem Zeugnis vom 28. April 2010 (Urk. 11/6/11) davon aus, dass die seit 22. Februar 2010 bestehende vollständige Arbeitsunfähigkeit voraussichtlich bis 12. Mai 2010 andauern werde. Ihr Attest vom 11. Mai 2010 (Urk. 11/6/8) nannte eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vom 13. Mai 2010 bis 31. Mai 2010. Vom 18. Juli 2010 bis 16. August 2010 sei der Kläger zu 50 % arbeitsunfähig (Attest vom 21. Juli 2010; Urk. 11/6/14). Dr. E.\_\_\_\_ teilte am 4. Juli 2011 der Beklagten 1 mit, dass dies unrichtig sei (vgl. Ur. 11/27). Sodann attestierte Dr. E.\_\_\_\_ am 30. Juli 2010 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab 18. Juni 2010 bis auf weiteres (Urk. 11/6/7).

3.3 Dr. med. F.\_\_\_\_, Spezialarzt für Röntgendiagnostik, führte mit Bericht vom 28. Juli 2010 (Urk. 11/6/5) aus, es könnten stärker ausgeprägte narbige Veränderungen als mögliche Ursache für die Beschwerdesymptomatik des Klägers in Frage kommen (S. 1 unten).

3.4 Dr. med. G.\_\_\_\_, Neurologie FMH, stellte mit Bericht vom 3. August 2010 (Urk. 11/6/4) folgende Diagnosen (S. 1):

Status nach Teil-Nephrektomie rechts mit postoperativer Verletzung von Hautnerven (Neurinom möglich) und: Anaesthesia dolorosa der rechten Unterbauchregion  
wahrscheinlicher funktioneller Überlagerung

Den diffusen und ausschweifenden anamnestischen Angaben sei zu entnehmen, dass es im weiteren Verlauf - wozu der Kläger keine präzisen Angaben mache - nach der Operation zur Entwicklung von Missempfindungen im postoperativ zunächst tauben Gebiet gekommen sei, mit Unverträglichkeit der Kleider auf der Haut. Die Schmerzen würden gemäss Kläger beim Niesen, Husten und Pressen einschliessen. Ein Arbeitsversuch als Kellner habe zur Verstärkung dieser Beschwerden geführt. Kundenbesuche als Versicherungsberater seien erschwert (S. 2).

Klinisch liege eine taktile Dysästhesie, Allodynie und Hyperpathia mit gleichzeitig empfundener Taubheit vor, was insgesamt einer Anaesthesia dolorosa entspreche. Das vom Kläger bezeichnete Gebiet betreffe allerdings auch Regionen kranial der Narbe und überschreite die Mittellinie nach links, was mit der Anatomie lokaler Hautnerven schlecht erklärbar sei. Eine koinzidente Rückenmarksaffektion habe ausgeschlossen werden können. Bei Absenz eines erklärenden anatomischen Korrelats für diese schmerzhaft Region müsse aus neurologischer Optik, passend zur auffälligen Anamneseerhebung und zum klinischen Aspekt, eine funktionelle Komponente postuliert werden (S. 1).

3.5 Dr. med. H.\_\_\_\_, Neurologie FMH, diagnostizierte mit Bericht vom 28. September 2010 (Urk. 11/6/3) einen Status nach Tumor-Teil-Nephrektomie rechts im März 2010 mit einem im Verlauf zunehmenden neuropathischen Schmerzsyndrom, passend zu einer Neuropathie des N. iliohypogastricus rechts (S. 1). Die Anamnese und der klinische Untersuchungsbefund würden gut zu einer Neuropathie passen. Ursächlich komme aufgrund des Verlaufes am ehesten eine Kompression durch Vernarbungen in Betracht, was bildgebend unterstützt werde (S. 1).

3.6 Dr. med. I.\_\_\_\_, Oberärztin Urologie am D.\_\_\_\_, stellte mit Bericht vom 13. Oktober 2010 (Urk. 11/11/4) über die Verlaufskontrolle sechs Monate nach der Operation folgende Diagnosen (S. 1):  
tumorrezidivfreier Zustand mit und bei

Status nach Nierenteilresektion am 3. März 2010 bei mässig differenziertem hellzelligem Nierenzellkarzinom zunehmendes neuropathisches Schmerzsyndrom passend zu einer Neuropathie des N. iliohypogastricus rechts

bisher fehlende Besserung auf medikamentöse Therapien

kurzfristiges Ansprechen auf perkutane Blockade N. iliohypogastricus und N. ilioinguinalis

wahrscheinlich zusätzlich funktioneller Überlagerung

Hinsichtlich der Anamnese hielt Dr. I. \_\_\_ fest, der Kläger habe seit vier Monaten zunehmende Schmerzen entwickelt. Zudem berichte er über eine ausgeprägte Berührungsempfindlichkeit im Bereich der distalen Narbe sowie ein Taubheitsgefühl. Er sei anamnestisch seit der Operation nicht wieder arbeitsfähig (S. 1).

3.7 Dr. H. \_\_\_ diagnostizierte mit Bericht vom 20. Oktober 2010 (Urk. 11/11/3) einen Status nach Tumor-Teilnephrektomie rechts im März 2010 mit im Verlauf zunehmendem neuropathischem Schmerzsyndrom, passend zu einer Neuropathie des N. iliohypogastricus rechts. Bereits unmittelbar postoperativ habe der Kläger eine Taubheit im Bereich des rechten Unterbauches verspürt, welche ihn nicht gestört habe. Im weiteren Verlauf habe sich eine starke Berührungsempfindlichkeit mit Unverträglichkeit der Kleider und bei Anstrengung einschliessenden Schmerzen entwickelt (S. 1). Ein Arbeitsversuch als Kellner habe zur Verstärkung der Beschwerden geführt und Kundenbesuche als Versicherungsberater seien erschwert (S. 2). Soweit eruiert sei der Kläger von Beruf Kellner und Versicherungsberater und habe nach eigenen Angaben den Kellner-Beruf im Februar 2010 nach Diagnosestellung eines Nierentumors „aus psychischen Gründen“ bereits präoperativ aufgegeben. Zur aktuellen Tätigkeit und Arbeitsunfähigkeit seien die Angaben unklar (S. 3).

3.8 Die Ärzte des Departements Chirurgie, J. \_\_\_\_, stellten mit Bericht vom 3. Dezember 2010 (Urk. 11/11/30) folgende Diagnosen (S. 1):

neuropathisches Schmerzsyndrom N. iliohypogastricus rechts

Status nach Nierenteilresektion am 3. März 2010 bei mässig differenziertem hellzelligem Nierenzellkarzinom

Status nach frustranen Therapieversuchen mit Lyrica, Tegréto, Codicontin, Dafalgan

Status nach perkutaner Infiltrationsanästhesie Nn. iliohypogastricus und N. ilioinguinalis August 2010

Beim Beschwerdeführer bestehe seit der Teilnephrektomie vom März 2010 ein Taubheitsgefühl mediokaudal des Flankenschnittes rechts. Im Verlauf habe sich ein progredienter neuralgiformer Schmerz im Verlauf des N. iliohypogastricus mit ausgeprägter Neuralgie auf Berührung und Exazerbation bei Hüftflexion entwickelt (S. 1). Es seien weitere Abklärungen vorzunehmen (S. 2).

3.9 Auf Anfrage des Rechtsvertreters des Klägers hielt Dr. E. \_\_\_ am 7. Januar 2011 (Urk. 11/6/2) fest, der Kläger sei seit 14. Dezember 2009 etwa alle zwei bis vier Wochen bei ihr in Behandlung. Er leide an einem neuropathischen Schmerzsyndrom des N. iliohypogastricus rechts bei Status Nieren-Teilresektion vom März 2010, was sich auf seine Arbeitsfähigkeit auswirke. Hinsichtlich seiner Tätigkeit in der Gastronomie sei er zurzeit zu 100 % arbeitsunfähig. Vom 22. Februar 2010 bis 31. Mai 2010 sowie seit 18. Juni 2010 bestehe volle Arbeitsunfähigkeit. In der Zeit vom 1. Juni 2010 bis 17. Juni 2010 habe der Kläger auf eigenen Wunsch einen Arbeitsversuch unternommen (S. 1-2).

3.10 Dr. E. \_\_\_ führte auf Anfrage der Beklagten 1 am 4. Juli 2011 (Urk. 11/27a in Verbindung mit Urk. 11/27b) aus, sie habe keine volle Arbeitsfähigkeit ab dem 1. Juni 2010 bestätigt. Der Kläger habe eigenständig ab 1. Juni 2010 eine neue Arbeitsstelle zu 100 % angetreten. Dagegen seien aus medizinischer Sicht Vorbehalte angebracht gewesen, da sich nach dem 31. Mai 2010 nichts an der medizinischen Sachlage geändert habe. Nach dem 11. Mai 2010 habe Dr. E. \_\_\_ den Kläger erst am 7. Juli 2010 gesehen. Der Kläger habe die Stelle ab 1. Juni 2010 angetreten, ohne Rücksprache mit ihr zu halten, da er sich zu diesem Zeitpunkt subjektiv für arbeitsfähig gehalten habe. Die Arbeitsfähigkeitsbeurteilung im Zeitraum vom 1. Juni 2010 bis 17. Juni 2010 sei nicht dahingehend zu interpretieren, dass der Kläger in dieser Zeit in seiner neuen Tätigkeit als Serviceangestellter voll arbeitsfähig gewesen sei. Vor dem 7. Juli 2010 habe sich der Kläger nicht in der Praxis vorgestellt. Erst zu diesem Zeitpunkt habe er über seinen eigenständigen Arbeitsversuch informiert und über medizinische Beschwerden berichtet, die zum Aussetzen seines Arbeitsversuches ab dem 18. Juni 2010 geführt hätten. Die objektiv und subjektiv bestehende medizinische Beschwerdesymptomatik habe zur erneuten vollen Arbeitsunfähigkeit ab dem 18. Juni 2010 geführt. Als Serviceangestellter sei der Kläger seit diesem Datum zu 100 % arbeitsunfähig. Ab 1. Juli 2011 bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 50 % für Bürotätigkeiten (Urk. 11/27a).

3.11 Prof. Dr. med. K. \_\_\_\_, Chefarzt Anästhesie L. \_\_\_\_, führte auf Anfrage der Beklagten 1 am 6. Juli 2011 (Urk. 11/28/1 in Verbindung mit Urk. 11/28/2) aus, die erstmalige Konsultation an der L. \_\_\_ sei am 6. Juli 2011 erfolgt. Die Diagnose laute wie folgt:

neuropathisches Schmerzsyndrom N. iliohypogastricus rechts mit und bei

Status nach Nierenteilresektion am 3. März 2010 bei mässig differenziertem hellzelligem Nierenzellkarzinom

Status nach frustranen medikamentösen Therapieversuchen

Status nach perkutaner Infiltrationsanästhesie n. iliohypogastricus und N. ilioinguinalis im August 2010

Status nach Phenolisation des N. ilioinguinalis am 10. Januar 2011

Status nach Re-Blockade des N. ilioinguinalis am 10. März 2011

Die Schmerzen des Klägers seien gemäss Überweisungsschreiben im März 2010 aufgetreten. Am 11. Mai 2011 sei eine Qutenza-Applikation erfolgt (S. 1). Bei anhaltendem Therapieerfolg sei der Kläger seit 1. Juli (wohl 2011) zu 50 % und voraussichtlich ab 1. Oktober 2011 wieder zu 100 % arbeitsfähig. Ob nicht-medizinische Gründe einen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hätten, sei nicht bekannt. Als Büroangestellter sei der Kläger nicht eingeschränkt. Bei anhaltendem Therapieerfolg sollte ab 1. Oktober (wohl 2011) eine 100%ige Arbeitsfähigkeit als Büroangestellter möglich sein (S. 2).

3.12 Der Betreiber des Restaurants A. \_\_\_ führte am 8. Juli 2011 (Urk. 11/29/3) aus, das Vorstellungs- und Anstellungsgespräch mit Vertragsunterzeichnung habe am 19. April (2010) stattgefunden. Er selbst habe keine Kenntnisse von gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers gehabt. Von einer vor dem 1. Juni 2010 bestehenden Arbeitsunfähigkeit habe er nach der ausgesprochenen Kündigung, aufgrund eines Briefes des

Sozialamtes, Kenntnis erhalten. Der erste Arbeitstag des Klägers sei der 3. Juni 2010 gewesen. Der Kläger habe vom 3. Juni 2010 bis 12. Juni 2010 gearbeitet (S. 1). Er sei in diesem Zeitraum vollständig arbeitsfähig gewesen; die Kündigung sei infolge fehlender fachlicher Fähigkeiten erfolgt. Die Kündigung sei am 12. Juni 2010 persönlich eröffnet und unterschrieben worden. In der Folge habe der Kläger nicht mehr gearbeitet. Es seien noch freie Tage einzuziehen gewesen und der Lohn sei bis 15. Juni 2010 ausbezahlt worden. Dass 17 Tagessätze bezahlt worden seien, sei darauf zurückzuführen, dass ein Tag zu viel ausbezahlt worden sei. Es sei auf eine Rückforderung verzichtet worden. Grund für die Kündigung innerhalb der Probezeit sei gewesen, dass die fachlichen Fähigkeiten des Klägers für den Betrieb nicht geeignet gewesen seien (S. 2).

3.13 Der Kläger hielt zuhause seines Rechtsvertreters am 9. Mai 2012 (Urk. 27) fest, er habe den Inhaber des Restaurants A.\_\_\_\_ im Januar 2010 nach einer Stelle gefragt. Im Februar 2010 habe dieser gesagt, er solle sich Anfang Mai wegen einer Stelle melden. Mitte April habe der Kläger ihn angerufen und es sei daraufhin am 19. April 2010 ein Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn ab 1. Juni 2010 geschlossen worden. Per 15. Mai 2010 sei er in die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Wohnung gezogen. Er habe dem Arbeitgeber im Februar 2010 mitgeteilt, dass er am 3. März 2010 operiert werde und Nierenkrebs habe. Anlässlich des Bewerbungsgesprächs habe er mitgeteilt, dass weiterhin gesundheitliche Probleme bestünden. Es sei vereinbart worden, einen Versuch zu starten („es werde schon gehen“). Dass der Arbeitsbeginn auf den 1. Juni 2010 gelegt worden sei, sei im erhöhten Personalbedarf in der Aussensaison begründet (S. 1). Er habe die Arbeit am 3. Juni 2010 aufgenommen. Er sei fachlich in der Lage gewesen, die Tätigkeit auszuüben; einzig Fische habe er nicht tranchieren können. Er habe zwölf Jahre Erfahrung in der Gastronomie. Er habe mehrere Tage ganztags gearbeitet, habe aber auf die Zähne beiessen müssen. Eigentlich wäre ein Pensum von 50 % angemessen gewesen. Eine vorgängige Rücksprache mit seiner Ärztin sei nicht erfolgt. Er habe arbeiten wollen, was aber aufgrund der körperlichen Folgen der Operation nicht möglich gewesen sei. Am 12. Juni 2010 sei er bei der Arbeit zusammengebrochen; der Chef habe ihn um 21:00 Uhr vorzeitig nach Hause geschickt. Am 12. Juni 2010 habe er noch bis am Mittag gearbeitet und danach die Kündigung erhalten. Der Grund der Kündigung habe in der gesundheitlichen Beeinträchtigung gelegen; es sei doch nicht gegangen. Der Arbeitgeber hätte ihn deshalb wohl nie anstellen dürfen. Er, der Kläger, habe aber immer offen mitgeteilt, dass er lediglich eine Leistung von 50 % erbringen könne (S. 2).

4.

4.1 Der Kläger war vom 21. Dezember 2009 bis 31. März 2010 bei der Y.\_\_\_\_ AG angestellt (Urk. 2/3). Für die ab 22. Februar 2010 eingetretene und von Dr. E.\_\_\_\_ bis 31. Mai 2010 attestierte Arbeitsunfähigkeit (vgl. Urk. 11/6/12; Urk. 11/6/11; Urk. 11/6/14) erbrachte die Beklagte 2 Taggeldleistungen (Urk. 11/20/1-4). Ab 1. Juni 2010 war der Kläger bei der A.\_\_\_\_ GmbH angestellt (Urk. 2/6).

4.2 Gemäss Art. 6.2 lit. a der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Erwerbsausfall-Versicherung der Beklagten 2 (nachfolgend AVB 2; Ausgabe 2008; Urk. 14/5) endet der Versicherungsschutz für die versicherte Person unter anderem mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Versicherungsnehmer. Damit endete der Versicherungsschutz für den Kläger mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei der Y.\_\_\_\_ AG per 31. März 2010. Da der Kläger ab 1. Juni 2010 und somit zwei Monate nach Beendigung des befristeten Arbeitsverhältnisses bei der Y.\_\_\_\_ AG eine neue vollzeitliche Anstellung fand, stellte sich die Frage eines Übertritts in die Einzelversicherung nicht (vgl. Art. 6.3.5 lit. a AVB 2).

Sodann entfällt gemäss Art. 8.2.3 der AVB 2 eine Nachleistung bei Stellenwechsel des Versicherten und Übertritt in die Erwerbsausfallversicherung des neuen Arbeitgebers.

4.3 Die Beklagten sind dem Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeldversicherern (Abkommen) des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV vom 1. Januar 2006 (Urk. 11/B) beigetreten (vgl. Urk. 14/2). Dieses findet unter anderem beim Übertritt einer einzelnen versicherten Person aus einer Kollektivtaggeldversicherung in eine andere Kollektivtaggeldversicherung Anwendung, wenn damit ein Wechsel unter beigetretenen Versicherern verbunden ist, sofern der Übertritt innerhalb von drei Monaten erfolgt (Art. 2 Abs. 1 lit. a des Abkommens). Die beigetretenen Versicherer verpflichten sich, in den in Art. 2 des Abkommens genannten Fällen sämtlichen bisher versicherten Personen den beim neuen Versicherer vorgesehenen Versicherungsschutz zu gewähren (Art. 3 des Abkommens). Gemäss Art. 4 Abs. 2 des Abkommens gehen laufende Schadenfälle ab Datum des Versicherungsverwechslens im Umfang der beim bisherigen Versicherer vorgesehenen Höhe des Taggeldes, der Wartefrist und der Leistungsdauer zu Lasten des neuen Versicherers, sofern der Arbeitnehmer beim neuen Arbeitgeber im gleichen Umfang angestellt ist. Bei einer Anstellung im Rahmen der Restarbeitsfähigkeit übernimmt der bisherige Versicherer den laufenden Schadenfall.

4.4 Die Anstellung des Klägers bei der A.\_\_\_\_ GmbH erfolgte nicht im Rahmen einer Restarbeitsfähigkeit, sondern in einem Vollpensum (vgl. Urk. 2/6), wie er dies bereits bei der Y.\_\_\_\_ AG innehatte. Der Übertritt erfolgte innerhalb der dreimonatigen Frist gemäss Abkommen. Für eine Nachleistung durch die Beklagte 2 bleibt somit kein Raum (vgl. Art. 8.2.3 der AVB 2 und Art. 4 Abs. 2 des Abkommens): Der Kläger stand zum einen am 1. Juni 2010 nicht mehr unter dem Versicherungsschutz der Beklagten 2, und es lag zum andern zu diesem Zeitpunkt bei der Beklagten 2 kein laufender Schadenfall mehr vor.

Damit kommt einzig die Beklagte 1 als Leistungspflichtige in Betracht. Voraussetzung dafür ist, dass eine Arbeitsunfähigkeit im Zeitraum der Arbeitstätigkeit bei der A.\_\_\_\_ GmbH ausgewiesen ist (dazu nachfolgend E. 5). Im Übrigen war vor Erhebung der Klage auch der Rechtsvertreter des Klägers der Ansicht, die Beklagte 2 sei nicht leistungspflichtig (vgl. Urk. 11/2/2).

Damit ist die Klage gegen die Beklagte 2 abzuweisen.

5.

5.1 Der Kläger arbeitete gemäss Arbeitszeiterfassungsblatt (Urk. 11/29/5) vom 3. Juni bis zum 12. Juni 2010 in einem vollen Pensum, etwa acht bis neun Stunden pro Tag. Einzig am 12. Juni 2010 leistete er nur fünf

Stunden Arbeit. Eine Krankheit während diesen Tagen wurde nicht erfasst, auch nicht für den 12. Juni 2010. Dies steht in Übereinstimmung mit den die Arbeitsfähigkeit des Klägers betreffenden Arztberichten: Dr. E.\_\_\_\_ attestierte eine Arbeitsunfähigkeit ab 22. Februar 2010 bis 31. Mai 2010. Für den Zeitraum ab 1. Juni 2010 wurde keine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Erst am 30. Juli 2010 attestierte Dr. E.\_\_\_\_ rückwirkend ab 18. Juni 2010 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Klägers (vgl. vorstehend E. 3.2). Neben dem Umstand, dass einer rückwirkend attestierte Arbeitsunfähigkeit geringe Beweiskraft zukommt und nicht ausgeschlossen werden kann, dass versicherungsmedizinische Überlegungen in die Beurteilung mit eingeflossen sind, ist diese Einschätzung aus folgenden Gründen nicht massgeblich: Zum einen stand der Kläger nur bis zum 16. Juni 2010 in einem Arbeitsverhältnis (vgl. Urk. 2/6) und die Arbeitsunfähigkeit ab 18. Juni 2010 trat damit - sofern darauf abzustellen wäre - in einem Zeitpunkt ein, in dem der Kläger nicht mehr in einem Taggeldversicherungsverhältnis stand. Diesbezüglich sieht Art. 8 Abs. 1 lit. c der Allgemeinen Bedingungen für die Kollektiv-Krankenversicherung der Beklagten 1 (AVB-2; Ausgabe 2008; Urk. 11/A/3) vor, dass der Versicherungsschutz für die einzelnen versicherten Personen für sämtliche für sie versicherten Leistungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt. Mangels Arbeitsunfähigkeit - diese trat frühestens am 18. Juni 2010 ein - bestand bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 16. Juni 2010 auch kein Anspruch auf Nachleistung (vgl. dazu Art. 9 AVB-2).

Zum anderen kann auf die Einschätzung durch Dr. E.\_\_\_\_ auch deshalb nicht abgestellt werden, weil der Kläger durch seine tatsächliche Arbeitsleistung im Zeitraum vom 3. bis 12. Juni 2010 den Beweis dafür erbracht hat, voll arbeitsfähig zu sein. Er selbst hielt denn auch fest, dieser Umstand widerlege eine für diese Zeit allenfalls anderslautende medizinisch-theoretische Einschätzung seiner Arbeitsfähigkeit (vgl. Urk. 1 S. 7). Dass Dr. E.\_\_\_\_ nachträglich der Meinung war, es seien aus medizinischer Sicht Vorbehalte gegen das Antreten einer neuen Arbeitsstelle mit einem Pensum von 100 % angebracht gewesen, ändert zudem nichts an dem Umstand, dass sie im hier massgeblichen Zeitraum keine Arbeitsunfähigkeit attestierte. Der Kläger stellte sich zudem erst am 7. Juli 2010, also 25 Tage nach seinem letzten Arbeitstag, bei Dr. E.\_\_\_\_ wieder vor (vgl. Urk. 11/27a „ad 6“). Hätte er tatsächlich aus gesundheitlichen Gründen seine Arbeit verloren, wäre anzunehmen, dass er gleich im Anschluss an die Kündigung ärztliche Hilfe in Anspruch genommen hätte, gerade um seine Taggeldansprüche zu wahren.

5.2 Zur Arbeitsfähigkeitsbeurteilung ist im Übrigen analog der invalidenversicherungsrechtlichen Rechtsprechung festzuhalten, dass unter relevanter Arbeitsunfähigkeit eine Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zu verstehen ist. Das heisst, es muss arbeitsrechtlich in Erscheinung treten, dass die versicherte Person an Leistungsvermögen eingebüsst hat, so etwa durch einen Abfall der Leistungen mit entsprechender Feststellung oder gar Ermahnung des Arbeitgebers oder durch gehäufte, aus dem Rahmen fallende gesundheitlich bedingte Arbeitsausfälle. Mit anderen Worten: Die Leistungseinbusse muss in aller Regel dem seinerzeitigen Arbeitgeber aufgefallen sein. Eine rückwirkend festgelegte medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit genügt nicht. Umgekehrt ist eine in der beruflichen Tätigkeit im Vergleich zu einer gesunden Person tatsächlich nur reduziert erbrachte Leistung für sich allein gesehen in aller Regel ebenso wenig ausreichend für die Bejahung einer Arbeitsunfähigkeit. Vielmehr bedarf es dazu regelmässig zusätzlich einer (überzeugenden) medizinischen Einschätzung, die ordentlicherweise echtzeitlicher Natur ist. Dieser Nachweis darf nicht durch nachträgliche erwerbliche oder medizinische Annahmen und spekulative Überlegungen ersetzt werden (Urteil des Bundesgerichts 8C\_204/2012 vom 19. Juli 2012 E. 3.2 m.w.H.).

5.3 Gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.1 und 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

5.4 Zusammenfassend ist aufgrund des Gesagten festzuhalten, dass eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Zeitpunkt der Anstellung bei der A.\_\_\_\_ GmbH und damit während der Versicherung bei der Beklagten 1 nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen ist; es liegen für diesen Zeitraum keine Arbeitsunfähigkeitszeugnisse vor. Demgemäss erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die weiteren Arztberichte einzugehen.

Somit stehen dem Kläger auch aus der Taggeldversicherung bei der Beklagten 1 keine Taggelder zu. Dies führt zur Abweisung der Klage gegen die Beklagte 1.

6.

6.1 Der Antrag des Klägers auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Urk. 19) erweist sich hinsichtlich der Gerichtskosten als gegenstandslos, da gemäss Art. 114 lit. e ZPO das Verfahren kostenlos ist. Indes gehören zu den Prozesskosten nicht nur die Gerichtskosten, sondern auch 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, 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). Nach der zu altArt. 47 Abs. 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) ergangenen, weiterhin gültigen höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der obsiegende Versicherungsträger Anspruch auf eine Parteientschädigung, falls er durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Bundesgerichtes

4A\_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47; Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001, E. 5 mit Hinweisen).

6.2 Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das GOG, enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Titel 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. 1 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.

6.3 Die Beklagte 1 ist nicht anwaltlich vertreten, weshalb ihr keine Parteientschädigung zusteht.

Die Beklagte 2 ist durch einen externen Anwalt vertreten, weshalb ihr eine Parteientschädigung zusteht. Diese ist, selbst wenn wie vorliegend die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung erfüllt sind (vgl. Urk. 20), gemäss Art. 118 Abs. 3 ZPO vom Kläger zu leisten. In Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses ist die Entschädigung auf Fr. 2'500.-- (inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bemessen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Der Beklagten 1 wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten 2 eine Prozessentschädigung von Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
5. Zustellung gegen Empfangsschein an:  
Stadt Zürich, Soziale Dienste, Fachsupport Rechtsdienst  
Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft  
Rechtsanwalt Dr. Martin Schmid  
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

6. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten 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 des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin

Mosimann Lienhard

BB/SL/ES versandt