

II. Kammer  
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender  
Sozialversicherungsrichter Bachofner  
Sozialversicherungsrichterin Sager  
Gerichtsschreiber Volz

**Urteil vom 24. Januar 2014**

in Sachen

X.\_\_\_\_

Kläger

vertreten durch Rechtsanwältin Kim Mauerhofer  
Advokatur Gartenhof  
Gartenhofstrasse 15, Postfach 9819, 8036 Zürich

gegen

Helsana Zusatzversicherungen AG  
Zürichstrasse 130, 8600 Dübendorf  
Beklagte

vertreten durch Helsana Versicherungen AG  
Versicherungsrecht  
Postfach, 8081 Zürich Helsana

## Sachverhalt:

1.

1.1 X.\_\_\_\_, geboren 1947, war vom 18. Oktober 1994 bis 31. Juli 2008 als Leiter Qualitätssicherung bei der Y.\_\_\_\_ tätig (Urk. 17/138, Urk. 17/142) und über diese im Rahmen eines kollektiven Krankenzusatzversicherungsvertrages bei der Helsana Zusatzversicherungen AG (nachfolgend: Helsana) gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) gegen Krankheit für ein Taggeld versichert (Urk. 29/4). Am 3. April 2008 kündigte die Y.\_\_\_\_ das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten auf den 31. Juli 2008 (Urk. 17/141).

Am 23. September 2009 teilte die Helsana dem Versicherten mit, dass er seit dem 25. September 2007 arbeitsunfähig gewesen sei und Leistungen aus der Kollektivtaggeldversicherung bezogen habe, und dass er am 23. September 2009 die maximale Leistungsdauer von 730 Tagen erreicht habe, weshalb die Taggelddeckung auf diesen Zeitpunkt hin aufgehoben werde (Urk. 8/2). In der Folge teilte der Versicherte der Helsana am 28. Oktober 2009 mit, dass er nicht arbeits- und erwerbsunfähig aber arbeitslos sei (Urk. 8/5) und trat per 1. Oktober 2009 in die Einzelversicherung der Helsana über (Urk. 8/7-8, Urk. 29/1-2).

1.2 Bereits am 31. Juli 2009 hatte sich der Versicherte beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum O.\_\_\_\_ (RAV) zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet und sich der Arbeitsvermittlung ab 1. August 2009 im Umfang eines Arbeitspensums von 100 % zur Verfügung gestellt (Urk. 17/150). Ab dem Monat September 2009 bezog er innerhalb einer Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 3. August 2009 bis 30. November 2012 (vgl. Urk. 17/98) eine auf Basis eines vollzeitlichen Arbeitspensums bemessene Arbeitslosenentschädigung (vgl. Urk. 17/96). In der Zeit ab 3. Mai 2010 war der Versicherte im Rahmen einer variablen Zwischenverdiensttätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ im Umfang eines Arbeitspensums von ungefähr 100 % (Urk. 17/85, Urk. 17/80, Urk. 17/67) bis 50 % (Urk. 17/59, Urk. 17/55, Urk. 17/52, Urk. 17/46, Urk. 17/34) tätig (vgl. Urk. 17/17). Ab 22. März 2011 bestand eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % (Urk. 17/15-16, Urk. 17/9-10), worauf das RAV den Versicherten per 20. April 2011 von der Arbeitsvermittlung abmeldete (Urk. 17/6).

1.3 Am 27. April 2011 (Posteingang; Urk. 8/13) meldete der Versicherte der Helsana, dass er seit 21. März 2011 im Umfang von 100 % arbeitsunfähig sei. In der Folge richtete die Helsana dem Versicherten für die Zeit vom 4. April bis 30. November 2011 Taggeldleistungen aus (Urk. 8/17/1). Am 5. Dezember 2011 teilte die Helsana dem Versicherten mit, dass er mangels eines nachgewiesenen Erwerbsausfalls ab 1. Dezember 2011

keinen Anspruch auf Taggelderleistungen aus der Einzelversicherung mehr habe (Urk. 2/4). Daran hielt die Helsana am 21. März 2012 fest (Urk. 2/6).

2. Mit Eingabe vom 11. Juni 2012 erhob der Versicherte Klage gegen die Helsana mit dem Rechtsbegehren, es sei diese zu verpflichten, ihm einen Betrag von Fr. 43'452.-- zu bezahlen und ihm weiterhin Krankentaggelderleistungen auszurichten (Urk. 1 S. 2).

Mit Klageantwort vom 19. Juli 2012 beantragte die Helsana die Abweisung der Klage (Urk. 7 S. 2). Mit Replik vom 14. November 2012 (Urk. 14 S. 1) hielt der Versicherte an seinem klageweise gestellten Rechtsbegehren fest. Mit Verfügung vom 19. November 2012 (Urk. 15) wurden die Akten der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich in Sachen des Klägers beigezogen (Urk. 17/1-152). Mit Duplik vom 14. Dezember 2012 (Urk. 21 S. 2) hielt die Beklagte an ihrem Antrag auf Abweisung der Klage fest und nahm zu den beigezogenen Akten Stellung, worauf der Kläger mit Eingabe vom 25. Februar 2013 (Urk. 25) zu den beigezogenen arbeitslosenversicherungsrechtlichen Akten Stellung nahm. Eine Kopie dieser Eingabe beziehungsweise der Duplik wurde am 26. Februar 2013 der jeweiligen Gegenpartei zugestellt (Urk. 26).

## **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1.

1.1 Nach Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) unterliegen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dem VVG. Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 124 III 44 E. 1a/aa und 232 E. 2b). Nach Art. 85 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) entscheidet das Gericht privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungsunternehmen oder zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten. Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG zuständig (Art. 7 der schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer; BGE 138 III 2). Gemäss § 23 Abs. 1 GSVGer stellt das Gericht den Sachverhalt unter Mitwirkung der Parteien von Amtes wegen fest und würdigt die Beweise nach freiem Ermessen.

1.2 Art. 87 VVG gewährt demjenigen, zu dessen Gunsten die kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht auf die Versicherungsleistungen im Versicherungsfall gegen den Versicherer (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2c; Peter Stein, Basler Kommentar VVG, N. 15 zu Art. 87 VVG; Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/2, Basel 1979, S. 729).

1.3 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 -hindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 128 III 273 E. 2a/aa mit Hinweisen). Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags (BGE 130 III 323 E. 3.1). Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsvertrags zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung gegenüber dem Anspruchsberechtigten berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (vgl. zum Ganzen BGE 130 III 323 E. 3.1). Sobald das Gericht vom Beweisergebnis überzeugt ist, wird die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 118 II 147 E. 3a unten und 114 II 291 E. 2a Mitte).

1.4 Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insofern eine Beweiserleichterung, als er in der Regel nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat. Allerdings kann der Versicherer im Rahmen des Gegenbeweises Indizien geltend machen, welche die Glaubwürdigkeit des Ansprechers erschüttern oder erhebliche Zweifel an seinen Schilderungen erwecken. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als überwiegend wahrscheinlich gemacht und damit nicht als bewiesen anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert (BGE 130 III 326 E. 3.4 mit Hinweis, Urteil des Bundesgerichts 5C.146/2000 vom 15. Februar 2001 E. 4b mit Hinweisen).

1.5 Art. 71 Abs. 1 Satz 1 KVG (in Verbindung mit Art. 100 Abs. 2 VVG) sieht vor, dass, wenn eine versicherte Person aus der Kollektivtaggeldversicherung nach KVG ausscheidet, weil sie nicht mehr zu dem im Vertrag umschriebenen Kreis der Versicherten zählt oder weil der Vertrag aufgelöst wird, sie das Recht hat, in die Einzelversicherung des Versicherers überzutreten. Abs. 1 Satz 2 dieser Bestimmung schreibt vor, dass bei einem Übertritt in die Einzelversicherung keine neuen Versicherungsvorbehalte angebracht werden dürfen, soweit die versicherte Person in der Einzelversicherung nicht höhere Leistungen versichert. Nach Abs. 2 Satz 1 und 2 der Bestimmung hat der Versicherer dafür zu sorgen, dass die versicherte Person schriftlich über ihr Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung aufgeklärt wird. Unterlässt er dies, so bleibt die versicherte Person in der Kollektivversicherung. Den VVG-Versicherer trifft somit bei arbeitslosen Personen im Sinne des Art. 10 des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung (AVIG) dieselbe Aufklärungspflicht und im

Falle eines diesbezüglichen Pflichtversäumnisses die gleiche Rechtsfolge wie den KVG-Versicherer (Urteil des Bundesgerichts 4A\_416/2011 vom 30. Januar 2012 E. 6.1).

Gemäss Art. 73 Abs. 1 KVG ist Arbeitslosen bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50 Prozent das volle Taggeld und bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 25, aber höchstens 50 Prozent das halbe Taggeld auszurichten, sofern die Versicherer auf Grund ihrer Versicherungsbedingungen oder vertraglicher Vereinbarungen bei einem entsprechenden Grad der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich Leistungen erbringen. Abs. 2 dieser Bestimmung schreibt sodann vor, dass arbeitslose Versicherte gegen angemessene Prämienanpassung Anspruch auf Änderung ihrer bisherigen Versicherung in eine Versicherung mit Leistungsbeginn ab dem 31. Tag unter Beibehaltung der bisherigen Taggeldhöhe und ohne Berücksichtigung des Gesundheitszustandes im Zeitpunkt der Änderung haben.

1.6 Ob sich die Ausnahme vom Rückwärtsversicherungsverbot nur auf Art. 73 Abs. 2 oder auch auf Art. 71 Abs. 1 KVG bezieht, der den Anspruch auf die Weiterführung der bisherigen Versicherungsdeckung statuiert, ist in der Lehre umstritten. Diesbezüglich gilt es aber zu beachten, dass während der Vertragsdauer der Kollektivversicherung eingetretene Krankheiten oder darauf beruhende Rückfälle mit dem Abschluss des Einzelversicherungsvertrags nicht rückwärts versichert werden, da sie bereits in der Kollektivversicherung versichert waren, weshalb ein Versicherer, welcher die daraus geschuldeten Leistungen nach Übertritt im Rahmen der Einzelversicherung erbringt, nicht gegen das Rückwärtsversicherungsverbot von Art. 9 VVG verstösst (Urteil des Bundesgerichts 4A\_39/2009 vom 7. April 2009 E. 3.5.2).

2.

2.1 Gemäss der sich bei den Akten befindenden Versicherungspolice der Kollektivversicherung vom 5. September 2008 (Urk. 29/4) haben die Beklagte und die Y.\_\_\_\_ einen Vertrag für eine kollektive Krankenzusatzversicherung für das gesamte Personal der Gesellschaft abgeschlossen und für Krankheit für eine Leistungsdauer von 730 Tagen pro Schadenfall ein Krankentaggeld in der Höhe von 80 % des effektiven Lohnes mit einer Wartezeit von 90 Tagen vereinbart (S. 2). Als Vertragsgrundlagen wird unter anderem auf die Allgemeinen Bedingungen für die Helsana Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2006 (nachfolgend: AVB Kollektivversicherung; Urk. 22), verwiesen (S. 3), welche durch Übernahme Vertragsbestandteil wurden.

Gemäss Art. 11.5 der AVB Kollektivversicherung (Urk. 22 S. 5) wird bei Rückfällen, welche nach einem Ausscheiden aus der Kollektivversicherung und nach einem Übertritt in die Einzelversicherung im Rahmen der Einzelversicherung abgerechnet werden, die bisherige Bezugsdauer aus dem Kollektivvertrag angerechnet. Laut Art. 17.2 der AVB Kollektivversicherung (Urk. 22 S. 6) gilt das erneute Auftreten einer Krankheit oder von Folgen eines Unfalls hinsichtlich Leistungsdauer und Wartezeit als neuer Schadenfall, wenn die versicherte Person vor dem Rückfall während mindestens 365 Tagen wegen dieser Krankheit oder den Folgen dieses Unfalls nicht arbeitsunfähig war. Bei einem Rückfall innerhalb von 365 Tagen entfällt die bereits bestandene Wartezeit und bereits erbrachte Leistungen werden zur Berechnung der maximalen Leistungsdauer angerechnet.

2.2 Sodann befindet sich eine Versicherungspolice der Einzelversicherung vom 26. Januar 2010 (Urk. 29/1) bei den Akten, wonach der Kläger bei der Beklagten im Rahmen einer Einzelversicherung ab dem 1. Oktober 2009 für ein Taggeld bei Krankheit von Fr. 204.-- während einer Leistungsdauer von 730 Tagen pro Schadenfall mit einer Wartezeit von 30 Tagen versichert war. Als Vertragsgrundlage wird in der Versicherungspolice auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Krankenzusatzversicherung, Ausgabe 2008 (AVB Einzelversicherung; Urk. 29/2), und auf die zusätzlichen Versicherungsbedingungen zur Salaria Taggeldversicherung, Ausgabe 2008 (ZVB Einzelversicherung; Urk. 29/3), verwiesen, welche durch Übernahme Vertragsbestandteil wurden.

Gemäss Art. 1 der ZVB Einzelversicherung deckt die Taggeld-Versicherung SALARIA bis zur Höhe des versicherten Taggeldes den nachgewiesenen Erwerbsausfall, der durch eine krankheits- oder unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit entsteht (Urk. 29/3 S. 1).

Die versicherte Person hat den Nachweis von Erwerbsausfall zu erbringen. Kann sie den Erwerbsausfall nicht nachweisen, besteht kein Anspruch auf Leistungen (Art. 5.2 ZVB Einzelversicherung, Urk. 29/3 S. 1).

Art. 8.3 der ZVB Einzelversicherung (Urk. 29/3 S. 2) bestimmt, dass das erneute Auftreten einer Krankheit oder von Folgen eines Unfalls hinsichtlich Leistungsdauer und Wartezeit als neuer Fall gilt, wenn die versicherte Person vor dem Rückfall während mindestens 12 Monaten wegen dieser Krankheit oder den Folgen dieses Unfalls nicht arbeitsunfähig war, und dass bei einem Rückfall innerhalb von 12 Monaten die Wartezeit entfällt und bereits erbrachte Leistungen zur Berechnung der maximalen Leistungsdauer angerechnet werden.

3.

3.1 Vorliegend ist unbestritten (Urk. 1) und steht auf Grund der Akten fest, dass der Versicherungsschutz des Klägers für neue Schadenfälle mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Y.\_\_\_\_ per 31. Juli 2008 (Urk. 17/141) und des damit verbundenen Ausscheidens aus dem versicherten Personenkreis des Kollektivversicherungsvertrages endete, dass der Kläger in Bezug auf die seit dem 25. September 2007 bestehende Arbeitsunfähigkeit am 23. September 2009 für diesen Schadenfall die maximale Leistungsdauer des Taggeldbezugs von 730 Tagen erreichte (Urk. 1, Urk. 14 S. 3, Urk. 8/2, Urk. 8/6), und dass der Kläger auf den 1. Oktober 2009 (Urk. 29/1) in die Einzelversicherung der Beklagten übertrat.

3.2 Den Akten ist sodann zu entnehmen, dass sich der Kläger nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Y.\_\_\_\_ per 31. Juli 2008 (Urk. 17/141) sich am 31. Juli 2009 bei den Organen der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug anmeldete (Urk. 17/150) und ab dem Monat September 2009 Arbeitslosenentschädigung bezog (vgl. Urk. 17/96). Der Kläger hat gegenüber den Organen der Arbeitslosenversicherung erklärt, in den Monaten Oktober 2009 bis Februar 2011 (Urk. 17/87-93, Urk. 17/82,

Urk. 17/77, Urk. 17/64, Urk. 17/60, Urk. 17/57, Urk. 17/53, Urk. 17/50, Urk. 17/44, Urk. 17/29, Urk. 17/26) vollständig arbeitsfähig gewesen zu sein. Mit Ausnahme eines Zeitraums von vier Tagen, als der Kläger vom 14. bis 18. Januar 2011 infolge eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig war, lassen sich in den Akten für den Zeitraum vom 25. September 2009 bis 21. März 2011 keine Hinweise für eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers erkennen. Daher und aufgrund der damit übereinstimmenden medizinischen Berichte (vgl. nachstehend E. 4.1) ist davon auszugehen, dass der Kläger vom 25. September 2009 bis zum 21. März 2011 zu 100 % arbeitsfähig war. Aus den Akten der Arbeitslosenversicherung ergibt sich ferner, dass für den Kläger eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 3. August 2009 bis 30. November 2012 galt, er in dieser Rahmenfrist vom 24. September 2009 bis zum 20. April 2011 Arbeitslosentaggelder bezog (Urk. 17/1, Urk. 17/6-7, Urk. 17/94) und der Höchstanspruch 520 Taggelder betrug (vgl. Urk. 17/98, Urk. 17/117). Per 20. April 2011 betrug der Restanspruch gemäss den Ausführungen der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 8. März 2012 106.5 Taggelder (Urk. 17/1). Dies blieb unbestritten (vgl. Urk. 25), weshalb darauf abgestellt werden kann.

Unbestritten ist zudem, dass die Beklagte vom 4. April bis zum 30. November 2011 Krankentaggelder erbrachte (Urk. 1 S. 4, Urk. 7 S. 3, Urk. 8/14, Urk. 8/17/1, Urk. 17/12).

Schliesslich ergibt sich aus den Akten und ist zudem unbestritten, dass die abgeschlossene Einzelversicherung eine Erwerbsausfallversicherung ist (vgl. Art. 1 ZVB Einzelversicherung, Urk. 29/3 S. 1).

3.3 Der Kläger macht zusammengefasst geltend, er wäre bei guter Gesundheit auch nach dem 30. November 2011 einer Erwerbstätigkeit nachgegangen. Da er krankheitsbedingt zu 100 % arbeitsunfähig sei, müsse er einen Erwerbsausfall hinnehmen. Aufgrund dieses Erwerbsausfalls habe er auch nach dem 30. November 2011 Anspruch auf Krankentaggelder zumindest bis zum Ende der Rahmenfrist am 30. November 2012 (Urk. 1, Urk. 14, Urk. 25).

Dagegen bringt die Beklagte vor, der Kläger sei während der Dauer der Arbeitslosigkeit nach einer Phase der Arbeitsfähigkeit erneut erkrankt. Er habe aufgrund der Arbeitsunfähigkeit ab 22. März 2011 beziehungsweise ab der Einstellung der Arbeitslosentaggelder durch die Arbeitslosenversicherung per 20. April 2011 einen Restanspruch von 106.5 Taggeldern gehabt, weshalb am 5. August 2011 der Anspruch für den Bezug von Arbeitslosentaggeldern geendet hätte. Nach diesem Zeitpunkt habe er keinen Erwerbsausfall mehr erlitten. Indem die Krankentaggelder bis 30. November 2011 ausgerichtet worden seien und auf eine Rückforderung kulanterweise verzichtet werde, seien die dem Kläger in der Rahmenfrist noch zustehenden 106.5 Arbeitslosentaggelder mehr als abgedeckt worden. Er habe daher nach dem 30. November 2011 keinen Anspruch mehr auf Krankentaggelder (Urk. 7, Urk. 21).

3.4 Strittig und zu prüfen ist somit, ob der Kläger nach dem 30. November 2011 einen Erwerbsausfall erlitt, der zum Bezug von Krankentaggeldern der Beklagten berechtigt.

4.

4.1 In den Akten befindet sich ein Arztzeugnis von Dr. med. A.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Medizin FMH, vom 15. September 2009 (Urk. 17/112), wonach der Kläger in der Zeit vom 23. September 2007 bis 31. August 2009 im Umfang von 100 % arbeitsunfähig gewesen sei, und wonach ab 25. September 2009 erneut eine volle Arbeitsfähigkeit bestehe. Damit übereinstimmend stellte Dr. med. B.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, mit Zeugnis vom 13. August 2009 (Urk. 17/113) eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % für die Zeit vom 1. bis 24. September 2009 und eine volle Arbeitsfähigkeit für die Zeit ab 25. September 2009 fest.

4.2 Mit Zeugnis vom 23. März 2011 (Urk. 17/16) attestierte Dr. A.\_\_\_\_ dem Kläger für die Zeit ab 22. März 2011 bis auf weiteres eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. Mit Zeugnissen vom 6. April 2011 (Urk. 17/15), vom 13. Mai 2011 (Urk. 17/11) und vom 27. Mai 2011 (Urk. 17/9-10) attestierten die Ärzte der C.\_\_\_\_ dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bis auf weiteres.

4.3 Mit Zwischenbericht vom 18. Mai 2011 (Urk. 2/2) diagnostizierte Dr. A.\_\_\_\_ beim Kläger rezidivierende schwere Depressionen seit dem Behandlungsbeginn im Jahre 1999. Der Kläger habe über eine Depression, eine Agoraphobie ein Burnout und Mobbing am ehemaligen Arbeitsplatz geklagt. Ab 25. September 2007 habe eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % als Qualitätsmanager bestanden.

4.4 Die Ärzte der C.\_\_\_\_ stellten in ihrem Bericht vom 25. Mai 2011 (Urk. 2/3) die folgenden Diagnosen (S. 1): mittelgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom bei rezidivierender depressiver Störung

generalisierte Angststörung, soziale Phobie

insulinpflichtiger Diabetes mellitus II

Prostatahyperplasie mit Urge-Inkontinenz mit Katheter

koronare Herzkrankheit mit Stenteinlage 2004 bei anamnestischer Angina pectoris, Hypertonie,

Hypercholesterinämie, Adipositas

Die Ärzte erwähnten, dass der Kläger unter einer mittelgradigen depressiven Episode mit Somatisierungsstörung bei rezidivierender depressiver Störung leide. Bereits im Jahre 1993 habe der Kläger in einer Belastungssituation eine erste schwere depressive Episode erlebt, welche einen stationären Klinikaufenthalt erforderte. Er leide seit seiner Kindheit an einer generalisierten Angststörung mit Autoritätsängsten und sozialer Phobie. Es sei seit 1993 praktisch dauernd eine psychiatrische Behandlung erforderlich gewesen. Gegenwärtig sei beim Kläger am 4. April 2011 eine stationäre Behandlung wegen einer depressiven Entwicklung nach Stellenverlust Ende 2009 mit Langzeitarbeitslosigkeit und unklarer sozialer Absicherung aufgenommen worden. Der Kläger habe im Rahmen einer Zwischenverdiensttätigkeit eine Teilzeitstelle mit Schichtarbeit ausgeübt. Nach Spannungen am Arbeitsplatz sei es zu einer depressiven Kompensation gekommen (S. 3).

4.5 Gestützt auf die erwähnten medizinischen Akten ist erstellt, dass der Kläger ab 22. März 2011 krankheitsbedingt zu 100 % arbeitsunfähig war. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit trat demnach nach einer längeren Phase der Arbeitsfähigkeit vom 25. September 2009 bis zum 21. März 2011 während der Dauer der Arbeitslosigkeit ein. Daher stellte die Arbeitslosenkasse ihre Taggeldleistungen unter Berücksichtigung einer Frist von 30 Tagen per 20. April 2011 ein (Urk. 17/1, Urk. 17/6-7).

4.6 Zur Frage des Nachweises des Erwerbsausfalls ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG hinzuweisen. Dieses unterscheidet unter dem Hinweis darauf, dass es sich bei der Taggeldversicherung nach KVG um eine reine Erwerbsausfallversicherung handle (vgl. RKUV 1998 Nr. KV 43 S. 421 E. 2a), zwei Fallkategorien. Wenn eine versicherte Person ihre Stelle durch Kündigung zu einem Zeitpunkt verliert, zu dem sie bereits wegen Krankheit arbeitsunfähig ist, gilt die Vermutung, dass sie immer noch erwerbstätig wäre, wenn sie nicht erkrankt wäre. In diesem Fall hat die versicherte Person grundsätzlich Anspruch auf Krankentaggelder, ohne dass es auf eine Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung ankäme, und die Taggeldhöhe orientiert sich am entgangenen Lohn. Verneint werden kann der Taggeldanspruch hier nur dann, wenn konkrete Indizien dafür vorliegen, dass die versicherte Person mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch dann keine Erwerbstätigkeit ausüben würde, wenn sie nicht erkrankt wäre. Erkrankt eine versicherte Person hingegen erst dann, wenn sie ihre Stelle schon verloren hat, so ist rechtsprechungsgemäss zu vermuten, dass sie auch ohne Erkrankung weiterhin nicht erwerbstätig wäre. Diesfalls ist ein Anspruch auf Krankentaggelder nach Massgabe des entgangenen Lohnes nur dann gegeben, wenn die versicherte Person nachzuweisen vermag, dass sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine konkret bezeichnete Stelle angetreten hätte, wenn sie nicht erkrankt wäre. Andernfalls fällt lediglich ein Anspruch auf Krankentaggelder nach Massgabe der entgangenen Arbeitslosenentschädigung in Betracht. Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist, dass ohne Erkrankung ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestünde (vgl. RKUV 1998 Nr. KV 43 S. 421 E. 2a+b; SVR 1998 KV Nr. 4 S. 9 f. E. 3a+b; Urteile des Bundesgerichts 9C\_332/2007 vom 29. Mai 2008, E. 2.2.2 und 4A\_138/2013 vom 27. Juni 2013, E. 4.1).

Gemäss der zutreffenden Ansicht der Beklagten rechtfertigt es sich, diese Rechtsprechung analog auf den hier zur Diskussion stehenden Taggeldanspruch nach VVG anzuwenden, der gemäss den vorstehend zitierten reglementarischen Bestimmungen ebenfalls vom Nachweis eines krankheitsbedingten Einkommensausfalles abhängig ist (vgl. Art. 1 ZVB Einzelversicherung, Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2013 vom 27. Juni 2013, E. 4.1 und Urteile des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2007.00006 vom 31. Januar 2009, E. 3.1 und KK.2005.00026 vom 30. Mai 2006, E. 3.2).

4.7 Entgegen der Ansicht des Klägers liegt zum einen zwar die Fallkonstellation vor, wonach eine bereits arbeitslose Person mit Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung arbeitsunfähig wird. Dass dem Kläger ursprünglich per 31. Juli 2008 krankheitsbedingt gekündigt worden war, ist für den hier strittigen Krankentaggeldanspruch ab 30. November 2011 irrelevant. Denn die Beklagte erbrachte unbestrittenermassen für den Krankheitsfall ab September 2007 die maximalen Krankentaggelder bis September 2009 und damit auch nach der Kündigung per 31. Juli 2008 (vgl. vorstehend Erwägung 3.1). In Bezug auf diesen ersten Krankheitsfall liegt tatsächlich die erste Fallkonstellation vor, indes wurde hierfür - wie bereits erwähnt und entgegen der Auffassung des Klägers (vgl. Urk. 14 S. 3) - die entsprechende Höchstzahl an Krankentaggeldern erbracht. Für diesen (ersten) Krankheitsfall können auch nach Ablauf mehrerer Jahre keine weiteren Krankentaggelder erbracht werden. Nach Erschöpfung der Krankentaggelder im September 2009 bezog der Kläger ab September 2009 Arbeitslosentaggelder (vgl. vorstehend Erwägung 3.2). Wie bereits mehrfach erwähnt, war der Kläger in der Folge während der Dauer vom 25. September 2009 bis 21. März 2011 arbeitsfähig. Aufgrund dieser mehr als 12 Monate dauernden Arbeitsfähigkeit erfüllte der Kläger die Voraussetzungen gemäss Art. 8.3 ZVB Einzelversicherung (Urk. 29/3 S. 2), weshalb die erneute krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ab 22. März 2011 durch die Beklagte zu Recht als neuer Fall im Sinne von Art. 8.3 ZVB Einzelversicherung mit grundsätzlichem Anspruch auf Krankentaggelder erachtet wurde, mit der Folge, dass sie ab 4. April 2011 Krankentaggelder ausrichtete (Urk. 8/17/1).

Zum anderen ist jedoch zu beachten, dass der Kläger während der Dauer seiner Arbeitslosigkeit seit Mai 2010 einer Zwischenverdiensttätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ nachging (vgl. den Arbeitsvertrag betreffend die Teilzeit-Anstellung im Stundenlohn vom 7. April 2010, Urk. 17/17). Von Mai 2010 bis März 2011 erzielte der Kläger durchgängig Zwischenverdienste bei der Z.\_\_\_\_ in unterschiedlichem Ausmass, wobei er im März 2011 unter anderem bezahlte Absenzen vergütet erhielt (Urk. 17/23, Urk. 17/27, Urk. 17/33, Urk. 17/45, Urk. 17/51, Urk. 17/54, Urk. 17/58, Urk. 17/61, Urk. 17/65, Urk. 17/71, Urk. 17/78, Urk. 17/83). Auch im April 2011 zahlte ihm die Arbeitgeberin ein Entgelt für Absenzen (Urk. 17/20). Gekündigt wurde dieses Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 31. Oktober 2011 auf dasselbe Datum (Urk. 2/8).

In analoger Anwendung der in Erwägung 4.6 erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss geschlossen werden, dass der Kläger bei guter Gesundheit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch nach dem 21. März 2011 der Zwischenverdiensttätigkeit bei der Z.\_\_\_\_ nachgegangen wäre und dies selbst nach der Kündigung per 31. Oktober 2011, da die Kündigung erst nach Eintritt des Gesundheitsschadens erfolgte. In den Akten befinden sich keine Hinweise, wonach der Kläger den Zwischenverdienst bei Gesundheit nicht weitergeführt hätte, solches wird denn auch von der Beklagten nicht geltend gemacht, insbesondere, da die Arbeitgeberin mit dem Arbeitseinsatz des Klägers zufrieden war (vgl. Urk. 2/8).

4.8 Zu prüfen sind die Folgen eines weitergeführten Zwischenverdienstes, insbesondere ob und wie lange daraus ein Erwerbsausfall resultiert wäre. Gemäss Art. 24 Abs. 4 zweiter Teilsatz AVIG haben Versicherte, die über 45 Jahre alt sind, längstens bis zum Ende der Rahmenfrist für den Leistungsbezug Anspruch auf Ersatz des Verdienstaufschlags. Zudem hätte die Weiterführung des Zwischenverdienstes per Mai 2011 (Zwischenerwerb während 12 Monaten) zur Folge gehabt, dass der Kläger die Beitragszeit neu erfüllt hätte (vgl. Art. 27 AVIG).

Es ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass der Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bei guter Gesundheit bis zur Erschöpfung des Arbeitslosentaggelds per 16. September 2011 im Zwischenverdienst gearbeitet und damit die Beitragszeit neu erfüllt hätte, zumal die (krankheitsbedingte) Kündigung erst per 31. Oktober 2011 erfolgte. Nach Erschöpfung des Arbeitslosentaggelds per 16. September 2011 (wie die Beklagte auf eine Erschöpfung des Restanspruchs der Arbeitslosentaggelder per 5. August 2011 [Urk. 7 S. 4] kommt, ist nicht nachvollziehbar, zumal per 20. April 2011 unbestrittenermassen ein Restanspruch von 106.5

Tagen bestand und die Arbeitslosentaggelder lediglich an durchschnittlich 21.7 Tagen pro Monat ausgerichtet werden) hätte der Kläger somit innerhalb der Rahmenfrist bis 30. November 2012 Anspruch auf weitere 260 Arbeitslosentaggelder gehabt (Art. 27 Abs. 2 lit. a AVIG), was 12 Monaten gleichkommt. Diese Schlussfolgerung lässt sich denn auch in Einklang bringen mit den Angaben der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich vom 8. März 2012, wonach sich „die Bezugsdauer [durch Zwischenverdienst] möglicherweise verlängert [...]“ (Urk. 17/1). Damit ist davon auszugehen, dass der Kläger bei guter Gesundheit nicht nur den Zwischenverdienst weitergeführt hätte, sondern auch Anspruch auf allfällige (ergänzende) Arbeitslosentaggelder bis September 2012 gehabt hätte (vgl. Art. 24 Abs. 4 AVIG). Angesichts der Tatsache, dass der im November 1947 geborene Kläger im September 2012 nur noch rund zweieinhalb Monate vor der Pensionierung stand, ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass er - bei guter Gesundheit - auch die letzten zweieinhalb Monate bis zum Ende der Rahmenfrist am 30. November 2012 bei der Z.\_\_\_\_ im Stundenlohn weitergearbeitet hätte. Nach Ende der Rahmenfrist per 30. November 2012 beziehungsweise dem Beginn der Altersrente ist jedoch nicht mehr davon auszugehen, dass der Kläger einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre, dies hat er zudem nicht geltend gemacht. Nach dem 30. November 2012 liegt somit kein relevanter Erwerbsausfall mehr vor.

4.9 Zusammenfassend ist auch nach der Einstellung der Krankentaggelder per 30. November 2011 bis zum Ende der Rahmenfrist per 30. November 2012 ein Erwerbsausfall mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Da die Beklagte ab 4. April 2011 Krankentaggelder ausgerichtet hat (Urk. 8/17/1), war bis zum 30. November 2012 die vertraglich vereinbarte Höchstzahl der Krankentaggelder gemäss der Police vom 26. Januar 2010 von 730 Tagen (Urk. 29/1) zudem noch nicht ausgeschöpft. Gestützt auf die unbestritten gebliebenen medizinischen Einschätzungen (vgl. vorstehend Erwägung 4.2-4) ist sodann davon auszugehen, dass der Kläger während der gesamten Zeitspanne zu 100 % krankheitsbedingt arbeitsunfähig war. Damit sind die Voraussetzungen für die Leistungspflicht der Beklagten vom 1. Dezember 2011 bis zum 30. November 2012 erfüllt.

4.10 Wie bereits erwähnt, deckt die Taggeld-Versicherung SALARIA bis zur Höhe des versicherten Taggeldes den nachgewiesenen Erwerbsausfall, der durch eine krankheits- oder unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit entsteht (Urk. 29/3 S. 1). Nach dem 16. September 2011 (vgl. vorstehend Erwägung 4.8) hätte der Versicherte nicht mehr Anspruch auf ein Arbeitslosentaggeld von Fr. 286.25 (vgl. Urk. 17/1) gehabt. Vielmehr hätte sich das Arbeitslosentaggeld ab jenem Zeitpunkt nach dem durchschnittlichen Zwischenverdienst der letzten sechs oder zwölf Beitragsmonate (Art. 37 Abs. 1 und 2 AVIV) gerichtet. Da sich dieser aufgrund der Annahme der Weiterführung des Zwischenverdienstes im Gesundheitsfalle nur hypothetisch bestimmen lässt, rechtfertigt es sich, auf den durchschnittlichen Lohn aus Zwischenverdienst im Zeitraum von Mai 2010 bis März 2011 abzustellen. Dieser gestaltete sich wie folgt:

Mai 2010 Fr. 3'286.70 Urk. 17/83-86

Juni 2010 Fr. 1'920.50 Urk. 17/78-81

Juli 2010 Fr. 1'688.10 Urk. 17/65-69

August 2010 Fr. 1'196.20 Urk. 17/61-62

September 2010 Fr. 1'885.30 Urk. 17/58-59

Oktober 2010 Fr. 1'377.30 Urk. 17/54-55

November 2010 Fr. 1'180.70 Urk. 17/51-52

Dezember 2010 Fr. 1'004.30 Urk. 17/45-46

Januar 2011 Fr. 832.40 Urk. 17/3-35

Februar 2011 Fr. 1'811.30 Urk. 17/27-28

März 2011 Fr. 1'548.90 Urk. 17/23-25

Für die Zeit von Mai 2010 bis März 2011 ergibt sich somit ein durchschnittliches Einkommen aus Zwischenverdienst von Fr. 1'612.-- (Fr. 17'731.70 / 11), welches dem bei der Arbeitslosenversicherung für ein weiteres Jahr versicherten Verdienst entsprochen hätte. Unter der Annahme, dass dieses Durchschnittseinkommen weiter erzielt worden wäre, hätte kein Raum für Kompensationszahlungen der Arbeitslosenversicherung bestanden. Somit ist davon auszugehen, dass dieser Betrag von monatlich Fr. 1'612.-- beziehungsweise ein Taggeld von Fr. 53.-- (Fr. 1'612.-- / 30.4) auch dem bei der Beklagten versicherten Erwerbsausfall bis Ende November 2012 entsprochen hätte.

4.11 Eingeklagt wurden Taggelder für den Zeitraum von Dezember 2011 bis Juni 2012 im Betrag von Fr. 43'452.-- sowie weitere Taggelder auch nach Juni 2012 (Urk. 1 S. 2 und S. 4, Urk. 25). Da die Beklagte Taggelder bis zum 30. November 2011 erbrachte und aus Kulanz auf eine Rückforderung allfälliger zu viel ausgerichteter Taggelder verzichtete (vgl. Urk. 7 S. 3), ist vorliegend der Anspruch auf Taggelder im Zeitraum von Dezember 2011 bis Ende November 2012 zu beurteilen. Der Taggeldanspruch setzt sich wie folgt zusammen:

Dezember 2011 31 x Fr. 53.-- Fr. 1'643.--

Januar 2012 31 x Fr. 53.-- Fr. 1'643.--

Februar 2012 29 x Fr. 53.-- Fr. 1'537.--

März 2012 31 x Fr. 53.-- Fr. 1'643.--

April 2012 30 x Fr. 53.-- Fr. 1'590.--

Mai 2012 31 x Fr. 53.-- Fr. 1'643.--

Juni 2012 30 x Fr. 53.-- Fr. 1'590.--

Juli 2012 31 x Fr. 53.-- Fr. 1'643.--

August 2012 31 x Fr. 53.-- Fr. 1'643.--

September 2012 30 x Fr. 53.-- Fr. 1'590.--

Oktober 2012 31 x Fr. 53.-- Fr. 1'643.--

November 2012 30 x Fr. 53.-- Fr. 1'590.--

Total Fr. 19'398.--

Damit schuldet die Beklagte dem Kläger für die Zeit vom 1. Dezember 2011 bis zum 30. November 2012 Krankentaggelder im Gesamtbetrag von Fr. 19'398.--.  
In diesem Sinne ist die Klage teilweise gutzuheissen.

5.

5.1 Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Art. 114 ZPO betrifft indes nur die Gerichtskosten, nicht jedoch die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (nicht in BGE 137 III 47 publizierte E. 2.1 des Urteils des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010).

5.2 Beide Parteien beantragen die Zuspreehung einer Prozessentschädigung.

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 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (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.

5.3 Unter Berücksichtigung der dargelegten Kriterien sowie dem Obsiegen im Umfang von rund einem Drittel rechtfertigt es sich, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Der nicht berufsmässig vertretenen Beklagten steht demgegenüber keine Parteientschädigung zu (Art. 68 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG; BGE 133 III 439 E. 4).

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die Helsana Zusatzversicherungen AG verpflichtet wird, dem Kläger für die Zeit vom 1. Dezember 2011 bis zum 30. November 2012 Krankentaggelder im Gesamtbetrag von Fr. 19'398.-- zu bezahlen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4. Der Beklagten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.

5. Zustellung gegen Empfangsschein an:

Rechtsanwältin Kim Mauerhofer

Helsana Versicherungen AG

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

6. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom 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 Der Gerichtsschreiber

MosimannVolz