

Sozialversicherungsgericht  
des Kantons Zürich

KK.2012.00023

I. Kammer

Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende

Sozialversicherungsrichter Spitz

Sozialversicherungsrichterin Maurer Reiter

Gerichtsschreiberin Hartmann

**Urteil vom 26. Juni 2014**

in Sachen

X.\_\_\_\_

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Guy Reich

Reich Bortoluzzi Cahenzli Rechtsanwälte

Münchhaldenstrasse 24, Postfach, 8034 Zürich

gegen

SWICA Krankenversicherung AG

SWICA Gesundheitsorganisation, Rechtsdienst

## Sachverhalt:

1.

1.1 X.\_\_\_\_, geboren 1957, war als Angestellter der Y.\_\_\_\_ AG (heute: Z.\_\_\_\_ AG) bei der SWICA Krankenversicherung AG (nachfolgend: SWICA) kollektivkrankentaggeldversichert nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), und zwar für ein Krankentaggeld von 80 % des versicherten Lohnes für die Dauer von 730 Tagen mit einem Tag Wartefrist pro Fall bei Krankheit (Urk. 26/1 S. 2). Mit Schreiben vom 8. Oktober 2007 meldete der Versicherte der SWICA eine krankheitsbedingte 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 9. August 2007 (Urk. 8/1). Die SWICA holte verschiedene Arztberichte und das Gutachten von Dr. med. dipl.-psych. A.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 28. Dezember 2007 (Urk. 8/10; Urk. 28/18) ein und erbrachte Krankentaggelder. Im weiteren Verlauf holte sie ausserdem das Gutachten von Prof. Dr. med. B.\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie, vom 27. August 2008 (Urk. 8/17) ein und teilte dem Versicherten mit Schreiben vom 1. September 2008 mit, dass sie ihn gestützt auf dieses Gutachten als zu 100 % arbeitsfähig in einer leichten bis mittelschweren körperlichen Tätigkeit erachte (Urk. 8/18). Die Leistungen wurden gleichzeitig eingestellt (Urk. 7 S. 2, Urk. 25 S. 2).

1.2 Am 19. März 2008 hatte sich der Versicherte bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) zum Leistungsbezug angemeldet (Urk. 28/1). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, sprach ihm mit Verfügungen vom 1. und 14. Juli 2010 mit Wirkung ab dem 1. September 2008 eine ganze Rente bei einem Invaliditätsgrad von 89 % zu (Urk. 28/59-61). Diese Verfügungen erwuchsen in Rechtskraft.

1.3 Mit Schreiben vom 4. März 2011 forderte der Versicherte die SWICA unter Verweis auf die IV-Verfügungen vom 1. und 14. Juli 2010 auf, ihrer Leistungspflicht nachzukommen (Urk. 8/21). Die SWICA stellte sich in der Folge auf den Standpunkt, ein allfälliger Leistungsanspruch sei spätestens am 30. September 2010 verjährt gewesen (Schreiben vom 19. März 2012, Urk. 8/28). Am 16. Mai 2012 stellte der Versicherte beim Betreibungsamt C.\_\_\_\_ ein Betreibungsbegehren gegen die SWICA für Krankentaggelder in der Höhe von insgesamt Fr. 60'000.-- zuzüglich Zins von 5 % seit dem 1. September 2008 (Urk. 2/16; Zahlungsbefehl vom 24. Mai 2012 in der Betreibung Nr. D.\_\_\_\_ des Betreibungsamtes C.\_\_\_\_, Urk. 8/31).

2. Am 13. Juli 2012 erhob der Versicherte Klage gegen die SWICA und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 44'400.-- Krankentaggelder zu leisten. In prozessualer Hinsicht ersucht er, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen (Urk. 1 S. 2). Die Beklagte erhob in der Klageantwort vom 31. Juli 2012 die Einrede der Verjährung gegen die Forderung und schloss auf Abweisung der Klage (Urk. 7 S. 2). Die Parteien hielten in ihren weiteren Stellungnahmen an ihren Anträgen fest (Replik vom 14. September 2012, Urk. 11 S. 2; Duplik vom 31. Oktober 2012, Urk. 15 S. 1). Mit Verfügung vom 10. Januar 2013 wurde dem Kläger Rechtsanwalt Guy Reich als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt (Urk. 20 S. 2). Mit Verfügung vom 5. November 2013 wurde den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zur mit BGE 139 III 418 geänderten bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezüglich der Verjährung von Krankentaggeldern gegeben und die Akten der Invalidenversicherung beigezogen (Urk. 21/1 S. 3, Urk. 28/1-67). Die Parteien nahmen dazu mit Eingaben vom 13. November 2012 (richtig: 2013, Urk. 25), vom 3. Januar 2014 (Urk. 31) und vom 20. Januar 2014 (Urk. 33) Stellung.

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 (BGE 138 III 2, 558 E. 2). 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).

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

1.2 Das Gericht stellt den Sachverhalt unabhängig vom Streitwert von Amtes wegen fest (Untersuchungsmaxime; Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente zu berücksichtigen hat, die sich im Verlaufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien diese nicht angeführt haben, gilt nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Er entbindet die Parteien nicht davon, Beweise beizubringen und bei der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 III 231 E. 4a; Mazan in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, N 9 und N 13 zu Art. 247). Ebenso schliesst er die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1) und verleiht den Parteien keinen Anspruch, dass alle möglichen Beweise abgenommen werden, und auch keinen Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel (BGE 125 III 231; Urteil des Bundesgerichts 5C.34/2006 vom 27. Juni 2006 E. 2a). Ausserdem gilt die Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 6)

1.3 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 dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalles und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 130 III 321 E. 3.1). 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]). Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu

wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.5).

1.4 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.

1.5 Bei der Auslegung eines (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 ([BGE 135 III 1](#) E. 2, 135 III 410 E. 3.2). 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, 2001, Vorbemerkungen zu Art. 1-3 N 24).

2.

2.1 Auf die hier massgebliche, für den Kläger geltende Krankentaggeldversicherung sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die kollektive Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2006 (Urk. 26/2), anwendbar (Urk. 26/1 S. 4). Versichert sind gemäss der Versicherungspolice in Verbindung mit Ziff. 2 und Ziff. 21 AVB die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit und Geburt mit 80 % des versicherten Lohnes (AHV-pflichtiger Verdienst bis höchstens Fr. 100'000.-- über dem maximal versicherbaren UVG-Lohn, bei Kadermitarbeitern maximal Fr. 250'000.--) während einer Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich der Wartefrist von einem Tag (Urk. 26/1 S. 2).

2.2 Gemäss Ziff. 12 AVB bezahlt die Beklagte, wenn der Versicherte nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist, bei voller Arbeitsunfähigkeit das im Vertrag aufgeführte Taggeld. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % wird das Taggeld entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet (Ziff. 13 AVB). Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % zählen für die Bemessung der Leistungsdauer voll (Ziff. 24 AVB).

Als Krankheit im Sinne der Versicherung gilt nach der Definition in Ziff. 3 AVB jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Der Begriff Arbeitsunfähigkeit wird in Ziff. 16 AVB definiert als die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Nach drei Monaten Arbeitsunfähigkeit wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.

2.3 Erhält der Versicherte für die Krankheit eine Leistung von staatlichen oder betrieblichen Versicherungen oder von einem haftpflichtigen Dritten, ergänzt die Beklagte diese Leistungen gemäss Ziff. 26 AVB nach Ende

der Wartefrist bis zur Höhe des versicherten Taggeldes. Tage mit Teilleistungen infolge Kürzungen wegen Anspruchs auf Leistungen Dritter zählen für die Berechnung der Leistungsdauer und Wartefrist voll.

Ziff. 28 AVB sieht zudem Folgendes vor: „Steht der Rentenanspruch einer staatlichen oder betrieblichen Versicherung noch nicht fest, so kann SWICA das versicherte Taggeld freiwillig bevorschussen. In diesem Fall fordert SWICA die zuviel erbrachten Leistungen ab Beginn des Rentenanspruchs zurück. Hierbei steht es ihr frei, diese Rückforderungen bei der versicherten Person oder bei dem die Rente auszahlenden Versicherungsträger zu stellen. Die allfällige Bevorschussung erfolgt deshalb unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Rückforderung anlässlich der Rentennachzahlung. Die Rückforderung erfolgt im Umfang der für die gleiche Zeit zugesprochenen Rente. Die versicherte Person tritt im Umfang der Vorleistung von SWICA ihre Ansprüche gegenüber den anderen Versicherungsträgern an SWICA ab.“

3.

3.1 Die Beklagte erhebt gegen die vom Kläger geltend gemachte Krankentaggeldforderung von insgesamt Fr. 44'000.-- für die Zeit ab dem 1. September 2008 bis August 2009 oder ab einem späteren Zeitpunkt für ein Jahr (Urk. 1 S. 2) die Einrede der Verjährung (Urk. 7 S. 2 ff.). Die AVB zur Krankentaggeldversicherung (Urk. 26/2) enthalten keine Bestimmungen betreffend die Verjährung, so dass die gesetzlichen Vorschriften und die hierzu ergangene Rechtsprechung zur Anwendung gelangen.

3.2

3.2.1 Nach Art. 46 Abs. 1 VVG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Dabei wird in der Regel der Zeitpunkt, in dem die leistungsbegründenden Tatsachenelemente feststehen, als fristauslösend angesehen. Im Falle von Krankentaggeldern ist das Bundesgericht mit Urteil 4A\_20/2013 vom 15. Juli 2013, publiziert in BGE 139 III 418, von seiner bisherigen Rechtsprechung nach BGE 127 III 268, wonach die Auslösung der Leistungspflicht des Versicherers gesamthaft durch die krankheitsbedingte, ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit und den Ablauf der vereinbarten Wartefrist angenommen worden war (BGE 127 III 268 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 4A\_516/2009 vom 11. Dezember 2009 E. 3.1), abgekommen. Und zwar erkannte das Bundesgericht in BGE 139 III 418 nunmehr, dass Taggeldforderungen, wenn der Versicherte fortlaufend Leistung von Taggeldern verlangen kann, mit der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Ablauf der Wartefrist nicht gesamthaft verjähren, sondern einzeln ab dem Tag, für den sie beansprucht werden (BGE 139 III 418 E. 4.1-2). Die Änderung der Rechtsprechung gründet darin, dass mit der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Ablauf der Wartefrist nur die Anfangsvoraussetzungen der Zahlungspflicht gegeben sind. Ob und in welchem Umfang sich daraus eine Leistungspflicht der Versicherung ergibt, bleibt allein damit aber noch offen, da noch nicht alle leistungsbegründenden Tatsachenelemente (namentlich der zukünftige Umfang der Arbeitsunfähigkeit) feststehen (BGE 139 III 418 E. 3.2). Die laufende Verjährung der einzelnen Taggelder rechtfertigt sich damit, dass diese nach ihrer Natur das laufende Einkommen des Versicherten ersetzen und daher fortlaufend gefordert und erbracht werden sollen (BGE 139 III 418 E. 4.1; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A\_184/2013 vom 27. August 2013 E. 1.1).

Voraussetzung für eine fortlaufende Verjährung der einzelnen Taggeldforderungen ist aber, dass der Versicherte nach dem Versicherungsvertrag fortlaufend die Zahlung der einzelnen Taggelder verlangen kann. Daran fehlt es, wenn die Leistungspflicht der Versicherung von zusätzlichen Bedingungen abhängig gemacht wird oder wenn die Aufteilung in Taggelder lediglich der Berechnung des Leistungsumfanges dient, während die Leistung selbst nur als Gesamtes (oder jedenfalls für mehrere Taggelder zusammen) verlangt werden kann (BGE 139 III 418 E. 4.2). Steht es, wie dies gewisse AVB vorsehen, bei Ungewissheit über die Leistungspflicht der staatlichen Versicherung im Belieben der Taggeldversicherung, ob sie Vorleistungen erbringt, beginnt die Verjährung für die aufgelaufenen Taggelder erst im Moment, in dem die Unsicherheit über die Leistungspflicht des Dritten beseitigt ist. Erst in diesem Zeitpunkt stehen sämtliche leistungsbegründenden Tatsachen fest, so dass die Verjährung für alle bisher aufgelaufenen Taggelder nach

Art. 46 VVG in diesem Moment beginnt (BGE 139 III 418 E. 4.2.1). Ist dagegen bei Unsicherheiten über die Leistungspflicht einer staatlichen Versicherung die Vorleistungspflicht des Taggeldversicherers vereinbart, verjähren die Taggeldansprüche einzeln, da der Berechtigte diese trotz der Ungewissheit über die Leistung der staatlichen Versicherung laufend einfordern kann. Die Verjährung beginnt mit dem Tag, für den die einzelne Taggeldleistung beansprucht werden kann, da bereits in diesem Zeitpunkt sämtliche leistungsbezüglichen Tatsachen feststehen (BGE 139 III 418 E. 4.2.2).

3.2.2 Nach Art. 100 Abs. 1 VVG in Verbindung mit Art. 135 des Obligationenrechtes (OR; in der hier massgeblichen, bis Ende 2010 gültig gewesenen Fassung) wird die Verjährung einerseits durch Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners, namentlich auch durch Zins- und Abschlagszahlungen (Ziff. 1), und andererseits (von Seiten des Gläubigers) durch Schuldbetreibung, durch Klage oder Einrede vor einem Gericht oder Schiedsgericht sowie durch Eingabe im Konkurs und Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch unterbrochen (Ziff. 2). Mit der Unterbrechung beginnt die Verjährung von Neuem (Art. 137 Abs. 1 OR).

### 3.3

3.3.1 Der Kläger bringt in seiner Stellungnahme vom 3. Januar 2014 zur geänderten Rechtsprechung vor, gemäss Ziff. 28 AVB sei keine Vorleistungspflicht vereinbart worden, sondern es stehe im Belieben der Beklagten, das versicherte Taggeld zu bevorschussen, sofern der Rentenanspruch einer staatlichen oder betrieblichen Versicherung noch nicht feststehe. Die Verjährung beginne somit erst mit der Zustellung der IV-Verfügungen vom 1. und 14. Juli 2010. Das genaue Datum dieser Zustellung sei nicht bekannt. Die Verjährung sei aber jedenfalls mittels Betreibung vor Ablauf der zweijährigen Verjährungsfrist am 16. Mai 2012 unterbrochen worden. Aus den IV-Akten gehe hervor, dass die Beklagte nach drei Schreiben des Klägers die Akten der IV beigezogen habe, welche am 20. Juni 2011 an die Beklagte gesandt worden seien. Es könne damit offen bleiben, ob das Verhalten der Beklagten und die spätere Berufung auf die Einrede der Verjährung einen Rechtsmissbrauch darstellen würden oder nicht. Die Verjährung stehe im Ergebnis seinen Ansprüchen nicht entgegen (Urk. 31).

3.3.2 Die Beklagte stellt sich in ihren Stellungnahmen vom 13. November 2013 und vom 20. Januar 2014 dagegen auf den Standpunkt, der Kläger habe sich nach dem Ablehnungsschreiben vom 1. September 2008 nicht mehr vernehmen lassen. Ein allfälliger Krankentaggeldanspruch wäre daher auch unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung zum Zeitpunkt des Zahlungsbefehls am 24. Mai 2012 verjährt (Urk. 25 S. 2). Die Ablehnung weitere Krankentaggelder ab September 2008 habe sie ausserdem auf von ihr durchgeführte Abklärungen gestützt. Es habe sich nicht um die Ablehnung einer Vorleistungspflicht bei laufenden Abklärungen der Invalidenversicherung gehandelt. Bei Vorliegen der Voraussetzungen (Arbeitsunfähigkeit und Erwerbsausfall) wäre sie unbedingt leistungspflichtig gewesen. Der vom Kläger postulierte Standpunkt, wonach sie keinen unbedingten Anspruch auf das versicherte Taggeld kenne, wenn der Rentenanspruch noch nicht feststehe, würde bei ihr zu einer Anpassung der internen Prozesse führen. Denn sie gehe von einer Leistungspflicht bei Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen aus. Die IV-Akten, von welchen sie erstmals Mitte 2011 Kenntnis erhalten habe, würden an der Sach- und Rechtslage nichts zu ändern vermögen, zumal die Krankentaggeldversicherung nach VVG ohnehin nicht an den Entscheid der Invalidenversicherung gebunden sei. Auch erbringe sie bei Invalidenrenten lediglich in Ergänzung bis höchstens zum versicherten Verdienst Krankentaggeldleistungen (Urk. 33 S. 2 f.)

### 3.4

3.4.1 Die Parteien sind sich darin einig, dass die Anfangsvoraussetzungen der Zahlungspflicht, nämlich die ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit ab dem 9. August 2007 von mehr als 25 % und des Ablaufs der Wartefrist von einem Tag gegeben waren und die Leistungspflicht jedenfalls bis Ende August 2008 bestanden hatte.

3.4.2 In Bezug auf die Leistungsvoraussetzung der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit (Ziff. 12 und Ziff. 16 AVB) ab September 2008 stellt sich die Beklagte gestützt auf das neurologische Gutachten von Prof. Dr. B. \_\_\_ vom 27. August 2008 (Urk. 8/17) auf den Standpunkt, der Kläger sei seit September 2008 in einer

leidensangepassten körperlich leichten bis mittelschweren Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig (Urk. 8/18, Urk. 25 S. 2). Damit berücksichtigte die Beklagte jedoch lediglich die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit aus somatischer, mithin neurologischer Sicht, ohne der psychischen Gesundheitsbeeinträchtigung des Klägers hinreichend Rechnung zu tragen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_723/2012 vom 3. April 2013 E. 3.2), zumal die bis Ende August 2008 erbrachten Taggeldleistungen unter anderem noch aufgrund psychiatrischer Atteste (Urk. 8/2) erfolgt waren, namentlich von Dr. med. E.\_\_\_\_, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie (Urk. 8/2.2), und Dr. med. F.\_\_\_\_, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie (Urk. 8/2.25) sowie von Dr. A.\_\_\_\_ gemäss dessen psychiatrischen Gutachtens vom 28. Dezember 2007, der die Diagnose einer generalisierten Angststörung (ICD-10 F41.1) gestellt hatte (Urk. 8/10 S. 8). Zwar hatte sich Prof. Dr. B.\_\_\_\_ in seinem Gutachten vom 27. August 2008 auch zum psychischen Gesundheitszustand des Klägers geäussert, jedoch ist er zum einen kein Facharzt der Psychiatrie, zum anderen hielt auch er das Vorliegen einer somatoformen Schmerzstörung und einer Angsterkrankung für möglich (Urk. 8/17 S. 11). Gemäss dem Bericht der G.\_\_\_\_ vom 18. Februar 2008, wo der Kläger vom 21. Januar bis 17. Februar 2008 hospitalisiert war, waren zudem im Wesentlichen die Diagnosen einer Angststörung und depressiven Störung gemischt (ICD-10 F41.2), einer Panikstörung (ICD-10 F40.01) und eines chronischen lumbovertebralen Schmerzsyndroms mit Verdacht auf somatoforme Schmerzstörung (ICD-10 F45.4) gestellt worden (Urk. 8/12 S. 1). Auch die Ärzte der Tagesklinik H.\_\_\_\_ des I.\_\_\_\_, wo der Kläger gemäss dem Bericht vom 18. Februar 2009 vom 7. bis 17. Oktober 2008 und vom 27. Oktober 2008 bis 12. Januar 2009 behandelt worden war, stellten psychiatrische Diagnosen, und zwar die Diagnosen einer Panikstörung (ICD-10 F41.0), einer generalisierten Angststörung (ICD-10 F41.1), einer depressiven Störung, mittelgradige Episode (ICD-10 32.1) und einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (ICD-10 F45.4). Ausserdem erklärten sie, dass kurz- und mittelfristig mit keiner Arbeitsfähigkeit zu rechnen sei (Urk. 8/11).

Die Abklärungen der Invalidenversicherung ergaben ebenfalls, dass beim Kläger aufgrund der psychischen Beschwerden eine anhaltende erhebliche Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit auch über den 1. September 2008 hinaus bestand. So kamen die Gutachter der MEDAS J.\_\_\_\_ gemäss dem interdisziplinären Gutachten vom 25. März 2009, auf das sich die IV-Stelle bei ihrem rentenzusprechenden Entscheid stützte (Urk. 28/59-61), zum Schluss, der Kläger leide mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit an einer generalisierten, bisher weitgehend therapieresistenten, chronifizierten Angststörung (ICD-10 F41.1), einer anhaltenden depressiven Störung mittleren Grades (ICD-10 F34.8) und einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung (ICD-10 F45.4) bei/mit panvertebralen Schmerzen und nicht klassifizierbaren Polyarthralgien, speziell der oberen Extremitäten, assoziiert mit Muskelkrämpfen, Parästhesien und vorzeitiger Ermüdbarkeit ohne hinreichendes organisches Korrelat. In der angestammten Tätigkeit im Baugewerbe bestehe keine verwertbare Arbeitsfähigkeit mehr und die Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit sei aus psychiatrischer Sicht zu mehr als 80 % eingeschränkt (Urk. 28/40/17-18). Dem psychiatrischen MEDAS-Teilgutachten von Dr. med. K.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 16. März 2009 ist zur attestierten Arbeitsunfähigkeit zudem zu entnehmen, dass es undenkbar sei, dass eine Person im Baugewerbe mit rezidivierenden Synkopen und der Unfähigkeit, alleine die Wohnung zu verlassen, arbeite. Auch in Bezug auf eine Verweistätigkeit gelte Analoges. Die Angstsymptomatik und die Depression hätten sich praktisch lehrbuchmässig entwickelt und widerspruchsfrei im Sinne einer kontinuierlichen Verschlechterung mit sehr kurzen Phasen einer vorübergehenden Besserung. Eine psychische Komorbidität bestehe in schwerwiegender Weise (Urk. 28/40/32-33).

Im weiteren Verlauf attestierten auch die behandelnden Ärzte des L.\_\_\_\_ gemäss dem Bericht vom 6. April 2010 (Urk. 28/53/6-8) und Dr. E.\_\_\_\_ gemäss dem Bericht vom 22. April 2010 (Urk. 28/54/2-5) eine andauernde 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Vom 29. April bis 26. Juni 2009 wurde der Kläger gemäss dem Bericht vom 14. September 2009 in der Tagesklinik des M.\_\_\_\_ behandelt, wo weiterhin eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit insbesondere aufgrund der Angsterkrankung attestiert wurde (Urk. 28/54/13-16).

3.4.3 Angesichts dieser einheitlichen fachärztlich-psychiatrischen Beurteilungen ist ausgewiesen, dass dem Kläger von September 2008 bis August 2009 die Aufnahme einer Verweistätigkeit im Sinne von Ziff. 16 AVB nicht zumutbar war. Die Beklagte führt zu den medizinischen Berichten im Einzelnen denn auch nichts aus.

3.5.1 Des Weiteren steht fest, dass der Kläger sich am 19. März 2008 bei der Invalidenversicherung angemeldet hatte (Eingang 20. März 2008, Urk. 28/1). Die Beklagte hatte mit Schreiben vom 9. Mai 2008 ausserdem bei der IV-Stelle den Anspruch auf Verrechnung einer allfälligen Rückforderung mit den voraussichtlichen Nachzahlungen von IV-Renten angemeldet (Urk. 28/12).

Die strittige Frage, ob die aufgelaufenen restlichen Taggelder vom 1. September 2008 - gemäss Klage (Urk. 1 S. 2) - bis zum 31. August 2009 je der fortlaufenden Verjährung unterstanden und damit im Zeitpunkt der Betreibung im Mai 2012 (Urk. 2/16, Urk. 8/31) die zweijährige Verjährung nach Art. 46 VVG für alle Taggelder bereits eingetreten war, hängt davon ab, ob der Kläger die Zahlung der einzelnen Taggelder nach dem Versicherungsvertrag fortlaufend verlangen konnte (vgl. BGE 139 III 418 E. 4.2).

3.5.2 Wie der Kläger zutreffend vorbringt, ist hierzu die Bestimmung in Ziff. 28 AVB als integrierter Teil des Versicherungsvertrages (Urk. 26/1 S. 4) entscheidend. Nach dessen Wortlaut ist es der Beklagten freigestellt, das versicherte Taggeld zu bevorschussen, solange als der Rentenanspruch einer staatlichen oder betrieblichen Versicherung noch nicht feststeht. Gegen diese Bedeutung der Bestimmung wendet die Beklagte nichts ein, weshalb von einem insofern übereinstimmenden Parteiwillen auszugehen ist. Da das IV-Verfahren am 1. September 2008 und bis Ende August 2009 noch nicht abgeschlossen war, konnte der Kläger die Zahlung der einzelnen Taggelder während dieser Zeit nach dem Versicherungsvertrag somit (noch) nicht fortlaufend verlangen. Dabei ist entgegen den Vorbringen der Beklagten (Urk. 33 S. 2) unerheblich, dass sie gleichzeitig mit Schreiben vom 1. September 2008 sinngemäss ihre Leistungspflicht gestützt auf ihre Abklärungen verneinte hatte (Urk. 8/18). Denn es ist nicht massgeblich mit welcher Begründung sie die Leistungen per Ende August 2008 eingestellt hat, mithin dass sie nicht die Vorleistungspflicht, sondern die Leistung an sich verneint hat. Wäre dies ausschlaggebend, könnte eine Krankentaggeldversicherung den Verjährungsverlauf einseitig beeinflussen. Ebenfalls nicht entscheidend ist daher, wie sie ihren internen Prozess bezüglich Vorleistungen eingerichtet hat und wann sie die IV-Akten eingesehen hat. Dies sind Faktoren, welche nach dem massgeblichen Versicherungsvertrag keinen Einfluss auf die Begründung der Leistungspflicht (Art. 46 Abs. 1 VVG) haben.

3.5.3 Es liegt nach dem Gesagten in Bezug auf die Verjährung der Taggelder ein Fall im Sinne von BGE 139 III 418 E. 4.2.1 vor. Die Verjährung für die aufgelaufenen Taggelder begann damit erst im Moment, in dem die Unsicherheit über die Leistungspflicht der Invalidenversicherung beseitigt war. Erst in diesem Moment standen sämtliche leistungsbegründenden Tatsachen fest.

Die Verfügungen der IV-Stelle, mit welchen dem Kläger eine ganze Rente ab dem 1. September 2008 zugesprochen wurde, wurden im Juli 2010 erlassen (Urk. 28/59-61). Ob letztlich erst die Rechtskraft der Verfügungen nach Ablauf der hier ungenutzten Rechtsmittelfrist die Unsicherheit über die Leistungspflicht beseitigte, kann hier offen bleiben. Denn die Verjährung wurde mit der Betreibung der Forderung des Klägers im Mai 2012 (Urk. 2/16-17), und damit jedenfalls vor Ablauf der Verjährung der aufgelaufenen Taggeldforderungen unterbrochen (Art. 135 Ziff. 2 OR). Die eingeklagte Forderung ist somit nicht verjährt und weitere volle Taggelder ab dem 1. September 2008 sind geschuldet.

4.

4.1 Der Kläger macht für die Zeit von September 2008 bis August 2009 respektive für ein Jahr unter Berücksichtigung einer IV-Rentenleistung von rund Fr. 1'500.-- und einem Taggeld von Fr. 5'200.-- (je pro Monat) Taggelder in der Höhe von insgesamt Fr. 44'400.-- (12 x Fr. 3'700.--) geltend (Urk. 1 S. 3). Zur Höhe des Taggeldes lässt sich die Beklagte im Einzelnen nicht verlauten. Sie erklärt dazu lediglich, dass der Betrag der IV-Rente bis zum versicherten Krankentaggeld zu ergänzen sei (Urk. 7 S. 2), was unbestritten ist (Urk. 1 S. 3).

4.2

4.2.1 Insgesamt sind 729 Taggelder pro Krankheitsfall geschuldet (Urk. 26/1 S. 2). Abzüglich der vom 10. August 2007 bis 31. August 2008 bereits geleisteten 388 Taggelder (Urk. 7 S. 2, Urk. 8/1, Urk. 25 S. 2) sind vom 1. September 2008 bis 4. August 2009 (die restlichen) 341 Taggelder aufgelaufen und geschuldet.

4.2.2 Gemäss der Police beträgt das Taggeld 80 % des versicherten AHV-pflichtigen Verdienstes. Gemäss Ziff. 32 AVB gilt als Grundlage für die Bemessung der prozentualen Taggelder der letzte vor der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bezogene AHV-Lohn. Dieser Lohn wird auf ein volles Jahr umgerechnet und durch 365 (Schaltjahre durch 366) geteilt (Urk. 26/2).

Laut dem Lohnblatt des Klägers aus dem Jahr 2007 betrug der vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit im August 2007 (Urk. 8/1) zuletzt bezogene Monatslohn brutto Fr. 5'727.-- (Urk. 2/18 S. 1), mithin Fr. 68'724.-- pro Jahr, was einem Taggeld von Fr. 150.65 (Fr. 68'724.-- : 365 x 0.8) entspricht. Dies ergibt bei 341 Taggeldern den Betrag von Fr. 51'371.65 (341 x Fr. 150.65).

Bis zu diesem Betrag ist die an den Kläger von der Invalidenversicherung geleistete Rente zu ergänzen (Ziff. 26 AVB). Von September bis Dezember 2008 leistet die Invalidenversicherung gemäss der Verfügung der IV-Stelle vom 14. Juli 2010 von monatlich Fr. 1'482.-- und von Januar bis August 2009 monatlich Fr. 1'529.-- (Urk. 28/61/1-3). Damit bezog der Kläger vom 1. September 2008 bis 4. August 2009 einen Rentenbetrag von insgesamt Fr. 16'828.30 ([4 x Fr. 1'482.--] + [7 x Fr. 1'529.--] + [Fr. 1'529.-- : 31 Tage x 4 Tage]). Der Taggeldanspruch des Klägers beträgt folglich Fr. 34'543.35.

4.3 Nach dem Gesagten ist die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Kläger Taggelder im Gesamtbetrag von Fr. 34'543.35 für die Zeit von September 2008 bis August 2009 zu bezahlen. Ein Verzugszins auf diesen Betrag wurde nicht eingeklagt und ist daher angesichts der in diesem Verfahren geltenden Dispositionsmaxime (Art. 58 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 6) nicht zuzusprechen.

5.

5.1

5.1.1 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).

5.1.2 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. 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. 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.

5.2 Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Guy Reich, Zürich, ist nach diesen Grundsätzen eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'100.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zuzusprechen.

Im Übrigen Umfang ist Rechtsanwalt Guy Reich unter Berücksichtigung seiner Honorarnote vom 15. Mai 2014 (Urk. 36/1-2) und des gerichtlichen Stundenansatzes von Fr. 200.-- (vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C\_676/10 vom 11. Februar 2011 E. 4.3.3) mit Fr. 600.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird in teilweiser Gutheissung der Klage verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 34'543.35 zu bezahlen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Guy Reich, Zürich, eine Prozessentschädigung von Fr. 2'100.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
4. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Guy Reich, Zürich, wird mit Fr. 600.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Kläger wird auf § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen.

5. Zustellung gegen Empfangsschein an:

Rechtsanwalt Guy Reich

SWICA Krankenversicherung AG

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

sowie an:

Gerichtskasse

6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin