

I. Kammer
Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende
Sozialversicherungsrichter Spitz
Sozialversicherungsrichterin Maurer Reiter
Gerichtsschreiberin Hartmann
Urteil vom 17. Dezember 2014
in Sachen
X.____
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Pierre Heusser
Kernstrasse 10, Postfach 2122, 8026 Zürich

gegen

AXA Versicherungen AG
Generaldirektion
General Guisan-Strasse 40, Postfach 357, 8401 Winterthur
Beklagte

Sachverhalt:

1.X.____ geboren 1954, war als Angestellte der Y.____ AG im Bereich der Personal-/Kaderrekrutierung bei der AXA Versicherungen AG (nachfolgend: AXA) kollektivkrankentaggeldversichert nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), und zwar für ein Krankentaggeld von 90 % des versicherten Lohnes für die Dauer von 730 Tagen inklusive einer Wartefrist von 60 Tagen (Urk. 21/27 S. 2). Am 27. September 2011 kündigte die Y.____ AG das Arbeitsverhältnis per Ende November 2011 mit dem Hinweis, die Versicherte könne sich jede Zeit und Freiheit nehmen, um eine neue Erwerbstätigkeit zu finden (Urk. 21/1b). Anfang November 2011 schloss die Versicherte mit der Z.____ AG einen Arbeitsvertrag über ein 100%iges Arbeitspensum mit Wirkung ab dem 15. November 2011 ab (Urk. 2/6). Dieses Arbeitsverhältnis wurde von der Z.____ AG in der Probezeit am 15. Dezember 2011 per 23. Dezember 2011 gekündigt (Urk. 2/9). Mit Schreiben vom 23. Februar 2012 wurde der AXA eine krankheitsbedingte 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 21. November 2011 gemeldet (Urk. 21/1). Die AXA verneinte in der Folge einen Anspruch der Versicherten aus der Krankentaggeldversicherung der Y.____ AG (Urk. 21/18).

2.Mit Eingabe vom 4. März 2013 (Urk. 1), ergänzt mit Eingabe vom 23. April 2013 (Urk. 6), erhob die Versicherte Klage gegen die AXA und beantragte, die Beklagte sei - vorbehaltlich einer Klage für die Geltendmachung allfälliger Taggeldansprüche für die Zeit nach dem 28. Februar 2013 - zu verpflichten, für ihre Arbeitsunfähigkeit vom 1. November 2011 bis 28. Februar 2013 den Betrag von Fr. 81'597.40 zuzüglich 5 % Zins ab dem 15. August 2012 zu bezahlen. In prozessualer Hinsicht verkündete die Klägerin dem Krankentaggeldversicherer innova Versicherungen AG (nachfolgend: innova) den Streit gemäss Art. 78 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; Urk. 6 S. 2). Mit Verfügung vom 1. Mai 2013 wurde die innova über die Streitverkündung in Kenntnis gesetzt und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, in den Prozess einzutreten (Urk. 8 S. 2). Die innova liess sich dazu nicht verhalten, weshalb das Verfahren ohne ihre Beteiligung fortgesetzt wurde (Urk. 11 S. 2). Mit Eingabe vom 15. September 2013 (Urk. 14) reichte die Klägerin die Akten der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle (nachfolgend: IV-Stelle), betreffend sie selber ein (Urk. 16/1-60). Die Beklagte schloss in der Klageantwort vom 23. Oktober 2013 auf Abweisung der Klage (Urk. 20 S. 2). Die Parteien hielten in der Replik vom 2. Dezember 2013 (Urk. 24 S. 2) und in der Duplik vom 24. März 2014 (Urk. 31 S. 10) an ihren jeweiligen Anträgen fest.
Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

- 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.
1.2Das 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. Danach darf das Gericht eine Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenseite anerkannt hat (Art. 58 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 6).
1.3Wo 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 Versicherungsanspruchs" (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 Beweissthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 130 III 321 E. 3.1). Nach der höchstgerichtlichen 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).
1.4Als 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 (ten, 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.
1.5Bei 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.
2.1Die Klägerin begründet ihre Klage und Forderung von Fr. 81'597.40 zuzüglich Zins damit, dass sie seit dem 1. November 2011, mithin seit einem Zeitpunkt während ihrer Anstellung bei der Y.____ AG, die vom 1. Dezember 2009 bis zum 30. November 2011 gedauert habe, krankheitsbedingt zu 100 % arbeitsunfähig sei. Weder der Umstand, dass ihr von der Y.____ AG während der Kündigungsfrist Zeit und die Freiheit eingeräumt worden seien, um eine neue Anstellung zu suchen, noch die Anstellung bei der Z.____ AG ab dem 15. November 2011 ändere etwas daran, dass sie, die Klägerin, bis Ende November 2011 bei der Beklagten versichert gewesen sei. Denn ihr erster Arbeitstag bei der Z.____ AG sei der 1. Dezember 2011 gewesen und der von der Z.____ AG ab dem 15. November 2011 bezogene Lohn habe lediglich eine Art Antrittsprämie dargestellt respektive sei ein Ferienvorbezug gewesen. Beide Arbeitgeber seien über die Überschneidung der beiden Arbeitsverhältnisse informiert gewesen. Das Arbeitsverhältnis zwischen ihr und der Y.____ AG sei weder mündlich noch stillschweigend vorzeitig auf den 14. November 2011 aufgehoben worden. Eine Aufhebung dieses Arbeitsverhältnisses hätte nach dem geltenden Gesamtarbeitsvertrag ohnehin schriftlich erfolgen müssen. Die Arbeit bei der Z.____ AG habe sie zudem wegen ihrer Erkrankung gar nie richtig aufnehmen können. Sie sei wegen ihrer psychischen Beschwerden bereits arbeitsunfähig gewesen, als sie diese Stelle Anfang Dezember 2011 angetreten habe. Diese

Anstellung sei ihr daher bereits mit Schreiben vom 15. Dezember 2011 wieder gekündigt worden, nachdem sie seit ihrem Arbeitsantritt am 1. Dezember 2011 lediglich vier Arbeitstage anwesend gewesen sei. Schon zuvor sei ihr die Anstellung bei der Y. AG mit Schreiben vom 27. September 2011 per 30. November 2011 wegen ungenügenden Leistungen gekündigt worden. Genau während dieser Phase des Stellenwechsels sei sie in eine schwere psychische Krise gestürzt, welche schliesslich am 25. Dezember 2011 zu einem Suizidversuch mit Fürsorgerischem Freiheitsentzug (FFE) und einer Hospitalisation in einer psychiatrischen Klinik geführt habe. Die 100%ige Arbeitsunfähigkeit in jeglicher Tätigkeit ab dem 1. November 2011 sei insbesondere von Dr. med. A. Fachärztin für Psychiatrie und Psychologie, attestiert worden, welche die Diagnosen einer bipolaren affektiven Störung und einer narzisstischen Persönlichkeitsstörung gestellt habe. Diese rückwirkende Beurteilung von Dr. A. sei angesichts der Schwere des psychischen Leidens und des Verlaufs bis hin zu einem Suizidversuch im Dezember 2011 durchaus glaubwürdig und selbst für einen medizinischen Laien nicht undenkbar. Auch sei von Dr. med. B. Fachärztin für Oto-Rhino-Laryngologie, welche sie, die Klägerin, am 24. November 2011 wegen Ohrbeschwerden behandelt habe, bestätigt worden, dass die somatischen Beschwerden bereits damals von psychischen Beschwerden überlagert worden seien. Sie selbst habe im Zeitraum Ende Oktober/Anfang November 2011 nicht erkennen können, dass sie bereits damals an einem Schub ihrer bipolaren Affektionsstörung erkrankt sei, weshalb sie sich nicht habe behandeln lassen. Dies sei für Menschen mit bipolaren

Affektionsstörungen in der manischen Phase mangels Krankheitseinsicht typisch. Auch die IV-Stelle gehe von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen seit dem 1. November 2011 aus und habe ihr eine ganze Rente ab dem 1. November 2012 zugesprochen. Die innova, die Krankentaggeldversicherung der Z. AG, lehne ihre Leistungspflicht unter Berufung auf das Rückwärtsversicherungsverbot von Art. 9 VVG ab, was korrekt sei, da das versicherte Risiko bei Antritt der Stelle bei der Z. AG am 1. Dezember 2011, dem Zeitpunkt, in welchem der Versicherungsschutz nach Art. E2.1 der AVB der innova beginne, bereits vollständig eingetreten gewesen sei. Auch ergebe sich keine Leistungspflicht der innova aus dem Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeld-Versicherern (Stand am 1. Januar 2006; Urk. 7/14). Dieses Abkommen komme nur zur Anwendung, wenn die versicherte Person beim Wechsel des Arbeitnehmers - und damit des Krankentaggeldversicherers - über eine Restarbeitsfähigkeit verfüge. Zudem habe dieses Abkommen zwischen den Versicherern keine direkte Auswirkungen auf das Rechtsverhältnis zwischen ihr, der Klägerin, und der Beklagten. Die Beklagte könne sich daher nicht darauf berufen (Urk. 6 S. 3 ff., Urk. 14 S. 2, Urk. 24 S. 2 ff.).

2 Die Beklagte bringt dagegen vor, aufgrund des Arbeitsvertrages und der Lohnzahlung könne nicht zweifelhaft sein, dass die Klägerin ab dem 15. November 2011 auf unbestimmte Zeit bei der Z. AG eine neue Tätigkeit im Umfang von 100 % angetreten habe. Die Y. AG sei einverstanden gewesen, das Arbeitsverhältnis vor dem 30. November 2011 aufzulösen, sofern die Klägerin vorher eine neue Arbeitsstelle finde. Die Y. AG habe nur deshalb den Lohn für den ganzen Monat November 2011 überwiesen, weil sie nichts von der neuen Anstellung bei der Z. AG gewusst habe. Eine Freistellung mit dem Einverständnis, unter Lohnfortzahlung gleichzeitig ein neues Arbeitsverhältnis einzugehen, sei den Akten nicht zu entnehmen. Die Y. AG und die Klägerin seien indes stillschweigend übereingekommen, das Arbeitsverhältnis mit der Aufnahme der neuen Tätigkeit bei der Z. AG am 14. November 2011 aufzuheben. Die Klägerin sei daher am 14. November 2011 aus dem Kreis der versicherten Personen ausgeschieden und habe ab dann keinen Versicherungsschutz für allfällige krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bei ihr, der Beklagten, gehabt. Aber selbst wenn das Arbeitsverhältnis bei der Y. AG erst am 30. November 2011 geendet hätte, wäre sie für die im November 2011 aufgrund einer Otitis media acuta rechtsbetont bei Infekt der oberen Atemwege attestierten vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit der Klägerin vom 21. bis 30. November 2011 zufolge der 60-tägigen Wartefrist nicht leistungspflichtig. Aber auch für die psychiatrisch bedingte Arbeitsunfähigkeit sei sie gestützt auf Art. B1 Abs. 1 AVB nicht leistungspflichtig. Denn eine leistungsberechtigte Krankheit liege danach nur vor, wenn damit kumulativ eine Arbeitsunfähigkeit und eine medizinische Untersuchung oder Behandlung einhergehe. Letzteres habe im November 2011 jedoch nicht stattgefunden. Die rückwirkend vorgenommene Einschätzung von Dr. A. sei ohne zeitnahe Behandlung der Klägerin erfolgt und angesichts der übrigen Aktenlage nicht schlüssig. Auch Dr. med. C., Spezialärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, bei der die Klägerin damals in psychiatrischer Behandlung gestanden habe, habe für den Zeitraum von Ende November bis am 23. Dezember 2011 keine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Es gehe zudem aus ihrer Stellungnahme hervor, dass im Zeitraum November/Dezember 2011 keine (psychiatrische) Behandlung stattgefunden habe. Aktenkundig seien im Zeitraum des Stellenwechsels allein die Hörprobleme der Klägerin. Im Übrigen wäre selbst unter der Annahme einer Krankheit im Sinne von Art. B1 Abs. 1 AVB ab dem 1. November 2011 gestützt auf Art. 4 Abs. 2 des Freizügigkeitsabkommens unter den Krankentaggeld-Versicherern spätestens ab dem 1. Dezember 2011 trotz des Verweises auf Art. 9 VVG die innova für die Behandlung und Abwicklung der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit der Klägerin zuständig, auch wenn es zutrefte, dass sie, die Beklagte, sich zur Bestreitung von Leistungsansprüchen nicht direkt auf das Abkommen berufen könne. Für eine allfällige vorherige Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. November 2011 wäre sie, die Beklagte, jedenfalls wegen der 60-tägigen Wartefrist noch nicht leistungspflichtig (Urk. 20 S. 6 ff., Urk. 31 S. 2 ff.).

2.3 Strittig und zu prüfen ist, ob für eine krankheitsbedingte 100%ige Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ab dem 1. November 2011 eine Leistungspflicht der Beklagten aus der Krankentaggeldversicherung mit der Y. AG besteht.

3.

3.1 Auf die hier massgebliche, für die Klägerin geltende Krankentaggeldversicherung sind die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) / Die Krankentaggeldversicherung für das Personal, Ausgabe Juli 2006, anwendbar (Urk. 21/24, Urk. 21/27 S. 1). Der Inhalt des Vertrages ist gemäss Art. A1 AVB das Erbringen der in der Police aufgeführten Leistungen für die wirtschaftlichen Folgen von Krankheiten. Versichert sind gemäss der Versicherungspolice (Urk. 21/27) in Verbindung mit Art. B1 Abs. 1 AVB Krankheiten im Sinne von Art. B1 Abs. 1 AVB mit 90 % des AHV-Lohnes (Art. C3 AVB) während einer Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 60 Tagen.

3.2 Als Krankheit im Sinne der Versicherung gilt nach der Definition in Art. B1 Abs. 1 AVB jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert und eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit wird in Art. B4 Abs. 1 AVB definiert als eine ärztlich attestierte durch Krankheit bedingte Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabengebiet zumutbare Arbeit zu leisten. Berücksichtigt wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabengebiet.

3.3 Gemäss Art. C1 Abs. 1 AVB hat der Versicherte Anspruch auf Leistungen, wenn er nach ärztlicher Feststellung zu mindestens 25 % arbeitsunfähig ist. Bei voller Arbeitsunfähigkeit bezahlt die AXA das in der Police aufgeführte Taggeld (Art. C2 Abs. 2 AVB).

Die Wartefrist pro Krankheitsfall beginnt am Tag, an dem nach ärztlicher Feststellung die Arbeitsunfähigkeit einsetzt, frühestens jedoch 3 Tage vor der ersten ärztlichen Behandlung (Art. C8 AVB).

Der Versicherungsschutz erlischt nach Art. A2 Abs. 4 AVB für den einzelnen Versicherten unter anderem mit seinem Ausscheiden aus dem Kreis der versicherten Personen.

4.

4.1 Im November 2011 wurde die Klägerin von Dr. med. D., Facharzt für Allgemeine Medizin, gemäss dessen Bericht vom 9. Oktober 2012 am 23. November 2011 wegen Ohrproben beidseits mit einer Spülung behandelt. Eine Arbeitsunfähigkeit habe er damals nicht feststellen können. Weitere Konsultationen hätten nicht stattgefunden (Urk. 21/M4). Am 24. November 2011 suchte die Klägerin Dr. B. auf, die eine Otitis media acuta bei Infekt der oberen Atemwege diagnostizierte und eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 21. bis 30. November 2011 attestierte (Berichte vom 26. März 2011, Urk. 21/M1, und vom 28. September 2012, Urk. 21/M2, Arztzeugnis vom 24. November 2011, Urk. 21/M5c).

Gemäss dem Bericht von Dr. C. vom 12. April 2012, bei welcher die Klägerin seit Dezember 1997 in ambulanter psychiatrischer Behandlung gestanden habe, habe die Klägerin in den Jahren 1990 bis 2006 wiederholt unter leichten, mittelschweren und schweren depressiven Episoden gelitten. Im Jahr 1990 sei es deswegen zu einer Hospitalisation in der Psychiatrischen Klinik E. gekommen. In den Jahren seit 1997 seien 1997, 1998, 2000 und 2004 jeweils kurze depressive Episoden, die ambulant hätten aufgefangen werden können und die nicht zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hätten, aufgetreten. Im März 2006 habe eine Kündigung der Arbeitsstelle zu einem nochmaligen Stimmungsbabfall mit leichter Depressivität mit vierwöchiger Arbeitsunfähigkeit geführt. Nach 2006 seien keine weiteren depressiven Einbrüche aufgetreten trotz beruflich anspruchsvollem Umfeld und Stellenwechsel. Die Klägerin habe in den letzten Jahren mehrere Stellenwechsel erlebt, wobei nach ihren Angaben sie entweder die schlechte Wirtschaftslage zur Kündigung geführt habe oder sie sich mit den Vorgesetzten überworfen habe. Seit Juni 2006 habe sich die Klägerin als psychisch beschwerdefrei bezeichnet und sei stimmungsmässig auch objektiv anlässlich der Kontrolluntersuchungen immer in der Mittellage gewesen. Im gegenseitigen Einverständnis hätten daher nur noch weitmaschige Kontrollen stattgefunden. Am Samstag, 21. Dezember 2011, habe sie mit der Klägerin wieder telefoniert, nachdem diese sie per E-Mail darüber informiert habe, dass sie ihre letzte Stelle im November 2011 und auch die neue Stelle, welche sie am 1. Dezember 2011 angetreten habe, am 16. Dezember 2011 wieder verloren habe. Sie habe sich beim Regionalen Arbeitsamt (RAV) angemeldet. Die Klägerin habe von ihr rückwirkend ein Arztzeugnis gewünscht, das habe bescheinigen sollen, dass sie ab Ende November 2011 krank gewesen sei und die neue Stelle krank angetreten habe. Diesem Anliegen habe sie nicht entsprechen können, da sie keine Kenntnis von einer psychischen Exazerbation gehabt habe, sondern von einer Mittelohrentzündung. Entsprechend habe sie sie an die ORL-Ärztin verwiesen. Am 25. Dezember 2011 habe sie vom Spital F. die Nachricht erhalten, dass die Klägerin am 24. Dezember 2011 einen Suizidversuch verübt habe. Anschliessend sei sie in die G. verlegt worden, wo sie vom 27. Dezember 2011 bis am 26. Januar 2012 hospitalisiert gewesen sei. Im Januar (2012) habe sie mehrfach Emails von der Klägerin und ihrer Rechtsanwältin erhalten mit der Aufforderung, der Klägerin rückwirkend ein Zeugnis über die Arbeitsunfähigkeit ab Ende November 2011 auszustellen, damit die Taggeldversicherung des letzten Arbeitgebers kostenpflichtig werde. Dieses Zeugnis auszustellen, sei ihr nicht möglich (gewesen), da sie keine Kenntnis von einer psychiatrisch begründeten Arbeitsunfähigkeit vor dem 24. Dezember 2011 gehabt habe. Sie könne eine Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen für den Zeitraum Ende November 2011 bis zum 23. Dezember 2011 weder bestätigen noch ausschliessen, da sie keine Kenntnis vom psychischen Zustand der Klägerin in dieser Zeit habe. Die Klägerin habe sich jedenfalls diesbezüglich weder bei ihr gemeldet noch im Telefongespräch vom 17. Dezember 2011 Angaben zu einer psychischen Verschlechterung gemacht. Am 4. Februar 2012 habe sie die Klägerin ambulant gesehen. Sie sei sehr aufgebracht gewesen, dass sie nicht bereit gewesen sei, ihr ein rückwirkendes Arbeitsunfähigkeitszeugnis auszustellen. Aufgrund der inzwischen gänzlich divergenten Vorstellungen von Zusammenarbeit und Behandlung seien sie und die Klägerin übereingekommen, dass sie sich künftig durch einen anderen Arzt behandeln lasse (Urk. 21/M6).

In Behandlung zu Dr. A. begab sich die Klägerin gemäss den Berichten vom 13. April 2012 und 10. Juli 2013 erstmals am 21. Februar 2012, dies nach der stationären Behandlung in der G. vom 27. Dezember 2011 bis am

26. Januar 2012 (Austrittsbericht vom 1. Februar 2012, Urk. 21/M2d) mit anschliessender halbstationärer Unterbringung bei einer Gastfamilie bis am

17. Februar 2012 (Urk. 21/M3a S. 1 f., Urk. 21/M7 S. 1). Dr. A. diagnostizierte eine bipolare affektive Störung im Sinne einer bipolaren II Störung, gegenwärtig gemischte Episode (ICD-10 F31 81) mit Status nach erstmaligem Suizidversuch am 27. Dezember 2011, im Längsschnitt vorwiegend rezidivierende depressive Phasen bestehend seit 1988 bei narzisstischer Persönlichkeitsstörung (ICD-10 F60 80) bestehend seit der Adoleszenz (Urk. 21/M3a S. 1). Die Klägerin habe sich während der psychiatrischen Behandlung durch Dr. C. nicht mehr auf eine intensive Behandlung eingelassen. Die Klägerin habe

Dr. C. nur ein bis zwei Mal pro Jahr für eine kurze Standortbestimmung und Ausstellung eines neuen Medikamentenrezepts, zuletzt gar nur telefonisch, konsultiert. Da die depressiven Phasen daher nicht dokumentiert seien, könnten sie nicht richtig abgegrenzt werden. Sicherlich sei die Klägerin aber zumindest subklinisch immer wieder erheblich depressiv gewesen. Wirklich symptomfreie Intervalle seien gar nicht zu eruieren. Von 2006 bis 2009 sei sie zuletzt regulär angestellt gewesen, dies als Headhunterin für Kaderstellen. Konflikte mit den beiden Vorgesetzten hätten zu ihrer Entlassung geführt. Danach sei sie erstmals ein Jahr lang arbeitslos gewesen und depressiv. Mit finanzieller Unterstützung durch ein bekanntes Ehepaar habe sich die Klägerin selbständig gemacht, wobei sie nun die Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit verloren habe. Erschöpfung beziehungsweise depressive Symptomatik und die wirtschaftliche Krise hätten zu mangelndem Umsatz und der Aufgabe der selbständigen Tätigkeit im Oktober 2011 geführt. Die Klägerin habe sich zwar gleich wieder aufzurichten versucht und offenbar auch immer wieder bei ihren Bewerbungsgesprächen Arbeitgeber zu imponieren vermocht und im Dezember 2011 eine neue Anstellung erhalten. Diese habe sie aber innerhalb von fünf Tagen wieder verloren, wofür die Klägerin eine Otitis geltend mache. De facto sei sie aber mittlerweile so depressiv gewesen, dass sie nun (am 24. Dezember 2011) das schon lange gesammelte Temesta in suizidaler Absicht eingenommen habe (Urk. 21/M3a S. 2 f.).

Gemäss den Berichten vom 13. April 2012 (Urk. 21/M3a S. 6), vom 5. Oktober 2012 (Urk. 21/M3) und vom 10. Juli 2013 (Urk. 21/M7 S. 4) zuhanden der IV-Stelle und des Rechtsvertreters der Klägerin attestierte Dr. A. eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % seit dem 1. November 2011 mit dem Hinweis darauf, dass die Aufgabe des eigenen Geschäfts in depressivem Zustand im Oktober 2011 erfolgt sei. Im Bericht vom 30. Mai 2012 zuhanden der innova erklärte Dr. A. es bestehe seit dem 1. Dezember 2011 krankheitsbedingt eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit im angestammten Tätigkeitsbereich. Vor dem Suizidversuch sei jahrelang Venlafaxin und Fluoxetin eingesetzt worden, worunter die Klägerin nun Ende Oktober 2011 dennoch (schwer) dekompenziert habe (Urk. 21/M3b S. 1 f.).

4.2

4.2.1 Mit gegebener Aktenlage ist - insoweit unstrittig - ausgewiesen, dass die Klägerin in der hier relevanten Zeit im November 2011 allein von Dr. D.____ am 23. November (Urk. 21/M4) und von Dr. B.____ am 24. November 2011 (Urk. 21/M1-M2) und zudem ausschliesslich wegen Ohrbeschwerden untersucht und behandelt wurde. Fest steht auch, dass von Dr. B.____ wegen dieses Ohrleidens eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 21. bis 30. November 2011 attestiert wurde. Eine Konsultation wegen psychischer Beschwerden mit der Folge eines Attests der Arbeitsunfähigkeit fand im November 2011 nicht statt. Daran ändert auch nicht, dass Dr. B.____ rund ein Jahr später im Bericht vom 28. September 2012 zuhanden des Rechtsvertreters der Klägerin festhielt, dass nach ihrem Eindruck die somatischen Beschwerden schon anlässlich der Erstkonsultation am 24. November 2011 von psychischen Problemen überlagert worden seien (Urk. 21/M2). Denn weder gegenüber Dr. D.____ noch gegenüber Dr. B.____ hatte die Klägerin gemäss deren Berichte über psychische Beschwerden geklagt. Solche Beschwerden wurden im November 2011 weder untersucht noch behandelt. Insbesondere meldete sich die Klägerin bei der zuvor seit Jahren konsultierten Psychiaterin Dr. C.____ erst Mitte Dezember 2011 (Urk. 21/M6). Auch die Behandlung durch die Ärzte der G.____ und Dr. A.____ begann erst Ende 2011 respektive im Februar 2012.

Damit ist bezüglich der psychischen Erkrankung der Krankheitsbegriff von Art. B1 Abs. 1 AVB in Verbindung mit Art. B4 Abs. 1 AVB nicht erfüllt. Wie die Beklagte zutreffend geltend macht, bedarf es dazu einer Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die kumulativ eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert und eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Dass die betreffende Krankheit mit einer medizinischen Behandlung oder Untersuchung, aufgrund derer eine Arbeitsunfähigkeit ärztlich attestiert wurde, einherzugehen hat, wird auch aus Art. C8 AVB deutlich. Darin wird bestimmt, dass die Wartezeit pro Krankheit an jenem Tag beginnt, an dem nach ärztlicher Feststellung die Arbeitsunfähigkeit einsetzt, frühestens jedoch drei Tage vor der ersten ärztlichen Behandlung. Eine andere Interpretation lässt der klare Wortlaut dieser Bestimmungen nicht zu und wird von der Klägerin im Übrigen auch nicht geltend gemacht (vgl. etwa die Replik in Urk. 24 S. 12 zu Ziff. 3.10 der Klageantwort, Urk. 20 S. 9). Auch wenn es vorkommen mag, dass eine versicherte Person trotz einer psychischen Erkrankung sich mangels Krankheitseinsicht nicht in ärztliche Behandlung begibt, wie dies die Klägerin ausführt (Urk. 24 S. 12), so ändert dies nichts daran, dass eine solche (auszeitliche) ärztliche Behandlung oder Untersuchung, die hier fehlt, eine zu erfüllende Voraussetzung für die Leistungspflicht der Beklagten darstellt.

Aus der von Dr. A.____ mehr als drei Monate rückwirkend, ohne damalige Untersuchung oder Behandlung ab dem 1. November 2011 attestierten 100%igen Arbeitsunfähigkeit kann die Klägerin daher nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dies unabhängig davon, welche Schlüsse die IV-Stelle bezüglich der invalidenversicherungsrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen daraus zog.

4.2.2 Das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Y.____ AG wurde ihr per Ende November 2011 gekündigt (Urk. 21/1b). Damit schied sie aus dem Kreis der durch die Krankentaggeldversicherung mit der Beklagten versicherten Personen aus, so dass der Versicherungsschutz für die Klägerin spätestens ab dem 1. Dezember 2011 erloschen war (Art. A2 Abs. 4 AVB). Der aufgrund der Ohrbeschwerden am 21. November 2011 im Sinne von Art. B1 Abs. 1 AVB eingetretene Krankheitsfall war am 30. November 2011 beendet. Wegen der vereinbarten Wartezeit von 60 Tagen (Urk. 21/27 S. 2) ab dem 21. November 2011 (Art. C8 AVB) sind hierfür keine Krankentaggelder geschuldet. Ein weiterer Krankheitsfall im Sinne der AVB ist bis Ende November 2011, wie hiervor erläutert (E. 4.2.1), nicht eingetreten. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Y.____ AG bereits am 14. Oktober 2011, mithin vor dem Beginn des neuen Arbeitsvertragsverhältnisses der Klägerin mit der Z.____ AG am 15. November 2011 (Urk. 2/6), stillschweigend aufgelöst wurde und der Versicherungsschutz für die Klägerin bereits vor ihrer Arbeitsunfähigkeit am 21. November 2011 erloschen war, wie dies die Beklagte vorbringt.

4.2.3 Ebenfalls nicht beurteilt zu werden braucht, ob die innova ihre Leistungspflicht gemäss ihrem Schreiben vom 25. Juli 2012 gestützt auf Art. 9 VVG (Urk. 7/10) zu Recht verneinte. Denn die Leistungsverweigerung der innova als Krankentaggeldversicherung der nachfolgenden Arbeitgeberin der Klägerin vermag auch dann keine Leistungspflicht der Beklagten zu begründen, wenn sie die Leistung von Krankentaggeldern gestützt auf Art. 9 VVG (Rückwärtsversicherungsverbot; vgl. BGE 127 III 21) ablehnte.

4.2.4 Sämtliche weiteren Vorbringen der Klägerin führen zu keinem anderen Ergebnis und von weiteren Beweissmassnahmen sind keine anderen entscheidungsrelevanten Erkenntnisse zu erwarten, weshalb davon abzusehen ist (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 4.2).

4.3 Nach dem Gesagten hat die Klägerin gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf Krankentaggelder für die Zeit ab November 2011. Die Klage ist folglich abzuweisen.

5. Gemäss Art. 114 lit. e ZPO werden bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine Gerichtskosten gesprochen. Das Verfahren ist kostenlos.

Die Beklagte macht Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin geltend (Urk. 20 S. 2). Die Prozessentschädigung an die Parteien ist nicht Gegenstand von Art. 114 lit. e ZPO (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Es gilt nach wie vor die Praxis des Bundesgerichts, dass dem nicht anwaltlich vertretenen Versicherungsträger grundsätzlich keine Parteientschädigung zusteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2013 vom 27. August 2013, E. 5). Da die Beklagte im vorliegenden Verfahren nicht durch einen externen Anwalt vertreten war, ist ihr für ihr Obsiegen daher keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

- 1 Die Klage wird abgewiesen.
- 2 Das Verfahren ist kostenlos.
- 3 Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
- 4 Zustellung gegen Empfangsschein an:

Rechtsanwalt Dr. Pierre Heusser

AXA Versicherungen AG

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht F NMA

5. 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 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

Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin

GrünigHartmann