

I. Kammer
Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende
Sozialversicherungsrichterin Maurer Reiter
Ersatzrichter Wilhelm
Gerichtsschreiberin Hartmann

Urteil vom 30. Dezember 2015

in Sachen

X.____

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Reto Zanotelli
Schraner & Partner Rechtsanwälte
Weinbergstrasse 43, 8006 Zürich

gegen

SWICA Krankenversicherung AG
SWICA Gesundheitsorganisation, Rechtsdienst
Römerstrasse 38, 8401 Winterthur
Beklagte

Sachverhalt:

1.

1.1 X.____, geboren 1959, ist als Inhaber des Einzelunternehmens Y.____ (Urk. 2/2) bei der SWICA Krankenversicherung AG (nachfolgend: SWICA) krankentaggeldversichert nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), und zwar für ein Krankentaggeld von 100 % der fixen Lohnsumme von Fr. 120'000.-- für die Dauer von 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen pro Fall (Police BUSINESS COMPACT Krankentaggeld, Vertragsbeginn ab Januar 2010, Urk. 2/1/1).

Mit Formular vom 14. September 2012 meldete er der SWICA eine krankheitsbedingte 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 9. Juli 2012 (Urk. 9/19). Die SWICA erbrachte nach Ablauf der 30tägigen Wartezeit Krankentaggelder bis zum 31. Dezember 2013 (Urk. 2/4, Urk. 9/10), wobei sie die Taggeldleistungen gestützt auf das von ihr eingeholte Gutachten von Dr. med. Z.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sowie Pharmazeutische Medizin, vom 26. August 2013 (Urk. 9/11) ausgehend von einer Arbeitsunfähigkeit im August 2013 von 80 %, ab September 2013 auf 50 % und ab November 2013 auf 25 % kürzte sowie ab Januar 2014 vollständig einstellte (Urk. 9/11 S. 5; Urk. 9/10).

1.2 Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle (nachfolgend: IV-Stelle), verneinte mit Verfügung vom 16. Dezember 2013 einen Anspruch von X.____ auf Leistungen der Invalidenversicherung mangels eines invalidenversicherungsrechtlich relevanten Gesundheitsschadens (Urk. 9/6). Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich im Verfahren Nr. IV.2014.00132 mit Urteil vom 24. Juni 2014 ab (Urk. 10 S. 12). Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

2. Mit Eingabe vom 16. Juli 2014 erhob der Versicherte Klage gegen die SWICA und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm den Betrag von Fr. 38'940.25 zuzüglich 5 % Zins ab dem 16. Juli 2014 zu bezahlen (Urk. 1 S. 2). Die Beklagte ersuchte in der Klageantwort vom 3. September 2014, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, eventualiter sei ein psychiatrisches Gutachten beizuziehen, subeventualiter sei das laufende Verfahren zu sistieren bis ein rechtskräftiges Urteil betreffend IV-Rente vorliege (Urk. 8 S. 2). Mit Verfügung vom 4. September 2014 wurde das Urteil des hiesigen Gerichts IV.2014.00132 vom 24. Juni 2014 als Urk. 10 zu den Akten genommen (Urk. 11). Die Parteien hielten in der Replik vom 1. Oktober 2014 (Urk. 13 S. 1) und in der Duplik vom 23. Oktober 2014 (Urk. 17 S. 2) 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.

1.1 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 Beweismündigkeit 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). Zudem gilt ein numerus clausus der Beweismittel, das heisst die zulässigen Beweismittel sind in Art. 168 Abs. 1 ZPO abschliessend aufgezählt (Urteil des Bundesgerichts 4A_178/2015 vom 11. September 2015 E. 2.5.1 zur Publikation vorgesehen). Ausserdem gilt hinsichtlich der Parteianträge die Dispositionsmaxime. Danach darf das Gericht einer 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)

1.3 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 Allgemeinen Vertragsbedingungen 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 Vertragsbedingungen (AVB) für die kollektive Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2006 (Urk. 9/21), anwendbar (Urk. 2/1/1 S. 4). Nach Ziff. 2 AVB gewährt die Beklagte Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheiten und Geburt im Rahmen der vereinbarten Leistungen. Gemäss seiner Police werden pro Fall 100 % der fixen Lohnsumme von Fr. 120'000.-- während einer Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen geleistet (Urk. 2/1/1 S. 2 f.).

2.2 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 Nach Ziff. 12 AVB bezahlt die Beklagte bei voller Arbeitsunfähigkeit das im Vertrag aufgeführte Taggeld, wenn die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % wird das Taggeld gemäss Ziff. 13 AVB entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet.

3.

3.1 Der Kläger begründet seine Klage und Forderung von Fr. 38'940.25 zuzüglich 5 % Zins damit, dass die Beklagte trotz der jeweiligen echtzeitlichen Feststellungen der Arbeitsunfähigkeit von 70 % im Monat September 2013, von 60 % in den Monaten Oktober und November 2013 und von 50 % ab Dezember 2013 bis zum 31. Mai 2014 und ab dann von 40 % bis zur Ausschöpfung des Taggeldanspruches am 9. Juli 2014 nur Taggeldleistungen für die Arbeitsunfähigkeit von 50 % in den Monaten September und Oktober 2013 sowie von 25 % in den Monaten November und Dezember 2013 bezahlt habe. Der Konsiliarbericht von Dr. Z.____ vom 26. August 2013, auf den sie sich dabei stütze, erfülle die Anforderungen der Rechtspraxis und der Qualitätsleitlinien für psychiatrische Gutachten nicht und vermöge das jeweils echtzeitlich festgestellte, auf der Taggeldkarte und in den Verlaufsberichten (der behandelnden Ärzte) attestierte Ausmass der Arbeitsunfähigkeit nicht zu widerlegen. Es handle sich dabei vielmehr um einen zum Zweck der optimalen Wahrung des wirtschaftlichen Interesses der Beklagten verfassten Parteibericht. Die von Dr. Z.____ getroffenen Annahmen zur künftigen gesundheitlichen Entwicklung mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit würden lediglich in optimistischer Zuversicht gestellte Prognosen darstellen. Demgegenüber werde in den Verlaufsberichten von Dr. med. A.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, mit gut nachvollziehbarer Begründung aufgezeigt, dass gemäss den jeweiligen echtzeitlichen Feststellungen und entgegen den früheren Prognosen von Dr. Z.____ die Symptomatik mit einer erheblich stärkeren Einschränkung der Arbeitsfähigkeit und auch noch über einen längeren Zeitraum hinweg anhalte. Die von Dr. Z.____ unter dem Eindruck des einmaligen kurzen Kontaktes gestellte Diagnose habe sich im weiteren Verlauf als unhaltbar erwiesen. Denn Dr. A.____ habe schlüssig mit detaillierten Befunden begründet dargelegt, dass eine chronisch rezidivierende depressive Störung bei Persönlichkeitsproblematik mit Störung der Selbstwert-regulierung vorliege, welche die tatsächlich langsamere Entwicklung zur Besserung erkläre. Die restriktive Rechtspraxis betreffend die invalidenrechtliche Relevanz einer Gesundheitsschädigung für bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit im Sinne von Art. 8 ATSG gelte gerade nicht für die Beurteilung der Leistungspflicht für die Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 6 ATSG. Auch gelte die invalidenversicherungsrechtliche Überwindbarkeitspraxis nicht für zeitlich begrenzte Taggeldleistungen. Auch wenn keine invalidisierende oder eine grundsätzlich überwindbare Gesundheitsstörung vorliege, müsse die Beklagte aufgrund von Ziff. 12 AVB dennoch das Taggeld für die Dauer der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit ausrichten. Das Urteil vom 24. Juni 2014 vermöge daher keine Leistungsbefreiung zugunsten der Beklagten zu präjudizieren, welches sich zudem nicht auf den hier relevanten Zeitraum von September 2013 bis zum 9. Juli 2014 beziehe (Urk. 1 S. 6 ff., Urk. 13).

3.2 Die Beklagte bringt dagegen vor, Dr. Z.____ habe in seinem Gutachten vom 26. August 2013 ausdrücklich betont, dass es sich bezüglich des betreffenden Zeitraumes keinesfalls um eine Prognose des weiteren Krankheitsverlaufes, sondern um eine medizinische Übergangsfrist handle, welche im äussersten Fall eine Arbeitsunfähigkeit überhaupt noch rechtfertigen lasse. Es handle sich bei Dr. Z.____ um einen unabhängigen, externen Fachspezialisten, der in keinem Vertragsverhältnis zu ihr stehe und im Zeitpunkt der Begutachtung über die vollständigen Akten verfügt habe, womit er nach der persönlichen Untersuchung des Klägers eine fundierte Beurteilung habe abgeben können. Auch erfülle das Gutachten die qualitativen Anforderungen. Sie, die Beklagte, sei dazu ermächtigt, eine Untersuchung durch einen von ihr ausgewählten Arzt zu veranlassen und es wäre in Bezug auf die Kritik, dass nur eine einzige Exploration stattgefunden habe, nicht sinnvoll gewesen, wenn der Kläger über einen längeren Zeitraum hinweg mehrere Spezialisten hätte konsultieren müssen. Zudem sei auf die Erfahrungstatsache hinzuweisen, dass behandelnde Ärzte, wie Dr. med. B.____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, und Dr. A.____, im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen würden, weshalb ihnen im Vergleich zu einem Gutachten, wie jenem unabhängigen Gutachten von Dr. Z.____, geringere Beweiskraft zukomme. Hinzu komme, dass die Berichte von Dr. A.____ auf Empfehlung der Rechtsvertreter des Klägers erfolgt seien und daher nicht in erster Linie medizinisch motiviert erscheinen würden. Im Übrigen werde auf die Verfügung der IV-Stelle verwiesen. Ausserdem sei im Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 24. Juni 2014 sehr wohl auf die Differentialdiagnose von Dr. A.____ und dessen Bericht vom 23. Dezember 2013 sowie dessen E-Mail vom 28. Januar 2014 eingegangen und dazu festgehalten worden, dass die Diagnose einer mittelgradig ausgeprägten depressiven Episode regelmässig keinen verselbständigten Gesundheitsschaden

darstelle. Diese Diagnose und auch eine Anpassungsstörung mit einer längeren depressiven Episode würden kein invalidisierendes psychisches Leiden darstellen, da beide überwindbar seien und mit einer zumutbaren Willensanstrengung die angestammte Tätigkeit zu 100 % ausgeübt werden könne. Das Urteil vom 24. Juni 2014 sei hier zu berücksichtigen, unter anderem weil die Überwindbarkeitsrechtsprechung des Bundesgerichts auf privatrechtliche Versicherungsverhältnisse anwendbar sei (Urk. 8 S. 3 ff., Urk. 17 S. 2 ff.).

3.3 Die Parteien sind sich darin einig, dass der Versicherungsfall Krankheit mit wirtschaftlichen Folgen (Ziff. 2 AVB) beim Kläger aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit von über 25 % ab dem 9. Juli 2012 bis Ende 2013 bestand.

Strittig und zu prüfen ist, ob die Beklagte zu Recht die Krankentaggeldleistungen ab September 2013 auf 50 % und ab November 2013 auf 25 % kürzte sowie ab Januar 2014 einstellte, beziehungsweise ob der Kläger einen höheren und weiteren Anspruch auf Taggelder bis 9. Juli 2014 hat.

4.

4.1

4.1.1 In medizinischer Hinsicht liegen die folgenden ärztlichen Berichte vor:

Aus dem Bericht von Dr. med. B.____ vom 14. Juni 2012 (richtig wohl: 14. Oktober 2012; vgl. Eingangsdatum vom 24. Oktober 2012, Urk. 9/15 S. 1) zuhanden der Swica geht hervor, dass sich der Kläger am 30. Juli 2012 zu ihr in psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung begeben hatte. Sie habe bei ihm eine Anpassungsstörung mit schwerem depressivem Zustandsbild in Folge einer Reihe von schweren psychosozialen Belastungsfaktoren (ICD-10 F43.21), eine chronische Erschöpfung (ICD-10 F48.0) und eine Persönlichkeitsveränderung nach einer Reihe von traumatischen Erfahrungen in der Kindheit und im Erwachsenenalter (ICD-10 F62.0) festgestellt. Im psychopathologischen Bild würden eine innerliche Leere, Ängstlichkeit, Antriebsmangel, eine depressive Stimmungslage mit Interessenlosigkeit, ausgeprägte Schlafstörungen, Zukunftsängste, eine verdrängte Aggressivität wie auch massive Konzentrations- und Aufmerksamkeitsstörungen dominieren. Diese Symptome würden eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % begründen. Zu Beginn der Behandlung sei dieser mit Cymbalta in steigender Dosierung behandelt worden. Trotz der medikamentösen und intensiven psychotherapeutischen Behandlung habe sich sein Zustandsbild nicht verbessert, weshalb eine Umstellung der Medikation auf Cipralex erfolgt sei. Im psychotherapeutischen Setting stünden die Bearbeitung der konflikthafter frühkindlichen Entwicklung, der depressiven Stimmungslage, die Bearbeitung und Klärung der aktuellen Situation mit der Ehefrau, die Entwicklung neuer Abwehrstrategien und die Stabilisierung seines mangelnden Selbstvertrauens im Vordergrund (Urk. 9/15). Im Bericht vom 7. Januar 2013 hielt Dr. B.____ zudem fest, dass die nach wie vor bestehenden Symptome die Gründe der weiterhin andauernden Arbeitsunfähigkeit von 100 % seien (Urk. 9/16).

4.1.2 Gemäss dem versicherungsmedizinischen psychiatrischen Konsilium von Dr. Z.____ vom 26. August 2013 untersuchte er den Kläger am 19. August 2013 (Urk. 9/11). Danach stellte er die Diagnose einer Anpassungsstörung mit längerer depressiver Reaktion (ICD-10 F43.21). Er befand, die Erkrankung sei in erster Linie als psychische Reaktion auf eine für den Kläger nachvollziehbar schwierige persönliche Lage sowohl in beruflicher als auch in familiärer Hinsicht aufzufassen. Die aktuelle Konstellation entspreche einer narzisstischen Krise. Objektiv sei das Krankheitsbild mehrheitlich abgeklungen. Differentialdiagnostisch sei die Einschätzung von Dr. B.____ in Betracht zu ziehen. Diese habe zusätzlich zur Anpassungsstörung eine chronische Erschöpfung (ICD-10 F48.0) festgestellt; eine solche habe sich angesichts eines rückläufigen Befundes jedoch aktuell nicht mehr rekonstruieren lassen und sei für das Festlegen des weiteren Vorgehens auch von untergeordneter Bedeutung. Aufgrund der Schilderungen des Klägers sei ganz offensichtlich, dass das Krankheitsgeschehen deutliche erlebnisreaktive Züge mit Blick auf eine Kränkung im familiären wie auch im beruflichen Bereich aufweise. Hinweise auf eine affektive Erkrankung mit episodentem Verlauf einer Depression beziehungsweise eine bipolare Störung seien in der Vorgeschichte nicht vorhanden.

Zum psychopathologischen Befund hielt Dr. Z.____ fest, dass sich der Kläger weitgehend wieder in einer ausgeglichenen Stimmungslage präsentiert habe. Die affektive Auslenkbarkeit sei ebenfalls überwiegend intakt gewesen. Im Affekt habe der Kläger allerdings mit Blick auf für ihn belastende Umstände im Privat- und Berufsleben nach wie vor gedemütigt, an sich zweifelnd, pessimistisch und gekränkt gewirkt. Er sei situationsangemessen aufgetreten, habe mit fester Stimme gesprochen und sei in der Lage gewesen, Blickkontakt zu halten. Die kognitiven Fähigkeiten wie Konzentration, Auffassung, Merkfähigkeit, Erinnerung und Umstellungsfähigkeit im Gespräch seien im Rahmen der klinischen Prüfung während der Evaluation intakt gewesen, obschon der Kläger angegeben habe, unkonzentriert zu sein. Ein flüssiger Gesprächsverlauf sei durchgehend möglich gewesen. Im Erscheinen habe der Kläger gepflegt gewirkt. Im formalen Denken sei er strukturiert und geordnet gewesen. Das inhaltliche Denken sei im Rahmen der Evaluation situationsentsprechend auf die Schilderung von Biographie und Krankheitsentwicklung gerichtet gewesen. Gedanklich habe eine Beschäftigung mit der belastenden persönlichen Situation im Rahmen ehelicher und beruflicher Krisen während der letzten rund anderthalb Jahre überwogen. Dieser Befund sei mit einer reaktiven Depression vereinbar, die inzwischen bereits weitgehend abgeklungen sei. Der Kläger sei in seinem Denken und Handeln mehrheitlich wieder nach vorne orientiert und wirke emotional zwar gefestigter, wenngleich immer noch beträchtlich gekränkt, gedemütigt und an sich zweifelnd. Es sei vorläufig ein Fortführen der ärztlichen Behandlung durch Dr. A.____ zu empfehlen. Die ambulante Behandlung sei endständig, weitere, darüber hinausgehende Behandlungsmassnahmen kämen aus psychiatrischer Sicht nicht mehr in Betracht. Lohnd würd ihm vor allem eine psychotherapeutische Bearbeitung prominenter struktureller Züge des Klägers erscheinen, dies vor allem mit Blick auf die offensichtlich bestehende Kränkungsneigung, wie sie anlässlich der narzisstischen Krise in Erscheinung getreten sei.

Bis Ende August 2013 sei aus psychiatrischer Sicht eine Teilarbeitsunfähigkeit von 80 % angemessen. Für die Monate September und Oktober 2013 erwarte er wieder eine Teilarbeitsfähigkeit von 50 %, für die beiden

nachfolgenden Monate November und Dezember 2013 eine solche im Umfang von 75 %. Ab Anfang Januar 2014 gehe er wieder von einer vollständigen Arbeitsfähigkeit des Klägers als selbständiger Treuhänder aus. Bei dem genannten Zeitraum der (Teil-)Arbeitsunfähigkeit bis Ende Dezember 2013 handle es sich keinesfalls um eine Fristansetzung auf Prognose des weiteren Krankheitsverlaufes, sondern lediglich noch um eine medizinisch äusserstenfalls begründbare Übergangsfrist, die das Attestieren von Arbeitsunfähigkeit überhaupt noch rechtfertigen lasse (Urk. 9/11 S. 4 ff.).

4.1.3 Dem Bericht von Dr. med. A.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 23. Dezember 2013 (Urk. 9/5), mit welchem er Fragen der Swica (Urk. 9/7 S. 2) beantwortete, ist zu entnehmen, dass sich der Kläger seit dem 12. August 2013 in seiner integrierten psychiatrisch-psychotherapeutischen Behandlung befinde. Dr. A.____ stellte die Diagnose einer Anpassungsstörung mit längerer depressiver Reaktion (ICD-10 F43.21) sowie die Differentialdiagnose einer mittelgradig ausgeprägten depressiven Episode (ICD-10 F32.1). Ferner äusserte er den Verdacht auf das Bestehen einer Persönlichkeitsproblematik mit einer Störung der Selbstwertregulation. Zum psychopathologischen Befund hielt Dr. A.____ im Wesentlichen fest, dass der Kläger wach, bewusstseinsklar und orientiert sei. Er befinde sich in einer deprimierten Stimmungslage und in einem Zustand der Anhedonie. Sein Antrieb sei reduziert und seine Zukunftsperspektive sei negativ. Psychomotorisch wirke der Kläger ängstlich-angespannt. Sein Denken sei etwas eingeengt auf die schwierige Arbeitssituation und die Belastung durch die vermehrte Präsenz im Büro, ebenso auf Unstimmigkeiten im Kontakt mit Behörden. Er gebe an, unter einer massiven sozialen Isolation, Schlafstörungen und Tagesmüdigkeit zu leiden. Die subjektiv geklagten Beschwerden könnten anhand des psychopathologischen Befundes objektiviert werden. Seit Anfang der Behandlung bei ihm habe eine sukzessive Besserung der Beschwerden und eine Erhöhung der Arbeitsfähigkeit von anfangs 20 % auf 50 % ab dem 1. Dezember 2013 erreicht werden können. Der limitierende Faktor sei neben der raschen Erschöpfbarkeit und Tagesmüdigkeit die deprimierte Grundstimmung sowie eine Selbstwertproblematik und Impulskontrollstörung. Dr. Z.____ habe nach seiner Untersuchung vom 19. August 2013 erklärt, dass möglicherweise akzentuierte Persönlichkeitszüge am Zustandekommen der gesundheitlichen Krise beteiligt gewesen seien. Die aktuelle Behandlung bestätige eine strukturelle, frühe Störung, wodurch auch der protrahierte Verlauf und die interpersonellen Probleme verständlich seien (Urk. 9/5).

Gemäss der E-Mail von Dr. A.____ vom 28. Januar 2014 befand sich der Kläger weiterhin in einem depressiven Zustand. Es seien psychopathologische Symptome vorhanden, welche eindeutig auf eine leistungsreduzierende Gesundheitsstörung hinwiesen, nämlich Antriebsmangel mit Tagesmüdigkeit, rasche Erschöpfbarkeit, eine deprimierte Stimmungslage, eine negative Zukunftsperspektive, Gefühle der Hoffnungslosigkeit, Insuffizienzerleben, Gedankenkreisen, Konzentrationsstörungen, Aufmerksamkeitsstörungen, Schlafstörungen und eine Störung der Appetenz. Eine Arbeitstätigkeit von mehr als 50 % sei nicht zumutbar. Psychosoziale Faktoren würden zwar eine Rolle spielen bei der Verstärkung der Symptomatik, es liege jedoch eine psychische Störung mit Krankheitswert vor, nämlich eine depressive Störung, aktuell mittelgradig ausgeprägt (ICD-10: F32.1). Eine Willensanstrengung zur Überwindung dieser ausgeprägten psychopathologischen Symptome sei medizinisch nicht möglich. (Urk. 2/15).

Im Bericht vom 30. März 2014 (Urk. 9/3) führte Dr. A.____ sodann die Diagnose einer chronisch rezidivierenden depressiven Störung, aktuell: leichte bis mittelgradig ausgeprägt (ICD-10 F33.1) bei Persönlichkeitsproblematik mit Störung der Selbstwertregulation (ICD-10 Z73.1, DD: F60.8) auf. Zur Begründung führte er aus, es habe in den letzten drei Monaten durch die kontinuierliche Behandlung eine weitere leichte Besserung der Beschwerden und insgesamt eine Erhöhung der Leistungs- beziehungsweise Arbeitsfähigkeit erreicht werden können. Andererseits sei es wiederholt zu emotionalen Krisen mit kurzfristiger Verschlechterung der Beschwerden im Rahmen des ausgeprägten psychosozialen Drucks, zum Beispiel das Sistieren der Krankentaggelder oder eine unberechtigte polizeiliche Aktion des Betriebsamtes. Nach solchen Ereignissen hätten sich die Beschwerden jeweils verschlechtert. Es sei dann zu einer Verstärkung des sozialen Rückzugs, zu resignativen Gedanken, Hoffnungslosigkeit, verstärkter Tagesmüdigkeit und rascher Erschöpfbarkeit sowie zu einer Verschlechterung der Stimmungslage gekommen. Die Aufmerksamkeit und die Konzentrationsfähigkeit seien in solchen Phasen wesentlich schlechter und dadurch auch die Leistungsfähigkeit. Die geplante gestufte Erhöhung der Arbeitsfähigkeit auf 100 % habe nicht realisiert werden können. Es sei in den letzten drei Monaten bis einschliesslich März 2014 eine Arbeit- und Leistungsfähigkeit von 50 % gegeben gewesen. Im Verlauf der Behandlung sei deutlich geworden, dass es sich um eine komplexe depressive Erkrankung auf der Grundlage einer Persönlichkeitsproblematik handle und die leistungsreduzierte Symptomatik willentlich nicht positiv zu beeinflussen sei. Belastungssituationen oder Übergriffe würden die depressive Spirale vor allem durch Verstärkung der vorhandenen Selbstzweifel und Minderwertigkeitsgefühle verstärken, welche wiederum zu einer Denkblockade mit Konzentrationsstörungen, Auffassungsschwierigkeiten und gedankliche Einengung auf die Thematik der ungerechten Behandlung führen würden. Medikamentös sei weiterhin eine Antidepressiva-Behandlung mit 20 mg Cipralax indiziert (Urk. 9/3). Im Verlaufsbericht vom 1. Juli 2014 (Urk. 2/17), gemäss welchem er nunmehr die Diagnose einer chronisch rezidivierenden depressiven Störung, aktuell: leichte bis mittelgradig ausgeprägt (ICD-10 F33.1) bei Persönlichkeitsstörung mit Störung der Selbstwertregulation (ICD-10 F60.8) stellte, erklärte Dr. A.____, es habe in den letzten Monaten zunächst weiterhin eine leichte Besserung, vor allem bezüglich Energiehaushalt und Antrieb mit optimistischerer Zukunftsperspektive, mehr Motivation und Durchhaltevermögen festgestellt werden können. Dadurch sei zunächst eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 60 % ab Juni 2014 möglich gewesen. Für die Monate April und Mai 2014 habe eine Arbeitsfähigkeit von 50 % bestanden. Im Lauf des Juni 2014 sei durch äussere Anlässe bedingt eine erneute Verschlechterung eingetreten. Auslöser seien zum einen eine schwerer Autounfall mit Todesfolge gewesen, den der Kläger als Ersthelfer miterlebt habe. Zum anderen sei ihm sein Auto durch das Betriebsamt entzogen worden, wodurch er in seiner Berufstätigkeit massiv eingeschränkt sei. Erst in den letzten Tagen habe er sich von den Bildern des Unfalles lösen und wieder besser konzentrieren können. Hauptverantwortlich für die Leistungsreduktion sei indes der

Gesundheitsschaden, nämlich die chronisch rezidivierende depressive Störung bei Persönlichkeitsstörung. Die Arbeitsfähigkeit bleibe im Juli 2014 bei 60 % (Urk. 2/17).

4.2.

4.2.1 Dass der Versicherungsfall Krankheit mit wirtschaftlichen Folgen im Sinne von Ziff. 2 AVB ab dem 9. Juli 2012 eingetreten war und hernach eine krankheitsbedingte, ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit bis Ende August 2013 bestand, bestreitet die Beklagte nicht. Davon ist auszugehen.

Für die Zeit ab September 2013 stützt sich die Beklagte auf die Einschätzung des von ihr beauftragten Experten Dr. Z.____, der gemäss dem Konsiliumsbericht vom 26. August 2013 aufgrund der Untersuchung vom 19. August 2013 (Urk. 9/11 S. 1) aus psychiatrischer Sicht die Arbeitsunfähigkeit von 80 % bis Ende August 2013 bestätigte und für die Zeit ab September 2013 die Annahme einer stufenweisen Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 50 % und ab November auf 75 % sowie ab Dezember auf 100 % empfahl (Urk. 9/11 S. 4). Auch wenn Dr. Z.____ erklärte, dass es sich dabei keinesfalls „um eine Fristsetzung auf Prognose des weiteren Krankheitsverlaufes“ handle, „sondern lediglich noch um eine medizinisch äusserstenfalls begründbare Übergangsfrist, die das Attestieren von Arbeitsunfähigkeit überhaupt noch rechtfertigen“ lasse (Urk. 9/11 S. 5), entsprechen seine Angaben zur weiteren Arbeitsfähigkeit ab September 2013 naturgemäss letztlich doch einer Einschätzung prognostischer Natur, da sie für die Zukunft abgegeben wurden. Im Zeitpunkt der Untersuchung vom 19. August 2013 konnte Dr. Z.____ nur aufgrund allgemeiner Erfahrung bei gegebenem depressivem Krankheitsbild abschätzen, nicht jedoch für den konkreten Fall wissen, wie sich die von ihm erhobene Befundlage, für welche er im August 2013 noch eine 80%ige Arbeitsunfähigkeit bestätigt hatte, im weiteren Krankheitsverlauf entwickeln würde. Eine solche Einschätzung eines Krankheitsverlaufs nach Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten beziehungsweise eine medizinische Beurteilung über die voraussichtlich künftige Entwicklung einer Gesundheitsbeeinträchtigung stellt eine ärztliche Prognose dar. Eine Prognose sagt folglich (noch) nichts über den tatsächlichen Krankheitsverlauf aus (Urteil des Bundesgerichts 4A_335/2013 vom 26. November 2013 E. 3.4).

4.2.2 Hinzu kommt, dass auf die Beurteilung von Dr. Z.____ aus formellen Gründen nicht im Sinne eines Gutachtens abgestellt werden kann. Denn rechtsprechungsgemäss gilt im Zivilprozess ein solches von einer Partei eingeholtes Konsilium oder Gutachten als Parteigutachten, dessen Ausführungen nur als Parteibehauptungen gelten und weder als Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d und Art. 183 ff. ZPO noch als Urkunde im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b und Art. 177 ff. ZPO als Beweismittel eingebracht werden können (vgl. zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 4A_178/2015 vom 11. September 2015, E. 2.5 und E. 2.6).

4.2.3 Mit der von Dr. A.____ ausgefüllten Taggeldkarte (Urk. 2/9) und dessen hiervor zitierten Berichten vom 23. Dezember 2013 (Urk. 9/5), vom 30. März 2014 (Urk. 9/3) und vom 1. Juli 2014 (Urk. 2/17) sowie der E-Mail von Dr. A.____ vom 28. Januar 2014 (Urk. 2/15) hat der Kläger des Weiteren ärztliche Atteste vorgelegt, welche die von Dr. Z.____ gestellte Prognose widerlegen. Denn die in den Berichten von Dr. A.____ beschriebenen Befunde (deprimierte Stimmungslage, Anhedonie, reduzierter Antrieb, negative Zukunftsperspektive, psychomotorisch ängstlich-angespannt, eingeengtes Denken, massive soziale Isolation, Schlafstörungen und Tagesmüdigkeit etc.; Urk. 2/15, Urk. 2/17, Urk. 9/3 S. 1, Urk. 9/5 S. 1) und die nachvollziehbar begründeten Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit wurden im hier massgeblichen Zeitraum von September 2013 bis Anfang Juli 2014 echtzeitlich erhoben. Bereits im Bericht vom 23. Dezember 2013 hatte Dr. A.____, der den Kläger erst seit dem 12. August 2013 behandelte, erklärt, dass die depressive Symptomatik über die Symptomatik einer Anpassungsstörung hinausgehe (Urk. 9/5 S. 1). Der weitere von Dr. A.____ aufgezeigte Verlauf verdeutlicht sodann schlüssig, dass sich die anfänglich als massgeblich durch psychosoziale Belastungsfaktoren imponierte reaktive depressive Symptomatik vor dem Hintergrund der Persönlichkeitsproblematik mit Störung der Selbstwertregulierung im weiteren Verlauf trotz konsequent durchgeführter hochdosierter medikamentöser (20 mg Cipralext) und therapeutischer wöchentlicher Behandlung (Urk. 9/5 S. 1) als komplexe depressive, willentlich nicht beeinflussbare chronifizierte Erkrankung zeigte (Urk. 9/3 S. 1). Psychosoziale Belastungsfaktoren spielten zwar ab September 2013 weiterhin eine Rolle, jedoch wurden sie von Dr. A.____ nunmehr als Auslöser und Trigger für die Verstärkung der etablierten depressiven Symptomatik festgestellt. Solche Auslöser sind dabei als Merkmal zur Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung zu verstehen. Denn bei rezidivierenden depressiven Störungen werden gemäss der Diagnosebeschreibung der Weltgesundheitsorganisation (WHO) zu ICD-10 F33 die einzelnen Episoden jeden Schweregrades häufig durch belastende Lebensereignisse ausgelöst (Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V (F), Klinisch-diagnostische Leitlinien, 9. Auflage 2014, S. 177). Dr. A.____ stellte daher nachvollziehbar die Diagnose(n) einer chronisch rezidivierenden depressiven Störung, vorerst mittelgradig (Urk. 2/15) und sodann leicht bis mittelgradig ausgeprägt (ICD-10 F33.1), bei Persönlichkeitsproblematik mit Störung der Selbstwertregulation (ICD-10 Z73.1) respektive - im Bericht vom 1. Juli 2014 - bei Persönlichkeitsstörung mit Störung der Selbstwertregulation (ICD-10 F60.8; Urk. 2/17 S. 2, Urk. 9/3 S. 2).

4.2.4 Bei dieser Beweislage ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der Hauptbeweis dafür erbracht, dass ab September 2013 und insbesondere auch ab Januar 2014 weiterhin eine Krankheit im Sinne von Ziff. 3 AVB vorlag und dass sich die Arbeitsunfähigkeit nicht wie von Dr. Z.____ prognostiziert respektive von der Beklagten behauptet, sondern wie von Dr. A.____ ab September 2013 attestiert (September 2013: 70 %, Oktober bis November 2013: 60 %, Dezember 2013 bis Mai 2014: 50 %, Juni bis 9. Juli 2014: 40 %; Urk. 2/9, Urk. 9/3 Urk. 9/5) bestanden hat, was nach Ziff. 13 AVB einen Anspruch auf ein Krankentaggeld in dementsprechendem Umfang begründet.

4.3

4.3.1 Daran ändert nichts, dass das hiesige Gericht im Urteil IV.2014.00132 vom 24. Juni 2014 (Urk. 10) im Rahmen des öffentlich- und invalidenversicherungsrechtlichen Verfahrens festgestellt hat, dass in der Zeit bis zum Erlass der dort zu beurteilenden Verfügung vom 16. Dezember 2013 (Urk. 9/6), was dort

rechtsprechungsgemäss die zeitliche Grenze der richterlichen Überprüfungsbefugnis bildete (BGE 132 V 220 E. 3.1.1, Urteil des Bundesgerichts 8C_76/2009 vom 19. Mai 2009 E. 2, je mit Hinweis), kein invaliditätsrelevanter Gesundheitsschaden ausgewiesen gewesen sei (Urk. 10 S. 10).

Zum einen wurde dort für die Zeit ab Januar 2014 kein Entscheid gefällt. Zum anderen sind der invalidenversicherungsrechtliche Gesundheitsschaden und die invalidenversicherungsrechtlichen Leistungsvoraussetzungen nicht notwendigerweise kongruent mit dem Krankheitsbegriff und den Leistungsvoraussetzungen nach den vertraglichen Bestimmungen zu einer Krankentaggeldversicherung nach VVG zwischen Privatparteien, zumal es sich bei den Krankentaggeldleistungen im Gegensatz zu einer Invalidenrente nicht um auf Dauer angelegte Leistungen handelt.

4.3.2 Die im Urteil vom 24. Juni 2014 in E. 4.3 (Urk. 10 S. 10) zitierte Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichtes 8C_759/2013 E. 3.6.1 und 3.6.2 sowie Urteil des Bundesgerichts 8C_581/2013 vom 10. Dezember 2013 E. 4.2, je mit weiteren Hinweisen) zur Frage, ob die von Dr. A.____ im Bericht vom 23. Dezember 2013 damals noch als Differentialdiagnose festgestellte, mittelgradig ausgeprägte depressive Episode (ICD-10 F32.1) angesichts der zahlreichen Hinweise für psychosoziale Belastungsfaktoren grundsätzlich als invalidisierendes psychisches Leiden gelten könne, beantwortete diese Frage im Hinblick auf Fälle, in denen eine depressive Symptomatik im Zusammenhang mit einer beweisrechtlich nur schwer fassbaren anhaltenden somatoformen Schmerzstörung aufgetreten war. Hier liegen keine Anhaltspunkte für eine Schmerzstörung oder eine vergleichbare Störung (sogenannte pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern, kurz Pausbonog) vor, welche nach damaliger Rechtsprechung in der Regel keine zu einer Invalidität führenden Einschränkung der Arbeitsunfähigkeit bewirken vermochten (BGE 139 V 547 E. 5-6; Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 2011 8C_976/2010 E. 5.6). Vielmehr stand eine depressive Symptomatik im Vordergrund bei erheblicher Persönlichkeitsproblematik respektive -störung, welche von der Beklagten ja auch von Beginn weg als Krankheit im Sinne von Ziff. 3 AVB anerkannt worden war (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_280/2013 vom 20. September 2013 E. 3). Zudem hat das Bundesgericht die Rechtsprechung zur Überwindbarkeitsvermutung bei Pausbonog-Beschwerdebildern mit dem Leitentscheid BGE 141 V 281 nunmehr aufgegeben. Dabei kann offen bleiben, ob die Anwendung jener Rechtsprechung hier grundsätzlich rechtens gewesen wäre (ohne weitere Begründung bejaht im Urteil des Bundesgerichts 4A_5/2011 vom 24. März 2011 E. 4.3.2.1; offen gelassen im Urteil des Bundesgerichts 4A_223/2012 vom 20. August 2012 E. 3; vgl. zudem im Bereich des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung [UVG] BGE 137 V 199 [Anwendbarkeit bei UVG-Taggeldern verneint]).

4.4 Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass der Kläger zufolge einer Krankheit im Sinne von Ziff. 3 AVB im September 2013 zu 70 %, von Oktober bis Ende November 2013 zu 60 %, von Dezember 2013 bis Ende Mai 2014 zu 50 % und von Anfang Juni bis zum 9. Juli 2014 zu 40 % in seiner Tätigkeit als selbständiger Treuhänder arbeitsunfähig war. Er hat in Anwendung von Art. 3, 12, 13 und 16 AVB folglich Anspruch auf ein entsprechendes Taggeld von 70 % im September, von 60 % in den Monaten Oktober und November 2013, von 50 % von Anfang Dezember 2013 bis Ende Mai 2014 und von 40 % von Anfang Juni bis und mit am 9. Juli 2014.

Sämtliche weiteren Vorbringen der Beklagten führen zu keinem anderen Ergebnis. Von weiteren Beweissmassnahmen, namentlich einem von der Beklagten eventualiter beantragten psychiatrischen Gerichtsgutachten (Urk. 8 S. 2), sind keine anderen entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten, weshalb davon abzusehen ist (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 4.2).

Der als Subeventualantrag gestellte Antrag der Beklagten sodann, es sei das laufende Verfahren zu sistieren bis ein rechtskräftiges Urteil betreffend IV-Rente vorliege (Urk. 8 S. 2), war spätestens mit Beizug des rechtskräftigen Urteils IV.2014.00132 vom 24. Juni 2014 (Urk. 10) mit Verfügung vom 4. September 2014 (Urk. 11) gegenstandslos.

5.

5.1 Das volle Taggeld beträgt, wie durch die Akten belegt wird, Fr. 328.80 pro Tag (vgl. halbes Taggeld: Fr. 164.40; Urk. 2/19); für die Monate September bis Ende Dezember 2013 hat die Beklagte ihm bereits Fr. 15'042.60 ausbezahlt (Urk. 1 S. 8, Urk. 2/19-22). Der vollständige Anspruch für diese Zeit setzt sich wie folgt zusammen:

2013

September 30 x (Fr. 328.80 x 0,7) = Fr. 6'904.80

Okt.-Nov. 61 x (Fr. 328.80 x 0,6) = Fr. 12'034.05

Dezember 31 x (Fr. 328.80 x 0,5) = Fr. 5'096.40

2014

Jan.-Mai 151 x (Fr. 328.80 x 0,5) = Fr. 24'824.40

Juni - 9. Juli 39 x (Fr. 328.80 x 0,4) = Fr. 5'129.30

Total Anspruch Fr. 53'988.95

Abzüglich des bereits geleisteten Betrages resultiert ein Restanspruch von Fr. 38'946.35. Nach der Berechnung des Klägers fordert er nur noch Leistungen im Gesamtbetrag von Fr. 38'940.25 (Urk. 1 S. 2 und S. 8 f.). Da aufgrund der geltenden Dispositionsmaxime nicht mehr zugesprochen werden darf, als geltend gemacht wird (Art. 58 ZPO), ist die Beklagte zur Bezahlung an den Kläger von Fr. 38'940.25 zu verpflichten.

5.2

5.2.1 Der Kläger macht einen Verzugszins von 5 % ab Klageeinleitung (Urk. 1 S. 9) respektive ab dem 16. Juli 2014 (Urk. 1 S. 2) geltend.

Der Schuldner einer Geldschuld hat, soweit nichts anderes vereinbart worden ist, von Gesetzes wegen einen Verzugszins von 5 % für das Jahr zu zahlen, sobald er mit der Zahlung der Schuld in Verzug gerät (Art. 104 Abs. 1 des Obligationenrechts, OR). Die Verzugszinspflicht setzt einerseits die Fälligkeit der Forderung und

andererseits - soweit kein Verfalltagsgeschäft vorliegt (Art. 102 Abs. 2 OR) - die Mahnung des Schuldners voraus. Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung einfordern und bei Nichtleistung einklagen darf. Die Mahnung ist die unmissverständliche Aufforderung des Gläubigers, die Leistung zu erbringen. Grundsätzlich gerät der Schuldner unmittelbar mit dem Eintreffen der Mahnung in Verzug (Art. 100 Abs. 1 VVG in Verbindung mit Art. 102 Abs. 1 und 104 Abs. 1 OR; Wiegand, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 102 N 8). Als Mahnung gilt dabei unter anderem auch die Erhebung einer Leistungsklage (vgl. BGE 130 III 591 E. 3; 116 II 225 E. 5a). Dabei ist zu beachten, dass die Mahnung eine empfangsbedürftige Erklärung ist, mithin dem Schuldner dergestalt zugehen muss, dass deren Kenntnissnahme nur noch von dessen Verhalten abhängig ist. Dies gilt auch für den Fall der Klageerhebung, weshalb erforderlich ist, dass diese dem Schuldner notifiziert oder dass ihm vom Gläubiger eine Kopie der entsprechenden Rechtsschrift zugestellt wird (vgl. BGE 56 II 212 E. 3). Erst ab Empfang der Mahnung (respektive ab Zugang der Klageschrift), mit der ihm der Gläubiger zu erkennen gibt, dass er die Leistung wünscht, soll der Schuldner mit Verzugszinsen belastet werden (vgl. BGE 97 II 58 E. 5; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A_11/2013 vom 16. Mai 2013 E. 5).

Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablaufe von vier Wochen (sogenannte Deliberationsfrist) von dem Zeitpunkt an gerechnet fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Auch im Bereich des Versicherungsrechts gerät der Versicherer nach herrschender Lehre erst mit der Mahnung in Verzug (Art. 102 Abs. 1 OR). Lehnt der Versicherer jedoch zu Unrecht seine Leistungspflicht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung. Fälligkeit und Verzug treten dann sofort ein, und die Deliberationsfrist wird überflüssig, wenn sie nicht schon abgelaufen ist (Nef in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), 2001, Art. 41 Rz 20).

5.2.2 In den AVB der Beklagten wurden keine besonderen Bestimmungen zum Verzugszins aufgenommen. Es gelten somit die allgemeinen Regeln nach OR und VVG. Der Anspruch auf sämtliche Taggelder der Monate September 2013 bis zum 9. Juli 2014 war spätestens am 10. Juli 2014 entstanden. Die Versicherungsleistung der Taggelder zumindest bis Ende März 2014 war nach Zustellung des Berichts von Dr. A. ___ vom 30. März 2014 an die Beklagte durch den Kläger mit Schreiben vom 1. Mai 2014 am 31. Mai 2014 fällig (Eingangsstempel vom 2. Mai 2014, Urk. 9/2, plus vier Wochen; Art. 41 Abs. 1 VVG).

Eine ausdrückliche Mahnung zur Zahlung der Forderung erfolgte hernach soweit aktenkundig nicht. Jedoch hatte die Beklagte ihre weitere Leistungspflicht bereits mit Schreiben vom 5. Mai 2014 definitiv abgelehnt (Urk. 9/1). Der Lauf des Verzugszins von 5 % ist daher wie beantragt (Urk. 1 S. 2) - und zufolge der Dispositionsmaxime nicht früher - ab dem 16. Juli 2014 anzunehmen.

6. In Gutheissung der Klage ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 38'940.25 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 16. Juli 2014 zu bezahlen.

7.

7.1 Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO).

7.2 Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO). Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. 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.

Dem vertretenen Kläger ist nach diesen Grundsätzen eine Parteientschädigung von Fr. 2'100.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird in Gutheissung der Klage verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 38'940.25 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 16. Juli 2014 zu bezahlen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 2'100.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

Rechtsanwalt Reto Zanotelli

SWICA Krankenversicherung AG

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

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

Grünig Hartmann