

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich	
--------------------------------------------------	--

KK.2014.00025

I. Kammer
Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende
Sozialversicherungsrichter Spitz
Ersatzrichter Wilhelm
Gerichtsschreiberin Kobel
Urteil vom 31. Mai 2017
in Sachen
X.____
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Kaspar Gehring
Anwaltskanzlei Kieser Senn Partner
Ulrichstrasse 14, 8032 Zürich

gegen

Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG
Mythenquai 2, 8002 Zürich
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Peter Jäger
Jäger & Schweiter Rechtsanwälte
Magnolienstrasse 3, Postfach, 8034 Zürich

Sachverhalt:

1.

1.1 X.____, geboren 1953, ist gelernter Heizungsmonteur und arbeitete ab 1980 in der von ihm geführten Y.____ AG in der Installation von Heizungs- und Sanitäranlagen (Lebenslauf in Urk. 22/5/3738; Angaben in der Anmeldung bei der Invalidenversicherung vom Februar 1998, Urk. 22/5/93; Angaben im Bericht der Rehaklinik Z.____ vom 19. Juni 1998 über die berufliche Abklärung von Mitte Mai bis Mitte Juni 1998, Urk. 22/5/58; Internet-Handelsregisterinformationen vom 20. April 2017, Urk. 61/1). Daneben war er für die A.____ AG tätig, deren einziger Verwaltungsrat er war und die später - im Dezember 1997 - in Konkurs fiel (Korrespondenz in Urk. 22/5/6675; Internet-Handelsregisterinformationen vom 20. April 2017, Urk. 61/2)

1.2 Am 5. April 1997 stürzte X.____ von einer Leiter und erlitt eine offene Unterschenkelfraktur des rechten Beines (Unfallmeldung vom 15. April 1997, Urk. 22/6/181; Arztzeugnis UVG vom 26. April 1997, Urk. 22/6/180). Die Suva kam für die Heilungskosten auf und erbrachte Taggelder (Akten der Suva in Urk. 22/6; Taggeldabrechnungen in Urk. 22/52).

Es verblieb eine Belastungsintoleranz des rechten oberen Sprunggelenks (Bericht des Kreisarztes Dr. med. B.____ vom 27. Februar 1997, Urk. 22/6/174-175), und im Februar 1998 meldete sich X.____ deswegen auch bei der Invalidenversicherung an (Urk. 22/5/90-96). Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Aargau (SVA), IV-Stelle, ermöglichte ihm eine vierwöchige berufliche Abklärung in der Rehaklinik Z.____ (Bericht der Rehaklinik Z.____ vom 19. Juni 1998, Urk. 22/5/54-62; Bericht der IV-Stelle vom 30. Juni 1998, Urk. 22/5/77-78; Verlaufsprotokoll der IV-Stelle in Urk. 22/5/28-29); anschliessend absolvierte X.____ von Mitte 1998 bis Mitte 1999 in der Rehaklinik Z.____ eine Umschulung, die neben Textverarbeitung und CAD-Zeichnen Praktika in einem Ingenieurbüro umfasste (Bericht der IV-Stelle vom 19. Oktober 1998, Urk. 22/5/27; Berichte der Rehaklinik Z.____ vom 5. Mai und vom 14. Juni 1999, Urk. 22/5/14-18 und Urk. 22/5/6-7). In dieser Zeit litt X.____ auch an psychischen Problemen; diese wurden im Rahmen eines psychosomatischen Konsiliums in der Rehaklinik Z.____ als reaktives depressives Zustandsbild aufgrund akuter psychosozialer Belastung interpretiert (Bericht vom 18. Juni 1999, Urk. 22/6/168-171).

Am 1. Juli 1999 nahm X.____ im Baubüro D.____ eine Tätigkeit als Hilfsbauführer auf, die während der ersten sechs Monate als Praktikum deklariert war und von der Invalidenversicherung finanziert wurde (Vertrag vom 8. Juni 1999, Urk. 22/5/8; Bericht der IV-Stelle vom 22. Juni 1999, Urk. 22/5/3-4; Verfügung und Mitteilung der IV-Stelle vom 17. August 1999, Urk. 22/3/1719; Besprechungsberichte der Suva vom 5. April 2000, Urk. 22/6/144-146).

1.3 In den Jahren 2000 und 2001 wurden Arthrodesen des rechten oberen Sprunggelenks durchgeführt, und die Suva erbrachte weitere Taggelder (Akten der Suva in Urk. 22/6/108-143). Die Anstellung im Baubüro D.____ endete Mitte 2001 (Besprechungsbericht der Suva vom 11. April 2002, Urk. 22/6/111).

Im Jahr 2003 tätigte die IV-Stelle wieder berufliche Abklärungen (Berufsberatungsberichte vom 8. April und vom 22. Mai 2003, Urk. 22/34 und Urk. 22/36), und nach einer zweimonatigen, durch die Invalidenversicherung finanzierten Einarbeitungszeit (Verfügung vom 28. Mai 2003, Urk. 22/38; berufsberaterischer Verlaufsbericht vom 3. Juli 2003, Urk. 22/40) wurde X.____ im Juni 2003 von der E.____ AG als Allrounder mit einem Pensum von 50 % angestellt, wobei die Versicherungen (Krankheit, Unfall, berufliche Vorsorge) weiterhin über die Y.____ AG liefen (Arbeitsvertrag vom 15. Mai 2003, Urk. 22/6/83-84; Besprechungsbericht der Suva vom 3. November 2003, Urk. 22/6/81-82).

Mit Verfügung vom 24. Februar 2004 sprach die Suva X.____ ab dem 1. März 2004 eine Rente aufgrund einer Erwerbsunfähigkeit von 42 % zu, nebst einer Integritätsentschädigung auf der Basis einer Integritätsinbusse von 20 % (Urk. 22/6/65-69). Die IV-Stelle gewährte ihm daraufhin in Anlehnung an diesen Entscheid mit Verfügung vom 5. Januar 2005 ab dem 1. April 1998 eine ganze, ab dem 1. Juni 2003 eine halbe und ab dem 1. März 2004 eine Viertelsrente (Urk. 22/54 und Urk. 22/59).

1.4 Ab dem 12. Dezember 2003 war X.____ mit den Diagnosen eines weichteilrheumatischen/tendomyotischen Schmerzsyndroms beziehungsweise einer Fibromyalgie und von funktionellen psychosomatischen Beschwerden zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben und war deshalb zuerst bei der Alpina Versicherungs-Aktiengesellschaft (Alpina) und später bei der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG („Zürich“) zum Bezug von Krankentaggeldern gemeldet (Ärztliches Folgezeugnis des Hausarztes Dr. med. B.____, Spezialarzt für Innere Medizin, zuhanden der Alpina vom 14. Juli 2004, Urk. 10/1; Bericht von Dr. B.____ an die „Zürich“ vom 24. Dezember 2004, Urk. 10/2). Über die Leistungspflicht der „Zürich“ einigten sich die Parteien damals mit Vergleich (vgl. den Hinweis in einem Schreiben der „Zürich“ vom 28. Dezember 2012, Urk. 2/6).

Infolge der Arbeitsunfähigkeit ab Mitte Dezember 2003 führte X.____ die Tätigkeit bei der E.____ AG nicht mehr weiter (vgl. Urk. 10/2), sondern war in der Folge wieder direkt für die Y.____ AG tätig, wo seit seinem Unfall auch sein Sohn arbeitete (vgl. den Bericht der Rehaklinik Z.____ vom 19. Juni 1998, Urk. 22/5/55).

1.5 Ab dem 24. August 2006 war X.____ wegen subjektiver Weichteilschmerzen beziehungsweise eines Fibromyalgiesyndroms erneut arbeitsunfähig geschrieben, und die „Zürich“ richtete ihm vom 27. September 2006 bis zum 31. Dezember 2007 Taggelder aus der Police Nr. K.____ (Business Combi Personenversicherung, gültig ab 1. Januar 2005, Urk. 2/1) aus (Krankmeldung vom 30. Dezember 2006, Urk. 22/73/2-3; Taggeldabrechnungen in Urk. 10/22-26; Berichte von Dr. B.____ an die „Zürich“ vom 19. Februar, vom 13. Juni und vom 7. September 2007, Urk. 10/3-5). Vereinbart war in dieser Police ein Taggeld in der Höhe von 80 % des Verdienstes von Fr. 90'000.--, zu leisten ab dem 31. Tag bis zum 730. Tag (Urk. 2/1 S. 3).

Nachdem X.____ bereits im April 2006 bei der IV-Stelle vorgesprochen hatte (Schreiben der IV-Stelle vom 3. April 2006, Urk. 22/62), stellte er am 1. Oktober 2007 dort ein Rentenerhöhungsgesuch (Urk. 22/63.1). Die IV-Stelle liess von der Y.____ AG den Fragebogen für Arbeitgebende ausfüllen (Urk. 22/66) und holte von Dr. B.____ den Bericht vom 26. Oktober 2007 ein (Urk. 10/6 und Urk. 22/67 samt den Krankengeschichte-Einträgen des Kantonsspitals F.____ von Februar/März 2005 und August 2006 sowie einem Bericht über eine kardiologische Untersuchung im Januar 2004 und einem Bericht über eine physiotherapeutische Behandlung von Mai bis Juni 2004).

Mit Verfügung vom 29. September 2008 wies die IV-Stelle das Rentenerhöhungsgesuch ab, da es sich beim diagnostizierten Schmerzsyndrom nicht um einen rentenrelevanten Gesundheitsschaden handle (Urk. 22/75). Die Verfügung blieb unangefochten.

1.6 Im Februar 2012 attestierte Dr. B.____ X.____ zuhanden der „Zürich“ erneut eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 (Zeugnisse in Urk. 2/3 und Urk. 10/18). Für die Zeit danach folgten Arbeitsunfähigkeitsatteste durch Dr. med. G.____ der Psychiatrischen Dienste H.____ AG (Zeugnisse vom 20. August und vom 7. Dezember 2012, Urk. 2/4 und Urk. 2/5), wohin Dr. B.____ X.____ mit der Verdachtsdiagnose einer mindestens mittelschweren depressiven Episode überwiesen hatte (Überweisungsbericht vom 26. Februar 2012, Urk. 10/17). Die „Zürich“ erstattete der IV-Stelle eine Meldung zur Früherfassung, welche diese indessen nicht zur Bearbeitung entgegennahm, weil X.____ bereits Rentenbezüger war (vgl. die Korrespondenz in Urk. 22/81-84). Des Weiteren zog die „Zürich“ die Akten der Invalidenversicherung bei (vgl. Urk. 22/85-90) und richtete X.____ bis zum 31. August 2012 wiederum Taggelder aus der Police Nr. K.____ aus (Taggeldabrechnungen in Urk. 2/7-9 und Urk. 10/20-21).

In der Folge holte die „Zürich“ bei Dr. B.____ eine Übersicht über die Eintragungen in der Krankengeschichte seit Februar 2007 (erstellt am 11. Oktober 2012) und bei Dr. G.____ den Bericht vom 19. November 2012 ein (Urk. 10/7 und Urk. 10/19). Am 28. Dezember 2012 schrieb sie X.____, vertreten durch die DAS Rechtsschutz-Versicherungs AG, unter Hinweis auf die bisherige Korrespondenz, er habe über Ende August 2012 hinaus keinen Anspruch auf weitere Taggelder, da die Arbeitsunfähigkeit ab dem 24. August 2006 und die Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 auf denselben Krankheitsfall zurückzuführen seien und er für diese beiden Arbeitsunfähigkeitsperioden gesamthaft bereits 614 Taggelder erhalten habe, da überdies bereits die Arbeitsunfähigkeit von 2004 vom selben Leiden hergerührt habe und er schliesslich seit dem Jahr 2006 gegenüber der AHV lediglich ein Einkommen von maximal Fr. 9'306.-- deklariert habe (Urk. 2/6). X.____ liess der „Zürich“ daraufhin eine Stellungnahme von Dr. G.____ vom 23. Januar 2013 zukommen (Urk. 2/10) und dokumentierte sie ausserdem mit einer Aufstellung der Publisana Krankenversicherung über den Medikamentenbezug in der Zeit von 2007 bis 2013 (Urk. 2/11).

2. Mit Eingabe vom 17. Juli 2014 liess X.____, vertreten durch Rechtsanwalt Kaspar Gehring, beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich gegen die „Zürich“ Klage erheben (Urk. 1 und die damit eingereichten Unterlagen, Urk. 2/1 und Urk. 2/3-11) mit den folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- „1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger ab spätestens 1. September 2012 die vertraglichen Leistungen bei Krankheit im Umfang von mindestens Fr. 78'290.68 auszurichten.
2. Es seien die nachzuzahlenden Leistungen ab Klageeinleitung mit 5 % zu verzinsen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, ihre vollständigen Dossiers mit den Berechnungsgrundlagen zu edieren.
4. Es sei dem Kläger Gelegenheit zu geben, nach Edition der gesamten Akten und Berechnungsgrundlagen zur Höhe der geschuldeten Leistungen Stellung zu nehmen.
5. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten (8 % MWST).“

Die „Zürich“, vertreten durch Rechtsanwalt Peter Jäger, beantwortete die Klage am 14. November 2014 (Urk. 9 und die damit eingereichten Unterlagen, Urk. 10/1-26) mit den Anträgen (Urk. 9 S. 2):

- „1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt von 8 %) zu Lasten des Klägers.“

Am 18. November und am 4. Dezember 2014 verfügte das Gericht den Beizug der Akten der Invalidenversicherung von der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Aargau (SVA), IV-Stelle (Urk. 11 und Urk. 14). Nachdem diese die

gesetzliche Grundlage für die Aktenherausgabe als ungenügend erachtet hatte (Schreiben vom 12. Januar 2015, Urk. 16), ordnete das Gericht mit Verfügung vom 15. Januar 2015 einen zweiten Schriftenwechsel an und verpflichtete in dessen Rahmen X.____ zur Einreichung der Akten der Invalidenversicherung (Urk. 17). X.____ liess am 4. Mai 2015 die Replik erstatten und an seinen Anträgen festhalten (Urk. 21). Gleichzeitig liess er als neuen Beleg eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung von Dr. B.____ vom 10. Dezember 2012 für die Zeit vom 19. November bis zum 4. Dezember 2012 einreichen (Urk. 23/2) und liess die verlangten Akten der Invalidenversicherung beibringen (Urk. 22/1-95). In der Duplik vom 14. September 2015 blieb die „Zürich“ ebenfalls bei ihrem Standpunkt und liess zudem zur Belegung ihrer bisherigen Taggeldzahlungen Zahlungsbestätigungen der I.____ AG einreichen (Urk. 29 und Urk. 30/110). Mit Eingabe vom 10. Dezember 2015 liess X.____ von der Gelegenheit zur Stellungnahme zu den neuen Unterlagen (Verfügung vom 15. September 2015, Urk. 31) Gebrauch machen (Urk. 35). Die Eingabe wurde der Gegenpartei am 14. Dezember 2015 zur Kenntnis gebracht (Urk. 36).

Mit Verfügung vom 5. Februar 2016 (Urk. 37) forderte das Gericht X.____ dazu auf, die Tage oder die Zeiträume näher zu bezeichnen, für die er ab dem 1. September 2012 Taggeld beanspruche, sowie medizinische Unterlagen oder weitere Beweismittel zur Arbeitsfähigkeit oder -unfähigkeit in den geltend gemachten Zeiträumen einzureichen beziehungsweise zu bezeichnen. Gleichzeitig wurde auch die „Zürich“ dazu aufgefordert, alle medizinischen Unterlagen in ihrem Besitz zur Arbeitsfähigkeit oder -unfähigkeit ab dem 1. September 2012 einzureichen. Die „Zürich“ liess mit Eingabe vom 2. März 2016 mitteilen, über keine weiteren solchen Unterlagen zu verfügen (Urk. 40). X.____ kam der Aufforderung vom 5. Februar 2016 mit Eingabe vom 13. Mai 2016 nach (Urk. 42) und liess zwei Arbeitsunfähigkeitszeugnisse von Dr. G.____ vom 2. April und vom 9. August 2013 einreichen (Urk. 43/1 und Urk. 43/2). Ausserdem offerierte er als weiteres Beweismittel die Verlaufseinträge von Dr. G.____ in der Krankengeschichte (Urk. 42 S. 3), worauf das Gericht ihm mit Verfügung vom 31. Mai 2016 Frist ansetzte, um diese Aufzeichnungen einzureichen (Urk. 44). X.____ folgte der Verfügung mit Eingabe vom 22. September 2016 (Urk. 48) und der beigelegten Zusammenstellung von Dr. G.____ vom 13. September 2013 (Urk. 49). Mit den Eingaben vom 4. November 2016 (X.____) und vom 20. Dezember 2016 („Zürich“) liessen die Parteien zu diesem Dokument Stellung nehmen (Urk. 55 und Urk. 57). Mit Eingabe vom 14. Februar 2017 äusserte sich X.____ zur Stellungnahme der „Zürich“ (Urk. 59).

Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Strittig und zu prüfen ist, ob der Kläger gegenüber der Beklagten aufgrund der Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 Anspruch auf weitere Krankentaggelder als die bereits ausgerichteten hat.

Die Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich ist nicht umstritten. Sie ergibt sich in örtlicher Hinsicht aus Art. 85 der Vertragsbedingungen der Business Combi Personenversicherung (VB; Urk. 2/1), wonach dem Versicherten als Gerichtsstand wahlweise Zürich als schweizerischer Hauptsitz der Beklagten oder sein schweizerischer Wohnsitz oder Sitz zur Verfügung stehen. Diese Regelung stimmt überein mit derjenigen in der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), die den allgemeinen Gerichtsstand am Sitz der beklagten juristischen Person (Art. 10 Abs. 1 lit. a ZPO) und für Klagen des Konsumenten in Streitigkeiten aus Konsumentenvertrag wahlweise den Gerichtsstand am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO) vorsieht. Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit ergibt sich aus der ständigen, vom Bundesgericht bestätigten Gerichtspraxis, wonach Krankentaggeldversicherungen als Zusatzversicherungen im Sinne von Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) zu qualifizieren sind, und aus Art. 7 ZPO in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer).

2.

2.1 Rechtsgrundlagen für die Beurteilung des strittigen Taggeldanspruchs sind zum einen das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) und zum andern die Police Nr. K.____ über die Business Combi Personenversicherung, gültig ab 1. Januar 2005, mit den darin integrierten Vertragsbedingungen der Business Combi Personenversicherung (VB; Urk. 2/1).

2.2 In der Police ist als Versicherungsnehmerin die Y.____ AG bezeichnet, und als versicherte Personen sind der Kläger und sein Sohn

J.____ genannt; das versicherte Risiko ist mit dem Begriff „Krankheiten“ charakterisiert. Für den Kläger ist ein versicherter Verdienst von Fr. 90'000.--, für den Sohn ein solcher von Fr. 60'000.-- angegeben, und als Leistung ist ein Taggeld in der Höhe von 80 % des Verdienstes aufgeführt, zu leisten ab dem 31. Tag bis zum 730. Tag. Dem Wort „Taggeld“ ist in Klammern der Begriff „Summenversicherung“ beigefügt; ausserdem ist unter „Versicherungsform“ die Spezifizierung „Kranken-Lohnausfall“ angebracht (Urk. 2/1 S. 3).

2.3

2.3.1 Die Vertragsbedingungen (VB) gliedern sich in den Abschnitt „Kranken-Lohnausfallversicherung nach VVG“ (nachfolgend als ZVB [zusätzliche Versicherungsbedingungen] VB zitiert) mit den Art. 1-31 und in den Abschnitt „Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)“ mit den Art. 32-85 (nachfolgend als AVB VB zitiert).

2.3.2 Die ZVB VB wiederum sind in verschiedene Unterabschnitte aufgeteilt.

Im Unterabschnitt „Versicherte Personen“ (Art. 1-3 ZVB VB) werden zwei Kategorien von versicherten Personen unterschieden, nämlich zum einen der Versicherungsnehmer und diejenigen mitarbeitenden Familienangehörigen, die weder einen Barlohn beziehen noch AHV-Beiträge entrichten (Art. 3 ZVB VB), und zum andern die Arbeitnehmer einschliesslich derjenigen mitarbeitenden Familienangehörigen des Versicherungsnehmers, die einen Barlohn beziehen oder AHV-Beiträge entrichten (Art. 2 ZVB VB).

Im Unterabschnitt „Versicherte Krankheiten“ (Art. 4-6 ZVB VB) wird der Begriff der Krankheit definiert als jede vom Willen des Versicherten unabhängige, medizinisch wahrnehmbare Störung der Gesundheit, die nicht auf einen Unfall zurückzuführen ist (Art. 4 ZVB VB). Sind Gesundheitsstörungen nur zum Teil auf versicherte Krankheiten zurückzuführen,

so werden die Leistungen angemessen gekürzt (Art. 6 ZVB VB). Im nachfolgenden Unterabschnitt „Frühere Krankheiten“ (Art. 7-10 ZVB VB) ist vorgesehen, dass das erneute Auftreten von Krankheiten, die bereits vor Beginn des Versicherungsschutzes behandelt worden sind, versichert ist (vgl. Art. 7-8 ZVB VB), dass hingegen eine Arbeitsunfähigkeit zur Zeit des Eintrittes in die Versicherung nicht versichert ist, soweit nicht ein Freizügigkeitsabkommen unter den Versicherern günstigere Bedingungen gewährt (vgl. Art. 9-10 ZVB VB). Ein weiterer Unterabschnitt steht unter der Überschrift „Ermittlung der versicherten Leistungen“ (Art. 15-16 ZVB VB). Art. 15 ZVB VB, der den Untertitel „Bemessungsgrundlagen“ trägt, erklärt den im versicherten Betrieb erzielten Verdienst als massgebend für die Bemessung der Versicherungsleistungen und sieht vor, dass dieser Verdienst nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) entsprechend den für das Taggeld vorgesehenen Regeln zu ermitteln ist. Art. 16 ZVB VB hält unter dem Untertitel „Versicherter Verdienst/Versicherter Betrag“ fest, dass für Versicherungsnehmer und deren mitarbeitende Familienangehörige, die weder einen Barlohn beziehen noch AHV-Beiträge entrichten, der in der Police erwähnte versicherte Betrag gilt.

Der letzte Unterabschnitt der ZVB VB ist mit „Taggeld“ überschrieben (Art. 17-31 ZVB VB). Art. 17-19 ZVB VB sind mit dem Untertitel „Anspruch (Regelung Summenversicherung)“ versehen. Art. 17 ZVB VB lautet: „Nachfolgende Leistungen werden als Summenversicherung versichert.“, und es folgen Art. 18 ZVB VB, wonach die „Zürich“ für die Dauer der nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit, frühestens nach Ablauf der in der Police festgesetzten Wartefrist, das vereinbarte Taggeld bezahlt, und Art. 19 ZVB VB, wonach Vorausbescheinigungen der Arbeitsunfähigkeit längstens für einen Monat anerkannt werden. Unter dem Untertitel „Wartefrist“ sodann (Art. 20-21 ZVB VB) ist in Art. 21 ZVB VB festgehalten, dass die Wartefrist pro Krankheitsfall berechnet wird. Der nachfolgende Untertitel regelt die „Leistungsdauer“ (Art. 22-28 ZVB VB). Nach Art. 22 ZVB VB ist die Leistungsdauer in der Police bezeichnet und gilt pro Krankheitsfall. Teilinvalide oder behinderte Arbeitnehmer, die nur eine Teilzeitbeschäftigung ausüben, haben nach Art. 23 ZVB VB bei einer vorübergehenden oder dauernden Verschlechterung des Leidens, welches zur Teilinvalidität oder Behinderung geführt hat, längstens für die Dauer der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers Anspruch auf das Taggeld. Des Weiteren regelt Art. 29 ZVB VB den „Rückfall“ und statuiert, dass das erneute Auftreten einer Krankheit (Rückfall) hinsichtlich Leistungsdauer und Wartefrist - sofern diese pro Krankheitsfall vereinbart worden sind - dann als neuer Krankheitsfall gilt, wenn der Versicherte ihretwegen während zwölf Monaten ununterbrochen nicht arbeitsunfähig war. Der letzte Untertitel schliesslich befasst sich mit der „Teilweisen Arbeitsunfähigkeit“ (Art. 30-31 ZVB VB). Nach Art. 30 ZVB VB bezahlt die „Zürich“ bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit das Taggeld entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit, und die Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit zählen für die Bemessung der Leistungsdauer und Wartefrist voll. Eine Arbeitsunfähigkeit von weniger als 25 % gibt nach Art. 31 ZVB VB keinen Anspruch auf Leistungen.

2.3.3 Die AVB VB sind ebenfalls in verschiedene Unterabschnitte gegliedert.

Im Unterabschnitt „Gegenstand der Versicherung“ (Art. 37-42 AVB VB) ist in Art. 37 AVB VB in allgemeiner Form festgehalten, dass sich die Versicherung auf die Folgen von Krankheiten erstreckt, welche die versicherten Personen während der Dauer des Versicherungsschutzes erleiden.

Ferner sind unter den Untertiteln „Schadensversicherung“ (Art. 39-40 AVB VB) und „Summenversicherung“ (Art. 41-42 AVB VB) zusätzliche Bestimmungen für diese beiden Versicherungsvarianten aufgestellt. Im Falle einer Schadensversicherung gewährt die „Zürich“ die versicherte Leistung nach Art. 39 Abs. 2 AVB VB bei Eintritt des versicherten Ereignisses und nur bei Nachweis eines durch das versicherte Ereignis verursachten Schadens, wobei sich der genaue Leistungsumfang aus der Police und den vorliegenden AVB ergibt. Leistungen Dritter werden nach Art. 39 Abs. 3 AVB VB angerechnet, und Regressrechte bleiben vorbehalten. Im Falle einer Summenversicherung gewährt die „Zürich“ die versicherte Leistung nach Art. 41 Abs. 2 AVB VB bei Eintritt der versicherten Ereignisses unabhängig vom Vorliegen eines Schadens, und für den Leistungsumfang wird wiederum auf die Police und die vorliegenden AVB verwiesen. Nach Art. 41 Abs. 3 AVB VB gewährt die „Zürich“ die versicherte Leistung zudem unabhängig davon, ob Dritte Leistungen erbringen, und deren Leistungen werden nicht angerechnet. Sowohl für Schadens- als auch für Summenversicherungen werden sodann die Bestimmungen über die Folgen der Verletzung der Schadenminderungspflichten beziehungsweise der Obliegenheiten als anwendbar erklärt (Art. 40 und Art. 42 AVB VB).

3. Die Beklagte verneinte den Anspruch des Klägers auf weitere Taggelder mit mehrfacher Begründung.

3.1

3.1.1 Zunächst liess sie in der Klageantwort vorbringen, der Kläger sei bereits vor dem Inkrafttreten der Police Nr. K.____ per 1. Januar 2005 krank und teilweise arbeitsunfähig gewesen (Urk. 9 S. 3), und erachtete sich deswegen lediglich für die Zunahme der vorbestandenden Arbeitsunfähigkeit als leistungspflichtig, und zwar grundsätzlich unabhängig von der Natur des Leidens, das der vorbestandenden Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegt (Urk. 9 S. 9-12, Urk. 29 S. 9 f.).

3.1.2 Die zur Diskussion stehende Police Nr. K.____ (Urk. 2/1) basiert indessen nicht auf dem Abschluss eines erstmaligen Vertrages zwischen der Y.____ AG und der Beklagten, mit dem der Versicherungsschutz per 1. Januar 2005 neu begründet worden wäre. Vielmehr bestand vor dem 1. Januar 2005 bereits ein Vertrag zwischen der Y.____ AG und der Alpina, denn der Kläger hatte die Arbeitsunfähigkeit ab dem 12. Dezember 2003 infolge der Diagnosen eines weichteilrheumatischen/tendomyotischen Schmerzsyndroms und funktioneller psychosomatischer Beschwerden zunächst der Alpina gemeldet, die im Laufe des Jahres 2004 jedoch mit der „Zürich“ fusionierte und von ihr übernommen wurde (Internet-Handelsregisterinformationen vom 20. April 2017, Urk. 61/3). Die Police Nr. K.____ verkündet somit einen Vertrag, der bereits vor dem (erstmaligen) Eintritt der 100%igen, krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit abgeschlossen worden ist. Die Beklagte kann dem Kläger daher nicht die Regelung in Art. 9 UVG entgegenhalten, nach der ein Ereignis, das bereits vor dem Vertragsabschluss eingetreten ist, gar nicht versicherbar und ein entsprechender Vertrag nichtig ist.

3.1.3 Es fragt sich weiter, ob und wieweit die Höhe des Taggeldanspruchs durch den Umstand beeinflusst wird, dass der Kläger schon seit 1997 infolge des damaligen Unfalles in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt ist. Ob der Versicherungsvertrag, welcher der Police Nr. K.____ zugrunde liegt, schon vor jenem Unfall oder erst danach abgeschlossen worden ist, geht aus den vorhandenen Unterlagen nicht hervor. Versichertes Risiko gemäss dem Versicherungsvertrag der Police Nr. K.____ sind jedoch allein Krankheiten (Urk. 2/1 S. 3), die nach der Definition in Art. 4 ZVB VB von den Unfällen abgegrenzt werden. Die Höhe des zu leistenden Taggeldes hängt daher allein vom Ausmass

der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ab. Eine vorbestandene unfallbedingte (Teil-)Arbeitsunfähigkeit erlaubt daher für sich allein noch keine Reduktion der Taggeldhöhe. Es fehlt dafür an einer einschlägigen Regelung in den ZVB VB und den AVB VB. Nur soweit an der geltend gemachten Gesundheitsstörung und der daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeit des Klägers sowohl die Unfallfolgen als auch die unfallfremde Erkrankung beteiligt wären, könnten die Taggelder gestützt auf Art. 6 ZVB VB angemessen gekürzt werden (vgl. nachstehend E. 3.3.2).

3.1.4 Ist eine Taggeldkürzung unmittelbar aufgrund der vorbestandene unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit nur in den dargelegten Grenzen möglich, so bleibt noch zu prüfen, ob eine Taggeldkürzung mittelbar, aufgrund des Einflusses der vorbestandene unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit auf das Einkommen zulässig ist.

Zwar könnte aus dem Zusatz „Kranken-Lohnausfall“, der in der Police verwendet wird (Urk. 2/1 S. 3), und aus der Überschrift der ZVB VB mit „Kranken-Lohnausfallversicherung nach VVG“ isoliert betrachtet geschlossen werden, der Taggeldanspruch beschränke sich auf die Höhe des tatsächlich nachgewiesenen krankheitsbedingten Lohnausfalles. Wie der Kläger zutreffend bemerken liess (vgl. Urk. 1 S. 8, Urk. 21 S. 4 und S. 6), ist die zur Diskussion stehende Taggeldversicherung jedoch als Summenversicherung bezeichnet (Urk. 2/1 S. 3). Dementsprechend sind der Police auch diejenigen Versicherungsbedingungen beigelegt, die sich auf die als Summenversicherung ausgestaltete Taggeldversicherung beziehen; dies zeigt die Erklärung in Art. 17 ZVB VB, dem ersten Artikel des Unterabschnitts „Taggeld“, wonach die nachfolgenden Leistungen als Summenversicherung versichert werden. Die Frage nach dem Erfordernis eines tatsächlichen Lohnausfalles ist daher im Kontext mit dem Inhalt der ZVB VB und zusätzlich mit den besonderen Regeln zur Summenversicherung in Art. 4143 AVB VB zu beantworten.

Die Taggeldhöhe hängt zunächst vom versicherten Verdienst ab, der nach dem Grundsatz in Art. 15 ZVB VB nach dem im versicherten Betrieb erzielten Verdienst zu ermitteln ist, sich jedoch nach Art. 16 ZVB VB bei den Versicherungsnehmern und deren mitarbeitenden Familienangehörigen, die weder einen Barlohn beziehen noch AHV-Beiträge entrichten, nach dem in der Police erwähnten versicherten Betrag richtet. Versicherungsnehmer ist gemäss der vorliegenden Police zwar nicht der Kläger persönlich, sondern vielmehr die Y. ___ AG (Urk. 2/1 S. 1). Der Kläger ist jedoch in der Police zusammen mit seinem Sohn der - einzig vom Vertrag erfassten - Personengruppe 1 „Der Betriebsinhaber und/oder seine Familienangehörigen, die nicht gemäss dem Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) versichert sind“ zugeordnet (Urk. 2/1 S. 3), und zum angegebenen Verdienst von Fr. 90'000.-- ist in der Fusszeile der Seite vermerkt „Der erwähnte Verdienst gilt im Sinne der AVB als versicherter Betrag.“. Daraus ist zu schliessen, dass der Kläger dem Versicherungsnehmer im Sinne von Art. 16 ZVB VB gleichgestellt ist. Sein versicherter Verdienst beläuft sich somit unabhängig vom tatsächlich erzielten Einkommen und vom tatsächlich ausgeübten Arbeitspensum auf Fr. 90'000.--. Anhand dieser Summe ist das Taggeld zu bemessen. Dessen Höhe ist gestützt auf Art. 30 ZVB VB wohl vom Grad der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit abhängig, aufgrund der summenversicherungsspezifischen Regelung in Art. 41 Abs. 2 AVB VB jedoch nicht zusätzlich davon, wie hoch die Einkommenseinbusse aufgrund der krankheitsbedingten (Teil-)Arbeitsunfähigkeit tatsächlich ist.

3.2

3.2.1 Zusätzlich zum Argument des Fehlens einer relevanten versicherten Arbeitsunfähigkeit und eines relevanten Lohnausfalles stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 sei auf denselben Krankheitsfall zurückzuführen wie die Arbeitsunfähigkeiten ab dem 24. August 2006 und ab dem 12. Dezember 2003, weshalb mit dem 15. Dezember 2011 gestützt auf Art. 29 ZVB VB nur dann eine erneute Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich der 30tägigen Wartefrist in Gang gesetzt würde, wenn der Kläger während mehr als zwölf Monaten nicht arbeitsunfähig gewesen wäre. Da diese Voraussetzung nicht gegeben sei, seien dem Kläger die Taggelder, die ihm für die früheren Arbeitsunfähigkeiten ausgerichtet worden seien, an den Höchstanspruch anzurechnen (Urk. 2/6, Urk. 9 S. 3 ff., Urk. 29 S. 2 ff.).

3.2.2

3.2.2.1 Die Diagnosen, wegen denen der Kläger in den Jahren 2003 (Jahresende) und 2004 zum Bezug von Krankentaggeldern bei der Beklagten gemeldet war, bestanden gemäss den Angaben von Dr. B. ___ im Jahr 2004 in einem weichteilrheumatischen/tendomyotischen Schmerzsyndrom, auch als Fibromyalgie bezeichnet, und in funktionellen psychosomatischen Beschwerden; ausserdem wies Dr. B. ___ auf einen durchgemachten Aethylabusus mit funktionellen Thoraxbeschwerden, Wesensveränderung, Oberbauchbeschwerden und aethylischer Hepatitis hin, wobei sein Patient mittlerweile abstinent lebe (Urk. 10/1 und Urk. 10/2).

Auch die Arbeitsunfähigkeit ab dem 24. August 2006, aufgrund welcher die Beklagte dem Kläger vom 27. September 2006 bis zum 31. Dezember 2007 Taggelder ausrichtete, wurde von Dr. B. ___ in den Berichten vom 13. Juni und vom 7. September 2007 mit subjektiv zunehmenden Weichteilschmerzen beziehungsweise einem Fibromyalgiesyndrom begründet (Urk. 10/4 und Urk. 10/5). Dies spricht für einen Rückfall zur Erkrankung von 2003/2004 im Sinne der Definition in Art. 29 ZVB VB - erneutes Auftreten einer (bestimmten) Krankheit. Dennoch verbietet es sich, bei der Ermittlung des Höchstanspruchs von 730 Taggeldern zu den Taggeldern der Jahre 2006 und 2007 die früher ausgerichteten Taggelder zu addieren. Denn der Taggeldanspruch für den Zeitraum 2003/2004 wurde gemäss dem Schreiben der Beklagten vom 28. Dezember 2012 mittels Vergleichs über eine Summe von Fr. 25'000.-- festgelegt (vgl. Urk. 2/6). Über die Nennung des Betrags hinaus ist jedoch der Vergleichsnatur entsprechend keine Aussage zum Ausmass und zur Dauer der Arbeitsunfähigkeit und damit auch keine Aussage zur Anzahl der ausgerichteten Taggelder möglich, was die Beklagte mit dem Vergleichsabschluss in Kauf genommen hat.

Im Folgenden ist daher die Erkrankung und Arbeitsunfähigkeit des Zeitraums 2003/2004 ausser Acht zu lassen, und es stellt sich nur noch die Frage nach dem Zusammenhang der Erkrankung und Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 mit derjenigen ab dem 24. August 2006.

3.2.2.2 Neben den Weichteilschmerzen beziehungsweise der Fibromyalgie nannte Dr. B. ___ im Bericht an die Beklagte vom 13. Juni 2007 zur Arbeitsunfähigkeit ab dem 24. August 2006 die psychischen Symptome von Alpträumen und Schlafstörungen (Urk. 10/4), und im Bericht vom 7. September 2007 führte er näher aus, der Kläger leide primär an einem Fibromyalgiesyndrom mit den Hauptsymptomen der Schmerzhaftigkeit ausgedehnter Körperareale und verschiedenen Begleitsymptomen wie Müdigkeit, Schlafstörungen mit fehlender Erholungsfunktion des Schlafs und vegetativen Symptomen sowie an depressiver Verstimmung (Urk. 10/5). Im Zeugnis an die Beklagte vom 21. Februar 2012 zur Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 nannte Dr. B. ___ demgegenüber an erster Stelle eine depressive

Entwicklung und erst anschliessend ein somatoformes Schmerzsyndrom (Urk. 10/18), und im Überweisungsbericht an Dr. G.____ vom 26. Februar 2012 bezeichnete Dr. B.____ die depressive Problematik - mit dem Verdacht auf eine mindestens mittelschwere depressive Episode - als Hauptdiagnose, währenddem er ein chronisches somatoformes Schmerzsyndrom lediglich unter den Nebendiagnosen erwähnte (Urk. 10/17).

Aus dieser Verschiebung des Schwerpunkts liess der Kläger schliessen, es handle sich bei der Krankheit, die zur Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 geführt hatte, im Vergleich zur Krankheit in den Jahren 2006/2007 um ein neuartiges Leiden und nicht um einen Rückfall im Sinne von Art. 29 ZVB VB (Urk. 1 S. 4 und S. 6 f., Urk. 21 S. 2 ff. und S. 8, Urk. 35 S. 3 f.). Die Beklagte hingegen liess mit dem Hinweis auf die auch im Jahr 2012 genannte Schmerzsymptomatik die Auffassungen vertreten, ab dem 15. Dezember 2011 sei die Krankheit in den Jahren 2006/2007 im Sinne der Definition in Art. 29 ZVB VB erneut aufgetreten und es liege somit ein Rückfall zur damaligen Krankheit beziehungsweise eine Verschlimmerung des seit mindestens 2006/2007 vorhandenen Leidens vor (Urk. 9 S. 3 ff., Urk. 29 S. 2 ff.).

3.2.2.3 Für die Beurteilung der beiden Standpunkte sind die weiteren Aufzeichnungen der behandelnden Ärzte heranzuziehen. Zwar ist diesen Aufzeichnungen, soweit sie von den Parteien eingeholt und in die Auseinandersetzung um die Taggeldansprüche eingebracht worden sind, nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern lediglich die Qualität von Parteibehauptungen beizumessen (vgl. BGE 141 III 433 E. 2.3 und E. 2.6; Urteil des Bundesgerichts 4A_445/2016 vom 16. Februar 2017 E. 4.2.1). Allerdings beriefen sich vorliegendenfalls beide Parteien auf die Angaben der behandelnden Ärzte; namentlich war es die Beklagte, welche im Oktober und November 2012 bei Dr. B.____ und Dr. G.____ Berichte einholte (Urk. 10/7 und Urk. 10/19). Zudem stellten die Parteien die Angaben in diesen Berichten zumindest in Bezug auf die Natur der Erkrankungen in den verschiedenen Zeiträumen nicht grundsätzlich in Frage, sondern umstritten ist nur die Würdigung dieser Angaben im Hinblick auf die Regelung in Art. 29 ZVB VB.

Beim Krankheitsfall ab August 2006 stand zunächst die Abklärung und Behandlung der körperlichen Symptomatik im Vordergrund. Dr. B.____ verwies im Bericht an die IV-Stelle vom 26. Oktober 2007 (Urk. 10/6 = Urk. 22/67/1-5) auf Untersuchungen und Therapien in der rheumatologischen Klinik des Kantonsspitals F.____, die bereits im Februar 2005 ihren Anfang genommen hatten (Urk. 22/67/7-9) und im Sommer 2006, vor allem in Form einer medizinischen Trainingstherapie, wieder aufgenommen worden waren (Urk. 22/67/6). Daneben war die psychische Begleitsymptomatik wohl Gegenstand von Gesprächen bei hausärztlichen Kontrollen, wie sich aus den Aufzeichnungen von Dr. B.____ vom 11. Oktober 2012 über den Verlauf im Jahr 2007 ergibt (Urk. 10/7 S. 1), und wurde ausserdem vom Hausarzt medikamentös durch Einsatz von Effexor® behandelt. Hinweise auf eingehende psychotherapeutische Vorkehren fehlen hingegen in den Akten. Demgegenüber wies Dr. B.____ den Kläger beim Krankheitsfall ab Mitte Dezember 2011 bereits im Februar 2012 den Psychiatrischen Diensten H.____ zur Evaluierung psychotherapeutischer Massnahmen zu, nachdem dieser selbst um eine Gesprächstherapie gebeten hatte (vgl. Urk. 10/17). Dies deutet darauf hin, dass sich der Charakter seines Leidens seit den Jahren 2006/2007 in gewissem Mass gewandelt hat.

Es fällt allerdings auf, dass Dr. B.____ im sogenannten „Ersten ärztlichen Zeugnis“ vom 21. Februar 2012 das Leiden ab Mitte Dezember 2011 explizit als Rückfall bezeichnete und auf die Fallnummer 278/06-561479 hinwies (Urk. 10/18), unter welcher der Krankheitsfall ab August 2006 geführt worden war (vgl. Urk. 10/3). Ferner sprach er in der Anamnese des Überweisungsberichts an Dr. G.____ vom 26. Februar 2012 von der Exazerbation einer bereits aus früheren Jahren bekannten Symptomatik mit Albträumen, Schlafstörungen, Blutdruck-Anstieg, Unruhe, Schmerzausweitung, Konzentrationsstörung und depressivem Gedankenkreisen (Urk. 10/17). Dr. G.____ sodann stellte in seinem Bericht vom 19. November 2012 mit Blick auf die Anamnese die Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung (Urk. 10/19) und verneinte damit, wie er in seiner Stellungnahme zuhanden des Klägers vom 23. Januar 2013 näher ausführte, wohl eine seit 2006 kontinuierlich vorhandene Depression, ging jedoch davon aus, dass schon in früheren Jahren depressive Phasen vorgelegen hätten, so in Form einer depressiven Verstimmung auch im Jahr 2006/2007 (Urk. 2/10). Dr. B.____ und Dr. G.____ beurteilten die Symptomatik ab Dezember 2011 somit übereinstimmend als erneutes und allenfalls verstärktes Manifestwerden eines bereits in der Zeit von 2006/2007 und schon früher (vgl. den Bericht der Rehaklinik Z.____ vom 18. Juni 1999 über das damalige psychosomatische Konsilium, wo ein depressives Zustandsbild zyklischer Natur diagnostiziert worden war, Urk. 22/6/170) vorhanden gewesenen Symptomenkomplexes. Unter diesen Umständen ist die Symptomatik, die der Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 zugrunde lag, entsprechend dem Standpunkt der Beklagten als Rückfall im Sinne von Art. 29 ZVB VB zur Symptomatik zu qualifizieren, die zur Arbeitsunfähigkeit in den Jahren 2006/2007 geführt hatte. Dass Dr. G.____ im Bericht vom 23. Januar 2013 ausführte, die verschiedenen depressiven Episoden müssten aus medizinischer Sicht individuell betrachtet und behandelt werden (Urk. 2/10 S. 2), ist entgegen der Auffassung des Klägers (vgl. Urk. 1 S. 6) kein Argument gegen die Rückfallnatur. Vielmehr entspricht es gerade dem Wesen eines Rückfalls, dass ein bestimmtes Leiden nach einem beschwerde- und behandlungsfreien Intervall erneut manifest wird und behandelt werden muss.

3.2.3

3.2.3.1 Der Kläger hat somit ab dem 15. Dezember 2011 nur unter der Voraussetzung, dass er seit Ende 2007 während mindestens zwölf Monaten ununterbrochen nicht arbeitsunfähig wegen der depressiven Symptomatik und der Schmerzsymptomatik war, erneut Anspruch auf die gesamte Anzahl an 730 weiteren Taggeldern abzüglich Wartefrist. Die Beweislast für die ununterbrochene zwölfmonatige Arbeitsfähigkeit trifft den Kläger, da es sich um eine Tatsache handelt, die den Anspruch auf Versicherungsleistungen erhöht. Massgebend ist der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, der auch für Ansprüche aus Taggeldversicherungen nach VVG massgebend ist (vgl. BGE 141 III 241 E. 3.1 mit Hinweisen).

3.2.3.2 Der Umstand allein, dass der Kläger in der Zeit zwischen Ende 2007 und der erneuten Meldung einer Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 bei der Beklagten nicht vorsprach und keine weiteren Taggelder bezog, spricht noch nicht dafür, dass er in diesem Zeitraum hinsichtlich des depressiven Leidens und der Schmerzsymptomatik vollumfänglich arbeitsfähig war. Denn das lange bezugsfreie Intervall kann auch damit zusammenhängen, dass gestützt auf Art. 31 ZVB VB erst bei einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % ein Taggeldanspruch gegeben ist. Hinzu kommt, dass das versicherte Ereignis gemäss Art. 58 ZVB VB zwar unverzüglich dem Versicherer zu melden ist, dass es die ZVB VB jedoch nicht verbieten, den Taggeldbezug durch eine erst spätere Meldung aufzuschieben. Dass der Kläger sich nach dem Taggeldbezug in den Jahren 2006/2007 erst Mitte Dezember 2011 zum erneuten Bezug meldete, kann

demnach auch andere Gründe als die vollständige Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer und rheumatologischer Sicht haben.

Es ist daher unabdingbar, dass die gesundheitliche Entwicklung im Zeitraum zwischen Ende 2007 und Ende 2011 näher beleuchtet wird.

3.2.3.3 Gemäss den eingereichten Taggeldabrechnungen bezog der Kläger für den Krankheitsfall ab August 2006 bis Ende März 2007 Taggelder aufgrund einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit, bis Ende Juni 2007 Taggelder aufgrund einer 70%igen Arbeitsunfähigkeit und bis Ende Dezember 2007 noch Taggelder aufgrund einer 60%igen Arbeitsunfähigkeit (Urk. 10/22-26).

Wie aus dem Rentenerhöhungsgesuch vom Oktober 2007 zu schliessen ist (Urk. 22/63.1), hatte sich aber gegen Ende des Jahres 2007 noch keine vollständige Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit abgezeichnet. Vielmehr erwähnte Dr. B. ___ im Bericht an die IV-Stelle vom 26. Oktober 2007 zwar, dass eine Ende der 90er Jahre durchgemachte Phase mit erhöhtem Alkoholkonsum und damit zusammenhängenden somatischen und psychischen Problemen überwunden worden sei, und dass aktuell die Leistungsfähigkeit in einem kleinen Prozentsatz habe gesteigert werden können. Im Übrigen wies er jedoch auf den Fortbestand der ausgeprägten tendomyotischen Schmerzen am ganzen Körper und auf die nach wie vor vorhandene Symptomatik mit Konzentrationsstörungen, Schlafstörungen, Albträumen und fehlender Leistungsfähigkeit hin (Urk. 10/6 S. 2). Wenn Dr. B. ___ unter diesen Umständen am 30. Januar 2008 in die Krankengeschichte den Vermerk „Gehe schlechter“ eintrug (Urk. 10/7 S. 1) und am 27. Juni 2008 bemerkte, der Kläger wirke „angetrieben, wie immer logorrhöisch“ (Urk. 10/7 S. 1), so deutet dies auf weitere Zeiten der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im Jahr 2008 hin, und es ist auf jeden Fall nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der Kläger während der zwölf Monate des Jahres 2008 von Seiten der Krankheit ununterbrochen vollständig arbeitsfähig war.

3.2.3.4 Das Gleiche gilt entgegen den Vorbringen des Klägers im vorliegenden Verfahren (Urk. 1 S. 6 f.) für die Jahre 2009 und 2010. Für das Jahr 2009 deuten die Eintragungen von Dr. B. ___ „Psychisch eher etwas besser“ und „weichteilrheumatische Schmerzen erträglich“ vom Herbst 2009 (Urk. 10/7 S. 2), darauf hin, dass sich das Krankheitsbild bis dahin, also in der ersten Hälfte des Jahres 2009, stärker beeinträchtigend ausgewirkt hatte, zumal Dr. B. ___ am 28. Mai 2009 eine Dauerphysiotherapie wegen lumbosakraler Schmerzen und wegen der Beine erwähnt hatte (Urk. 10/7 S. 2). Und was das Jahr 2010 betrifft, so finden sich in der Krankengeschichte über das ganze Jahr verteilt Hinweise auf Beeinträchtigungen durch den psychischen Zustand und durch das Schmerzsyndrom. So gab Dr. B. ___ am 23. Februar 2010 die Schilderung des Klägers wieder, es gehe generell wegen der Schmerzen schlechter und die Moral sei auch schlechter, und vermerkte eine Zunahme der vegetativen Symptome. Am 22. April 2010 sodann charakterisierte er den Zustand des Klägers mit den Ausdrücken „unwohl“, „agitiert“, „unruhig“, „fahrig“ und „logorrhöisch“, am 7. Mai 2010 bezeichnete er den Kläger als psychisch nicht belastbar und hielt fest, es bestünden verschiedenerorts und fast immer Schmerzen, und am 25. November 2010 konstatierte er ein psychisches Tief, vermehrte Schmerzen, allgemeine Initiativlosigkeit, Nachlässigkeit und Antriebsminderung, Müdigkeit und Leistungsminderung sowie im Laufe des Winters 2010/2011 zunehmende Fibromyalgie-Schmerzen (Urk. 10/7 S. 2).

Auch in den beiden Jahren 2009 und 2010 hatte der Kläger somit von Seiten der Krankheit nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine ununterbrochene Arbeitsfähigkeit wiedererlangt. Daran ändert entgegen dem Dafürhalten des Klägers (vgl. Urk. 1 S. 7) nichts, dass in diesen beiden Jahren keine Medikation mit dem Antidepressivum Effexor® in der Krankengeschichte registriert ist und dieses Medikament im Jahr 2009 auch nicht in der Aufstellung der Publisana Krankenversicherung (Urk. 2/11) enthalten ist. Und soweit Dr. G. ___ im Bericht vom 23. Januar 2013 festhielt, dem Kläger sei es in den Jahren 2009 und 2010 psychisch gutgegangen (Urk. 2/10 S. 1), so basiert diese Aussage offenbar auf den eigenen, rückblickenden Angaben des Klägers, die indessen im Widerspruch zu den zeitnahen Eintragungen von Dr. B. ___ stehen. Auch aus dem Bericht von Dr. G. ___ vom 23. Januar 2013 lässt sich daher, ebenfalls entgegen der Sichtweise des Klägers (vgl. Urk. 1 S. 7), nicht auf eine 100%ige Arbeitsfähigkeit im betreffenden Zeitraum schliessen.

3.2.3.5 Im Jahr 2011 schliesslich sind neben der bekannten Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 in der Krankengeschichte bereits am 24. Februar „Psychische Probleme“ und am 30. Juni die „üblichen weichteilrheumatischen Schmerzen“ erwähnt (Urk. 10/7 S. 2).

3.2.4

3.2.4.1 Ist damit im Zeitraum von Ende 2007 bis zum 15. Dezember 2011 keine ununterbrochene zwölfmonatige Arbeitsfähigkeit seitens der depressiven Symptomatik und der Schmerzsymptomatik nachgewiesen, so wurde mit der Zustandsverschlechterung ab dem 15. Dezember 2011 nicht eine erneute Leistungsdauer von 700 Tagen (730 Tage abzüglich der 30tägigen Wartefrist) in Gang gesetzt, sondern der Kläger hat für die Arbeitsunfähigkeit ab diesem Zeitpunkt nur noch Anspruch auf diejenige Anzahl an Taggeldern, die nach der Anrechnung der Taggelder der Jahre 2006 und 2007 an den Höchstanspruch von 700 Taggeldern verbleibt.

3.2.4.2 Der Bezug von 461 Taggeldern in der Zeit vom 27. September 2006 bis zum 31. Dezember 2007 gemäss dem Schreiben der Beklagten vom 28. Dezember 2012 (Urk. 2/6 S. 2) ist unbestritten und zudem durch Taggeldabrechnungen und Zahlungsbestätigungen der H. ___ belegt (Urk. 10/22-26 und Urk. 30/610).

Für das Jahr 2012 führte die Beklagte im Schreiben vom 28. Dezember 2012 die durchgehende Bezugsdauer vom 1. April bis zum 31. August 2012 und die daraus resultierende Zahl an 153 Taggeldern auf (Urk. 2/6 S. 2). Auch diese Leistungen sind durch Taggeldabrechnungen und Zahlungsbestätigungen der Bank belegt. So gewährte die Beklagte dem Kläger mit der Abrechnung vom 3. Mai 2012 für die Zeit vom 1. April bis zum 7. Mai 2012 37 Taggelder im Gesamtbetrag von Fr. 6'411.-- und mit der Abrechnung vom 23. Mai 2012 für die Zeit vom 1. bis zum 31. Mai 2012 31 Taggelder im Gesamtbetrag von Fr. 4'281.-- (Urk. 10/20 und Urk. 10/21). Diese beiden Beträge wurden gemäss den Zahlungsbestätigungen der H. ___ vom 3. September 2015 auch tatsächlich ausgerichtet (Valuta 8. und 25. Mai 2012; Urk. 30/4 und Urk. 30/5). Am 6. August 2012 rechnete die Beklagte sodann über den Gesamtanspruch an 122 Taggeldern vom 1. April bis zum 31. Juli 2012 ab und subtrahierte davon die bereits ausgerichteten Beträge von Fr. 6'411.-- und Fr. 4'281.--, woraus sich ein Restanspruch in der Höhe von Fr. 7'456.-- ergab (Urk. 2/8). Auch dieser Betrag wurde dem Kläger gemäss einer Zahlungsbestätigung der H. ___ vom 3. September 2015 ausbezahlt (Valuta 8. August 2012; Urk. 30/2). Die 31 Taggelder des Monats August 2012 im Betrag von Fr. 4'281.-- schliesslich rechnete die Beklagte am 6. September 2012 ab (Urk. 2/9), und die Überweisung dieses Betrags ist wiederum durch eine Zahlungsbestätigung der H. ___ vom 3. September 2015 nachgewiesen (Valuta 10. September 2012; Urk. 30/3).

Die Beklagte erwähnte im Schreiben vom 28. Dezember 2012 keine Taggeldzahlungen für die Zeit vor dem 1. April 2012 (Urk. 2/6 S. 2), und der Kläger liess daraus im vorliegenden Verfahren folgern, die Beklagte habe ihm nicht mehr als die 153 Taggelder für die Zeit ab dem 1. April 2012 ausgerichtet (Urk. 21 S. 6 f., Urk. 35 S. 5). Er liess jedoch zusammen mit der Klageschrift die Taggeldabrechnung der Beklagten vom 12. März 2012 einreichen, womit diese ihm für den Zeitraum vom 14. Januar bis zum 31. März 2012 insgesamt 78 Taggelder im Betrag von total Fr. 13'532.-- zugesprochen hatte (Urk. 2/7), und die Beklagte belegte auch die Zahlung dieses Betrags mit einer Zahlungsbestätigung der H. ___ vom 3. September 2015 (Valuta 21. März 2012; Urk. 30/1).

Entgegen der Annahme des Klägers hat die Beklagte ihm damit für den Krankheitsfall ab dem 15. Dezember 2011 insgesamt 231 und nicht nur 153 Taggelder ausgerichtet.

3.2.4.3 Der Kläger hat somit seit dem 24. August 2006 bereits 692 Taggelder bezogen (461 + 231). Da Taggelder aufgrund einer nur teilweisen Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 30 ZVB VB bei der Bemessung der Leistungsdauer voll zählen, stehen ihm nur noch acht weitere Taggelder zu. Zu prüfen ist weiter die Frage nach der erforderlichen Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % (Art. 31 ZVB VB).

3.3

3.3.1 Ist die Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 nicht als neuer Krankheitsfall im Sinne von Art. 29 ZVB VB zu betrachten, so hatte der Kläger ab dem 15. Dezember 2011 keine 30tägige Wartefrist zu bestehen. Darin stimmten die Parteien im vorliegenden Verfahren überein (vgl. Urk. 1 S. 7, Urk. 9 S. 15, Urk. 21 S. 7).

Der Restanspruch auf die acht zusätzlichen Taggelder fällt damit in die Zeit zwischen dem 15. Dezember 2011 und dem 13. Januar 2012, für welche die Beklagte dem Kläger - unzutreffend - unter Anrechnung einer 30tägigen Wartefrist keine Taggelder bezahlt hatte. Dieser Zeitraum gehört zum Gegenstand der Klage; der Kläger machte in der Klageschrift Taggelder „ab spätestens 1. September 2012“ geltend (Urk. 1 S. 2) und nahm verschiedentlich Bezug auf die 30tägige Wartefrist, wenn auch in einem anderen Zusammenhang, nämlich zur Untermauerung seines Standpunktes eines neuen Krankheitsfalles mit neuer Wartefrist und Neubeginn der Leistungsdauer (vgl. Urk. 1 S. 7 und Urk. 21 S. 7).

3.3.2 Im Zeugnis vom 6. Februar 2012 attestierte Dr. B. ___ dem Kläger für den Zeitraum vom 15. Dezember 2011 und bis zum 29. Februar 2012 eine 80%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 2/3). Zwar liess die Beklagte in der Klageantwort die Aussagekraft einer rückwirkenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung anzweifeln (Urk. 9 S. 11 f. und S. 14 f.). Sie hatte das Zeugnis vom 6. Februar 2012 allerdings ursprünglich akzeptiert und dem Kläger mit Abrechnung vom 12. März 2012 nach Abzug von 30 Wartetagen Taggelder für den Zeitraum vom 14. Januar bis zum 29. Februar 2012 ausgerichtet (Urk. 2/7), ohne ihn zum Einreichen weiterer Belege aufzufordern oder eigene Abklärungen zu treffen. Zudem liegt zusätzlich der Krankengeschichte-Eintrag von Dr. B. ___ über die Konsultation vom 27. Januar 2012 vor, wo der Kläger über eine Zustandsverschlechterung mit Zunahme der Schmerzen und mit Schlafstörungen, Bauchweh und sozialem Rückzug berichtet hatte und Dr. B. ___ eine zunehmende Depressivität festgestellt hatte (Urk. 10/7 S. 2). Nach dem vorstehend Dargelegten ist diese Zustandsverschlechterung Teil einer langjährigen Leidensgeschichte mit regelmässigen hausärztlichen Kontrollen. Dem Kläger ist daher darin zuzustimmen (vgl. Urk. 21 S. 5), dass die rückwirkende Bescheinigung einer 80%igen Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Dezember 2011 unter diesen Umständen einleuchtet.

Dem Kläger stehen somit acht weitere Taggelder zu, die anhand einer Arbeitsunfähigkeit von 80 % zu bemessen sind und damit Fr. 157.80 betragen (vgl. Urk. 2/7). Eine Kürzung gestützt auf Art. 6 ZVB VB infolge der vorbestandenen unfallbedingten Teil-Arbeitsunfähigkeit rechtfertigt sich nicht, da davon auszugehen ist, dass Dr. B. ___ bei der Attestierung der 80%igen Arbeitsunfähigkeit allein die psychisch bedingte und schmerzbedingte Beeinträchtigung im Auge hatte. Dies ist bereits aus seinem Bericht an die IV-Stelle vom 26. Oktober 2007 zu schliessen, wo er ausführte, er gehe auf die Befunde am Unfallbein nicht weiter ein, weil sie mit dem aktuellen Problem nicht im Zusammenhang stünden (Urk. 10/6 S. 2). Dem Kläger ist somit ein Taggeldbetrag von Fr. 1'262.40 (8 x Fr. 157.80) zuzusprechen. Über den 31. August 2012 hinaus hat der Kläger demgegenüber aufgrund der vorstehenden Ausführungen schon deshalb keinen Anspruch auf weitere Taggelder, weil sein Höchstanspruch ausgeschöpft ist. Auf die Ausführungen der Parteien zur Arbeitsunfähigkeit in der Zeit ab dem 1. September 2012 (Urk. 42, Urk. 55, Urk. 57 und Urk. 59) und auf die eingereichten Aufzeichnungen von Dr. G. ___ für diese Zeit (Urk. 43/1+2 und Urk. 49) muss daher nicht mehr eingegangen werden.

3.4 Die Beklagte ist damit in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Kläger Fr. 1'262.40 zu bezahlen. Gestützt auf Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 OR ist auf diesem Betrag zudem der beantragte Verzugszins zu 5 % ab der Klageeinleitung (17. Juli 2014) geschuldet. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

4.

4.1 Beide Parteien beantragen die Zusprechung einer Prozessentschädigung.

Stellt die obsiegende Partei einen entsprechenden Antrag oder ist dies von andern Gesetzen so vorgesehen, verpflichtet das Gericht gemäss § 34 Abs. 1 GSVGer die unterliegende Partei zum Ersatz der Parteikosten. Die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung bemisst sich gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert.

4.2 Der Kläger obsiegt gemessen am eingeklagten Betrag von (mindestens) Fr. 78'290.68 lediglich im geringfügigen Umfang von 1,6 % und nur mit dem Standpunkt der nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit in einem begrenzten Zeitraum. Es rechtfertigt sich daher, ihm eine nach Ermessen festgesetzte Prozessentschädigung von Fr. 200.-- zuzusprechen.

Was die Beklagte betrifft, so steht nach der Praxis des Bundesgerichts dem nicht anwaltlich vertretenen Versicherungsträger grundsätzlich keine Parteientschädigung zu (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2013 vom 27. August 2013, E. 5). Die Beklagte liess sich jedoch im vorliegenden Verfahren durch einen externen Anwalt vertreten und hat somit für ihr nahezu vollumfängliches Obsiegen Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Diese ist ermessensweise auf Fr. 3'600.-- festzusetzen.

Schulden die Parteien einander gegenseitig Prozessentschädigungen, so werden diese im Umfang der geringeren Prozessentschädigung verrechnet und dadurch getilgt. Die Beklagte hat daher gegenüber dem Kläger Anspruch auf eine um Fr. 200.-- reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 3'400.--.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 1'262.40 zu bezahlen, nebst Verzugszins zu 5 % ab dem 17. Juli 2014. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine um Fr. 200.-- reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 3'400.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Kaspar Gehring unter Beilage je einer Kopie von Urk. 61/1-3
- Rechtsanwalt Peter Jäger unter Beilage je einer Kopie von Urk. 61/1-3
- 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 Kobel