

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich	
--	--

KK.2016.00030

II. Kammer
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender
Sozialversicherungsrichterin Sager
Ersatzrichterin Romero-Käser
Gerichtsschreiberin Tiefenbacher

Urteil vom 19. Juni 2017

in Sachen

X.____

Kläger

vertreten durch Rechtsanwältin Corinne Schoch
Advokaturbüro Kernstrasse
Kernstrasse 8/10, Postfach 9814, 8036 Zürich

gegen

Y.____

Beklagte

vertreten durch Fürsprecher René W. Schleifer
Anwaltsbüro
Lettenmattstrasse 12, 8903 Birmensdorf ZH

Sachverhalt:

1.

1.1 X.____, geboren 1961, war seit April 1992 als Mitarbeiter im Aussendienst bei der Y.____ angestellt (Urk. 2/2/2-2a). Im Rahmen einer kollektiven Krankentaggeldversicherung war er bei der Y.____ versichert (Urk. 2/10/1).

Am 15. März 2012 wurde der Y.____ eine seit dem 9. März 2012 bestehende Erwerbsunfähigkeit des Versicherten gemeldet. Die Y.____ richtete Taggeldleistungen aus, die sie gestützt auf das von ihr eingeholte bidisziplinäre Gutachten von Prof. Dr. med. Z.____, Facharzt für Neurologie, Dr. med. A.____, Facharzt für Innere Medizin und Nephrologie, und Dr. med. B.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, (nachfolgend: B.____/Z.____), vom 8. Juni 2012 (Urk. 2/10/M8-9) per 25. Mai 2012 einstellte (Urk. 2/10/K13, Urk. 2/10/3).

1.2 Am 6. Oktober (Poststempel vom 12. November) 2013 erhob der Versicherte Klage gegen die Y.____ mit dem Antrag, diese sei zu verpflichten, ihm Taggelder in der Höhe von Fr. 135'704.40 zuzüglich Verzugszins von 5 % seit Fälligkeit zu bezahlen (Urk. 2/1). Mit der Klage reichte er das von ihm in Auftrag gegebene psychiatrische Gutachten von Dr. med. C.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, und med. pract. D.____, Assistenzärztin, (nachfolgend: D.____/C.____), vom 7. Dezember 2012 (Urk. 2/2/8a) ein. Das hiesige Gericht wies die Klage mit Entscheid vom 28. September 2015 ab (Urk. 2/28).

2. Das Bundesgericht hob den kantonalen Entscheid mit Urteil vom 24. Mai 2016 auf, soweit er den Rentenanspruch betraf, und wies die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an das hiesige Gericht zurück (Urk. 1 Dispositiv-Ziff. 1 S. 8).

Das hiesige Gericht holte in der Folge ein Gutachten ein, das von Dr. med. E.____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, am 23. Februar 2017 erstattet wurde (Urk. 8). Die Parteien nahmen hierzu am 17. März 2017 (Urk. 12) respektive 27. März 2017 (Urk. 13) Stellung. Die Stellungnahmen wurden den Parteien am 29. März 2017 gegenseitig zur Kenntnis gebracht (Urk. 15).

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.1 und 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 946 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

1.2 Wie alle Beweismittel unterliegen auch Gutachten der freien richterlichen Beweiswürdigung. Kriterien der Beweiswürdigung bilden die Vollständigkeit, die Nachvollziehbarkeit und die Schlüssigkeit des Gutachtens. Das Gericht

hat zu prüfen, ob das Gutachten alle Fragen beantwortet, sich auf den zutreffenden Sachverhalt stützt und den Befund ausreichend begründet. In Sachfragen weicht der Richter jedoch nur aus triftigen Gründen von einer gerichtlichen Expertise ab. Die Beweiswürdigung und die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen ist Aufgabe des Richters. Dieser hat zu prüfen, ob sich aufgrund der übrigen Beweismittel und der Vorbringen der Parteien ernsthafte Einwände gegen die Schlüssigkeit der gutachterlichen Darlegungen aufdrängen. Erscheint ihm die Schlüssigkeit eines Gutachtens in wesentlichen Punkten zweifelhaft, hat er nötigenfalls ergänzende Beweise zur Klärung dieser Zweifel zu erheben. Das Abstellen auf eine nicht schlüssige Expertise bzw. der Verzicht auf die gebotenen zusätzlichen Beweiserhebungen kann gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung (Art. 9 BV) verstossen (BGE 133 II 384 E. 4.2.3 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 5A_12/2009 vom 25. März 2009 E. 6.1 und 4A_327/2009 vom 13. Oktober 2009 E. 2.2). Privatgutachten gelten als Bestandteil der Parteivorbringen (BGE 132 III 83 E. 3.4 S. 87 f.; vgl. auch BGE 127 I 73 E. 3f/bb S. 82 f., BGE 141 III 433).

1.3 Laut Art. B2.1 Abs. 2 der Allgemeinen Bedingungen (AGB) der Beklagten, Ausgabe 2007 (Urk. 2/10/2), liegt eine vorübergehende Erwerbsunfähigkeit vor, wenn die versicherte Person infolge einer Krankheit mindestens zu 25 % ausserstande ist, ihre berufliche Tätigkeit im versicherten Betrieb auszuüben. Ein Taggeld wird bezahlt während der im Vertrag aufgeführten Leistungsdauer, längstens jedoch bis zum Erreichen des AHV-Pensionsalters (Art. C1.1 Abs. 1 AGB). Das Taggeld wird für jeden Tag einer ärztlich festgestellten, vorübergehenden Erwerbsunfähigkeit gemäss Art. B2.1 gewährt und bemisst sich nach dem Grad der Erwerbsunfähigkeit (Art. C1.1 Abs. 3).

2.

2.1 Das Bundesgericht erwog im Urteil vom 24. Mai 2016 (Urk. 1), das hiesige Gericht habe verkannt, dass ein Privatgutachten nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 ZPO darstelle. Werde eine Tatsachenbehauptung einer Partei von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermöchten Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen vermögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Würden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürften sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden.

Das hiesige Gericht habe diese Grundsätze verkannt, indem sie die beiden Privatgutachten B.____/Z.____ und D.____/C.____ wie Beweismittel gewürdigt und schliesslich gestützt auf das Privatgutachten B.____/Z.____ zum Schluss gekommen sei, die Beklagte habe (sogar) den Beweis des Gegenteils erbracht, wonach der Kläger ab dem 24. Mai 2012 voll arbeitsfähig gewesen sei. Wohl habe es sich neben dem Privatgutachten B.____/Z.____ auch auf die Indizien der Ferienreisen, der sportlichen Aktivität des Klägers und auf die fehlende Verschreibung von Psychopharmaka gestützt. Es habe indessen offengelassen, ob diese Reisen - wie vom Kläger geltend gemacht - auf ärztlichen Rat hin durchgeführt worden seien. Gemäss seinen Feststellungen hätten med. pract. D.____ und Dr. C.____ auch in Bezug auf die sportliche Aktivität auf deren therapeutische Wirkung hingewiesen. Auf die Abgabe von Psychopharmaka sei nach Angaben des Klägers wegen seines Magengeschwürs verzichtet worden. Dass der Kläger an einem schweren Magengeschwür gelitten habe, lasse sich auch den Feststellungen des hiesigen Gerichts entnehmen.

Die drei genannten unbestrittenen Tatsachen (Reisen nach Spanien, sportliche Aktivität, keine Psychopharmaka) seien vor diesem Hintergrund offensichtlich ungenügend, um als alleinige Indizien zusammen mit den Parteibehauptungen (Privatgutachten B.____/Z.____) den Beweis des Gegenteils zu erbringen, wonach der Kläger ab dem 24. Mai 2012 voll arbeitsfähig gewesen sei. Das hiesige Gericht hätte bei dieser ungenügenden Beweislage und angesichts der substantiierten Behauptungen (namentlich Privatgutachten D.____/C.____) und Bestreitungen (Privatgutachten B.____/Z.____) nicht auf die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens verzichten dürfen (E. 2.5).

2.2 Der Kläger stellte sich nach Eingang des Gerichtsgutachtens auf den Standpunkt (Urk. 13), Dr. E.____ gehe von der Annahme aus, der Kläger habe die Arbeitstätigkeit ab April 2013 bei der F.____ zu 100 % aufgenommen und sei zu jenem Zeitpunkt wieder 100 % arbeitsfähig gewesen. Sie empfehle deshalb, von Dezember 2012 bis Ende März 2013 von einer kontinuierlichen Zunahme der Arbeitsfähigkeit bis 100 % auszugehen, wobei sie aber darauf hinweise, dass eine Beurteilung betreffend diese Zeitperiode im Rückblick schwierig sei. Demgegenüber lägen ärztliche Atteste des behandelnden Psychiaters für diese Zeitperiode bei den Akten, die belegten, dass sich die eingeschränkte Gesundheit des Klägers bis Ende März 2013 nur sehr langsam verbessert habe. Noch im Januar 2013 sei er gemäss seiner Erinnerung nicht arbeitsfähig gewesen. Im Weiteren entspreche die Annahme der Gutachterin, er sei seit April 2013 zu 100 % arbeitsfähig gewesen, nicht den bei den Akten liegenden Eingaben und Belegen. Ziehe man die Umsatzzahlen von vergleichbaren Versicherungsaussendienstmitarbeitern hinzu, sei festzustellen, dass diese in kürzerer Zeit ein massgeblich höheres Einkommen hätten generieren können als er. Es sei vor diesem Hintergrund von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit bis Ende November 2012 und ab Dezember 2012 bis Ende März 2013 von einer kontinuierlichen Zunahme der Arbeitsfähigkeit bis auf 80 % auszugehen.

2.3 In ihrer Stellungnahme hielt die Beklagte fest (Urk. 12), Dr. E.____ stelle allein auf die Angaben des Klägers ab. Objektive Kriterien liessen sich im Gutachten keine finden (Ziff. 1 S. 1). Die Feststellung der Gutachterin, anlässlich der bidisziplinären Begutachtung habe keine Konsensbesprechung stattgefunden, sei aus näher dargelegten Gründen falsch (Ziff. 2 S. 1 f.). Dr. E.____ nehme eine rechtliche Würdigung der Parteigutachten vor, was für eine Medizinerin unzulässig sei (Ziff. 3 S. 2). Gemäss der beruflichen Anamnese habe sich das Arbeitsklima nach Ansicht des Klägers bereits ab 2010 negativ verändert, weshalb entgegen der Annahme der Gutachterin nicht von einer überraschenden Kündigung ausgegangen werden könne (Ziff. 4 S. 2). Es gehe nicht an, dass Dr. E.____ die Befunderhebung der bidisziplinären Gutachter kritisiere und nur auf das Gutachten D.____/C.____ abstelle. Selbst Dr. E.____ sei nicht in der Lage gewesen, eine Anamnese zu erfragen, weshalb sie sich auf die von D.____/C.____ erhobene gestützt habe (Ziff. 5 S. 2 f.).

3.

3.1 Am 23. Februar 2017 erstattete Dr. E.____ das vom Gericht in Auftrag gegebene psychiatrische Gutachten (Urk. 8). Sie fasste den versicherungsmedizinischen Zusammenhang aufgrund der ihr vorliegenden Akten, insbesondere der medizinischen Berichte der behandelnden Ärzte und der Parteigutachter sowie der Angaben des Klägers folgendermassen zusammen (S. 22):

Der Kläger sei im 2012 an einer Magenerkrankung erkrankt, die ab dem 9. März 2012 zur Krankschreibung durch den Hausarzt geführt habe. Am Vortag der Krankschreibung habe er von seinem Vorgesetzten die mündliche Eröffnung erhalten, dass man sich von ihm trennen wolle. Während sich die Magenerkrankung zurückgebildet habe, habe er ab dem 9. März 2012 eine psychische Erkrankung, die in engem inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhang zur Kündigungsandrohung und zur am 16. März 2012 schriftlich erfolgten Kündigung gestanden habe. Am 1. April 2012 hätte er das zwanzigjährige Dienstjubiläum gefeiert.

Es sei dem Kläger gemäss seinen eigenen Angaben in den ersten Wochen nach dem 8. März 2012 psychisch sehr schlecht gegangen. Er habe die Umwelt gar nicht richtig wahrgenommen, sondern habe unter Schock gestanden und habe nur äusserlich funktioniert. Im Laufe von Wochen, sicher ab Anfang April 2012, habe er eine tiefe Niedergestimmtheit, auch Suizidgedanken und vereinzelt aggressive Gefühle und Gedanken gegenüber seinem Vorgesetzten wahrgenommen. Insgesamt sei er weiter blockiert gewesen und habe es nicht fassen können, dass er nach so vielen Jahren vom Arbeitgeber fallen gelassen worden sei. Tagsüber habe er verbissen Fitness gemacht, um sich zu betäuben. Abends sei er zur Partnerin gegangen.

Er sei von seinem Hausarzt zum Psychiater überwiesen worden, welcher eine Anpassungsstörung mit Angst und depressiver Reaktion diagnostiziert und ihn ab dem 16. April 2012 weiter zu 100 % krankgeschrieben habe. Weiter habe er ein „schweres Magengeschwür“ erwähnt.

Auf Anraten seines Psychiaters habe der Kläger im Mai 2012 zwei kurze schon früher geplante Reisen nach Spanien unternommen, die dazu geführt hätten, dass er den ersten Termin für die in der Zwischenzeit seitens der Beklagten in Auftrag gegebene Begutachtung nicht wahrnehmen können. Gestützt auf dieses Gutachten, worin eine leichte depressive Episode diagnostiziert und die medizinische Grundlage für eine Arbeitsunfähigkeit verneint worden seien, habe die Beklagte ihre Leistungen eingestellt.

Es seien gemäss Aussagen des Klägers trotz psychiatrischer Behandlung Monate der Stagnation im Befinden gefolgt. Sein Befinden und seine Möglichkeiten der Beschäftigungen im Alltag seien im Vergleich zum April 2012 unverändert gewesen. Im Oktober/Anfangs November habe eine vom Kläger in Auftrag gegebene Begutachtung stattgefunden, welche diagnostisch eine mittelgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom und einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit ergeben habe.

3.2 In Würdigung der Parteigutachten kam Dr. E. ___ zum Schluss, dass im Gutachten B. ___/Z. ___ die Anamneseerhebung bezüglich Widersprüchen und Oberflächlichkeit zu beanstanden und die Befunderhebung zu kritisieren seien (S. 15 f.). Die psychiatrisch-diagnostische Beurteilung sei mindestens als fraglich und auf jeden Fall als ungenau einzustufen (S. 16). Die ungenaue Vorgehensweise setze sich bei der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit fort, indem es erscheine, als hätte sich der Gutachter nicht mit der effektiven Tätigkeit eines Aussendienstmitarbeiters einer Versicherung auseinandergesetzt (S. 17). Insgesamt könne auf die psychiatrische Einschätzung im Gutachten B. ___/Z. ___ nicht abgestützt werden (S. 17).

Das Gutachten D. ___/C. ___ sei bezüglich Anamnese und Befunderhebung sorgfältig und umfassend. Inhaltlich seien aufgrund der sorgfältigen gutachterlichen Arbeit ein nachvollziehbares differenziertes Bild des Gesundheitszustandes des Klägers sowie seiner Ressourcen und Schwächen ersichtlich (S. 18). Die Gutachter hätten unter Bezug des „Mini ICF APP“ die Funktionseinschränkungen im angestammten Beruf in einem nachvollziehbaren Zusammenhang mit den Krankheitssymptomen der mittelgradigen depressiven Episode mit somatischem Syndrom gestellt (S. 20). Dass die Berufsausübung im Aussendienst einer Versicherung bei den festgestellten Funktionseinbussen und den vertraglich festgehaltenen hohen Anforderungen an das Auftreten und das Verhalten nicht möglich gewesen sei, sei nachvollziehbar (S. 21). Gesamthaft sei das Gutachten bezüglich Anamnese, Befundfeststellung und Einschätzung der momentanen Arbeitsfähigkeit qualitativ genügend, sodass darauf abgestellt werden könne (S. 21).

3.3 Zur Arbeitsfähigkeit führte Dr. E. ___ aus (S. 23 f.), die Abgabe einer rückwirkenden Einschätzung sei eine schwierige Aufgabe, wenn zuverlässige Echtzeitdaten rar seien oder gar fehlten. Beim Kläger müsse erwogen werden, dass sich sein psychischer Gesundheitszustand zwischen Mai und Oktober/November 2012 hätte verschlechtert haben können, so dass er im Zeitpunkt der ersten Begutachtung erst leicht depressiv gewesen, über den Sommer depressiver geworden und im Zeitpunkt der zweiten Begutachtung mittelgradig depressiv gewesen sei. Ein derartiger, ungünstiger Krankheitsverlauf sei grundsätzlich denkbar und müsste angenommen werden, wenn das psychiatrische Teilgutachten vom 8. Juni 2012 aussagekräftig wäre.

Nachdem aber das psychiatrische Teilgutachten vom 8. Juni 2012 nicht aussagekräftig sei (vgl. oben E. 3.2) und zwischenzeitliche verwertbare medizinische Dokumente seitens des behandelnden Psychiaters die Sachlage nicht erhellten, müsse auf die Angaben des Klägers selber und dasjenige medizinische Dokument, das dem zu beurteilenden Zeitraum am nächsten liege, abgestützt werden.

Der Kläger gebe an, sein psychisches Befinden zwischen April 2012 und Ende November 2012 sei unverändert schlecht gewesen, also gleich schlecht wie im Zeitraum der gutachterlichen Exploration durch D. ___/C. ___ im Oktober/November 2012. Somit habe zwischen dem 24. Mai 2012 bis zum 30. November 2012 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % als Aussendienstmitarbeiter einer Versicherungsgesellschaft vorgelegen.

Für den Zeitraum ab Anfang Dezember 2012 bis 31. März 2013 stünden, abgesehen von den Arbeitsunfähigkeitsattesten des behandelnden Psychiaters, keine medizinischen Akten zur Verfügung. Über diesen Zeitraum sei bekannt, dass der Kläger ab Dezember 2012 vermehrt zu Aussenkontakten fähig gewesen sei und auf ein Stellenangebot eines Kollegen habe eintreten können. Im Januar (richtig: März, vgl. Urk. 14/2) 2013 habe er einen Arbeitsvertrag für eine 100%ige Tätigkeit als Aussendienstmitarbeiter beginnend ab 1. April 2013 unterzeichnen können und es sei ihm seitens der neuen Arbeitgeberin unter Berücksichtigung des Gesundheitszustandes eine Lohngarantie bis Ende 2014 gewährt worden. Der Kläger selber gebe an, sein Gesundheitszustand habe sich zwischen Dezember 2012 und Ende März 2013 langsam verbessert. Im Zeitpunkt des Stellenantritts am 1. April 2013 habe er sich noch nicht zu 100 % gut gefühlt, dies sei erst ein paar Monate später der Fall gewesen. Damit erscheine es höchst unwahrscheinlich, dass die Arbeitsunfähigkeit im Dezember noch bei 100 % gelegen habe. Eine detaillierte zeitliche Rekonstruktion einzelner Genesungsschritte sei rückblickend unmöglich. Als Annäherung an die Realität sei am ehesten ein linearer depressiver Verlauf der Arbeitsunfähigkeit zwischen Dezember 2012 und Ende März 2013 anzunehmen. Die noch geltend

gemachte Beeinträchtigung des Befindens nach dem 1. April 2013 könne keiner Arbeitsunfähigkeit mehr zugeordnet werden, nachdem der Kläger 100 % an einer neuen Stelle gearbeitet habe. Die bald darauf beendete psychiatrische Behandlung stütze diese Einschätzung.

3.4 Zum Aktivitätsniveau des Klägers hielt Dr. E. ___ fest, dieser habe bekanntlich zwei kurze Flugreisen nach Spanien unternommen. Solche Reisen schlossen das Vorliegen einer mittelgradigen depressiven Episode mit somatischem Syndrom nicht aus (S. 27).

Von den Reisen nach Spanien sei keine therapeutische Wirkung ausgegangen. Die Empfehlung des behandelnden Psychiaters, die Reisen zu unternehmen, sei kritisch zu werten. Bei der Behandlung mittelgradig bis schwergradig depressiver Menschen seien Erholungsurlaube gar kontraindiziert, da dadurch eventuell noch vorhandene Strukturen wegfielen und die krankheitsbedingt fehlende oder reduzierte Genussfähigkeit das Krankheitsgefühl noch verstärken könne. Es überrasche wenig, dass der Kläger von den Reisen subjektiv und objektiv nicht profitiert habe (S. 27).

Über den Alltag während der Krankheit habe der Kläger angegeben, dass er täglich Fitness gemacht habe. Die sportliche Aktivität habe ihm etwas an Struktur gegeben und habe ihm geholfen, negative Gefühle weniger zu spüren. Für einen ehemaligen Profisportler sei diese Art der Betätigung in einem Zustand von psychischer Schwäche keineswegs überraschend: Er greife auf ein hinterlegtes Verhaltensmuster zurück, das er internalisiert und welches sich schon früher bewährt habe. Damit stehe die sportliche Aktivität beim Kläger nicht im Widerspruch zur psychiatrischen Diagnose (S. 27).

4.

4.1 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Gutachten E. ___ um ein Obergutachten handelt, das eingeholt worden ist, weil die Verfasser der beiden Parteigutachten unterschiedliche Schlüsse betreffend Diagnose und Arbeitsfähigkeit gezogen haben. Die Gerichtsgutachterin wurde damit betraut, sich über den Gesundheitszustand des Klägers in der Vergangenheit zu äussern, wobei der Kläger im Zeitpunkt der Auftragserteilung durch das Gericht wieder vollzeitlich einer Erwerbstätigkeit in der angestammten Tätigkeit nachging. Es ging somit vor allem darum, aufgrund der vorhandenen medizinischen Akten die für die strittige Periode notwendigen Schlüsse zu ziehen. Darauf, dass eine nachträgliche Exploration psychopathologischer Befunde nicht möglich sei, wies Dr. E. ___ in ihrem Gutachten ausdrücklich hin (S. 6).

Angesichts der gestellten Aufgabe kam Dr. E. ___ nicht darum herum, die ihr gestellten Fragen in Würdigung der vorliegenden medizinischen Akten zu beantworten und die medizinischen Berichte gegeneinander abzuwägen. Dies hat sie getan und ist mit einlässlicher Begründung zum Schluss gekommen, dass das Gutachten B. ___/Z. ___ nicht und das Gutachten D. ___/C. ___ überzeuge (vgl. oben E. 3.2). Die Berichte und Atteste des behandelnden Psychiaters bezeichnete Dr. E. ___ aus medizinischer Sicht als die Sachlage nicht erhellend (vgl. oben E. 3.3).

4.2 Dr. E. ___ stellte fest, dass zwischen dem nicht aussagekräftigen Gutachten B. ___/Z. ___ vom 8. Juni 2012 und dem Gutachten D. ___/C. ___ vom 7. Dezember 2012 keine verwertbaren medizinischen Akten vorlägen, die eine Objektivierung des Zustands des Klägers erlauben würden. Die vom behandelnden Arzt im Bericht vom 5. Juli 2012 erwähnte Zustandsverschlechterung sei nicht substantiiert und seine Replik auf das psychiatrische Teilgutachten sei in hohem Masse unsachlich gehalten und ohne neue medizinische Aspekte (S. 23).

Ob im Zeitpunkt der Begutachtung im Mai 2012 weitere Befunde als die von Dr. B. ___ erhobenen vorlagen, kann im Nachhinein nicht mehr festgestellt werden. Allerdings zeigten die von med. pract. D. ___ erhobenen Befunde ein halbes Jahr später ein anderes Bild und führten zur Diagnose einer mittelschweren depressiven Episode. Für den Zeitraum zwischen den beiden Gutachten wägte Dr. E. ___ zwischen zwei Möglichkeiten ab, nämlich dass sich der Gesundheitszustand zwischen den beiden Begutachtungen verschlechtert oder bereits im Zeitpunkt der erstmaligen Begutachtung eine mittelschwere depressive Episode vorgelegen haben könnte, und kam zum Schluss, dass die letztere aufgrund der nachträglichen Aussagen des Klägers über sein Befinden im fraglichen Zeitpunkt die überwiegend wahrscheinliche sei.

Für die Zeit nach der zweiten Begutachtung stellte Dr. E. ___ fest, dass keine medizinischen Akten mehr zur Verfügung stünden, abgesehen von den Arbeitsunfähigkeitsattesten durch den behandelnden Psychiater. Am 1. April 2013 habe der Kläger die Stelle als Aussendienstmitarbeiter zu einem Pensum von 100 % angetreten. Für diesen Zeitraum müsse auf die Angaben des Klägers abgestützt werden sowie auf die gelebte Realität, die sich mit den Angaben des Klägers deckten. Hieraus schloss sie, dass es unwahrscheinlich erscheine, dass der Kläger im Dezember 2012 noch zu 100 % arbeitsunfähig gewesen sei, sondern dass es überwiegend wahrscheinlich sei, dass er ab Dezember 2012 tiefprozentig arbeitsfähig gewesen sei und die Arbeitsfähigkeit schrittweise zugenommen habe bis sie schliesslich per 31. März 2013 bei 100 % gelegen habe. Eine detaillierte zeitliche Rekonstruktion der einzelnen Genesungsschritte erachtete sie rückwirkend als nicht möglich (vgl. E. 3.3).

4.3 Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit muss insbesondere von der Glaubhaftmachung („la simple vraisemblance“; „la semplice verosimiglianza“) abgegrenzt werden. Denn zum einen umschreibt „Glaubhaftmachen“ oftmals das Beweismass, das im Rahmen von vorläufigen, zumeist mit Beweismittelbeschränkungen getroffenen Entscheiden, namentlich vorsorglichen Massnahmen, gilt. Zum anderen unterscheidet sich der jeweiligen geforderte Grad an Wahrscheinlichkeit. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c; 104 Ia 408 E. 4; 88 I 11 E. 5a). Demgegenüber sind die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit höher: Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen (BGE 130 III 321 E. 3.3).

4.4

4.4.1 Die Möglichkeit, dass beim Kläger im Zeitpunkt der erstmaligen Begutachtung keine die Arbeitsfähigkeit beeinflussende Krankheit vorgelegen und sich der Gesundheitszustand danach bis zur zweiten Begutachtung derart verschlechtert hat, dass eine die Arbeitsfähigkeit vollständig einschränkende mittelschwere depressive Episode zu diagnostizieren war, erachtete Dr. E. ___ als durchaus gegeben. Sie machte diese Möglichkeit jedoch abhängig von der Aussagekraft des Gutachtens B. ___/Z. ___, welche sie ihm indes absprach (Urk. 8 S. 17, S. 24). Mangels fehlender aussagekräftiger medizinischer Berichte im strittigen Zeitraum vom 25. Mai bis 2. Oktober 2012 hielt Dr. E. ___ dafür, auf

die Angaben des Versicherten abzustellen, wonach sein psychisches Befinden zwischen April und Ende November 2012 unverändert schlecht gewesen sei, womit er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit im genannten Zeitraum zu 100 % arbeitsunfähig gewesen sei (S. 24).

In Übereinstimmung mit Dr. E. ___ muss nunmehr und im Gegensatz zum Urteil vom 28. September 2015 (Urk. 2/28; KK.2013.00039) davon ausgegangen werden, dass auf das Gutachten B. ___/Z. ___ nicht abgestellt werden kann, zumal die vom hiesigen Gericht berücksichtigten Indizien „Reisen nach Spanien“, „sportliche Aktivität“ und „keine Psychopharmaka“ die Einschätzung B. ___/Z. ___ nicht zu bekräftigen vermögen. So schliessen die Flugreisen im Mai 2012 nach Spanien gemäss überzeugender Einschätzung von Dr. E. ___ die Annahme einer mittelgradigen depressiven Episode nicht aus. Die Empfehlung des behandelnden Psychiaters, die Reisen wahrzunehmen, sei dabei kritisch zu werten, zumal Erholungsurlaube bei der Behandlung entsprechender depressiver Erkrankungen gar kontraindiziert seien, weshalb auch wenig überraschend, dass der Versicherte davon nicht profitiert habe (Urk. 8 S. 27). Die sportliche Aktivität stehe sodann nicht im Widerspruch zur psychiatrischen Diagnose einer mittelgradigen depressiven Episode, da der Versicherte als ehemaliger Profisportler damit auf ein hinterlegtes Verhaltensmuster zurückgreife (S. 27). Das Nichtverschreiben von Psychopharmaka durch den behandelnden Psychiater aufgrund von Magenproblemen entbehre schliesslich gemäss der Einschätzung von Dr. E. ___ (S. 19) jeglicher sachlicher Grundlage. Indes schlussfolgerte Dr. E. ___ daraus nicht, dass die Nichteinnahme von Psychopharmaka auf einen geringen Leidensdruck des Versicherten und damit auf eine Arbeitsfähigkeit im genannten Zeitraum schliessen liessen.

Dass im Zeitraum vom 25. Mai bis 2. Oktober 2012 (am 3. Oktober 2012 fand die erste Begutachtung durch D. ___/C. ___ statt) keine aussagekräftigen, echtzeitlichen medizinischen Unterlagen vorliegen, kann dem Versicherten nicht zur Last gelegt werden, da er weder Einfluss auf die Qualität des Gutachtens B. ___/Z. ___ noch auf die Berichte des behandelnden Psychiaters hatte. Entsprechend war es Dr. E. ___ auch nicht möglich, gestützt auf die echtzeitlichen Dokumente eine Einschätzung des Gesundheitszustands und der Arbeitsfähigkeit vorzunehmen, weshalb in Übereinstimmung mit Dr. E. ___ nunmehr auf die Einschätzung des Versicherten, wonach der Gesundheitszustand im besagten Zeitraum unverändert schlecht gewesen sei, in Verbindung mit dem Gutachten D. ___/C. ___ abzustellen ist. Es ist daher im Zeitraum vom 25. Mai bis zum 30. November 2012 von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit als Aussendienstmitarbeiter einer Versicherungsgesellschaft auszugehen.

4.4.2 Anders sieht es für den Zeitraum ab der zweiten Begutachtung aus, obwohl auch dafür keine aussagekräftigen medizinischen Berichte vorliegen. Für diesen Zeitraum kann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass eine stetige Besserung des Gesundheitszustands stattgefunden hat und der Kläger spätestens im Zeitpunkt der Erwerbsaufnahme am 1. April 2013 wieder voll arbeitsfähig war, denn eine andere, auch wahrscheinliche Möglichkeit wird von Dr. E. ___ nicht in Betracht gezogen.

Insoweit der Kläger geltend machte, seine Genesung habe länger gedauert als von Dr. E. ___ angenommen und er sei bei Stellenantritt am 1. April 2013 noch nicht voll leistungsfähig gewesen, kann er dies nicht belegen. Zwar erteilte ihm die neue Arbeitgeberin eine Einkommensgarantie bis 31. Dezember 2015 (vgl. Urk. 2/16/4 = Urk. 14/1). Allerdings lassen die Zugeständnisse der Arbeitgeberin - selbst wenn sie dem Kläger aufgrund seiner subjektiv wahrgenommenen Leistungsfähigkeit erteilt worden sein sollten - eine krankheitsbedingte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit nicht belegen. Ausserdem war es dem Versicherten zumutbar, eine Tätigkeit anzunehmen, welche seinen dannzumaligen Bedürfnissen entsprach (Art. B2. 1 Abs. 3 AVB). Soweit der Kläger auf die Arbeitsunfähigkeitsatteste seines behandelnden Psychiaters verweist, sind diese nicht aussagekräftig.

Wird somit von einer stetigen Steigerung der Arbeitsfähigkeit von 0 % auf 100 % während vier Monaten (letzte gutachterliche Untersuchung vom 7. November 2012/Arbeitsaufnahme am 1. April 2013) ausgegangen, ergibt dies eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % ab Dezember 2012, eine solche von 60 % ab Januar 2013, eine solche von 40 % ab Februar 2013 und eine solche von 20 % ab März 2013.

4.5 Das Taggeld des Klägers beträgt bei einer 100%igen Erwerbsunfähigkeit Fr. 434.95 (vgl. Urk. 2/10/3), bei einer solchen von 80 % somit Fr. 347.95, bei einer solchen von 60 % Fr. 260.95 und bei einer solchen von 40 % Fr. 174.--. Bei einer Erwerbsunfähigkeit unter 25 % besteht kein Anspruch auf Taggelder (vgl. oben E. 1.3).

Damit hat der Kläger Anspruch auf 190 Taggelder von 100 % für die Periode vom 25. Mai bis 30. November 2012 im Betrag von 82'640.50, 31 Taggelder von 80 % für Dezember 2012 im Betrag von Fr. 10'786.45, 31 Taggelder von 60 % für Januar 2013 im Betrag von Fr. 8'089.45 und 28 Taggelder von 40 % für Februar 2013 im Betrag von Fr. 4'872.--. Dies ergibt einen Taggeldanspruch von insgesamt Fr. 106'388.40.

5.

5.1 Nach Art. 41 Abs. 1 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablauf 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 des Obligationenrechts, 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 In den AVB der Beklagten wurden keine besonderen Bestimmungen zum Verzugszins bezüglich ihrer Leistungen aufgenommen. Es gelten somit die allgemeinen Regeln nach OR und VVG. Der Anspruch auf die Taggelder vom 25. Mai 2012 bis 28. Februar 2013 war fortlaufend entstanden. Die Beklagte hat die Zahlung weiterer Taggelder nach dem Vorliegen des Gutachtens B. ___/Z. ___ vom 8. Juni 2012 (Urk. 2/10/M9) mit Schreiben vom 14. Juni 2012 definitiv abgelehnt (Urk. 2/10/K13). Fälligkeit und Verzug traten somit ab dem 14. Juni 2012 ein. Der Lauf des Verzugszins von 5 % ist daher ab dem mittleren Verfalltag zwischen dem 25. Mai 2012 und 28. Februar 2013, mithin ab dem 11. Oktober 2012 geschuldet. [Verfalltagberechnung: Mai 7 Tage, Juni 30 Tage, Juli/August je 31 Tage, September 30 Tage, Oktober 31 Tage, November 30 Tage, Dezember 31 Tage, Januar 31 Tage, Februar 28 Tage = 280 Tage/2 = 140 Tage.]

6. Zusammenfassend ist die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 106'388.40 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 11. Oktober 2012 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. 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.

Der vertretene Kläger obsiegt im Umfang von rund vier Fünftel. Bei einem gerichtsblichen Ansatz von Fr. 220.-- zuzüglich Mehrwertsteuer (MWSt) ist ihm eine um 1/5 gekürzte Parteientschädigung von Fr. 3'120.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen, worin die Aufwendungen im Verfahren KK.2013.00039 ebenfalls enthalten sind.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 106'388.90 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 11. Oktober 2012 zu bezahlen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 3'120.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwältin Corinne Schoch
- Fürsprecher René W. Schleifer
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

5. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

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

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin

MosimannTiefenbacher