

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich	
--	--

KK.2015.00002

II. Kammer  
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender  
Sozialversicherungsrichter Bachofner  
Ersatzrichterin Romero-Käser  
Gerichtsschreiber Volz

**Urteil vom 4. Juli 2017**

in Sachen

X.\_\_\_\_

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Christe  
Christe & Isler Rechtsanwälte  
Obergasse 32, Postfach 1663, 8401 Winterthur

gegen

Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG  
Richtiplatz 1, 8304 Wallisellen  
Beklagte

Zustelladresse: Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG  
Postfach, 8010 Zürich

**Sachverhalt:**

1.

1.1 X.\_\_\_\_, geboren 1963, war seit 1991 bei der Y.\_\_\_\_, als Maler und Vorarbeiter tätig und über diese im Rahmen eines kollektiven Krankenzusatzversicherungsvertrages bei der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft (nachfolgend: Allianz), gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) für ein Taggeld bei Krankheit versichert (Urk. 9/14/1), als er am 19. Januar 2012 beim Ausladen von Farbkübeln aus einem Lieferwagen einen Farbkübel mit gestreckten Armen anhub (Urk. 2/3). Dabei zog er sich unter anderem eine partielle Supraspinatussehnenläsion im Bereich seiner rechten Schulter zu (Urk. 9/11).

1.2 Für die Folgen des Unfallereignisses vom 19. Januar 2012 war der Versicherte über die Y.\_\_\_\_ bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) obligatorisch unfallversichert. Die SUVA erbrachte vorerst die vorübergehenden Leistungen der Unfallversicherung (Taggeld, Heilungskosten). Mit Schreiben vom 9. April 2014 (Urk. 9/3) beziehungsweise mit Verfügung vom 12. Mai 2014 (Urk. 2/4) stellte die SUVA die Taggeldleistungen und Heilungskosten per 1. Juni beziehungsweise 31. Mai 2014 ein, verneinte einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den psychischen Beschwerden und dem Unfall vom 19. Januar 2012 und sprach dem Versicherten mit Wirkung ab 1. Juni 2014 für die somatischen Folgen des Unfalls vom 19. Januar 2012 bei einem Invaliditätsgrad von 31 % eine Invalidenrente zu. Die vom Versicherten gegen die Verfügung vom 12. Mai 2014 erhobene Einsprache wies die SUVA mit Entscheid vom 12. Januar 2015 ab. Mit Entscheid vom 1. April 2016 wies das hiesige Gericht die vom Versicherten gegen den Einspracheentscheid vom 12. Januar 2015 erhobene Beschwerde ab (Prozess Nr. UV.2015.00034).

1.3 Mit Verfügung vom 18. März 2015 verneinte die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, einen Anspruch des Versicherten auf eine Invalidenrente der Invalidenversicherung. In Gutheissung der vom Versicherten am 30. April 2015 dagegen erhobenen Beschwerde wies das hiesige Gericht die Sache mit Entscheid vom 14. Dezember 2015 (Prozess Nr. IV.2015.00470; Urk. 24) zu ergänzender Sachverhaltsabklärung und erneuter Verfügung über den Rentenanspruch des Versicherten an die IV-Stelle zurück.

1.4 Am 14. April 2014 kündigte die Y.\_\_\_\_ den Arbeitsvertrag mit dem Versicherten per 31. Mai 2014 (Urk. 2/2). Gleichentags meldete sich der Versicherte bei den Organen der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug an und stellte sich der Arbeitsvermittlung ab 1. Juni 2014 im Umfang eines Arbeitspensums von 100 % zur Verfügung (Urk. 19).

1.5 Am 13. Mai 2014 ersuchte der Versicherte die Y.\_\_\_\_ um eine Anmeldung zum Bezug von Krankentaggeld bei der Allianz (Urk. 2/10), worauf die Y.\_\_\_\_ den Versicherten am 14. Mai 2014 bei der Allianz zum Bezug eines Krankentaggeldes für eine aus psychischen Gründen bestehende Arbeitsunfähigkeit seit 13. März 2012 anmeldete (Urk. 9/2). Mit Schreiben vom 19. August 2014 (Urk. 2/16) teilte die Allianz dem Versicherten mit, dass gemäss der medizinischen Aktenlage eine versicherte Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen nicht ausgewiesen sei, und verneinte einen Taggeldanspruch des Versicherten. Daran hielt die Allianz mit Schreiben vom 2. (Urk. 2/18) und 5. September 2014 (Urk. 2/20) fest.

2.

2.1 Mit Eingabe vom 9. Januar 2015 (Urk. 1) erhob der Versicherte gegen die Allianz Klage und beantragte, diese sei zu verpflichten, ihm Krankentaggelder für die Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 2014 im Umfang von 184 Tagen à Fr. 125.39 im Betrag von insgesamt Fr. 23'071.76 zuzüglich 5 % Zins ab 9. Januar 2015 zu bezahlen (S. 2).

Mit Klageantwort vom 20. März 2015 (Urk. 8) beantragte die Allianz die Abweisung der Klage (S. 2).

2.2 Mit Replik vom 28. August 2015 (Urk. 12) hielt der Kläger an seinem klageweise gestellten Rechtsbegehren fest (S. 2). Mit Duplik vom 2. November 2015 (Urk. 18) hielt die Beklagte an ihrem Antrag auf Abweisung der Klage fest (S. 2). Mit Verfügung vom 13. November 2015 (Urk. 20) wurden dem Kläger je eine Kopie der Stellungnahme der Beklagten vom 2. November 2015 (Urk. 18) und der Beilage (Urk. 19) zugestellt und es wurde den Parteien die Gelegenheit eingeräumt, dem Gericht im Rahmen einer schriftlichen Stellungnahme mitzuteilen, falls sie die Durchführung einer Hauptverhandlung wünschen. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2015 (Urk. 22) verzichtete die Beklagte auf die Durchführung einer Hauptverhandlung, wovon dem Kläger am 14. Dezember 2015 (Urk. 23) eine Kopie zugestellt wurde. Der Kläger liess sich nicht vernehmen.

2.3 Mit Verfügung vom 29. März 2016 (Urk. 25) wurde das invalidenversicherungsrechtliche Urteil des hiesigen Gerichts in Sachen des Klägers (Prozess Nr. IV.2015.00470) zu den Akten (Urk. 24) genommen und es wurde der Prozess bis zum Vorliegen des von der IV-Stelle des Kantons Zürich zu veranlassenden medizinischen Gutachtens sistiert. Mit Eingabe vom 6. April 2017 (Urk. 27) reichte der Kläger die seinen Anspruch auf eine Invalidenrente verneinende Verfügung der IV-Stelle vom 30. März 2017 (Urk. 28/1) sowie das im Auftrag der IV-Stelle verfasste bidisziplinäre, orthopädisch-psychiatrische Gutachten vom 15. August 2016 (Urk. 28/2/1-4) ein. Dazu nahm die Beklagte am 16. Mai 2017 (Urk. 32) und der Kläger am 6. Juni 2017 (Urk. 33) Stellung, worauf den Parteien am 7. Juni 2017 je eine Kopie der Stellungnahme der Gegenpartei zugestellt wurde (Urk. 35).

## Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Nach Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) unterliegen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dem VVG. Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 124 III 44 E. 1a/aa und 232 E. 2b). Nach Art. 85 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) entscheidet das Gericht privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungsunternehmen oder zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten. Kollektive Krankentaggeldversicherungen werden vom Bundesgericht wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 138 III 2 E. 1.1; Urteile des Bundesgerichts 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 2.1; 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 2 und 4A\_47/2012 vom 12. März 2012 E. 2).

1.2 Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG zuständig (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer; BGE 138 III 2), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558).

1.3 Ansprüche aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG werden ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO beurteilt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO stellt das Gericht im Verfahren betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Sie haben die relevanten Fakten vorzubringen und die allenfalls zu erhebenden Beweismittel nach Möglichkeit zu bezeichnen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_723/2012 vom 3. April 2013 E. 3.3 mit Hinweisen).

1.4 Art. 87 VVG gewährt demjenigen, zu dessen Gunsten die kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht auf die Versicherungsleistungen im Versicherungsfall gegen den Versicherer (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2c; Peter Stein, Basler Kommentar VVG, Basel 2001, Art. 87 VVG N 15; Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, VII/2, Basel 1979, S. 729).

1.5 Der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - hat die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruches (Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalles und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (BGE 130 III 321 E. 3.1 S. 323; Urteil 4A\_393/2008 vom 17. November 2008 E. 4.1).

1.6 Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insofern eine Beweiserleichterung, als er in der Regel nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruches darzutun hat. Allerdings kann der Versicherer im Rahmen des Gegenbeweises Indizien geltend machen, welche die Glaubwürdigkeit des Ansprechers erschüttern oder erhebliche Zweifel an seinen Schilderungen erwecken. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als überwiegend wahrscheinlich und damit nicht als bewiesen anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert (BGE 130 III 326 E. 3.4 mit Hinweis, Urteil des Bundesgerichts 5C.146/2000 vom 15. Februar 2001 E. 4b mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung (Urteile des Bundesgerichts 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3 und 4A\_316/2013 vom 21. August 2013 E. 6.2) kann sich, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich beziehungsweise nicht zumutbar ist, auch der Versicherer in Bezug auf Tatsachen, für welche ihm die Beweislast obliegt, auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen.

2.

2.1 Gemäss der sich bei den Akten befindenden Versicherungspolice (Urk. 9/14/1) hat die Beklagte mit der Y.\_\_\_\_ einen Vertrag für eine kollektive Krankenzusatzversicherung für ihr gesamtes Personal (Beginn: 1. Januar 2008) abgeschlossen und ein Krankentaggeld in der Höhe von 80 % des versicherten AHV-beitragspflichtigen Verdienstes (bis zu einem

maximalen versicherten Jahreslohn von Fr. 200'000.-- pro Person) für eine Leistungsdauer von 730 Tagen (für Personen unterhalb des AHV-Alters) abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen vereinbart (S. 4). Als Vertragsgrundlage wurde unter anderem auf die Allgemeinen Bedingungen für die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung, Ausgabe 2005 (Urk. 14/5; nachfolgend: AVB) und auf die Zusatzbedingungen für die Krankentaggeld-Versicherung, Ausgabe 2005 (Urk. 14/4; nachfolgend: ZVB) verwiesen (S. 4), welche durch Übernahme Vertragsbestandteil wurden.

2.2 In Art. 3 Ziff. 1 AVB (Urk. 14/5) wird das versicherte Ereignis Krankheit definiert:

Jede vom Willen der versicherten Person unabhängige Störung der Gesundheit, die ärztliche "Behandlung erfordert und die nicht auf einen Unfall oder Unfallfolgen zurückzuführen ist".

Die Arbeitsunfähigkeit wird in Art. 4 Ziff. 1 AVB definiert:

Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person infolge eines versicherten Ereignisses ganz „oder teilweise ausserstande ist, ihren Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben“.

Die Beendigung des Versicherungsschutzes wird in Art. 9 Ziff. 1 AVB umschrieben:

Für die einzelnen versicherten Personen erlischt der Versicherungsschutz für sämtliche für sie "versicherten Leistungen: (...) c) bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses (...)".

Dazu wird in Art. 10 Ziff. 1 AVB betreffend die Nachleistung das Folgende präzisiert:

In den Fällen von Artikel 9 Ziffer 1 Bst. a und c bezahlt die Gesellschaft das Taggeld nur für Krankheiten, die im Zeitpunkt der Beendigung des Versicherungsschutzes eine Arbeitsunfähigkeit bewirken. Diese Nachleistungen werden in diesen Fällen bis zum Ablauf der im Vertrag vereinbarten "Leistungsdauer, längstens jedoch bis zum Beginn einer Rente gemäss BVG (...), nur dann erbracht, wenn die Arbeitsunfähigkeit aus gleicher Ursache und höchstens im bisherigen Grad ununterbrochen andauert (...)".

2.3 Die versicherten Leistungen werden in Art. 4 ZVB umschrieben. Die Höhe des Taggeldes richtet sich nach dem ärztlich attestierten Grad der Arbeitsunfähigkeit, wobei eine Arbeitsunfähigkeit von weniger als 25 % keinen Anspruch auf Taggeld ergibt (Ziff. 1).

Gilt die versicherte Person als arbeitslos im Sinne von Art. 10 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG), erbringt die Beklagte bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 25 % das halbe Taggeld und bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50 % das volle Taggeld.

Der Leistungsbeginn ist in Art. 3 Ziff. 1 ZVB geregelt:

Die Leistungen beginnen, wenn die Arbeitsunfähigkeit ohne Unterbruch während der vertraglich "vereinbarten Wartefrist bestanden hat (...)".

3.

3.1 Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Es ist demnach in erster Linie der festgestellte wirkliche Wille der Vertragsparteien massgebend. Lässt sich dieser nicht feststellen, ist der mutmassliche Parteiwille zu ergründen. Dieser ist nach dem Vertrauensgrundsatz zu ermitteln (BGE 119 II 372 E. 4b). Danach sind Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 111 II 279 E. 2b). Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss.

3.2 Darauf, dass der Vertragspartner eine Vereinbarung nach Treu und Glauben in einem gewissen Sinne hätte verstehen müssen, darf sich die Gegenpartei nur berufen, soweit sie selbst die Bestimmung tatsächlich so verstanden hat (vgl. BGE 105 II 16 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_219/2010 vom 28. September 2010 E. 1, nicht publ. in: BGE 136 III 528). Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann mithin nicht zu einem normativen Konsens führen, der so von keiner der Parteien gewollt ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_538/2011 vom 9. März 2012 E. 2.2).

3.3 Schliesslich und subsidiär wird die Geltung vorformulierter AVB durch die sogenannte Unklarheits- und die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Nach der Unklarheitsregel sind mehrdeutige Klauseln in Versicherungsverträgen gegen den Versicherer als deren Verfasser auszulegen (BGE 122 III 118 E. 2a, 126 III 388 E. 9d). Diese Regel ist indessen erst dann anzuwenden, wenn die übrigen Auslegungsmittel zu keinem Resultat führen und der bestehende Zweifel nicht anders beseitigt werden kann (BGE 122 III 118 E. 2d).

3.4 Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind von der globalen Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 135 III 1 E. 2.1 mit Hinweisen).

4.

4.1 Mangels eines übereinstimmenden wirklichen Willens sind die Klauseln der AVB und der ZVB nach dem Vertrauensprinzip und somit normativ auszulegen. Entscheidend ist daher, wie die Y.\_\_\_\_ als andere Vertragspartei die Klauseln verstehen durfte und musste. In Art. 3 Ziff. 1 AVB ist der Begriff der Krankheit als eine vom Willen der versicherten Person unabhängige Störung der Gesundheit, die ärztliche Behandlung erfordert und die nicht auf einen Unfall oder Unfallfolgen zurückzuführen ist, definiert. Diese Definition stimmt grundsätzlich mit der als allgemein gebräuchlich geltenden Definition der Krankheit von Art. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), wonach es sich bei Krankheit um eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen

oder psychischen Gesundheit handelt, welche nicht Folge eines Unfalles ist und welche eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, überein.

#### 4.2

4.2.1 Gleiches gilt für die Definition der Arbeitsunfähigkeit in Art. 4 Ziff. 1 AVB, welche grundsätzlich mit der in Art. 6 ATSG enthaltenen Definition der Arbeitsunfähigkeit übereinstimmt, wonach es sich bei Arbeitsunfähigkeit um eine durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten handelt, und wonach bei langer Dauer auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt wird.

4.2.2 Nach der Rechtsprechung ist unter relevanter Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 6 ATSG eine Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zu verstehen. Das heisst, es muss arbeitsrechtlich in Erscheinung treten, dass der Versicherte an Leistungsvermögen eingebüsst hat, so etwa durch einen Abfall der Leistungen mit entsprechender Feststellung oder gar Ermahnung des Arbeitgebers oder durch gehäufte, aus dem Rahmen fallende gesundheitlich bedingte Arbeitsausfälle (Urteile des Bundesgerichts 9C\_276/2010 vom 2. Juli 2010 E. 3.3, 8C\_380/2009 vom 17. September 2009 E. 2.1 und 9C\_368/2008 vom 11. September 2008 E. 2 je mit Hinweisen). Eine erst nach Jahren rückwirkend festgelegte medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit, ohne dass der seinerzeitige Arbeitgeber die Leistungseinbusse bemerkt hätte, genügt nicht (Urteile des Bundesgerichts 8C\_41/2011 vom 17. Mai 2011 E. 2.2 und B 5/06 vom 4. Februar 2008 E. 3.3).

4.2.3 Da die Taggeldzahlungen aus der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach ihrer Natur das laufende Einkommen der versicherten Person ersetzen sollen und daher fortlaufend gefordert und erbracht werden (BGE 139 III 418 E. 4.1), fällt die ärztliche Bescheinigung einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit normalerweise in den Zeitraum, für den Tagelder gefordert werden können (Urteil des Bundesgerichts 4A\_280/2013 vom 20. September 2013 E. 5.3). Nach der Rechtsprechung kann indes auch auf eine rückwirkende Einschätzung einer Arbeitsunfähigkeit abgestellt werden, wenn diese nachvollziehbar begründet wurde und zu überzeugen vermag (Urteil des Bundesgerichts 4A\_280/2013 vom 20. September 2013 E. 3.3).

4.3 Bei den erwähnten Vertragsbestimmungen und Klauseln der AVB und der ZVB handelt es sich weder um unklare noch um ungewöhnliche Klauseln, welche von der globalen Zustimmung ausgenommen und auf welche gesondert aufmerksam hätte gemacht werden müssen (Ungewöhnlichkeitsregel; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2004 vom 31. August 2004 E. 2.3.1). Die Y.\_\_\_\_ musste nach dem klaren Wortlaut der AVB die Begriffe der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit nach dem Vertrauensprinzip daher grundsätzlich im Sinne der in Art. 3 und Art. 6 ATSG enthaltenen Begriffsbestimmungen verstehen.

#### 5.

5.1 Im Folgenden ist für den streitigen Zeitraum 1. Juli bis 31. Dezember 2014 auf Grund der massgebenden medizinischen Aktenlage die Arbeitsunfähigkeit zu prüfen.

5.2 Die Ärzte der Z.\_\_\_\_ diagnostizierten mit Austrittsbericht vom 4. Juli 2013 (Urk. 9/11) unter anderem eine postoperative Schultersteife rechts und eine mittelgradige depressive Episode (S. 1) und stellten fest, dass eine Sonographie der rechten Schulter keine Hinweise auf eine Kapsulitis oder eine Bursitis subacromialis/subdeltoidalea ergeben habe. Der stationäre Aufenthalt des Klägers vom 15. Mai bis 15. Juni 2013 habe nur zu einer geringfügigen Verbesserung der Beweglichkeit und der Kraft im Bereich der rechten Schulter geführt; die Schmerzen seien konstant geblieben. Auf Grund einer leicht- bis mittelgradigen depressiven Episode mit Schlafstörungen sei der Kläger während des stationären Aufenthalts auch psychiatrisch behandelt worden (S. 3). Aus somatischer Sicht bestehe medizinisch-theoretisch für Verweistätigkeiten, ohne Arbeiten auf Schulterhöhe und ohne Überkopfarbeiten, eine Arbeitsfähigkeit von 100 %. Aus psychiatrischer Sicht bestehe bis zu der am 2. September 2013 vorgesehenen interdisziplinären Nachkontrolle eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % (S. 4).

5.3 Dr. med. A.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, diagnostizierte im psychosomatischen Untersuchungsbericht der Interdisziplinären Schmerzprechstunde der Z.\_\_\_\_ vom 4. September 2013 (Urk. 9/13) eine mittelgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom im Sinne einer Anpassungsstörung (S. 4) und erwähnte, dass sich der psychische Gesundheitszustand des Klägers unter der bisher durchgeführten Behandlung nicht gebessert, sondern sogar etwas verschlechtert habe. Es bestehe unverändert eine mittelgradige depressive Symptomatik (S. 3). Aus psychiatrischer Sicht bestehe unverändert eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % in der bisherigen Tätigkeit und in Verweistätigkeiten (S. 4).

5.4 In ihrem Bericht betreffend die interdisziplinäre arbeitsspezifische Abklärung vom 10. September 2013 (Urk. 2/22) stellten PD Dr. B.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, für Rheumatologie und für Physikalische Medizin und Rehabilitation, und Dr. A.\_\_\_\_ fest, dass aus interdisziplinärer Sicht in Bezug auf behinderungsadaptierte, leichte, wechselbelastende Tätigkeiten, ohne Arbeiten auf Schulterhöhe oder über Kopf, eine Arbeitsfähigkeit im Umfang von 50 % bestehe, und dass die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit durch die reaktive depressive Symptomatik verursacht werde (S. 2).

5.5 Dr. med. C.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, und Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, stellten im unter anderem von ihnen mitverfassten bidisziplinären BEFAS-Schlussbericht der E.\_\_\_\_ vom 17. Dezember 2013 (Urk. 2/23) die folgenden invalidisierenden Diagnosen (S. 3):

- Schultermuskelzerrung mit Teilruptur der Supraspinatussehne rechts, arthroskopische Revision, postoperative Kapsulitis mit Schultersteife
- anhaltende somatoforme Schmerzstörung
- mittelgradige depressive Episode

Sie erwähnten, dass der Kläger ein ausgeprägtes Schon- und Schmerzverhalten gezeigt habe und seine körperlichen Fähigkeiten deutlich tiefer eingeschätzt habe, als sie tatsächlich festzustellen gewesen seien (S. 5). Die gegenwärtige psychische Situation entspreche einer mittelgradigen depressiven Störung. Die kognitive Beeinträchtigung hätte wahrscheinlich einen negativen Einfluss auf die während der Abklärung durchgeführten kognitiven Tests gehabt. Auf Grund der akzentuierten Schmerzwahrnehmung, des Schonverhaltens, der vermuteten Selbstlimitierung und der Verdeutlichungstendenz bei einem nachvollziehbaren psychischen Konflikt sei eine somatoforme Schmerzstörung zu

diagnostizieren (S. 8). Der Kläger habe sich seinem Schmerz untergeordnet und verlange Ähnliches von seiner Umgebung. Dadurch sei eine objektive Beurteilung der Schmerzintensität und der beruflichen Ressourcen des Klägers praktisch unmöglich gewesen (S. 9). Die Ausübung grobmanueller Tätigkeiten, das Heben und Tragen von Lasten über fünf Kilogramm Gewicht und Überkopfarbeiten seien dem Kläger nicht mehr zuzumuten. Dem Kläger sei indes die Ausübung feinmanueller Tätigkeiten, vorzugsweise in wechselbelastenden Positionen, ohne Nässe und Kälte im Umfang einer Arbeitsleistung von 80 % zuzumuten. Die Leistungseinschränkung werde dadurch verursacht, dass der Kläger bei einem zeitlichen Normalarbeitspensum wiederholt kürzere Pausen einhalten müsse. Aus psychiatrischer Sicht bestehe auf Grund der Depression gegenwärtig eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (S. 10).

5.6 Dr. med. F.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, diagnostizierte mit Bericht vom 8. Januar 2014 (Urk. 2/27) eine schwere depressive Episode und erwähnte, dass der Kläger seit dem 3. Dezember 2013 in seiner Behandlung stehe.

5.7 Dr. med. G.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, diagnostizierte in seinem Bericht vom 17. Januar 2014 (Urk. 2/24) eine mittelgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom und eine postoperative Schultersteife (Ziff. 1.1) und erwähnte, dass er den Kläger lediglich im Rahmen einer einzigen Konsultation behandelt habe (Ziff. 3.3). Der Kläger, welchem in der Z.\_\_\_\_ eine psychiatrische Behandlung empfohlen worden sei, habe nicht gewusst, weshalb er psychiatrisch behandelt werden solle. Da es dem Kläger an Verständnis und an einer notwendigen Motivation für eine Psychotherapie fehle, sei von einer psychiatrisch-psychotherapeutischen Behandlung kein Erfolg zu erwarten. Er habe den Kläger daher an seinen Hausarzt verwiesen (Ziff. 3.5). Die Arbeitsfähigkeit könne er schlecht beurteilen; aus psychiatrischer Sicht sei sie aber nur wenig eingeschränkt (Ziff. 3.7).

5.8 RAD-Arzt Dr. med. H.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, führte in seiner anhand der Akten verfassten Stellungnahme vom 5. Februar 2014 (Urk. 2/26 S. 4-5) aus, dass die beteiligten psychiatrischen Fachärzte in ihrer Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers in behinderungsangepassten Tätigkeiten in psychischer Hinsicht teilweise voneinander abweichen würden. Während die Ärzte der Z.\_\_\_\_ in ihrem Bericht vom 10. September 2013 auf Grund einer reaktiven depressiven Symptomatik eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % festgestellt hätten, sei Dr. G.\_\_\_\_ in seinem Bericht vom 17. Januar 2014 davon ausgegangen, dass er die Arbeitsfähigkeit des Klägers (aus psychischen Gründen) schlecht beurteilen könne, dass dieser aber aus psychiatrischer Sicht nur wenig in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei. Da die Arbeitsfähigkeitsbeurteilung durch Dr. G.\_\_\_\_ nicht derjenigen durch die Ärzte der Z.\_\_\_\_ entspreche, sei „medizintheoretisch“ für eine angepasste Tätigkeit in der Zeit nach dem Unfalldatum vom 19. Januar 2012 bis zum Zeitpunkt des Austritts aus der Z.\_\_\_\_ am 17. Juni 2013 von einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % und danach bis zum 23. Oktober 2013 von einer solchen von 50 % auszugehen. Anschliessend sei davon auszugehen, dass ab dem Zeitpunkt der Konsultation bei Dr. G.\_\_\_\_ vom 24. Oktober 2013 eine Arbeitsunfähigkeit in behinderungsangepassten Tätigkeiten von 20 % bestanden habe (S. 2).

5.9 Dr. F.\_\_\_\_ (vorstehend E. 5.6) diagnostizierte mit Bericht vom 14. Mai 2014 (Urk. 2/28) eine mittelgradige depressive Episode und eine anhaltenden somatoforme Schmerzstörung und erwähnte, dass er die Behandlung des Klägers am 3. Dezember 2013 aufgenommen habe (S. 1). Gegenwärtig bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für jegliche Tätigkeit im ersten Arbeitsmarkt (S. 2).

5.10 In seinem Bericht vom 3. Juli 2014 (Urk. 2/29) stellte Dr. F.\_\_\_\_ die folgenden psychiatrischen Diagnosen (S. 2):  
- schwere depressive Episode  
- anhaltende somatoforme Schmerzstörung

Der Kläger leide unter einer schwergradigen depressiven Symptomatik. Neben einer deprimierten Stimmung leide er insbesondere unter Freudlosigkeit, Antriebsmangel, rascher Erschöpfbarkeit, Störungen im formalen Denken, vermindertem Selbstwertgefühl, Schuldgefühlen und Schlaflosigkeit. Auf Grund der Symptome der affektiven Störung bestehe seit der Behandlungsaufnahme am 3. Dezember 2013 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für jegliche Tätigkeit (S. 2).

5.11 Die Ärzte der I.\_\_\_\_ stellten im vorläufigen Austrittsbericht vom 27. Oktober 2014 (Urk. 2/30) die folgenden Diagnosen (S. 1):

- mittelgradige depressive Episode
- anhaltende somatoforme Schmerzstörung

Sie erwähnten, dass der Kläger vom 6. bis 20. Oktober 2014 hospitalisiert gewesen sei.

5.12 RAD-Arzt dipl. med. J.\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie und für Psychiatrie und Psychotherapie, führte in seiner Stellungnahme vom 27. Juni 2015 (Urk. 13/2) auf Grund der Akten aus, dass die psychischen Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit des Klägers aus versicherungspsychiatrischer Sicht nicht genügend abgeklärt worden seien, und dass eine Begutachtung des Klägers angezeigt sei (S. 2).

## 6.

6.1 Das hiesige Gericht hat in dem in Rechtskraft erwachsenen unfallversicherungsrechtlichen Urteil vom 1. April 2016 in Sachen des Klägers (Prozess Nr. UV.2015.00034) erwogen, dass der Kläger in somatischer Hinsicht auf Grund der Folgen des bei der Suva versicherten Unfalls vom 19. Januar 2012 in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt werde, und dass ihm unter anderem gestützt auf die Beurteilungen durch die Ärzte der Z.\_\_\_\_ in somatischer Hinsicht die Ausübung einer behinderungsangepassten, körperlich leichten, wechselbelastenden Tätigkeit, ohne Arbeiten über Schulter- und Brusthöhe, ohne körperfermes Heben und Tragen von Gewichten, ohne Schläge oder Vibrationen auf die rechte obere Extremität und ohne kraftvolle Stoss-, Zug- oder belastete Drehbewegungen uneingeschränkt im Umfang eines Vollzeitpensums zuzumuten sei (E. 4.7), und dass ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall vom 19. Januar 2012 und den psychischen Beschwerden zu verneinen sei (E. 5.5).

6.2 In dem in Rechtskraft erwachsenen invalidenversicherungsrechtlichen Urteil vom 14. Dezember 2015 in Sachen des Klägers (Prozess Nr. IV.2015.00470; Urk. 24) erwog das hiesige Gericht, dass auf die vorliegenden medizinischen Akten, insbesondere auf die Beurteilungen der Ärzte der Z.\_\_\_\_ und Dr. F.\_\_\_\_ nicht alleine abgestellt werden könne, und dass der Sachverhalt in Bezug auf die Frage nach der Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit aus psychischen Gründen nicht rechtsgenügend abgeklärt worden sei (E. 4.4), weshalb die Sache zu ergänzender Sachverhaltsabklärung an die IV-Stelle zurückzuweisen sei (E. 5.2).

In Nachachtung des Urteils vom 14. Dezember 2015 (Urk. 24) liess die IV-Stelle den Kläger bidisziplinär orthopädisch und psychiatrisch begutachten (Gutachten vom 15. August 2016; Urk. 28/2/1-4).

6.3 In der bidisziplinären Zusammenfassung vom 15. August 2016 (Urk. 28/2/1) stellten Dr. med. K.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, und Prof. Dr. med. L.\_\_\_\_, Facharzt für Neurologie und für Psychiatrie und Psychotherapie, im Konsens der beteiligten Disziplinen die folgenden Diagnosen (Urk. 28/2/1 S. 2):

Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit:

- multidirektionale Bewegungseinschränkung des rechten Schultergelenks mit knöchernem Outletimpingement bei Status nach:

- höhergradiger, partieller Supraspinatussehnenruptur sowie Unterflächenläsion der Subscapularissehne im Jahre 2012
- Arthroskopie des rechten Schultergelenkes im Jahre 2012 mit ACGelenksresektion, Refixation der Subscapularis- und Supraspinatussehnen und Tenodese der langen Bizepssehne
- postoperativer adhäsiver Kapsulitis

Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit:

- funktionales zervikovertebrales Schmerzsyndrom ohne Radikulopathie
- chronische Anpassungsstörung mit ängstlich-depressiver Verstimmung

In psychiatrischer Hinsicht bestehe ein vornehmlich maladaptiver Copingstil des Klägers mit verbittert, dysphorisch, gekränktem und depressiv-ängstlichem Affekt mit Versorgungswünschen, welche eine ausgeprägte Selbstlimitierung im beruflichen Kontext hervorriefen, weshalb eine Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen im Umfang von 20 % und mehr nicht ausgewiesen sei (Urk. 28/2/1 S. 3).

In orthopädischer Hinsicht bestehe in der angestammten Tätigkeit des Klägers als Maler seit dem Unfallereignis vom 19. Januar 2012 auf Grund eines seither bestehenden Leidens im Bereich seines rechten Schultergelenks eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Demgegenüber bestehe in somatischer Hinsicht in behinderungsangepassten, körperlich leichten bis gelegentlich mittelschweren, wechselbelastenden Tätigkeiten seit 12. Februar 2013 eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit (Urk. 28/2/1 S. 4).

Im psychiatrischen Teilgutachten vom 20. Juli 2016 (Urk. 28/2/2) führte Prof. Dr. L.\_\_\_\_ aus, dass der Kläger nicht unter einem eigentlichen depressiven Geschehen, sondern unter einer maladaptiven Verhaltensweise an eine neue Lebenssituation leide, weshalb eine chronische Anpassungsstörung mit Angst und depressiver Stimmung gemischt zu diagnostizieren sei (Urk. 28/2/2 S. 68). Auf Grund einer wesentlichen Diskrepanz zwischen einem nahezu ungestörten privaten Aktivitätsniveau und einem selbstlimitierenden Verhalten in beruflichen Situationen sei eine Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit aus psychischen Gründen im Umfang von 20 % und mehr zu verneinen. Es bestehe vornehmlich ein maladaptiver Copingstil mit Versorgungswünschen (Urk. 28/2/2 S. 71).

7.

7.1 Gemäss Art. 157 ZPO bildet sich das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. Das Gericht legt demzufolge die Kraft eines Beweismittels nach seiner Überzeugung fest und befindet frei von Beweisregeln, nach seiner eigenen Überzeugung darüber, ob es eine behauptete Tatsache als wahr oder unwahr einstuft (BGE 137 III 266 E. 3.2; Franz Hasenböhler, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zu ZPO, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 157 ZPO N 8). Das Gericht kann in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme von Beweisen verzichten, wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, diese werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 138 III 374 E. 4.3.2; Franz Hasenböhler, a.a.O., Art. 157 ZPO N 45).

7.2 Nach Art. 168 Abs. 1 ZPO sind als Beweismittel zulässig das Zeugnis (lit. a), die Urkunde (lit. b), der Augenschein (lit. c), das Gutachten (lit. d), die schriftliche Auskunft (lit. e) sowie die Parteibefragung und die Beweisaussage (lit. f). Diese Aufzählung ist abschliessend; im Zivilprozessrecht besteht insofern ein numerus clausus der Beweismittel (Urteil des Bundesgerichts 5A\_957/2012 vom 28. Mai 2013 E. 2). Nach der Rechtsprechung stellen Privatgutachten keine Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO dar. Bei Letzteren handelt es sich vielmehr einzig um die vom Gericht eingeholten Gutachten (BGE 141 III 433 E. 2.5.2). Des Gleichen handelt es sich bei Privatgutachten nicht um Urkunden im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO (BGE 141 III 433 E. 2.5.3). Privatgutachten stellen im Zivilprozess daher keine Beweismittel dar, sondern gelten lediglich als Parteibehauptungen beziehungsweise als Bestandteil der Parteivorbringen (BGE 141 III 433 E. 2.5.2; Urteil des Bundesgerichts 4A\_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.5; vgl. BGE 132 III 83 E. 3.4).

Zu beweisen sind nur Tatsachenbehauptungen, die ausdrücklich bestritten sind. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen damit bestritten werden (BGE 117 II 113 E. 2); die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (BGE 115 II 1 E. 4). Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (BGE 141 III 433 E. 2.6).

7.3 Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden indes meist besonders substanziiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substanziiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substanziiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden (BGE 141 III 433 E. 2.6).

7.4 Gemäss der Rechtsprechung (BGE 134 III 24 E. 3.3.1.3) darf das Zivilgericht ein Gutachten, das von einer anderen Behörde in Auftrag gegeben und in einem anderen Verfahren erstattet wurde (zum Beispiel ein im Strafverfahren eingeholtes verkehrstechnisches Gutachten oder eine von einem Sozialversicherungsträger veranlasste medizinische Expertise) beziehen und als gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO berücksichtigen. Fremdgutachten sind mithin ebenso beweistauglich wie die vom Zivilgericht selbst eingeholten Gutachten, wobei sich ihre Beweiskraft nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) richtet und ein neues Gutachten zu denselben Gutachterfragen angeordnet werden kann, wenn die Feststellungen und Schlussfolgerungen eines Fremdgutachtens einer kritischen Würdigung nicht standhalten.

8.

8.1 Klageweise macht der Kläger eine vollständige Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen während der Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 2014 geltend (Urk. 1 S. 2) und stützt sich zur Begründung dieser Tatsachenbehauptung insbesondere auf die Beurteilungen durch Dr. F. \_\_\_\_, welcher ihm eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert habe (Urk. 1 S. 11). Der Kläger macht sodann geltend, dass das von den Organen der Invalidenversicherung in Auftrag gegebene und im Verwaltungsverfahren der Invalidenversicherung erstattete bidisziplinäre Gutachten von Dr. K. \_\_\_\_ und Prof. Dr. L. \_\_\_\_ vom 15. August 2016 (vorstehend E. 6.4) nicht den streitigen Zeitraum betreffe und in inhaltlicher Hinsicht nicht überzeuge. Der Kläger macht indes zu Recht nicht geltend, dass das Gutachten von Dr. K. \_\_\_\_ und Prof. Dr. L. \_\_\_\_ vom 15. August 2016 nicht tauglich wäre, im vorliegenden Verfahren als gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO berücksichtigt zu werden. Dem von den Organen der Invalidenversicherung in Auftrag gegebenen und im Verwaltungsverfahren der Invalidenversicherung erstatteten, polydisziplinären Gutachten von Dr. K. \_\_\_\_ und Prof. L. \_\_\_\_ vom 15. August 2016 (vorstehend E. 6.4) kommt im vorliegenden Verfahren daher grundsätzlich die gleiche Beweistauglichkeit wie einem gerichtlichen Gutachten zu.

8.2 Die Gutachter, welche als Fachärzte für Psychiatrie und Psychotherapie und für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates über für die Beurteilung des Gesundheitszustandes des Klägers angezeigte fachärztliche Weiterbildungen verfügen, legten in ihrer zusammenfassenden, interdisziplinären Konsensbeurteilung vom 15. August 2016 (Urk. 28/2/1) sowie in den psychiatrischen (Urk. 28/2/2) und orthopädischen (Urk. 28/2/3) Teilgutachten in nachvollziehbarer Weise dar, dass der Kläger in somatischer Hinsicht auf Grund des Unfalls vom 19. Januar 2012 unter einer multidirektionalen Bewegungseinschränkung des rechten Schultergelenks mit knöchernem Outletimpingement leide, und dass auf Grund der Unfallfolgen in Bezug auf die bisher ausgeübte Tätigkeit des Klägers als Flächenmaler eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bestehe.

8.3 In inhaltlicher Hinsicht vermag sodann zu überzeugen, dass die Gutachter kein die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigendes psychisches Leiden von Krankheitswert festzustellen vermochten. Insbesondere vermag zu überzeugen, dass die Gutachter ein depressives Leiden und eine somatoforme Schmerzstörung ausschlossen, weil die diesbezüglichen diagnostischen Kriterien nicht erfüllt seien. Sodann vermag zu überzeugen, dass die Gutachter die Ansicht vertraten, dass der Kläger unter einer maladaptiven Verhaltensweise an eine neue Lebenssituation beziehungsweise unter einem maladaptiven Copingstil leide, weshalb eine chronische Anpassungsstörung mit Angst und depressiver Stimmung gemischt zu diagnostizieren sei. Des Weiteren vermag zu überzeugen, dass die Gutachter, welche beim Kläger eine Selbstlimitierung und Versorgungswünsche feststellten, diesen Umstand bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit berücksichtigten und dass sie dem Kläger aus psychischen Gründen eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit attestierten.

8.4 Dem Kläger ist nicht zu folgen, wenn er geltend macht, dass auf das bidisziplinäre Gutachten von Dr. K. \_\_\_\_ und Prof. L. \_\_\_\_ vom 15. August 2016 nicht abgestellt werden könne, weil es nach dem streitigen Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dezember 2014 verfasst worden sei. Denn - wie bereits erwähnt (vorstehend E. 4.2.3) - kann nach der Rechtsprechung auf eine rückwirkende Einschätzung einer Arbeitsunfähigkeit abgestellt werden, wenn diese nachvollziehbar begründet wurde und zu überzeugen vermag. Dies trifft auf das Gutachten von Dr. K. \_\_\_\_ und Prof. L. \_\_\_\_ zu. Denn die Gutachter legten darin in nachvollziehbarer Weise dar, dass der Kläger auf Grund des Unfalls vom 19. Januar 2012 seit dem Unfallzeitpunkt aus somatischen Gründen in seiner bisherigen Tätigkeit als Maler vollständig arbeitsunfähig war, und dass in psychischer Hinsicht während dieses Zeitraums eine uneingeschränkte Arbeitsfähigkeit bestand.

8.5 Nach Gesagtem ist daher gestützt auf die nachvollziehbare Beurteilung von Dr. K. \_\_\_\_ und Prof. L. \_\_\_\_ in ihrem Gutachten vom 15. August 2016 (Urk. 28/2/1) beziehungsweise in den Teilgutachten vom 15. (Urk. 28/2/3) und 20. Juli 2016 (Urk. 28/2/2) davon auszugehen, dass der Kläger im streitigen Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dezember 2014 zwar aus somatischen Gründen in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt war, dass diese somatische Arbeitsunfähigkeit indes ausschliesslich durch den Unfall vom 19. Januar 2012 und mithin nicht durch ein versichertes Ereignis verursacht wurde, weshalb dafür keine Leistungspflicht der Beklagten besteht.

8.6 In psychischer Hinsicht steht gestützt auf das Gutachten von Dr. K. \_\_\_\_ und Prof. L. \_\_\_\_ mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vorstehend E. 1.6) fest, dass der Kläger aus psychischen Gründen seit dem Unfallereignis vom 19. Januar 2012 nie in einem 20 % übersteigenden Umfang in seiner Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt war. Demzufolge ist eine einen Leistungsanspruch begründende, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % (vgl. vorstehende E. 2.3) für die Zeit ab 19. Januar 2012 nicht erstellt.

8.7 Auch die weiteren Vorbringen des Klägers mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie des hiesigen Gerichts vermögen an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Zwar ist es richtig, dass 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 sind, zumal es sich bei den Krankentaggeldleistungen im Gegensatz zu einer Invalidenrente nicht um auf Dauer angelegte Leistungen handelt. Ebenso trifft es zu, dass gemäss BGE 137 V 199 E. 2.2.3.2 bei der Beurteilung des Anspruchs auf Heilbehandlung und Taggeld nach dem Bundesgesetz über die Unfallversicherung die mit BGE 130 V 352 im Hinblick auf die IVRentenberechtigung begründete Rechtsprechung zur invalidisierenden Wirkung anhaltender somatoformer Schmerzstörungen nicht zur Anwendung kommt. Jedoch hat das Bundesgericht

bekanntlicherweise die Rechtsprechung zur Überwindbarkeitsvermutung bei pathogenetisch-ätiologisch unklaren syndromalen Beschwerdebildern mit dem Leitentscheid BGE 141 V 281 nunmehr aufgegeben. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob jene Rechtsprechung hier grundsätzlich anwendbar 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).

9. Da das Arbeitsverhältnis mit der Y.\_\_\_\_ unbestrittenermassen (vgl. Urk. 1) durch Letztere am 14. April 2014 (Urk. 2/2) per Kündigung auf den 31. Mai 2014 aufgelöst wurde, steht daher fest, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt aus dem Kreis der versicherten Personen ausschied (Art. 7 Ziff. 1 AVB). Da der Kläger zu diesem Zeitpunkt nicht in einem für einen Anspruch auf Taggeld massgeblichen Umfang von mindestens 25 % wegen Krankheit arbeitsunfähig war, erlosch zu diesem Zeitpunkt mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Versicherungsschutz der kollektiven Krankentaggeldversicherung für den Kläger (Art. 9 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 10 Ziff. 1 AVB; vgl. vorstehend E. 2.2). Ab diesem Zeitpunkt und mithin insbesondere während der Hospitalisation in der I.\_\_\_\_ vom 6. bis 20. Oktober 2014 (vgl. Urk. 2/30) war der Kläger daher nicht mehr im Rahmen der streitigen Kollektivversicherung taggeldversichert.

Da der Kläger unbestrittenermassen nicht in die Einzelversicherung der Beklagten übergetreten ist (Urk. 1 und Urk. 12), ist ein Anspruch des Klägers auf Krankentaggeldleistungen für den streitigen Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dezember 2014 zu verneinen, weshalb die Klage abzuweisen ist.

10. Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.1 nicht publiziert in: BGE 137 III 47).

Der nicht berufsmässig vertretenen Beklagten steht praxisgemäss indes keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 68 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG; BGE 133 III 439 E. 4).

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Daniel Christe

- Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG

- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

4. 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 angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der VorsitzendeDer Gerichtsschreiber

MosimannVolz