

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich	
--	--

KK.2016.00066

I. Kammer
Sozialversicherungsrichterin Grünig als Einzelrichterin
Gerichtsschreiberin Tanner Imfeld
Urteil vom 23. März 2018
in Sachen
X.____
Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Lukas Nater
NATER LAW
Löwenstrasse 16, Postfach 1814, 8280 Kreuzlingen

gegen

GENERALI Allgemeine Versicherungen AG
Avenue Perdtemps 23, 1260 Nyon 1
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Locher
Zanetti Rechtsanwälte
Blegistrasse 9, 6340 Baar

Sachverhalt:

1.

1.1 X.____, geboren 1972, ist alleiniger Gesellschafter der Y.____ GmbH und war deren einziger Mitarbeiter (Urk. 8/F). Am 14. September 2015 liess die Y.____ GmbH sich eine kollektive Krankentaggeldversicherung offerieren. Die Generali Versicherungen AG sandte der GmbH am 14. September 2015 eine Offerte samt Antragsformular zu. Dieses Formular wurde am 16. September 2015 von X.____ unterzeichnet und der Generali zusammen mit dem von ihm ausgefüllten Gesundheitsfragebogen übermittelt (Urk. 8/I, 8/H).

Daraufhin schrieb die Generali den behandelnden Arzt von X.____ an und ersuchte diesen um weitere Angaben (Schreiben vom 23. September 2015, Urk. 8/G). Da die Antwort vorerst ausblieb, erfolgte eine nochmalige Aufforderung (vgl. Urk. 14/8). Der Bericht von Dr. med. Z.____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, ging am 12. November 2015 bei der Generali ein (Urk. 14/7 S. 1 und S. 2, vgl. auch Urk. 13). Gleichentags teilte die Generali der Y.____ GmbH mit, sie könne X.____ nur mit folgender Deckungseinschränkung versichern: „Alle Arbeitsunfähigkeiten und/oder Erwerbsunfähigkeiten im Zusammenhang mit Knieleiden und deren Folgen werden von der Deckung ausgeschlossen.“ Nachdem sich die Y.____ GmbH unterschriftlich mit diesen besonderen Bedingungen einverstanden erklärt hatte (Bestätigung vom 18. November 2015, Urk. 8/E), stellte die Generali Versicherungen AG der Gesellschaft die Police vom 20. November 2015 sowie die Prämienrechnung zu. Gemäss der Police und den Prämienrechnungen ist der Versicherungsbeginn der 19. November 2015 (Urk. 8/A-C).

1.2 X.____ hatte am 7. November 2015 beim Demontieren eines Schrankes einen einschliessenden Schmerz in der linken Schulter verspürt, was der Suva als Bagatellunfall gemeldet wurde (Urk. 8/2/1). In der Folge bestand eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 8/2/9-10, 8/2/15). Die Suva lehnte ihre Leistungspflicht mit den Schreiben vom 18. Februar und 11. März 2016 ab (Urk. 8/2/24, 8/2/32).

Daraufhin beantragte die Y.____ GmbH bei der Generali Taggeldzahlungen für die seit dem 7. Dezember (richtig: November) 2015 bestehende Arbeitsunfähigkeit von X.____ (Urk. 8/2). Die Generali lehnte die Auszahlung von Taggeldern ab, da für den am 7. November 2015 eingetretenen Krankheitsfall kein Versicherungsschutz bestehe (Urk. 8/4, 8/7).

2. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2016 liess X.____ Klage gegen die Generali Allgemeine Versicherungen AG erheben mit dem Rechtsbegehren:

„Die Beklagte sei gerichtlich zu verpflichten, dem Kläger zu bezahlen: CHF 13'084.25 nebst 5 % Zins seit 02.05.2016; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

In der Klageantwort vom 23. Januar 2017 schloss die Generali auf Abweisung (Urk. 6; vgl. auch Urk. 13). Die Parteien erklärten am 5. und 20. April 2017, auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung zu verzichten (Urk. 15 und 16).

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung:

1.

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die Krankenversicherung (KVAG) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Dazu gehören auch Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach dem VVG (BGE 138 III 558 E. 2). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Sozialversicherungsgericht, mithin ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und E. 4.6).

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist unstrittig gegeben.

1.2 Da der Streitwert Fr. 20'000.-- nicht übersteigt, fällt die Beurteilung der Klage in die einzelrichterliche Zuständigkeit (§ 11 Abs. 1 GSVGer).

2.

2.1 Nach Art. 100 Abs. 1 VVG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR) ist zum Abschluss des Vertrages die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein (Art. 100 Abs. 1 VVG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 OR). Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern sollte (Art. 100 Abs. 1 VVG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 OR).

Für die Frage des Konsenses für das Zustandekommen ebenso wie für den Inhalt des Vertrages sind in erster Linie die tatsächlich übereinstimmenden Willensäusserungen der Parteien massgebend (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_648/2014 vom 20. April 2015 E. 3.3 und 4A_604/2011 vom 22. Mai 2012 E. 3.1 und 3.2).

2.2 Wer dem Versicherer den Antrag zum Abschluss eines Versicherungsvertrages gestellt und für die Annahme keine kürzere Frist gesetzt hat, bleibt 14 Tage gebunden. Erfordert die Versicherung eine ärztliche Untersuchung, so bleibt der Antragsteller vier Wochen gebunden. Die Frist beginnt mit der Übergabe oder Absendung des Antrags an den Versicherer oder dessen Agenten zu laufen. Der Antragssteller wird frei, wenn die Annahmeerklärung des Versicherers nicht vor Ablauf der Frist bei ihm eingetroffen ist (Art. 1 Abs. 1-4 VVG).

Das VVG sieht für den Zeitpunkt des Zustandekommens des Versicherungsvertrages keine besondere Regelung vor. Massgebend sind daher die allgemeinen Grundsätze des OR, wonach die Zustimmung beziehungsweise Annahme mit dem Eintreffen beim Adressaten wirksam wird. Der Versicherungsvertrag kommt mithin in dem Augenblick zustande, in welchem die Annahme des Versicherers beim Versicherungsnehmer beziehungsweise die Annahme des Versicherungsnehmers beim Versicherer eintrifft (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_324/2007 vom 12. Februar 2008 E. 2.2.1; vgl. Stoessel, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Vorbemerkungen zu den Art. 1-3, Rz 19; vgl. auch Stoessel, Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basel 2012, Vorbemerkungen zu Art. 1-3, ad N 19; vgl. auch Art. 1 Abs. 4 VVG).

Vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist jener des Eintritts der Vertragswirkungen und damit des Versicherungsbeginns zu unterscheiden. Da das VVG keine Regeln über den Eintritt der Vertragswirkungen enthält, wird auch diesbezüglich auf die Grundsätze des OR zurückgegriffen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_324/2007 vom 12. Februar 2008 E. 2.2.1).

2.3 Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VVG muss der Versicherer den Versicherungsnehmer vor Abschluss des Versicherungsvertrages verständlich über die Identität des Versicherers und den wesentlichen Inhalt des Versicherungsvertrages wie etwa den Umfang des Versicherungsschutzes informieren. Diese Angaben sind dem Versicherungsnehmer so zu übergeben, dass er sie kennen kann, wenn er den Versicherungsvertrag beantragt oder annimmt. In jedem Fall muss er zu diesem Zeitpunkt im Besitz der Allgemeinen Versicherungsbedingungen und der Information nach Absatz 1 lit. g sein (Art. 3 Abs. 2 VVG).

2.4 Der Antragssteller hat dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen (Art. 4 Abs. 1 VVG; vgl. auch Art. 5 Abs. 2 VVG). Wird diese beim Abschluss der Versicherung bestehende Anzeigepflicht verletzt, steht dem Versicherer ein Kündigungsrecht zu (vgl. Art. 6 VVG).

2.5 Nach Art. 11 Abs. 1 Satz 1 VVG ist der Versicherer gehalten, dem Versicherungsnehmer eine Police auszuhändigen, welche die Rechte und Pflichten der Parteien feststellt. Stimmt der Inhalt der Police oder der Nachträge zu derselben mit den getroffenen Vereinbarungen nicht überein, so hat der Versicherungsnehmer binnen vier Wochen nach Empfang der Urkunde deren Berichtigung zu verlangen, widrigenfalls ihr Inhalt von ihm genehmigt gilt (Art. 12 Abs. 1 VVG).

2.6 Nach Art. 9 VVG ist der Versicherungsvertrag unter Vorbehalt der Fälle nach Art. 100 Abs. 2 VVG nichtig, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis bereits eingetreten war.

Das Bundesgericht hat in seiner jüngsten Rechtsprechung festgestellt, dass es bei Krankentaggeldversicherungen bislang überwiegend die Arbeitsunfähigkeit als Versicherungsfall betrachtet und als befürchtetes Ereignis die geltend gemachte Erwerbsunfähigkeit beziehungsweise die Arbeitsunfähigkeit angesehen hat (vgl. BGE 142 III 677 E. 3.6 mit zahlreichen Hinweisen). Das Bundesgericht qualifizierte nicht die Krankheit als jeweiligen Versicherungsfall, sondern erst die Arbeitsunfähigkeit (vgl. BGE 142 III 677 E. 3.6 und 3.7.3 mit Hinweisen), wobei der Versicherungsfall als Verwirklichung der Gefahr, gegen welche die Versicherung abgeschlossen worden ist, definiert wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_631/2016 vom 21. April 2017 E. 2.1 mit Hinweis auf BGE 142 III 677 E. 3.6).

Bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 9 VVG wird auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, und nicht auf den Zeitpunkt des Beginns der vertraglichen Wirkung abgestellt (vgl. Nef, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 9 Rz 19; vgl. auch Nef, in: Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basel 2012, Art. 9 ad N 14/15 S. 75).

3.

3.1 Der Kläger liess in der Klage geltend machen, die Beklagte stelle sich auf den Standpunkt, dass sich der Vorfall vom 7. November 2015 vor Beginn des Versicherungsvertrags am 19. November 2015 ereignet habe. Demgegenüber vertrete er den Standpunkt, dass der Versicherungsvertrag am 16. September 2015 in Kraft getreten sei, das heisse, der Beginn der Wirkungen des Versicherungsvertrages sei der 16. September 2015. Mit der Unterzeichnung der Offerte und Absendung am 16. September 2015 habe die Y. ___ GmbH die Annahmeerklärung abgegeben, womit die Wirkungen des Versicherungsvertrages nach Art. 10 OR an diesem Datum eingetreten seien. Daran ändere auch nichts, dass in der Police und in der Prämienrechnung ein anderes Datum aufgeführt sei. Denn die Versicherungsnehmerin habe in guten Treuen darauf vertrauen dürfen, dass der Beginn der Versicherung der 16. September 2015 sei. Daran habe auch nichts geändert, dass der Kläger im Antrag eine vorbestehende Krankheit angegeben habe. Denn es sei von Anfang an klar gewesen, dass ein diesbezüglicher Vorbehalt gemacht werde. Im Antrag selbst seien denn auch alle Punkte geregelt gewesen, die in der nachfolgenden Police enthalten gewesen seien (Urk. 1 S. 4).

3.2 Die Beklagte demgegenüber hielt in der Klageantwort vom 23. Januar 2017 fest, das Ereignis vom 7. November 2015 habe sich vor Eintritt der Deckungswirkungen aus dem später abgeschlossenen Taggeldversicherungsvertrag ereignet. Dies ergebe sich einerseits klar aus der Versicherungspolice, die als Vertragsbeginn unmissverständlich den 19. November 2015 aufführe (Urk. 5 S. 6). Andererseits halte Ziffer 12 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die Erwerbsausfall-Versicherung bei Krankheit (Ausgabe 2014; Urk. 2/5) fest, dass der Versicherungsschutz am in der Police bezeichneten Vertragsbeginn beginne (Urk. 6 S. 8).

Erst nachdem die Versicherungsnehmerin die Antragsfragen beantwortet und ihr diese eingereicht habe, sei sie in der Lage gewesen, das Risiko zu prüfen und den Entscheid zu fällen, ob sie den Vertrag abschliessen wolle. Eine Kurzofterte gelte infolge Fehlens der vertraglichen Essentialia nicht als Vertragsabschluss (Urk. 6 S. 5 f.). Nach Einsichtnahme in die Gesundheitsdeklaration des zu Versichernden und Erhalt der Auskünfte des behandelnden Arztes Dr. Z. ___ habe sie die Bedingungen erklärt, unter denen sie – bei Akzept durch die Versicherungsnehmerin – bereit sei, das Risiko zu versichern. Am 18. November 2015 habe sich die Y. ___ GmbH mit den Besonderen Versicherungsbedingungen, die einen Ausschluss von Arbeitsunfähigkeiten im Zusammenhang mit dem Knieleiden des Klägers vorsah, einverstanden erklärt. Konsequenterweise seien auch erst ab diesem Zeitpunkt Prämien verlangt worden (Urk. 6 S. 6). Erst zu diesem Zeitpunkt sei der Vertrag geschlossen worden (Urk. 6 S. 8). Beim von der Arbeitgeberin des Klägers unterzeichneten Antrag habe es sich um die Anfrage an den Versicherer gehandelt, ob er gewillt und bereit sei, eine Versicherungsdeckung zu gewähren. Damit obliege die Annahme einer entsprechenden Versicherungsanfrage dem Versicherer (Urk. 6 S. 7). Die konkreten Angaben im Deklarationsbogen stellten Essentialia des Versicherungsvertrags dar ohne deren Vorhandensein nicht vom Vorliegen übereinstimmender Willensäusserungen gesprochen werden könne, wie sie zum Abschluss eines Vertrags von Gesetzes wegen gefordert würden (Urk. 6 S. 7 f.).

4.

4.1 Grundsätzlich unbestritten ist, dass das versicherte Risiko beziehungsweise der Versicherungsfall mit der (geltend gemachten) krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit am 7. November 2015 eingetreten ist. Das versicherte Risiko ist gemäss der Police und den AVB nicht die Krankheit selbst, sondern die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit. Dies ergibt sich namentlich aus der Police, welche eine Deckung für vorbestandene Krankheiten festhält, sowie aus Ziffer 1, Ziffer 7 und Ziffer 12 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (Urk. 8/C S. 3 und 2/5 S. 2 f. und S. 6; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_631/2016 vom 21. April 2017 E. 2.3).

Strittig und nachfolgend zu prüfen ist jedoch, ob der Versicherungsvertrag am 7. November 2015 bereits geschlossen war. Nur unter dieser Voraussetzung besteht Anspruch auf die geltend gemachten Taggelder; war der Versicherungsvertrag am 7. November 2015 noch nicht zustande gekommen, so erwiese sich der Versicherungsvertrag im Hinblick auf die ab 7. November 2015 bestandene Arbeitsunfähigkeit als (teil-)nichtig und ein Taggeldanspruch müsste gestützt auf Art. 9 VVG verneint werden (vgl. Nef, a.a.O., Art. 9 Rz 22 f.).

Wann die Vertragswirkungen einsetzten beziehungsweise ab welchem Zeitpunkt eine Versicherungsdeckung bestand, braucht demgegenüber – wie nachfolgend zu zeigen ist – nicht abschliessend geprüft zu werden. Festzuhalten ist diesbezüglich nur, dass bei einem Vertragsabschluss vor dem 7. November 2015 und einem Beginn des Versicherungsschutzes am 19. November 2015 ein Taggeldanspruch (ab 19. November 2015) nicht ohne Weiteres verneint werden kann (vgl. Nef, a.a.O., Art. 9 Rz 19 am Schluss; vgl. auch Nef, Ergänzungsband, Art. 9 ad N 14/15 S. 75 unten). Vielmehr wäre im Einzelnen zu prüfen, was die Parteien für diesen Fall einer nach Vertragsabschluss und vor Beginn der Versicherungsdeckung eingetretenen Arbeitsunfähigkeit vereinbart haben; dabei wäre insbesondere Ziffer 12 AVB auszulegen (vgl. dazu Urk. 6 S. 8; vgl. auch die im Urteil des Bundesgerichts 4A_631/2016 vom 21. April 2017 E. 2.3 erwähnte leicht andere Regelung in den dortigen AVB).

4.2

4.2.1 Festzustellen ist, ob der Versicherungsvertrag vor dem 7. November 2015 zustande gekommen ist. Da sich eine vor dem 19. November 2015 erfolgte tatsächliche Übereinkunft nicht beweisen lässt, sind die Willensäusserungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Namentlich ist zu prüfen, ob der auf die Offerte der Beklagten hin erfolgte „Antrag“ der Versicherungsnehmerin vom 16. September 2015 als Annahmeerklärung zu werten ist. Der Kläger lässt geltend machen, im Zeitpunkt der Zusendung des Antrags an die Beklagte sei man sich in den wesentlichen Punkten einig gewesen und die Versicherungsnehmerin habe nach Treu und Glauben vom Zustandekommen des Vertrags ausgehen können. Es habe sich – bei der im Anschluss erfolgten Anfrage an Dr. Z. ___ und der Prüfung des Vorbehalts - nur noch um die Klärung unwesentlicher Aspekte des Vertrags gehandelt (vgl. Urk. 1 S. 4).

Die Offerte Nr. 71357396 der Beklagten enthält die versicherte Gefahr, den zu versichernden Gegenstand, die Leistung des Versicherers, die Prämie sowie die Dauer des Vertrags und somit grundsätzlich alle wesentlichen Punkte des Vertrags (Urk. 8/I; vgl. Stoessel, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 1-3, Rz 16; vgl. auch Stoessel, Nachführungsband, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 1-3, ad N 16). Die Offerte enthält zusätzlich den Hinweis: „Diese Offerte ist gültig bis zum

14.12.2015. Änderungen sind möglich nach Prüfung des Risikos (insbesondere Gesundheitszustand und Eintrittsalter) sowie der Schadenbelastung bei allfälligen Vorversicherern. ... Im Falle Ihres Einverständnisses senden Sie uns bitte diese OFFERTE zusammen mit dem unterschriebenen ANTRAG zurück.“ Der „Antrag“ der Versicherungsnehmerin erfolgte daraufhin auf dem Teil der Offerte bildenden Formular der Beklagten (Urk. 8/I S. 3 f.).

4.2.2 Gemäss dem Wortlaut der Offerte behielt sich die Beklagte Anpassungen – und damit auch wesentlicher Vertragspunkte - nach Prüfung des Risikos vor. Das Antragsformular enthält denn auch Fragen, die es der Beklagten erlauben, das Risiko zu prüfen, und diesem beizulegen ist der Gesundheitsfragebogen (vgl. Urk. 8/I S. 4 und S. 6). Die Offerte erfolgte dementsprechend unter dem Vorbehalt der zu erfolgenden Risikoprüfung. Entsprechend wird die Antwort der Versicherungsnehmerin im vorgedruckten Formular als „Antrag“ und nicht als „Annahme“ bezeichnet. Sowohl diese Bezeichnung wie auch die Bezugnahme auf die Frist von 14 Tagen gemäss Art. 1 Abs. 1 VVG, während welcher der Antragsteller an den Antrag gebunden sei (Urk. 8/I S. 6), wie auch der Hinweis auf die „Antragsprüfung“ durch den Versicherer (Urk. 8/I S. 6) sprechen für einen Antrag auf Abschluss einer Versicherung und nicht für eine Annahmeerklärung der Versicherungsnehmerin. Die Y.____ GmbH konnte deshalb nicht in guten Treuen annehmen, mit der Rücksendung oder Weiterleitung des Antragsformulars habe sie eine vorbehaltlose Offerte der Beklagten angenommen und der Versicherungsvertrag sei zustande gekommen. Was die Angabe des Klägers (Urk. 1 S. 4) betrifft, es sei der Versicherungsberater der Beklagten gewesen, „welcher ihm bestätigt habe, dass mit der Unterzeichnung des Antrags der Versicherungsvertrag zustande komme“, so könnte eine solche Angabe auch nur als Hinweis darauf verstanden werden, dass der Antrag verbindlich und mit dem Zustandekommen des Versicherungsvertrags zu rechnen sei. Jedenfalls reicht diese geltend gemachte „Bestätigung“, die erstmals in der Klage erwähnt und für welche kein Beweis gestellt wurde, nicht aus anzunehmen, der Versicherte habe in guten Treuen bereits von einem Vertragsabschluss am 16. September 2015 (beziehungsweise mit Eintreffen des Antrags beim Versicherer, vgl. E. 2.2) ausgehen dürfen (vgl. zum Verlauf der Antragsabwicklung: Urk. 8/7).

Der Abschluss der Kollektivversicherung war zudem nur für eine Person, den Kläger, den damals einzigen Arbeitnehmer und gleichzeitig Gesellschafter der Y.____ GmbH vorgesehen. Der Prüfung des gesundheitlichen Risikos dieser Einzelperson kam damit für die Entscheidung, ob ein Vertrag überhaupt geschlossen werden soll oder ob allenfalls ein Vorbehalt aufzunehmen oder höhere Prämien zu verlangen seien, erhebliches Gewicht zu. Auch der Kläger hätte sich, wenn durch die Versicherung ein sehr weitgehender Vorbehalt formuliert worden wäre oder wesentlich höhere Prämien verlangt worden wären, wozu die Beklagte grundsätzlich berechtigt war, kaum auf einen bereits geschlossenen Vertrag behaften lassen wollen. Auch diese äusseren Umstände sprechen neben dem Wortlaut gegen eine abschliessende und vorbehaltlose Offerte der Beklagten (vgl. Urk. 8/I) und gegen eine Einigung über alle wesentlichen Punkte bereits im September 2015.

Die Beklagte stellte nach Abschluss der Risikoprüfung dem Kläger die von ihr zusätzlich vorgesehenen besonderen Bedingungen im Sinne eines Vorbehalts zur unterschriebenen Zustimmung zu, und führte im Schreiben vom 12. November 2015 aus, sollte sie innerhalb von drei Wochen die unterzeichnete Bedingung nicht zurückerhalten „betrachte sie den Antrag als nicht zustande gekommen“ (Urk. 7/3, 8/E). Dies stellte eine modifizierte Offerte dar (vgl. Stoessel, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 1-3 Rz 3 S. 18). Erst mit dem Zugang der Zustimmung zum Vorbehalt bei der Beklagten am 19. November 2015 kam der Versicherungsvertrag zustande (vgl. Stoessel, a.a.O., Vorbemerkungen zu den Art. 1-3 Rz 3 S. 18).

Festzuhalten bleibt, dass der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und der Versicherungsbeginn zwar auseinanderzuhalten sind, dass aber dennoch anzunehmen ist, dass der Versicherte, sofern er tatsächlich von einem Vertragsabschluss am 16. September 2015 ausgegangen wäre, den mit der Police festgelegten Versicherungsbeginn am 19. November 2015 beanstandet hätte (vgl. Urk. 8/I).

4.2.3 Die Beklagte hatte sodann aufgrund der Angaben im Antragsformular und der Gesundheitserklärung innert nützlicher Frist den Antrag geprüft und weitere Abklärungen eingeleitet, welche in der Formulierung eines Versicherungsvorbehalts mündeten (vgl. Urk. 8/7). Dieser Versicherungsvorbehalt beschränkte sich nicht nur auf das rechte Knie, bezüglich welchem eine gesundheitliche Schädigung im Antragsformular und in der Gesundheitserklärung angegeben worden war (vgl. Urk. 8/H). Vielmehr wurde aufgrund der Angaben von Dr. med. A.____, Facharzt für Orthopädische Chirurgie, vom 24. August 2015 (Beilage zum Bericht von Dr. Z.____, Urk. 14/7 S. 1 und S. 2) und der daraus hervorgehenden linksseitigen Gonarthrose ein Vorbehalt für sämtlichen Knieleiden auferlegt. Damit kann nicht angenommen werden, die Annahmeerklärung habe sich aus rein administrativen Gründen verzögert (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_324/2007 vom 12. Februar 2008 E. 3.2.2 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts U 307/03 vom 19. August 2004 E. 4). Ebenso wenig ist ersichtlich, dass ein sonstiges verzögerndes oder treuwidriges Verhalten der Beklagten vorliegen könnte (vgl. Urk. 8/7); namentlich wurde kein solches substantiiert geltend gemacht (vgl. oben E. 4.2.2).

Da der Versicherungsfall, für welchen Taggelderleistungen verlangt werden, vor dem Vertragsabschluss eingetreten ist, sind keine Leistungen geschuldet. Die Klage ist abzuweisen.

5.

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

5.2 Die Beklagte macht Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers geltend (Urk. 6 S. 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 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (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.

Da die Beklagte im vorliegenden Verfahren durch einen externen Anwalt vertreten war, steht ihr eine Prozessentschädigung zu (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2013 vom 27. August 2013 E. 5). Bei einem gerichtsblichen Ansatz von Fr. 220.- ist der gänzlich obsiegenden Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 1'700.- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Die Einzelrichterin erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 1'700.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Rechtsanwalt Lukas Nater
 - Rechtsanwalt Thomas Locher
 - 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 angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Die EinzelrichterinDie Gerichtsschreiberin

GrünigTanner Imfeld