

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich	
--	--

KK.2016.00031

I. Kammer  
Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende  
Sozialversicherungsrichter Spitz  
Sozialversicherungsrichterin Maurer Reiter  
Gerichtsschreiberin Gohl Zschokke  
**Urteil vom 28. März 2018**

in Sachen

X.\_\_\_\_

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Kaspar Saner  
schadenanwaelte.ch AG  
Alderstrasse 40, Postfach, 8034 Zürich

gegen

VAUDOISE ALLGEMEINE, Versicherungs-Gesellschaft AG  
Avenue de Cour 41, 1007 Lausanne  
Beklagte

Zustelladresse: VAUDOISE ALLGEMEINE, Versicherungs-Gesellschaft AG  
Place de Milan, Case postale 120, 1001 Lausanne

## Sachverhalt:

1.

1.1 X.\_\_\_\_, geboren 1980, wurde mit Arbeitsvertrag vom 24. Februar und 2. März 2015 ab dem 1. März 2015 als Specialist SoHo Back Office bei der Y.\_\_\_\_ angestellt (Urk. 2/4). Dieser Arbeitsvertrag wurde durch einen neuen Arbeitsvertrag vom 29. Mai 2015 abgelöst, mit dem X.\_\_\_\_ vom 1. Juni bis zum 30. November 2015 als Specialist SoHo Front Office angestellt und eine Kündigungsfrist von einem Monat vereinbart wurde (Urk. 1 S. 4; vgl. auch Urk. 2/5). Im Rahmen dieser Arbeitsverhältnisse war X.\_\_\_\_ bei der Vaudoise Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft AG durch Kollektivvertrag gegen Lohnausfall bei Krankheit versichert (Urk. 1 S. 2; vgl. auch Urk. 8 und 15; Police-Nummer 00029463/5630, Urk. 9/1). Vereinbart war ein Taggeld nach Ablauf einer Wartezeit von 60 Tagen je Versicherungsfall in der Höhe von 80 % des Lohnes während einer Leistungsdauer von 730 Tagen je Versicherungsfall (Urk. 9/1 S. 3).

1.2 Am 30. September 2015 meldete die Y.\_\_\_\_ der Vaudoise Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft AG die Arbeitsunfähigkeit X.\_\_\_\_s ab dem 16. April 2015 (Urk. 9/2 und 9/3; vgl. auch Urk. 2/2 = 9/5). Die Vaudoise Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft AG nahm am 20. November 2015 schriftlich zum Leistungsbegehren Stellung und machte X.\_\_\_\_ zum wiederholten Mal auf die Möglichkeit des Übertritts in die Einzel-Krankenversicherung aufmerksam (Urk. 2/22 = 9/19; vgl. auch Urk. 1 S. 11).

2. Der Versicherte erhob, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Kaspar Saner, mit Eingabe vom 14. Juni 2016 (Urk. 1) Klage gegen die Vaudoise Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft AG und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 21'527.10 zuzüglich 5 % Zins ab dem 16. November 2015 zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 20. Juni 2016 wurde der Beklagten eine Frist von 30 Tagen zur Einreichung einer Klageantwort angesetzt (Urk. 4). Diese Frist wurde mehrfach antragsgemäss erstreckt, letztmals bis zum 24. Oktober 2016 (Urk. 6 und 7). Die Beklagte erstattete am 20. Oktober 2016 die Klageantwort und beantragte die Abweisung der Klage (Urk. 8 S. 4). Mit Verfügung vom 15. Mai 2017 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und dem Kläger Frist zur Replik angesetzt (Urk. 10), welche am 6. Juni 2017 erstattet wurde (Urk. 12). Am 7. Juli 2017 ging die tags zuvor verfasste Duplik beim Gericht ein (Urk. 15). Mit Verfügung vom 10. Juli 2017 (Urk. 16) wurde dem Kläger die Duplik zugestellt und die Parteien wurden darauf aufmerksam gemacht, dass das Gericht über allenfalls als nötig erachtete weitere Verfahrensschritte zu einem späteren Zeitpunkt entscheiden werde. Ordne das Gericht keine weiteren Verfahrensschritte an, werde der Endentscheid den Verfahrensbeteiligten zu gegebener Zeit schriftlich mitgeteilt. Die Parteien verzichteten konkludent auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (vgl. BGE 140 III 450 E. 3.2).

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

## Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der Kläger machte mit seiner Klage vom 14. Juni 2016 (Urk. 1) eine streitige Zivilsache rechtshängig, welche nach den Verfahrensvorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 243 ff. ZPO zu behandeln ist (Art. 1 lit. a, Art. 62 Abs. 1 und 243 Abs. 2 lit. f ZPO; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 2.1 und 3.1). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 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), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 E. 4).

1.2 Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das Gericht im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO nur einer erhöhten Fragepflicht unterworfen (vgl. Art. 247 Abs. 1 ZPO). Wie unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien selbst den Stoff beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zur Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 4A\_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 141 III 569 E. 2.3.1 bis 2.3.3 und die dortigen Verweise).

2.

2.1 Strittig und zu prüfen ist, ob der Kläger aufgrund des von seiner letzten Arbeitgeberin abgeschlossenen Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrages mit den Allgemeinen Bedingungen, Ausgabe vom 1. Mai 2009 (im Folgenden: AVB; Urk. 2/3 = 9/1a; vgl. auch Urk. 1 S. 2, 8, 12 und 15), vom 1. September 2015 bis zum 31. Januar 2016 Anspruch auf Taggeldleistungen hat (Urk. 1 S. 13, 8 S. 4, 12 S. 2 und 15 S. 1).

2.2 Das Vertragsverhältnis betrifft eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (vgl. BGE 142 V 448 E. 4.1 und das Urteil des Bundesgerichts 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 2.1, je mit Hinweisen), weshalb nebst den vertraglichen Bestimmungen auch diejenigen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG) zu beachten sind (Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG] in der bis zum 31. Dezember 2015 gültig gewesenen Fassung und Art. 2 Abs. 2 des am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung [KVAG]).

2.3 Vertraglich versichert ist das gesamte Personal der Y.\_\_\_\_ (Urk. 9/1 S. 3). Abgesehen von den gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Fällen erlischt der Versicherungsschutz

- um Mitternacht des Tages, an dem das Arbeitsverhältnis endet;
- sobald der Versicherte 70 Jahre alt wird;
- für den Betriebsinhaber und dessen mitversicherte Familienangehörige mit der Beendigung oder Unterbrechung der bei Vertragsabschluss festgelegten Tätigkeit (Ziffer 6 AVB).

2.4 Für Personen, die das AHV-Rentenalter noch nicht erreicht haben und zum Zeitpunkt ihres Austritts aus dem versicherten Betrieb arbeitsunfähig sind, bleibt der Leistungsanspruch für den laufenden Krankheitsfall im Rahmen der Bestimmungen des Kollektivversicherungsvertrages bis längstens zur Erschöpfung der maximalen Leistungsdauer bestehen. Voraussetzung für die Gewährung dieser Leistungen ist jedoch, dass die Arbeitsunfähigkeit ununterbrochen fortbesteht. Die Leistungen sind ausserdem auf den Grad der Arbeitsunfähigkeit begrenzt, der zu dem Zeitpunkt besteht, an welchem der Versicherte aus dem Kreis der versicherten Personen ausscheidet. Vorbehalten bleiben jedoch einerseits der Abschluss einer Einzelversicherung aufgrund der Freizügigkeit (Ziffer 14 AVB) und andererseits der sofortige Übertritt des Versicherten in eine andere, vom neuen Arbeitgeber abgeschlossene Kollektivversicherung (Freizügigkeitsabkommen zwischen den Versicherern).

Unter Vorbehalt einer früheren Leistungerschöpfung werden für den laufenden Krankheitsfall keine Leistungen mehr ausgerichtet:

- 180 Tage nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses für versicherte Personen, die ihren Wohnsitz nicht in der Schweiz oder in Liechtenstein haben, sowie für Personen, die während der Probezeit entlassen werden, oder;
- sobald der Versicherte in den Genuss von beruflichen Altersvorsorgeleistungen kommt oder spätestens, wenn er Leistungen der Altersversicherung bezieht (Ziffer 12.4 AVB).

2.5 Die Leistungen werden nach Ablauf der Wartefrist für jede Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % verhältnismässig zum bescheinigten Grad der Arbeitsunfähigkeit ausbezahlt (Ziffer 8.1 AVB).

Die Wartefrist ist die Dauer der Arbeitsunfähigkeit, während der das Taggeld nicht geschuldet wird. Sie wird bei jedem Fall von mindestens 25 % Arbeitsunfähigkeit angerechnet. Bei Rückfällen wird jedoch keine neue Wartefrist angerechnet. Bei der Berechnung der Wartefrist werden sämtliche Tage berücksichtigt, wobei Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit als ganze Tage gelten (Ziffer 2.5 AVB).

Die Wartefrist läuft vom 1. Tag der bescheinigten Arbeitsunfähigkeit an (Ziffer 2.5 AVB).

Bei der Berechnung der Leistungsdauer und der Wartefrist gilt als Rückfall das Wiederauftreten einer Krankheit innert 12 Monaten unmittelbar nach dem letzten Tag der durch dieselbe Krankheit hervorgerufenen Arbeitsunfähigkeit, sofern eine erneute ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit besteht (Ziffer 2.6 AVB).

2.6 Arbeitsunfähig ist, wer aufgrund einer Krankheit seiner bisherigen beruflichen Tätigkeit nicht nachgehen kann oder, bei längerer Arbeitsunfähigkeit, nicht in der Lage ist, eine andere, seinem Gesundheitszustand und seinen Fähigkeiten angemessene zumutbare Tätigkeit auszuüben (Ziffer 2.5 AVB).

2.7 Krankheit ist jede medizinisch feststellbare Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht zurückzuführen ist auf:

- einen Unfall im Sinne der Unfallversicherung gemäss UVG;
  - eine dem Unfall gleichgestellte Verletzung im Sinne der Unfallversicherung gemäss UVG;
  - eine von der Unfallversicherung gemäss UVG gedeckte Berufskrankheit;
- und die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Ziffer 2.2 AVB).

3.

3.1 Zu Recht hat die Beklagte nie in Frage gestellt, dass der Kläger bis zur Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bei der Y.\_\_\_\_ zum Kreis der versicherten Personen gehörte (Urk. 1 S. 2 und 4, vgl. Urk. 8 und 15). Uneinigkeit besteht indessen darüber, ob der Arbeitsvertrag – und damit einhergehend der Versicherungsschutz – am 31. August (vgl. Urk. 8 S. 2 und 15 S. 1) oder am 30. September (vgl. Urk. 1 S. 4 und 12 S. 2) 2015 endete. Dies ist vorab zu prüfen.

3.2 Der Kläger liess den Standpunkt vertreten, die am 27. Juli 2015 durch die Y.\_\_\_\_ per 31. August 2015 ausgesprochene Kündigung sei aufgrund der arbeitsrechtlichen Kündigungssperrfrist gemäss Art. 336c des Obligationenrechts (OR) erst per Ende September 2015 wirksam geworden (Urk. 1 S. 4).

3.3 Gemäss Art. 336c Abs. 1 OR darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

- a. während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;
- b. während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen;
- c. während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin;
- d. während der Arbeitnehmer mit Zustimmung des Arbeitgebers an einer von der zuständigen Bundesbehörde angeordneten Dienstleistung für eine Hilfsaktion im Ausland teilnimmt.

Die Kündigung, die während einer der in Absatz 1 festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR).

Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstfolgenden Endtermin (Art. 336c Abs. 3 OR).

3.4 Seiner – insoweit unbestrittenen – Sachverhaltsdarstellung zufolge war der Kläger vom 26. Juni bis zum 31. Juli 2015 wegen der Fistel- und Fissurproblematik und einer depressiven Episode, die ihrerseits ebenfalls eine vollständige Arbeitsunfähigkeit begründet habe, arbeitsunfähig (Urk. 1 S. 8 und 13). Die 30tägige Sperrfrist begann folglich am 26. Juni 2015 zu laufen und endete am 25. Juli 2015. Erst danach, am 27. Juli 2015, wurde die Kündigung per 31. August 2015 ausgesprochen (Urk. 2/6 = 9/3c = 9/33b). Eine Nichtigkeit liegt somit nicht vor.

Die erneute, ab dem 17. August 2015 attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit gründete gemäss den Ausführungen des Klägers wiederum auf der Fistel- und Fissurproblematik und einer depressiven Episode (Urk. 1 S. 8 und 9), was zumindest mit den Angaben von Dr. med. Z.\_\_\_\_, Spezialarzt FMH für Innere Medizin, vom 12. November 2015 (Urk. 9/17) übereinstimmt, ungeachtet dessen, wie diese beweisrechtlich zu würdigen sind. Damit konnte die während der Kündigungsfrist eingetretene neue Arbeitsunfähigkeit keine neue Sperrfrist auslösen, da nur Krankheiten, die untereinander in keinem Zusammenhang stehen, eine neue gesetzliche Sperrfrist bewirken können (Urteil des Bundesgerichts 1C\_296/2008 und 1C\_310/2008 vom 5. März 2009 E. 2.1 mit Hinweis auf BGE 124 II 124 E.3).

Aus den Sachverhaltsschilderungen des Klägers geht nichts hervor, was die gegenteilige Annahme rechtfertigen liesse, es sei am 17. August 2015 (d.h. während der Kündigungsfrist) eine neue Sperrfrist ausgelöst worden (vgl. Urk. 1 und 12). Unter diesen Umständen vermag er auch den Beweis für die von ihm behauptete Verlängerung der Kündigungsfrist bis Ende 30. September 2015 gestützt auf Art. 336c OR nicht zu erbringen, zumal auch nichts vorgetragen wurde, was sich unter Art. 336c Abs. 1 lit. a, c oder d OR subsumieren liesse. Als Zwischenergebnis ist folglich festzuhalten, dass das Arbeitsverhältnis – wie von der Beklagten behauptet (Urk. 8 S. 2 und 15 S. 1) – und schriftlich belegt (Urk. 2/5 S. 2 und 2/6 = 9/3c = 9/33b; vgl. auch Urk. 9/20 S. 2) bereits am 31. August 2015 endete.

4.

4.1 Mit Bezug auf seine Fistel- und Fissurproblematik liess der Kläger im Wesentlichen vorbringen, es sei ihm am 16. April 2015 perianal eine offene Stelle aufgefallen und es sei zur Eiterentleerung gekommen. Er habe Schmerzen beim Sitzen gehabt. Infolgedessen habe ihn sein Hausarzt Dr. Z.\_\_\_\_ vom 16. bis zum 21. April 2015 zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben. In der Folge sei er wieder seiner Arbeit nachgegangen, seine Wunden seien jedoch nicht regelrecht verheilt. Vom 8. bis zum 10. Juni 2015 sei er daher wieder zu 100 % arbeitsunfähig gewesen (Urk. 1 S. 7). Überdies sei er vom 26. Juni bis zum 31. Juli und vom 17. bis zum 31. August 2015 zu 100 % krankgeschrieben gewesen, da er aufgrund der bekannten Fistel- und Fissurproblematik wiederholt an Schmerzen sowie an Blutungen und phasenweise an Fieber gelitten habe. Aufgrund der andauernden gesundheitlichen Beschwerden wegen seiner Fistel- und Fissurproblematik sei er auch vom 1. bis zum 30. September 2015 zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben gewesen (Urk. 1 S. 9).

Die Wartefrist diesbezüglich sei vom 16. bis zum 21. April, vom 8. bis zum 10. Juni, vom 26. Juni bis zum 31. Juli und vom 17. bis zum 28. August 2015 (Urk. 1 S. 13) beziehungsweise zum 31. August 2015 (Urk. 12 S. 3) gelaufen.

4.2 Dagegen wandte die Beklagte ein, der Versicherungsschutz habe um Mitternacht des Tages geendet, an dem Arbeitsverhältnis geendet habe, was am 31. August 2015 der Fall gewesen sei. Weder Dr. Z.\_\_\_\_ noch Dr. med. A.\_\_\_\_, Oberärztin der Chirurgischen Klinik des B.\_\_\_\_, hätten für den 1. September 2015 im Zusammenhang mit der Fistelerkrankung eine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Der Kläger sei diesbezüglich wiederholt darauf aufmerksam gemacht worden, dass ohne den Abschluss einer Einzel-Krankenversicherung nach dem 1. September 2015 keine Leistungen erbracht werden könnten. Dennoch habe er eine entsprechende Offerte nie ausgefüllt und unterzeichnet retourniert. Es bestehe daher seit dem 1. September 2015 für diese Krankheit keine Versicherungsdeckung mehr und es bestehe auch kein Leistungsanspruch für Taggelder, zumal in der Zeit vom 16. April bis zum 31. August 2015 die 60tägige Wartefrist nicht erfüllt gewesen sei (Urk. 8 S. 2 f.; vgl. auch Urk. 15 S. 1).

4.3 Es trifft zu, dass der Versicherungsschutz am 31. August 2015 um Mitternacht endete (vgl. Ziffer 6 AVB und Erwägung 3 hiervoor). Frühestens zu diesem Zeitpunkt wäre nach der klägerischen Sachverhaltsdarstellung die 60tägige Wartefrist bezüglich der Fistel- und Fissurbeschwerden erfüllt gewesen (vgl. Urk. 1 S. 9 und 13 sowie Urk. 12 S. 3). Dementsprechend erweist es sich auch als korrekt, dass der Kläger für die Zeit davor keinen Taggeldanspruch erhoben hat. Nach dem Ablauf der Wartefrist für den laufenden Krankheitsfall wären dem Kläger, der das AHV-Rententalter noch nicht erreicht hatte und der zum Zeitpunkt seines Austritts aus dem versicherten Betrieb arbeitsunfähig war (Urk. 1 S. 13),

Taggelderleistungen zuzusprechen, unter der Voraussetzung, dass die Arbeitsunfähigkeit ununterbrochen weiterbestand (Ziffer 12.4 AVB). Letzteres wurde von der Beklagten bestritten und ist daher – entgegen der in der Klageschrift vertretenen Auffassung (vgl. Urk. 1 S. 12 f.) – vom beweisbelasteten Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu beweisen (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; ZGB; vgl. die Urteile des Bundesgerichts 4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.3 und 4A\_66/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2. je mit Hinweisen). Dabei kommt dem 1. September 2015 eine massgebliche Bedeutung zu. Sofern der Kläger an diesem Tag nicht wegen Fistel- und Fissurbeschwerden arbeitsunfähig war, ist von einer Unterbrechung der Arbeitsunfähigkeit bezüglich dieses Krankheitsfalls auszugehen.

4.4 Der Kläger reichte ein Arztzeugnis von Dr. Z.\_\_\_\_ vom 31. August 2015 ein, mit dem dieser vom 1. bis zum 30. September 2015 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit bescheinigte (Urk. 2/15 = 9/3a; vgl. Urk. 1 S. 9). Eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Fistel- und Fissurproblematik ist damit nicht belegt, ungeachtet der Frage, ob es sich hierbei überhaupt um ein taugliches Beweismittel handelt. Ebenso wenig lässt sich dem Arztzeugnis vom 12. Oktober 2015 und dem später verfassten nicht datierten Bericht von Dr. Z.\_\_\_\_ entnehmen, dass der Kläger am 1. September 2015 wegen seiner Fistelerkrankung arbeitsunfähig war (Urk. 2/16 = 9/9 und 2/19 = 9/14; vgl. Urk. 12 S. 2). Vielmehr hielt Dr. Z.\_\_\_\_ am 12. November 2015 auf entsprechende Nachfrage der Beklagten ausdrücklich fest, er habe ab dem 1. September 2015 aufgrund der Depression die Arbeitsunfähigkeit attestiert (Urk. 9/17). Das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit aufgrund der Fistel- und Fissurproblematik erscheint in Anbetracht der schriftlichen Erklärungen Dr. Z.\_\_\_\_s vom 12. November 2015 (Urk. 9/17) nicht als überwiegend wahrscheinlich.

Dennoch liess der Kläger zu diesem Punkt auch die Einvernahme Dr. Z.\_\_\_\_s als sachverständiger Zeuge beantragen (Urk. 12 S. 3). Hierzu ist zu bemerken, dass jede Partei das Recht hat, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Das Recht auf Beweis hindert das Gericht jedoch nicht daran, die Beweise antizipiert zu würdigen, wenn es zum Schluss kommt, dass weitere Beweiserhebungen an seinem Urteil nichts zu ändern vermöchten, weil die entsprechenden Beweisanträge offensichtlich untauglich sind oder eine rechtsunerhebliche Tatsache betreffen oder weil das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise eine Überzeugung gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würden durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert (vgl. die Urteile des Bundesgerichts 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 4.4.1 und 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1, je mit Hinweisen).

Es wurde weder etwas vorgebracht noch ist ersichtlich, weshalb Dr. Z.\_\_\_\_ im Rahmen einer Befragung als Zeuge andere Angaben machen sollte als diejenigen, welche er bereits am 12. November 2015 in schriftlicher Form dokumentierte. Unter diesen Umständen ist im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung auf seine Zeugeneinvernahme betreffend die tatsächlichen Verhältnisse am 1. September 2015 zu verzichten. Diesbezüglich bedarf es – wie zu zeigen sein wird – auch keiner Würdigung des Sachverhaltes durch einen sachverständigen Zeugen (vgl. Art. 175 ZPO).

Dr. A.\_\_\_\_ untersuchte den Kläger (erst) am 9. September 2015 (Urk. 2/14; vgl. auch Urk. 1 S. 8). Ihr dazu verfasster Bericht vom 22. September 2015 (Urk. 2/14), welchen der Kläger zusammen mit der Klageschrift als Beweismittel einreichte (vgl. Urk. 1 S. 8), enthält dementsprechend keine Angaben zu den hier interessierenden Verhältnissen am 1. September 2015. Ebenso wenig sind im fraglichen Dokument Ausführungen zur Arbeitsfähigkeit zu finden (Urk. 2/14). Zwar liess der Kläger zusätzlich die Einvernahme von Dr. A.\_\_\_\_ als sachverständige Zeugin beantragen (Urk. 1 S. 8 und 12 S. 2 f.). Hierbei handelt es sich jedoch um kein taugliches Beweismittel im Sinne von Art. 152 Abs. 1 ZPO, da Dr. A.\_\_\_\_ den Kläger am 1. September 2015 nicht gesehen hat und deshalb auch nicht zu relevanten Wahrnehmungen am fraglichen Tag befragt werden kann (vgl. Art. 172 Abs. 1 lit. c ZPO). Ein strittiger bzw. nicht bewiesener Sachverhalt bedarf auch keiner Würdigung durch eine sachverständige Zeugin (vgl. Art. 175 ZPO). Es ist daher auch auf die beantragte Einvernahme Dr. A.\_\_\_\_s zu verzichten.

Des Weiteren wurde die Parteibefragung/Beweisaussage des Klägers offeriert (Urk. 1 S. 9 und 12 S. 2 f.). Davon abgesehen, dass die Angaben des Klägers versicherungsrechtlich motiviert sein könnten, eignen sich die fraglichen Beweismittel nicht für die Abklärung des hier strittigen medizinischen Sachverhalts, insbesondere der Arbeitsunfähigkeit. Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bedarf es objektiver Befunde, welche mit der Befragung des Klägers und dessen subjektiven Angaben – in welcher Form auch immer – nicht erhältlich zu machen sind. Die Abnahme dieser Beweismittel ist daher nicht angezeigt.

Schliesslich wurde die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens zum gesamten medizinischen Verlauf und zur Einschränkungssituation gefordert (Urk. 1 S. 11). Einem zu beauftragenden Gutachter könnten lediglich die vorhandenen medizinischen Unterlagen zur Beurteilung zur Verfügung gestellt werden. Diese enthalten keinerlei Angaben zu den hier interessierenden Verhältnissen am 1. September 2015. Mit einer aktuellen gutachterlichen Untersuchung liessen sich keine wesentlichen Erkenntnisse bezüglich dieses bereits längere Zeit zurückliegenden Zeitpunkts gewinnen. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Gutachten zum Verlauf während der gesamten strittigen Periode als Beweismittel von vornherein ungeeignet. Die Einholung eines solchen kann daher unterbleiben.

4.5 Aus dem Gesagten folgt, dass der Kläger den ihm obliegenden Beweis für eine Arbeitsunfähigkeit am 1. September 2015 wegen der Fistel- und Fissurproblematik, mithin eine ununterbrochene Arbeitsunfähigkeit bezüglich dieses Krankheitsfalls nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erbringen vermag. Es sind ihm deshalb diesbezüglich nicht wie beantragt ab dem 1. September 2015 Taggelderleistungen auszurichten, unabhängig davon, wie sich die medizinischen Verhältnisse nach dem 1. September 2015 weiterentwickelten. Für einen neu eingetretenen Krankheitsfall bestand ohnehin kein Versicherungsschutz mehr.

5.

5.1 Der Kläger liess des Weiteren ausführen, im Juni 2015 seien zu seinem physischen Leiden psychische Beschwerden aufgrund einer depressiven Episode hinzugekommen, die eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit begründet hätten (Urk. 1 S. 8 und 9). Ab September 2015 habe ihn lic. oec. publ. C.\_\_\_\_, eidgenössisch anerkannter Psychotherapeut und Fachpsychologe für Psychotherapie FSP, psychotherapeutisch behandelt. Dr. Z.\_\_\_\_ habe am 12. Oktober 2015 (unter anderem) eine depressive Episode diagnostiziert (Urk. 1 S. 9), welche angehalten und durchgehend eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bis zum 31. Januar 2016 bewirkt habe (Urk. 1 S. 10 und 11).

Die Wartefrist diesbezüglich habe vom 26. Juni bis zum 31. Juli 2015 und vom 17. August bis zum 6. September 2015 gedauert (Urk. 1 S. 13).

5.2 Dagegen brachte die Beklagte im Wesentlichen vor, für das in der Klageschrift angeführte psychische Leiden ab dem 26. Juni 2015 hätte die 60tägige Wartefrist am 9. September 2015 geendet, weshalb frühestens ab diesem Datum ein Taggeldanspruch bestehen könnte. Sie bestreite indessen weiterhin, dass ein solcher bestehe. Es sei zu berücksichtigen, dass der Kläger am 23. September 2015 seinen ersten Termin beim Psychotherapeuten und Fachpsychologen lic. oec. publ. C. \_\_\_ wahrgenommen habe. Im Bericht von Dr. Z. \_\_\_ vom 12. Oktober 2015 werde erstmals eine depressive Episode erwähnt. Eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer psychischen Problematik sei medizinisch nicht ausgewiesen und es werde vehement bestritten, dass psychische Beschwerden des Klägers während sieben Monaten eine volle Arbeitsunfähigkeit begründet hätten (Urk. 8 S. 3; vgl. auch Urk. 15 S. 2).

5.3 Auch hier ist zu beachten, dass der Versicherungsschutz am 31. August 2015 um Mitternacht endete (vgl. Ziffer 6 AVB und Erwägung 3 hiervor). Bis zu diesem Zeitpunkt war die 60tägige Wartefrist bezüglich der vom Kläger behaupteten psychischen Erkrankung und der daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeiten ab dem 26. Juni 2015 (vgl. Urk. 1 S. 8 und 13) noch nicht erfüllt. Es wären ihm, der das AHV-Rentalter noch nicht erreicht hatte, nach Ablauf der Wartefrist für den laufenden Krankheitsfall Taggeldleistungen zuzusprechen, sofern er im Zeitpunkt seines Austritts aus dem versicherten Betrieb arbeitsunfähig war sowie unter der Voraussetzung, dass die Arbeitsunfähigkeit ununterbrochen weiterbestand (Ziffer 12.4 AVB). Letzteres ist vom Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu beweisen, ebenso das Vorliegen einer psychischen Krankheit und der in diesem Zusammenhang geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit, da er für sämtliche dieser von der Beklagten bestrittenen anspruchsbegründenden Tatsachen – entgegen der offenbar vertretenen Ansicht (vgl. Urk. 1 S. 12 f.) – beweispflichtig ist (Art. 8 ZGB; vgl. auch vgl. die Urteile des Bundesgerichts 4A\_85/2017 vom 4. September 2017 E. 2.3 und 4A\_66/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2. je mit Hinweisen). Von Interesse ist dabei insbesondere die Zeit vom 26. Juni 2015 bis zum 1. September 2015, dem ersten Tag, an dem kein Versicherungsschutz mehr bestand.

5.4 Zum Beweis seiner Behauptungen betreffend die psychische Erkrankung und die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit im erwähnten Zeitraum liess der Kläger in erster Linie auf die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse von Dr. Z. \_\_\_ vom 2., 9. und 17. Juli sowie vom 18. und 31. August 2015 verweisen (Urk. 2/13 und 2/15; vgl. Urk. 1 S. 8, 9 und 14). In denselben wurde indessen lediglich eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit vom 26. Juni bis zum 3. Juli, vom 4. bis zum 10. und vom 11. bis zum 31. Juli, vom 17. bis zum 31. August und vom 1. bis zum 30. September 2015 bescheinigt (vgl. Urk. 2/13 und 2/15). Damit ist weder eine psychische Krankheit noch eine dadurch begründete Arbeitsunfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit belegt. Dasselbe gilt für den Bericht von Dr. Z. \_\_\_ vom 12. Oktober 2015 (Urk. 2/16 = 9/9), welchen der Kläger als Beweismittel anführen liess (Urk. 1 S. 9). Im fraglichen Dokument wurden das Rezidiv einer subkutanen Fistel und eine depressive Episode als Diagnosen aufgeführt, überdies wurde eine Arbeitsunfähigkeit vom 26. Juni 2015 bis auf Weiteres bestätigt. Detaillierte Angaben wurden nicht gemacht. Insbesondere blieb die Frage, wann sich die depressive Episode zum ersten Mal geäußert habe, unbeantwortet (Urk. 2/16 = 9/9). Auch dem später verfassten undatierten Arztbericht Dr. Z. \_\_\_s (Urk. 2/19 = 9/14), der ebenfalls als Beweismittel genannt wurde (Urk. 1 S. 14), lässt sich nichts entnehmen, was die klägerische Sachverhaltsdarstellung als überwiegend wahrscheinlich erscheinen liesse.

Erst am 12. November 2015 bestätigte Dr. Z. \_\_\_ schriftlich, er habe vom 26. Juni bis zum 31. Juli 2015 und vom 17. August bis zum 31. Oktober 2015 – unter anderem – wegen einer Depression eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert (Urk. 9/17). Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass es sich bei Dr. Z. \_\_\_ um einen Facharzt FMH für Innere Medizin handelt; über eine fachärztliche Ausbildung im Bereich Psychiatrie und Psychotherapie scheint er nicht zu verfügen. Damit mangelt es ihm an der erforderlichen fachlichen Eignung. Mit seiner Bestätigung lässt sich der zu leistende Beweis folglich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erbringen. Insofern ist auch die beantragte Einvernahme als sachverständiger Zeuge zum psychischen Gesundheitszustand und der daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeit (vgl. Urk. 1 S. 8 und 12 S. 2 f.) ungeeignet, ungeachtet der Erfahrungstatsache, dass behandelnde Ärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patientinnen und Patienten aussagen (BGE 125 V 351 E. 3b/cc). Lediglich ergänzend ist ferner zu bemerken, dass von Seiten des anwaltlich vertretenen Klägers keinerlei konkrete psychische Beschwerden, Befunde oder Beeinträchtigungen behauptet wurden (vgl. Urk. 1 und 12). Solche lassen sich auch nicht ansatzweise den vorhandenen medizinischen Unterlagen entnehmen. Dementsprechend erübrigt es sich auch von vornherein, Dr. Z. \_\_\_ zu seinen eigenen (nicht fachärztlichen) Wahrnehmungen diesbezüglich im Verlauf der Behandlung zu befragen.

Des Weiteren liess der Kläger die Einvernahme des Psychotherapeuten und Fachpsychologen lic. oec. publ. C. \_\_\_ als sachverständiger Zeuge beantragen (Urk. 1 S. 9). Es kann offenbleiben, ob der Kläger diesen Behandler bereits am 16. (Urk. 9/40 S. 1) oder erst am 23. (Urk. 9/16 S. 3; vgl. Urk. 8 S. 3) September 2015 zum ersten Mal aufsuchte. In beiden Fällen ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass sein Therapeut bezüglich des – hier interessierenden – Zeitraums ab dem 26. Juni 2015 bis zum ersten Zusammentreffen im September 2015 keine Wahrnehmungen betreffend den Kläger machen konnte. Die beantragte Zeugeneinvernahme erweist sich unter diesen Umständen als von vornherein ungeeignet. Es kommt hinzu, dass ein umstrittener bzw. nicht bewiesener Sachverhalt keiner Würdigung bedarf, womit sich auch unter diesem Gesichtspunkt keine Befragung aufdrängt. Immerhin ist zu bemerken, dass der Psychotherapeut und Fachpsychologe lic. oec. publ. C. \_\_\_ in seinem Bericht vom 20. September 2016 festhielt, er habe keine Arbeitsunfähigkeit attestiert. Der Schwerpunkt der bis zum 6. April 2016 andauernden therapeutischen Behandlung habe auf der Erarbeitung eines therapeutischen Arbeitsbündnisses, der Stabilisierung der aktuellen Lebenssituation und der Bewältigung einer leichten Depression gelegen. Die Auseinandersetzung mit seiner finanziellen Situation, seiner Rolle als Familienoberhaupt und Mann hätten den Kläger sehr beschäftigt. Im Verlauf der Therapie habe der Behandler ihn dazu ermutigt, seine Wünsche gegenüber seiner Frau klarer zu formulieren, um so seinen depressiven Tendenzen entgegenzuwirken. Bei der letzten Konsultation am 6. April 2016 habe eine ausklingende leichte Depression vorgelegen (Urk. 9/40).

Da auch im Zusammenhang mit der geltend gemachten psychischen Krankheit eine Parteibefragung/Beweisaussage des Klägers offeriert wurde (Urk. 1 S. 8 und 9), ist erneut festzuhalten, dass diese Beweismittel aus den bereits dargelegten Gründen zum Beweis des strittigen medizinischen Sachverhalts untauglich sind. Auf deren Abnahme ist folglich zu verzichten.

Abschliessend forderte der Kläger die Einholung eines Gutachtens zum medizinischen Verlauf und zu den Einschränkungen (Urk. 1 S. 11). Damit wäre zu klären, ob in der Zeit ab dem 26. Juni 2015, das heisst Jahre zuvor, eine psychische Krankheit vorlag, welche den Kläger im behaupteten Ausmass von 100 % in der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit einschränkte. In Anbetracht der zur Diskussion stehenden psychischen Problematik und der bis zum Beweisantrag verstrichenen Zeit ist nicht zu erwarten, dass sich mit einer gutachterlichen Untersuchung wesentliche Erkenntnisse für den entscheiderelevanten Zeitraum gewinnen liessen. Dies muss umso mehr gelten, als im Verlauf mehrerer Monate bzw. Jahre beträchtliche Veränderungen möglich und zu erwarten sind. Einem zu beauftragenden Gutachter stünden überdies ebenfalls lediglich die vorhandenen medizinischen Vorakten für eine Beurteilung zur Verfügung, welche keine rechtzeitig erhobenen Beschwerden, Befunde und Einschränkungen dokumentieren. Es fehlen insbesondere jegliche Hinweise auf die Existenz zeitlicher fachärztlicher Berichte für den hier interessierenden Zeitraum, ebenso für eine psychiatrische (und bis ca. Mitte September 2015 psychotherapeutische) Behandlung. Vor diesem Hintergrund erscheint ein Gutachten als Beweismittel für den Verlauf während der gesamten strittigen Periode als von vornherein ungeeignet.

5.5 Der Kläger vermag den ihm obliegenden Beweis, dass er aufgrund einer psychischen Krankheit ab dem 26. Juni 2015 in den behaupteten Zeiträumen bis mindestens zum 1. September 2015 zu 100 % arbeitsunfähig war, folglich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erbringen. Dementsprechend erweist sich auch der in diesem Zusammenhang erhobene kollektivversicherungsvertragliche Taggeldanspruch als unbegründet. Dies führt zur Abweisung der Klage, ohne dass die weitere Entwicklung des psychischen Gesundheitszustands und der damit einhergehenden Arbeitsunfähigkeit nach dem 1. September 2015 weiter zu prüfen sind.

6. Das Verfahren ist kostenlos, da es eine Streitigkeit aus einer kollektiven Krankentaggeldversicherung betrifft, welche gemäss ständiger bundesgerichtlicher Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung; KVG) zu subsumieren ist (vgl. Art. 114 lit. e ZPO i.V.m. § 33 Abs. 1 GSVGer und das Urteil des Bundesgerichts 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 142 V 448 E. 4.1).

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Zustellung gegen Empfangsschein an:
  - Rechtsanwalt Dr. Kaspar Saner
  - VAUDOISE ALLGEMEINE, 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

Die VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin

GrünigGohl Zschokke