

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich	
--	--

KK.2016.00051

I. Kammer
Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende
Sozialversicherungsrichter Spitz
Ersatzrichter Wilhelm
Gerichtsschreiber Klemmt
Urteil vom 16. Oktober 2018
in Sachen
X.____

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Alex Prechtl
Trachsel Bürgi & Partner KLG
Freiestrasse 80, Postfach 1109, 8032 Zürich

gegen

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

vertreten durch Fürsprecher Peter Krebs
Stephani + Partner, Täfernhof
Mellingerstrasse 207, 5405 Baden

Sachverhalt:

1. X.____, geboren 1956 (Urk. 2/5), war ab 1. Februar 1996 bei der Y.____ als Direktor angestellt (Urk. 2/21). Die Arbeitgeberin hatte für ihr männliches Personal mit der Generali Allgemeine Versicherungen AG eine Erwerbsausfall-Versicherung bei Krankheit (Krankentaggeldversicherung) nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) abgeschlossen (Urk. 2/2-3, Urk. 9 S. 4, Urk. 10/3, Urk. 11/1). Ab dem 7. Juni 2004 wurde der Versicherte vom behandelnden Arzt krankheitshalber zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben (Urk. 2/4-5 = 11/39-40). In der Folge ersuchte er die Generali um Auszahlung von Taggeldern (Urk. 1 S. 3, Urk. 2/5 = Urk. 11/40, Urk. 11/26, Urk. 11/32, Urk. 11/38-39, Urk. 11/41). Dies führte zu einer längeren Korrespondenz zwischen der Generali und dem Versicherten betreffend die Höhe des versicherten Verdienstes (vgl. Urk. 11/7, Urk. 11/14, Urk. 11/26). In Schreiben vom 8. Juni und 10. Oktober 2006 stellte sich die Generali auf den Standpunkt, die effektiven Lohnbezüge seien nicht genügend belegt, und forderte den Versicherten auf, ihr zur Festsetzung des versicherten Lohns diverse Unterlagen einzureichen (Urk. 11/8, Urk. 11/30). Am 21. August 2006 liess der Versicherte weitere Belege einreichen (Urk. 11/31). Mit Schreiben vom 24. Januar (Urk. 11/27), vom 27. September (Urk. 11/6) sowie vom 24. Oktober 2007 (Urk. 11/1) teilte die Generali dem Versicherten jeweils mit, allfällige Taggeldansprüche seien seit dem 1. Januar 2007 verjährt. Der Versicherte hielt in Schreiben vom 13. September und 19. Oktober 2007 an seiner Auffassung fest, Anspruch auf Taggeldzahlungen der Generali zu haben (Urk. 11/2, Urk. 11/7).
2. Am 18. Dezember 2013 erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Kathrin Hässig, Klage gegen die Generali Personenversicherungen AG mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 313'858.60 nebst 5 % Zins seit 24. Januar 2007 zu bezahlen. Mit Urteil KK.2013.00046 vom 24. Februar 2016 wies das Sozialversicherungsgericht die Klage mangels Passivlegitimation der Generali Personenversicherungen AG ab. Dieses Urteil erwuchs in Rechtskraft, nachdem das Bundesgericht mit Urteil 4A_220/2016 vom 27. Juli 2016 die vom Sozialversicherungsgericht festgesetzte Parteientschädigung bestätigt hatte.
3. Mit neuerlicher Klage vom 26. September 2016 beantragte der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt Joseph Koch, die Generali Allgemeine Versicherungen AG sei zu verpflichten, ihm Fr. 313'858.60 nebst 5 % Zins seit 24. Januar 2007 zu bezahlen (Urk. 1 S. 2). In der Klageantwort vom 16. Januar 2017 beantragte die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage (Urk. 9). In der Folge zog das Gericht die Akten der Invalidenversicherung in Sachen des Klägers bei (Urk. 13-14) und verpflichtete ihn, Privatkontoauszüge einzureichen, welche Aufschluss über seine Lohnbezüge im Jahr 2014 geben (Urk. 16). Mit der Replik vom 14. Juni 2017 hielt der Kläger, neu vertreten durch Rechtsanwalt Alex Prechtl (Urk. 20-21), an seinem Rechtsbegehren fest (Urk. 26) und reichte weitere Beweismittel zu den Akten (Urk. 27/1-17). In ihrer Duplik vom 14. August 2017 schloss die Beklagte weiterhin auf Klageabweisung (Urk. 31). Am

8. September 2017 nahm der Kläger unaufgefordert zur Duplik Stellung (Urk. 35). Die Beklagte äusserte sich hierzu, ebenfalls unaufgefordert, mit Eingabe vom 28. September 2017 (Urk. 38).

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, nachfolgend eingegangen.

Das Gericht 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). Das Bundesgericht subsumiert kollektive Krankentaggeldversicherungen wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (Urteil des Bundesgerichts 4A_47/2012 vom 12. März 2012 E. 2 mit weiteren Hinweisen). 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]).

1.2 Die für das Sozialversicherungsgericht verbindliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung findet sich in Art. 32 ZPO. Demnach ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen für Klagen der Konsumentin oder des Konsumenten das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Kläger hat seinen Wohnsitz im Kanton Zürich; damit ist auch die örtliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich gegeben.

1.3 Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das einfache Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Gericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6). Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 ZPO). Es stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO), erhebt von Amtes wegen Beweis (Art. 153 i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) und bildet seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO).

1.4 Nach Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO untersteht die vorliegende Streitigkeit der sogenannten sozialen Untersuchungsmaxime. Bei der sozialpolitisch begründeten Untersuchungsmaxime geht es darum, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen. Die Parteien sind jedoch nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Aber es führt nicht von sich aus eigene Untersuchungen durch. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2015 vom 18. März 2016, E. 3 mit Hinweis auf BGE 141 III 569).

1.5 Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Der Eintritt des Versicherungsfalles ist nach diesen Grundsätzen vom Anspruchsberechtigten zu beweisen. Ist eine Krankentaggeldversicherung als Schadenversicherung ausgestaltet, setzt der Eintritt des Versicherungsfalles einen Schaden - namentlich einen Erwerbsausfall - voraus. Dabei gilt das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Dem Versicherer steht gemäss Art. 8 ZGB das Recht auf Gegenbeweis zu. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist nur erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2015 vom 18. März 2016, E. 3 mit Hinweisen).

2.

2.1 Unbestrittenermassen hatte der Kläger im Jahr 2004 als Angestellter der Y.____ über die von der Firma mit der Generali Versicherungen AG für ihr Personal abgeschlossene Erwerbsausfall-Versicherung bei Krankheit (Krankentaggeldversicherung) im Versicherungsfall Anspruch auf ein Taggeld von 80 % des versicherten Lohnes, und zwar für eine Leistungsdauer von 730 Tagen nach Abzug einer Wartefrist von 14 Tagen (Urk. 1 S. 5, Urk. 9 S. 4). Gemäss den in der massgeblichen Versicherungspolice vom 21. November 2002 als anwendbar erklärten (Urk. 10/3) Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) Form. 20'001 Ausgabe 1999/2 (Urk. 12/1), Art. 3.1.1, wird das Taggeld für jeden Tag einer ärztlich festgestellten, mindestens 25 % betragenden Arbeitsunfähigkeit gewährt und bemisst sich nach dem Grad der Arbeitsunfähigkeit (Urk. 1 S. 7, Urk. 9 S. 5).

Nicht umstritten und durch die von Dr. med. Z.____ ausgefüllte Krankenkarte (Urk. 3/4), den Bericht desselben Arztes vom 16. August 2004 (Urk. 3/5) und den Vorbescheid der Invalidenversicherung vom 9. Juli 2007 (Urk. 3/6) ausgewiesen ist ferner, dass der Kläger ab dem 7. Juni 2004 während mindestens 730 Tagen zu 100 % arbeitsunfähig war. Zudem steht aufgrund der Angaben im Bericht von Dr. Z.____ vom 16. August 2004 fest, dass der Kläger die Arbeitsunfähigkeit der Beklagten fristkonform im Sinne von Art. 4.1.2 AVB (spätestens 30 Tage vor Ablauf der Wartefrist) meldete (Urk. 1 S. 3, Urk. 3/5 S. 1, Urk. 9 S. 3, Urk. 26 S. 4, Urk. 31 S. 4).

2.2 Der Kläger macht zusammengefasst geltend, er habe für den 716 Tage dauernden Zeitraum vom 21. Juni 2004 – dem Tag nach Ablauf der 14tägigen Wartefrist ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit am 7. Juni 2004 - bis zum 6. Juni 2006 Anspruch auf Taggelder (Urk. 1 S. 5 f.). Krankheitsbedingt sei er ab dem 7. Juni 2004 durchgehend zu 100 % arbeitsunfähig gewesen und habe kein Einkommen mehr erzielt. Gemäss Art. 3.4.2 Abs. 1 AVB errechne sich das Taggeld auf Grundlage des AHV-Lohns bis zu Fr. 200'000.-- pro Person und Jahr. In den Jahren vor der am 7. Juni 2004 eingetretenen Krankheit habe er jeweils einen AHV-Jahreslohn von mehr als Fr. 200'000.-- verdient, wobei der Lohn in

den folgenden Jahren ohne die Krankheit mindestens gleich hoch geblieben wäre (Urk. 1 S. 7 und 13). Gestützt auf die Versicherungspolice und Art. 3.1 AVB, Art. 3.1.1 Abs. 1 AVB, Art. 3.4.1 sowie Art. 3.4.2 Abs. 1 und 5 AVB habe er Anspruch auf Taggelder in Höhe von Fr. 313'858.60. Dieser Betrag resultiere aus der Multiplikation des Taggeldes in Höhe von Fr. 438.35 (Fr. 200'000.-- / 365 Tage x 80 %) mit der Leistungsdauer von 716 Tagen (Urk. 1 S. 7).

2.3 Die Beklagte stellt sich demgegenüber im Wesentlichen auf den Standpunkt, der Taggeldanspruch sei inzwischen verjährt; die Verjährung der eingeklagten Taggelder habe mit der Feststellung der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Ablauf der Wartefrist begonnen (Urk. 9 S. 3 f., Urk. 31 S. 2 f.). Eventuell habe der Kläger Anspruch auf Taggelder auf Basis eines versicherten Verdienstes von Fr. 70'000.--, subeventuell Fr. 89'760.-- und subsubeventuell Fr. 120'000.--, wobei die Taggelder für die Zeit vom 1. Juni 2005 bis 6. Juni 2006 im Umfang der für diese Periode ausgerichteten IV-Rente zu kürzen seien (Urk. 9 S. 6 ff., Urk. 31 S. 16).

3.

3.1 Zu prüfen ist zunächst, ob die vom Kläger geltend gemachte Taggeldforderung verjährt ist.

3.2

3.2.1 Nach Art. 46 Abs. 1 Satz 1 VVG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Während Lehre und Rechtsprechung hierfür ursprünglich den Eintritt des Versicherungsfalls als massgeblich erachtet haben, wird nunmehr in der Praxis je nach Versicherungsart und Leistungsanspruch auf unterschiedliche fristauslösende Ereignisse abgestellt. Dabei lässt die Praxis die Verjährung in der Regel im Zeitpunkt beginnen, in dem die leistungsbegründenden Tatsachelemente feststehen. Für Krankentaggelder wird die Leistungspflicht des Versicherers ausgelöst durch die krankheitsbedingte, ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit und den Ablauf der vereinbarten Wartefrist. Das Bundesgericht hat zunächst entschieden, die für die Dauer der Krankheit geltend gemachten Taggelder verjähren gesamthaft in zwei Jahren ab jenem Zeitpunkt (BGE 127 III 268 E. 2b S. 270 ff.). Von dieser Rechtsprechung der gesamthaften Verjährung ist es in der Folge mit BGE 139 III 418 wieder abgekommen. Danach verjähren Taggeldforderungen, wenn die versicherte Person fortlaufend die Leistung von Taggeldern verlangen kann, mit der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Ablauf der Wartefrist nicht gesamthaft, sondern neu einzeln ab dem Tag, für den sie beansprucht werden (BGE 139 III 418 E. 3 und 4). Liegt der Verjährungsbeginn nach der Zeitspanne, für welche Taggelder gefordert werden, bleibt die Rechtsprechungsänderung ohne Auswirkung (Urteil des Bundesgerichts 4A_471/2014 vom 2. Februar 2015, E. 4.1 mit Hinweis).

3.2.2 Voraussetzung für eine fortlaufende Verjährung der einzelnen Taggeldforderungen ist aber, dass der Versicherte nach dem Versicherungsvertrag fortlaufend die Zahlung der einzelnen Taggelder verlangen kann. Daran fehlt es, wenn die Leistungspflicht der Versicherung von zusätzlichen Bedingungen abhängig gemacht wird oder wenn die Aufteilung in Taggelder lediglich der Berechnung des Leistungsumfanges dient, während die Leistung selbst nur als Gesamtes oder jedenfalls für mehrere Taggelder zusammen verlangt werden kann. Ist in den AVB des Versicherers bei Unsicherheiten über die Leistungspflicht einer staatlichen Versicherung keine Vorleistungspflicht des Taggeldversicherers vereinbart, sondern steht es solchenfalls im Belieben der Taggeldversicherung, ob sie Vorleistungen erbringt, beginnt die Verjährung für die aufgelaufenen Taggelder erst im Moment, in dem die Unsicherheit über die Leistungspflicht des Dritten beseitigt ist. Erst in diesem Zeitpunkt stehen sämtliche leistungsbegründenden Tatsachen fest, so dass die Verjährung für alle bisher aufgelaufenen Taggelder nach Art. 46 VVG in diesem Moment beginnt (BGE 139 III 418 E. 4.2).

3.2.3 Nach Art. 100 Abs. 1 VVG gelten für die Dauer der Verjährungsfrist, namentlich ihren Stillstand und ihre Unterbrechung, Art. 132-142 des Obligationenrechtes (OR; Graber, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, VVG, Basel 2001, Art. 46 Rz 22). Laut Art. 135 Ziff. 2 OR wird die Verjährung unter anderem durch Schuldbetreibung und Klage unterbrochen. Erfolgt die Unterbrechung durch Schuldbetreibung, so beginnt mit jedem Betreibungsakt die Verjährung von neuem (Art. 138 Abs. 2 OR).

3.3

3.3.1 Während die Beklagte gegen die eingeklagte Taggeldforderung einwendet, diese sei verjährt (Urk. 9 S. 3 ff.), bestreitet der Kläger eine Verjährung. Unter Bezugnahme auf BGE 139 III 418 sowie die Art. 3.5 Abs. 1 und 4.1.2 Abs. 1 AVB macht er geltend, die Verjährung habe frühestens mit dem Eingang des IV-Vorbescheides vom 9. Juli 2007 am 10. Juli 2007 zu laufen begonnen (Urk. 1 S. 5 f., Urk. 11 S. 11).

In Art. 3.5 Abs. 1 AVB wird festgehalten, dass die Taggelder soweit gekürzt werden, als sie zusammen mit den Leistungen (unter anderem) der Invalidenversicherung die versicherte Leistung übersteigen. Gemäss Art. 4.1.2 Abs. 1 AVB kann der Versicherer die Ausrichtung von Taggeldern vom Vorliegen eines IV-Entscheides abhängig machen. Eine Vorleistungspflicht des Versicherers sehen die AVB nicht vor (Urk. 1 S. 6, Urk. 12/1).

Gestützt auf Art. 4.1.2 Abs. 1 AVB konnte die Beklagte die Ausrichtung von (Vor-)Leistungen verweigern, bis ein IV-Entscheid vorlag, auch wenn die übrigen Leistungsvoraussetzungen bereits vorher erfüllt waren. Der Kläger seinerseits konnte die Zahlung der Taggelder im Zeitraum nach dem Ablauf der Wartezeit am 21. Juni 2004 bis zum Ende der Bezugsdauer am 6. Juni 2006 nicht fortlaufend verlangen, weil bis dahin kein IV-Entscheid ergangen war. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist unbehelflich, dass sie in der Korrespondenz mit dem Kläger nie die Regelung in Art. 4.1.2 Abs. 1 AVB angerufen hat (Urk. 9 S. 4 f., Urk. 31 S. 9). Zum einen sah sie bereits deshalb von der Auszahlung von Taggeldern ab, weil sie den versicherten Verdienst beziehungsweise die effektiven Lohnbezüge des Klägers als ungenügend belegt erachtete (Urk. 9 S. 4, Urk. 11/7-8, Urk. 11/14, Urk. 11/26, Urk. 11/30). Die Frage nach einer allfälligen freiwilligen Vorleistung von Taggeldern und dem damit verbundenen Verzicht auf das Abwarten des IV-Entscheides stellte sich für sie gar nicht. Zum anderen hat die Beklagte auch nie auf die Geltendmachung von Art. 4.1.2 Abs. 1 AVB verzichtet. Mit dem Vorbescheid der Invalidenversicherung vom 9. Juli 2007 wurde dem Kläger die Ausrichtung einer ganzen Rente auf Basis eines 100%igen Invaliditätsgrades rückwirkend ab 1. Juni 2005 in Aussicht gestellt (Urk. 2/6). Frühestens dieser Entscheid bildet einen IV-Entscheid im Sinne von Art. 4.1.2 Abs. 1 AVB. Die Verjährung begann folglich frühestens mit der Zustellung des Vorbescheides an den Kläger am 10. Juli 2007 (vgl. auch das Urteil des Sozialversicherungsgericht KK.2012.00023 vom 26. Juni 2014, E. 3.5). Da dieser Zeitpunkt nach der Zeitspanne, für welche Taggelder gefordert werden, liegt, bleibt die mit BGE 139 III 418 geänderte Rechtsprechung zur Verjährung von Krankentaggeldern hier also ohne Auswirkung (vgl. Urk. 9 S. 8).

3.3.2 Der Kläger hat die seit dem 10. Juli 2007 und nach den einzelnen Unterbrechungshandlungen jeweils von neuem laufende zweijährige Verjährungsfrist rechtzeitig mit den gegen die Beklagte gerichteten Betreibungsbegehren vom 25. Oktober 2007, 20. Oktober 2009, 6. September 2011, 19. August 2013, 10. August 2015 sowie mit der Klage vom 26. September 2016 unterbrochen (Urk. 1 S. 1, Urk. 2/14-19). Die eingeklagte Forderung ist folglich nicht verjährt.

4.

4.1

4.1.1 Strittig ist sodann die Höhe des versicherten Verdienstes. Der Kläger macht geltend, in den Jahren vor der am 7. Juni 2004 eingetretenen Krankheit habe er einen AHV-Jahreslohn von mehr als Fr. 200'000.-- verdient. In den folgenden Jahren wäre der Lohn ohne die Krankheit mindestens gleich hoch geblieben (Urk. 1 S. 13). Die Y. ___ sei ein erfolgreiches junges IT-Unternehmen mit einem Millionenumsatz gewesen und habe mit den Kadermitarbeitern tiefe, vom Geschäftsgang unabhängige Grundlöhne zur Deckung der Lebenshaltungskosten vereinbart. Zusätzlich sei als Leistungsanreiz im Erfolgsfall ein Bonus vereinbart worden. Aufgrund der zeitlich verzögerten Bonusauszahlungen sei die Zuordnung der im IK-Auszug aufgeführten Einkommensbeträge auf die Jahre, in denen der jeweilige Rechtsanspruch auf den Lohn entstanden sei, nicht auf den ersten Blick erkenntlich (Urk. 1 S. 13). Der im IK-Auszug für das Jahr 2004 ausgewiesene Betrag von Fr. 614'000.-- setze sich aus dem Grundgehalt für das erste Halbjahr 2004 von Fr. 60'000.-- sowie aus auf Druck der Steuerbehörden erfolgte Bonuszahlungen im Betrag von Fr. 540'000.-- für das Jahr 2001 und Fr. 14'000.-- für einen Anteil des Bonus für das Jahr 2004 zusammen (Urk. 1 S. 9 und 14). Seine AHV-Lohnforderung gegenüber der Y. ___ von Fr. 614'000.-- im Jahr 2004 sei mit einem Kredit, welchen ihm die Y. ___ im Jahr 2002 gewährt habe, verrechnet worden. Dies ergebe sich aus der Buchhaltung der Y. ___, welche von den Steuerbehörden akzeptiert worden sei. Auch die AHV habe den für das Jahr 2004 gemeldeten Lohn nach einer Revision als korrekt eingestuft (Urk. 1 S. 15, Urk. 26 S. 7 ff. und 28). Bei korrekter Aufteilung der Grundlohn- und Bonusansprüche auf die Jahre 2001 bis 2004 hätten effektiv im Jahr 2001 ein Lohnanspruch von total Fr. 670'000.--, im Jahr 2002 ein solcher in Höhe von Fr. 264'000.--, 2003 ein Anspruch von Fr. 221'006.-- und von Januar bis Mai 2004 ein Lohnanspruch von Fr. 91'510.--, hochgerechnet auf das ganze Jahr von Fr. 219'624.--, bestanden (Urk. 1 S. 13, Urk. 26 S. 23). Unzutreffend sei, dass er der Beklagten für das Jahr 2004 keine provisorische Lohndeklaration eingereicht habe. Dies habe er mit Schreiben vom 1. März 2004 gemacht, welches am Dienstag, 2. März 2004 bei der Beklagten eingegangen sein müsse, da die Schweizer Post zuverlässig arbeite. Die definitive Lohnabrechnung habe er der Beklagten am 23. November 2005 übermittelt. Die von der Beklagten mit Schreiben vom 30. Mai 2005 eröffnete Einschätzung der Lohnsumme für das Jahr 2004 in Höhe von Fr. 89'760.-- sei völlig willkürlich (Urk. 26 S. 5 f. und 14). Massgebend für die Taggeldberechnung seien im Übrigen nicht die der Beklagten deklarierten provisorischen Lohnsummen beziehungsweise der versicherte Verdienst, sondern der objektiv gestützt auf den IK-Auszug bestimmbarer AHV-Lohn und der tatsächliche Lohnausfall (Urk. 26 S. 13 ff., 15, 20 und 23). In den AVB anderer Versicherungsgesellschaften werde ausdrücklich «der letzte vor Krankheitsbeginn» bezogene AHV-Lohn als für die Bemessung der Taggelder massgeblich bezeichnet. Art. 3.4.2 Abs. 5 AVB sei hingegen hinsichtlich des zeitlich massgebenden AHV-Lohnes offen formuliert, indem auf den Lohnausfall «während der Arbeitsunfähigkeit» im versicherten Betrieb abgestellt werde. Aufgrund der mehrdeutigen Formulierung in den AVB sei gestützt auf die Unklarheitsregel in Fällen wie dem vorliegenden mit einem vom Geschäftsgang abhängigen hohen variablen Lohnanteil auf den durchschnittlichen Jahreslohn der vergangenen Jahre abzustellen (Urk. 26 S. 27 f.).

4.1.2 Die Beklagte stellt sich dagegen auf den Standpunkt, die Y. ___ habe dem Kläger gemäss den eingereichten Bankbelegen im Jahr 2004 einen Lohn von insgesamt Fr. 70'000.-- überwiesen (Urk. 31 S. 7). Die Taggelder seien auf dieser Basis zu berechnen (Urk. 31 S. 16). Eventuell sei von einem versicherten Verdienst von Fr. 89'760.--, subeventuell von Fr. 120'000.-- auszugehen. Der vom Kläger geltend gemachte höhere Verdienst decke sich nicht mit den ihr gegenüber deklarierten Lohnsummen, welche ab dem Jahr 2000 nie über Fr. 120'000.-- gelegen hätten. Versichert und für die Berechnung der Taggelder massgeblich sei nur die Lohnsumme gewesen, auf welcher für das Jahr 2004 Prämien entrichtet worden seien (Urk. 9 S. 5 ff., 11 und 14 ff.). Für 2004 habe die Y. ___ trotz Aufforderung und Nachfristansetzung keine Lohndeklaration eingereicht, so dass sie den für die Prämienrechnung massgeblichen Jahreslohn gestützt auf Art. 6.3.2 Abs. 8 AVB auf Fr. 89'760.-- geschätzt habe. Die entsprechende Prämienrechnung vom 30. Mai 2005 sei von der Y. ___ beglichen und damit akzeptiert worden (Urk. 9 S. 5 ff., 11 und 14 ff., Urk. 31 S. 9 f.). Die vom Kläger nachträglich erstellte Lohndeklaration 2004 sei bei ihr erst am 6. Dezember 2005 eingegangen (Urk. 31 S. 4 und 9 f.). Da sie diese als unplausibel erachtet habe, habe sie von einer Prämienanpassung abgesehen (Urk. 31 S. 11). Für das Jahr 2003 habe der Kläger einen Lohn von Fr. 120'000.-- deklariert, welcher auch dem arbeitsvertraglich vereinbarten Grundgehalt entspreche. Hierbei handle es sich um die letzte deklarierte Lohnsumme. Deshalb seien die Taggelder eventuell auf dieser Basis zu berechnen. Es gehe nicht an, ein niedriges Einkommen zu versichern, von den tiefen Prämien zu profitieren und im Schadenfall einen massiv höheren Lohn zu behaupten und entsprechend höhere Leistungen zu beziehen (Urk. 9 S. 5 ff., 11 und 14 ff.). Zudem sei entgegen der Ansicht des Klägers nicht der durchschnittliche AHV-Lohn der letzten Jahre als Bemessungsgrundlage für die Taggelder heranzuziehen. Versichert sei gemäss der klaren Regelung in Art. 3.4.2 Abs. 5 AVB nur der AHV-Lohn, auf den der Kläger während der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit gegenüber seiner Arbeitgeberin Anspruch gehabt hätte. Die vom Kläger postulierte Durchschnitts-Berechnungsmethode sei nicht sachgerecht (Urk. 31 S. 18 f.). Im Übrigen habe es sich bei der Y. ___ nicht um ein erfolgreiches Unternehmen gehandelt; die Firma habe finanzielle Probleme gehabt und deshalb ihre Geschäftstätigkeit aufgeben müssen (Urk. 31 S. 13).

4.2 Die Parteien sind sich einig, dass die Leistungen gemäss der Versicherungspolice vom 21. November 2002 (Urk. 10/3) in Verbindung mit Art. 3.4.1 AVB aufgrund des AHV-Lohnes berechnet werden. Gemäss Art. 3.4.2 Abs. 1 AVB gilt, abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen, der nach der Bundesgesetzgebung über die AHV massgebende Lohn bis zu Fr. 200'000.--. Als Grundlage für die Bemessung des Taggeldes gilt der tatsächliche Lohnausfall, den die versicherte Person während einer ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit im versicherten Betrieb erleidet. Dieser Betrag wird auf ein volles Jahr umgerechnet und anschliessend durch 365 geteilt (Art. 3.4.2 Abs. 5 AVB; Urk. 12/1 S. 4).

Gemäss Art. 6.3.1 sind die Prämien für jede Versicherungsperiode zum Voraus an der im Versicherungsvertrag festgesetzten Fälligkeit zahlbar. Beruht die Berechnung der Prämie auf veränderlichen Elementen (AHV-Löhne, Anzahl

Personen usw.), hat der Versicherungsnehmer zu Beginn jedes Versicherungsjahres die in Rechnung gestellte provisorische Vorausprämie zu entrichten (Art. 6.3.2 Abs. 4). Die definitive Prämie wird am Ende jedes Versicherungsjahres aufgrund des versicherten Jahreslohnes im Sinne von Art. 3.4 ermittelt. Für deren Berechnung stellt die Gesellschaft dem Versicherungsnehmer das erforderliche Formular zu, welches mit den verlangten Angaben versehen innert 30 Tagen nach Erhalt zurückzusenden ist (Abs. 5). Reicht der Versicherungsnehmer dieses Formular nicht ein, so setzt ihm die Gesellschaft eine Nachfrist von 30 Tagen. Trifft es nicht innert der gesetzten Nachfrist ein, ruht die Leistungspflicht der Gesellschaft bis zum Eintreffen der verlangten Angaben (Abs. 6). Die Gesellschaft behält sich das Recht vor, die Prämienabrechnung aufgrund einer Einschätzung vorzunehmen. Die Leistungspflicht lebt wieder auf, wenn die eingeschätzte Prämie bezahlt wird (Abs. 8; Urk. 12/1 S. 5 f.).

4.3

4.3.1 Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. Kann der wirkliche übereinstimmende Parteiwille (Art. 18 Abs. 1 OR) nicht ergründet werden, ist auf den mutmasslichen Willen abzustellen. Letzterer ist nach dem Vertrauensgrundsatz aufgrund aller Umstände des Vertragsschlusses zu ermitteln. Dabei hat der Richter vom Wortlaut auszugehen und die Klauseln im Zusammenhang so auszulegen wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten; er hat auch zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint (Urteil des Bundesgerichts 4A_39/2009 vom 7. April 2009, E. 3.4 mit Hinweisen). Auch wirtschaftliche Überlegungen können bei der Auslegung von Versicherungsverträgen mitzuberücksichtigen sein, so bei Abgrenzung des Deckungsumfangs. Daneben sind auch technische Eigenheiten des Versicherungswesens zu beachten (Stoessel, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, VVG, Basel 2001, Vorbemerkungen zu Art. 1-3 Rz 27). Bei vorformulierten Vertragsbestimmungen gelangt zudem die Unklarheitenregel zur Anwendung, sofern die übrigen Auslegungsmittel versagen. Danach sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (BGE 122 III 118 E. 2a; 124 III 155 E. 1b; Urteil des Bundesgerichts 4A_84/2012 vom 29. Juni 2012 E. 4.1).

4.3.2 Der Versicherungsvertrag ist ein synallagmatischer Vertrag: Die Pflicht zur Prämienzahlung als Hauptpflicht des Versicherungsnehmers steht in einem Austauschverhältnis zur Hauptpflicht des Versicherers, die versicherte Gefahr zu tragen, das heisst, bei Eintritt des versicherten Ereignisses die vereinbarten Leistungen zu erbringen. Nach dem Äquivalenzprinzip, das im Privatversicherungsrecht stärker ausgeprägt ist als im Sozialversicherungsrecht, sollte zwischen den Hauptleistungen der Parteien ein angemessenes versicherungstechnisches Gleichgewicht bestehen (Gerhard Stoessel, a.a.O., Allgemeine Einleitung Rz 19; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_631/2016 vom 21. April 2017, E. 2.2).

Der gemäss Art. 3.4.2 Abs. 1 AVB als Grundlage für die Taggeldberechnung heranzuziehende AHV-Lohn lässt sich unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und technischen Besonderheiten des Versicherungsvertrags und anhand einer Auslegung der AVB in ihrer Gesamtheit weiter eingrenzen. Mit der in Art. 6.3 AVB statuierten Berechnung der definitiven Prämie am Ende jedes Versicherungsjahres wird sichergestellt, dass der – oft jährlichen Schwankungen unterliegende - versicherte AHV-Jahreslohn auch tatsächlich Grundlage für die Prämienberechnung bildete. In Art. 6.3 Abs. 5 AVB wird denn auch ausdrücklich auf den versicherten Jahreslohn im Sinne von Art. 3.4 AVB als Bemessungsgrundlage für die Prämie verwiesen. In Art. 6.3 Abs. 6 und Abs. 8 AVB werden zudem Sanktionsmöglichkeiten vorgesehen, falls der Versicherungsnehmer den AHV-Lohn Ende Jahr trotz wiederholter Aufforderung nicht meldet, nämlich das Ruhen der Leistungspflicht des Versicherers bis zum Eintreffen der Meldung oder alternativ die ersatzweise Einschätzung des versicherten Jahreslohns durch den Versicherer. Wohlgermerkt gilt dies auch für Fälle, in welchen die provisorische Vorausprämie bereits beglichen wurde. Bezweckt wird mit diesen Bestimmungen die Herstellung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen der vom Versicherungsnehmer bezahlten Prämie und den vom Versicherer bei Eintritt eines versicherten Ereignisses zu erbringenden Leistungen. Die Auslegung von Art. 3.4.2 Abs. 1 AVB nach dem Vertrauensprinzip führt zum Ergebnis, dass im Sinne einer Obergrenze nur derjenige AHV-Lohn zur Bemessung der Tagelder heranzuziehen ist, der bei der Prämienberechnung auch tatsächlich berücksichtigt wurde. Die gegenteilige Auffassung des Klägers (Urk. 26 S. 13) würde zu einer Verletzung des Äquivalenzprinzips führen: Tagelder müssten gegebenenfalls aufgrund eines höheren AHV-Lohnes berechnet werden als desjenigen, welcher Grundlage zur Prämienbemessung war, etwa weil der Versicherungsnehmer das Jahreseinkommen zunächst nicht deklariert und der Versicherer dieses ersatzweise einschätzt.

4.3.3 Mit auf den 1. März 2004 datiertem Schreiben deklarierte die Y.____ für das Jahr 2004 eine Lohnsumme des Personals von voraussichtlich Fr. 360'335.--. Dieses Schreiben ging gemäss Eingangsstempel als Teil einer Eingabe der im Auftrag des Klägers handelnden A.____ (Urk. 11/23 S. 1) erst am 6. Dezember 2005 bei der Beklagten ein (Urk. 11/23 S. 5 f.). Eine frühere Zustellung wird von der Beklagten bestritten (Urk. 9 S. 5) und ist nicht belegt. Mit «Mahnung» vom 9. April 2005 forderte die Beklagte die Y.____ auf, die Löhne für das Jahr 2004 zu deklarieren, unter Hinweis darauf, dass die Prämienabrechnung bei Ausbleiben einer Antwort auf Grund einer Lohnschätzung vorgenommen werde (Urk. 11/23 S. 3). Mit Rechnung vom 30. Mai 2005 stellte die Beklagte der Y.____ die definitive Prämienabrechnung für das Jahr 2004 zu, wobei sie der Prämienberechnung eine eingeschätzte Lohnsumme für das (männliche) Personal von Fr. 89'760.-- zugrunde legte (Urk. 10/5). Laut der Beklagten wurde diese Rechnung von der Y.____ beglichen (Urk. 9 S. 6), was vom Kläger nicht bestritten wird (Urk. 26 S. 15). Damit hat die Beklagte das in Art. 6.3.2 Abs. 4-8 AVB vorgesehene Verfahren, welches der Einschätzung der Prämie voranzugehen hat, korrekt eingehalten. Es kann mit ihr davon ausgegangen werden, dass die Bezahlung der Prämienrechnung durch die Y.____ ihre Leistungspflicht im Umfang der versicherten Lohnsumme wieder aufleben liess (Art. 6.3.2 Abs. 8 AVB). Zwar hat die Y.____ am 20. November 2005 nachträglich doch noch die definitive AHV-Lohnsumme (in Höhe von Fr. 742'003.--) für das Jahr 2004 deklariert (Urk. 11/23 S. 3). Aufgrund der AVB war die Beklagte aber nicht verpflichtet, gestützt darauf ihre Prämienrechnung nochmals anzupassen.

Die Beklagte nimmt an, dass der Kläger im Jahr 2004 aufgrund der bezahlten Prämienabrechnung vom 30. Mai 2005 (Urk. 10/5) höchstens für einen Lohn in Höhe von Fr. 89'760.-- versichert war (Urk. 9 S. 6). Nach ihrem Willen entspricht die eingeschätzte Lohnsumme, auf welcher die Prämien für das Jahr 2004 berechnet wurden, dem versicherten Lohn des Klägers für das gesamte Jahr 2004 und nicht bloss bis zum Eintritt der vollständigen Arbeitsunfähigkeit am 7. Juni 2004. Dies folgt aus ihren Ausführungen in der Klageantwort: Dort teilt sie die Lohnsumme von Fr. 89'760.-- zur Berechnung der einzelnen Tagelder durch die Anzahl Tage eines ganzen Jahres (Urk. 9 S. 6 f.). Zwar wird in der

Prämienabrechnung vom 30. Mai 2005 als massgebliche Periode der Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2004 genannt. Angaben zur Anzahl versicherter Personen oder zur speziell für den Kläger versicherten Lohnsumme fehlen aber; als versicherter Personenkreis wird lediglich das männliche Personal bezeichnet (Urk. 10/5). Damit ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht belegt, dass für den Kläger für das gesamte Jahr 2004 eine Lohnsumme von (höchstens) Fr. 89'760.-- versichert war. Zudem wäre eine Prämienrechnung, welche auf der nachträglichen Einschätzung des AHV-Lohns für zwölf Monate beruht, obwohl die versicherte Person tatsächlich nur rund fünf Monate arbeitete und dies dem Versicherer im Zeitpunkt der Einschätzung bekannt sein musste, unter Berücksichtigung des Vertrauensprinzips wohl kaum mit den AVB vereinbar. Die Einschätzung wird vom Kläger denn auch zu Recht kritisiert (Urk. 26 S. 6, 15, 21, 23 und 25). Im Übrigen legte die Beklagte nicht näher dar, von welchen Annahmen sie bei der Schätzung der Lohnsumme für das Jahr 2004 ausgegangen war. Subeventualiter bringt die Beklagte vor, es sei von der letzten deklarierten Lohnsumme, derjenigen von Fr. 120'000.-- für das Jahr 2003, auszugehen (Urk. 9 S. 6). Eine solche Lösung erscheint sachgerecht: Das Heranziehen des Vorjahreslohnes zur einschätzungsweisen Festsetzung der Prämie 2004 ist – versetzt man sich in die Lage der Beklagten im Zeitpunkt der Einschätzung – die naheliegendste Herangehensweise. Zudem ist auf diese Weise für das Jahr 2004 bis zur vollständigen Arbeitsunfähigkeit ab 7. Juni 2004 von einer aufgelaufenen Lohnsumme von rund Fr. 50'000.-- auszugehen, welche den Betrag von Fr. 89'760.--, wofür Prämien entrichtet wurden, nicht überschreitet. Es kann folglich davon ausgegangen werden, dass die für den Kläger im Jahr 2004 versicherte Lohnsumme, welche für die Taggeldbemessung als Obergrenze benötigt wird (vorstehende E. 4.3.2), pro Jahr Fr. 120'000.-- respektive pro Monat Fr. 10'000.-- beträgt.

4.4

4.4.1 Art. 3.4.2 Abs. 5 AVB bestimmt entsprechend der Konzeption der Erwerbsausfall-Versicherung als Schadensversicherung, dass die Taggelder aufgrund des tatsächlichen Lohnausfalls, den die versicherte Person während einer ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit im versicherten Betrieb erleidet, bemessen werden. Damit ist aber noch nicht gesagt, wie dieser Lohnausfall zu ermitteln ist. Eine entsprechende Regelung fehlt in den AVB; diese enthalten insofern entgegen der Ansicht der Beklagten keine Regelung (Urk. 31 S. 18), und die Parteien haben keine individuelle Regelung getroffen. Es erscheint nageliegend und sachgerecht, auf den vor dem Eintritt des versicherten Ereignisses bezogenen Lohn abzustellen. Bei erheblichen Schwankungen ist gegebenenfalls ein Durchschnittslohn zu ermitteln. Ein entsprechendes Vorgehen ist namentlich in Art. 22 Abs. 3 respektive Art. 23 Abs. 3 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) vorgesehen. Die Beklagte bringt keine stichhaltigen Argumente gegen eine solche Regelung vor und zeigt auch kein alternatives Vorgehen zur Ermittlung des tatsächlichen Lohnausfalls auf (Urk. 31 S. 18).

4.4.2 Laut Versicherungspolice (Urk. 10/3) in Verbindung mit Art. 3.4.1 und 3.4.2 Abs. 1 AVB werden die Taggelder auf Grund des AHV-Lohnes berechnet. Darunter ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der tatsächlich bezogene Lohn zu verstehen.

Gemäss Auszug aus dem individuellen Konto vom 17. Juli 2006 wurden für den Kläger im Jahr 2004 AHV-Beiträge auf einem Einkommen von Fr. 614'000.-- abgerechnet (Urk. 11/23). Laut dem Kläger wurde diese Lohnforderung im Jahr 2004 durch Verrechnung mit einem Kredit, den er von der Y. ___ im Jahr 2002 für den Erwerb einer Immobilie erhalten habe, getilgt (Urk. 26 S. 7 f.). Entsprechende Buchungen sind in den eingereichten Auszügen aus der Buchhaltung der Y. ___ für die Jahre 2002 und 2004 dokumentiert (Urk. 27/1a-c, Urk. 27/11). Am 24. Oktober 2008 unterzog ein Revisor der Ausgleichskasse die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Y. ___ für die Jahre 2003 bis 2005 einer AHV-Arbeitgeberkontrolle und gelangte zur Beurteilung, dass die Löhne richtig deklariert und abgerechnet wurden (Urk. 27/10). Auch die kantonalen Steuerbehörden akzeptierten nach Prüfung der Buchhaltung den vom Kläger für das Jahr 2004 deklarierten Lohn (Urk. 2/32 S. 2 f., Urk. 2/33). Dies folgt aus der definitiven Rechnung für die Staats- und Gemeindesteuern vom 23. Mai 2008, in welcher das Einkommen gemäss Steuererklärung praktisch unverändert übernommen wurde (Urk. 2/34; vgl. auch Urk. 2/32 S. 2 f., Urk. 2/33). Deshalb steht entgegen der Ansicht der Beklagten zwar fest, dass der Kläger den AHV-Lohn in Höhe von Fr. 614'000.-- im Jahr 2004 erhalten hat. Da er im Jahr 2004 nach dem in Erwägung 4.3.3 Gesagten Prämien auf einer Lohnsumme von Fr. 120'000.-- für das ganze Jahr respektive Fr. 10'000.-- pro Monat bezahlt hat, sind diese Summen für die Taggeldberechnung heranzuziehen.

4.4.3 Im vorangegangenen Jahr 2003 hat der Kläger einen Jahreslohn von Fr. 120'000.-- bezogen. Darauf wurden sowohl AHV-Prämien als auch Prämien für die Erwerbsausfall-Versicherung bezahlt (Urk. 9 S. 5 f., Urk. 10/4 S. 6 ff., Urk. 12/16-18). Der Revisor der Ausgleichskasse gelangte aufgrund einer Prüfung der Buchhaltungsunterlagen der Y. ___ für jenes Jahr zur Schlussfolgerung, dass der AHV-Lohn ordnungsgemäss abgerechnet wurde (Urk. 27/10).

Seit 1. Januar 2003 ist also von einem massgeblichen AHV-Verdienst von Fr. 120'000.-- pro Jahr beziehungsweise Fr. 10'000.-- pro Monat auszugehen. Damit liegen genügend stabile Lohnverhältnisse vor, um zur Taggeldbemessung entsprechend dem Subeventualantrag der Beklagten den letzten vor der Arbeitsunfähigkeit bezogenen Monatslohn von Fr. 10'000.-- heranzuziehen.

4.4.4 Aufgrund der Regelung in Art. 3.4.2 Abs. 5 AVB bleibt zu prüfen, ob dieser Lohn während der Taggeldbezugsdauer ohne die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit mindestens unverändert ausgerichtet worden wäre (vgl. auch das Urteil des Sozialversicherungsgerichts KK.2010.00011 vom 21. Dezember 2012, E. 4.2). Die Beklagte argumentiert sinngemäss, die Y. ___ habe finanzielle Probleme gehabt und deshalb ihre Geschäftstätigkeit aufgeben müssen (Urk. 31 S. 13). Aus den eingereichten, wie bereits dargelegt mehrfach geprüften Buchhaltungsunterlagen ergibt sich, dass die Firma noch Ende 2004 finanziell solide war und nach Auszahlung sämtlicher Löhne über Fr. 1'031'482.-- Eigenkapital und Fr. 2'586'215.-- flüssige Mittel verfügte (Urk. 27/14, Urk. 26 S. 19, Urk. 35 S. 2). Zwar stellte sie per Ende 2007 ihren Betrieb ein (Urk. 12/24 S. 3). Da es sich um eine kleine Firma in der Software- und Beratungsbranche handelt, welche vom Kläger als Direktor mit Einzelunterschrift faktisch und rechtlich massgeblich geprägt wurde (Urk. 11/29, Urk. 11/34), leuchtet dies angesichts seiner anhaltenden Arbeitsunfähigkeit ab 7. Juni 2004 ohne Weiteres ein. Gemäss Handelsregisterauszug vom 17. Juli 2017 bestand die Gesellschaft damals immer noch, wobei die Frau des Klägers als einzige Verwaltungsrätin fungierte (Urk. 32/1). Insgesamt fehlen Anhaltspunkte, dass die Y. ___ auch ohne die Arbeitsunfähigkeit des Klägers ihren Betrieb hätte einstellen müssen und dessen Lohnfortzahlung während der Taggeldbezugsdauer auch solchenfalls gefährdet gewesen wäre.

Als Zwischenfazit steht fest, dass die Taggelder auf Basis eines Monatslohns von Fr. 10'000.-- zu berechnen sind.

5.

5.1 Gestützt auf die Versicherungspolice (Urk. 10/3) und Art. 3.1 AVB, Art. 3.1.1 Abs. 1 AVB, Art. 3.4.1 sowie Art. 3.4.2 Abs. 1 und 5 AVB (Urk. 10/1) sind die Taggelder für die vom 21. Juni 2004 – dem Tag nach Ablauf der 14tägigen Wartefrist ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit am 7. Juni 2004 (vorstehend E. 2.1-2) - bis zum 6. Juni 2006 dauernde 716-tägige Bezugsdauer (Urk. 1 S. 3 und 7, Urk. 9 S. 3 und 7) folgendermassen zu bemessen: Der während der Bezugsdauer wegen der vollständigen Arbeitsunfähigkeit (vgl. vorstehend E. 2.1) entgangene Monatslohn von Fr. 10'000.- ist auf ein volles Jahr beziehungsweise zwölf Monate hochzurechnen und anschliessend durch 365 zu teilen, was einen Betrag von Fr. 328.76 ergibt. Das Taggeld beträgt 80 % des versicherten Lohnes, also Fr. 263.--.

5.2 Im Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis zum Ende der Taggeldbezugsdauer nach dem 6. Juni 2006 bezog der Kläger eine Invalidenrente von monatlich Fr. 1'026.-- (Urk. 14/34-36). Zwischen den Parteien besteht Uneinigkeit darüber, ob die Taggelder deswegen zu kürzen sind. Der Kläger macht geltend, die Addition des ungekürzten Taggeldes und der Invalidenrente führe, gemessen am versicherten Verdienst, nicht zu einer Überentschädigung (Urk. 26 S. 6 f.). Die Beklagte ist der Ansicht, gestützt auf Art. 3.5 AVB seien die Taggelder soweit zu kürzen, als sie zusammen mit den Leistungen der Invalidenversicherung die entgangene versicherte Leistung, also den effektiv versicherten Lohn, übersteigen. Der Kläger habe sich IV-Leistungen im Umfang von Fr. 11'286.-- (11 x Fr. 1'026.--) anrechnen zu lassen (Urk. 9 S. 7, Urk. 31 S. 9 und 11).

Laut Art. 3.5 Abs. 1 AVB werden die Taggelder soweit gekürzt, als sie zusammen mit den Leistungen der Invalidenversicherung die entgangene versicherte Leistung übersteigen (Urk. 12/1 S. 4). Die Summe aus 31 ungekürzten Taggeldern in Höhe von Fr. 8'153.-- (31 x Fr. 263.--) und der monatlichen Invalidenrente von Fr. 1'026.-- beträgt Fr. 9'179.--; sie übersteigt den versicherten Monatslohn von Fr. 10'000.--somit nicht. Die Taggelder sind folglich nicht zu kürzen. Insgesamt hat der Kläger nach dem Gesagten Anspruch auf Taggelder in Höhe von Fr. 188'308.-- (716 x Fr. 263.--).

6.

6.1 Der Kläger beantragt die Zusprechung eines Verzugszinses von 5 % ab dem 24. Januar 2007, da die Beklagte ihre Leistungspflicht mit Schreiben vom 24. Januar 2007 zu Unrecht definitiv abgelehnt habe (Urk. 1 S. 2 und 7 f.). Die Beklagte macht sinngemäss geltend, der Umstand, dass der Taggeldanspruch nicht verjährt sei, sei ausschliesslich auf die Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Verjährung von Taggeldansprüchen zurückzuführen. Während einem Zeitraum von fast 10 Jahren sei der Anspruch nach der damals geltenden Praxis verjährt und daher nicht geschuldet gewesen. Ein Verzugszins sei deshalb erst ab Klageeinleitung geschuldet (Urk. 9 S. 7 f.).

6.2 Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, Verzugszinsen zu fünf von Hundert für das Jahr zu bezahlen, selbst wenn die vertragsmässigen Zinsen weniger betragen (Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 OR). Der Eintritt des Verzugs setzt die Fälligkeit der Forderung sowie grundsätzlich die Mahnung durch den Gläubiger voraus (vgl. Nef, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, VVG, Basel 2001, Art. 41 Rz 20).

In den AVB haben die Parteien die Fälligkeit der Taggeldleistungen nicht geregelt. Gemäss Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablauf von vier Wochen (sogenannte Deliberationsfrist) von dem Zeitpunkt an gerechnet fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Lehnt der Versicherer jedoch zu Unrecht seine Leistungspflicht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung. Fälligkeit und Verzug treten dann sofort ein, und die Deliberationsfrist wird überflüssig, wenn sie nicht schon abgelaufen ist (Nef, a.a.O., Art.41 Rz 20). Dies gilt auch dann, wenn die eindeutige und definitive Verweigerungserklärung schon vor Fälligkeit der Forderung abgegeben wurde (antizipierter Vertragsbruch; Urteil des Sozialversicherungsgerichts KK.2005.00009 vom 27. März 2006, E. 8.3 f. mit Hinweis).

6.3 Nach dem in Erwägung 3.3.1 Gesagten bleibt die mit BGE 139 III 418 geänderte Rechtsprechung zur Verjährung von Krankentaggeldern hier ohne Auswirkung, weil die Verjährung auf jeden Fall nach der Zeitspanne, für welche Taggelder gefordert werden, begonnen hat. Die neue Rechtsprechung hat folglich keinen Einfluss auf den Beginn des Zinsenlaufs.

Der Kläger reichte der Beklagten die verlangten Unterlagen jeweils zeitnah ein (vgl. Urk. 11/12-23). Am 17. Februar 2006 erklärte er der Beklagten, weshalb sich die Erstellung der definitiven Buchhaltung der Y.____ verzögerte (Urk. 11/14). Den Bericht vom 24. Oktober 2008 über die Revision der Buchhaltungen 2003-2005 im Rahmen einer AHV-Arbeitgeberkontrolle (Urk. 27/10) und die definitive Steuerrechnung für das Jahr 2004 vom 23. Mai 2008 (Urk. 2/34) konnte er selbstredend erst nach deren Erstellung einreichen. Damit ist er seinen Obliegenheiten bei der Sachverhaltsabklärung nachgekommen (Urk. 26 S. 4 ff. und 17). Mit Schreiben vom 24. Januar 2007 wiederholte die Beklagte ihre bereits zuvor geäusserte Meinung, die Verjährung der Taggeldforderung sei am 1. Januar 2007 eingetreten (Urk. 11/27). Hiermit lehnte sie die Zahlung von Taggeldern zu Unrecht definitiv ab. Fälligkeit und Verzug traten somit ab dem 24. Januar 2007 ein. Ab diesem Datum ist der Verzugszins von 5 % auf dem gesamten Taggeldbetrag von Fr. 188'308.-- geschuldet.

7. Es ergibt sich, dass die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten ist, dem Kläger den Betrag von Fr. 188'308.-- zuzüglich Zins von 5 % ab dem 24. Januar 2007 zu bezahlen. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

8.

8.1 Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei. Auch der obsiegende Versicherungsträger hat Anspruch auf eine Parteientschädigung, falls er durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47; Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001, E. 5 mit Hinweisen).

8.2 Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest (Art. 96 ZPO). Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich im Klageverfahren vor dem Sozialversicherungsgericht nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 5 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer).

Gemäss § 34 Abs. 1 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.

8.3 Der Kläger macht in seiner Eingabe vom 8. September 2017 vorprozessuale Anwaltskosten und Kosten für verjährungsunterbrechende Massnahmen geltend (Urk. 35 S. 3 ff.). Diese sind nicht zu entschädigen (vgl. Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Hrsg: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, 3. Auflage, Basel 2017, Art 95 Rz 20).

Den eingereichten Honorarnoten von Rechtsanwalt Joseph Koch vom 22. Februar sowie vom 6. Juni 2017 ist ein Zeitaufwand für das Verfassen der Klageschrift und einen Teil der Replik von rund 59 Stunden zu entnehmen (Urk. 35 S. 3, Urk. 36/1-2). Seit der Mandatsniederlegung durch Rechtsanwalt Koch im Mai 2017 (Urk. 25) wird der Kläger durch Rechtsanwalt Alex Prechtl vertreten. Dessen Honorarnoten vom 5. Juli und 8. September 2017 ist ein zeitlicher Aufwand für die weitere Vertretung von rund 41 Stunden zu entnehmen (Urk. 36/3-4). Der Honorarnote vom 14. August 2017 des firmenexternen Rechtsvertreters der Beklagten, Rechtsanwalt Peter Krebs, ist ein Aufwand von rund 52 Stunden zu entnehmen (Urk. 33). Der von den Anwälten geltend gemachte zeitliche Aufwand ist unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses sowie des bei vergleichbaren Verfahren anerkannten Aufwands als deutlich überhöht zu qualifizieren. Deshalb sind die Entschädigungen ermessensweise festzusetzen.

Im Prozess KK.2013.00046, welcher diesem Verfahren voranging, unterbreiteten die Parteien dem Sozialversicherungsgericht im Wesentlichen die gleichen Rechts- und sachverhaltlichen Fragen. Zudem äusserten sie sich bis zur Spruchreife ebenfalls mehr als zwei Mal zur Sache und reichten gleichermassen umfangreiche Rechtsschriften ein. Die vom Kläger damals ins Recht gefasste Beklagte, die Generali Personenversicherungen AG, obsiegte mangels Passivlegitimation vollständig. Das Sozialversicherungsgericht setzte die Prozessentschädigung der damaligen Beklagten ermessensweise fest und anerkannte unter Berücksichtigung der in Erwägung 8.2 genannten Kriterien einen Zeitaufwand von 28 Stunden. Das Bundesgericht bestätigte die auf dieser Grundlage festgesetzte Parteientschädigung der damaligen Beklagten mit Urteil 4A_220/2016 vom 27. Juli 2016. Angesichts des vergleichbaren Aufwands im vorliegenden Prozess rechtfertigt es sich, hier ebenfalls einen zeitlichen Aufwand von 28 Stunden anzuerkennen, und zwar gleichermassen für beide Parteien, da mit Blick auf die Parteieingaben von einem weitgehend deckungsgleichen Vertretungsaufwand auszugehen ist. Der vom Kläger geltend gemachte vergleichsweise höhere Vertretungsaufwand dürfte grösstenteils darauf zurückzuführen sein, dass er seine Rechtsvertreter seit dem Prozess KK.2013.00046 zwei Mal gewechselt hat. Da die Beklagte den mit der wiederholten Einarbeitung der neuen Rechtsvertreter zusammenhängenden Mehraufwand nicht verursacht hat, ist dieser von ihr nicht zu entschädigen (vgl. Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 95 Rz 18). Bei einem Stundenansatz von Fr. 220.-- resultiert, inklusive Mehrwertsteuer von 8 %, eine Entschädigung für den zeitlichen Aufwand von Fr. 6'652.80. Unter Berücksichtigung einer Spesenpauschale von 3 % beziehungsweise rund Fr. 215.55 (mit Mehrwertsteuer) resultieren jeweils ungekürzte Parteikosten von gerundet Fr. 6'900.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer).

8.4 Der Kläger obsiegt zu 60 %, die Beklagte entsprechend zu 40 %. Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 6'900.--, multipliziert mit der Differenz zwischen den jeweiligen Anteilen des Obsiegens, also 20 %, zu bezahlen (vgl. Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 106 Rz 8). Die dem Kläger zuzusprechende Parteientschädigung beläuft sich somit auf Fr. 1'380.--.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 188'308.-- zuzüglich Verzugszins von 5 % ab dem 24. Januar 2007 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'380.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Rechtsanwalt Alex Prechtl
 - Fürsprecher Peter Krebs
 - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
5. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

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

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Die VorsitzendeDer Gerichtsschreiber

GrünigKlemmt