



**4A\_232/2019**

**Urteil vom 18. November 2019**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung

Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Klett, May Canellas,  
Gerichtsschreiber Hug.

Verfahrensbeteiligte

A.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Manuela Häfliger,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

B.\_\_\_\_\_, AG,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Forderung aus Kollektivkrankentaggeld-Versicherung;

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich,

*II. Kammer, vom 18. April 2019*

(KK.2018.00004, 756.0040.2937.16, 2017 7401443).

**Sachverhalt:**

**A.**

A.\_\_\_\_\_ (Versicherter, Kläger, Beschwerdeführer) war seit dem 1. September 2013 bei der C.\_\_\_\_\_ AG (Arbeitgeberin) als Kranführer beschäftigt und über diese bei der B.\_\_\_\_\_ AG (Versicherung, Beklagte, Beschwerdegegnerin) mit Sitz in U.\_\_\_\_\_ kollektiv krankentaggeldversichert. Aufgrund einer akuten psychischen Dekompensation wurde der Versicherte am 13. April 2017 in eine psychiatrische Klinik eingeliefert, wo er noch in der gleichen Nacht in schuldunfähigem Zustand einem Mitbewohner Verletzungen insbesondere am Kopf zufügte, an welchen dieser verstarb. Der Versicherte wurde vorerst in Obhut der Psychiatrischen Dienste in Bern (UPD) genommen. Nachdem der zuständige Staatsanwalt den vorzeitigen Antritteiner stationären Massnahme nach Art. 59 StGB bewilligt hatte, wurde der Versicherte am 30. Oktober 2017 provisorisch in eine Justizvollzugsanstalt und ab dem 16. Januar 2018 in die Psychiatrische Klinik D.\_\_\_\_\_ (Psychiatrische Dienste Aargau) verlegt. Obwohl beim Versicherten seit dem 14. April 2017 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert war, teilte die Versicherung ihm am 13. September 2017 mit, es bestehe ihres Erachtens kein Leistungsanspruch, solange er sich in Untersuchungshaft befinde. Sie berief sich auf Art. 4 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), wonach unter dem Titel "Was ist nicht versichert?" in Ziff. 2 lit. c

Folgendes festgehalten wird:

"Eine Arbeitsunfähigkeit, die während der Dauer der Untersuchungshaft, des Vollzuges einer strafrechtlichen Sanktion, die mit einem Freiheitsentzug verbunden ist, sowie des fürsorglichen Freiheitsentzugs eintritt, bleibt auch nach der Entlassung bis zur Erlangung der vollen Arbeitsfähigkeit von der Versicherung ausgeschlossen.

Ist die Arbeitsunfähigkeit vorher eingetreten, besteht während der Dauer der Untersuchungshaft und des Freiheitsentzuges kein Anspruch auf Taggeld. Die nicht entschädigten Tage werden trotzdem an die jeweils massgebende maximale Leistungsdauer angerechnet."

## **B.**

Mit Eingabe vom 24. Januar 2018 begehrte der Versicherte beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, die Versicherung sei zu verpflichten, ihm unter Vorbehalt des Nachklagerechts Fr. 11'536.30 zuzüglich Zins zu 5 % seit 27. Oktober 2017 zu bezahlen.

Die Beklagte widersetzte sich und beantragte die Abweisung der Klage.

Mit Urteil vom 18. April 2019 wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich die Klage ab. Es schloss, die Beklagte schulde die eingeklagten Krankentaggelder für die Monate Juni und Juli 2017 nicht, da sie sich auf den in Art. 4 Abs. 2 lit. c AVB formulierten Ausschlussgrund der Leistungspflicht berufen könne.

## **C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen begehrt der Kläger, das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. April 2019 sei aufzuheben und die Beklagte sei zu verpflichten, ihm unter Vorbehalt des Nachklagerechts Fr. 11'536.30 zuzüglich Zins zu 5 % seit 27. Oktober 2017 zu bezahlen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne und verzichtete im Übrigen auf eine Stellungnahme.

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich sandte die Akten unter Verzicht auf Vernehmlassung ein.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; **BGE 141 III 395** E. 2.1 mit Hinweisen).

**1.1.** Zu beurteilen ist die Leistungspflicht aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (**BGE 142 V 448** E. 4.1). Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 26. September 2014 (KVAG; SR 832.12) dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur, weshalb als Rechtsmittel an das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG das zulässige Rechtsmittel ist (**BGE 138 III 2** E. 1.1; **133 III 439** E. 2.1 mit Hinweisen).

**1.2.** Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich entscheidet gemäss Art. 76 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV/ZH; SR 131.211) sowie § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich vom 7. März 1993 (GSVGer; LS 212.81) als einzige kantonale Instanz Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung im Sinne von Art. 7 ZPO (Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG), womit das Streitwerterfordernis (Art. 74 Abs. 1 BGG) nicht gilt (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG; **BGE 138 III 2** E. 1.2.2, 799 E. 1.1). Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG). Der Beschwerdeführer ist mit seinen Anträgen unterlegen (Art. 76 BGG) und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 BGG). Die Beschwerde ist - unter Vorbehalt hinreichender Begründung (Art. 42 Abs. 2 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG) - zulässig.

### **2.**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen

Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (**BGE 140 III 115** E. 2 S. 116; **137 III 580** E. 1.3; **135 III 397** E. 1.4 S. 400).

**2.1.** Die allgemeinen Bedingungen eines Versicherungsvertrags werden nach den gleichen Grundsätzen ausgelegt wie andere Vertragsbestimmungen (**BGE 142 III 671** E. 3.3; **135 III 1** E. 2 S. 6; je mit Hinweisen). Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip (**BGE 142 III 671** E. 3.3; **140 III 391** E. 2.3 S. 398; je mit Hinweisen). Mehrdeutige Klauseln in allgemeinen Versicherungsbedingungen sind nach der Unklarheitenregel gegen den Versicherer als deren Verfasser auszulegen (**BGE 133 III 61** E. 2.2.2.3 S. 69, 607 E. 2.2; **124 III 155** E. 1b S. 158). Sie gelangt jedoch nur zur Anwendung, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel versagen (**BGE 133 III 61** E. 2.2.2.3 S. 69; **122 III 118** E. 2a S. 121 und 2d S. 124; Urteile 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 1; 4A\_650/2017 vom 30. Juli 2018 E. 3.3.1).

**2.2.** Die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen wird gemäss der Rechtsprechung durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Für einen Branchenfremden können deshalb auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein. Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung die betreffende Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Dies ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren. Bei Versicherungsverträgen sind die berechtigten Deckungserwartungen zu berücksichtigen (**BGE 138 III 411** E. 3.1; vgl. auch **BGE 135 III 1** E. 2.1 S. 7; Urteil 4A\_196/2019 vom 10. Juli 2019 E. 2.1).

Das Bundesgericht prüft die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel als Rechtsfrage frei (Art. 106 Abs. 1 BGG; **BGE 138 III 411** E. 3.4; **133 III 607** E. 2.2 mit Hinweisen).

### 3.

Der Beschwerdeführer macht geltend, Art. 4 Abs. 2 lit. c AVB umfasse die krankheitsbedingte unverschuldete Untersuchungshaft nicht; wenn doch, sei sie ungewöhnlich und in Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel nichtig. Er rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, er habe die Anordnung der Untersuchungshaft verschuldet. Indem die Vorinstanz eine weitere Prüfung der Gültigkeit und Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 2 lit. c AVB unterliess, habe sie den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt und zahlreiche prozessuale sowie materielle Normen des Bundesrechts verletzt (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1, Art. 55, Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO, Art. 8 ZGB, Art. 16 und 19 ZGB sowie Art. 324a OR).

**3.1.** Zur behaupteten Ungewöhnlichkeit der fraglichen Klausel erwog die Vorinstanz, die Bestimmung führe nicht zu einer erheblich reduzierten Versicherungsdeckung, da einzig eine ganz bestimmte und nach allgemeiner Erfahrung selten auftretende Lebenslage ausgeschlossen worden sei. Sie verwies sodann auf drei ihrer Ansicht nach vergleichbare Bestimmungen anderer Versicherer, um zu untermauern, dass die Klausel durchaus auch branchenüblich sei ("[n]icht versichert sind [...] Krankheiten während der Verbüssung einer Freiheitsstrafe, im Strafvollzug oder während einer gerichtlich angeordneten Massnahme nach StGB"; "[k]ein Anspruch auf Leistung besteht [...] bei Arbeitsunterbruch infolge Gefängnisaufenthalt oder Untersuchungshaft"; [k]ommt es während einer Arbeitsunfähigkeit zu Untersuchungshaft, Straf- oder Massnahmevollzug, so sind für die Periode keine Taggelder geschuldet."). Hiernach schloss die Vorinstanz ohne Weiteres auf die Gewöhnlichkeit der Ausschlussklausel.

Im Übrigen liess die Vorinstanz die Frage offen, ob Art. 4 Abs. 2 lit. c AVB auch den Fall eines unverschuldeten, krankheitsbedingten Freiheitsentzugs umfasse. Sie erwog unter Hinweis auf **BGE 133 V 1** E. 4.2.4.1, dass in Bezug auf Art. 324a Abs. 1 OR, wonach die Arbeitgeberin bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers grundsätzlich zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, nicht die strafrechtliche Kategorie des Urteils- und Schuldfähigkeit massgebend sei, sondern vielmehr, ob die Inhaftierung auf das Verhalten des Betroffenen (Deliktsbegehung oder jedenfalls vorwerfbares Verhalten im Verfahren) zurückgeht oder nicht. Demnach erweise sich die Untersuchungshaft durchaus als selbstverschuldet, sei sie doch wegen des vom Beschwerdeführer begangenen Tötungsdelikts angeordnet worden.

**3.2.** Der strittige Umfang der fraglichen Ausschlussklausel kann offen gelassen werden, falls die Vorinstanz zu Recht davon ausging, dass dem Beschwerdeführer nach Art. 324a OR bzw. dem Landesmantelvertrag

für das Schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV, Stand 1. Juli 2016) von vornherein kein Anspruch auf Lohnfortzahlung für die Dauer seiner Untersuchungshaft zukommen kann.

**3.2.1.** Die Annahme im angefochtenen Urteil, es sei im Rahmen von Art. 324a Abs. 1 OR nicht relevant, ob der Arbeitnehmer seinen Verhinderungsgrund (subjektiv) verschuldete, sondern nur, ob die Untersuchungshaft auf das (objektiv) zurechenbare Verhalten des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, wird nicht nachvollziehbar begründet. So ist der von der Vorinstanz zitierten Rechtsprechung, wonach eine Untersuchungshaft auch bei einem nachträglichen Freispruch oder einer Verfahrenseinstellung als verschuldet gelten kann, wenn sie aufgrund provozierender oder widersprüchlicher Aussagen angeordnet worden ist (vgl. **BGE 133 V 1** E. 4.2.4.1; Urteil 4C.74/2000 vom 16. August 2001 E. 4b), nichts zu entnehmen zur angeblich fehlenden Relevanz der subjektiven Zurechenbarkeit in Bezug auf Art. 324a Abs. 1 OR. Die restliche Begründung der Vorinstanz zur Fragestellung der Notwendigkeit des Wissenselements erschöpft sich im Hinweis, dass die strafrechtliche Kategorie der Schuld (un) fähigkeit (Art. 19 StPO) von der zivilrechtlichen Urteils- und Handlungs (un) fähigkeit (Art. 16-18 ZGB) zu unterscheiden ist. Sie äussert sich damit zwar zutreffend zur vom Beschwerdeführer aufgeworfenen Thematik, jedoch nur in allgemeiner Weise.

Während das Zivilgericht bei der Beurteilung der Schuld nicht an die Bestimmungen über strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit gebunden ist (Art. 53 Abs. 1 OR), hat es als subjektive Seite des Verschuldens grundsätzlich Urteilsfähigkeit zu fordern. Namentlich wird im Zivilrecht die Fähigkeit, vernunftmässig zu handeln, zur Begründung von Rechtsfolgen vorausgesetzt (Art. 16 i.V.m. Art. 18 ZGB), unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen. Als eine derartige gesetzliche Ausnahme ermöglicht beispielsweise Art. 54 OR Abs. 1 dem Gericht, eine urteilsunfähige Person aus Billigkeitsgründen für den von ihr verursachten Schaden haftbar zu machen. Demgegenüber erhellt weder aus der Begründung im angefochtenen Urteil noch der darin zitierten nicht einschlägigen Rechtsprechung, warum Art. 324a Abs. 1 OR ebenfalls eine solche gesetzliche Ausnahmebestimmung darstellen sollte. Eine Auslegung der Norm und abschliessende Beurteilung der Rechtslage erübrigt sich, da mangels konkreter Feststellung im angefochtenen Urteil ohnehin nicht hinreichend klar ist, ob der Beschwerdeführer auch urteilsunfähig war, was immerhin angesichts der vollständigen Schuldunfähigkeit nahe liegt.

**3.2.2.** Im Übrigen ist bereits anhand der Feststellungen im angefochtenen Urteil ersichtlich, dass der Beschwerdeführer insofern ohne Verschulden an der Arbeit verhindert war, als die ursprüngliche und insoweit im Vordergrund stehende kausale Ursache der Arbeitsverhinderung vielmehr in der unverschuldeten psychischen Erkrankung als der Untersuchungshaft zu erblicken ist: Die Leistungspflicht nach Art. 324a OR setzt zunächst voraus, dass zwischen dem unverschuldeten Verhinderungsgrund und der fehlenden Erbringung der Leistung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht. Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass die Krankheit die alleinige oder unmittelbare Ursache der Arbeitsverhinderung ist; es genügt, dass die Krankheit zusammen mit anderen Bedingungen den Arbeitnehmer an der Leistungserbringung gehindert hat, mit andern Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene Arbeitsverhinderung entfiel (**BGE 142 V 435** E. 1 S. 438; **129 V 177** E. 3.1 S. 181 mit Hinweisen).

Indem die Vorinstanz die Untersuchungshaft als Ursache der Arbeitsverhinderung betrachtet, übergeht sie ihre eigene Feststellung, dass beim Versicherten seit 14. April 2017 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert wurde. Sie verkennt, dass der vorliegende Sachverhalt insoweit mit der Konstellation in **BGE 133 III 185** vergleichbar ist. Das Bundesgericht erachtete in diesem Entscheid eine psychisch kranke Arbeitnehmerin, die sich zufolge Brandstiftungen in einer Strafanstalt befand, als krankentaggeldberechtiggt. Nach Ansicht des Bundesgerichts war die Arbeitsunfähigkeit nicht auf den Anstaltsaufenthalt zurückzuführen, sondern auf die bereits vorher aufgetretene psychische Erkrankung, die kausal für die Brandstiftungen war. Demnach wurde die Arbeitsunfähigkeit als krankheitsbedingt und der Anstaltsaufenthalt seiner Funktion nach als Klinikaufenthalt betrachtet (**BGE 133 III 185** E. 2.2.2). Aus der festgestellten vollständigen Schuldunfähigkeit des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Tat kann abgeleitet werden, dass er das Tötungsdelikt im Zustand seiner Psychose ausführte. In diesem Sinne stellen das begangene Tötungsdelikt sowie die daraufhin angeordnete Untersuchungshaft respektive der vorzeitige Vollzug der therapeutischen Massnahme lediglich weitere Glieder in der Kausalkette dar. Denn wie aus den Feststellungen im angefochtenen Urteil hervorgeht, war der Beschwerdeführer bereits wegen der Krankheit an der Arbeit verhindert und nicht erst zufolge des Freiheitsentzugs. Mit anderen Worten ist der psychische Krankheitszustand die ursprüngliche und primäre *conditio sine qua non* der Arbeitsverhinderung und nicht die Untersuchungshaft.

Die Vorinstanz verwarf das vom Beschwerdeführer vorgebrachte Präjudiz aus **BGE 133 III 185** zu Unrecht als unbehelflich und verkannte den vorliegendem Sachverhalt unterliegenden Kausalverlauf. Entgegen dem Schluss der Vorinstanz war der Beschwerdeführer (bereits) aufgrund seiner psychischen Erkrankung, an welcher ihn kein Verschulden im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR traf, an seiner Arbeitsleistung verhindert.

**3.3.** Da ein Versicherungsanspruch nach dem vorstehend Gesagten nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, ist die von der Vorinstanz offen gelassene Frage des Umfangs der Ausschlussklausel zu beantworten. Nachdem der Beschwerdeführer selbst keine tatsächliche Einigung behauptet, ist die strittige Klausel in Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG) objektiv auszulegen (vgl. vorstehend E. 2.1).

Die fragliche Ausschluss-Klausel umfasst ausdrücklich sowohl diejenige Arbeitsunfähigkeit, die vor als auch diejenige, die während der Untersuchungshaft oder eines strafrechtlichen/fürsorgerischen Freiheitsentzugseintritt. Der Beschwerdeführer macht weder geltend, sein vorzeitiger Vollzug einer Massnahme im Sinne von Art. 59 StGB falle nicht unter den Begriff der Untersuchungshaft noch dass "strafrechtliche Sanktionen" nur Strafen im engeren Sinne, nicht aber Massnahmen umfasse. Er bestreitet einzig, dass sich die Klausel auch auf einen unverschuldeten, krankheitsbedingten Freiheitsentzug bezieht. Nach dem Wortlaut wirkt die Klausel sehr umfassend. Sie spricht in allgemeiner Weise vom Freiheitsentzug, ohne eine Unterscheidung in Bezug auf das Verschuldenselement zu treffen. Hinzu kommt, dass die Klausel auch den "fürsorgerischen Freiheitsentzug" - mittlerweile gesetzlich als fürsorgerische Unterbringung bezeichnet (vgl. Art. 426 ff. ZGB) - ausdrücklich nennt, der als Massnahme des Erwachsenenschutzes namentlich bei einer psychischen Störung einen Entzug der Freiheit auch gegen den Willen der betroffenen Person erlaubt, sofern die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann. Vor diesem Hintergrund ist die Klausel nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass sie auch einen unverschuldeten, krankheitsbedingten Freiheitsentzug (in Form einer Untersuchungshaft oder fürsorgerischen Unterbringung) erfassen will. Da die Klausel insoweit eindeutig ist, kommt die Unklarheitenregel nicht zur Anwendung (vgl. vorstehend E. 2.1).

**3.4.** Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die Klausel auch insoweit vor der Ungewöhnlichkeitsregel stand hält, als sie die vorliegende Fallkonstellation erfasst, in welcher der zufolge einer psychischen Krankheit an der Arbeit verhinderte Krankentaggeldversicherte eine Straftat in schuldunfähigem Zustand beging, was zum Freiheitsentzug im Rahmen der Untersuchungshaft respektive dem vorzeitigen Vollzug einer stationären therapeutischen Massnahme führte.

**3.4.1.** In Bezug auf die angerufene Ungewöhnlichkeit unterstellt der Beschwerdeführer der Vorinstanz vorerst, sie habe zu Unrecht angenommen, dass eine Bestimmung nur dann ungewöhnlich sein könne, wenn gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind. Diese Kritik greift zu kurz. Die Vorinstanz nahm nicht an, dass die Ungewöhnlichkeitsregel nur in einem solchen Fall greifen könne, sondern hat lediglich in ihren allgemeinen Erwägungen auf Urteil 5C.134/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.2 Bezug genommen, worin der Massstab für die Bejahung der Ungewöhnlichkeit konkretisiert wird. Es trifft sodann zu, dass die Ungewöhnlichkeitsregel grundsätzlich auch Anwendung finden kann, wenn analoge Bestimmungen in den AVB anderer Versicherer vorhanden sind. Doch stösst die Kritik des Beschwerdeführers insoweit ins Leere, als die Vorinstanz mittels Klauseln dreier anderer Versicherungen lediglich belegte, dass vergleichbare Formulierungen in Verträgen betreffend Krankentaggeldversicherung durchaus branchenüblich sind. Wenn der Beschwerdeführer hiergegen vorbringt, auch branchenübliche Klauseln könnten für Branchenfremde ungewöhnlich sein, ist ihm ebenfalls im Grundsatz zu folgen. Doch ist weder ersichtlich noch dargetan, inwiefern die betreffende Klausel nicht nur für eine branchenunerfahrene Person ungewöhnlich sei, sondern auch objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt im Sinne der Rechtsprechung aufweisen würde (vgl. dazu vorstehend E. 2.2). Dass dem Versicherten eine Leistung für die Dauer von Strafuntersuchungs- und Strafvollzugs-Massnahmen vorenthalten wird, erscheint jedenfalls nicht abwegig und zumindest insoweit berechtigt, als nicht ein häufiges Risiko keine Deckung mehr erfährt, sondern nur ein besonderes, namentlich die spezielle Konstellation, dass sich Arbeitsverhinderung und Untersuchungshaft zeitlich überschneiden. Es mag sodann zutreffen, dass in Fällen länger andauernder Untersuchungshaft - wie vorliegend - die Versicherungsdeckung vollständig entfallen kann. Doch ändert dies nichts daran, dass keine berechnete Deckungserwartung in Bezug darauf bestehen kann, dass die Taggeld-Versicherungsleistung auch den Zeitraum der Untersuchungshaft deckt, während welcher der Versicherte ohnehin an der Arbeit verhindert wäre, unabhängig davon, ob der Versicherte die Strafuntersuchungsmassnahme nicht verschuldete und diese nicht die im Vordergrund stehende Ursache der Arbeitsverhinderung ist. Mithin ist insoweit nicht massgebend, dass der Freiheitsentzug auf eine krankheitsbedingte Anlasstat zurückzuführen ist. Jedenfalls fällt die zu beurteilende Ausschluss-Klausel, die auch die vorliegende Ausnahmekonstellation erfasst, weder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus noch führt sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters, womit die Vorinstanz die Ungewöhnlichkeit ohne Verletzung von Bundesrecht verneinte.

**3.4.2.** An diesem Ergebnis ändert auch nichts, sollte die Arbeitgeberin gemäss Art. 324a Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 OR verpflichtet gewesen sein, den Beschwerdeführer auch für die Arbeitsverhinderung während der Untersuchungshaft versichern zu lassen. Überdies verfällt der Beschwerdeführer einem Zirkelschluss, wenn er aus dieser behaupteten Verpflichtung auch deren Erfüllung mit der Begründung ableitet, die Arbeitgeberin habe auf einen pflichtgemässen Vertragsschluss vertrauen können. Denn der Beschwerdeführer legt weder

dar, worin er die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Arbeitgeberin erblickt noch inwiefern erwiesen sein soll, dass diese einen Vertrag einging, mit dem sie all ihren Verpflichtungen aus dem in Anwendung von Art. 324a Abs. 4 OR geschlossenen LMV nachkam.

Verfahrensgegenstand ist nur eine allfällig bestehende Schuld der Versicherung gegenüber dem Versicherten. Deshalb sei dahingestellt, ob die Arbeitgeberin im Sinne von Art. 11 lit. d LMV in Bezug auf Ansprüche, die durch den Versicherungsvertrag nicht erfüllt sind, für allfällige Differenzen haftet respektive nach Art. 97 OR schadenersatzpflichtig wird, sollte sie einen Versicherungsvertrag betreffend Kollektivtaggelder mit ungenügender Deckung abgeschlossen haben (**BGE 127 III 318 E. 5; 124 III 126 E. 4**; Urteil 4A\_446/2008 vom 3. Dezember 2008 E. 4; so auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 14 zu Art. 324a OR; vgl. hingegen PORTMANN/ RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 58 zu Art. 324a OR mit Hinweisen, die davon ausgehen, die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a OR lebe wieder auf, wenn die Versicherung zwar abgeschlossen wurde, diese aber wegen einem Vorbehalt nicht zahlt; so wohl auch WYLER/ HEINZER, Droit du travail, 3. Aufl. 2014, S. 249).

Insofern der Beschwerdeführer eine Pflichtverletzung seitens der Versicherung aufgrund Missachtung der Vorschriften des LMV behaupten sollte, handelt es sich um ein neues und damit unzulässiges Begehren (Art. 99 Abs. 2 BGG), wobei der Vorwurf überdies zu wenig substantiiert wäre. Im Übrigen erhellt auch nicht, weshalb der Gesamtarbeitsvertrag auch für die dem VVG unterstehende Versicherung verbindliche Verpflichtungen aufstellen sollte, deren Vertragsbedingungen grundsätzlich in den Schranken des Gesetzes vom freien Willen der Vertragsparteien bestimmt werden (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 OR).

**3.5.** Nachdem sich die Versicherungsklausel als nicht ungewöhnlich im Sinne der Rechtsprechung erwies und der Beschwerdeführer auch aus Art. 324a OR gegenüber der Versicherung nichts zu seinen Gunsten ableiten kann, fällt sein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen dahin. Da sich die Versicherung auf die Ausschlussklausel berufen kann, schuldet sie keine Taggelderleistungen.

#### **4.**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Da die Beschwerdegegnerin nur die Abweisung der Beschwerde beantragte, soweit darauf eingetreten werden könne, ohne eine eigentliche Beschwerdeantwort einzureichen und sie sich ausserdem auch nicht durch ein externes Mandat rechtlich vertreten liess, steht ihr keine Parteientschädigung für das Verfahren vor Bundesgericht zu (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG; **BGE 133 III 439 E. 4**).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

#### **3.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, II. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. November 2019

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Hug