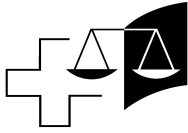


Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



{T 0/2}

**4A\_112/2013**

## Urteil vom 20. August 2013

### I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Klett, Präsidentin,  
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Niquille,  
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte  
X. \_\_\_\_\_ AG,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

Y. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Frey  
und Rechtsanwältin Marlen Eisenring,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Verletzung der Anzeigepflicht; Kündigung; Anfechtung wegen Täuschung,

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich, II. Kammer, vom  
15. Januar 2013.

### Sachverhalt:

#### A.

Y. \_\_\_\_\_ (Kläger; Beschwerdegegner) schloss als Firmeninhaber der Einzelunternehmung  
Z. \_\_\_\_\_ mit der X. \_\_\_\_\_ AG (Beklagte und Beschwerdeführerin) eine kollektive  
Krankentaggeldversicherung per 1. Juli 2010 ab. Am 1. September 2010 meldete er der Versicherung  
eine seit diesem Datum bestehende volle Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit. Die Versicherung richtete  
zunächst Krankentaggelder aus und tätigte Abklärungen. Mit Schreiben vom 24. März 2011 erklärte sie  
aufgrund einer Meldepflichtverletzung die sofortige Kündigung der Krankentaggeldversicherung und die  
Einstellung ihrer Leistungen.

#### B.

Am 14. September 2011 beantragte der Kläger dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, es  
sei festzustellen, dass zwischen den Parteien ein in allen Teilen rechtsgültiger Versicherungsvertrag  
bestehe, und es seien ihm von der Beklagten seit 1. Februar 2011 für maximal 591 verbleibende Tage  
Krankentaggelder auszurichten, vorerst Fr. 42'967.10 nebst Zins. Diesen Betrag erhöhte er im

Verfahren für den Zeitraum bis 31. März 2012 auf Fr. 75'458.75. Zudem sei ihm die Auflösungsgebühr von Fr. 30.-- zurückzuerstatten. Die Beklagte verlangte die Abweisung der Klage und die Rückerstattung der bereits geleisteten Taggelder. Mit Urteil vom 15. Januar 2013 trat das Sozialversicherungsgericht auf das Feststellungsbegehren nicht ein und sprach dem Kläger Fr. 75'458.75 nebst Zins und Fr. 30.-- Auflösungsgebühren zu.

### C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen verlangt die Beklagte vor Bundesgericht, das Urteil des Sozialversicherungsgerichts aufzuheben und festzustellen, dass zwischen den Parteien kein Versicherungsvertrag bestehe, eventuell eine Forderung gegenüber der Beklagten zu verneinen. Der Beschwerdegegner beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, und eventuell, diese abzuweisen. Das Sozialversicherungsgericht hat auf Vernehmlassung verzichtet.

### Erwägungen:

#### 1.

Zu beurteilen ist eine Streitigkeit aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, die von der Vorinstanz gestützt auf Art. 7 ZPO und § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht vom 7. März 1993 (GSVGer; LS 212.81) als einzige kantonale Instanz entschieden worden ist. Gegen ihren Entscheid steht die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig vom Streitwert offen (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG; **BGE 138 III 2** E. 1.2.2 S. 4 f.).

**1.1.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhaltes kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (**BGE 135 III 127** E. 1.5 S. 130, 397 E. 1.5 S. 401; **133 II 249** E. 1.2.2 S. 252).

**1.2.** Der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, kann sich nicht damit begnügen, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise seiner Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Vielmehr hat er klar und substantiiert aufzuzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen. Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (**BGE 133 II 249** E. 1.4.3 S. 254 f.; **133 III 462** E. 2.4 S. 466 f.).

**1.3.** Wer sich auf eine Ausnahme von der Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz beruft und den Sachverhalt gestützt darauf berichtigt oder ergänzt wissen will, hat mit Aktenhinweisen darzulegen, dass er entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (Urteile des Bundesgerichts 4A\_275/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 2, nicht publ. in: **BGE 137 III 539**; 4A\_214/2008 vom 9. Juli 2008 E. 1.2, nicht publ. in: **BGE 134 III 570**). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG; **BGE 136 III 123** E. 4.4.3 S. 129 mit Hinweisen), was in der Beschwerde ebenfalls näher darzulegen ist (**BGE 133 III 393** E. 3 S. 395). Neue Begehren sind unzulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG).

**1.4.** Dass die Beschwerdeführerin das dem Bundesgericht unterbreitete Feststellungsbegehren bereits im kantonalen Verfahren prozesskonform erhoben hätte, zeigt sie nicht auf und ist nicht festgestellt. Soweit sie damit nicht bloss den Grund umschreibt, aus dem das Bundesgericht ihrem Antrag, eine Forderung gegenüber der Beklagten zu verneinen, entsprechen soll, sondern ein selbständiges Feststellungsbegehren stellt, ist ihr Antrag neu und damit unzulässig (Art. 99 Abs. 2 BGG). Mit dem Eventualbegehren beantragt die Beschwerdeführerin sinngemäss wie vor der Vorinstanz die Klageabweisung. Der Antrag auf Rückerstattung der bereits geleisteten Taggelder ist darin nicht enthalten und damit vor Bundesgericht nicht mehr Prozessgegenstand.

#### 2.

Die Vorinstanz erkannte, der beratende Arzt der Beschwerdeführerin habe am 23. Februar 2011 anlässlich eines Telefonats mit dem Hausarzt des Beschwerdegegners erfahren, dass dieser sich am 16. Juni 2010 aufgrund von Arm- und Handbeschwerden in ärztliche Behandlung begeben hatte und vom behandelnden Arzt in neurologische und orthopädische Betreuung überwiesen worden war. Damit

habe die Beschwerdeführerin den sicheren Schluss auf eine Anzeigepflichtverletzung ziehen können, da der Beschwerdegegner beim Fragebogen zur Gesundheit am 21. Juni 2010 bei den Krankheiten und Operationen lediglich einen Leistenbruch aus dem Jahre 2002 aufgeführt und die Frage nach einem vorgesehenen Arztbesuch verneint hatte. Die Frist von vier Wochen, um vom Recht zur Kündigung infolge Anzeigepflichtverletzung Gebrauch zu machen, habe am 23. Februar 2011 zu laufen begonnen und am 23. März 2011 geendet. Spätestens in diesem Zeitpunkt hätte die Kündigung dem Beschwerdegegner zugehen müssen. Da die Kündigung nach Ablauf der Verwirkungsfrist erfolgt sei, liess die Vorinstanz offen, ob der Beschwerdegegner seine Anzeigepflicht verletzt hatte.

**2.1.** Hat der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er schriftlich befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam. Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat (Art. 6 Abs. 1 und 2 VVG). Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, die zu laufen beginnt, sobald der Versicherer zuverlässige Kunde von Tatsachen erhält, aus denen sich der sichere Schluss auf Verletzung der Anzeigepflicht ziehen lässt; blosse Vermutungen, die zu grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit drängen, dass die Anzeigepflicht verletzt ist, genügen nicht (**BGE 119 V 283** E. 5a S. 287 f.; Urteil des Bundesgerichts 5C.50/2007 vom 2. Oktober 2007 E. 2; je mit Hinweisen). Die Kündigung des Vertrages ist rechtsgültig, wenn der Versicherer dem Versicherten schriftlich binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, mitteilt, welche Tatsache verschwiegen worden ist, und seinen Willen zur Kündigung des Vertrages bekundet (vgl. **BGE 129 III 713** E. 2.1 S. 714; **110 II 499** E. 4c S. 502; Urteil des Bundesgerichts 4A\_19/2013 vom 30. April 2013 E. 3.2).

**2.2.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, der beratende Arzt sei nicht als Arzt bei ihr angestellt gewesen. Er sei nur neben seiner Haupttätigkeit als Arzt in einer Gemeinschaftspraxis auch als beratender Arzt der Beschwerdeführerin tätig gewesen. Sein Wissen könne ihr nicht direkt angerechnet werden. Sofern eine Telefonnotiz eines Dritten überhaupt als sichere und zweifelsfreie Kenntnis betrachtet werden könne, beginne der Fristenlauf frühestens am 24. Februar 2011, womit die Kündigung am 24. März 2011 fristgerecht erfolgt sei. Selbst wenn ihr das Wissen des beratenden Arztes anzurechnen sei, genüge eine Telefonnotiz nicht als sichere zweifelsfreie Kenntnis über eine Anzeigepflichtverletzung. Aktennotizen könnten auf Missverständnissen beruhen, da sie einseitig vom empfangenden Teil aufgezeichnet würden. Die Beschwerdeführerin habe zu Recht erst eine schriftliche Stellungnahme beim Hausarzt eingeholt und erst danach die Anzeigepflichtverletzung als ausgewiesen betrachtet. Erst aus dessen Antwort vom 2. März 2011 sei ihr bekannt gewesen, dass nicht nur ein kurzer nichtssagender Arztbesuch stattgefunden habe, sondern dass wegen dieser Beschwerden einerseits weitere Abklärungen in die Wege geleitet worden seien und andererseits dieselben Beschwerden zur Arbeitsunfähigkeit geführt hätten. Die Frist habe damit am 2. März 2011 zu laufen begonnen.

**2.3.** Dass die Beschwerdeführerin erst aus der Antwort vom 2. März 2011 erkennen konnte, dass nicht nur ein kurzer nichtssagender Arztbesuch stattgefunden habe, sondern dass wegen dieser Beschwerden weitere Abklärungen in die Wege geleitet worden seien, hat die Vorinstanz nicht festgestellt. Vor Bundesgericht wird diesbezüglich keine hinreichend begründete Sachverhaltsrüge (Art. 97 BGG) erhoben. Daher kann diese Sachdarstellung nicht berücksichtigt werden. Die Beschwerdeführerin argumentiert sodann, der Fristenlauf habe frühestens am 24. Februar 2011 begonnen, womit die Kündigung am 24. März 2011 fristgerecht erfolgt sei. Hätte die Frist am Donnerstag den 24. Februar 2011 zu laufen begonnen, wäre sie am Donnerstag der vierten Woche abgelaufen (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 OR; ROELLI/KELLER, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, 2. Aufl. 1968, S. 140), dem 24. März 2011. Die Vorinstanz hält aber lediglich fest, die Kündigung sei mit Schreiben vom Donnerstag 24. März 2011 mitgeteilt worden, und nicht, dass das Schreiben dem Beschwerdegegner an diesem Tag zugegangen wäre. Auch insoweit stützt sich die Beschwerde auf Sachverhaltselemente, die nicht festgestellt sind.

**2.4.** Eine juristische Person verfügt über rechtlich relevante Kenntnis eines Sachverhalts, wenn das betreffende Wissen innerhalb ihrer Organisation abrufbar ist (Urteile des Bundesgerichts B 50/02 vom 1. Dezember 2003 E. 3, publ. in: SVR 2004 BVG Nr. 15 S. 49; 5C.104/2001 vom 21. August 2001 E. 4c/bb). Überträgt die Versicherung die Abklärung ihrer Leistungspflicht einem Dritten, so ist ihr dessen Wissen anzurechnen (vgl. Urteil des Bundesgerichts B 51/99 vom 20. September 2000 E. 3b). Dies gilt auch für das Verhältnis zwischen der Versicherung und dem Vertrauensarzt (zit. Urteil B 50/02 E. 3.2). Entscheidend ist nicht, ob der beratende Arzt hauptsächlich bei der Beschwerdeführerin angestellt war

oder ob er einer Haupttätigkeit als Arzt in einer Gemeinschaftspraxis nachging, sondern dass er von den Umständen, die den Schluss auf eine Verletzung der Anzeigepflicht zuliesse, bei der ihm aufgetragenen Abklärung des konkreten Versicherungsfalles im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin Kenntnis erhielt. Dieses Wissen muss sich die Beschwerdeführerin anrechnen lassen, unabhängig davon, welche Tätigkeiten der beratende Arzt daneben ausübt und wie dessen Verhältnis zur Beschwerdeführerin rechtlich zu qualifizieren ist. Diese, die interne Organisation der Versicherung betreffenden Fragen, sind für den Fristenlauf gegenüber dem Versicherten nicht massgebend. Dass ein von einem Vertrauensarzt in einer Aktennotiz verurkundetes Telefongespräch mit dem behandelnden Arzt Grundlage einer hinreichend gesicherten Beurteilung bilden und die Frist nach Art. 6 Abs. 2 VVG auslösen kann, hat das Bundesgericht in **BGE 119 V 283** E. 5b S. 288 erkannt. Insofern ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden.

### 3.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr sei seit der Situationsabklärung durch ihren Kundenbesucher am 2. Dezember 2010 bekannt gewesen, dass der Beschwerdegegner ab Juli 2010 das Geschäftslokal untervermietet habe und sich beruflich zum Taxifahrer umorientiere. Am 9. November 2011 habe sie den Vorwurf der absichtlichen Täuschung erhoben und den Vertrag für unverbindlich erklärt. Damit habe sie die Frist gemäss Art. 28 OR i.V.m. Art. 31 OR gewahrt. Die Frist nach Art. 6 VVG sei nur für Fahrentatsachen relevant, die mit den Gesundheitsfragen eruiert werden sollten, nicht aber für die Tatsache, dass sich der Beschwerdegegner bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur beruflichen Umorientierung entschieden und den versicherten Betrieb untervermietet habe. In diesem Zusammenhang liege keine Anzeigepflichtverletzung, sondern eine Täuschung beziehungsweise ein Betrug vor. Somit sei die Unverbindlichkeitserklärung rechtzeitig innerhalb eines Jahres seit der Täuschung erfolgt. Selbst wenn der Vertrag aber gültig sein sollte, beeinflusse die Tatsache, dass der Versicherte seine (zu versichernde) Tätigkeit nie aufgenommen habe, den Ausgang des Verfahrens. Die Vorbereitung auf die Taxiprüfung sei nicht über die Beschwerdeführerin versichert gewesen und würde nicht zu einem Krankentaggeldanspruch führen.

**3.1.** Im Zusammenhang mit der Behauptung, ab Juli 2010 habe der Beschwerdegegner das Geschäftslokal untervermietet und sich beruflich zum Taxifahrer umorientiert, beruft sich die Beschwerdeführerin zwar auf eine Täuschung bei Vertragsschluss. Im Wesentlichen geht es aber darum, dass dem Beschwerdegegner, wenn er gar nie eine Tätigkeit als Bäcker aufgenommen hat, nach ihrer Auffassung kein Anspruch auf Krankentaggelder zusteht. Dies ist nicht eine Frage der Gültigkeit des Vertrages, sondern der Anspruchsvoraussetzungen.

**3.2.** Gemäss den allgemeinen Versicherungsbedingungen besteht Anspruch auf Taggeldleistungen bei einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % (Ziff. 12 und 13 AVB). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten (Ziff. 16). Die Beweislast für das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit liegt beim Versicherten.

**3.3.** Die Taggeldzahlungen sollen das laufende Einkommen des Versicherten ersetzen, das dieser zufolge seiner Arbeitsunfähigkeit nicht mehr erzielen kann (zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 4A\_20/2013 vom 15. Juli 2013 E. 3.2 mit Hinweis). Sofern der Versicherte auf die Ausübung der bisherigen Tätigkeit nicht wegen einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, sondern aus einem anderen Grund verzichtet, ist der sich daraus ergebende Lohnausfall nicht krankheitsbedingt und damit von der Krankentaggeldversicherung nicht gedeckt. Anspruch auf Versicherungsleistung besteht nur, wenn der Versicherte die bisherige Tätigkeit infolge der gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht ausübt.

**3.4.** Die Vorinstanz hat in Würdigung der Beweise festgestellt, dass der Beschwerdegegner ab dem 1. September 2010 für die Tätigkeit als Bäcker zu 100 % arbeitsunfähig ist. Zur Frage, ob der Beschwerdegegner die Tätigkeit als Bäcker wegen der gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht ausübt, hat sich die Vorinstanz nicht geäussert, sondern festgestellt, es bestünden Widersprüche, ab wann er die Tätigkeit als Bäcker aufgegeben habe. Hat der Beschwerdegegner seine Arbeit unabhängig von der gesundheitlichen Beeinträchtigung aufgegeben, um sich zum Taxifahrer umschulen zu lassen, besteht für die Zeit der Umschulung grundsätzlich (sofern diese nicht zur Schadensminderung geboten war) kein Anspruch auf Versicherungsleistungen. Soweit der Beschwerdegegner auch ohne gesundheitliche Beeinträchtigung seine bisherige Tätigkeit nicht ausüben würde, weil er sich beruflich umorientiert, liegt nicht eine krankheitsbedingte sondern eine ausbildungsbedingte Beeinträchtigung seiner Einkünfte vor. Diese wäre, wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet, nicht versichert. Daher kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht offen bleiben, in welchem Zeitpunkt beziehungsweise aus welchen

Gründen der Beschwerdegegner die Tätigkeit als Bäcker aufgegeben hat. Insoweit beanstandet die Beschwerdeführerin den angefochtenen Entscheid zu Recht.

**3.5.** Zweifelhaft ist dagegen, ob eine Täuschung im Sinne von Art. 28 OR gegeben ist.

**3.5.1.** Ein täuschendes Verhalten im Sinne von Art. 28 OR ist nur anzunehmen, wenn dem Betroffenen widerrechtlich Tatsachen vorgespiegelt oder verschwiegen wurden, ohne die er den Vertrag nicht oder nicht mit dem entsprechenden Vertragsinhalt abgeschlossen hätte (**BGE 132 II 161** E. 4.1 S. 165 mit Hinweisen). Wird der Tatbestand von Art. 6 VVG erfüllt, kann sich der Versicherer nicht auf die allgemeinen Regeln der Art. 23 ff. OR (Irrtum bzw. Täuschung) berufen (**BGE 118 II 333** E. 3d S. 341; 61 II 281 E. 1 S. 284; Urteil des Bundesgerichts 5C.238/1989 vom 20. Oktober 1992 E. 4 mit Hinweisen). Eine Täuschungsanfechtung nach Art. 28 OR scheidet daher aus, wenn der Versicherer ohne Täuschung lediglich die Versicherungsprämie anders festgesetzt hätte, denn diesfalls betrifft die Täuschung eine Gefahrstatsache (Art. 6 VVG).

**3.5.2.** Die Beschwerdeführerin legt nicht rechtsgenügend dar, weshalb sie den Vertrag ohne die behauptete Täuschung nicht, beziehungsweise nicht ohne Änderungen, die nicht die Prämienfestsetzung mit Blick auf die Gefahrstatsachen betreffen, geschlossen hätte. Sie wehrt sich dagegen, dass Krankentaggelder geschuldet sein sollen, wenn der Beschwerdegegner von Anfang an nicht als Bäcker tätig war, sondern sich beruflich umorientierte. Unter dieser Voraussetzung hat er aber trotz einer allfälligen Täuschung gar keinen Anspruch auf Taggelder (vgl. E. 3.4 hiervor). Die Leistungspflicht würde vielmehr nur aktuell, sollte die Umorientierung scheitern und der Beschwerdegegner den Beruf als Bäcker wieder aufnehmen wollen. Erst ab diesem Moment wäre die Beeinträchtigung seiner Einkünfte krankheitsbedingt. Eine Täuschung im Sinne von Art. 28 OR, die weder eine Gefahrstatsache (Art. 6 VVG) noch die Anspruchsvoraussetzungen (Art. 40 VVG) betrifft, ist nicht dargetan. Damit kann die in der Lehre umstrittene Frage, in welcher Frist eine Anfechtung wegen Täuschung zu erfolgen hätte (vgl. P. Christoph Gutzwiller, Willensmängel, culpa in contrahendo und Verschweigen von Gefahrstatsachen im Privatversicherungsrecht in der neueren Praxis des Bundesgerichts, in: HAVE 2003 S. 43 ff. S. 45; Hannes Baumann, Die Folgen von Willensmängeln in Versicherungsverträgen, in: HAVE 2002 S. 92 ff. S. 97) offen bleiben.

**4.**

Nach dem Gesagten ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese Feststellungen zum Zeitpunkt und zum Grund der Aufgabe der Tätigkeit als Bäcker treffen kann. Es ist Sache des Beschwerdegegners zu beweisen, dass er seine Tätigkeit als Bäcker infolge der gesundheitlichen Beeinträchtigung nicht ausübt. Damit ist auf die diesbezüglich erhobenen Rügen der Willkür in der Beweiswürdigung und der Verletzung der sozialen Untersuchungsmaxime nicht einzutreten. Die Beschwerde ist teilweise begründet. Das Feststellungsbegehren hat sich allerdings als unzulässig erwiesen. Auch dem sinngemässen Antrag auf Klageabweisung ist nur teilweise Erfolg beschieden. Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Parteientschädigung zuzusprechen.

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

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

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

Lausanne, 20. August 2013

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Klett

Der Gerichtsschreiber: Luczak