

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich



KK.2016.00023

I. Kammer

Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende
Sozialversicherungsrichter Spitz
Ersatzrichter Wilhelm
Gerichtsschreiberin Gasser Küffer

Urteil vom 29. Juni 2018

in Sachen

A.

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Urs Hafer

gegen

X. Versicherungen

Beklagte

Sachverhalt:

1. A. schloss als im Handelsregister des Kantons Basel-Stadt eingetragener Inhaber mit Einzelunterschrift der X. Versicherungen Generalagentur A. mit der X. Versicherungen (nachfolgend: X.) auf den 1. Januar 2012 eine kollektive Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) ab (vgl. Urk. 2/3). Als versicherte Personen werden in der Police Nr. _____ das gesamte Personal sowie namentlich der Betriebsinhaber A. aufgeführt, letzterer für eine Leistungsdauer von 730 Tagen bei einem versicherten Jahreslohn von Fr. 450'000.-- und einer Wartefrist von 30 Tagen (Beilage zu Urk. 2/3). Mit Krankheitsmeldung vom 7. November 2014 meldete A. eine seit 28. Oktober 2014 vorliegende Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Erschöpfung/Depression (Urk. 2/4). Nach Ablauf der 30-tägigen Wartefrist erbrachte die Versicherung Taggelder vom 27. November 2014 bis Januar 2015 (Urk. 2/5). Bereits mit Schreiben vom 17. November 2014 hatte die X. den Agenturvertrag mit A. unter Einhaltung der vereinbarten 6-monatigen Kündigungsfrist per 31. Mai 2015 gekündigt; am

14. Januar 2015 folgte sodann die schriftliche fristlose Kündigung desselben gestützt auf Art. 418r des Obligationenrechts (OR) (Urk. 6/2). Ab dem 15. Januar 2015 leistete die Versicherung keine Taggelder mehr. Mit Schreiben vom 10. März 2015 wurde der Versicherte unter anderem auf die Möglichkeit zum Übertritt in die Einzelversicherung hingewiesen (Urk. 10/51 S. 5). Letzterer beharrte auf einer Leistungserbringung gestützt auf die Kollektivkrankentaggeldversicherung (Urk. 10/65). Am 4. März 2015 untersuchte Dr. med. B., Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie sowie für Pharmazeutische Medizin den Versicherten im Auftrag der X. (Urk. 10/53) und im Zeitraum vom 7. Mai bis 27. Oktober 2015 liess die Versicherung A. observieren (vgl. Urk. 10/115 und USB-Stick als Urk. 10/116 akturiert).

Mit Schreiben vom 13. Oktober 2015 liess die X. den Versicherten zur Bezahlung diverser Ansprüche aus dem Agenturvertrag von insgesamt Fr. 2'145'486.30 auffordern (Urk. 10/146). Gegen einen Zahlungsbefehl des Versicherten vom 27. Oktober 2015 im Betrag von Fr. 356'921.95 für Taggelder und Verzugszins ab 16. Januar 2015 erhob sie Rechtsvorschlag (vgl. Beilage zu Urk. 10/125). Mit Schreiben vom 25. Januar 2016 teilte die Versicherung A. mit, dass sie den Kollektivkrankentaggeldvertrag Police Nr. _____ gestützt auf Art. 40 VVG als aufgehoben erachte (Urk. 10/134). Mit Urteil vom 8. März 2016 wies das Bezirksgericht Bülach

das Begehren von A.um Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für Fr. 356'921.95 ab (Urk. 10/138).

2. Am 31. Mai 2016 liess A. Klage gegen die X. einreichen mit dem Antrag auf Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von Fr. 541'234.30 zuzüglich 5 % Verzugszins seit wann rechtens. Zudem sei der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. _____ des Betreibungsamtes Wallisellen-Dietlikon über den Betrag von Fr. 356'921.95 zu beseitigen (Urk. 1 S. 2). Die Beklagte schloss in der Klageantwort vom 1. November 2016 auf Abweisung der Klage (Urk. 9 S. 2). Eine innert der mit Verfügung vom 3. November 2016 (Urk. 15) angesetzten Frist zur Replik eingereichte Eingabe der Beklagten vom 3. Februar 2017 (Urk. 19) wurde dem Kläger zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 20). Mit der Replik vom 23. Februar 2017 (Urk. 22) und deren Ergänzung vom 15. März 2017 (Urk. 25) sowie der Duplik vom 6. Juli 2017 (Urk. 30) wichen die Parteien nicht von ihren Begehren ab. Mit Verfügung vom 13. März 2018 wurde der Kläger aufgefordert, zur Frage, ob er eine Einzeltaggeldversicherung bei der Beklagten abgeschlossen habe, Stellung zu nehmen. Ausserdem wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Gericht weder die Durchführung eines weiteren Schriftenwechsels noch die Durchführung einer mündlicher Verhandlung für notwendig erachte (Urk. 38). Mit Eingabe vom 9. Mai 2018 verzichtete die Beklagte ausdrücklich auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (Urk. 45). Auch der Kläger liess in seiner Stellungnahme vom 11. Mai 2018 auf die Durchführung einer solchen verzichten und erklären, dass er keine Einzeltaggeldversicherung abgeschlossen habe (Urk. 44). Die beiden Eingaben wurden den Parteien je zur Kenntnis gebracht (Urk. 46).
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 VVG. Dazu gehören auch Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach dem VVG (BGE 138 III 2, 558 E. 2). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2

Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Sozialversicherungsgericht, mithin ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und E. 4.6).

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

- 1.2 (*E 1.2-1.5 aus KK.16.39 kopiert*) Das Gericht stellt den Sachverhalt unabhängig vom Streitwert von Amtes wegen fest (Untersuchungsmaxime; Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente zu berücksichtigen hat, die sich im Verlaufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien diese nicht angeführt haben, gilt nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Er entbindet die Parteien nicht davon, Beweise beizubringen und bei der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 III 231 E. 4a; Mazan in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, N 9 und N 13 zu Art. 247). Ebenso schliesst er die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1) und verleiht den Parteien keinen Anspruch, dass alle möglichen Beweise abgenommen werden, und auch keinen Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel (BGE 125 III 231; Urteil des Bundesgerichts 5C.34/2006 vom 27. Juni 2006 E. 2a). Ausserdem gilt die Dispositionsmaxime. Danach darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenseite anerkannt hat (Art. 58 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 6).
- 1.3 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalles und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 130 III 321 E. 3.1).

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindemden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991 Nr. 230, E. 3b). Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.5).

- 1.4 Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten und sich der Vertragsinhalt regelmässig nach den vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen richtet (Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg 1999, S. 23). Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt sodann die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) als anwendbar, soweit das VVG keine Vorschriften enthält.
- 1.5 Bei der Auslegung eines (Versicherungs-)Vertrages ist zu beachten, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen (BGE 93 II 326 E. 4b, 123 III 44 E. 2c/bb; Fuhrer, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N 77 ff. zu Art. 33). Im Übrigen sind vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (BGE 135 III 1 E. 2, 135 III 410 E. 3.2). Somit bestimmt sich der Inhalt in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 133 III 675 E. 3.3; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005 E. 2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_41/2012 vom 31. Mai 2012 E. 3.3 mit Hinweisen).

Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 140 III 391 E. 2.3; 138 III 659 E. 4.2.1; 123 III 165 E. 3a). Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck massgebend, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 140 III 391 E. 2.3; 138 III 659 E. 4.2.1; 132 III 24 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 4A_10/2016 vom 8. September 2016 E. 3.3).

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).

2

- 2.1 Gegenstand der Klage ist der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf 473 Krankentaggelder für die Zeit vom 15. Januar 2015 bis zum 1. Mai 2016 im Gesamtbetrag von Fr. 541'234.30. Der Kläger lässt zusammengefasst geltend machen, dass die Kündigung des Agenturvertrags keinen Leistungsstopp hinsichtlich des Kollektivtaggeldversicherungsvertrags habe bewirken können. Zudem sei die fristlose Kündigung des Agenturvertrags ohnehin rechtsmissbräuchlich erfolgt, weshalb vom Fortbestehen des Agenturvertrags bis zum ordentlichen Kündigungstermin auszugehen sei. Des Weiteren könne die Nachleistungspflicht bei Aufgabe der Tätigkeit eines Betriebsinhabers nur verweigert werden, wenn sich der Betriebsinhaber aus freien Stücken zur Aufgabe der Tätigkeit entschlossen habe. Letztlich sei das Verhalten der Beklagten mit der vorgenommenen Observation dahingehend zu deuten, dass sie von einem Fortbestehen der Leistungspflicht über den 14. Januar 2015 ausgegangen sei (Urk. 1 S. 5 ff., Urk. 22 S. 3 ff., Urk. 44).
- 2.2 Die Beklagte bestreitet ihre Leistungspflicht auf verschiedenen Begründungsebenen, wobei sie unter anderem geltend macht, dass der Kläger ab dem Zeitpunkt der fristlosen Kündigung nicht mehr Betriebsinhaber gewesen sei, weshalb er ab diesem Zeitpunkt keinen Anspruch auf Leistungen oder Nachleistungen aus der Kollektivkrankentaggeldversicherung mehr gehabt habe (Urk. 9 S. 9).

3

- 3.1 Gemäss der Vertragsübersicht zur Police _____ sind im Rahmen der zwischen der X. Versicherungen Generalagentur A., _____, _____ (vgl. BR-Eintrag des Kantons Basel-Stadt vom 8. August 2016, Urk. 10/150) und der Beklagten abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung das gesamte Personal der Unternehmensagentur und der Kläger versichert. Der als Betriebsinhaber namentlich versicherte Kläger wurde für ein Krankentaggeld von 100 % des versicherten Lohnes von Fr. 450'000.-- jährlich bei einer Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen versichert (Beilage zu Urk. 2/3).

- 3.2 Gemäss Art. 6 Ziff. 2 der hier anwendbaren Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektiv-Krankenversicherung, Ausgabe 2008 (Beilage zu Urk. 2/3 und zu Urk. 10/1), ist der Betriebsinhaber nur aufgrund einer besonderen Vereinbarung im schriftlichen Vertrag - wie von den Parteien geschlossen - versichert.

Gemäss Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB erlischt der Versicherungsschutz für sämtliche für einen Betriebsinhaber versicherten Leistungen unter anderem bei Aufgabe oder Unterbruch derjenigen Tätigkeit, die bei Abschluss der Versicherung für die Beurteilung des Risikos massgebend war. Ein Anspruch auf ausnahmsweise Nachleistung besteht in keinem Fall, wenn der Versicherungsschutz gemäss Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB endet (Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 lit. d AB).

- 3.3 Unbestritten und aufgrund der Akten erstellt ist, dass der Kläger mit der Beklagten und der X. Versicherungen einen Agenturvertrag für Generalagenten für die Generalagentur mit Sitz in _____ mit Vertragsbeginn 1. Januar 2012 abgeschlossen hat (vgl. Urk. 2/2). In der rechtlichen Stellung als Generalagent amtierte der Kläger gemäss Ziffer 4.1 des Vertrags als selbständiger Kaufmann auf eigene Rechnung (Urk. 2.2 S. 2). Zu Recht sind sich die Parteien darin einig, dass der Kläger entsprechend der Legaldefinition von Art. 418a Abs. 1 OR zur Beklagten nicht in einem Arbeitsverhältnis stand, sondern in seiner Funktion als Generalagent selbständig Gewerbe trieb.

Mit der fristlosen Kündigung des Agenturvertrags vom 14. Januar 2015 (Urk. 2/6) ist das Agenturverhältnis nach konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung per sofort als beendet zu betrachten, und zwar auch dann, wenn sich die fristlose Auflösung nachträglich als ungerechtfertigt erweisen sollte (nicht veröffentlichte E. 5 in BGE 136 III 518; 125 III 14 E. 2a; 120 II 243 E. 3b). Eine ungerechtfertigte Auflösung des Agenturvertrags durch die Beklagte hätte zur Folge, dass erstere dem Kläger Schadenersatz im Sinne von Art. 337c Abs. 1 und 2 OR zu leisten

hätte (Art. 418r Abs. 2 OR; BGE 125 III 14 E. 2a; 135 III 405 E. 3.1); für dessen Beurteilung wäre jedoch nicht das hiesige Gericht zuständig, sondern das zuständige Zivil- respektive Handelsgericht gemäss Art. 6 ZPO.

- 3.4 Entsprechend ist vorliegend von der Beendigung des Agenturvertrags per 14. Januar 2015 auszugehen. Mit der Beendigung desselben sind gemäss Art. 12.1 des Agenturvertrags ohne Weiteres alle Vollmachten, die zu Gunsten des Generalagenten bestanden, erloschen, und dieser war verpflichtet, die Löschung der Generalagentur im Handelsregister zu veranlassen (vgl. Urk. 2/2 S. 10). Dass der Kläger seiner nachvertraglichen Pflicht zur Löschung des Eintrags im Handelsregister des Kantons Basel-Stadt offensichtlich nicht nachkam und der Eintrag

erst am 16. November 2016 in Anwendung von Art. 153b der Handelsregisterverordnung von Amtes wegen gelöscht wurde (vgl. Tagesregistereintrag Nr. ____ vom 16. November 2016 im Schweizerischen Handelsamtsblatt), ändert nichts daran, dass dem Kläger die Ausübung seiner selbständigen Tätigkeit als Generalagent der X. ab 15. Januar 2015 verwehrt war.

Strittig und zu prüfen ist im Folgenden daher, ob er dadurch die mit der Police Nr. _____ versicherte Tätigkeit als Betriebsinhaber der Unternehmensagentur _____ der X. gemäss Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB aufgegeben oder unterbrochen hat und ab 15. Januar 2015 mangels Nachleistungsanspruch (Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 lit. d AB) in jedem Fall - mithin unabhängig von der Frage, ob überhaupt je ein Anspruch auf Taggelder bestanden hat (vgl. Ausführungen der Beklagten zur bestrittenen Arbeitsunfähigkeit in Urk. 9 S. 6; zum Rückwärtsversicherungsverbot in Urk. 19) - keinen Anspruch auf Taggelder mehr hatte.

4.

4.1 Im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht hängt bei einer Privatversicherung nach VVG der Leistungsanspruch nicht von der Mitgliedschaft im versicherten Betrieb ab. Insbesondere bedeutet das Erlöschen des Versicherungsverhältnisses gemäss VVG nicht ohne Weiteres das Dahinfallen einer bereits eingetretenen Leistungspflicht. Der Versicherer muss vielmehr grundsätzlich bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer bezahlen, wenn der Versicherungsfall während der Dauer des Versicherungsschutzes eintritt, ausser die Parteien hätten vertraglich anderes vereinbart. Das Bundesgericht erwog in einem Fall (BGE 127 III 106 E. 3b), in dem die Arbeitsunfähigkeit bereits während dem bisherigen Versicherungsverhältnis eingetreten war und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses fort dauerte (sogenannter gedehnter Versicherungsfall; vgl. Stephan Fuhrer, Kollektive Krankentaggeldversicherung - aktuelle Fragen, in: Jahrbuch SGHVR 2014, S. 87), dass der Versicherte mangels entgegenstehender vertraglicher Klauseln den Leistungsanspruch auch nach dem Erlöschen des Versicherungsverhältnisses bis zur Erschöpfung der Leistungsdauer behalte.

4.2

4.2.1 Zu prüfen ist im Folgenden, ob die AB der Beklagten mit Art. 8 Ziff. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 9 Ziff. 2 lit. d AB rechtsgültige Klauseln enthalten, welche einer Weiterdauer des Leistungsanspruchs nach Beendigung der versicherten Tätigkeit als Betriebsinhaber der Generalagentur der Beklagten in _____ entgegenstehen.

4.2.2 Was die Tragweite dieser Bestimmungen anbelangt, ist ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien nicht feststellbar. Entgegen den Vorbringen des Klägers (vgl. insbesondere: Urk. 44 S. 3 ff.) führt aber eine objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu keinem Anspruch auf Nachleistung.

Das Erlöschen des Versicherungsschutzes für den Betriebsinhaber bei Aufgabe oder Unterbruch derjenigen Tätigkeit, die bei Abschluss der Versicherung für die Beurteilung des Risikos massgebend war, bildet das Pendant zum Erlöschen des Versicherungsschutzes bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitnehmer/innen gemäss Art. 8 Ziff. 1 lit. c AB. Eine solche Regel ist weder ungewöhnlich noch unbillig.

Auch besteht insofern kein Auslegungsbedarf, als aus dem Wesen der Taggeldversicherung hervorgeht, dass mit der Aufgabe oder dem Unterbruch der Tätigkeit als Betriebsinhaber nicht das blosse Niederlegen der Arbeit zufolge Arbeitsunfähigkeit gemeint ist. Vielmehr ist diese Formulierung ohne Weiteres dahingehend zu verstehen, dass der Versicherungsschutz für den namentlich und lediglich aufgrund einer besonderen Vereinbarung versicherten Betriebsinhaber erlischt, wenn er seine Funktion als Inhaber des versicherten Betriebs ganz oder vorübergehend nicht mehr ausübt, weil der Betrieb als solcher nicht mehr existiert oder weil er seine Funktion in demselben nicht mehr innehat (vgl. Urteil des Sozialversicherungsgerichts KK.2016.00039 vom 30. Januar 2018 E. 4.2).

Ausgehend vom Wortlaut von Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB rechtfertigt sich der vom Kläger geltend gemachte Schluss, dass mit dieser Bestimmung lediglich die unfreiwillige Aufgabe der versicherten Tätigkeit erfasst sei (Urk. 44 S. 3), nicht. Zunächst trifft es nicht zu, dass der Terminus "Aufgabe" lediglich freiwillige Beendigungen im Sinne eines Verzichts erfasst. So bilden Synonyme zum Begriff "Aufgabe" gemäss dem Synonymwörterbuch des DUDEN im hier relevanten Kontext: Abbruch, Beendigung, Einstellung, Ende, Abtretung, Hergabe, Niederlegung, Preisgabe, Schliessung, Stilllegung, Überlassung und Verzicht, mithin grossmehrheitlich Synonyme, welche unbestimmt sind hinsichtlich der Motivation zur Aufgabe. Zudem ist der Terminus "Unterbruch" gänzlich neutral konnotiert. Dass der Unterbruch der versicherten Tätigkeit, ob freiwillig oder nicht, zu einem Ende des Versicherungsschutzes führen soll, eine Aufgabe der Tätigkeit jedoch nur bei Freiwilligkeit, macht aber weder vom Wesen der Taggeldversicherung noch der konkreten Regelung in den AB her Sinn. Eine Reduktion auf die freiwillige Aufgabe der versicherten Tätigkeit aus dem Wortlaut von Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB abzuleiten, lässt sich bei einer objektivierten Auslegung folglich nicht rechtfertigen.

Auch bei einer Beurteilung dieser Bestimmung in Verbindung mit Art. 9 Ziff. 2 lit. d AB im konkreten Sinngefüge, rechtfertigt sich die vom Kläger geltend gemachte Unterscheidung nach freiwilliger und unfreiwilliger Aufgabe der Tätigkeit nicht (BGE 140 III 391 E. 2.3; 138 III 659 E. 4.2.1; 123 III 165 E. 3a). Abgesehen davon, dass die Unfreiwilligkeit respektive Freiwilligkeit der Aufgabe der Tätigkeit als Betriebsinhaber gegebenenfalls schwer zu definieren und festzustellen wäre, ist wesentlich, dass mit der Taggeldversicherung der Erwerbsausfall infolge Krankheit versichert ist und nicht das Risiko einer Betriebsaufgabe.

Anders als in BGE 135 III 225, wo die in den AVB einer Taggeldversicherung eingeräumte Möglichkeit, mit der Kündigung des Versicherungsvertrags die Leistungsdauer zu verkürzen, als dem Wesen des Versicherungsvertrages widersprechend beurteilt wurde, weshalb sie dem Versicherten speziell zur Kenntnis hätte gebracht werden müssen (BGE 135 III 225 E. 1.4 f.), erlosch im hier zu beurteilenden Fall die laufende Leistung nicht infolge der Kündigung des Taggeldversicherungs-, sondern des Agenturvertrags zwischen den Parteien. Dass der Kläger die Taggeldversicherung bei der Beklagten, welche auch Vertragspartei des Agenturvertrags war, abgeschlossen hat, liegt aber in seinem eigenen Verantwortungsbereich. Aufgrund des Agenturvertrags war er in Nachachtung seiner Arbeitgeberpflichten lediglich verpflichtet, für seine Mitarbeiter, nicht für sich selber eine Krankentaggeld- und Unfallversicherung abzuschliessen, und es stand ihm zudem offen, bei welcher Versicherung er die Taggelder für das Personal versicherte (Urk. 2/2 S. 7).

Soweit der Kläger geltend machen lässt, Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB sei von Art. 8 Ziff. lit. a AB, dem Ende des Versicherungsschutzes infolge des Erlöschens des Vertrages abzugrenzen (Urk. 44 S. 3 f.), ist er darauf hinzuweisen, dass mit letzterem lediglich das Erlöschen des Vertrags über die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung gemeint ist und nicht das Vertragsverhältnis, welches der Tätigkeit zugrunde lag, welche bei Abschluss der Versicherung für die Beurteilung des Risikos massgebend war. Darunter auch die Kündigung des Agenturvertrags zu subsumieren, was zur Folge hätte, dass der Kläger als Betriebsinhaber einer Generalagentur, obwohl selbständig erwerbend, hinsichtlich des Nachzahlungsanspruchs wie ein Arbeitnehmer im Kündigungsfalle zu behandeln wäre (vgl. Art. 9 Ziff. 2 lit. a AB), geht deutlich über den von der Beklagten verfolgten Regelungsgehalt von Art. 8 Ziff. 1 lit. a AB hinaus, zumal die Aufgabe der versicherten Tätigkeit des Betriebsinhabers nicht zwingend zum Erlöschen des Krankentaggeldvertrages führt (vgl. Art. 8.8 des Agenturvertrags, Urk. 2/2 S. 7; Art. 54 WG).

Davon, dass die Beklagte eine Unterscheidung in der nachvertraglichen Behandlung von Arbeitnehmern und Betriebsinhabern vornehmen wollte, musste der

Kläger in Treu und Glauben nicht nur aufgrund der unterschiedlich geregelten Nachleistungspflicht in Art. 9 Ziff. 2 lit. a und lit. d AB ausgehen, sondern auch aufgrund von Art. 17 Abs. 1 Ziff. 1 lit. b AB, welcher die Möglichkeit zur Fortsetzung des Versicherungsschutzes durch Weiterführung desselben im Rahmen einer Einzelversicherung für den Betriebsinhaber nur dann vorsieht, wenn im Zeitpunkt der Aufgabe oder des Unterbruchs der versicherten Tätigkeit eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % besteht. In allen übrigen Fällen, unabhängig von der Frage, auf welche Weise der Versicherungsschutz erloschen ist, besteht gemäss Art. 17 Ziff. 3 Abs. 8 AB, für den Betriebsinhaber anders als für die versicherte Person, welche zuvor in einem Arbeitsverhältnis stand (vgl. Art. 17 Ziff. 1 Abs. 1 lit. a und Ziff. 3 AB), kein Recht auf Fortsetzung des Versicherungsschutzes. Auch verdeutlicht diese Bestimmung wiederum, dass die Beklagte keine Unterscheidung zwischen freiwilliger und unfreiwilliger Betriebsaufgabe anstrebte, was der Kläger in guten Treuen denn auch so verstehen musste (BGE 140 III 391 E. 2.3; 138 III 659 E. 4.2.1; 132 III 24 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 4A_10/2016 vom 8. September 2016 E. 3.3).

Die unterschiedliche Behandlung des Betriebsinhabers von den versicherten Arbeitnehmern im Rahmen der Nachleistung erscheint des Weiteren weder unbillig noch sachlich nicht nachvollziehbar, bezweckt die Kollektivtaggeldversicherung doch ihrem Wesen nach die Absicherung der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei krankheitsbedingten Arbeitsverhinderungen seiner Arbeitnehmer gemäss Art. 324a OR. Der Betriebsinhaber gehört nicht zum vertragstypischen Versichertenkreis und ist gemäss Art. 6 Ziffer 2 AB nur im Rahmen einer besonderen Vereinbarung mitversichert. Im Rahmen der privatrechtlichen Vertragsfreiheit steht es dem VVG-Versicherer offen, den Leistungsanspruch des versicherten Betriebsinhabers frei und abweichend von demjenigen der Arbeitnehmer zu regeln und damit auch keinen Nachleistungsanspruch bei Beendigung der Tätigkeit als Betriebsinhaber zu gewähren.

Entsprechend führt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zum Ergebnis, dass für den Betriebsinhaber der Versicherungsschutz gemäss Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB erlischt, wenn er die Tätigkeit, welche bei Abschluss des Krankentaggeldversicherungsvertrags für die Beurteilung des Risikos massgebend war, aufgibt oder unterbricht, unabhängig davon, ob dies freiwillig oder unfreiwillig erfolgt. Ein Nachleistungsanspruch besteht diesfalls gemäss dem klaren und nicht auslegungsbedürftigen Art. 9 Ziff. 2 lit. d AB nicht. Für die Unklarheitsregel bleibt kein Raum.

- 4.2.3 Kein Anlass besteht zudem für einen Rückgriff auf die Ungewöhnlichkeitsregel, fehlt es dem Kläger als Generalagent der Beklagten doch für eine Berufung auf

diese Regel bereits an der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung (BGE 135 III 1 E. 2.1 und BGE 135 III 225 E. 1.3, je mit Hinweisen). Zudem verwenden auch andere Versicherer Klauseln, wonach die Leistungspflicht für eine vor Erlöschen des Versicherungsschutzes eingetretene Arbeitsunfähigkeit mit dem Erlöschen des Versicherungsschutzes für den Betriebsinhaber entfällt (vgl. im Internet: AVB zur Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2017, der Concordia, Art. 24.6, welcher eine Nachleistung lediglich für Arbeitnehmer vorsieht, nicht aber für Betriebsinhaber und Selbständigerwerbende).

- 4.3 Nach dem Gesagten steht fest, dass der Kläger und die Beklagte mit Art. 8 Ziff. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 lit. d AB gültig ein Dahinfallen der Leistungspflicht mit dem Erlöschen des Versicherungsschutzes infolge freiwilliger oder unfreiwilliger Aufgabe der Tätigkeit als Betriebsinhaber der Unternehmensagentur der X. in _____, _____, vereinbart haben, auch wenn die Arbeitsunfähigkeit des Klägers während der Dauer des Versicherungsschutzes eingetreten ist.

Demzufolge ist in jedem Fall vom Erlöschen des Anspruchs des Klägers auf Krankentaggelder aus der Kollektivkrankentaggeldversicherung zum Zeitpunkt der Beendigung des Agenturvertrags per 14. Januar 2015 auszugehen.

- 4.4 Lediglich anzufügen ist, dass weder die vorgenommene Observation noch die Einholung unter anderem eines psychiatrischen Gutachtens (vgl. Gutachten von Dr. med. C., Fachärztin FMH für Psychiatrie und Psychotherapie vom 5. Dezember 2015, Urk. 10/121) angesichts der eindeutigen Kundgabe der Beklagten, dass sie für die Zeit ab 15. Januar 2015 einen Taggeldanspruch verneine (Urk. 10/51,10/67), als Anerkennungshandlungen zu werten sind, welche der Kläger nach Treu und Glauben als Bestätigung einer rechtlichen Verpflichtung zur Ausrichtung weiterer Taggelder auffassen durfte (vgl. dazu BGE 134 III 591 E. 5.2.4, Urteil des Bundesgerichts 4A 532/2009 vom 5. März 2010 E. 2.6).

- 4.5 Nachdem der Kläger unbestrittenermassen auf den Abschluss einer Einzelversicherung und damit auf eine Fortsetzung des Versicherungsschutzes gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. b AB verzichtet hat (Urk. 44 S. 2), ist ein Leistungsanspruch des Klägers ab 15. Januar 2015 zu verneinen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens kann auf Weiterungen zu den von der Beklagten geltend gemachten Einwänden gegen ihre Leistungspflicht verzichtet werden, zumal die Beklagte auf eine widerklageweise Geltendmachung allfälliger Rückforderungsansprüche verzichtet hat (vgl. Urk. 9, 19, 30).

Nach dem Gesagten ist die Klage abzuweisen.

5. Die Beklagte hat den Antrag auf Zusprechung einer Prozessentschädigung gestellt (Urk. 9 S. 2).

Zwar ist die Prozessentschädigung an die Parteien nicht Gegenstand von Art. 114 lit. e der Zivilprozessordnung (ZPO), wonach bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine Gerichtskosten gesprochen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Es gilt aber nach wie vor die Praxis des Bundesgerichts, dass dem nicht anwaltlich vertretenen Versicherungsträger grundsätzlich keine Parteientschädigung zusteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2013 vom 27. August 2013, E. 5).

Die Beklagte ist nicht durch einen externen Anwalt vertreten und hat somit für ihr Obsiegen keinen Anspruch auf eine Prozessentschädigung.

Das Gericht erkennt:

- 1 Die Klage wird abgewiesen.
- 2 Das Verfahren ist kostenlos.
- 3 Der Beklagten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
- 4 Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Rechtsanwalt Urs Hafer
 - X.Versicherungen
 - 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 Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin