



4A_472/2018

Urteil vom 5. April 2019
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Niquille,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Urs Hofer,
Beschwerdeführer,

Verfahrensbeteiligte

gegen

B. _____ **Versicherungs-Gesellschaft AG,**
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Krankentaggeldversicherung; Aufgabe des Betriebes,

Beschwerde gegen das Urteil des
Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich,
I. Kammer, vom 29. Juni 2018 (KK.2016.00023).

Sachverhalt:

A.

A._____ (Versicherter, Kläger, Beschwerdeführer) schloss mit der B._____ Versicherungs-Gesellschaft AG (Versicherung, Beklagte, Beschwerdegegnerin) und der B._____ Lebensversicherungs-Gesellschaft AG (Schwestergesellschaft) auf den 1. Januar 2012 einen Agenturvertrag für Generalagenten für die Generalagentur mit Sitz in Basel. In der Stellung als Generalagent amtierte der Kläger gemäss Ziff. 4.1 des Agenturvertrags als selbständiger Kaufmann auf eigene Rechnung. Er stand zur Versicherung nicht in einem Arbeitsverhältnis, sondern trieb in seiner Funktion als Generalagent selbständig Gewerbe. Als Inhaber der B._____ Generalagentur A._____ (Generalagentur) schloss der Versicherte ebenfalls auf den 1. Januar 2012 mit der Versicherung eine kollektive Krankentaggeldversicherung nach dem VVG ab. Als versicherte Personen werden in der Police das gesamte Personal sowie namentlich der Versicherte aufgeführt, letzterer für eine Leistungsdauer von 730 Tagen bei einem versicherten Jahreslohn von Fr. 450'000.-- und einer Wartefrist von 30 Tagen.

A.a Mit Krankheitsmeldung vom 7. November 2014 meldete der Versicherte eine seit 28. Oktober 2014 bestehende Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Erschöpfung/Depression. Mit Schreiben vom 17. November 2014 kündigte die Versicherung den Agenturvertrag unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von 6 Monaten per 31. Mai 2015. Nach Ablauf der 30-tägigen Wartefrist erbrachte die Versicherung ab dem 27. November 2014 Taggelder. Am 14. Januar 2015 erfolgte sodann eine fristlose Kündigung des Agenturvertrages. Ab dem 15. Januar 2015 leistete die Versicherung keine Taggelder mehr. Mit Schreiben vom 10. März 2015 wurde der Versicherte auf die Möglichkeit zum Übertritt in die Einzelversicherung hingewiesen.

A.b Bereits am 4. März 2015 hatte Dr. C._____ im Auftrag der Versicherung den Versicherten untersucht. Im Zeitraum vom 7. Mai bis 27. Oktober 2015 liess diese den Versicherten observieren. Mit Schreiben vom 13. Oktober 2015 forderte sie ihn zur Zahlung von Fr. 2'145'486.30 aus dem Agenturvertrag auf. Gegen einen Zahlungsbefehl des Versicherten über Fr. 356'921.95 nebst Zins für Taggelder erhob sie Rechtsvorschlag. Mit Schreiben vom 25. Januar 2016 teilte sie ihm mit, sie erachte den Kollektivkrankentaggeldvertrag gestützt auf Art. 40 VVG als aufgehoben.

B.

Am 31. Mai 2016 reichte der Versicherte gegen die Versicherung beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Klage ein und verlangte Fr. 541'234.30 nebst Zins sowie die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der von ihm angehobenen Betreibung. Mit Urteil vom 29. Juli 2018 wies das Sozialversicherungsgericht die Klage ab. Es kam zum Schluss, mit der fristlosen Kündigung des Agenturvertrages sei eine Aufgabe der Tätigkeit als Betriebsinhaber der Generalagentur erfolgt, womit gemäss den einschlägigen Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektiv-Krankenversicherung Ausgabe 2008 der Versicherungsschutz erlösche ebenso wie in Bezug auf den Betriebsinhaber die Leistungspflicht. Ob die übrigen Einwände, welche die Versicherung gegen ihre Leistungspflicht erhoben hatte, stichhaltig waren, prüfte das Versicherungsgericht nicht.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Versicherte dem Bundesgericht im Wesentlichen, das Urteil des Sozialversicherungsgerichts aufzuheben und die Sache an dieses zur Neuurteilung zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, während das Sozialversicherungsgericht auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerdeschrift enthält keinen materiellen Antrag, wie er nach Art. 42 Abs. 1 BGG erforderlich ist. Der blosse Rückweisungsantrag genügt indessen, weil das Bundesgericht, sollte es die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers für begründet erachten, kein Sachurteil fällen könnte, sondern die Streitsache zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes bezüglich der weiteren von der Beschwerdegegnerin erhobenen Einwände an die Vorinstanz zurückweisen müsste (BGE 136 V 131 1.2 S. 135; 134 III 379 E. 1.3 S. 383; 133 III 489 E. 3.1; je mit Hinweisen).

1.1 Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen

zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

1.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18). Neue Vorbringen sind nur zulässig, soweit erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG), was wiederum näher darzulegen ist (BGE 134 V 223 E. 2.2.1 S. 226; 133 III 393 E. 3 S. 395).

2.

Umstritten ist die Auslegung der AB der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die "Aufgabe" der Tätigkeit durch den Betriebsinhaber.

2.1 Gemäss Art. 6 Ziff. 2 AB ist der Betriebsinhaber (im Gegensatz zu den Arbeitnehmern vor Erreichen des 70. Altersjahrs gemäss Ziff. 1 der Bestimmung) nur aufgrund besonderer Vereinbarung im schriftlichen Vertrag versichert. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt (vgl. Sachverhalt A hiervor). Art. 8 AB trägt den Titel "Wann endet der

Versicherungsschutz?". Er zählt verschiedene Beendigungsgründe auf und enthält in Art. 8 Ziff. 1 Bst. g AB folgende Bestimmung: "Für den Betriebsinhaber, die Ehegatten oder Partner gemäss Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (PartG) und die übrigen Familienmitglieder des Betriebsinhabers im Sinne der AHV, sofern sie im versicherten Betrieb mitarbeiten und der Betriebsinhaber für sie keine AHV-Beiträge abrechnet, bei Aufgabe oder Unterbruch derjenigen Tätigkeit, die bei Abschluss der Versicherung für die Beurteilung des Risikos massgebend war;"

Besteht bei der Beendigung nach Art. 8 AB Anspruch auf Leistungen, erlischt dieser nach Art. 9 Ziff. 1 AB grundsätzlich mit Erlöschen des Versicherungsschutzes. Von dieser Regel sieht Art. 9 Ziff. 2 Bst. a AB eine Ausnahme vor, soweit der Versicherungsschutz infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 8 Ziff. 1 Bst. c AB) oder mit dem Erlöschen des Vertrages (Art. 8 Ziff. 1 Bst. a AB) endet: In diesen Fällen bezahlt die Versicherung das Taggeld, soweit nicht auch gewisse andere in Art. 8 AB genannte Beendigungsgründe vorliegen. Endet der Versicherungsschutz gemäss Art. 8 Ziff. 1 Bst. g AB, besteht dagegen in keinem Fall ein Anspruch auf Nachleistung (Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 Bst. d AB). Ein Recht zur Fortsetzung des Versicherungsschutzes als Einzelversicherung wird dem Versicherten, wenn der Versicherungsschutz nach Artikel 8 Ziffer 1 Bst. g AB endet, gemäss Art. 17 Ziff. 1 Bst. b AB nur eingeräumt, wenn im Zeitpunkt der Aufgabe oder des Unterbruches der Tätigkeit aufgrund eines versicherten Ereignisses eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % besteht.

2.2 Die Vorinstanz erkannte, mit der fristlosen Kündigung des Agenturvertrages sei das Agenturverhältnis als beendet zu betrachten, auch wenn sich die Kündigung als ungerechtfertigt erweisen sollte. Für die Beurteilung diesbezüglicher Ansprüche wäre nicht das Versicherungsgericht zuständig. Mit der Beendigung des Agenturvertrages seien alle Vollmachten zu Gunsten des Generalagenten erloschen. Die Ausübung seiner selbständigen Tätigkeit als Generalagent der Allianz Suisse sei dem Beschwerdeführer ab dem 15. Januar 2015 verwehrt gewesen.

2.2.1 Die Vorinstanz kam im Rahmen der Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip zum Schluss, mit der Aufgabe oder dem Unterbruch der Tätigkeit als Betriebsinhaber sei nicht das blosses Niederlegen der Arbeit zufolge Arbeitsunfähigkeit gemeint, sondern dass der Betriebsinhaber seine Funktion ganz oder vorübergehend nicht mehr ausübe, weil der Betrieb als solcher nicht mehr existiere oder weil der Inhaber seine Funktion in demselben nicht mehr inne habe. Die

Vorinstanz verwarf den Einwand des Beschwerdeführers, der Terminus "Aufgabe" umfasse lediglich die freiwillige Aufgabe der versicherten Tätigkeit. Sie verwies auf die im Synonymwörterbuch des DUDEN im hier relevanten Zusammenhang angegebenen Wörter, die hinsichtlich der Motivation zur "Aufgabe" mehrheitlich unbestimmt seien. Auch der Terminus "Unterbruch" sei gänzlich neutral. Abgesehen davon, dass die Unfreiwilligkeit der Aufgabe der Tätigkeit als Betriebsinhaber gegebenenfalls schwer zu definieren wäre, sei mit der Taggeldversicherung der Erwerbsausfall infolge Krankheit versichert und nicht das Risiko einer Betriebsaufgabe.

2.2.2 Anders als in BGE 135 III 225, wo die in den AVB einer Taggeldversicherung eingeräumte Möglichkeit, mit der Kündigung des Versicherungsvertrages die Leistung zu verkürzen, als dem Wesen des Versicherungsvertrages widersprechend beurteilt worden sei, sei die laufende Leistung hier nicht infolge der Kündigung des Versicherungsvertrages, sondern des Agenturvertrages zwischen den Parteien erloschen. Dass der Beschwerdeführer die Taggeldversicherung bei der Beschwerdegegnerin abgeschlossen habe, die auch Partei des Agenturvertrages gewesen sei, liege in seinem eigenen Verantwortungsreich. Aufgrund des Agenturvertrages sei er in Nachachtung seiner Arbeitgeberpflichten lediglich verpflichtet gewesen, für seine Mitarbeiter, nicht für sich selbst, eine Krankentaggeld- und Unfallversicherung abzuschliessen, und es sei ihm zudem offengestanden, bei welcher Versicherung er die Taggelder für das Personal versichere.

2.2.3 Dass eine Unterscheidung in der nachvertraglichen Behandlung von Arbeitnehmern und Betriebsinhabern getroffen werde, ergebe sich nicht nur aufgrund der unterschiedlich geregelten Nachleistungspflicht in Art. 9 Ziff. 2 Bst. a und d AB (vgl. E. 2 hiervor), sondern auch aufgrund von Art. 17 Ziff. 1 Abs. 1 Bst. b AB, der die Möglichkeit der Fortsetzung des Versicherungsschutzes nur bei einer Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % vorsehe. In allen anderen Fällen bestehe nach Art. 17 Ziff. 3 AB für Betriebsinhaber (anders als für die Arbeitnehmer) kein Recht auf Fortsetzung des Versicherungsschutzes.

2.2.4 Auf die Ungewöhnlichkeitsregel könne sich der Beschwerdeführer sodann nicht berufen, weil ihm einerseits die Branchenerfahrung nicht abgehe und andererseits auch andere Versicherungen analoge Klauseln verwendeten.

2.3 Der Beschwerdeführer ist im Wesentlichen der Auffassung, der Begriff "Aufgabe" umfasse die Kündigung gerade nicht, sonst hätte die

branchenerfahrene Beschwerdegegnerin dies klar zum Ausdruck gebracht. Auch ein Unterbruch gehe von der Sphäre des Betriebsinhabers aus. Die beiden Ausdrücke in Kombination sprächen eindeutig für das Verständnis des Beschwerdeführers. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bestünden auch keinerlei Schwierigkeiten, eine freiwillige von einer unfreiwilligen Aufgabe abzugrenzen. Die unfreiwillige Aufgabe im obligationenrechtlichen Sinne zeichne sich stets durch eine einseitige Willensäusserung – der Kündigung – durch den Auftraggeber aus. Demgegenüber stehe die Kündigung seitens des Betriebsinhabers, wie etwa die allgemeine Aufgabe der Geschäftstätigkeit oder die einvernehmliche Beendigung. Sie sei im obligationenrechtlichen Sinne stets freiwillig, da die Erklärung in der Sphäre des Agenturinhabers gefällt werde. Es sei demnach davon auszugehen, dass der Fall der Kündigung im Vertrag bewusst nicht analog der Aufgabe geregelt worden sei. Es bestehe keine Lücke, die im Sinne der Beschwerdegegnerin zu füllen wäre.

Entscheidend sei zudem, dass bei Erlöschen des Versicherungsvertrages (egal aus welchem Grund, sei es Ablauf, Kündigung, einvernehmliche Aufhebung usw.) gemäss Art. 9 Ziff. 2 Bst. a AVB immer ein Anspruch auf Nachleistung bestehe. Es wäre klar rechtsmissbräuchlich, wenn dieser Schutz für den Versicherungsnehmer durch anderweitige einseitige Willenserklärungen ausgehebelt werden könnte. Der Versuch der Beschwerdegegnerin, ihrer Nachleistungspflicht zu entgehen, indem sie die einseitige Kündigung des Agenturvertrags durch ihre nahestehende Schwestergesellschaft als "Aufgabe" im Sinne der AB verstanden haben wolle, sei rechtsmissbräuchlich und nicht zu schützen. Daran ändere die Möglichkeit des Übertritts in die Einzelversicherung nichts, da dem Arbeitsunfähigen weitere Prämienzahlungen zum Erhalt der geschuldeten Leistung nicht zuzumuten seien.

Schliesslich habe es die Beschwerdegegnerin unterlassen, bei Vertragsschluss auf ihre extensive Auslegung des Begriffs der Aufgabe des Betriebes hinzuweisen. Die dadurch entstehende Unklarheit habe die Beschwerdegegnerin zu vertreten. Es sei nach der Unklarheitsregel von der für den Versicherungsnehmer günstigeren Auslegung auszugehen.

3.

Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen (BGE 135 III 1 E. 2 S. 6, 410 E. 3.2 S. 412).

3.1 Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Bleibt eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 144 III 93 E. 5.2.3 S. 99; 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67). Nachträgliches Partieverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632 mit Hinweisen).

3.2 Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist zwar primär vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Deren einzelne Teile sind jedoch nicht isoliert, sondern im Zusammenhang zu betrachten. Zu berücksichtigen sind zudem die dem Empfänger bekannten Umstände, unter welchen die Erklärung abgegeben worden ist (BGE 113 II 49 E. 1a und b; 101 II 323 E. 1 S. 325 je mit Hinweisen). Daraus kann sich ergeben, dass der Empfänger einzelne Aussagen des Erklärenden nicht in ihrer wörtlichen Bedeutung verstehen durfte, sondern in einem anderen Sinne auffassen musste (vgl. BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67; 131 III 280 E. 3.1 S. 286 f.). Zudem hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a S. 424; 126 III 119 E. 2c S. 121; 117 II 609 E. 6c S. 621; je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 133 III 607 E. 2.2 S. 610).

3.3 Im Rahmen der Auslegungen vorformulierter allgemeiner Vertragsbedingungen hat sich das Gericht zusätzlich vom Prinzip leiten zu lassen, dass bei mehrdeutigen Klauseln jene Auslegung vorzuziehen ist, die dem dispositiven Gesetzesrecht entspricht. Da dieses in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen wahrt, hat die Partei, die davon abweichen will, das im Vertrag mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen. Subsidiär gilt sodann die Unklarheitsregel, wonach mehrdeutige Klauseln gegen den Verfasser bzw. gegen jene Partei auszulegen sind, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten

Bestimmungen veranlasst hat (BGE 124 III 155 E. 1b S. 158; 122 III 118 E. 2a S. 121; 133 III 607 E. 2.2 S. 610). Die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen wird zudem 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 (BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412 f.; 135 III 1 E. 2.1 S. 7).

4.

Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass es sich sowohl bei ihm als auch der Beschwerdegegnerin um Kenner des Versicherungsvertrags handelt. Der zu beurteilende Fall weist die Besonderheit auf, dass es beim versicherten Betrieb, für den die Kollektivkrankenversicherung abgeschlossen wurde, um eine Generalagentur geht und die Beschwerdegegnerin nicht nur Versicherung, sondern gleichzeitig (zusammen mit ihrer Schwestergesellschaft) Vertragspartnerin des Agenturvertrages ist. Die Bestimmungen, über deren Tragweite sich die Parteien nicht einig sind, finden sich aber wie dargelegt in den Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektiv-Krankenversicherung Ausgabe 2008. Dabei handelt es sich, wie sich bereits aus dem Titel ergibt, um Bestimmungen, die nicht speziell für den zu beurteilenden Fall oder für Versicherungsagenturen verfasst wurden.

4.1 Vor diesem Hintergrund kann der Tatsache, dass der Begriff Kündigung in Art. 8 Ziff. 1 Bst. g AB nicht erwähnt wird, keine Bedeutung zukommen. Im Gegensatz zur Stellung als Angestellter, besteht in der Regel keine Möglichkeit, dass der Betriebsinhaber seine Position durch die Kündigung eines Dritten verliert. Das Ausüben einer Tätigkeit, wie auch das Schicksal des Betriebes überhaupt liegen vielmehr primär in den Händen des Inhabers. Der Verweis auf eine Kündigung ergäbe in Bedingungen, die für alle Arten von Betrieben Geltung beanspruchen, keinen Sinn. Dass dem Beschwerdeführer durch die Kündigung des Agenturvertrages die Fortsetzung des versicherten Betriebes als Unternehmensagentur und damit die Fortführung der versicherten Tätigkeit im Betrieb verunmöglicht wird, ist eine Eigenheit seiner Stellung als Inhaber einer Generalagentur. Daraus, dass allgemeine Versicherungsbedingungen diesen Sonderfall nicht ausdrücklich regeln, kann nichts abgeleitet werden.

4.2 Zu prüfen bleibt vielmehr, ob mit der Regelung in den AB über die Aufgabe der Tätigkeit nach Treu und Glauben allgemein eine Unter-

scheidung danach getroffen werden soll, ob die Beendigung der Tätigkeit freiwillig oder unfreiwillig erfolgt.

4.2.1 Eine unfreiwillige Aufgabe zeichnet sich nach den Ausführungen des Beschwerdegegners stets durch eine einseitige Willensäußerung aus. Sie wäre also nur in den Spezialfällen denkbar, in denen die Stellung durch die Kündigung eines Dritten direkt beeinflusst werden kann. Dass es in aller Regel der Betriebsinhaber ist, der über die Fortführung seiner Tätigkeit im Betrieb selbst entscheidet, bedeutet indessen nicht, dass eine Aufgabe der Tätigkeit immer im eigentlichen Sinn freiwillig erfolgt, namentlich wenn die Aufgabe der Tätigkeit wie im zu beurteilenden Fall in der Aufgabe der Betriebstätigkeit als solcher begründet ist. Denn selbst in Fällen, in denen rechtlich gesehen die Fortführung des Betriebes nicht durch eine Kündigung verhindert werden kann, können es vom Willen des Inhabers unabhängige äussere Umstände sein, die ihn zur Aufgabe des Betriebes zwingen. Diese Umstände können – analog zur Kündigung des Agenturvertrages – in einem einseitigen Verhalten Dritter begründet sein wie beispielsweise bei einer Kündigung der Miete über die Geschäftsräume, wenn keine Ersatzräumlichkeiten gefunden werden können, oder bei einem Zulieferbetrieb beispielsweise die Kündigung des Abnahmevertrages, sofern keine Ersatzverträge geschlossen werden können. Aber auch vom Willen Dritter oder des Inhabers unabhängige objektive Umstände können einer Weiterführung des Betriebes entgegenstehen, beispielsweise, wenn die Ausübung der betrieblichen Tätigkeit neu bewilligungspflichtig wird und der Betrieb die Bewilligungsvoraussetzungen nicht zu erfüllen vermag. Auch einfache Veränderungen in Angebot und Nachfrage oder die Erhöhung von Betriebskosten können den Betrieb unwirtschaftlich machen und so den Inhaber zur Aufgabe seiner Tätigkeit zwingen. In vielen Fällen besteht zumindest theoretisch die Wahl, ob der Inhaber den Betrieb aufgeben oder trotz erschwelter Bedingungen weiterführen will. Insofern kann es durchaus Schwierigkeiten bereiten zu definieren, wann die Aufgabe der Tätigkeit als Betriebsinhaber noch "freiwillig" erfolgt.

4.2.2 Der in der Versicherungsbranche versierte Beschwerdeführer durfte nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen, die AB hätten mit dem Begriff "Aufgabe" die freiwillige von der unfreiwilligen Einstellung der Arbeitstätigkeit abgrenzen wollen, wenn sie sich nicht dazu äussern, nach welchen Kriterien eine derartige Abgrenzung vorzunehmen wäre. Die vom Beschwerdeführer vorgeschlagene Abgrenzung würde nur seltene Ausnahmefälle betreffen. Der Beschwerdeführer legt einerseits nicht dar, welchen Sinn es haben sollte, Inhaber

derartiger Betriebe besser zu stellen, als die Inhaber von Betrieben, die aus anderen Gründen gezwungen sind, den Betrieb aufzugeben. Er zeigt andererseits aber auch nicht auf, wie sich die von ihm vorgeschlagene Abgrenzung auf Betriebe im Allgemeinen (und darum geht es in allgemeinen Bedingungen) sinnvoll übertragen liesse. In der vorgeschlagenen Art wäre die Abgrenzung jedenfalls nur für den Betriebsinhaber selbst sinnvoll. Würde sie auf Familienangehörige, für die keine AHV abgerechnet wird, übertragen, würde dies bedeuten, dass kein Anspruch auf Nachleistung besteht, wenn die Angehörigen ihre Arbeitstätigkeit freiwillig aufgeben (also selbst kündigen), sehr wohl aber, wenn die Einstellung der Tätigkeit unfreiwillig erfolgt infolge einer Kündigung seitens des Betriebsinhabers. Dieser hätte es also in der Hand, wenn eine freiwillige Aufgabe der Tätigkeit im Raum steht, durch Abgabe einer einseitigen Willenserklärung (die Kündigung) seinen Angehörigen Nachleistungen zu garantieren, was dem Wesen eines Versicherungsvertrages widersprechen würde. Dies wäre aber die Konsequenz, wenn man den Begriff Aufgabe der Tätigkeit im Sinne des Beschwerdeführers auf Fälle einer freiwilligen Einstellung der Tätigkeit einschränkt. Aus der Systematik und der teilweisen Gleichbehandlung des Firmeninhabers und seiner Angehörigen musste der Beschwerdeführer erkennen, dass der Begriff "Aufgabe" in den AB nicht im von ihm angenommenen Sinn verwendet wird.

4.2.3 Gemäss Art. 2 Ziff. 2 AB mit dem Titel versicherte Ereignisse können im schriftlichen Vertrag Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall sowie Niederkunft und Tod vereinbart werden. Abgeschlossen war eine Kollektiv-Krankenversicherung. Damit ist klar, dass das Risiko der Betriebsaufgabe nicht umfasst wird und zwar unabhängig davon, ob der Betrieb freiwillig oder unfreiwillig aufgegeben wird. Nach Aufgabe des Betriebes, auch wenn diese durch eine Kündigung bedingt ist, würde der bisherige Inhaber als solcher auch dann kein Verdienst mehr erzielen, wenn er gesund wäre. Der durch die Einstellung der Tätigkeit für den Inhaber entstehende Verlust ist insoweit nicht krankheitsbedingt.

4.2.4 Krankheitsbedingt könnte lediglich der Ausfall sein, der dadurch entsteht, dass der versicherte Betriebsinhaber nach (freiwilliger oder unfreiwilliger) Aufgabe seiner Tätigkeit im versicherten Betrieb infolge der Krankheit keine andere Tätigkeit aufnehmen kann. Dieses Risiko wird aber, wie sich aus der Systematik der AB ergibt, beim Betriebsinhaber nicht in Form einer Nachleistung abgedeckt. In diesem Punkt treffen die AB eine Unterscheidung zwischen den gewöhnlichen Arbeitnehmern einerseits und dem Betriebsinhaber und unter gewissen

Voraussetzungen auch den Familienangehörigen, die im Betrieb mitarbeiten, andererseits. Das Schicksal der Ansprüche der Arbeitnehmer wird nicht an den Betrieb gekoppelt, sondern es besteht nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich Anspruch auf Nachleistung. Darin reflektiert sich die Möglichkeit, eine andere Stelle zu suchen oder allenfalls Arbeitslosenunterstützung zu beziehen, die krankheitsbedingt entfallen kann. Insoweit bleibt der Arbeitnehmer im Gegensatz zum Betriebsinhaber geschützt. Wo die Grenze verläuft, verdeutlichen die Bestimmungen über die Angehörigen des Betriebsinhabers. Deren Ansprüche werden in Art. 8 Ziff. 1 Bst. g i.V.m Art. 9 Ziff. 2 Bst. a AB grundsätzlich gleich wie diejenigen des Inhabers an ihre Stellung im Betrieb gekoppelt, aber nur sofern der Betriebsinhaber für sie keine AHV abrechnet. Aus der Systematik ergibt sich, dass das krankheitsbedingte Risiko eines Erwerbsausfalls nach Verlassen des Betriebes bei den Arbeitnehmern durch Nachleistung gedeckt bleibt, nicht aber beim Betriebsinhaber. Er kann höchstens unter gewissen Bedingungen in die Einzelversicherung übertreten. Diese Möglichkeit wäre dem Beschwerdeführer, sofern er tatsächlich im behaupteten Mass arbeitsunfähig war, offengestanden.

5.

Die Vertragsauslegung der Vorinstanz nach dem Vertrauensprinzip ist nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer macht aber geltend, die Beschwerdegegnerin könne sich bei dieser Auslegung im Zusammenwirken mit ihrer Schwestergesellschaft durch Auflösung des Agenturvertrages ihrer Leistungspflicht entziehen. Er erhebt in diesem Zusammenhang den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs. Die Vorinstanz beruft sich einerseits darauf, die Leistung werde hier (anders als in BGE 135 III 225) nicht infolge der Kündigung des Versicherungsvertrages, sondern des Agenturvertrages zwischen den Parteien verkürzt. Andererseits habe es der Beschwerdeführer selbst zu verantworten, dass er die Taggeldversicherung bei der Beschwerdegegnerin abgeschlossen habe, die auch Partei des Agenturvertrages gewesen sei.

5.1 Das Bundesgericht hat im von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheid explizit festgehalten, die Möglichkeit des Versicherungsunternehmens, durch einseitige Willenserklärung nach Eintritt des Versicherungsfalles auf den zeitlichen Umfang der geschuldeten Leistungen Einfluss zu nehmen, sei dem Wesen des Versicherungsvertrages und generell dem Grundsatz "pacta sunt servanda" fremd (BGE 135 III 225 E. 1.4 S. 228). Ob eine derartige Klausel überhaupt zulässig wäre, liess das Bundesgericht offen (BGE 135 III 225 E. 1.5 S. 229). Entscheidend ist mithin nicht, ob die Begrenzung des

zeitlichen Umfangs durch die Kündigung des Versicherungsvertrages oder eines anderen Vertrages erfolgt. Jede Möglichkeit, durch einseitige Willenserklärung nach Eintritt des Versicherungsfalles auf den zeitlichen Umfang der geschuldeten Leistungen Einfluss zu nehmen, widerspricht grundsätzlich dem Wesen des Versicherungsvertrages, weil sie im zu beurteilenden Fall für den Versicherten eine unkalkulierbare Unsicherheit darstellt, die dem Zweck des Versicherungsvertrages zuwiderliefe, genauso, wie wenn der Versicherungsnehmer durch einfache Willenserklärung eine Verlängerung der Leistung bewirken könnte (vgl. E. 4.2.2 hiervor). Könnte zur Vermeidung von Versicherungsleistungen einfach der Agenturvertrag gekündigt werden, wäre die Situation für den Versicherten prekär. Denn die Kündigung des Agenturvertrages entzieht ihm auch für die Zukunft die Möglichkeit, den Erwerb zu erzielen, gegen dessen Ausfall er sich versichert hat.

5.2 Auch das Argument, der Beschwerdeführer habe es selbst zu verantworten, wenn er die Taggeldversicherung bei der Versicherung abgeschlossen habe, die auch Partei des Agenturvertrages sei, ist nicht stichhaltig, wird der Vertrag doch von beiden Parteien geschlossen. Wenn die Beschwerdegegnerin trotz ihrer Doppelrolle die Versicherung übernimmt, darf der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass ihm mit der Versicherung dieselbe Sicherheit geboten wird, wie wenn er einen inhaltsgleichen Vertrag mit einer anderen Versicherung geschlossen hätte, beziehungsweise die entsprechende Doppelrolle nicht bestünde. Andererseits muss er sich nach Treu und Glauben auch bewusst sein, dass die Doppelrolle nicht zu einer Erweiterung des Versicherungsschutzes führen kann.

5.2.1 Aus dem Gesagten folgt einerseits, dass die Kündigung des Generalagenturvertrages auch nach Eintritt des Versicherungsfalles möglich sein muss und dass diese Kündigung, sofern sie ihren Grund nicht in der Vereitelung der Versicherungsansprüche hat, dieselben leistungsverkürzenden Auswirkungen zeitigen darf, wie dies der Fall wäre, wenn die Versicherung statt bei einer Vertragspartei des Agenturvertrages bei einer Drittversicherung abgeschlossen worden wäre. Andererseits darf dem Versicherten die Gefahr, dass der Agenturvertrag gekündigt wird, um direkt eigene Leistungen aus dem Versicherungsvertrag einzusparen, nicht überbunden werden – denn die Möglichkeit durch die Kündigung einen direkten finanziellen Vorteil für den Kündigenden zu erreichen und damit die Gefahr einer entsprechend motivierten Kündigung bestünde nicht, wenn die Versicherung bei einer Drittversicherung abgeschlossen worden wäre. Auch die Beschwerdegegnerin muss sich entgegenhalten lassen, dass es sich um

allgemeine Bedingungen handelt, die nicht für den konkreten Fall verfasst wurden. Wenn bei Aufgabe der versicherten Tätigkeit grundsätzlich keine Nachleistung erbracht wird, knüpft der Wegfall der Leistungspflicht nach Eintritt des versicherten Risikos an ein Ereignis an, das im allgemeinen ausserhalb des Einflussbereichs der Versicherung liegt. Es wird dadurch der Versicherung nicht die Möglichkeit eingeräumt, durch einseitige Willenserklärung selbst über die Dauer ihrer Leistungspflicht zu entscheiden. Eine derartige Bedeutung wäre, soweit sie überhaupt zulässig wäre, in der Tat ungewöhnlich. Dass ähnliche Klauseln häufig verwendet werden, ändert daran nichts, da sich die Ungewöhnlichkeit aus der besonderen Situation ergibt, in der die Versicherung geschlossen wurde, beziehungsweise aus der Doppelrolle der Beschwerdegegnerin und deren konzerninternen Verbundenheit mit ihrer Schwestergesellschaft.

5.2.2 Nach Treu und Glauben darf die Kündigung des Agenturvertrages nur zu einer Kürzung der Leistungen aus dem Versicherungsvertrag führen, wenn feststeht, dass diese Kürzung nicht das Motiv der Kündigung war, die Kündigung mithin auch dann ausgesprochen worden wäre, wenn der Versicherungsvertrag mit einer anderen Versicherung abgeschlossen worden wäre. Die Beweislast muss insoweit die Versicherung tragen, denn nur so wird der Versicherte diesbezüglich vor einem unkalkulierbaren Risiko geschützt, denn der positive Nachweis, dass die Kündigung lediglich zur Vereitelung der Versicherungsansprüche ausgesprochen wurde, wäre für den Versicherten äusserst schwierig zu führen, da es sich bei der Entscheidung, den Agenturvertrag zu kündigen, um eine (konzern-)interne Angelegenheit handelt. Dagegen genügt es für die Versicherung, ihre Gründe für eine Kündigung des Agenturvertrages überzeugend darzulegen, und nachzuweisen, dass die Versicherungsleistungen dabei keine Rolle spielten. Nach den AB hat der Betriebsinhaber zwar das Risiko einer Betriebsaufgabe zu tragen, auch wenn diese durch eine Kündigung des Agenturvertrages bedingt ist. Das Risiko einer Kündigung des Agenturvertrages zur Vereitelung von Versicherungsansprüchen inklusive das entsprechende Beweisrisiko hat er aber nicht zu tragen.

5.2.3 Dabei ist das Beweisthema in Bezug auf die Versicherung von demjenigen der Zulässigkeit der fristlosen Kündigung des Agenturvertrages zu unterscheiden. Steht fest, dass der Agenturvertrag nicht zur Vereitelung der Versicherungsansprüche gekündigt worden ist, besteht (jedenfalls ohne Übertritt in die Einzelversicherung) kein Anspruch mehr auf Versicherungsleistung und zwar selbst dann, wenn die angegebenen Gründe eine fristlose Kündigung nicht zu

rechtfertigen vermöchten. Allfällige diesbezügliche Ansprüche leiten sich nicht aus dem Versicherungsvertrag ab, sondern aus dem Agenturvertrag (Art. 418r Abs. 2 i.V.m. Art. 337c OR bei einer unzulässigen fristlosen Kündigung; vgl. hierzu auch Urteil des Bundesgerichts 4A_212/2013 vom 10. Oktober 2013 E. 3 f.; BGE 125 III 14 E. 2a S. 16). Diesbezügliche Ansprüche fallen, wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, nicht in die Zuständigkeit des Versicherungsgerichts.

6.

Mit Beendigung des Agenturvertrages entfällt die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin somit nur, wenn feststeht, dass der Agenturvertrag nicht aufgelöst wurde, um die Entstehung von Versicherungsansprüchen zu verhindern. Der Beschwerdeführer beruft sich vor Bundesgericht zwar auf Rechtsmissbrauch, er zeigt aber nicht rechtsgenügend auf, dass er im kantonalen Verfahren die Behauptung der Beschwerdegegnerin, infolge Auflösung des Agenturvertrages sei ihre Leistungspflicht entfallen, prozesskonform mit dem Einwand bestritten hätte, die Auflösung sei tatsächlich zur Vereitelung der Versicherungsansprüche erfolgt. Dies wäre aber notwendig, wenn er diesen Kündigungsgrund hätte zum Prozessthema machen wollen.

6.1 Dass er dies rechtsgenügend getan hätte, ist weder festgestellt noch ersichtlich. Der Beschwerdeführer hat sich im kantonalen Verfahren zwar auf den Standpunkt gestellt (Replik Rz. 10), die Auslegung der AB ergebe klar, dass sich der Betriebsinhaber aus eigenen Stücken dazu entschlossen haben müsse, seine Selbständigkeit aufzugeben. Er begründet dies zwar unter anderem damit, dass bei einer anderweitigen Auslegung von Art. 8 Ziff. 1 Bst. g AB eine Situation bestehen würde, wo sich der Versicherer nach seinem Gutdünken und unilateral der Ausrichtung der Nachleistungspflicht entledigen könnte. Diese rechtsmissbräuchliche Auffassung verdiene keine Zustimmung. Damit bestreitet er aber generell die von der Beschwerdegegnerin vertretene Auslegung und zwar bereits wegen der abstrakten Möglichkeit einer Kündigung zur Anspruchsvereitelung. Dass er der Beschwerdegegnerin konkret vorwirft, tatsächlich aus diesem Grund gekündigt zu haben, ergibt sich daraus nicht hinreichend deutlich, zumal er, nachdem er in Rz. 11 der Replik erneut bekräftigt, alles andere als die von ihm vertretene Auslegung wäre rechtsmissbräuchlich, so dass kein Beendigungsgrund nach Art. 8 Ziff. 1 Bst. g AB vorliege, fortfährt, die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung werde generell bestritten. Begründet wird diese Bestreitung damit, die Beschwerdegegnerin habe die von ihr im Schreiben vom 14. Januar 2015 vorgebrachten "massiven Beleidigungen" und "Drohungen" falsch gewertet, zumal er zu

diesem Zeitpunkt bereits krankgeschrieben gewesen sei. Es könne nicht von einem gravierenden Fehlverhalten gesprochen werden, das eine fristlose Kündigung auch nur ansatzweise rechtfertigen würde.

6.2 Mit diesen Vorbringen zieht der Beschwerdeführer in Zweifel, dass die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach Art. 418r OR gegeben waren. Das ist eine Frage, die das Agenturverhältnis betrifft. Auch wenn derselbe Versicherungsvertrag bei einer Drittversicherung abgeschlossen worden wäre, stünden dem Beschwerdeführer als Betriebsinhaber diesfalls keine Ansprüche auf Nachleistung gegenüber der Versicherung zu, sondern er müsste gestützt auf den Agenturvertrag allfällige Ansprüche (Art. 418r Abs. 2 i.V.m. Art. 337c) gegenüber seinen Vertragspartnern im Agenturvertrag geltend machen. Dass er die Versicherung bei einer Partei des Agenturvertrages abgeschlossen hat, ändert daran nichts. Mit seinen Ausführungen zieht der Beschwerdeführer nicht in Zweifel, dass die "massiven Beleidigungen" und "Drohungen" (und damit nicht die Kürzung der Versicherungsleistungen) den Grund der fristlosen Kündigung bildeten. Er bestreitet lediglich, dass dieser Grund eine fristlose Auflösung zu rechtfertigen vermag. Zur ordentlichen Kündigung wird keine explizite Stellung bezogen. Aus den Vorbringen ergibt sich nicht, der eigentliche Grund der Kündigung sei die Verkürzung der Ansprüche gewesen, die dem Beschwerdeführer aus dem Versicherungsvertrag zustehen. Damit war über diese Frage mangels hinreichend substantzierter Bestreitung seitens des Beschwerdeführers kein Beweis abzunehmen, denn eine hinreichende substantzierte Bestreitung lässt die Gegenpartei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantzieren und schliesslich zu beweisen hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_9/2018 vom 31. Oktober 2018 E. 2.3 mit Hinweisen).

7.

Damit ist der angefochtene Entscheid im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat zwar übersehen, dass die Kündigung des Agenturvertrags die Leistungen aus dem Versicherungsvertrag nur entfallen lässt, wenn feststeht, dass die Kündigung nicht erfolgte, um dadurch die Versicherungsleistungen zu minimieren. Davon war aber mangels substantzierter Bestreitung des Beschwerdeführers auszugehen. Solange der Beschwerdeführer nicht konkret behauptet, der Agenturvertrag sei aufgehoben worden, um dadurch die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag zu kürzen, sondern lediglich der Auffassung ist, die für die fristlose Auflösung geltend gemachten Gründe seien ungenügend, thematisiert er einen agenturvertraglichen Aspekt dem für die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag keine

Bedeutung zukommt. Soweit er dagegen die Bestimmungen der AB bei einer Kündigung des Agenturvertrages durch die Gegenseite generell ausschliessen will, begründet er dies zwar mit dem Rechtsmissbrauchsverbot, schlägt aber eine Lösung vor, die nicht darauf abstellt, ob sich die Beschwerdegegnerin tatsächlich missbräuchlich verhält. Diese Vorbringen genügen daher nicht, um diese Frage zum Prozess-thema zu machen. Damit erweist sich die Beschwerde im Ergebnis als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig. Die Beschwerdegegnerin ist nicht durch einen ausser-stehenden Anwalt vertreten. Mangels eines besonders hohen Aufwan-des steht ihr keine Parteientschädigung zu (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 133 III 439 E. 4 S. 446; Urteile des Bundesgerichts 4A_85/2018 vom 4. September 2018 E. 9; 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 6; je mit Hinweisen).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 8'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

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

Lausanne, 5. April 2019

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Kiss

Luczak