

La propriétaire d'une entreprise individuelle de taxi a conclu une assurance d'indemnités journalières. En incapacité de travail depuis le 23 septembre 2016, elle perçoit les prestations jusqu'au 28 février 2017. L'assureur apprend en avril 2017 que l'assurée avait vendu son entreprise. Il réclame le remboursement des indemnités versées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 ; l'assurée prétend quant à elle au versement des prestations pour mars à octobre 2017. Les juges cantonaux lui ont donné raison ; l'assureur recourt au TF.

La question à trancher consistait à savoir **si une clause des conditions générales d'assurance (CGA) revêtait un caractère inhabituel**. Selon les CGA, la couverture d'assurance prend fin en cas de cessation ou d'interruption de l'activité déterminante pour l'appréciation du risque lors de la souscription de l'assurance. Une prétention à l'octroi de prestations pendante lors de la fin de la couverture prend également fin du même coup, selon les CGA. Celles-ci prévoient cependant une exception lorsque la couverture d'assurance prend fin en raison de la fin des rapports de travail ou de l'expiration du contrat : dans ces cas l'assureur verse les indemnités journalières aussi longtemps que d'autres causes de cessation de couverture telles que la cessation ou interruption d'activité n'apparaissent pas (c. 3.1). **La juridiction inférieure avait jugé qu'une telle réglementation était inhabituelle**, dès lors qu'elle constituait une ingérence considérable dans le statut juridique de l'assurée, qui avait abandonné son activité afin de trouver un travail dans une activité adaptée et de réduire les coûts fixes que le maintien de son entreprise aurait généré (c. 3.2). **Le TF prend le contrepied de cette argumentation**. En particulier, la question de savoir si l'assurée avait vendu ou dû vendre son entreprise de taxi en raison de l'atteinte à sa santé est indépendante de la question à juger (c. 3.5). Il s'ensuit que la réglementation prévue par les CGA n'est pas inhabituelle et le recours de l'assureur, fondé.

*Auteur : Alexis Overney, avocat, Fribourg*

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich, I. Kammer, vom 29. März 2019 (KK.2017.00045, 756.8678.3893.06, 2016 7614781).

### Sachverhalt:

#### A.

**A.a.** B. (Versicherte, Klägerin, Beschwerdegegnerin) schloss als Inhaberin des im Handelsregister des Kantons Zürich seit 15. Juni 2007 eingetragenen Einzelunternehmens "C. Taxi, B.," mit der A. AG (Versicherung, Beklagte, Beschwerdeführerin) am 9. September 2009 eine kollektive Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) ab. Als versicherte Person wird in der Versicherungspolice einzig ihr Name aufgeführt. Gemäss der Police vom 24. Mai 2016 (gültig vom 10. Mai 2016 bis 1. Januar 2019) war als Leistung vereinbart ein Taggeld nach Ablauf einer Wartefrist von 30 Tagen in der Höhe von 100 % des versicherten Verdienstes von Fr. 72'000.-- während einer Leistungsdauer von maximal 730 Tagen.

**A.b.** Seit dem 23. September 2016 ist die Versicherte krankgeschrieben, was sie der Versicherung am 3. November 2016 meldete. Diese richtete nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist Krankentaggelder für den Zeitraum vom 23. Oktober 2016 bis 28. Februar 2017 für eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit aus. Nach einer Besprechung ihres Aussendienstmitarbeiters mit der Versicherten am 5. April 2017 teilte die Versicherung der Versicherten mit Schreiben vom 21. April 2017 die rückwirkende Einstellung der Leistungen per 1. Januar 2017 mit. Gleichzeitig kündigte sie ihr an, die zu viel bezahlten Tagelder separat zurückzufordern. Zur Begründung verwies sie auf das Besprechungsprotokoll, wonach die

Versicherte ihre Firma inkl. Auto und Kundenstamm verkauft habe. Damit sei der Versicherungsschutz erloschen. Mit Schreiben vom 27. September 2017 teilte sie der Versicherten einerseits mit, der Vertrag werde mit Wirkung ab 1. Januar 2017 aufgehoben. Andererseits erklärte sie, die Rückforderung mit der erhaltenen Prämie für das Jahr 2017 zu verrechnen.

#### **B.**

Mit Klage vom 27. September 2017 verlangte die Versicherte vor dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich von der Versicherung Fr. 48'328.70 Taggelder für die Monate März bis Oktober 2017 nebst 5 % Zins. Die Beklagte trug auf Abweisung der Klage an und beantragte widerklageweise, die Klägerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 9'408.70 (Fr. 11'640.-- für Januar und Februar 2017 ausbezahlte Taggelder abzüglich der zur Verrechnung gestellten Versicherungsprämie für das Jahr 2017 von Fr. 2'231.30) zurückzuerstatten.

Das Sozialversicherungsgericht schützte mit Urteil vom 29. März 2019 die Klage und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin Taggelder im Betrag von Fr. 48'328.70 nebst 5 % Zins seit dem 16. Juli 2017 für den Zeitraum vom 1. März 2017 bis 31. Oktober 2017 zu bezahlen. Die Widerklage wies es ab. Es erwog, strittig sei die Auslegung von Art. 8 Ziff. 1 lit. g der Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektivkrankenkasse (nachfolgend: AB), wonach der Versicherungsschutz mit Betriebsaufgabe ende. Bei objektiver Auslegung dieser Bestimmung bleibe entgegen der Klägerin kein Raum für die Unklarheitenregel. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb bei Betriebsaufgabe nicht ebenso wie bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Art. 8 Ziff. 1 lit. c AB) der Versicherungsschutz enden sollte. Die Klägerin habe mit dem Verkauf des Fahrzeugs und der Kundendaten ihr Taxiunternehmen im Sinn von Art. 8 Ziff. 1 lit. g AG aufgegeben, womit der Versicherungsschutz erloschen sei. Sie erachtete jedoch Art. 9 Ziff. 2 lit. d AB betreffend Nachleistung insofern als ungewöhnlich, als damit auch die Leistungen infolge einer vor der Betriebsaufgabe eingetretenen Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen werden; dieser Ausschluss sei deshalb gegenüber der Klägerin nicht anwendbar.

#### **C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 27. Mai 2019 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht sinngemäss, das Urteil des Sozialversicherungsgerichts sei kostenfällig aufzuheben, die Klage abzuweisen und die Widerklage zu schützen. Eventualiter sei das Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung und neuer Kostenverlegung an das Sozialversicherungsgericht zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen. Das Sozialversicherungsgericht hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Mit Präsidialverfügung vom 17. Juli 2019 wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

#### **Erwägungen:**

##### **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 86E. 2 S. 88 f., 115E. 2 S. 116).

##### **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).

### 3.

Die Beschwerde richtet sich gegen den Schluss der Vorinstanz, Art. 9 Ziff. 2 lit. d AB sei ungewöhnlich und deshalb gegenüber der Beschwerdegegnerin nicht anwendbar.

**3.1.** Art. 8 AB trägt den Titel "Wann endet der Versicherungsschutz?". Er zählt verschiedene Beendigungsgründe auf und enthält in Art. 8 Ziff. 1 lit. 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 lit. a AB eine Ausnahme vor, soweit der Versicherungsschutz infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 8 Ziff. 1 lit. c AB) oder mit dem Erlöschen des Vertrages (Art. 8 Ziff. 1 lit. 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 lit. g AB, besteht dagegen in keinem Fall ein Anspruch auf Nachleistung (Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 lit. d AB). Jedoch wird dem Versicherten gemäss Art. 17 Ziff. 1 lit. b AB ein Recht zur Fortsetzung des Versicherungsschutzes als Einzelversicherung eingeräumt, wenn der Versicherungsschutz nach Artikel 8 Ziffer 1 lit. g AB endet, sofern im Zeitpunkt der Aufgabe oder des Unterbruches der Tätigkeit aufgrund eines versicherten Ereignisses eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % besteht (vgl. dazu auch Urteil 4A\_472/2018 vom 5. April 2019 E. 2.1).

**3.2.** Die Vorinstanz erwog, zwar "fokussier[e]" die Argumentation der Beschwerdegegnerin nicht auf Art. 9 AB, zumal sie diese Bestimmung als nicht anwendbar erachte. Jedoch sei sie grundsätzlich der Auffassung, es sei ungewöhnlich und treuwidrig, für eine Leistungseinschränkung nach Eintritt des Versicherungsfalls an einen krankheitsbedingten Verkauf von Betriebsmitteln anzuknüpfen. Im Hinblick darauf prüfte die Vorinstanz von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen der "Ungewöhnlichkeit" erfüllt seien. Sie erkannte, die Beschwerdegegnerin sei branchenfremd. Ihr gegenüber könnten daher auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein. Voraussetzung sei jedoch, dass die betreffende Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweise. Zwar sei es sachlich gerechtfertigt, dass das Vertragsverhältnis bzw. der Versicherungsschutz gemäss Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB mit der Betriebsaufgabe ebenso wie bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 8 Ziff. 1 lit. c AB) ende. Für den vollständigen Ausschluss sämtlicher Leistungen infolge einer vor der Betriebsaufgabe eingetretenen Arbeitsunfähigkeit sei indes kein vernünftiger Grund ersichtlich. Ein solcher werde denn auch von der Beschwerdeführerin nicht genannt, die sich einzig darauf berufe, dass die vertragliche Einschränkung der Nachleistung prinzipiell zulässig und an sich nicht ungewöhnlich sei. Dass der vollständige Ausschluss von Nachleistungen bei einer Betriebsaufgabe in der Versicherungsbranche üblich sei, werde von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Trotz der Formulierung, dass der Anspruch auf Nachleistungen vorbehalten bleibe, habe der vollständige Ausschluss von Nachleistungen im Übrigen auch in den AB insofern

Ausnahmecharakter, als in Art. 9 AB ein solcher nur noch im Falle des Todes der versicherten Person und bei Verletzung des Territorialitätsprinzips vorgesehen sei (Art. 9 Abs. 2 lit. d in Verbindung mit Art. 8 Ziff. 1 lit. b und lit. i AB). Die in Art. 9 Ziff. 2 lit. d AB ebenfalls genannten Tatbestände von Art. 8 Ziff. 1 lit. d-f AB stellten demgegenüber Beendigungsgründe dar, die selbsterklärend einleuchten und deren Eintritt klar definiert sei.

Alsdann verlange Art. 10 Ziff. 3 lit. a AB, dass die versicherte Person bei Eintritt des versicherten Ereignisses ihre bisherige Tätigkeit anpasse oder eine andere zumutbare Tätigkeit ausübe (Schadenminderungspflicht). Soweit eine versicherte Person also nur noch in einer angepassten Tätigkeit ausserhalb ihres Betriebes einen Verdienst erzielen könne, was bei Einzelunternehmen der Regelfall sein dürfte, sei es dieser kaum möglich, ihre Ansprüche sinnvoll zu wahren. Hätte die Beschwerdegegnerin ihren Betrieb nicht aufgegeben, wäre sie bei längerer krankheitsbedingter Arbeitsniederlegung allenfalls mit hohen Fixkosten und einem Wertzerfall ihres Unternehmens konfrontiert worden, dem sie verständlicherweise habe ausweichen wollen, womit sie aber mit Art. 9 Ziff. 2 lit. d AB in Konflikt gekommen sei.

Diese Bestimmung stelle somit einerseits einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der Beschwerdegegnerin dar und zwar sowohl hinsichtlich der vertragstypischen Leistungen wie ihrer unternehmerischen Freiheit; andererseits lasse sich auf Seiten der Beschwerdeführerin kein zwingendes Interesse an dieser Bestimmung eruieren.

**3.3.** Die Geltung vorformulierter allgemeiner Geschäftsbedingungen wird durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Für einen Branchenfremden können deshalb auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein. Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung die betreffende Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Dies ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 412 f.; 135 III 1 E. 2.1 S. 7). Bei Versicherungsverträgen sind die berechtigten Deckungserwartungen zu berücksichtigen (BGE 138 III 411 E. 3.1 S. 413 mit Hinweis).

Das Bundesgericht prüft die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel als Rechtsfrage frei (Art. 106 Abs. 1 BGG; BGE 138 III 411 E. 3.4 S. 414 mit Hinweis). Es ist dabei an die Feststellungen der kantonalen Gerichte über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 138 III 411 E. 3.4 S. 414 mit Hinweisen).

**3.4.** Die Beschwerdeführerin rügt, das Bundesgericht habe bereits im zitierten Urteil 4A\_472/2018 festgestellt, dass Art. 9 AB nicht ungewöhnlich sei. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (vgl. E. 2 hiavor) hatte die Beschwerdeführerin auch bereits im kantonalen Verfahren unter Hinweis auf BGE 127 III 106 und das dem Urteil 4A\_472/2018 zugrundeliegende kantonale Urteil (KK.2016.00039) geltend gemacht, Klauseln wie Art. 8 Ziff. 1 lit. g und Art. 9 Ziff. 1 und 2 AB seien nicht ungewöhnlich.

**3.4.1.** Im Verfahren 4A\_472/2018 ging es um die Voraussetzungen der Betriebsaufgabe gemäss Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB (Ausgabe 2008 wie vorliegend; vgl. zit. Urteil 4A\_472/2018 E. 4).

Das Bundesgericht erkannte, darunter falle auch die Aufgabe eines Betriebes (Versicherungsagentur) zufolge Kündigung des Agenturvertrages gegenüber dem Betriebsinhaber, wenn die Kündigung seitens der gleichen Versicherung, die auch Schuldnerin der Taggeldleistungen sei, nicht rechtsmissbräuchlich zur Vereitelung der Taggeldansprüche erfolgt sei. Dem Betriebsinhaber war gekündigt worden, bevor die zufolge einer zuvor eingetretenen Arbeitsunfähigkeit geschuldeten maximalen Taggelder erschöpft waren; strittig war also auch die Nachleistung gemäss Art. 9 AB. Das Bundesgericht lehnte mit der Vorinstanz die vom Betriebsinhaber geltend gemachten Ansprüche ab. Es erwo, die Betriebsaufgabe als solche sei gemäss Art. 2 Ziff. 2 AB nicht versichertes Ereignis. Unabhängig davon, ob der Betrieb freiwillig oder unfreiwillig aufgegeben werde, würde der bisherige Inhaber als solcher nach Aufgabe des Betriebes auch dann keinen Verdienst mehr erzielen, wenn er gesund wäre. Der durch die Einstellung der Tätigkeit für den Inhaber entstehende Verlust sei insoweit nicht krankheitsbedingt. Die AB machten einen (grundsätzlichen) Unterschied zwischen den gewöhnlichen Arbeitnehmern einerseits und dem Betriebsinhaber andererseits. Das Schicksal der Ansprüche der Arbeitnehmer werde nicht an den Betrieb gekoppelt. Aus der Systematik ergebe sich, dass das krankheitsbedingte Risiko eines Erwerbsausfalls nach Verlassen des Betriebes bei den Arbeitnehmern durch Nachleistung gedeckt bleibe, nicht aber beim Betriebsinhaber. Er könne höchstens unter gewissen Bedingungen in die Einzelversicherung übertreten. Wenn bei Aufgabe der versicherten Tätigkeit grundsätzlich keine Nachleistung erbracht werde, knüpfe der Wegfall der Leistungspflicht nach Eintritt des versicherten Risikos an ein Ereignis an, das im allgemeinen ausserhalb des Einflussbereichs der Versicherung liege. Schliesslich wurde erwähnt, ähnliche Klauseln würden häufig verwendet (zit. Urteil 4A\_472/2018 E. 4 und 5.2.1).

In BGE 127 III 106 E. 3 hatte das Bundesgericht festgestellt, in einer Kollektivversicherung für Taggelder nach VVG könnten Ansprüche auch nach Erlöschen des Versicherungsverhältnisses geltend gemacht werden. Voraussetzung sei, dass das leistungsbegründende Ereignis während der Dauer des Versicherungsverhältnisses eingetreten sei und keine vertraglichen Abmachungen vorlägen, die das Recht auf Leistungen über die Deckungsdauer hinaus einschränken oder aufheben würden. Da im konkreten Fall keine besonderen Bestimmungen bestehen würden, die den Leistungsanspruch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses (und damit des Versicherungsverhältnisses) einschränken oder aufheben würden, würde sich die Frage nach einem Übertritt in die Einzelversicherung gar nicht stellen. Die Tatsache, dass der aus dem Kreis der Kollektivversicherten ausscheidende Versicherte gestützt auf die AB für die Kollektivversicherung den Übertritt in die Einzelversicherung verlangen könne, und dass die Taggelder der Kollektivversicherung bei Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt des Übertritts oder bei einem Rückfall danach auf die Dauer der Leistungen der Einzelversicherung angerechnet werden, würden nichts daran ändern, dass der Versicherte auch nach dem Erlöschen des Versicherungsschutzes der Kollektivversicherung Anspruch auf deren Leistungen habe, wenn das Ereignis noch während der Dauer des Versicherungsschutzes eingetreten sei.

Die Vorinstanz hat diese Rechtsprechung nicht in ihre Würdigung einbezogen.

**3.4.2.** Im Urteil 4A\_472/2018 wurde nach dem Dargelegten nicht thematisiert, ob Art. 9 Ziff. 2 lit. d AB ungewöhnlich im Sinn der Rechtsprechung sei. Dass dem nicht so ist, wurde jedoch ohne weiteres vorausgesetzt. Allerdings handelte es sich in diesem Fall bei den Vertragsparteien "um Kenner des Versicherungsvertrags" (zit. Urteil 4A\_472/2018 E. 4 am Anfang).

Die Vorinstanz sieht die erforderliche wesentliche Änderung des Vertragscharakters einer Taggeldversicherung sinngemäss im "vollständigen Ausschluss sämtlicher Leistungen " durch Art. 9 Ziff. 2 lit. d AB; der Beschwerdegegnerin sei es "kaum möglich, ihre Ansprüche aus einer bereits eingetretenen Arbeitsunfähigkeit sinnvoll zu wahren ". Wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, trägt sie dabei der Möglichkeit des Übertritts in die Einzelversicherung überhaupt nicht Rechnung. Sie erwähnt diese Bestimmung zwar kurz, setzt sich damit aber nicht auseinander. Mit der systematischen Regelung, wonach allgemein der Übertritt eines Betriebsinhabers in die

Einzelversicherung nicht möglich ist (Art. 17 Ziff. 3 AB), jedoch ausdrücklich der Fall vorbehalten ist, dass bei diesem im Zeitpunkt der Betriebsaufgabe bereits aufgrund eines versicherten Ereignisses eine Arbeitsunfähigkeit von 25 % besteht (Art. 17 Ziff. 1 lit. b AB), wurde für letzteren ausdrücklich eine Alternative geschaffen für den Wegfall der Nachleistungspflicht. Systematisch konsequent sieht Art. 17 Ziff. 3 AB umgekehrt vor, dass das Recht zur Fortsetzung des Versicherungsschutzes durch Übertritt in die Einzelversicherung nicht besteht, wenn die versicherte Person Nachleistungen bezieht. Mit dieser ineinandergreifenden Regelung blieb der Vertragscharakter der Taggeldversicherung ohne weiteres gewahrt. Aus welchen Gründen die Beschwerdegegnerin die 90-tägige Frist zum Wechsel in die Einzelversicherung nicht gewahrt hat, betrifft den Einzelfall und ändert nichts hinsichtlich der fehlenden Ungewöhnlichkeit der besprochenen Klauseln, denn bei der Ungewöhnlichkeit geht es um die generelle Wirkung. Dafür, dass der ausgebliebene Wechsel aus welchen Gründen auch immer der Versicherung anzulasten wäre, wäre die Beschwerdegegnerin als anspruchserhebende Person behauptungs- und beweispflichtig. Er ist aber nicht ersichtlich, dass sie diesbezüglich substantiierte Einwendungen erhoben hätte.

**3.5.** Davon unabhängig ist die Frage, ob die Beschwerdegegnerin wegen ihrer Krankheit ihren Betrieb veräussert hat bzw. veräussern musste. Zwar kann gemäss Art. 2 Abs. 2 AB als versichertes Ereignis Krankheit, Unfall, Niederkunft und Tod vereinbart werden, nicht aber das Risiko der Betriebsaufgabe, wie bereits im Urteil 4A\_472/2018 E. 4.2.3 festgehalten wurde. Die Vorinstanz ging aber insoweit unangefochten davon aus, aus dem Wesen der Taggeldversicherung gehe hervor, dass mit der Aufgabe oder dem Unterbruch der Tätigkeit als Betriebsinhaber nicht das blosses Niederlegen der Arbeit zufolge Arbeitsunfähigkeit gemeint sei. Das blosses Niederlegen der Arbeit zeitigt aber in Konstellationen wie der zu beurteilenden weiterreichende Konsequenzen als im Normalfall. Dem ist bei der Frage, ob eine Betriebsaufgabe anzunehmen ist, Rechnung zu tragen:

**3.5.1.** Nach den Feststellungen der Vorinstanz wird als versicherte Person in der Versicherungspolice einzig der Name der Beschwerdegegnerin aufgeführt. Damit gehört nicht nur die Betriebsinhaberin zu den versicherten Personen, sondern die Inhaberin ist gleichzeitig die einzige versicherte Person. Versichert war mithin ein Einpersonenbetrieb, in dem die Inhaberin selbst die vom Betrieb zu erbringenden Leistungen erbringt (hier mit dem betriebseigenen Taxi Kunden transportiert). Legt die Betriebsinhaberin bei diesem Betriebskonzept die Arbeit nieder, hat dies zur Folge, dass auch der Betrieb als solches die Leistungserbringung einstellt. Auch darin kann aber weder eine Aufgabe noch ein Unterbruch der Tätigkeit als Betriebsinhaber gesehen werden. Es ist vielmehr die schlichte Konsequenz des Eintritts des versicherten Risikos, beim gegebenen (und von der Beschwerdeführerin bereits während Jahren versicherten) Betriebsmodell. Von Aufgabe oder Unterbruch der versicherten Tätigkeit kann erst die Rede sein, wenn tatsächlich die Möglichkeit besteht, dass die Betriebsinhaberin vor Ausschöpfung der maximalen Taggeldleistung die Arbeitsfähigkeit wieder erlangt, und Dispositionen getroffen werden, die es entweder auch bei einer Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit unmöglich machen, die bisherige Tätigkeit wieder aufzunehmen, oder zumindest klar erkennen lassen, dass eine Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit bei Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nicht mehr geplant ist. Denn nur in derartigen Fällen würde der Inhaber auch dann keinen Verdienst mehr erzielen, wenn er gesund würde, und wäre der durch die Einstellung der Tätigkeit für den Inhaber entstehende Verlust insoweit nicht krankheitsbedingt (zit. Urteil 4A\_472/2018 E. 4.2.3).

**3.5.2.** Was mit dem Betrieb während der Zeit geschieht, in der mit dem bestehenden Geschäftsmodell die angebotene Leistung zufolge Eintritts des versicherten Risikos ohnehin nicht erbracht werden kann, beschlägt das unternehmerische Risiko und die unternehmerische Freiheit der Betriebsinhaberin. Diese kann eine Vertretung anstellen und den Betrieb mit einem geänderten Betriebsmodell weiterführen. Sie kann dazu aber nicht verpflichtet sein, um ihre Ansprüche gegenüber der Versicherung zu wahren, da diese die Versicherung beim bestehenden Betriebsmodell abgeschlossen hat. Die Inhaberin kann den Betrieb daher auch geschlossen lassen, bis sie die Arbeitsfähigkeit wiedererlangt - der Unterbruch ist Folge des Eintritts des versicherten Risikos und berechtigt nicht zu

Leistungskürzungen. Aber auch eine anderweitige Nutzung der für den Betrieb notwendigen Objekte durch die Inhaberin oder einen Dritten ist denkbar, sofern dies einer Wiederaufnahme der Tätigkeit bei Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nicht entgegensteht. Dagegen genügt nicht, dass die Betriebsinhaberin jederzeit eine Anstellung bei einem Taxiunternehmen annehmen könnte, da dies keine Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit darstellen würde.

**3.5.3.** Damit ist die Auffassung der Vorinstanz, es sei unerheblich dass die Beschwerdegegnerin - die finanziellen Mittel vorausgesetzt - jederzeit in der Lage wäre, sich ein neues Taxiunternehmen aufzubauen oder ihr altes zurückzukaufen, problematisch: Ein Rückkaufsrecht oder auch der Neukauf der zum Betrieb notwendigen Gegenstände (hier ein Taxi), der aus dem Erlös verkaufter Betriebsobjekte finanziert wird, können probate Mittel zur Fortführung des Betriebs darstellen, insbesondere wenn das Beibehalten der zum Betrieb notwendigen Mittel während der Arbeitsunfähigkeit nicht tunlich erscheint (beispielsweise wegen der Gefahr von Standschäden am Taxi, wenn es nicht genutzt wird). Da die Beschwerdegegnerin aber in ihrer Beschwerdeantwort die Feststellung, sie habe ihren Betrieb aufgegeben und für beide Verkaufsobjekte das vorbehaltene Rückkaufsrecht nicht ausgeübt, nicht - oder zumindest nicht hinreichend - beanstandet, erübrigen sich diesbezügliche Weiterungen und hat es damit sein Bewenden.

#### **4.**

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen. Die Vorinstanz hat aufgrund ihrer Auslegung der Allgemeinen Bedingungen die Widerklage der Beschwerdeführerin ohne weitere Beurteilung derselben abgewiesen. Das Bundesgericht kann daher nicht reformatorisch entscheiden. Vielmehr ist die Sache an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung zurückzuweisen.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig. Die Beschwerdeführerin ist nicht durch einen aussenstehenden Anwalt vertreten. Mangels eines besonderen Aufwands steht ihr keine Parteientschädigung zu (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 133 III 439 E. 4 S. 446; zit. Urteil des Bundesgerichts 4A\_472/2018 E. 7 mit Hinweisen).

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

##### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 29. März 2019 wird aufgehoben und die Sache wird zu neuer Beurteilung an dieses zurückgewiesen.

##### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

##### **3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

##### **4.**

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