

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

**4A\_106/2020**

**Urteil vom 8. Juli 2020**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,  
Bundesrichterin Hohl,  
Bundesrichter Rüedi,  
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Soluna Girón,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

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

Gegenstand  
Krankentaggeldversicherung,

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich, I. Kammer,  
vom 13. Januar 2020 (KK.2018.00019, 80/9.886.621).

**Sachverhalt:**

**A.**  
A. \_\_\_\_\_ (Versicherter; Beschwerdeführer) stellte am 20. Juni 2014 bei der B. \_\_\_\_\_ AG (Versicherung; Beschwerdegegnerin) den Antrag auf Abschluss einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung lautend auf Sanitäre-Anlagen A. \_\_\_\_\_. Als Versicherter war in der Offerte einzig er selbst vorgesehen. Versicherungsbeginn war der 20. Juni 2014. Es wurde ein Taggeld in der Höhe von 100 % einer fest vereinbarten Jahreslohnsumme von Fr. 102'000.-- beantragt. Als Jahresprämie wurden Fr. 2'583.70 eingesetzt. Am 2. Juli 2014 genehmigte die Versicherung den Antrag und fertigte die Police aus.

**A.a.** Der Versicherte hatte im September 2000 ein Einzelunternehmen für diverse Leistungen im sanitären Bereich eintragen lassen, über das im Januar 2002 erstmals der Konkurs eröffnet und im April 2002 mangels Aktiven wieder eingestellt worden war. Der Versicherte hatte sein Geschäft weitergeführt. Im Februar 2008 war der Konkurs erneut eröffnet und im April 2008 mangels Aktiven wieder eingestellt worden. Ende April 2008 war die Firma unter Hinweis, dass der Geschäftsbetrieb aufgehört habe, von Amtes wegen gelöscht worden.

**A.b.** Nach Abschluss des Versicherungsvertrages richtete die Versicherung vom 29. Juli 2015 bis zum 30. April 2016 und vom 9. November 2016 bis zum 31. Dezember 2016 Taggelder aus aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % und teilweise von 50 %. Anfang 2017 zog sie einen Auszug aus dem individuellen Konto (IK) des Versicherten bei und stellte fest, dass darin für die Jahre 2012 bis 2015 Einkünfte des Versicherten aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bei verschiedenen Arbeitgebern, nicht aber solche aus selbständiger Erwerbstätigkeit eingetragen waren. Darauf verlangte sie Einsicht in die Bücher des Versicherten. Dieser teilte als Reaktion darauf mit, er kündige den Versicherungsvertrag, da er sich beruflich umorientiere. Nachdem die Versicherung bei der Ausgleichskasse Auskünfte zum individuellen Konto eingeholt hatte, eröffnete sie dem Versicherten mit Schreiben vom 13. Februar 2017, er habe gemäss diesem Auszug nie den Status eines Selbständigerwerbenden gehabt. Damit fehle das versicherte Risiko und die Basis für das Zustandekommen des Versicherungsvertrages. Da der Versicherte sie durch absichtliche Täuschung zum Vertragsschluss verleitet habe, sei der Vertrag für sie gestützt auf Art. 28 Abs. 1 OR nicht verbindlich und werde rückwirkend aufgehoben. Sie verlangte vom Versicherten Fr. 77'705.20 für

die von ihr erbrachten Leistungen von Fr. 73'356.65 aus dem ersten Schaden und Fr. 11'667.25 aus dem zweiten Schaden abzüglich der geleisteten Versicherungsprämien von Fr. 7'318.70.

## **B.**

Die Versicherung setzte den eingeforderten Betrag in Betreibung. Sie erhob mit Eingabe vom 25. April 2018 beim Versicherungsgericht des Kantons Zürich Klage über diesen Betrag nebst Zins und Kosten und verlangte die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der von ihr angestregten Betreibung. Nachdem der Versicherte mit der Klageantwort unter anderem Aufstellungen über seine Einnahmen und Ausgaben im Rahmen seiner selbständigen Tätigkeit eingereicht und das Versicherungsgericht einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet hatte, liess die Versicherung die Frist zur Replik unbenutzt verstreichen. Mit Urteil vom 13. Januar 2020 hiess das Sozialversicherungsgericht die Klage gut. Es kam zum Schluss, entgegen der Versicherung könne nicht ohne Weiteres angenommen werden, der Versicherte sei ab dem 20. Juni 2014 überhaupt nicht selbständig tätig gewesen. Er habe aber die selbständige Tätigkeit im Sinne eines Nebenerwerbs ausgeführt, um Zeiten zu überbrücken, in denen er nicht als Arbeitnehmer im Einsatz stand. Das Versicherungsgericht liess offen, ob er mit der Aussage, er arbeite nur zwischendurch in Arbeitsverhältnissen, nicht nur eine falsche Vorstellung geweckt, sondern auch die Kriterien einer absichtlichen Täuschung nach Art. 28 OR erfüllt habe. Es schloss aus dem Hinweis der Versicherung, die festgesetzte Jahreslohnsumme von Fr. 102'000.-- sei vom Versicherten massiv zu hoch deklariert worden, die Versicherung hätte den Versicherungsvertrag nicht, oder zumindest nicht mit einer Jahreslohnsumme in dieser Höhe, abgeschlossen, wenn sie sich bewusst gewesen wäre, dass nur ein Nebenerwerb mit weit tieferem erwartetem Gewinn hätte versichert werden sollen. Sie könne sich auf einen wesentlichen Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR berufen und habe binnen Jahresfrist (Art. 31 Abs. 1 OR) vom Versicherungsvertrag zurücktreten dürfen. Da die geforderte Summe betraglich nicht umstritten war, hiess das Sozialversicherungsgericht die Klage gut.

## **C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Versicherte dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage abzuweisen. Sein Gesuch, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen, wies das Bundesgericht mit Präsidialverfügung vom 30. März 2020 ab. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des angefochtenen Entscheides, während das Sozialversicherungsgericht auf Vernehmlassung verzichtet hat. Die Parteien haben unaufgefordert eine Beschwerdereplik und -duplik eingereicht.

## **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 86** E. 2 S. 88 f., 115 E. 2S. 116). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheides eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (**BGE 140 III 115** E. 2 S. 116 mit Hinweis).

**1.1.** 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).

**1.1.1.** Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (**BGE 141 III 564** E. 4.1 S. 566; **140 III 16** E. 2.1 S. 18 f.; **129 I 8** E. 2.1 S. 9 mit Hinweisen).

**1.1.2.** Eine Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die von

Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmen, belegt keine Willkür (**BGE 140 III 264** E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

**1.2.** 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 in E. 1.1 hiervor 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).

Zur hinreichenden Begründung einer Sachverhaltsrüge genügt es nicht, dem Bundesgericht, ohne eine substantiierte Sachverhaltsrüge zu erheben, einfach eine eigene Version des Sachverhalts zu unterbreiten, und das angefochtene Urteil als willkürlich oder offensichtlich unhaltbar zu bezeichnen. Ein derartiges Vorgehen verkennt die grundsätzliche Bindung des Bundesgerichts an die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid (Art. 97 und Art. 105 BGG). Es geht nicht an, in einer Beschwerde in Zivilsachen appellatorische Kritik an der Beweiswürdigung des kantonalen Gerichts zu üben und Ergänzungen bezüglich der tatsächlichen Feststellungen vorzunehmen, als ob dem Bundesgericht im Beschwerdeverfahren die freie Prüfung aller Tatfragen zukäme (**BGE 140 III 264** E. 2.3 S. 266; **136 II 489** E. 2.8 S. 494; je mit Hinweisen).

## 2.

Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen eine Verletzung von Art. 247 Abs. 2 ZPO. Er beruft sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_676/2016 vom 20. April 2017 E. 2.3.1) und macht geltend, sofern die Ausführungen der Gegenpartei eine substantiierte Bestreitung ermöglichten und eine Partei davon keinen Gebrauch mache, bedeute dies, dass sie den Behauptungen der Gegenpartei nichts entgegenzusetzen habe und die Behauptungen als unbestritten gälten. Die Beschwerdegegnerin habe die Frist zur Replik trotz Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels ungenutzt verstreichen lassen und zu den zahlreichen konkreten neuen Vorbringen und Beilagen in der Klageantwort keine Stellung genommen. Damit seien insbesondere die Ausführungen zu den einzelnen Modalitäten der selbständigen Tätigkeit anerkannt, namentlich dass die Gewinne unerwartet und entgegen der ursprünglichen Schätzung zu Beginn durch sehr hohe Auslagen und diverse Debitorenausfälle geschmälert worden seien und unter anderem durch den Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG ein Verlust von rund Fr. 100'000.-- eingetreten sei. Ebenso, dass die Arbeit als Angestellter teilweise und teilzeitlich erfolgt sei, um die variierenden und teilweise rückläufigen Umsätze aus der Selbständigkeit auszugleichen, wobei die versicherte Lohnsumme den in guten Treuen initial zu erwartenden Geschäftsdimensionen entsprochen habe. Die Vorinstanz hätte von diesem unbestrittenen Sachverhalt ausgehen müssen. Sie habe aber die Klage mit der gegenteiligen Begründung geschützt, der Beschwerdeführer habe die selbständige Tätigkeit von Beginn weg nur als Nebenerwerb mit einem weit unter Fr. 100'000.-- liegenden Gewinn ausüben wollen, und es sei anzunehmen, die Beschwerdegegnerin hätte den Vertrag nicht oder nicht in dieser Höhe geschlossen, wenn sie um diesen Umstand und die damit verbundenen geringeren Gewinne gewusst hätte. Damit habe die Vorinstanz die Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime überdehnt, zumal sich das Gericht nach der Rechtsprechung bei nicht hilfsbedürftigen Parteien Zurückhaltung auferlegen sollte, wie im ordentlichen Prozess.

**2.1.** Bei der im vereinfachten Verfahren geltenden Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) handelt es sich um eine sog. "soziale" Untersuchungsmaxime (Urteil des Bundesgerichts 4A\_7/2012 vom 3. April 2012 E. 2.5), die vor allem zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien oder ungleichen juristischen Kenntnissen geschaffen wurde (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7348 Ziff. 5.16 zu Art. 242 und 243 E-ZPO). Sie ändert nichts daran, dass die Parteien die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung tragen. Die Parteien sind nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Das Gericht hat sich nur über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Wenn die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten sind, soll und muss sich das Gericht Zurückhaltung auferlegen wie im ordentlichen Prozess (**BGE 141 III 569** E. 2.3.2 S. 576 mit Hinweisen). Die soziale Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen und alle möglichen Beweise abzunehmen (**BGE 125 III 231** E. 4a S. 238 f. mit Hinweisen). Das Gericht ist auch nicht verpflichtet, die Akten von sich aus zu durchforsten, um abzuklären, was sich daraus zu Gunsten der Partei, die das Beweismittel eingereicht hat, herleiten liesse (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_497/2008 vom 10. Februar 2009 E. 4.2 mit Hinweisen, nicht publ. in: **BGE 135 III 220**). Diese Grundsätze, die das Bundesgericht bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung zur sozialen Untersuchungsmaxime herausgearbeitet hatte, behalten auch unter Anwendung der ZPO Gültigkeit (**BGE 141 III 569** E. 2.3.2 S. 576 mit Hinweisen) und kommen auch bei Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung (vgl. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) zur Anwendung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_491/2014 vom 30. März 2015 E. 2.6.1; vgl. auch **BGE 138 III 374** E. 4.3.2 S. 376; je mit Hinweisen).

**2.2.** Eine Partei ist säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornimmt oder zu einem Termin nicht erscheint. Das Verfahren wird ohne die versäumte Handlung weitergeführt, sofern das Gesetz

nichts anderes bestimmt (Art. 147 Abs. 1 und 2 ZPO). Nach Art. 147 Abs. 3 ZPO hat das Gericht die Parteien auf die Säumnisfolgen hinzuweisen. Die säumige Partei ist unter Vorbehalt der Wiederherstellung (Art. 148 ZPO) mit der prozessualen Handlung, die sie bis zum Ablauf der Frist oder bis zum Termin hätte vornehmen sollen, ausgeschlossen und kann diese Handlung nicht mehr nachträglich nachholen (DENYS TAPPY, in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl. 2019, N. 8 f. zu Art. 147 ZPO; NICCOLÒ GOZZI, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 14 zu Art. 147 ZPO; NINA J. FREI, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012 N. 7 zu Art. 147 ZPO; BARBARA MERZ, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Brunner und andere [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl. 2016, N. 16 zu Art. 147 ZPO). Daran ändert sich auch unter Geltung der sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nichts. Eine Parallele zur sozialen Untersuchungsmaxime besteht in Bezug auf die Säumnis allerdings insoweit, als der Umfang der Pflicht, die Parteien auf die Säumnisfolgen hinzuweisen, je nach Rechtskunde der Betroffenen variiert und bei nicht rechtskundig vertretenen Parteien umfassender ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_381/2018 vom 7. Juni 2019 E. 2.4). Daraus könnte die Beschwerdeführerin aber nichts ableiten, und es steht ausser Streit, dass sie säumig geworden ist.

**2.3.** Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, geht es nicht um die Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime, sondern um die Frage, welche Folgen eine Säumnis im zweiten Schriftenwechsel nach sich zieht. Der Beschwerdeführer misst der Säumnis im konkreten Fall eine Tragweite bei, die ihr auch in einem ordentlichen Verfahren (und damit unabhängig von der Tragweite der sozialen Untersuchungsmaxime) nicht zukommt:

**2.3.1.** In der Lehre wird zu den Folgen der Säumnis zum Teil zwar ausgeführt, Tatsachenbehauptungen bzw. Einreden gälten als nicht vorgebracht bzw. als nicht bestritten (FREI, a.a.O., N. 7 zu Art. 147 ZPO; MERZ, a.a.O., N. 16 zu Art. 147 ZPO). Den gesetzlichen Bestimmungen lässt sich indessen nicht entnehmen, dass der Säumnis an und für sich eine Anerkennungswirkung zukommt, wird doch mangels besonderer Bestimmungen einfach das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt. Allein aus der Säumnis (Art. 147 ZPO) lässt sich mithin keine Anerkennung konstruieren (vgl. SAMUEL MARBACHER, Schweizerische Zivilprozessordnung, Baker & McKenzie [Hrsg.], 2010, N. 7 zu Art. 147 ZPO). Eine Anerkennung kann sich aber daraus ergeben, dass es infolge der Säumnis an einer rechtsgenügenden Bestreitung fehlt und das Verfahren ohne die Bestreitung fortgesetzt wird. Das anerkennt wohl auch der Beschwerdeführer selbst, wenn er in der Beschwerdereplik ausführt, nicht das Versäumen der Replikfrist, sondern die damit einhergehende fehlende Bestreitung der in der Klageantwort vorgebrachten neuen Behauptungen führten zu deren Anerkennung. Er übersieht allerdings, dass selbst im ordentlichen Verfahren für die Frage, ob es an einer rechtsgenügenden Bestreitung fehlt, nicht allein auf die (zufolge der Säumnis unterbliebene) Replik abzustellen wäre.

**2.3.2.** Im ordentlichen Verfahren hat die beklagte Partei im Rahmen der Klageantwort darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Dieselbe Obliegenheit trifft grundsätzlich in der Replik die klagende Partei in Bezug auf die in der Klageantwort erhobenen Behauptungen der Gegenpartei, wobei eine pauschale Bestreitung nicht genügt (**BGE 144 III 519** E. 5.2.2.1 S. 524; Urteile des Bundesgerichts 4A\_535/2018 vom 3. Juni 2019 E. 4.2.2; 4A\_243/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.2.3). Insoweit besteht grundsätzlich kein Unterschied zwischen der Replik und der Klageantwort. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (**BGE 141 III 433** E. 2.6 S. 438 mit Hinweisen). Eine hinreichende Bestreitung lässt die behauptungsbelastete Partei erkennen, welche ihrer Behauptungen sie weiter zu substantiieren und welche Behauptungen sie schliesslich zu beweisen hat (**BGE 144 III 519** E. 5.2.2.3 S. 524; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_225/2011 vom 15. Juli 2011 E. 2.3 mit Hinweis). Das Erfordernis der Behauptung und der Bestreitung dient insoweit der Eingrenzung des Beweisthemas (vgl. HANS PETER WALTER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 182 und 191 zu Art. 8 ZGB), da grundsätzlich nur über bestrittene Behauptungen Beweis geführt werden muss (Art. 150 Abs. 1 ZPO; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. I, 2. Aufl. 2016, S. 210 Rz. 1277), und schafft andererseits die Voraussetzungen für eine sachgerechte Beweisführung und den Subsumtionsvorgang in der Rechtsfindung (vgl. WALTER, a.a.O., N. 202 zu Art. 8 ZGB; HOHL, a.a.O., S. 208 Rz. 1264 und S. 211 f. Rz. 1281). Dagegen ist die beweisbefreite Partei grundsätzlich nicht gehalten, darzutun, weshalb eine bestrittene Behauptung unrichtig sei (**BGE 144 III 519** E. 5.2.2.2 S. 524; **117 II 113** E. 2 S. 114; Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1 mit Hinweisen).

**2.3.3.** Die Replik unterscheidet sich insofern von einer Klageantwort (vgl. zur besonderen Stellung der Klageantwort im ordentlichen Verfahren, für die der Gesetzgeber in Art. 223 ZPO die Säumnisfolgen speziell geregelt hat: Botschaft ZPO, BBl 2006 7339, Ziff. 5.15 zu Art. 220 E-ZPO; DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 3 zu Art. 223 ZPO; sowie zur umstrittenen Frage, ob Art. 223 ZPO auch im vereinfachten Verfahren Anwendung findet: SARAH SCHEIWILLER, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, S. 182 ff. Rz. 444 ff.; TAPPY, a.a.O., N. 25 zu Art. 223 ZPO; je mit Hinweisen), als es sich bei der versäumten Eingabe nicht um die erste (und allenfalls einzige) Äusserung der betroffenen Partei im Prozess handelt. Eine Säumnis im zweiten Schriftenwechsel macht den ersten Schriftenwechsel nicht ungeschehen. Der Entscheid kann trotz versäumter Replik oder Duplik auf eine kontradiktorische Grundlage abgestützt werden (vgl. SCHEIWILLER, a.a.O., S. 89 Rz. 204). Dementsprechend hält auch Art. 234 Abs. 1 ZPO in Bezug auf die Säumnis an der Hauptverhandlung fest, bei Säumnis einer Partei berücksichtige das Gericht die Eingaben, die prozesskonform eingereicht worden

sind. Nur im Übrigen kann das Gericht seinem Entscheid unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zu Grunde legen. Sofern aus Klage und Klageantwort bereits unzweideutig klar wird, welche Tatsachen umstritten sind, und über diese Beweis abgenommen werden kann, ist die klagende Partei mithin, auch wenn ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde, nicht zwingend zu einer weiteren Stellungnahme in der Replik gehalten, wenn sie keinen Anlass zu weiteren Vorbringen sieht. Daher kann aus dem Unterlassen der Replik nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, sämtliche Vorbringen in der Klageantwort seien anerkannt.

**2.3.4.** Aus dem vom Beschwerdeführer zitierten Urteil 4A\_676/2016 E. 2.3.1 kann nichts anderes abgeleitet werden. Dort ging es um die Frage, ob, nachdem eine unbegründete Klage eingereicht worden war, der Vortrag des Rechtsvertreters der beklagten Partei beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Vollständigkeit des Sachvortrages aufkommen lassen und dieses zur Ausübung seiner Fragepflicht (vgl. Art. 56 ZPO sowie E. 2.1 hiervor) veranlassen musste. Zu beurteilen war eine Stellungnahme, die nur gewisse Aspekte substantiiert behandelte, während andere Punkte zwar erwähnt, aber nicht substantiiert wurden, obwohl sich der Rechtsvertreter mit Blick auf seine Vorbringen der Notwendigkeit zur Substanziierung bewusst sein musste. Das kann mit dem zu beurteilenden Fall, in dem es um den Verzicht auf Ausführungen der klagenden Partei im zweiten Schriftenwechsel geht, nicht verglichen werden.

**2.3.5.** Allein die Tatsache, dass die Ausführungen in der Klageantwort nicht in einer Replik bestritten worden sind, nützt dem Beschwerdeführer mithin nichts. Er müsste vielmehr darlegen, inwiefern trotz der Ausführungen in der Klageschrift infolge der Säumnis objektiv unklar bleibt, welche Tatsachen zwischen den Parteien umstritten sind, oder inwiefern die beweismässige Klärung der umstrittenen Punkte verunmöglicht wird, weil er für den ihm offenstehenden Gegenbeweis auf substantiierte Angaben der Beschwerdegegnerin angewiesen gewesen wäre. Derartiges zeigt er nicht rechtsgenügend auf. Wie er selbst anerkennt, stützte die Beschwerdegegnerin ihre Behauptung einer absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR auf den Tatsachenvortrag, der Beschwerdeführer habe mindestens seit 2012 nie als Selbständiger gearbeitet und sie bei Vertragsschluss in diesem Punkt getäuscht. Damit ist klar, dass die gesamte selbständige Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers in diesem Zeitraum zwischen den Parteien umstritten ist. Über das tatsächliche Ausmass der selbständig geleisteten Arbeiten eines Versicherten kann eine Versicherung (im Gegensatz zum Versicherten selbst) aus eigener Kenntnis in aller Regel nichts darlegen. Die Beschwerdegegnerin stützte sich auf das individuelle Konto des Beschwerdeführers. Zu einer substantiierten Bestreitung und dem Gegenbeweis, dass er tatsächlich eine selbständige Tätigkeit entfaltet habe, war er nicht auf weitere Informationen der Beschwerdegegnerin angewiesen (vgl. **BGE 133 III 43 E. 4.1 S. 54** mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts 4A\_453/2017 vom 12. Juli 2018 E. 3.2). Er verweist selbst darauf, die Behauptung der Beschwerdegegnerin sei vom Beweisergebnis positiv widerlegt worden. Die strittige Tatsache konnte mithin beweismässig abgeklärt werden - eine ungenügende Behauptung oder Bestreitung ist nicht ersichtlich.

**2.4.** Entgegen dem Beschwerdeführer haben seine Ausführungen in der Beschwerdeantwort mithin nicht mangels hinreichender Bestreitung als anerkannt zu gelten. Soweit der Beschwerdeführer seine Beschwerde darauf abstützt, ist nicht darauf einzutreten.

### **3.**

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Beschwerdegegnerin alle unmittelbar erheblichen Sachumstände behauptet hat, auf deren Vorliegen oder Fehlen der von der Vorinstanz zur Anwendung gebrachte abstrakte Rechtssatz eine Rechtsfolge gründet (vgl. WALTER, a.a.O., N. 184 zu Art. 8 ZGB). Der Beschwerdeführer ist diesbezüglich der Auffassung, die Vorinstanz hätte die fehlenden Behauptungen zur Qualifikation der Selbständigkeit als Nebenerwerb und zu den Tatfragen bei einem Grundlagenirrtum (insbesondere die subjektive Wesentlichkeit und die Erkennbarkeit der Wesentlichkeit einer künftigen Tatsache für die Gegenpartei) berücksichtigen müssen. Dass für die Beschwerdegegnerin die selbständige Erwerbstätigkeit an sich ein absolut wesentlicher Vertragspunkt gewesen sei, bedeute nicht, dass auch eine ausschliessliche oder mehrheitliche Selbständigkeit oder ein Jahresgewinn von Fr. 100'000.-- einen absolut wesentlichen Vertragspunkt dargestellt habe (dies sei alles nicht behauptet worden). Die von der Vorinstanz herangezogene Klageaussage, wonach die Summe von Fr. 100'000.-- massiv zu hoch deklariert worden sei, erachtet der Beschwerdeführer nicht für einschlägig, denn in der dazugehörigen Beweisofferte werde auf die Klagebeilage 2 verwiesen, den IK-Auszug mit den Aufstellungen der Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit. Die fragliche Passage beziehe sich nicht auf ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit, das ja bestritten worden sei, und enthalte zu Wissen und Willen bei Vertragsschluss ebenso wenig eine konkrete Aussage wie zur Frage, ob sich die Beschwerdegegnerin in diesem Punkt geirrt habe und welche Folge ein Wissen um die teilweise selbständige Tätigkeit nach sich gezogen hätte. Anders als bei völlig fehlender Selbständigkeit bestehe bei zumindest teilweiser Selbständigkeit durchaus ein Grund zum Abschluss einer entsprechenden Versicherung.

**3.1.** Ein wesentlicher Irrtum macht den Vertrag gemäss Art. 23 OR für den Irrenden unverbindlich. Als wesentlich gilt namentlich der Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR. Auf einen solchen kann ein Vertragsschliessender sich berufen, wenn er sich über einen bestimmten Sachverhalt geirrt hat, den er als eine notwendige Grundlage des Vertrages ansah und nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch bei objektiver Betrachtungsweise als gegeben voraussetzen durfte (**BGE 136 III 528 E. 3.4.1 S. 531; 132 II 161 E. 4.1 S. 165 f.; 114 II 131 E. 2 S. 139; je mit Hinweis**). Das objektive Merkmal des Grundlagenirrtums ist erfüllt, wenn nach objektivem Massstab, aus der Sicht loyaler Geschäftsleute, der

irrtümlich angenommene Sachverhalt notwendige Grundlage des Vertrages bildete. Bei dieser Beurteilung sind die Besonderheiten des konkreten Geschäftes und die Eigenschaften der am Vertrag beteiligten Parteien zu beachten (**BGE 136 III 528** E. 3.4.1 S. 532; **118 II 58** E. 3b S. 62 und 297 E. 2c S. 300 f.; Urteile des Bundesgerichts 4A\_47/2009 vom 15. September 2009 E. 1.3.2; 4C.43/2005 vom 24. Juni 2005 E. 3 mit Hinweisen).

**3.2.** Der Beschwerdeführer legt selbst dar, die Beschwerdegegnerin habe in der Klage geltend gemacht, er sei spätestens ab 2012 immer Arbeitnehmer und nie selbständig erwerbstätig gewesen. Er habe die Versicherung abgeschlossen, um in einem Krankheitsfall zwei Mal entschädigt zu werden (aus der Versicherung des Arbeitgebers sowie aus der Versicherung für die selbständige Erwerbstätigkeit). Mangels selbständiger Erwerbstätigkeit sei aber ein Vertragspunkt entfallen, der absolut wesentlich gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe sich so doppelt versichern wollen. Indem er sich als selbständigerwerbend ausgegeben und dabei gewusst habe, dass er nur als Angestellter tätig und in dieser Eigenschaft bereits versichert gewesen sei, habe er die Beschwerdegegnerin absichtlich getäuscht.

**3.3.** Diese Behauptungen liessen sich beweismässig nur teilweise erhärten und wurden von der Vorinstanz (namentlich in Bezug auf eine allfällige Täuschungsabsicht) nur teilweise abgeklärt. Aber auch den Einwand des Beschwerdeführers, er habe den Versicherungsberater darüber informiert, dass er neben seiner selbständigen Erwerbstätigkeit teilweise und zeitweilig noch als Angestellter arbeite, liess die Vorinstanz in Bezug auf die Frage, wem gegenüber die Information erfolgte, offen. Sie erachtete die behauptete Information als ungenügend, da der vom Beschwerdeführer behauptete Hinweis, er arbeite gelegentlich temporär sowie im Unterakkord, die in den Augen der Vorinstanz unzutreffende Vorstellung weckte, die selbständige Tätigkeit stehe im Vordergrund. Zwar habe die Beschwerdegegnerin bei der Berufung auf die Unverbindlichkeit des abgeschlossenen Versicherungsvertrages den Tatbestand der absichtlichen Täuschung in den Vordergrund gestellt. Sie habe in der Klageschrift jedoch auch darauf hingewiesen, die festgelegte Jahreslohnsumme von Fr. 102'000.-- sei vom Beschwerdeführer massiv zu hoch deklariert worden. Aus diesem Hinweis schloss die Vorinstanz (vgl. Sachverhalt B hiervor), die Beschwerdegegnerin hätte den Versicherungsvertrag nicht oder zumindest nicht in dieser Höhe abgeschlossen, wenn sie sich bewusst gewesen wäre, dass nur ein Nebenerwerb mit weit tieferem zu erwartenden Gewinn hätte versichert werden sollen.

**3.4.** Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer vorgeworfen, er habe sich doppelt versichern wollen. Die Doppelversicherung wird in den besonderen Bestimmungen für Schadensversicherungen wie folgt umschrieben: Sie ist gegeben, wenn dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr und für dieselbe Zeit bei mehr als einem Versicherer dergestalt versichert wird, dass die Versicherungssummen zusammen den Versicherungswert übersteigen (Art. 53 VVG). Wenn die Vorinstanz vor dem Hintergrund der Hinweise der Beschwerdegegnerin auf die Doppelversicherung und mit Blick auf den Vorwurf, die festgelegte Jahreslohnsumme von Fr. 102'000.-- sei massiv zu hoch deklariert worden, das entscheidende Gewicht nicht auf die Frage legt, ob überhaupt eine selbständige Erwerbstätigkeit entfaltet wurde, sondern berücksichtigt, in welchem Umfang die Tätigkeit ausgeübt wurde, ist dies nicht zu beanstanden. Während theoretisch jedes Mass an selbständiger Tätigkeit im tatsächlich geleisteten Umfang einen Grund zum Abschluss einer Versicherung bilden kann, entschärft angesichts der Höhe der angegebenen Jahreslohnsumme von Fr. 102'000.-- und des Umfangs der unselbständigen Tätigkeit nicht jede selbständige Tätigkeit das von der Beschwerdegegnerin aufgeworfene Problem der Doppelversicherung, dass nämlich der Beschwerdeführer aufgrund der Leistungen der Versicherungen seines Arbeitgebers und denjenigen, die er von der Beschwerdegegnerin beansprucht, wesentlich mehr erhalten könnte, als er, wenn er voll erwerbsfähig wäre, verdienen könnte. Es zum Ausschluss eines Irrtums genügen zu lassen, dass überhaupt irgendeine Form der selbständigen Erwerbstätigkeit entfaltet wurde, würde dem Vorwurf, der Beschwerdeführer habe sich doppelt versichern wollen, mit dem die Beschwerdegegnerin den Vertragsrücktritt rechtfertigte, nicht gerecht. Dass sie auf die Lohnsumme aus unselbständiger Erwerbstätigkeit verwiesen hat, ändert daran nichts, zumal sie jegliche selbständige Tätigkeit in Abrede stellte.

**3.5.** Eine andere Frage ist, ob dieser Punkt mit Blick auf die Art der abgeschlossenen Versicherung nach objektivem Massstab, aus der Sicht loyaler Geschäftsleute eine notwendige Grundlage des Vertrages bildete, was der Beschwerdeführer bestreitet. Er verweist auf die Literatur, wonach insbesondere Selbständigerwerbende das Bedürfnis hätten, fixe Summen zu versichern, da die Erfolgsrechnungen oft steueroptimiert seien (tiefe Reingewinne) oder bei Betriebsbeginn noch gar keinen Gewinn auswiesen und die Selbständigerwerbenden das Bedürfnis hätten, im Krankheitsfall ihre Fixkosten decken zu können (HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, S. 11 f. Rz. 42).

**3.5.1.** Krankentaggelder nach dem VVG können sowohl als Summenversicherung als auch als Schadensversicherung ausgestaltet werden, wobei bei Kollektivverträgen auch gemischte Formen anzutreffen sind, in denen für den Betriebsinhaber eine Summenversicherung und für die Angestellten eine Schadensversicherung vereinbart ist (HÄBERLI/ HUSMANN, a.a.O., S. 10 Rz. 39 f.). Da generell sowohl die Schaden- als auch die Summenversicherung möglichen Vermögenseinbussen (hier Einkommenseinbussen) vorbeugen sollen, liegt das massgebende Unterscheidungsmerkmal nicht im Zweck, sondern in der Voraussetzung der Leistung (**BGE 119 II 361** E. 4 S. 365). Ist die Leistung beim Eintritt des Versicherungsfalls unabhängig davon geschuldet, ob der Versicherte effektiv einen Schaden erlitten hat, ist

keine Schadensversicherung sondern eine Summenversicherung gegeben (**BGE 133 III 527** E. 3.2.4 S. 532 f.; **119 II 361** E. 4 S. 364 f.; **104 II 44** E. 4c f. S. 49 ff.; Urteile des Bundesgerichts 4A\_81/2020 vom 2. April 2020 3.2; 4A\_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.2).

**3.5.2.** Die Vorinstanz hält (worauf auch der Beschwerdeführer hinweist) fest, gemäss den einschlägigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) gelte bei namentlich versicherten Personen, insbesondere bei Inhabern von Einzelfirmen, als Taggeldansatz die vereinbarte Lohnsumme geteilt durch 365. Im konkreten Versicherungsfall sei also nicht zu eruieren, wie hoch der krankheitsbedingte Erwerbsausfall tatsächlich sei. Aufgrund dieser Feststellung entsteht der Eindruck, die abgeschlossene Versicherung sei als Summenversicherung zu qualifizieren. Allerdings ist nach Art. D1 AVB "versicherte Person" der Inhaber der Einzelfirma, sofern er (wie hier) namentlich aufgeführt ist. Nach Art. D2 AVB ist bei der hier vereinbarten Volldeckung Voraussetzung für ein Krankentaggeld eine krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit von min. 50%. Nach Art. G20 Abs. 1 AVB liegt Erwerbsunfähigkeit vor, insoweit eine versicherte Person infolge Krankheit ihren Beruf oder eine andere zumutbare Tätigkeit nicht ausüben kann. Weitere Voraussetzung ist, dass der Versicherte oder der Arbeitgeber durch diese Krankheit eine finanzielle Einbusse erleidet. Damit ist die Leistung im konkreten Fall beim Eintritt des Versicherungsfalls nicht unabhängig davon geschuldet, ob der Versicherte effektiv einen Schaden erlitten hat (vgl. E. 3.5.1 hiervor). In der vom Beschwerdeführer zitierten Literatur wird denn auch die Ansicht vertreten, die variable Bemessung der Versicherungsleistungen anhand des Schadens sei in der Schadensversicherung nicht zwingend. So könne die Versicherung die Deckung des Schadens auch durch einen vorgängig bestimmten Pauschalbetrag vorsehen, ohne dass die Versicherung dadurch zur Summenversicherung würde. Die Leistung sei zwar nur geschuldet, sofern ein konkreter Schaden eintritt, dieser müsse aber nicht genau der vereinbarten Leistung entsprechen. Solche Pauschalisierungen fänden sich besonders in Fällen, in denen der konkrete Schaden nur schwer oder mit unverhältnismässigem Aufwand zu ermitteln sei, wie beispielsweise die Verdiensteinbussen bei Selbständigerwerbenden (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., S. 9 f. Rz. 36 mit Hinweis). Allerdings findet sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch ein Entscheid, der nach Hinweis auf die in E. 3.5.1 dargelegte Definition ausführt, wenn der Taggeldanspruch eine tatsächliche wirtschaftliche Einbusse voraussetze und die Höhe des Taggelds von den tatsächlichen wirtschaftlichen Konsequenzen des Schadensfalles für den Versicherten abhängt, liege eine Schadensversicherung vor (Urteil des Bundesgerichts 4A\_332/2010 und 4D\_126/2010 vom 22. Februar 2011 E. 5.2.3). Diese letzte Voraussetzung wäre im zu beurteilenden Fall nicht gegeben, so dass sich die Frage stellen könnte, ob nur unter dieser Voraussetzung eine Schadensversicherung anzunehmen ist.

**3.5.3.** Die Frage braucht nicht vertieft zu werden. Auch die Vorinstanz gestand dem Beschwerdeführer bei der Festlegung des versicherten Jahresverdienstes einen gewissen Ermessensspielraum zu. Aus den Regeln in den AVB lasse sich aber nicht schliessen, das tatsächliche Erwerbseinkommen spiele bei der Festlegung der Lohnsumme gar keine Rolle, denn andernfalls würde der Charakter der Taggeldversicherung als Erwerbsausfallversicherung (vgl. hierzu auch E. 3.5.2 hiervor) unterlaufen. Dem ist zuzustimmen und auch die in der Literatur genannten Beispiele, auf die sich der Beschwerdeführer beruft, ändern daran nichts. Es sind nicht Beispiele, in denen ein Betrag versichert werden soll, der ohne Eintritt des versicherten Risikos nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gar nicht erreicht werden kann, sondern es geht um die Pauschalierung eines Einkommens, das ohne das versicherte Ereignis zwar tatsächlich mit der Erwerbstätigkeit in etwa erzielt worden wäre, das aber infolge der Steueroptimierung (tiefe Reingewinne) oder der Verwendung für Fixkosten allenfalls nicht als "Lohn" oder "Gewinn" aufscheint und daher nur schwer exakt zu ermitteln ist. Auch das Bundesgericht hielt bei der Beurteilung einer Schadensversicherung fest, der Betriebsertrag bzw. der Ertragsausfall im Betrieb könne nicht einfach mit dem Verdienst bzw. Verdienstaufschlag beim Selbständigerwerbenden gleichgesetzt werden, sondern gestatte lediglich Rückschlüsse darauf (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.21/2007 vom 20. April 2007 E. 4).

**3.5.4.** Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers geht es nicht um die Frage, ob ein Versicherer, wenn er bei einem Selbständigerwerbenden eine feste Lohnsumme versichert, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr einen Gewinn in gleicher Höhe voraussetzen kann. Es geht um die von der Vorinstanz mit Blick auf das Verhältnis der Tätigkeiten als Selbständig- und Unselbständigerwerbender festgestellte offensichtliche Diskrepanz zwischen der angegebenen Lohnsumme und den Einnahmen, die der Versicherte durch seine Arbeit als Selbständigerwerbender für sein Unternehmen ohne den Eintritt des versicherten Risikos voraussichtlich erwirtschaften könnte. Denn nur solange eine Relation zum tatsächlich erzielten Entgelt für die ohne Eintritt des versicherten Risikos erbrachte Arbeit besteht, kann von einer Lohnsumme gesprochen werden (vgl. Art. 319 OR) und bleibt der Grundcharakter der Versicherung, welche die Konsequenzen der Erwerbsunfähigkeit absichern soll, gewahrt. Hätte ein in beliebiger Höhe festgesetzter Pauschalbetrag vereinbart werden sollen, ergäbe die Bezeichnung als Lohnsumme keinen Sinn, da es nicht um Ersatz des ohne Erwerbsunfähigkeit im Unternehmen erzielten Entgelts für die geleistete Arbeit ginge. Inwiefern der Jahresumsatz, dem der Beschwerdeführer allenfalls Bedeutung beimessen möchte, im konkreten Fall Rückschlüsse auf dieses Entgelt zulassen sollte, zeigt er nicht rechtsgenügend auf. Um aus der von ihm zitierten Literatur etwas ableiten zu können, müsste er nicht nur im Einzelnen darlegen, inwiefern der von ihm (ohne Eintritt des versicherten Risikos) als Selbständiger erbrachten Leistung ein höherer Wert als der erzielte Gewinn zuzumessen ist und weshalb dieser Wert nicht im Gewinn aufscheint, sondern auch, dass dieser Wert die Grössenordnung der angegebenen Lohnsumme erreicht. Diesen Anforderungen genügen die Ausführungen in der Beschwerde nicht.

**3.6.** Soweit sich der Beschwerdeführer auf eine Verletzung von Art. 8 ZGB (Beweislast) und seines Rechts auf Beweis (Art. 152 Abs. 1 ZPO) beruft und in diesem Zusammenhang darauf hinweist, er habe als Beweismittel seinen Buchhalter als Zeugen sowie seine Befragung als Partei angeboten, verliert er aus den Augen, dass die Vorinstanz in Würdigung der Akten zum Ergebnis gelangte, bei korrekter Schätzung hätte nicht annähernd ein Jahresgewinn von Fr. 100'000.-- erwartet werden können. Damit ist sie zu einem positiven Beweisergebnis gelangt, so dass insoweit eine Verletzung von Art. 8 ZGB ausscheidet, da diese Bestimmung keinen Anspruch auf Weiterungen eines erfolgreichen Beweisverfahrens gibt, sondern stets an den Begriff und die Folgen der Beweislosigkeit anknüpft (**BGE 143 III 1** E. 4.1 S. 2 f.; **130 III 591** E. 5.4 S. 601 f.). Dieses Beweisresultat müsste der Beschwerdeführer als offensichtlich unhaltbar ausweisen. Zwar kann sich die Beweiswürdigung als willkürlich erweisen, wenn das Gericht ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel nicht abnimmt (vgl. E. 1.1.2 hiervor). In der Beschwerde wird aber nicht rechtsgenügend dargelegt, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen, womit den strengen Begründungsanforderungen nicht Genüge getan ist. Es geht nicht um die allgemeinen Schwierigkeiten, mit denen die Festsetzung der Lohnsumme eines Selbständigen als zukünftige Tatsache verbunden sein kann, sondern darum, dass die Vorinstanz aufgrund der Würdigung der Akten zum Schluss kam, die Abweichung der angegebenen Lohnsumme von den tatsächlichen Verhältnissen lasse sich nicht durch derartige Schwierigkeiten erklären. Dieser Einschätzung hält der Beschwerdeführer einfach seine abweichende Auffassung entgegen. Darauf ist nicht einzutreten.

#### **4.**

Damit ist auch die Rüge unbegründet, die Vorinstanz habe nicht hinreichend begründet, inwieweit die Voraussetzungen für eine Ergänzung des Sachverhalts durch das Gericht gegeben gewesen seien. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt nicht von Amtes wegen ergänzt, sondern sie ist, ohne Recht zu verletzen, davon ausgegangen, die Vorbringen des Beschwerdeführers seien trotz fehlender Replik nicht anerkannt (vgl. E. 2 hiervor), und ein Irrtum in Bezug auf die Lohnsumme könne nicht bereits mit Blick auf die Tatsache, dass der Beschwerdeführer überhaupt eine selbständige Tätigkeit entfaltet hat, verneint werden (vgl. E. 3 hiervor).

#### **5.**

Für den Fall, dass die Berufung auf einen Willensmangel statthaft sein sollte, thematisiert der Beschwerdeführer deren Folge, nämlich das Dahinfallen des Vertrages. Er ist der Auffassung, da es sich bei den entsprechenden Konsequenzen um rein rechtliche Fragen handle, seien neue Vorbringen zulässig. Er beruft sich auf **BGE 129 III 320** und macht geltend, bei ganz oder teilweise abgewickelten Dauerschuldverhältnissen folge aus der Irrtumsanfechtung eine Kündigung ex nunc. So würden die schuldlosen Parteien und übrige Betroffene in ihrem Vertrauen auf den Bestand der Versicherung geschützt und allenfalls schwierige Rückabwicklungen unnötig. Den berechtigten Interessen an Ersatzforderungen werde dadurch Rechnung getragen, dass es den Parteien unbenommen bleibt, Schadenersatzansprüche zu stellen. Die Klage auf Rückzahlung des Geleisteten wäre entsprechend mangels Behauptungen der Beschwerdegegerin zu einem Schadenersatzanspruch abzuweisen.

**5.1.** Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur vorgebracht werden, soweit erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG; **BGE 139 III 120** E. 3.1.2 S. 123). Art. 99 Abs. 1 BGG verbietet e contrario nicht, vor Bundesgericht eine neue rechtliche Argumentation vorzubringen, vorausgesetzt, dass dieser die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Urteil zugrundegelegt werden (**BGE 136 V 362** E. 4.1 S. 366; **130 III 28** E. 4.4 S. 34; Urteil des Bundesgerichts 4A\_647/2015 und 4A\_649/2015 vom 11. August 2016 E. 5.2.2, nicht publ. in **BGE 142 III 557**).

**5.2.** Die Rückabwicklung von Dauerschuldverhältnissen stösst an Grenzen, wenn beispielsweise in vollständiger oder teilweiser Erfüllung des Vertrages Dienste erbracht oder Unterlassungspflichten beachtet wurden, die in natura nicht zurückerstattet werden können. In solchen Fällen misst daher die Rechtsprechung der erfolgreichen Irrtumsanfechtung aus Praktikabilitätsgründen nur die Bedeutung einer Kündigung des Vertragsverhältnisses ex nunc zu. Dabei bleibt die Konstellation vorbehalten, dass sich der Willensmangel im Synallagma selbst auswirkte, d.h. für das Leistungsversprechen des Irrenden in quantitativer Hinsicht bestimmend war. Hier werden bei der Rückabwicklung die Leistungen in gerichtlicher Vertragsanpassung in Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR modifiziert (**BGE 137 III 243** E. 4.4.4 S. 250 mit Hinweisen).

**5.3.** Die Regeln über die Willensmängel gemäss Art. 23 ff. OR finden auch auf den Versicherungsvertrag Anwendung, allerdings nur soweit das VVG dazu keine speziellen Normen enthält (vgl. **BGE 90 II 449** E. 2 S. 454; Urteil des Bundesgerichts 4A\_352/2014 vom 9. Februar 2015 E. 4.1.2; ANDREA PATRICIA STÄUBLI, Die Regelung über die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach Art. 4 ff. VVG und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, 2019, S. 64 Rz. 161 mit Hinweisen in Fn. 456). Welche Rechtsfolgen eine erfolgreiche Irrtumsanfechtung eines Versicherungsvertrages zeitigt und ob diesbezüglich die in E. 5.4 dargestellte Rechtsprechung zur Anwendung kommt, ist in der Lehre umstritten (vgl. die Hinweise bei STÄUBLI, a.a.O., S. 89 ff. Rz. 217 ff.). Gegen eine Wirkung ex nunc wird ins Feld geführt, da praktisch nur Geldleistungen betroffen seien, stosse eine Rückabwicklung nicht auf erhebliche praktische Probleme (STÄUBLI, a.a.O., S. 91 f. Rz. 220 ff.). Dem Beschwerdeführer ist allerdings zuzugestehen, dass gegenüber einem schuldlosen Versicherten die rückwirkende Auflösung eines Versicherungsvertrages wegen eines Irrtums der Versicherung zu Problemen führen kann, soweit der Irrtum auch von der

Versicherung nicht verschuldet ist und der Versicherte somit nach Art. 26 OR keinen Anspruch auf Schadenersatz (**BGE 105 II 23** E. 3 S. 27) hat:

**5.3.1.** Jede Versicherungsgefahr bezieht sich dem Wesen der Gefahr zufolge auf ein zukünftiges Ereignis, das (entweder überhaupt oder doch mindestens hinsichtlich des Zeitpunkts seines Eintritts) ungewiss ist (Botschaft vom 2. Februar 1904 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag [Botschaft VVG], BBl 1904 I 284 Ziff. D.I.4a/aa; Urteil 4A\_631/2016 vom 21. April 2017 E. 2.3.2). Ist bei Vertragsabschluss das versicherte Ereignis bereits eingetreten oder aber die Gefahr bereits beseitigt, so fehlt das versicherbare Interesse, mithin das Vertragsobjekt (Botschaft VVG, BBl 1904 I 284 Ziff. D.I.4a/aa), und ist der Versicherungsvertrag nichtig (Art. 9 VVG). Für den Zeitraum, während dem der Versicherte auf den Bestand der Versicherung vertraut hat, kann er sich daher bei einer rückwirkenden Auflösung des Vertrages zufolge Irrtums nachträglich keine Versicherungsdeckung mehr für bereits eingetretene Risiken verschaffen. Fällt ein Versicherungsvertrag rückwirkend dahin, wird mithin nicht der Zustand vor Abschluss des Vertrages wiederhergestellt, sondern die Rückabwicklung wirkt sich (je nachdem, ob sich das versicherte Risiko verwirklicht hat) zu Gunsten der einen oder der anderen Partei aus. Die bei Vertragsschluss gegebene, für einen Versicherungsvertrag charakteristische Ungewissheit über den Eintritt des versicherten Risikos besteht im Zeitpunkt der Vertragsauflösung nicht mehr.

**5.3.2.** Das VVG enthält wie erwähnt in den besonderen Bestimmungen für Schadensversicherungen Regelungen zur Doppelversicherung (Art. 53 VVG) und zur Überversicherung (Art. 51 VVG). Die Bindung des Versicherers an den Vertrag entfällt nur unter qualifizierten Voraussetzungen. Nur soweit der Versicherungsnehmer die Anzeige der Doppelversicherung absichtlich unterlassen oder eine Doppelversicherung oder eine Überversicherung in der Absicht abgeschlossen hat, sich daraus einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden (Art. 53 Abs. 2 und Art. 51 VVG). Jeder Versicherer hat dabei auf die ganze vereinbarte Gegenleistung Anspruch (Art. 53 Abs. 3 VVG; vgl. auch Art. 51 VVG). Die Frage, ob Art. 53 Abs. 2 VVG im zu beurteilenden Fall allenfalls analog Anwendung finden könnte (vgl. generell zum Anwendungsbereich der Bestimmung: CHRISTIAN BOLL, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N. 3 f. zu Art. 53 VVG) und ob daneben eine Irrtumsanfechtung zulässig bleibt, braucht indessen nicht vertieft zu werden: Einerseits beruft sich der Beschwerdeführer nicht auf die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen. Andererseits stellt er lediglich in unzulässiger Weise die Einschätzung der Vorinstanz, bei korrekter Schätzung hätte nicht annähernd ein Jahresgewinn von Fr. 100'000.-- erwartet werden können, in Abrede (vgl. E. 3.6 hiavor). Er zeigt nicht rechtgenügend auf, dass er plausible Gründe für den Abschluss einer doppelten beziehungsweise überhöhten Versicherung gehabt hätte (vgl. BOLL, a.a.O., N. 23 zu Art. 53 VVG).

**5.4.** Auch auf die Frage nach den Konsequenzen einer erfolgreichen Irrtumsanfechtung braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden:

**5.4.1.** Zwar hat die Vorinstanz offengelassen, ob eine absichtliche Täuschung vorgelegen hat. Dies ändert aber nichts daran, dass der Beschwerdeführer nach ihren Feststellungen mit den von ihm gemachten Angaben objektiv bei der Beschwerdegegnerin eine falsche Vorstellung geweckt hat. Unter diesem Gesichtspunkt ist er nicht als schuldlos anzusehen.

**5.4.2.** Zudem wird in der Rechtsprechung (vgl. E. 5.2 hiavor) und auch in E. 7.1.4 von **BGE 129 III 320**, auf den sich der Beschwerdeführer stützt, ein Vorbehalt zur reinen Auflösung des Vertrags ex nunc angebracht und eine richterliche Vertragsanpassung vorgesehen für den Fall, dass der Willensmangel sich im Synallagma selbst auswirkte, d.h. für das Leistungsversprechen des Irrenden in quantitativer Hinsicht bestimmend war (**BGE 137 III 243** E. 4.4.4 S. 250 mit Hinweisen). Dies ist hier der Fall, da die Beschwerdegegnerin nach den Feststellungen der Vorinstanz die Versicherung nicht mit einer Jahreslohnsomme in dieser Höhe abgeschlossen hätte (und wohl generell eine andere Art von Versicherung hätte gewählt werden müssen, wenn eine die realistische Lohnsumme weit überschreitende Versicherungsleistung hätte vereinbart werden sollen). Nach Treu und Glauben könnte der Beschwerdeführer mithin höchstens verlangen, dass die Versicherungsleistung und Prämien auf eine realistische Lohnsumme gekürzt werden, entsprechend der (ohne Eintritt des versicherten Risikos) tatsächlich entfalteten selbständigen Tätigkeit als Nebenerwerb. Hinreichende Feststellungen dazu finden sich im angefochtenen Entscheid aber nicht und der Beschwerdeführer macht vor Bundesgericht auch keine dahingehenden Ausführungen. Er trachtet vielmehr danach, an den überhöhten Versicherungsleistungen festzuhalten. Dass diese den bezahlten Prämien entsprechen, entlastet ihn nicht, da im jetzigen Zeitpunkt nach Eintritt des versicherten Risikos feststeht, dass die überhöhte Versicherungssumme sich trotz der dadurch bedingten höheren Prämien zu seinem Vorteil ausgewirkt hat. Diesen mit Blick auf die Art der geschlossenen Versicherung und den Umfang der tatsächlich entfalteten Tätigkeit als Selbständigerwerbender (nicht als Haupt-, sondern bloss als Nebenerwerbstätigkeit) nicht gerechtfertigten Vorteil sucht er sich mit der Anrufung der ex-nunc-Wirkung zu bewahren, zumal er seine selbständige Tätigkeit ohnehin aufgegeben hat, so dass der Irrtumsanfechtung keine praktische Bedeutung zukommen würde. Dieser Versuch hat mit der in E. 5.3.1 hiavor dargestellten Problematik nichts zu tun. Damit ist er nicht zu hören.

**6.**

Die Beschwerde erweist sich insgesamt als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit angesichts der weitgehend appellatorischen Kritik an der Beweiswürdigung überhaupt darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig. Die Beschwerdeantwort war nicht mit einem übermässigen Aufwand verbunden. Der nicht durch einen externen Anwalt vertretenen Beschwerdegegnerin steht keine Parteientschädigung zu (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG; **BGE 133 III 439** E. 4 S. 446; Urteil des Bundesgerichts 4A\_238/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 4 mit Hinweis).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

- 1.**  
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
- 2.**  
Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- 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, 8. Juli 2020

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Luczak