

FR_GERICHTE 101 2023 353 vom 26. Februar 2024

FR Kantonsgericht, 2024-02-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2023_353

FR: FR_GERICHTE 101 2023 353 du 26 février 2024

IT: FR_GERICHTE 101 2023 353 del 26 febbraio 2024

Regeste

Urteil des I. Zivilappellationshofes des Kantonsgerichts | Versicherung

Erwägungen

E. 1.1

Mit Berufung anfechtbar sind namentlich erstinstanzliche Endentscheide, sofern der Streitwert in vermögensrechtlichen Angelegenheiten mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ZPO). Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt. Angesichts der strittigen Forderung von CHF 35'000.- ist die Streitwertgrenze von CHF 10'000.- für die Berufung sowie diejenige von CHF 30'000.- für eine Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht (Art. 51 und 74 BGG) erreicht.

E. 1.2

Die Berufungsfrist beträgt 30 Tage seit Zustellung des begründeten Entscheides (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der begründete Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 14. Juli 2023 zugestellt (act. 60a). Die am 14. September 2023 eingereichte Berufung erfolgte demnach unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes (Art. 145 Abs. 1 Bst. b ZPO) fristgerecht.

E. 1.3

Die Berufung ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Begründen bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Dieser Anforderung genügt der Berufungskläger nicht, wenn er lediglich auf die vor erster Instanz vorgebrachten Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsbeklagte ist der Ansicht, dass die Berufung nicht rechtsgenügend begründet sei, weshalb nicht darauf einzutreten sei. Die Berufung ist zwar langfädig und repetitiv gehalten, ihr kann jedoch trotzdem eine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid entnommen werden und der Umfang hält sich noch in einem vertretbaren Rahmen. Die Berufung kann somit als rechtsgenügend angesehen werden und ist auch nicht zur Verbesserung zurückzuweisen (Art. 132 Abs. 2 ZPO). Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Berufungsantwort übermässig lang ist. Aufgrund des Ausgangs des Verfahrens kann jedoch ebenfalls auf eine Rückweisung zur Verbesserung verzichtet werden.

E. 1.4

Mit der Berufung können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

E. 1.5

Gemäss Art. 316 Abs. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. Da sich die zur Entscheidung nötigen Informationen in den Akten befinden, wird auf eine Verhandlung verzichtet.

Kantonsgericht KG Seite 4 von 13

E. 1.6

Neue Tatsachen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsbeklagte macht geltend, dass die Berufung unzulässige Noven enthalte. Die Frage kann offenbleiben, da die Berufung ohnehin abzuweisen ist. Zulässig sind allerdings die von der Berufungsbeklagten neu eingereichten Gerichtsurteile (vgl. Urteile BGer 5A_440/2020 vom 5. November 2020 E. 2.4.1; 5A_1006/2015 vom 2. August 2016 E. 2; je m.H.).

E. 2.1

Die Berufungsklägerin rügt zunächst wiederholt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Vorinstanz habe keine Vertragsauslegung vorgenommen, bediene sich Zirkelschlüssen und begründe ihre Entscheidung nicht.

E. 2.2

Nach Art. 53 ZPO haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Damit wird der in Art. 29 Abs. 2 BV als verfassungsrechtliche Minimalgarantie verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör für den Anwendungsbereich der ZPO auf Gesetzesstufe geregelt. Die vom Bundesgericht zu Art. 29 Abs. 2 BV entwickelte Praxis ist auch für die Auslegung von Art. 53 ZPO zu berücksichtigen (Urteil BGer 5A_109/2012 vom 3. Mai 2012 E. 2.1 m.H.). Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt namentlich, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihre Entscheidung zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.H.). Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde bzw. der Berufung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides (BGE 144 I 11 E. 5.3 m.H.). Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer

Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2 m.H.).

E. 2.3

Die Vorinstanz hat ihren Entscheid unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (hiernach: AGB / AB) eingehend begründet, wobei sie sowohl den tatsächlichen als auch den normativen Konsens der Parteien ermittelt hat. Die

Kantonsgericht KG Seite 5 von 13 Berufungsklägerin konnte sich ohne Weiteres über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache anfechten. Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Ohnehin hätte eine solche im vorliegenden Verfahren geheilt werden können.

E. 3

Der Berufung kann nicht entnommen werden, welchen Schaden die Berufungsklägerin geltend macht. Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich jedoch, dass es um Umsatzeinbussen, infolge der (teilweisen) Betriebsschliessung vom 17. März 2020 bis im Juni 2020 während der COVID-19-Pandemie geht. Strittig ist, ob hierfür eine Versicherungsdeckung besteht. Zur Klärung dieser Frage sind die AB des zwischen den Parteien abgeschlossenen Versicherungsvertrags auszulegen.

E. 3.1

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen generell vorformuliert wurden. Allgemeine Geschäftsbedingungen haben von sich heraus keine Geltung zwischen den Parteien. Sie gelten nur und soweit, als die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben. In einem ersten Schritt ist daher zu prüfen, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsbestandteil sind. Ist dies der Fall, gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur, wenn keine individuellen Abreden bestehen, die von den allgemeinen Bedingungen abweichen (Vorrang der Individualabrede). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen können nur dann vom Konsens erfasst sein, wenn die zustimmende Partei bei Vertragsschluss zumindest die Möglichkeit hatte, von ihrem Inhalt in einer zumutbaren Weise Kenntnis zu nehmen (sog. Zugänglichkeitsregel). Für den Versicherungsvertrag bestimmt Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) darüber hinaus, dass der Versicherungsnehmer in Besitz der Allgemeinen Versicherungsbedingungen sein muss, wenn er den Versicherungsvertrag beantragt oder annimmt. Stimmt die Partei der Übernahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen global zu, d.h. ohne diese zu lesen, zur Kenntnis zu nehmen oder deren Tragweite zu verstehen (sog. Globalübernahme) wird die Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die sog. Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt: Der Verfasser von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass der Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Entsprechend sind von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt

sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Die Ungewöhnlichkeitsregel ist ein Instrument der Konsenslehre. Sie konkretisiert das Vertrauensprinzip. Dieses bezweckt den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und zielt nicht primär darauf ab, die schwächere oder unerfahrene Partei vor der stärkeren oder erfahreneren zu schützen. Für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel braucht es sich daher beim Zustimmungenden nicht zwingend um eine schwächere oder unerfahrene Partei zu handeln. Auch eine stärkere, geschäfts- oder branchenerfahrene Vertragspartei kann von einer global übernommenen Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen überrascht werden und die Ungewöhnlichkeitsregel anrufen. Die Stellung und Erfahrung des Zustimmungenden sind dennoch nicht irrelevant, sondern spielen bei der subjektiven Ungewöhnlichkeit eine Rolle. Die AGB-Klausel hat nämlich für die zustimmende Partei zunächst subjektiv ungewöhnlich zu sein. Zu berücksichtigen ist unter anderem, ob der Zustimmungende geschäfts- und branchenkundig ist: Je weniger geschäfts- oder branchenerfahren er ist, umso eher wird eine Klausel für ihn ungewöhnlich sein. So können branchenübliche Klauseln für einen

Kantonsgericht KG Seite 6 von 13 Branchenfremden ungewöhnlich sein, für einen Branchenkenner demgegenüber nicht. Branchenkenntnis oder Geschäftserfahrung schliesst aber die Ungewöhnlichkeit nicht zwingend aus. Auch für einen Branchenkundigen oder Geschäftserfahrenen kann eine AGB-Klausel unter Umständen ungewöhnlich sein. Neben der subjektiven Ungewöhnlichkeit hat die fragliche Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufzuweisen, damit die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung gelangt. Sie hat mithin objektiv ungewöhnlich zu sein. 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. Bei Versicherungsverträgen sind auch die berechtigten Deckungserwartungen zu berücksichtigen. Entsprechend kann eine in allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgesehene Haftungsbeschränkung als ungewöhnlich qualifiziert werden, wenn der durch die Bezeichnung und Werbung beschriebene Deckungsumfang erheblich reduziert wird, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind (zum Ganzen: BGE 148 III 57 E. 2 ff. m.H.).

E. 3.2

Vorliegend ist unbestritten, dass die Parteien eine Geschäfts- und Gebäudeversicherung «C. _____» inkl. des Risikos «D. _____» abgeschlossen haben und die AB übernommen wurden. Allerdings ist die Berufungsklägerin der Ansicht, dass es sich um eine Globalübernahme gehandelt habe und die AB in ihrer Gesamtheit ungewöhnlich, unverständlich, inkonsistent, verwirrend, nicht nur für einen redlichen Versicherungsnehmer, sondern auch für erfahrene Versicherungsspezialisten überraschend seien. Ausschlaggebend ist in casu Ziff. eee der AB, womit nicht auf die Rügen der Berufungsklägerin einzugehen ist, welche sich auf andere Ziffern der AB oder deren Titel beziehen. Ohnehin ist nicht ersichtlich, was die Berufungsklägerin daraus ableiten will, dass die Bezeichnung der AB eee mit «D. _____» bei einem Rechtsgutachter angeblich sogar zur falschen Annahme geführt habe, es seien nur Betriebsschliessungen als Folge von Sachschäden versichert. Ist die Bezeichnung in dem Sinne irreführend, dass mehr versichert ist, als sich aus dem Wortlaut ergibt, so ist die Berufungsklägerin dadurch nicht beschwert. Gemäss Ziff. eee der AB sind Schäden infolge behördlich verfügbarer oder empfohlener

Massnahmen, um die Gefährdung der menschlichen Gesundheit durch Lebensmittel sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände zu verhindern, versichert. Dabei sind unter dem Titel «F. _____» Unterbrechungsschäden versichert, die entstehen, wenn der versicherte Betrieb infolge behördlich verfügter oder empfohlener Massnahmen nicht oder nur teilweise weitergeführt werden kann (Ziff. eee Bst. a der AB; vgl. zur Auslegung nachstehend E. 4). Die Berufungsklägerin zeigt mit ihren pauschalen Behauptungen nicht auf, inwiefern Ziff. eee der AB subjektiv und objektiv ungewöhnlich sein soll. So ist es nicht ungewöhnlich, dass Versicherungs- einschränkungen bestehen. Vielmehr muss der Versicherungsnehmer damit rechnen. Für die Unge- wöhnlichkeit genügt es gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht, dass eine Klausel das versicherte Risiko einschränkt, denn auch der durchschnittliche Versicherungsnehmer weiss, dass eine Versicherung nicht alle Risiken deckt (Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 4.2.5 nicht publ. in BGE 148 III 57). Ebenfalls notorisch ist, dass selbst eine «All Risks»- Versicherung nicht einfach alle Risiken deckt, sondern bloss diejenigen, welche nicht von der Versicherungsdeckung ausgenommen wurden. Mithin bestehen auch hier Deckungseinschrän- kungen. So oder anders hat die Berufungsklägerin keine «All Risks»-Versicherung abgeschlossen,

Kantonsgericht KG Seite 7 von 13 wobei der Vertrag auch nicht diesen Eindruck erwecken liess. Daran ändert nichts, dass die Berufungsbeklagte auch «All Risks»-Versicherungen anbietet. Entgegen der Ansicht der Berufungs- klägerin trifft es auch nicht zu, dass die Berufungsbeklagte für sämtliche «Emerging Risks» aufkommen muss. Dies kann bloss gelten, wenn sie unter die Versicherungsbedingungen fallen, was auf die Umsatzeinbussen infolge der COVID-19-Pandemie nicht zutrifft (vgl. die nachstehenden E.). Weiter führt die Berufungsklägerin in ihrer Berufung selbst aus, dass Epidemienversicherungen bereits im Jahr 2016 auf dem Markt angeboten worden seien, was notorisch sei, dass Begriffe wie Epidemie oder Pandemie in der abgeschlossenen Versicherung nicht erwähnt würden, und dass es sich vorliegend nicht um eine Epidemie- oder Pandemieversicherung, sondern um eine Hygiene- versicherung handle. Die Berufungsklägerin hat demnach eben gerade keine Epidemie- oder Pandemieversicherung abgeschlossen, wobei der Vertrag auch nicht diesen Eindruck erwecken liess. Sie konnte daher nicht davon ausgehen, dass allfällige Umsatzeinbussen infolge einer Epi- demie oder Pandemie versichert sind. Daran ändert nichts, dass der Begriff «Hygiene» bei einem Gastronomiebetrieb angeblich nicht nur die Lebensmittel, sondern den gesamten Prozess der Zubereitung, des Einkaufs, des Services, der Gesamtheit der Räumlichkeiten, des Mobiliars, der Bedarfsgegenstände sowie der Luft und deren Umwälzung im Raume umfasse. Darüber hinaus hat das Bundesgericht bereits festgehalten, dass der Ausschluss für Schäden infolge von "Krankheitserregern, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten" bei einer Versicherung, welche grundsätzlich das Risiko der Epidemie deckt, nicht ungewöhnlich sei. Im Gegenteil sei damit ein seltenes Risiko aus der Versicherungsdeckung ausge- nommen worden (Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 4.2.5 nicht publ. in BGE 148 III 57). Umso weniger ist ersichtlich, warum die vorliegend in Frage stehende Ziff. eee der AB ungewöhnlich sein soll, zumal die Berufungsklägerin keine Epidemieverversicherung, sondern eine Hygieneversicherung abgeschlossen hat. Die Ungewöhnlichkeitsklausel kommt somit in Bezug auf Ziff. eee der AB nicht zur Anwendung. Aus diesem Grund kann offenbleiben, ob es sich tatsächlich um eine Globalübernahme oder doch um eine Vollübernahme gehandelt hat, wie dies die Berufungsbeklagte geltend macht.

E. 4.1

Haben die Parteien die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag übernommen, ist in einem zweiten Schritt der Inhalt durch Auslegung zu ermitteln. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen. Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es also nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben. Vielmehr sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Gericht hat auch den vom Erklärenden verfolgten Regelungszweck zu beachten, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste. Für die Auslegung einer von der einen Vertragspartei aufgesetzten Vertragsbestimmung ist demnach entscheidend, welches Regelungsziel die andere Vertragspartei darin als redliche Geschäftspartnerin vernünftigerweise erkennen durfte und musste. Dabei ist für den Regelfall anzunehmen, dass

Kantonsgericht KG Seite 8 von 13 der Erklärungsempfänger davon ausgehen durfte, der Erklärende strebe eine vernünftige, sachgerechte Regelung an. Mehrdeutige Wendungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, die sie verfasst hat (sog. Unklarheitsregel). In allgemeinen Versicherungsbedingungen sind mehrdeutige Klauseln somit gegen den Versicherer als deren Verfasser zu interpretieren. Für den Versicherungsvertrag konkretisiert Art. 33 VVG die Unklarheitsregel insofern, als der Versicherer für alle Ereignisse haftet, welche die Merkmale der versicherten Gefahr an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in "bestimmter, unzweideutiger Fassung" von der Versicherung ausschliesst. Es ist somit am Versicherer, die Tragweite der Verpflichtung, die er eingehen will, genau zu begrenzen. Die Unklarheitsregel kommt jedoch nur subsidiär zur Anwendung, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel versagen. Es genügt mithin nicht, dass die Parteien über die Bedeutung einer Erklärung streiten, sondern es ist vorausgesetzt, dass die Erklärung nach Treu und Glauben auf verschiedene Weise verstanden werden kann und es nicht möglich ist, den Zweifel mit den übrigen Auslegungsmitteln zu beseitigen (zum Ganzen: BGE 148 III 57 E. 2 ff. m.H.).

E. 4.2

Die Berufungsklägerin macht geltend, dass keine Vertragsverhandlungen geführt worden seien. Es habe eine Offerte für eine umfassende Police für einen Gastronomiebetrieb – insgesamt 47 Seiten, davon das meiste kleingedruckt – gegeben, welche ihr vom Versicherungsvertreter empfohlen worden sei. Sie habe eine umfassende Deckung für alle Risiken gewollt. Der Regelungszweck der Hygieneversicherung umfasse deshalb grundsätzlich alle Kosten, die infolge von Massnahmen entstehen, die der Verhinderung einer Gefährdung der Gesundheit dienen. Bloss weil vom Versicherungsvertreter eine Lebensmittelvergiftung durch Salmonellen als Beispiel genannt worden sei, bedeute dies keinesfalls, dass es sich dabei um das einzige versicherte Risiko handle. Ausserdem habe es bereits von November 2002 bis Juli 2003 eine SARS-Pandemie gegeben, bei welcher ein

SARS-Coronavirus erstmals aufgetreten sei. Es sei also keinesfalls so, dass die Berufungsbeklagte als international tätiges Versicherungsunternehmen solche Risiken im Jahr 2016 nicht gekannt habe. Weiter macht sie geltend, dass der Bundesrat die Betriebsschliessungen verfügt habe, um die Weiterverbreitung von Corona zumindest abzuschwächen, wobei irrelevant gewesen sei, auf welchem Wege ein Virustransfer erfolgen kann oder könnte. Die Luft in einem Betrieb sei ausserdem ein Verbrauchsgegenstand. In der Einatmung infizierter Luft liege eine Gefährdung der menschlichen Gesundheit, was für die Versicherungsdeckung genüge. Eine infizierte Person könnte auch bei der Zubereitung des Lebensmittels das Virus darauf übertragen. Das Virus könne aber auch durch Niesen oder Husten einer infizierten Person auf Oberflächen und Verpackungen gelangen und für einige Zeit infektiös bleiben. Versicherungstechnisch seien alle Kosten versichert, die bei Massnahmen zur Verhütung von Krankheiten anfallen. Die Betriebsschliessung durch den Bundesrat gehöre zu diesem Zweck auch dazu. Schäden infolge einer Pandemie oder Epidemie seien versichert, soweit sie in den AB nicht klar von der Deckung ausgeschlossen werden. Versicherungsunternehmen müssten für sämtliche «Emerging Risks» aufkommen.

E. 4.3

Die Berufungsklägerin vermag damit nicht darzulegen, dass ein tatsächlicher Konsens bestand, wonach auch Umsatzeinbussen infolge einer Epidemie oder Pandemie versichert sein sollen. Wie bereits gesehen (vorstehend E. 3.2), hat sie eben gerade keine Epidemie- oder Pandemieversicherung abgeschlossen, musste sie mit Deckungseinschränkungen rechnen und muss die Berufungsbeklagte auch nicht einfach für alle «Emerging Risks» aufkommen. Ebenso wenig hat sie

Kantonsgericht KG Seite 9 von 13 eine «All Risks»-Versicherung, sondern eine «C. _____» inkl. einer «D. _____» Versicherung abgeschlossen. Die Berufungsklägerin legt nicht substantiiert dar, dass es der Berufungsbeklagten bekannt war bzw. diese ihre Erklärungen so hätte verstehen müssen, dass sie eine umfassende Versicherung abschliessen wollte und namentlich auch Umsatzeinbussen infolge einer Epidemie oder Pandemie versichern wollte. Daran ändern die Länge der AB oder dass der Berufungsbeklagten solche Risiken bei Abschluss des Vertrages angeblich bekannt waren nichts. Aufgrund des klaren Wortlauts der AB bleibt auch kein Raum für die Anwendung der Unklarheitsregel. Irrelevant ist diesbezüglich, dass die Berufungsbeklagte ihre AB geändert habe, zumal trotz des klaren Wortlauts zahlreiche Gerichtsverfahren gegen sie angestrengt wurden. So geht aus Ziff. eee der AB klar hervor, dass die Gefährdung der menschlichen Gesundheit, welche verhindert werden soll, von Lebensmitteln oder Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen ausgehen muss. Gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. b der Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24; Stand am 17.03.2020) wurden Restaurationsbetriebe ab dem 17. März 2020 geschlossen. Dies galt jedoch nicht für Imbiss-Betriebe (Take-away), Betriebskantinen, Lieferdienste für Mahlzeiten und Restaurationsbetriebe für Hotelgäste (Art. 6 Abs. 3 Bst. b COVID-19-Verordnung 2), welche allerdings die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit betreffend Hygiene und sozialer Distanz einhalten mussten. Die Anzahl der anwesenden Personen war entsprechend zu limitieren, und Menschenansammlungen waren zu verhindern (Abs. 4, vgl. auch Art. 6a COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung ab dem 27.04.2020 betreffend Schutzkonzept). Ab dem 11. Mai 2020 durften Restaurationsbetriebe teilweise wieder öffnen, sofern sie über

ein Schutzkonzept verfügten (Art. 6 Abs. 3 Bst. bbis i.V.m. Art. 6a COVID-19-Verordnung 2, Stand am 11.05.2020). Die Grösse der Gästegruppen durfte grundsätzlich höchstens vier Personen pro Tisch betragen. Die Konsumation durfte ausschliesslich sitzend erfolgen. Zwischen 00.00 Uhr und 06.00 Uhr mussten die Restaurationsbetriebe geschlossen bleiben. Den Betrieben war nur die Abgabe von Speisen und Getränken erlaubt; weitere Angebote wie Konzerte oder Spiele waren untersagt (Art. 6 Abs. 3bis COVID-19-Verordnung 2; Stand am 11.05.2020; vgl. auch Art. 6a Abs. 1 Bst. j und Abs. 4 und 5 COVID-19-Verordnung 2; Stand am 06.06.2020). Diese Einschränkungen wurden ab dem 22. Juni 2020 aufgehoben (Art. 28 Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [Covid-19] vom 19. Juni 2020 [Covid-19-Verordnung 3; SR 818.101.24]). Den Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung 2, Fassung vom 16. März 2020 kann namentlich das Folgende entnommen werden: Je näher und länger Personen beieinander sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit einer Übertragung. Das neue Coronavirus wird hauptsächlich bei engem und längerem Kontakt übertragen. Das heisst konkret: bei weniger als 2 Metern Abstand während mehr als 15 Minuten. Grosse Menschenansammlungen erhöhen das Risiko der Übertragung des Corona- virus (COVID-19) auf viele Leute ganz besonders. Eine wirksame Massnahme zur Eindämmung und Abschwächung eines Krankheitsausbruchs ist demzufolge Distanz zu halten (engl. social distancing). Damit können die Häufigkeit von Übertragungen reduziert, Übertragungsketten unterbrochen und lokale Ausbrüche verhindert bzw. eingedämmt werden. Damit dienen sie auch dem Schutz besonders gefährdeter Personen (S. 1). Die Massnahmen in Art. 5-9 COVID-19-Verordnung 2 wurden ausserdem zusammenfassend wie folgt begründet: Massnahmen gegenüber der Bevölkerung zur Verhinderung von grossen Menschenansammlungen an einem definierten Zeitpunkt an einem definierten Ort: man hält sich näher als 2 m und länger als 15 Minuten auf (S. 2). Bei Restaura-

Kantonsgericht KG Seite 10 von 13 tionsbetrieben bestehe die Gefahr, dass die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz nicht eingehalten werden können. Zudem führen diese Betriebe zu einem erhöhten Mobilitätsaufkommen, was es ebenfalls möglichst einzuschränken gilt (S. 5). Unter Wirkung der Massnahmen nach Art. 5-7 wurde namentlich das Folgende ausgeführt: Diese nochmals verschärften Massnahmen haben weitreichende Auswirkungen auf das öffentliche Leben in der Schweiz. Sie versprechen aber einen umfassenderen Schutz der öffentlichen Gesundheit. Je näher Personen beieinander sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit einer Übertragung. Menschenansammlungen begünstigen die Übertragung des Coronavirus (COVID-19) ganz besonders. In dem die Freizeitaktivitäten und Menschenansammlungen verboten bzw. massiv eingeschränkt werden, können die Häufigkeit von Übertragungen reduziert, Übertragungsketten unterbrochen und lokale Ausbrüche verhindert bzw. eingedämmt werden. Zudem dienen sie dem Schutz besonders gefährdeter Personen (S. 8). Auch bei den ab dem 11. Mai 2020 gültigen Einschränkungen gemäss Art. 6 Abs. 3bis COVID-19-Verordnung 2 ging es um die Verhinderung der Durchmischung von Personengruppen (vgl. Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung 2, Fassung vom 8. Mai 2020, S. 26 f.). Ziel der Massnahmen war demnach die Einhaltung der sozialen Distanz und nicht die Verhinderung von Infektionen über Lebensmittel oder Gebrauchs- oder Verbrauchsgegenstände. So durften auch Restaurationsbetriebe einen Lieferdienst und/oder eine Abholmöglichkeit anbieten (z.B. am Tresen, auf jeden Fall ohne Sitzplätze). Imbissbetriebe und Lieferdienste durften ihrerseits ebenfalls keine Sitzplätze mehr anbieten (Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung 2, Fassung vom 22. April 2020, S. 20). Zwar war auch die Rede

der Einhaltung der Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und musste bei der teilweisen Wiedereröffnung ein Schutzkonzept vorliegen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die (teilweise) Betriebsschliessung angeordnet wurde, um die soziale Distanz einzuhalten, Menschenansammlungen zu vermeiden und die Durchmischung von Personengruppen zu verhindern. Irrelevant ist daher, dass COVID allenfalls auch durch Schmierinfektionen über Lebensmittel oder Gebrauchs- oder Verbrauchsgegenstände übertragen werden kann, da dies nicht der Grund für die (teilweise) Betriebsschliessung war (vgl. auch Urteil des Handelsgerichts Zürich HG210015-O vom 4. Oktober 2022 E. 2.3.6.3 [act. 41]; Urteil des Kantonsgerichts Glarus ZG.2021.00371 vom 1. Dezember 2022 E. 5.5.2 und 5.5.3.1 [act. 48]; Urteil des Handelsgerichts Zürich HG220147-O vom 5. September 2023 E. 3.5.4.5 f.; Jugement du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève C/26063/2020-15 vom 6. Juni 2023 E. B.a; Urteil Bezirksgericht March ZGO 20 27 vom 2. Juni 2023 E. 4.4; je m.H. [Berufungsbeilagen 1-3]). Die Luft kann jedoch nicht als Gebrauchs- oder Verbrauchsgegenstand bezeichnet werden, selbst wenn diesbezüglich Hygienevorschriften bestehen sollten und Luft von der Deckung bei den Entsorgungskosten ausgenommen ist (Ziff. ggg Abs. 2 der AB). Die Luft ist nämlich kein Gegenstand. Zwar besteht keine juristische Definition des Begriffs «Gegenstand», es kann jedoch analog darauf abgestellt werden, was eine Sache ist. So muss aus juristischer Sicht eine Sache für sich selbst bestehen und von anderen räumlich abgegrenzt sein. Dies ist bei gasförmigen Stoffen nur dann der Fall, wenn sie in Behältnissen eingeschlossen sind (WOLF/WIEGAND, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl. 2023, Vor Art. 641 ff. N. 7 f.). Die Luft in einem Restaurant erfüllt dieses Kriterium nicht. Auch bestehen keine Anhaltspunkte, dass im alltäglichen Sprachgebrauch oder im Gastgewerbe unter Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstand die Luft in einem Restaurant verstanden wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass selbst im Begriffsverständnis eines Laien oder desjenigen eines Gastronomiebetreibers als Gegenstand etwas Körperliches, Abgegrenztes betrachtet wird.

Kantonsgericht KG Seite 11 von 13 Aufgrund des klaren Wortlauts von Ziff. eee der AB und mangels Betriebsschliessung infolge einer Gefährdung der menschlichen Gesundheit durch Lebensmittel oder Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände, besteht demnach keine Versicherungsdeckung für Umsatzeinbussen aufgrund der COVID-19-Pandemie. Die Berufungsklägerin setzt sich ferner nicht mit der vorinstanzlichen Erwägung auseinander, wonach mangels Versicherungsdeckung auch kein Ersatz für Kosten für Rechtsgutachten geltend gemacht werden kann. Andere Schadenspositionen macht sie nicht geltend (vgl. vorstehend E. 3), womit auf die weiteren Rügen der Berufungsklägerin nicht einzugehen ist. Die Berufung ist somit abzuweisen.

E. 5.1

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei, d.h. der Berufungsklägerin, auferlegt.

E. 5.2

Die Verfahrenskosten werden pauschal auf CHF 7'000.- festgesetzt (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 19 des Justizreglements vom 30. November 2010 [JR; SGF 130.11]) und vom geleisteten Vorschuss bezogen.

E. 5.3.1

Die Parteikosten sind vorliegend detailliert festzusetzen (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. 96 ZPO, Art. 63 i.V.m. 65 ff. JR). Dabei berücksichtigt das Gericht insbesondere die unter gewöhnlichen Umständen zur Führung des Prozesses notwendige Zeit und die auf dem Spiel stehenden Interessen (Art. 63 Abs. 3 JR). Der tatsächlich geleistete Aufwand kann von dem für eine sorgfältige Prozessführung erforderlichen abweichen. Ihm kommt daher nur bedingt Bedeutung zu (vgl. auch Art. 108 ZPO; Urteil BGer 4A_171/2017 vom 26. September 2017 E. 4). Das als Parteientschädigung geschuldete Honorar wird i.d.R. aufgrund eines Stundentarifs von CHF 250.- festgesetzt (Art. 65 JR). Ein angemessener Zuschlag kann gewährt werden, wenn besondere Umstände, die ohne Einfluss auf die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden waren, es rechtfertigen. Die gesamte Entschädigung darf jedoch den doppelten Betrag des nach Artikel 65 festgesetzten Honorars nicht übersteigen (Art. 66 Abs. 1 JR). Korrespondenz und Telefongespräche, die zur Führung des Prozesses notwendig waren und den Rahmen einer einfachen Aktenverwaltung nicht überschreiten, insbesondere Übermittlungsschreiben, Gesuche um Fristerstreckung oder um Verschiebung einer Verhandlung, geben einzig Anspruch auf ein Pauschalhonorar von höchstens CHF 500.- bzw. ausnahmsweise CHF 700.- (Art. 67 JR). Die Kosten für Kopien, Portos und Telefonate werden pauschal auf 5% der Grundentschädigung ohne Zuschlag festgelegt (Art. 68 Abs. 2 JR). Die Mehrwertsteuer betrug bis zum 31. Dezember 2023 7.7% und seit dem 1. Januar 2024 8.1% (Art. 25 Abs. 1 MWSTG).

E. 5.3.2

Rechtsanwalt Christoph Graber veranschlagt in seiner Kostenliste vom 26. Januar 2024 ein Honorar von CHF 95'747.32, inkl. 3% Spesen und 7.7% MwSt., was einem Aufwand von 202.5h entspricht. Er begründet dies damit, dass sich die Berufungsbeklagte vor diversen Schweizer Gerichten mit Klagen von Gastronomieunternehmen konfrontiert sehe, in welchen es um die gleiche Deckungsfrage wie im vorliegenden Fall gehe. Da ein entsprechendes Urteil eines zweitinstanzlichen schweizerischen Gerichts zu dieser Frage noch ausstehe, komme dem vorliegenden Fall eine sehr grosse Bedeutung zu, weshalb sie sich veranlasst gesehen habe, einen Aufwand zur Abwehr der Berufung zu betreiben, welcher zwar mit dem Streitwert von CHF 35'000.- auf den ersten Blick

Kantonsgericht KG Seite 12 von 13 in einem gewissen Missverhältnis zu stehen scheine, aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der sich stellenden Deckungsfrage jedoch gerechtfertigt und notwendig gewesen sei. Dies auch angesichts des prozessualen Aufwandes, welchen die Berufungsklägerin ihrerseits betrieben habe. Es werde etwa auf das mit der Berufungsschrift neu eingereichte Parteigutachten verwiesen, welches bereits das fünfte Parteigutachten sei. Die Parteigutachten würden insgesamt über 135 Seiten umfassen. Zudem habe sich die Berufungsbeklagte zwecks Überprüfung der zahlreichen, teilweise neuen Tatsachenbehauptungen in der Berufungsschrift auch mit den umfangreichen Rechtsschriften der Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren im Umfang von über 100 Seiten auseinandersetzen müssen.

E. 5.3.3

Entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten steht die eingereichte Kostenliste in einem klaren Missverhältnis zu der unter gewöhnlichen Umständen zur Führung des Prozesses notwendigen Zeit und den auf dem Spiel stehenden Interessen. Es sind keine Umstände ersichtlich, welche einen Zuschlag gemäss Art. 66 Abs. 1 JR rechtfertigen würden. Das Verfahren mag für die Berufungsbeklagte zwar von einer gewissen Bedeutung sein, die

über den vorliegenden Fall hinausgeht. Dies hat jedoch nicht die Berufungsklägerin zu verantworten. Im Gegenteil dürfte der Umstand, dass die vorliegend strittigen Fragen bereits von mehreren Gerichten beurteilt wurden, zu erheblichen Kosteneinsparungen geführt haben. Wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat, konnten dadurch Synergien genutzt werden, indem Rechtsabklärungen und Ausführungen von anderen Verfahren übernommen wurden. Dies gilt umso mehr, als es sich vorliegend um ein zweitinstanzliches Verfahren handelt, in dem keine wesentlichen neuen Tatsachen oder Beweismittel geltend gemacht wurden. So ist nicht ersichtlich, welche zahlreichen Noven die Berufungsklägerin eingereicht haben soll. Vielmehr machte die Berufungsbeklagte lediglich im Zusammenhang mit dem Verweis auf zwei Links im Zusammenhang mit der Übertragung des (Corona-)Virus geltend, dass es sich um unzulässige neue Beweismittel handle. Was das neu eingereichte Parteigutachten betrifft, so beschränkt sich dieses auf sieben Seiten in grosser Schrift, wobei es keine wesentlichen neuen Argumente enthält, sondern damit bloss die bereits bekannten Behauptungen belegt werden sollen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese neuen Beweismittel zu einem wesentlichen Aufwand geführt haben und eine Durchforschung der gesamten erstinstanzlichen Akten notwendig gemacht haben sollen. Die erstinstanzlichen Akten bzw. Rechtsschriften der Berufungsklägerin halten sich ausserdem in einem überschaubaren Rahmen, wobei zwei der vier Bundesordner von der Berufungsbeklagten selbst eingereicht wurden. Die Berufungsbeklagte musste sich bereits im erstinstanzlichen Verfahren mit diesen Akten auseinandersetzen, womit sie ihr bekannt sein mussten. Ebenso wenig ist ersichtlich, warum für die Angelegenheit der Beizug mehrerer Anwälte erforderlich gewesen sein soll, zumal beide Anwälte im Versicherungsrecht spezialisiert sind. So führte die Berufungsbeklagte selbst aus, dass es sich vorliegend um einen sehr einfachen Fall handelt (S. 4 Rz. 9 der Berufungsantwort). Es wurde ausserdem bloss ein einfacher Schriftenwechsel durchgeführt und es fand keine Verhandlung statt. Die Berufungsbeklagte setzte sich in ihrer Berufungsantwort denn auch über weite Strecken gar nicht konkret mit der Berufung auseinander, sondern legte die gesamte Angelegenheit noch einmal aus ihrer Sicht dar und begründete, warum die Vorinstanz die Klage zu Recht abgewiesen habe, was unnötig war. Die Berufungsantwort hätte ohne Weiteres erheblich gekürzt werden können. Nicht zu berücksichtigen ist ausserdem der vom Praktikanten getätigte Aufwand, da nicht ersichtlich ist, inwiefern die von ihm vorgenommenen Abklärungen, welche Fragen allgemeiner Natur betrafen, für das Berufungsverfahren erheblich gewesen sein sollen. Die Ausbildung des Praktikanten ist nicht von der Berufungsklägerin zu tragen. Insgesamt erscheinen unter Berücksichtigung der erwähnten Kriterien für die Kenntnissnahme der 26-seitigen Berufung und des 7-seitigen Parteigutachtens sowie für eine Besprechung mit der

Kantonsgericht KG Seite 13 von 13 Klientschaft 4h Arbeit angemessen. Für die Redaktion der Berufungsantwort inkl. Besprechungen mit der Klientschaft können 30h berücksichtigt werden. Schliesslich erscheinen für die Kenntnissnahme des Urteils sowie dessen Mitteilung und Erklärung an die Klientschaft 2h angemessen. Für die notwendige Korrespondenz kann eine Pauschale von CHF 250.- berücksichtigt werden, da das Verfahren bloss zu einem durchschnittlichen Aufwand Anlass gab. Bis zum 31. Dezember 2023 können somit für das Honorar CHF 8'750.- (34h à CHF 250.- zzgl.

Korrespondenzpauschale von CHF 250.-), Auslagen in der Höhe von CHF 437.50 (5% von CHF 8'750.-) sowie CHF 707.45 für die Mehrwertsteuer (7.7% von CHF 9'187.50) und ab dem 1. Januar 2024 CHF 500.- für das Honorar, CHF 25.- für die Auslagen (5% von CHF 500.-) sowie CHF 42.50 für die Mehrwertsteuer (8.1% von CHF 525.-) berücksichtigt

werden, was eine Entschädigung von CHF 10'462.45, inkl. CHF 749.95 MwSt., ergibt. Der Hof erkennt: I. Die Berufung wird abgewiesen. Der Entscheid des Zivilgerichts des Sensebezirks vom 27. März 2023 wird bestätigt. II. Die Verfahrenskosten werden pauschal auf CHF 7'000.- festgesetzt und der A. _____ AG auferlegt. Sie werden vom geleisteten Vorschuss bezogen. III. Die von der A. _____ AG an die B. _____ AG geschuldete Parteientschädigung wird auf CHF 10'462.45, inkl. CHF 749.95 MwSt., festgesetzt. IV. Zustellung. Dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach seiner Eröffnung mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden. Das Beschwerderecht und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind in den Art. 72–77 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) geregelt. Die begründete Beschwerdeschrift ist beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Freiburg, 26. Februar 2024/sig Der Präsident Die Gerichtsschreiberin-Berichterstatterin

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.