

# ZH\_HANDELSGERICHT HG200135 vom 19. Oktober 2022

Zh Handelsgericht, 2022-10-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG200135](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG200135)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG200135 du 19 octobre 2022

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG200135 del 19 ottobre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit der Zürcher Gerichte ist gegeben, da die Parteien in Ziffer 8.4. der beiden Policen die Zuständigkeit der Gerichte am Sitz der Versicherungsnehmerinnen oder am Sitz der beklagten Versicherung in Zürich vereinbart haben. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Beides blieb auch unbestritten (act. 11 Rz. 108).

- 5 -

#### E. 1.2

Teilklage Die Klägerinnen erheben Teilklagen im Umfang von je CHF 40'000.– und behalten sich die Geltendmachung weiterer Ansprüche ausdrücklich vor (act. 1 Rz. 6). Eine Teilklage ist zulässig, sofern der Anspruch teilbar ist (Art. 86 ZPO). Dies ist vorliegend der Fall.

#### E. 1.2.2

m.w.H.), sind im Rahmen der subjektiven Auslegung von Bedeutung. Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt des subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge

- 23 - ge ableitet (ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 N 36, 45, 358; BGE 121 III 118 E. 4b/aa).

#### E. 1.3

Klagehäufung Die beiden Klägerinnen klagen im Rahmen einer einfachen Streitgenossenschaft (subjektive Klagenhäufung) zwei Ansprüche ein (objektive Klagenhäufung). Dies ist zulässig (Art. 71 ZPO, Art. 90 ZPO) und gibt keinen Anlass zu weiteren Bemerkungen.

#### E. 1.4

Replik- bzw. Antwortrecht Die Klägerinnen haben nach Abschluss des Schriftenwechsels eine weitere Eingabe eingereicht (act. 28). Im Rahmen des vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Replikrechts sind solche Eingaben zulässig (BGE 138 I 484 E. 2.1). Nach dem zweiten Schriftenwechsel tritt die Novenschanke ein. Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Nicht darunter fallen Präzisierungen, diese sind ohne Weiteres zulässig. Die Stellungnahme nach Aktenschluss enthält keine neuen

Behauptungen oder Beweismittel, welche für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens von Bedeutung sind. Ob die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO im Einzelnen erfüllt sind, kann daher offen bleiben.

- 6 -

## **E. 2**

Anspruch aus Versicherungsvertrag

### **E. 2.1**

Unbestrittener Sachverhalt

#### **E. 2.1.1**

Die Klägerin 1 hat mit der Beklagten am 9. März 2020 die Hotel A. \_\_\_\_\_ Police mit einer Vertragsdauer vom 1. Januar 2020 bis 31. Dezember 2022 abgeschlossen. Zwischen den Parteien bestand bereits eine vergleichbare Vorgängerversicherung, datierend vom 24. November 2016 (act. 13/7), welche die strittige Deckungsausschlussklausel bereits mit identischem Wortlaut enthielt (act. 11 Rz. 13; act. 20 Rz. 13).

#### **E. 2.1.2**

Auch die Klägerin 2 hat mit der Beklagten am 13. September 2017 die weitgehend identische B. \_\_\_\_\_ Police mit einer Vertragsdauer vom 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2020 abgeschlossen (act. 11 Rz. 17; act. 20 Rz. 13). Nach unbestritten gebliebener Behauptung der Beklagten bestand auch mit der Klägerin 2 eine Vorgängerversion, datierend vom 15. September 2014, welche die strittige Deckungsausschlussklausel ebenfalls bereits mit identischem Wortlaut enthielt (act. 11 Rz. 17; act. 13/12).

#### **E. 2.1.3**

Die streitgegenständlichen Vertragsklauseln, welche bereits in den Vorgängerversionen enthalten waren, lauten wie folgt: Hotel A. \_\_\_\_\_ Police (act. 3/1 S. 25 f.) "4.4.10. Ansteckende Krankheiten Versichert ist der Unterbrechungsschaden (bzw. Mehrkosten), der dadurch verursacht wird, dass im versicherten Objekt eine ansteckende Krankheit menschlichen Ursprungs entsteht, festgestellt, befunden oder ausbricht, die eine von den zuständigen Behörden angeordnete Schliessung des versicherten Betriebes zur Folge hat. Mitversichert sind ansteckende Krankheiten, welche von Tieren auf den Menschen übertragen werden. Ausgeschlossen bleiben jedoch die Vogelgrippe, BSE, CFJ, sowie andere Krankheiten die das Potential für eine behördlich anerkannte Pandemie haben. Entschädigungsperiode: Die Haftzeit ist begrenzt auf eine Dauer von 3 Monate, welche vom Eintritt des Schadereignisses an gerechnet wird, der zur Schliessung des versicherten Betriebes geführt hat. Selbstbehalt: Kein Selbstbehalt."

- 7 - "4.4.16. Epidemien (äussere Einwirkung) Versichert ist der Unterbrechungsschaden (bzw. Mehrkosten), der dadurch verursacht wird, dass im versicherten Objekt eine Epidemie menschlichen Ursprungs entsteht, festgestellt, befunden oder ausbricht, die eine von den zuständigen Behörden angeordnete Schliessung des versicherten Betriebes zur Folge hat. Mitversichert sind ansteckende Krankheiten, welche von Tieren auf den Menschen übertragen werden. Ausgeschlossen bleiben jedoch die Vogelgrippe, BSE, CFJ, sowie andere Krankheiten die das Potential für eine behördlich anerkannte Pandemie haben. Entschädigungsperiode: Die Haftzeit ist begrenzt auf eine Dauer von 3 Monate, welche vom Eintritt des Schadereignisses an gerechnet wird, der zur Schliessung des

versicherten Betriebes geführt hat. Selbstbehalt: Kein Selbstbehalt." B.\_\_\_\_\_ Police (act. 3/2 S. 25 f.) "4.4.10. Maladies contagieuses Est assuré le dommage d'interruption (resp. les frais supplémentaires) résultant du fait de la fermeture de l'entreprise assurée ordonnée par les autorités compétentes suite à la surveillance, constatation, observation ou déclaration dans le lieu assuré d'une maladie contagieuse d'origine humaine. Sont également assurées les épidémies d'origines animales transmissibles à l'homme. De meurent toutefois toujours exclues la grippe aviaire, la maladie de la vache folle, la maladie de Creutzfeld-Jakob, ainsi que toute autre maladie susceptible de développer une pandémie reconnue par les autorités compétentes. Période d'indemnité: La période d'indemnité est limitée à 3 mois à compter de la survenance de l'évènement ayant conduit à la fermeture de l'entreprise assurée. Franchise: La franchise se monte à 2 jours." "4.4.16. Epidémie (influence externe) Est assuré le dommage d'interruption (resp. les frais supplémentaires) résultant du fait de la survenance, constatation, observation ou déclaration d'une épidémie d'influence externe d'origine humaine dûment constatée par les autorités compétentes, lesquelles ordonnent la fermeture de l'entreprise assurée. Sont également assurées les épidémies d'origines animales transmissibles à l'homme. De meurent toutefois toujours exclues la grippe aviaire, la grippe porcine, la maladie de la vache folle, la maladie de Kreuzfeld-Jakob, ainsi que toute autre maladie susceptible de développer une pandémie reconnue par les autorités compétentes. Période d'indemnité: La période d'indemnité est limitée à 3 mois à compter de la survenance de l'évènement ayant conduit à la fermeture de l'entreprise assurée. Franchise: CHF 0."

- 8 -

#### **E. 2.1.4**

Unbestritten ist weiter, dass die Klägerinnen beim Abschluss der streitgegenständlichen Versicherungsverträge sowie schon bei Abschluss der Vorgängerversionen von der G.\_\_\_\_\_ SA (nachfolgend: "G.\_\_\_\_\_") beraten und vertreten wurden (act. 11 Rz. 15 ff.). Das Vertretungsverhältnis geht ferner aus den Pölicen hervor, wonach die "G.\_\_\_\_\_ I.\_\_\_\_\_ (Zweigniederlassung)" auf Seite 2 als Vermittlerin aufgeführt ist (act. 3/1, act. 3/2). Die Beklagte hatte nie direkten Kontakt zu den Klägerinnen (act. 11 Rz. 8, 16).

#### **E. 2.1.5**

Die Klägerinnen bestreiten nicht, dass die G.\_\_\_\_\_ eine ungebundene Versicherungsvermittlerin gemäss Art. 40 VAG ist, die seit 2006 offiziell als solche registriert ist (act. 11 Rz. 9; act. 13/2; act. 20 Rz. 14 f.). Bei der G.\_\_\_\_\_ tätig und mit der Betreuung der Klägerin 1 betraut war insbesondere H.\_\_\_\_\_. H.\_\_\_\_\_ ist bis dato Direktor der G.\_\_\_\_\_ Zweigniederlassung in I.\_\_\_\_\_ und ebenfalls seit 2006 als ungebundener Vermittler registriert (act. 11 Rz. 9; act. 13/3). Zur Registrierung als ungebundener Vermittler ist die nötige berufliche Qualifikation nachzuweisen, was ausschliesslich über einen anerkannten Ausbildungsabschluss möglich ist (Art. 184 AVO). Es blieb unbestritten, dass es sich bei der G.\_\_\_\_\_ und deren Angestellten um Versicherungsexperten mit entsprechender Ausbildung, Fachwissen und langjähriger Erfahrung handelt (act. 11 Rz. 9; act. 20 Rz. 14 f.). Auch der Umstand, dass H.\_\_\_\_\_ seit 2013 in die Betreuung und Vertretung der Klägerin 2 involviert war, blieb unbestritten (act. 11 Rz. 16).

#### **E. 2.1.6**

Unbestritten blieb ferner die beklagte Behauptung, dass im Rahmen einer generellen internen Re-Evaluierung bestimmter Versicherungsbausteine durch die G.\_\_\_\_\_ im Interesse ihrer Kunden – so auch im Interesse der Klägerinnen – Nachverhandlungen u.a.

betreffend die in Frage stehende Deckungsausschlussklausel mit der Beklagten geführt wurden (act. 11 Rz. 12, 19). Die G. \_\_\_\_\_ äusserte im Vorfeld zu einer anberaumten Besprechung zwischen der G. \_\_\_\_\_ und der Beklagten per E-Mail vom 21. September 2016 (act. 13/5) zu gewissen Formulierungen der Versicherungsbestimmungen (sog. C. \_\_\_\_\_/J. \_\_\_\_\_ Policen), so auch insbesondere betreffend die streitgegenständliche Deckungsausschlussklausel, Bedenken (act. 11 Rz. 12). Der E-Mail-Verkehr

- 9 - ist aktenkundig und als solcher unbestritten (act. 13/5; act. 14 f.). Die seitens G. \_\_\_\_\_ angestossenen Nachverhandlungen betreffend die Deckungsausschlussklausel scheiterten jedoch und die entsprechenden Klauseln blieben unverändert in den Verträgen bestehen (act. 11 Rz. 12, 19).

### **E. 2.1.7**

Allgemein bekannt ist ferner, dass sich das Virus SARS-CoV-2 seit Dezember 2019 verbreitete. Am 11. März 2020 erklärte die WHO COVID-19 zu einer Pandemie. Am 16. März 2020 stuft der Bundesrat die Situation in der Schweiz im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 als ausserordentliche Lage im Sinne von Art. 7 Epidemien-gesetz ein. Er ordnete mit Wirkung ab dem 17. März 2020 die Schliessung von für das Publikum öffentlich zugänglichen Einrichtungen an, insbesondere von Restaura-tions- und Barbetrieben (Art. 6 Abs. 2 lit. b und c COVID-19-Verordnung 2; Änderung vom 16. März 2020). Restaura-tions- und Barbetriebe waren für das Publikum erst ab dem 11. Mai 2020 unter einschränkenden Auflagen wieder öffentlich zugänglich (Art. 6 Abs. 3 lit. b bis COVID-19-Verordnung, Änderung vom 8. Mai 2020).

### **E. 2.2**

Wesentliche Streitpunkte der Parteien

#### **E. 2.2.1**

Die Klägerinnen machen im Wesentlichen geltend, sie hätten mit der Beklagten einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, laut welchem unter anderem der Ertragsausfall und die Mehrkosten infolge Epidemie versichert seien. Aufgrund der vom Bundesrat zur Bekämpfung der Ausbreitung des Coronavirus angeordneten Schliessung der Restaura-tionsbetriebe ab dem 17. März 2020 sei ihnen ein Ertragsausfall entstanden. Damit sei der Versicherungsfall eingetreten und es stünden ihnen Versicherungsleistungen zu (act. 1 Rz. 2).

#### **E. 2.2.2**

Die Beklagte wendet dagegen ein, dass die Deckungsvoraussetzungen (primärer Risikoeintritt) nicht gegeben seien (act. 11 Rz. 27-35). Ausserdem bestreitet sie einen hinreichend substantiiert behaupteten und nachgewiesenen Schaden, insbesondere weil die in einem Hotel untergebrachten Restaurants nicht geschlossen worden seien (act. 11 Rz. 51 ff.). Sollte der Versicherungsfall grundsätzlich eingetreten sein, greife ferner die Pandemieausschlussklausel,

- 10 - weshalb die Klägerinnen keinen Anspruch auf Versicherungsleistungen hätten (act. 11 Rz. 36 ff., 155).

### **E. 2.3**

Vorbemerkungen Wie gezeigt, lehnt die Beklagte die Versicherungsleistung u.a. unter Berufung auf die Deckungsausschlussklausel (siehe Erw. 2.1.3 vorne) ab. Die Klägerinnen

stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Deckungsausschlussklausel nicht zur Anwendung gelange, da diese ungewöhnlich sowie auch unklar sei. Ob dies zutrifft, ist nachfolgend in Erw. 2.5 (Ungewöhnlichkeit) und Erw. 2.6 (Unklarheit) zu prüfen. Da die Klägerinnen beim Vertragsabschluss durch die Versicherungsmaklerin G.\_\_\_\_\_ vertreten waren, stellt sich zudem in Bezug auf beide Punkte die Frage der Wissenszurechnung, also inwiefern das Wissen und Handeln der G.\_\_\_\_\_ den Klägerinnen zuzurechnen ist. Dies ist nachfolgend vorab in Erw. 2.4 zu prüfen.

## **E. 2.4**

Wissenszurechnung in Bezug auf die G.\_\_\_\_\_ als Vertreterin der Klägerinnen

### **E. 2.4.1**

Wie in Erw. 2.1 vorstehend gezeigt, ist die Beratung und Vertretung der Klägerinnen durch die G.\_\_\_\_\_ als professionelle Versicherungsmaklerin in tatsächlicher Hinsicht unbestritten. Da die Klägerinnen durch die G.\_\_\_\_\_ beim Vertragsabschluss vertreten waren, stellt sich die Frage, ob und inwiefern das vorliegend relevante Wissen u.a. hinsichtlich der in Frage stehenden Deckungsausschlussklausel sowie das Handeln der G.\_\_\_\_\_ den Klägerinnen zuzurechnen ist. Weiter ist zu prüfen, welche Personen innerhalb der G.\_\_\_\_\_ über welches Wissen verfügten und ob bzw. inwiefern dieses Wissen und auch das entsprechende Handeln der G.\_\_\_\_\_ als juristische Person zuzurechnen sind.

### **E. 2.4.2**

Art. 43 VAG unterscheidet zwischen gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittlern. Die Unterscheidung knüpft daran an, ob der Vermittler im Interesse des Versicherers oder des Versicherungsnehmers handelt. Der ungebundene Versicherungsvermittler fungiert einzig im Interesse des Versicherungsnehmers und muss sich zwingend in das von der FINMA geführte Register eintra-

- 11 - gen lassen. Die Eintragung setzt u.a. den Nachweis ausreichender beruflicher Qualifikationen voraus (Art. 40 VAG, Art. 186 AVO). Der ungebundene Vermittler steht als Vertreter und Berater in der Sphäre des Versicherungsnehmers. Er ist ausschliesslich Beauftragter des Versicherungsnehmers und hat dessen Interessen treu und sorgfältig zu wahren (BGE 124 III 481 E. 4a). Er schuldet nur dem Versicherungsnehmer Loyalität. Umgekehrt muss sich der Versicherungsnehmer das Verhalten und Wissen des Maklers wie eigenes anrechnen lassen (BGer Urteil 5C.61/2005 vom 30. September 2005 E. 3.4; FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, Rz. 7.77 und 7.79; GRABER in : Luterbacher (Hrsg.), Versicherungen und Broker, Band 10, Tagungsband 2014, S. 13).

### **E. 2.4.3**

Gemäss Art. 54/55 ZGB handeln juristische Personen durch ihre Organe. "Handlungen" der Organe gelten ohne Weiteres als entsprechende "Handlungen" der juristischen Person; sie werden dieser "an-" bzw. "zugerechnet" (BK ZGB- RIEMER, Art. 54/55 N 47). Aus dem Prinzip der Zuordnung von Organhandeln folgt auch der Grundsatz der Wissensvertretung, wonach das Wissen eines Organs grundsätzlich als Wissen der betreffenden juristischen Person gilt (BSK ZGB I- HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 N 19). Einer juristischen Person ist das Wissen aller mit der betreffenden Angelegenheit befassten Organpersonen zuzurechnen sowie das Wissen, das pflichtwidrig, insbesondere wegen eines Organisationsmangels, von diesen nicht eingeholt oder diesen nicht mitgeteilt worden ist

(BGer Urteil 4C.335/1999 vom 25. August 2000 E. 5a f.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht,

#### **E. 2.4.4**

Die Klägerinnen wurden durch die G.\_\_\_\_\_ vertreten. Weiter unbestritten blieb die Behauptung, dass H.\_\_\_\_\_ in die Betreuung beider Klägerinnen persönlich involviert war. Bei der G.\_\_\_\_\_ sowie H.\_\_\_\_\_ handelt es sich um ungebundene Vermittler. Sie sind ausgewiesene und branchenkundige Versicherungsex-

- 12 - perten. Dieses Expertenwissen und die Branchenkundigkeit müssen sich die Klägerinnen anrechnen lassen.

#### **E. 2.4.5**

Im Rahmen der von der G.\_\_\_\_\_ angestossenen Nachverhandlungen (siehe Erw. 2.1 vorne) bzw. des vorausgehenden E-Mail-Verkehrs vom September/Oktober 2016 (act. 13/5) wurde der streitgegenständliche Deckungsausschluss thematisiert. K.\_\_\_\_\_ schrieb am 21. September 2016 an H.\_\_\_\_\_ folgende E-Mail (act. 13/5 S. 2): [...]

- 13 - H.\_\_\_\_\_ leitete diese E-Mail am 11. Oktober 2016 an L.\_\_\_\_\_ weiter. L.\_\_\_\_\_ antwortete wie folgt (act. 13/5 S. 1):

#### **E. 2.4.6**

Aus dem obgenannten E-Mail-Verkehr geht hervor, dass K.\_\_\_\_\_ am 21. September 2016 per E-Mail auf zwei Punkte zu den von der Beklagten angebotenen Deckungserweiterungen, welche sie "zu allfälligen Verhandlungen des Wordings bewegen sollten", hinwies (act. 13/5 S. 2). Diese E-Mail sandte er am 21. September 2016 an H.\_\_\_\_\_. H.\_\_\_\_\_ leitete diese Überlegungen sodann am 11. Oktober 2016 an L.\_\_\_\_\_, zuständiger Underwriter der Beklagten (act. 11 Rz. 12), weiter. L.\_\_\_\_\_ antwortete: "Nach unserem Verständnis ist der "Einzelfall" versichert, aber nicht eine flächendeckende Pandemie" (act. 13/5 S. 1). Diese Klarstellung sandte L.\_\_\_\_\_ am 11. Oktober 2016 an H.\_\_\_\_\_.

- 14 -

#### **E. 2.4.7**

K.\_\_\_\_\_ war gemäss Handelsregisterauszug von 2008 bis 2019 Direktor der G.\_\_\_\_\_ in P.\_\_\_\_\_ (Hauptniederlassung). H.\_\_\_\_\_ ist gemäss Handelsregisterauszug seit dem Jahr 2002 Direktor der Zweigniederlassung in I.\_\_\_\_\_.

#### **E. 2.4.8**

H.\_\_\_\_\_ war demzufolge persönlich und unmittelbar darüber informiert, dass nach Ansicht der Beklagten im Pandemiefall keine Deckung bestehe. Er war und ist Organ der G.\_\_\_\_\_ Zweigniederlassung in I.\_\_\_\_\_. So ist davon auszugehen, dass er in seiner Eigenschaft als Organ die Entscheidungsmacht innehatte, ob unter diesen Umständen die Zusammenarbeit mit der Beklagten weitergeführt werde. Etwas anderes wird von den Klägerinnen nicht dargetan. Der G.\_\_\_\_\_ ist das Wissen von H.\_\_\_\_\_ als mit der Angelegenheit direkt befasstes Organ zuzurechnen. Dies gilt ohne Weiteres dann, wenn H.\_\_\_\_\_ die Verträge für die Klägerinnen in deren Vertretung selber abgeschlossen hat, wovon zufolge der unbestrittenen beklagten Behauptung, er sei mit der Betreuung der Klägerinnen persönlich betraut gewesen (siehe Erw. 2.1 vorne), auszugehen ist. Dass jemand anderes für die G.\_\_\_\_\_ gehandelt haben könnte, wird nicht vorgebracht. Selbst wenn dem so wäre, ist

festzuhalten, dass zum Wissen von H.\_\_\_\_\_ und damit zum Wissen der G.\_\_\_\_\_ auch das Wissen jener Personen gehört, die sich an- stelle des involvierten Organs mit dessen Geschäft befasste. Setzt ein informier- tes Organ Dritte ein, so obliegt es ihm, sich über deren Wissen ein Bild zu ma- chen und sie entsprechend zu informieren (ZR 120/2021 Nr. 52 S. 249). Bei pflichtgemässer Organisation der G.\_\_\_\_\_ hätte das entsprechende Wissen ohne Weiteres auch allenfalls handelnde Abschlussgehilfen erreichen können und müssen. Wer schliesslich die streitgegenständlichen Versicherungsverträge konk- ret in Vertretung der G.\_\_\_\_\_ und damit in Vertretung der Klägerinnen unter- zeichnete, ist damit irrelevant. Das Wissen von H.\_\_\_\_\_ ist deshalb der G.\_\_\_\_\_ als juristische Person zuzurechnen. Das Wissen der G.\_\_\_\_\_ müssen sich wiede- rum die Versicherten, d.h. die Klägerinnen, wie eigenes anrechnen lassen.

#### **E. 2.4.9**

Zwischenfazit Bei der G.\_\_\_\_\_ und deren Angestellten handelt es sich um Versicherungsexper- ten mit umfangreichem Fachwissen, Branchenkenntnissen und langjähriger Ge-

- 15 - schäftserfahrung. Die Klägerinnen müssen sich einerseits generell das ausgewie- sene Fachwissen, die Branchenkenntnis und die langjährige Geschäftserfahrung, sowie andererseits konkret das Wissen um die vorerwähnte Klarstellung von L.\_\_\_\_\_ anrechnen lassen. Wie sich diese Wissenszurechnung auswirkt, ist nach- folgend zu prüfen.

#### **E. 2.5**

Ungewöhnlichkeit der Deckungsausschlussklausel

##### **E. 2.5.1**

Standpunkte der Parteien

###### **E. 2.5.1.1**

Zur geltend gemachten Ungewöhnlichkeit des Deckungsausschlusses bringen die Klägerinnen vor, die Deckungsausschlussklausel sei Bestandteil von einseitig vorformulierten Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die durch die Klä- gerinnen weder gelesen noch in ihrer Tragweite verstanden wurden, womit eine Globalübernahme vorliege (act. 1 Rz. 62). Die Pandemieausschlussklausel sei subjektiv und objektiv ungewöhnlich, da sie den berechtigten Deckungserwartun- gen widerspreche und den versprochenen Versicherungsschutz aushöhle, wes- halb ihr gemäss der Ungewöhnlichkeitsregel die Anwendung zu versagen sei (act. 1 Rz. 56-63).

###### **E. 2.5.1.2**

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen von Allgemeinen Vertragsbedin- gungen sowie deren Globalübernahme, aufgrund der zwischen den Parteien ge- führten Nachverhandlungen betreffend die Pandemieausschlussklausel im Sep- tember/Okttober 2016. Ferner wendet sie ein, dass die Pandemieausschlussklau- sel weder subjektiv noch objektiv ungewöhnlich sei (act. 11 Rz. 94-97).

###### **E. 2.5.2**

Vorbemerkungen Um die streitgegenständliche Deckungsausschlussklausel im Rahmen der AGB- Kontrolle auf ihre Ungewöhnlichkeit hin überprüfen zu können, muss in einem ers- ten Schritt geprüft werden, ob es sich bei den streitgegenständlichen Policen um vorformulierte Allgemeine Vertragsbedingungen handelt. In einem nächsten Schritt muss

geprüft werden, ob die AGB mittels Global- oder Vollübernahme (durch Individualabrede) zum Vertragsbestandteil erhoben wurden. Nur wenn die

- 16 - AGB mittels Globalübernahme übernommen wurden, ist die Klausel – wie von den Klägerinnen geltend gemacht – der Ungewöhnlichkeitsprüfung im Rahmen der AGB-Kontrolle zugänglich.

### **E. 2.5.3**

Rechtliches

#### **E. 2.5.3.1**

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen generell vorformuliert wurden (BGE 148 III 57 E. 2; BGer Urteile 4A\_47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 5.1, 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1, 4P.135/2002 vom 28. November 2002 E. 3.1). Sie gelten nur und soweit, als die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben (BGE 148 III 57 E. 2.1; BGer Urteile 4A\_47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 5.1, 4A\_548/2013 vom 31. März 2014 E. 3.3.1). Werden einseitig vorformulierte Vertragsklauseln inhaltlich einzeln ausgehandelt, liegen keine AGB, sondern Individualabreden bzw. Einzelabreden vor (BGer Urteil 4P.135/2002 vom 28.11.2002 E. 3.1). Als ausgehandelt gelten einseitig vorformulierte Vertragsklauseln dann, wenn geäusserte Vorbehalte der Gegenpartei diskutiert und aufgrund der Diskussion inhaltlich verändert worden sind, so z.B. wenn Zusätze oder Ergänzungen angebracht wurden. Formelle Anpassungen, z.B. Behebung von Orthografiefehlern, Einfügen von Absatznummern etc., lassen AGB nicht zu Individualabreden werden. Ausgehandelt gilt eine Vertragsklausel auch dann, wenn sie inhaltlich unverändert geblieben ist. Auch die unveränderte Übernahme einer einseitig vorformulierten Vertragsklausel kann das Ergebnis von Diskussionen bzw. Verhandlungen sein. Vorausgesetzt wird jedoch, dass der AGB-Verwender die ernsthafte Bereitschaft manifestiert hat, den Inhalt seiner AGB ernsthaft zu diskutieren bzw. abzuändern und es müssen entsprechende Gespräche effektiv stattgefunden haben (KRAMER/PROBST/PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, S. 53 f.). Schliesslich muss das Verhandlungsergebnis einem individuell ausgehandelten Einzelvertrag gleichgestellt werden können (BGer Urteil 4P.135/2002 vom 28. November 2002 E. 3.3).

- 17 -

#### **E. 2.5.3.2**

Stimmte die Partei der Übernahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen global zu, d.h. ohne diese zu lesen, zur Kenntnis zu nehmen oder deren Tragweite zu verstehen, liegt eine sog. Globalübernahme vor (BGE 148 III 57 E. 2.1.3; BGE 119 II 443 E. 1a). In diesem Fall 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 (BGE 148 III 57 E. 2.1.3; BGer Urteil 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.3; BGE 109 II 452 E. 4). Die Ungewöhnlichkeitsregel ist ein Instrument der Konsenslehre und konkretisiert das Vertrauensprinzip (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.1; BGer Urteil 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2; BGE 138 III 411 E. 3.1; BGE 135 III 1 E. 2.1).

#### **E. 2.5.4**

##### **Würdigung**

#### **E. 2.5.4.1**

Ob es sich bei den vorliegenden Vertragsbestimmungen, welche nach den Unterschriften ab Seite 11 folgen und die Deckungsausschlussklausel enthalten, tatsächlich um vorformulierte Allgemeine Vertragsbedingungen handelt, kann offen gelassen werden, da, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, mindestens die streitgegenständliche Deckungsausschlussklausel nicht global übernommen wurde und damit die Klausel der Ungewöhnlichkeitsprüfung nicht zugänglich ist.

#### **E. 2.5.4.2**

Wie gezeigt führte die G.\_\_\_\_\_ hinsichtlich des in Frage stehenden Deckungsausschlusses im Rahmen einer generellen internen Re-Evaluierung Nachverhandlungen im Namen ihrer Kunden mit der Beklagten. Die Nachverhandlungen scheiterten und die Klauseln blieben unverändert in den Verträgen bestehen (siehe Erw. 2.1 vorne). Für die Beurteilung, ob es sich – wie von der Beklagten geltend gemacht – aufgrund dieser Nachverhandlungen bei der streitgegenständlichen Deckungsausschlussklausel um eine individuell verhandelte Individualabrede handelt, was das Vorliegen von AGB und damit auch deren Globalübernahme von vornherein ausschliessen würde, sind die Vorbringen der Beklagten nicht ausreichend. Was genau unter "Nachverhandlungen" zu verstehen ist, wann und wie diese Nachverhandlungen genau geführt worden sein sollen und vor allem,

- 18 - was anlässlich dieser Nachverhandlungen konkret besprochen wurde, wird von der Beklagten nicht dargetan. Damit von einer Individualabrede ausgegangen werden könnte, hätte die Beklagte u.a. auch ihre ernsthafte Bereitschaft zur Anpassung der Klausel dartun müssen, was sie nicht gemacht hat. Dies ist im Weiteren jedoch auch nicht relevant:

#### **E. 2.5.4.3**

Aus dem aktenkundigen E-Mail-Verkehr vom September/Oktober 2016 zwischen den zwei Mitarbeitern der G.\_\_\_\_\_ (K.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ ) sowie L.\_\_\_\_\_ als zuständiger Underwriter der Beklagten (siehe Erw. 2.4.5 vorne) geht nämlich das Folgende hervor: K.\_\_\_\_\_ äusserte am 21. September 2016 gegenüber H.\_\_\_\_\_ per E-Mail Bedenken betreffend den vorliegend relevanten Deckungsausschluss, insbesondere betreffend die Formulierung "Ausschluss von Krankheiten, die das Potential für eine behördlich anerkannte Pandemie" haben. Die Formulierung lasse viel Interpretationsspielraum zu. Sodann formulierte er einen Änderungsvorschlag, wonach der zuvor zitierte Wortlaut angepasst werden sollte (act. 13/5 S. 2). H.\_\_\_\_\_ leitete die vorgenannte E-Mail von K.\_\_\_\_\_ an L.\_\_\_\_\_ mit der Bemerkung "Zum diskutieren morgen." weiter (act. 13/5 S. 1). Mit der vorgenannten E-Mail-Korrespondenz ist ohne Weiteres erstellt, dass mindestens K.\_\_\_\_\_ die entsprechende Klausel gelesen haben musste. Die von K.\_\_\_\_\_ geäusserten Bedenken und der entsprechende Formulierungsvorschlag setzten ja gerade voraus, dass die Klausel gelesen und Gegenstand von Überlegungen war (act.13/5 S. 2). Sein Handeln und die dadurch erlangte Kenntnis ist, wie gezeigt, den Klägerinnen zuzurechnen. Diese tatsächliche Kenntnisnahme von der streitgegenständlichen AGB-Klausel schliesst eine Globalübernahme aus.

#### **E. 2.5.4.4**

Es stellt sich weiter die Frage, ob – wie von den Klägerinnen eventualiter geltend gemacht – mangels Verständnis der Tragweite der Klausel, eine Global- übernahme vorliegt. Auch dies ist zu verneinen: L.\_\_\_\_\_ erläuterte K.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ in vorgenannter E-Mail vom 11. Oktober 2016, dass gemäss dem Verständnis der Beklagten "nur der "Einzelfall" versichert [sei], aber nicht die flächen- deckende Pandemie" (act. 13/5 S. 1). Aufgrund dieser Klarstellung der Beklagten kann dem Vorbringen der Klägerinnen, die Deckungsausschlussklausel sei nicht

- 19 - verständlich und deren Tragweite erschliesse sich nicht auf Anhieb, womit die inhaltliche Unkenntnis der Klägerinnen einhergehe und eine Globalübernahme vor- liege, nicht gefolgt werden. Während sich zwar durchaus darüber diskutieren lässt, wann das Potential für eine Pandemie gegeben wäre, geht aus der Ver- tragsbestimmung – indes auch ohne die vorerwähnten Erläuterungen von L.\_\_\_\_\_ – ohne Weiteres hervor, dass der effektive Pandemiefall – und dabei handelt es sich um die vorliegend einzig zu beurteilende Konstellation – nicht ver- sichert ist. Ist wie vorliegend der Pandemiefall (siehe dazu Erw. 2.6.3.7 hinten) eingetreten, hat sich nämlich das Potential jedenfalls zweifellos verwirklicht. Für den konkreten Pandemiefall ist der Ausschluss unmissverständlich und die Trag- weite jederzeit ohne Weiteres erkennbar. Dies muss umso mehr gelten, als es sich bei der G.\_\_\_\_\_ um ausgewiesene Versicherungsexperten handelt.

#### **E. 2.5.4.5**

Dass die Deckungsausschlussklausel im September/Oktober 2016 und damit unmittelbar vor Abschluss der – hinsichtlich des Deckungsausschlusses identischen – Vorgängerversion vom 24. November 2016 (betreffend Klägerin 1) bzw. im Zeitpunkt der Geltung der Vorgängerversion vom 15. September 2014 (betreffend Klägerin 2) zwischen den Parteien thematisiert wurde und die streit- gegenständlichen Versicherungsverträge erst später, nämlich am 9. März 2020 und am 13. September 2017, abgeschlossen wurden, vermag an diesem Ergeb- nis nichts zu ändern, zumal es sich um Klauseln identischen Inhalts handelte und diese vor Abschluss der streitgegenständlichen Verträge gelesen und zur Kennt- nis genommen wurden. Gegenteiliges wird von den Klägerinnen auch gar nicht geltend gemacht.

#### **E. 2.5.5**

Zwischenfazit Nach dem Gesagten liegt infolge der nachgewiesenen Kenntnisnahme und dem inhaltlichen Verständnis der Tragweite der streitgegenständlichen Deckungsaus- schlussklausel vor Abschluss der streitgegenständlichen Policen keine Global-, sondern eine Vollübernahme vor, weshalb die Klausel der Ungewöhnlichkeitsre- gel nicht zugänglich ist.

- 20 -

### **E. 2.6**

Unklarheit der Deckungsausschlussklausel

#### **E. 2.6.1**

Standpunkte der Parteien

- 21 -

##### **E. 2.6.1.1**

Die Klägerinnen leiten ihre Ansprüche aus Versicherungsvertrag daraus ab, dass die Deckungsvoraussetzungen gegeben seien und der Deckungsausschluss infolge Unklarheit ungültig sei. Der Deckungsausschluss sei unklar, weil ein schweizerischer Versicherter nicht damit rechnen müsse, dass ein länder-übergreifendes Ereignis für ihn relevant sein soll (act. 1 Rz. 45). Ferner könne rein grammatikalisch eine Pandemie nicht behördlich anerkannt werden (act. 1 Rz. 46). Zudem sei "Pandemie" kein allgemein bekannter Begriff (act. 1 Rz. 47), und wann eine Krankheit das "Potential" aufweise, sich zu einer Pandemie zu entwickeln, sei völlig unklar. Es handle sich um ein nicht fassbares Kriterium, wonach sich keine Prognose verlässlich stellen und sich der Deckungsausschluss beurteilen liesse (act. 1 Rz. 47). Ausserdem sei auch "Potential eines Erregers" ein untauglicher Massstab, um die Versicherungsdeckung zu bestimmen bzw. einzuschränken, da die Krankheit ex ante bewertet werden müsse (act. 1 Rz. 48). Der Ausschluss sei ferner unklar und unsinnig, da die Deckung in der Schweiz von möglichen ausländischen Entwicklungen abhängig gemacht werde, weshalb nicht aus dem Ausschluss hervorgehe, dass für die vorliegende Situation keine Deckung gegeben wäre (act. 1 Rz. 49). Durch den E-Mailverkehr vom September/Oktober 2016 seien die Unklarheiten nicht beseitigt worden (act. 20 Rz. 15). Die Unklarheitenregel besage, dass die Klausel zulasten der Beklagten auszuliegen und die Versicherungsdeckung folglich zu gewähren sei (act. 1 Rz. 51).

#### **E. 2.6.1.2**

Die Beklagte wendet dagegen ein, dass die Klausel insofern klar verständlich sei, als dass die Deckung im Pandemiefall, so wie vorliegend eingetreten, ausgeschlossen sei (act. 11 Rz. 37). Darüber hinaus hätten die Klägerinnen spätestens nach den Nachverhandlungen im Jahr 2016 sehr genau gewusst, dass eine Versicherungsdeckung im Pandemiefall ausgeschlossen sei. Diesbezüglich habe ein übereinstimmender Wille vorgelegen (act. 11 Rz. 12, 81, 90).

#### **E. 2.6.2**

Rechtliches

##### **E. 2.6.2.1**

Ziel der Vertragsauslegung ist der wirkliche Wille der Parteien im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR. Das Gericht hat folglich nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen zu-

- 22 - nächst den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sog. subjektive oder empirische Auslegung; BGE 143 III 157 E. 1.2.2; BGE 142 III 239 E. 5.2.1; BGE 140 III 86 E. 4.1; BGE 132 III 268 E. 2.3.2). Lässt sich ein solcher nicht feststellen bzw. beweisen, so sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (sog. objektivierende oder normative Auslegung).

##### **E. 2.6.2.2**

Mit dem übereinstimmenden wirklichen Willen ist grundsätzlich der innere Wille gemeint. Als geistiger Sachverhalt oder rein psychologisches Phänomen kann dieser innere Wille direkt nicht bewiesen werden (KUKO OR-WIEGAND/HURNI, Art. 18 N 11). Vielmehr kann nur aus bestimmten Indizien auf das Vorhandensein eines solchen Willens geschlossen werden (BGE 140 III 86 E. 4.1). Dabei sind alle Tatsachen und Faktoren zu berücksichtigen, aus denen beweismässig auf die Willenslage bei der Abgabe der Vertragserklärung geschlossen werden kann (KUKO OR-WIEGAND/HURNI, Art. 18 N

17 m.H.). Ausgangspunkt bei der subjektiven Auslegung ist der Wortlaut, der von den Parteien abgegebenen Erklärungen oder des aufgrund solcher Erklärungen zustande gekommenen Vertragstextes. Bei der Auslegung von Worten und Texten ist zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen (BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 19 m.w.H.). Wesentlich für die Bedeutung eines Wortes ist zudem seine Stellung im Kontext des Vertrages (systematisches Element). Wichtige Indizien, welche auf einen tatsächlichen Willen schliessen lassen, finden sich sodann in der Entstehungsgeschichte des Vertrages. Dabei sind die dem Vertrag vorausgegangenen Verhandlungen und dabei entstandenen Materialien sowie die Begleitumstände zu berücksichtigen (KUKO OR-WIEGAND/HURNI, Art. 18 N 23; BGE 142 III 239 E. 5.2.1; BGer Urteil 4A\_65/2012 E. 10.2). Auch der Vertragszweck sowie das nachvertragliche Parteiverhalten, sofern es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Parteiwillen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zulässt (BGE 143 III 157 E.

### **E. 2.6.2.3**

Bleibt der übereinstimmende wirkliche Parteiwille unbewiesen, so ist die objektive Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen. Führt die objektive Auslegung vorformulierter Vertragsbestimmungen zu mindestens zwei Auslegungsergebnissen, dann sind mehrdeutige Wendungen in von einer Partei formulierten Vertragsklauseln 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 (BGE 146 III 339 E. 5.2.3). Für den Versicherungsvertrag konkretisiert Art. 33 VVG die Unklarheitenregel. Die Unklarheitenregel kommt erst subsidiär zur Anwendung, wenn gleichwertige Auslegungsergebnisse bestehen und die Zweifel durch die übrigen Auslegungsmittel nicht beseitigt werden können (BGer Urteile 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 2, 4A\_72/2021 vom 28. September 2021 E. 6.4.2).

### **E. 2.6.3**

#### **Würdigung**

#### **E. 2.6.3.1**

Die Beklagte behauptet das Vorliegen eines natürlichen Konsenses hinsichtlich der Verständigung darüber, dass die Versicherungsdeckung im Pandemiefall ausgeschlossen sei. Liegt ein übereinstimmender Wille der Parteien vor, wie von der Beklagten geltend gemacht, so bleibt kein Raum für die normative Vertragsauslegung, welche zur Anwendung der Unklarheitenregel nach Art. 33 VVG führen könnte und nach Ansicht der Klägerinnen zur Ungültigkeit des Deckungsausschlusses führen würde. Somit ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Parteien bei Vertragsschluss einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen hatten, eine Pandemie wie die vorliegend relevante COVID-19-Pandemie, welche am 11. März 2020 von der WHO als solche ausgerufen wurde, von einer Versicherungsdeckung auszunehmen.

- 24 -

#### **E. 2.6.3.2**

Die zwischen den Parteien strittige Deckungsausschlussklausel ist urkundlich belegt (act. 3/1; act. 3/2; act. 1 Rz. 18 ff.; act. 11 Rz. 80 ff.; siehe auch Erw. 2.1) und lautet wie folgt: "Mitversichert sind ansteckende Krankheiten, welche von Tieren auf den Menschen

übertragen werden. Ausgeschlossen bleiben jedoch die Vogelgrippe, BSE, CFJ, sowie andere Krankheiten, die das Potential für eine behördlich anerkannte Pandemie haben." (act. 3/1 S. 25 f., Ziffer 4.4.10. und 4.4.16.) "Sont également assurées les épidémies d'origines animales transmissibles à l'homme. Demeurent toutefois toujours exclues la grippe aviaire, la maladie de la vache folle, la maladie de Creutzfeld-Jakob, ainsi que toute autre maladie susceptible de développer une pandémie reconnue par les autorités compétentes." (act. 3/2 S. 25 f., Ziffer 4.4.10. und 4.4.16.)

### **E. 2.6.3.3**

Wie gesehen, ist die streitgegenständliche Deckungsausschlussklausel einerseits in der Ziffer 4.4.10 "Ansteckende Krankheiten" sowie in der Ziffer 4.4.16 "Epidemien (äussere Einwirkung)" beider Policen zu finden (siehe Erw. 2.1 vorne). Relevant ist insbesondere die bei beiden gleichlautende Formulierung "Krankheiten, die das Potential für eine behördlich anerkannte Pandemie haben" bzw. "toute autre maladie susceptible de développer une pandémie reconnue par les autorités compétentes".

### **E. 2.6.3.4**

Die Vorbringen der Klägerinnen (siehe Erw. 2.6.1 vorne), wonach die Klausel unklar sei, überzeugen nicht. Denn obschon hinsichtlich der Begriffs "Potential" eine gewisse Unbestimmtheit nicht von der Hand zu weisen ist, da nicht definiert wird, wann das "Potential" greift und an welchen Kriterien es anknüpft (act. 1 Rz. 48), ist die Klausel für die vorliegend einzig massgebende Konstellation klar und unmissverständlich. Betrachtet man nämlich nicht nur den strittigen Teilsatz, sondern die gesamte Klausel, so wird klar, dass nach der Aufzählung gewisser explizit aufgeführter Krankheiten, nämlich Vogelgrippe, BSE, CFJ, eine Art Generalklausel eingeführt wird, die sämtliche Krankheiten ausschliesst, die das Potential für eine behördlich anerkannte Pandemie haben. Auch wenn sich nicht restlos erschliesst, wie sich das "Potential" letztlich beurteilt, so geht nach

- 25 - allgemeinem Verständnis klar und deutlich hervor, dass die Generalklausel nicht erst im Pandemiefall, sondern bereits in einem früheren Stadium greifen soll. Weiter geht aus der Formulierung unmissverständlich hervor, dass der Ausschluss sicherlich allerspätestens dann greift, wenn sich das Potential verwirklicht hat, nämlich ein effektiver Pandemiefall eingetreten ist. Auch der französische Wortlaut ergibt kein anderes Ergebnis: Wörtlich in die deutsche Sprache übersetzt, bedeutet die Formulierung, dass "jede andere Krankheit, die eine von den zuständigen Behörden anerkannte Pandemie entwickeln könnte" von der Deckung ausgeschlossen ist. Obschon nicht der Begriff "Potential" verwendet wird, wird das "Potential" umschrieben. Auch der französische Wortlaut ist insofern klar und deutlich, als dass spätestens beim Vorliegen einer effektiven Pandemie keine Deckung mehr gegeben ist.

### **E. 2.6.3.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die streitgegenständliche Deckungsausschlussklausel zwar insgesamt einen gewissen Interpretationsspielraum zulässt. Klar und unmissverständlich ist der Wortlaut jedoch in der vorliegend einzig relevanten Konstellation, nämlich dass bei Eintritt einer Pandemie keine Deckung mehr gegeben ist, mithin der Pandemiefall von einer Deckung ausgenommen ist. Der Wortlaut ist in dieser konkreten Konstellation eindeutig und lässt keinen anderen Schluss zu. Der klare Wortlaut spricht somit für das Vorliegen eines übereinstimmenden tatsächlichen Willens, dass der Pandemiefall vom Versicherungsschutz ausgenommen sein soll. Dies muss umso mehr

gelten, als dass es sich bei der G.\_\_\_\_\_ um ausgewiesene Versicherungsexperten handelt, die mit ihrem Fachwissen und ihrer Branchenkundigkeit ohne Weiteres erkennen konnten, dass der Pandemiefall bei dieser Formulierung ausgeschlossen ist. Hätten sie dem nicht ausdrücklich zustimmen wollen, so hätten sie die Verträge nicht abgeschlossen.

#### **E. 2.6.3.6**

Dass sich die Parteien hinsichtlich des oben dargelegten Verständnisses der Deckungsausschlussklausel verständigten und bei Vertragsschluss ein übereinstimmender Parteiwille im vorstehend dargelegten Sinn vorlag, ergibt sich nebst dem klaren Wortlaut der Vertragsbestimmung auch aus dem aktenkundigen

- 26 - E-Mail-Verkehr vom September/Okttober 2016, worin sich die Parteien per E-Mail über das Verständnis bzw. die Tragweite des Deckungsausschlusses explizit ausgetauscht hatten (act. 13/5). Wie bereits ausgeführt (siehe Erw. 2.4.5 vorne), erläuterte L.\_\_\_\_\_ in seiner E-Mail vom 11. Oktober 2016 an H.\_\_\_\_\_ auf ent sprechenden Einwand von K.\_\_\_\_\_ hin, dass "Nach unserem Verständnis der "Einzelfall" versichert [ist], aber nicht eine flächendeckende Pandemie". So wurde zumindest mit Bezug auf den strittigen Teilsatz des Deckungsausschlusses seitens der Beklagten ausdrücklich und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass ein realisierter Pandemiefall von der Versicherungsdeckung nicht umfasst sein soll. Die Erklärung der Beklagten ist unmissverständlich und lässt in der vorliegenden Konstellation keine Fragen offen. Vor diesem Hintergrund zu behaupten, die Klägerinnen, handelnd durch die G.\_\_\_\_\_, wären sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Tragweite des Pandemieausschlusses nicht bewusst gewesen, überzeugt nicht. Mit dem Verständnis, dass die Ausschlussklausel im Pandemiefall greift und damit der Pandemiefall vom Versicherungsschutz ausgenommen ist, schloss die G.\_\_\_\_\_ als Vertreterin der Klägerinnen die streitgegenständlichen Versicherungsverträge vom 9. März 2020 (bzw. bereits deren identische Vorgängerversion vom 24. November 2016 und damit unmittelbar nach den Nachverhandlungen vom September/Okttober 2016) sowie vom 13. September 2017 ab. Dies lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Klägerinnen mit der in der E-Mail dargelegten Tragweite des Ausschlusses, nämlich dass der Pandemiefall von der Versicherungsdeckung ausgenommen ist, einverstanden waren und der Deckungsausschluss im Pandemiefall auch ihrem tatsächlichen Willen entsprach.

#### **E. 2.6.3.7**

Dieser Pandemiefall ist mit der Ausrufung der Pandemie der WHO am 11. März 2020 eingetreten. Am 16. März 2020 stufte der Bundesrat die Situation in der Schweiz im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 als ausserordentliche Lage im Sinne von Art. 7 Epidemiengesetz ein. Er ordnete mit Wirkung ab dem 17. März 2020 die Schliessung von für das Publikum öffentlich zugänglichen Einrichtungen an, insbesondere von Restaurations- und Barbetrieben (Art. 6 Abs. 2 lit. b und c COVID-19-Verordnung 2; Änderung vom 16.

- 27 - März 2020). Damit liegt auch ohne Weiteres eine behördlich anerkannte Pandemie vor. Selbst wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das Ausmass der konkreten COVID-19-Pandemie noch nicht bis ins letzte Detail voraussehbar war, bestehen keine Zweifel daran, dass der Parteiwille bezüglich Pandemieausschluss einen Extremfall wie die vorliegende COVID-19-Pandemie umfassen sollte.

#### **E. 2.6.3.8**

Aufgrund des klaren und unmissverständlichen Wortlauts der Vertragsbestimmung sowie der Klarstellung in der aktenkundigen E-Mail vom 11. Oktober 2016 ist ein tatsächlicher Konsens im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses am

#### **E. 2.6.3.9**

Infolge des von der Beklagten rechtsgenügend behaupteten und bewiesenen tatsächlichen Konsenses bleibt für die Anwendung der Unklarheitenregel im Rahmen der Ermittlung des normativen Konsenses kein Raum. Abschliessend ist festzuhalten, dass die Klägerinnen zwar aufzeigen, weshalb die Klausel ihrer Meinung nach unklar sein soll (siehe Erw. 2.6.1 vorne), allerdings die für die Anwendung der Unklarheitenregel vorausgesetzten gleichwertigen Auslegungsergebnisse nicht rechtsgenügend vortragen. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die Unklarheit einer Bestimmung nach der Unklarheitenregel nicht – wie von den Klägerinnen geltend gemacht – zu deren Ungültigkeit führt (BGer Urteil 4A\_48/2015 vom 29. April 2015 E.2.2.3).

#### **E. 2.6.4**

Zwischenfazit Es lag im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein tatsächlich übereinstimmender Wille vor, dass eine Pandemie wie die vorliegende COVID-19-Pandemie von der Versicherungsdeckung ausgenommen ist. Für die Anwendung der Unklarheitenregel bleibt kein Raum.

- 28 -

#### **E. 2.7**

Fazit Nach dem Gesagten gelangt der Deckungsausschluss im Pandemiefall vorliegend zur Anwendung, sodass der Unterbrechungsschaden (bzw. Mehrkosten) infolge Epidemie nicht gedeckt ist, weil es sich bei COVID-19 um eine von der WHO am 11. März 2020 ausgerufene Pandemie und alsdann eine vom Bundesrat anerkannte Pandemie handelt, sich damit das "Potential für eine behördlich anerkannte Pandemie" verwirklicht hat und der Deckungsausschluss zum Tragen kommt. 3. Zusammenfassung Die Klägerinnen bringen vor, die Pandemieausschlussklausel sei unklar und ungewöhnlich und deshalb ungültig. Da sich die Parteien (bzw. ihre Vertreter, deren Wissen sich die Parteien anrechnen lassen müssen) über den Deckungsausschluss im Pandemiefall ausdrücklich verständigten, liegt keine Globalübernahme von Allgemeinen Vertragsbedingungen vor, womit die Pandemieausschlussklausel der Ungewöhnlichkeitsregel nicht zugänglich ist. Ferner liegt infolge der ausdrücklichen Verständigung zwischen den Parteien hinsichtlich der Pandemieausschlussklausel ein gemeinsamer übereinstimmender tatsächlicher Wille vor, wonach die Deckung im Pandemiefall ausgeschlossen ist. Der Deckungsausschluss, wonach "Krankheiten, die das Potential einer Pandemie aufweisen" nicht versichert sind, steht demzufolge einer allfälligen Leistungspflicht der Beklagten entgegen. Ob die übrigen Deckungsvoraussetzungen erfüllt wären, kann bei diesem Ergebnis offen gelassen werden. Die Klage der Klägerin 1 und der Klägerin 2 ist abzuweisen. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 4**

Aufl. 2009, § 13 N 513; BSK ZGB I-HONSELL, Art. 3 N 49; BSK ZGB I-HUGUENIN/REITZE, Art. 54/55 N 19; BK ZGB-RIEMER, Art. 54/55 N 49; VON DER CRONE/REICHMUTH, Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht, SZW 2018 S. 406 ff., 411; BGer Urteile 2C\_1082/2013, 2C\_1083/2013 vom 14. Januar 2015 E. 6.2; ZR 120/2021

Nr. 52, S. 249).

#### **E. 4.1**

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der

- 29 - Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Das Verhältnis zwischen den Klägerinnen ist als einfache Streitgenossenschaft zu qualifizieren. Bei einfacher Streitgenossenschaft sind die Rechtsbegehren zur Berechnung des Streitwerts zusammenzurechnen, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt vorliegend je CHF 40'000.–. In Anwendung von Art. 93 Abs. 1 ZPO ergibt sich ein Streitwert von CHF 80'000.–. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist eine volle Gerichtsgebühr von CHF 9'600.– geschuldet. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Klägerinnen je hälftig zu auferlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihnen je geleisteten Kostenvorschuss zu decken.

#### **E. 4.2**

Parteientschädigung Ausgangsgemäss haben die Klägerinnen der anwaltlich vertretenen Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), die nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) festzusetzen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). In Anbetracht des Aufwandes (ohne Vergleichsverhandlung, mit 2. Schriftenwechsel) ist die Parteientschädigung auf rund 125% der Grundgebühr, entsprechend CHF 12'125.–, festzusetzen (§§ 2, 4 und

#### **E. 9**

März 2020 bzw. am 13. September 2017, wonach ein Pandemiefall wie die COVID-19-Pandemie von der Versicherungsdeckung ausgenommen sein soll, erstellt. Weitere Indizien, die auf den inneren Willen der Parteien schliessen liessen, werden nicht vorgebracht und würden an diesem klaren Ergebnis auch nichts mehr zu ändern vermögen.

#### **E. 11**

AnwGebV). Antragsgemäss sind die Klägerinnen zur Bezahlung der Parteientschädigung unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten. Das Handelsgericht erkennt:

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