

HOR.2020.18 / fn / MD

Urteil vom 17. Mai 2021

Besetzung Oberrichter Dubs, Präsident
 Oberrichter Vetter, Vizepräsident
 Handelsrichter Alberati
 Handelsrichterin Baumann
 Handelsrichter Friedli
 Gerichtsschreiberin Näf

Klägerin **A. AG** _____
 vertreten durch Dr. iur. Volker Pribnow, Rechtsanwalt, Stadtturm-
 strasse 10, Postfach, 5401 Baden

Beklagte **B. AG** _____
 vertreten durch Prof. Dr. iur. Pascal Grolimund, Rechtsanwalt, Hen-
 ric Petri-Strasse 35, Postfach, 4010 Basel

Gegenstand Ordentliches Verfahren betreffend Forderung aus Versicherungsvertrag

Das Handelsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in V.. Ihr Zweck besteht im Wesentlichen im Führen von Gastronomiebetrieben (Restaurant, Bäckerei, Party- und Tellerservice) sowie damit zusammenhängenden Dienstleistungen (Klagebeilage [KB] 3).

2.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in W.. Laut gerichtsnotorischem Handelsregistereintrag (vgl. Art. 151 ZPO) bezweckt sie im Wesentlichen den Betrieb jeder Art von Versicherung und Rückversicherung, ausgenommen direkte Lebensversicherung.

3.

Die Klägerin betreibt ein Lokal mit Restaurant und Bar in V.. Sie hat bei der Beklagten eine "B. Geschäftsversicherung KMU" abgeschlossen, enthaltend eine Fahrhabeversicherung sowie eine Betriebs- und Unfallversicherung. Die Fahrhabeversicherung umfasst laut Police Nr. 4.001.212.998 vom 17. August 2018 unter der Rubrik "Weitere Gefahren" auch die Versicherung für Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie bis zu einem Höchstbetrag von Fr. 2'000'000.00 bei einem Selbstbehalt von Fr. 200.00 (KB 1 S. 2).

4.

Am 16. März 2020 stufte der Bundesrat die Situation in der Schweiz im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Coronavirus als ausserordentliche Lage im Sinne von Art. 7 des Epidemiengesetzes (EpG) ein und ordnete mit Wirkung ab dem 17. März 2020 die Schliessung von für das Publikum öffentlich zugänglichen Einrichtungen, namentlich Restaurations- und Barbetrieben, an (Art. 6 Abs. 2 lit. b und c Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) [Stand 17. März 2020]). Restaurations- 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 2 [Stand 11. Mai 2020]).

5.

Die Betriebsschliessung ab 17. März 2020 führte bei der Klägerin zu einem Ertragsausfall. Am 18. März 2020 errechnete die Klägerin einen zu erwartenden Betriebsunterbrechungsschaden bis 30. April 2020 von Fr. 75'397.00 (KB 4) und bat die Beklagte mit Schreiben vom 19. März 2020, die versicherten Leistungen zu erbringen (Antwortbeilage [AB] 6). Mit E-Mails vom 23. März 2020 und Schreiben vom 25. März 2020 lehnte die Beklagte die Schadensdeckung bzw. Entschädigungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus ab (AB 7 - 9).

6.

Mit Klage vom 21. April 2020 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 40'000.00 für Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie zu bezahlen, nebst 5 % Zins seit dem Tag der Klageeinreichung.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, sie führe in V. einen Gastronomiebetrieb mit Restaurant und Bar. Sie habe 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 Restaurationsbetriebe ab dem 17. März 2020 sei es ihr nicht mehr möglich, ihren Betrieb zu führen. Infolgedessen entstehe ihr ein Ertragsausfall. Damit sei der Versicherungsfall eingetreten und es stünden ihr Versicherungsleistungen zu. Mit der vorliegenden Teilklage mache sie lediglich die ersten Fr. 40'000.00 ihres Ertragsausfalls und der Mehrkosten geltend und behalte sich die Geltendmachung weiterer Ansprüche nach Beendigung dieses Prozesses vor.

7.

Mit Klageantwort vom 9. Juni 2020 stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren:

- " 1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter o/e-Kostenfolge."

Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, die Klägerin sei bei ihr gegen Ertragsausfälle und Mehrkosten infolge Epidemie versichert. Mit der vorliegenden Klage mache sie Ansprüche geltend für Schäden, die ihr wegen der vom Bundesrat am 16. März 2020 mit der Anpassung der COVID-19-Verordnung 2 angeordneten Betriebsschliessung entstanden seien. Die Folgen der Covid-19-Pandemie seien aber nicht versichert. Aus dem Begriff der Epidemie folge, dass die fragliche Zusatzversicherung vorab die Deckung von bekannten und räumlich begrenzten Krankheitsereignissen bei Menschen und Tieren beabsichtige. Pandemieereignisse von der Tragweite von Covid-19 dagegen seien gemäss dem vertraglichen Pandemieausschluss nicht versichert.

8.

Mit Replik vom 17. August 2020 hielt die Klägerin an ihren Ausführungen und tatsächlichen Behauptungen der Klageschrift fest, ohne sich nochmals

zu den Rechtsbegehren zu äussern. Mit Duplik vom 8. September 2020 hielt die Beklagte an den Rechtsbegehren gemäss Klageantwort fest.

9.

9.1.

Mit Verfügung vom 10. März 2021 erliess der Präsident die Beweisverfügung und forderte die Parteien auf, dem Handelsgericht schriftlich mitzuteilen, ob sie auf eine Hauptverhandlung gänzlich verzichten (Art. 233 ZPO) bzw. alternativ auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichten und dem Gericht beantragen, ihre Schlussvorträge schriftlich einzureichen (Art. 232 Abs. 2 ZPO). Stillschweigen innert Frist galt als Antrag auf Durchführung einer Hauptverhandlung.

9.2.

Während die Klägerin mit Eingabe vom 15. März 2021 auf die Hauptverhandlung verzichtete, wünschte die Beklagte mit Eingabe vom 22. März 2021 die Durchführung einer solchen.

10.

Mit Verfügung vom 8. April 2021 lud der Präsident zur Hauptverhandlung vor.

11.

Mit Eingabe vom 7. Mai 2021 zog die Beklagte ihren Antrag auf Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung zurück bzw. verzichtete auf deren Durchführung sowie auf die Einreichung schriftlicher Schlussvorträge. Mit Eingabe vom gleichen Tag verzichtete auch die Klägerin auf die Einreichung schriftlicher Schlussvorträge.

12.

Am 17. Mai 2021 fällte das Handelsgericht das nachfolgende Urteil.

Das Handelsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Die Erfüllung der Prozessvoraussetzungen ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzungen sind insbesondere die örtliche und die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO).

1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Beklagte lässt sich auf den vorliegenden Prozess i.S.v. Art. 18 ZPO ein, weshalb die örtliche Zuständigkeit der aargauischen Gerichte gegeben ist.

1.2. Sachliche Zuständigkeit

Sachlich zuständig ist das Handelsgericht, denn die geschäftliche Tätigkeit beider Parteien ist betroffen (Art. 6 Abs. 2 lit. a ZPO), die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht steht angesichts des Streitwerts von Fr. 40'000.00 offen (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) und beide Parteien sind im Schweizerischen Handelsregister eingetragen (Art. 6 Abs. 2 lit. c ZPO).

1.3. Teilklage

Ist ein Anspruch teilbar, so kann auch nur ein Teil eingeklagt werden (Art. 86 ZPO). Das Urteil über die Teilklage beschränkt sich auf den eingeklagten Teilanspruch. Der Streitwert bestimmt sich auch bei der Teilklage nach dem Rechtsbegehren (Art. 91 ZPO)¹ und beläuft sich vorliegend auf Fr. 40'000.00. Aufgrund seiner monetären Natur ist der Anspruch teilbar und eine Teilklage mit Nachklagevorbehalt möglich.

1.4. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten.

2. Verhandlungsmaxime

Vorliegend gilt die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Demnach haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Den Prozessparteien obliegt die Behauptungslast.² Der Behauptungslast ist Genüge getan, wenn die Parteien in ihrem Tatsachenvortrag in allgemeiner Weise sämtliche Tatsachen benennen, welche unter die ihren Antrag stützenden Normen zu subsumieren sind. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt.³ Kehrseite der Behauptungslast ist die sogenannte Bestreitungslast. Bestreitet eine Partei eine schlüssige Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, gilt diese als unbestritten und die betreffende Tatsache kann dem Entscheid ohne weiteres zugrunde gelegt werden, da über nicht bestrittene Tatsachen kein Beweis geführt zu werden braucht (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO).⁴

3. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien stimmen darin überein, dass die Klägerin als Versicherungsnehmerin mit der Beklagten als Versicherer einen Vertrag über eine Sachversicherung und eine Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat; dass der Vertragsinhalt in der Police Nr. 4.001.212.998 vom 17. August 2018 (KB 1) sowie den darin aufgeführten Vertragsgrundlagen,

¹ BK ZPO I-MARKUS, 2012, Art. 86 N. 10.

² Vgl. BGer 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2, 4A_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2.

³ BGer 4A_441/2019 vom 9. Dezember 2019 E. 2.1.

⁴ BK ZPO I-HURNI (2012), Art. 55 N. 37 mit Verweis auf Art. 150 Abs. 1 ZPO.

namentlich den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), B. Geschäftsversicherung KMU, Gemeinsame Bestimmungen, Ausgabe April 2017 (KB 2), und den Zusatzbedingungen (ZB), B. Geschäftsversicherung KMU, Erweiterte Versicherung für Nahrungs- und Futtermittel sowie Tiere, Ausgabe April 2017 (KB 5 und AB 2), festgehalten ist und dass die Anordnung des Bundesrates, mit Wirkung ab dem 17. März 2020 für das Publikum öffentlich zugängliche Einrichtungen – namentlich Restaurations- und Barbetriebe – zu schliessen (Art. 6 Abs. 2 lit. b und c Covid-19-Verordnung 2 [Stand 17. März 2020]), bei der Klägerin zu einem Ertragsausfall und Mehrkosten und als deren Folge zu einem Schaden geführt hat, welcher mangels Bestreitung durch die Beklagte mindestens Fr. 40'000.00 beträgt (Klage Rz. 7 ff.; Klageantwort Rz. 17 ff. und Rz. 107).

4. Gültigkeit des Versicherungsvertrags

Der zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossene Versicherungsvertrag ist grundsätzlich gültig. Die Parteien haben sich über die objektiv wesentlichen Punkte Gefahr bzw. Risiko, Vertragsgegenstand, gegenseitige Leistungen und Dauer des Vertrages geeinigt. Ebenso herrscht Einigkeit darüber, dass die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (im Folgenden: AVB) und die Zusatzbedingungen (im Folgenden: ZB) der Beklagten (KB 2 sowie KB 5 und AB 3) von der Klägerin global übernommen wurden und damit Vertragsbestandteile bilden⁵ (Klage Rz. 14, Klageantwort Rz. 84). Umstritten ist hingegen, ob auch Klausel B2 der ZB vom Konsens im Rahmen der Globalübernahme der AVB erfasst wird und ob der darin statuierte Deckungsausschluss im Zusammenhang mit Schäden infolge des Covid-19-Virus gültig ist. Soweit feststeht, dass der Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist, ist hinsichtlich des Inhalts strittiger Vertragsbestimmungen der Wille der Parteien durch Vertragsauslegung festzustellen.

5. Rechtliches

5.1. Vertragsauslegung

Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, d.h. nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR).⁶ Haben sich die Parteien tatsächlich richtig, d.h. nach dem erklärten wirklichen Willen verstanden und stimmen die Willen überein, so liegt ein natürlicher Konsens vor. Die subjektive Auslegung zielt auf die Rekonstruktion des tatsächlichen Parteiwillens ab.⁷ Bleibt der (innere) Parteiwille unbewiesen oder stimmt er nicht überein, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und

⁵ FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, N. 8.30.

⁶ BGE 131 III 467 E. 1.

⁷ HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl. 2019, N. 278.

mussten.⁸ Im Rahmen dieser objektivierten (normativen) Auslegung⁹ hat jede Partei nach dem Vertrauensprinzip ihre Erklärung so gelten zu lassen, wie sie von der Adressatin nach ihrem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Vertrags wie Vorverhandlungen und Begleitumstände, Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss, Interessenlage, Zweck und Systematik des Vertrags, Verkehrsauffassung und -übung im Rahmen einer ganzheitlichen Auslegung verstanden werden musste und durfte.¹⁰ Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung¹¹; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen.¹² Wenn die nach dem Vertrauensprinzip ermittelten Willenserklärungen übereinstimmen, liegt ein normativer Konsens vor.¹³ Es gilt das als Vertragswille, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden.¹⁴ Die normative Auslegung bezweckt mithin die Konstruktion des mutmasslichen Parteiwillens in Anwendung des Vertrauensprinzips.¹⁵

5.2. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Das schweizerische Recht kennt keine umfassende Normierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Weil eine zusammenhängende gesetzliche Regelung für deren Kontrolle fehlt, beurteilen Rechtsprechung und Lehre die Zulässigkeit von AGB in erster Linie anhand des Allgemeinen Obligationenrechts.¹⁶

5.2.1. Vorformulierte Vertragsbedingungen

AGB sind für eine Mehrzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, welche die eine Partei (Verwenderin) der anderen bei Abschluss des Vertrages stellt.¹⁷ Vorformuliert bedeutet, dass diese Bedingungen einseitig mit dem Ziel abgefasst wurden, sie bei gleichartigen Verträgen zum Zwecke der Einheitlichkeit des so geregelten Vertragsinhalts wiederkehrend zu verwenden. Von wem die Formulierung ausgeht – ob von einer

⁸ BGE 138 III 659 E. 4.2.1, 133 III 61 E. 2.2.1, 132 III 24 E. 4.

⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl. 2020, N. 1201.

¹⁰ BGE 131 III 280 E. 3, 143 III 157 E. 1.2.2; ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, 4. Aufl. 2015, Art. 18 N. 370 ff.

¹¹ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 10), N. 396.

¹² BGE 132 III 626 E. 3.1.

¹³ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 10), N. 24; KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 6.04.

¹⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1201.

¹⁵ HUGUENIN (Fn. 7), N. 282.

¹⁶ PERRIG, in: KRAMER/PROBST/PERRIG (Hrsg.), Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, N. 100; KOLLER (Fn. 13), N. 23.01.

¹⁷ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N. 44.01.

Vertragspartei oder von einem Dritten, beispielsweise einem Branchenverband – ist unerheblich.¹⁸ Massgebendes Kriterium für die Qualifikation von Vertragsklauseln als AGB ist daher nicht, ob sie für eine Vielzahl von Verträgen abgefasst wurden, sondern dass die Bedingungen vorformuliert, also nicht einzeln ausgehandelt wurden.¹⁹ Ebenso ist nicht entscheidend, ob die vorformulierten Bedingungen äusserlich einen gesonderten Teil (beispielsweise ein separates Formular) des Vertrages bilden, oder ob sie sich im Vertragsdokument selbst befinden.²⁰ Bei der Abfassung von AGB ist das *Transparenzgebot* zu beachten. Dieses ist Ausfluss des Gebots von Treu und Glauben und verpflichtet die Verwenderin zur transparenten Gestaltung sowohl der gesamten AGB als auch der Regelungsinhalte einzelner AGB-Klauseln. Die AGB sollten systematisch gegliedert, übersichtlich und sprachlich verständlich abgefasst und in lesbarer Schriftgrösse und Schriftart gehalten sein.²¹ Im Rahmen der Auslegungskontrolle (vgl. hinten E. 5.2.3) übernimmt die Unklarheitsregel diese Transparenzfunktion.

AGB haben aus sich heraus keine Verbindlichkeit. Sie sind weder Rechtsnormen noch Gewohnheitsrecht oder Rechtsquellen eigener Art.²² Ihre Geltung beruht vielmehr immer auf einem Rechtsgeschäft. AGB werden nur Vertragsinhalt, wenn sie die Parteien durch entsprechende Willensübereinstimmung in ihren (Individual-)Vertrag einbeziehen. Diese Übernahme kann ausdrücklich oder konkludent geschehen.²³ Hat eine Partei die AGB im Einzelnen gelesen, ihren Inhalt verstanden und akzeptiert, liegt eine Vollübernahme vor. Hat sie die AGB akzeptiert, ohne ihren Inhalt gelesen oder verstanden zu haben, handelt es sich um eine Globalübernahme. Stehen sich individuelle Abreden und AGB entgegen, gehen erstere letzteren vor.²⁴

5.2.2. Ungewöhnlichkeitsregel

Die *Konsens-* oder *Geltungskontrolle* untersucht, ob bestimmte AGB zum Vertragsbestandteil geworden, also von den Parteien rechtsgeschäftlich vereinbart worden sind.²⁵ An sich kann sich die Verwenderin von AGB aufgrund der Vertrauens- theorie darauf verlassen, dass die Gegenpartei den AGB im Rahmen der Globalübernahme zustimmt.²⁶ Weil letztere die AGB aber erfahrungsgemäss nicht oder bloss flüchtig liest, wird die Geltung global übernommener AGB nach Lehre und Rechtsprechung durch die Ungewöhnlichkeitsregel insofern eingeschränkt, als von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren

¹⁸ KOLLER (Fn. 13), N. 23.02.

¹⁹ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 17), N. 44.01.

²⁰ BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. 2018, N. 948.

²¹ PERRIG (Fn. 16), N. 141 ff.

²² KOLLER (Fn. 13), N. 23.19.

²³ SCHWENZER/FOUNTOULAKIS (Fn. 17), N. 45.01.

²⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1128c, 1131.

²⁵ PERRIG (Fn. 16), N. 102; HUGUENIN (Fn. 7), N. 614.

²⁶ PERRIG (Fn. 16), N. 173.

Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Vorausgesetzt wird ein Macht- oder Erfahrungsgefälle zwischen der Verwenderin der AGB und der die AGB global übernehmenden Partei. Auch Unternehmen, namentlich juristische Personen, können sich als schwächere bzw. unerfahrene oder branchenfremde Partei qualifizieren und auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen.²⁷ Die Verwenderin der AGB muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass eine weniger erfahrene Vertragspartnerin ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Vom Konsens nicht erfasste bzw. nicht übernommene AGB-Klauseln sind unbeachtlich.²⁸

Die subjektive Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht der global zustimmenden Partei im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Für eine branchenfremde Partei können auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein.²⁹ Die inhaltliche Unangemessenheit einer Bestimmung ist nicht relevant; entscheidend ist einzig, mit welchem Vertragsinhalt die übernehmende Partei, die die AGB nicht oder nur flüchtig gelesen oder nicht verstanden hat, nach dem Vertrauensprinzip rechnen musste.³⁰ Ungewöhnlichkeit darf jedoch nicht leichthin angenommen werden.³¹ Sie setzt neben einem Macht- oder Erfahrungsgefälle zwischen Verwenderin und Übernehmerin und dem subjektiven Merkmal fehlender Branchenerfahrung weiter voraus, dass die betreffende Klausel objektiv beurteilt überraschend ist oder einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Dies trifft dann zu, 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 der Vertragspartnerin beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.³² Sind alle drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt und bewegt sich der Inhalt einer AGB-Klausel im beschriebenen Sinne ausserhalb des normalerweise zu Erwartenden, wird sie nicht mehr vom Konsens der Parteien erfasst und gilt als nicht geschrieben.³³

5.2.3. Auslegung von AGB-Klauseln

Die *Auslegungskontrolle* untersucht nicht, ob bestimmte AGB zum Vertragsbestandteil geworden sind; sie befasst sich mit der massgebenden Interpretation von AGB.³⁴ Vorab gilt, dass Individualabreden, d.h. im Einzelnen ausgehandelte Parteiabreden, widersprechenden oder davon abweichenden AGB vorgehen, ganz gleich, in welcher Form sie vereinbart wur-

²⁷ BGE 109 II 452 E. 5.

²⁸ FUHRER (Fn. 5), N. 8.33.

²⁹ BGE 138 III 411 E. 3.1.

³⁰ FUHRER (Fn. 5), N. 8.36.

³¹ HUGUENIN (Fn. 7), N. 620 mit Hinweis.

³² BGE 138 III 411 E. 3.1 mit Hinweisen.

³³ PERRIG (Fn. 16), N. 173 und 176.

³⁴ PERRIG (Fn. 16), N. 235.

den. Der Vorrang der Individualabrede gilt unabhängig davon, ob die Vertragsparteien den Willen hatten, die AGB abzuändern oder ob ihnen die Kollision der Vertragsbestimmungen überhaupt bewusst war.³⁵ Sind AGB-Klauseln in einen Vertrag übernommen worden und stehen ihnen keine abweichenden Individualabreden entgegen, ist aber ihr Inhalt umstritten, sind sie als Bestandteile eines konkreten Einzelvertrages grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen, wie andere vertragliche Bestimmungen.³⁶

Lässt sich durch subjektive Auslegung ein tatsächlicher Konsens nicht ermitteln, erfolgt die Feststellung des mutmasslichen Parteiwillens mittels objektiver Auslegung der strittigen Klausel(n) nach dem Vertrauensprinzip (vgl. vorne E. 5.1). Dabei wird zwischen Auslegungsmitteln (Erkenntnisquellen für die Auslegung) und Auslegungsregeln (Interpretationsgrundsätze) unterschieden.³⁷ Primäres Auslegungsmittel ist der Wortlaut; ergänzende Auslegungsmittel sind die Begleitumstände des Vertragsschlusses, die Entstehungsgeschichte des Vertrags (etwa die Vertragsverhandlungen), die Interessenlage der Parteien bei Vertragsabschluss, deren subjektbezogene Verhältnisse (beispielsweise vorhandene oder fehlende Branchenkenntnisse) sowie die Verkehrsauffassung und die Verkehrsübung. Kein Auslegungsmittel der objektivierten Vertragsauslegung bildet das Verhalten nach Vertragsschluss (vgl. vorne E. 5.1).³⁸ Neben wenigen gesetzlichen (z.B. Art. 76 und 77 OR) sind vor allem die allgemeinen Auslegungsregeln von Bedeutung, welche weder in einem Gesetz enthalten noch in einem (bundesgerichtlichen) Urteil übersichtsmässig dargestellt sind³⁹, sondern von Lehre und Praxis entwickelt wurden.⁴⁰ Zu den allgemeinen Interpretationsgrundsätzen gehören insbesondere das Abstellen auf die Zeit des Vertragsschlusses, die Auslegung nach Treu und Glauben, das Verbot der "Buchstabenauslegung", die Berücksichtigung der Vertragssystematik, die vertragsbezogene Auslegung allgemeiner Ausdrücke und die Unklarheitsregel.⁴¹ Allgemein gehaltene AGB-Klauseln sind aufgrund der (widerlegbaren) Vermutung, dass die Parteien solchen Klauseln keine allgemeine Bedeutung zumessen, nach dem *Restriktionsprinzip* grundsätzlich eng auszulegen.⁴² In Nachachtung des *Transparenzgebots* müssen AGB-Klauseln hinreichend bestimmt bzw. eindeutig sein (vgl. vorne E. 5.2.1). Missverständliche oder mehrdeutige AGB-Klauseln sind nach der – gesetzlich zwar nur beim Versicherungsvertrag vorgesehenen, laut Bundesgericht aber allgemein gültigen – *Unklarheitsregel* im Zweifel zu Lasten

³⁵ PERRIG (Fn. 16), N. 245 mit Hinweisen.

³⁶ BGE 142 III 671 E. 3.3, 135 III 1 E. 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 9), N. 1144.

³⁷ HUGUENIN (Fn. 7), N. 286.

³⁸ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 10), N. 371 ff.

³⁹ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 10), N. 453.

⁴⁰ HUGUENIN (Fn. 7), N. 292.

⁴¹ ZK OR-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Fn. 10), N. 449 ff.

⁴² PERRIG (Fn. 16), N. 267; KOLLER (Fn. 13), N. 23.79 ff.

der Verwenderin auszulegen.⁴³ Die Unklarheitsregel darf allerdings erst bei Versagen aller übrigen Auslegungsregeln herangezogen werden; sie steht in der Stufenfolge der Interpretationsgrundsätze an letzter Stelle.⁴⁴

5.2.4. Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Laut Art. 8 UWG handelt insbesondere unlauter, wer AGB verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Diese lauterkeitsrechtliche Bestimmung hat zwar erhebliche schuldrechtliche Tragweite;⁴⁵ die statuierte offene *Inhaltskontrolle* von AGB ist nach ihrem klaren Wortlaut allerdings auf Verträge zwischen gewerblichen Anbietern und privaten Nachfragern (Konsumenten) beschränkt. Auf AGB in Verträgen zwischen gewerblichen Anbietern und gewerblichen Nachfragern findet sie keine Anwendung.⁴⁶

5.3. Allgemeine Versicherungsbedingungen

Im Vertragsrecht allgemein als AGB bezeichnete vorformulierte Vertragsklauseln heissen im Versicherungsrecht Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB). Die Qualifikation von Klauseln des Versicherungsvertrags als AVB erfolgt nach denselben Merkmalen wie bei den AGB. Alle AGB-rechtlichen Regeln gelten uneingeschränkt auch für die AVB der Versicherer⁴⁷, so namentlich die Konsens- bzw. Geltungs-, die Auslegungs- und die Inhaltskontrolle. Liegt seitens der Versicherungsnehmerin eine Globalübernahme vor, sind die AGB in den Individualvertrag zwischen dem Versicherer und der Versicherungsnehmerin einbezogen. In der Folge ist zu prüfen, ob alle Bestimmungen der grundsätzlich gültig übernommenen AVB vom normativen Konsens erfasst sind. Die Überprüfung geschieht anhand der Ungewöhnlichkeitsregel (vgl. vorne E. 5.2.2). Bei Versicherungsverträgen sind die berechtigten Deckungserwartungen der Versicherungsnehmerin zu berücksichtigen.⁴⁸ AVB-Klauseln, die sich als ungewöhnlich erweisen, gelten als nicht geschrieben und sind unbeachtlich (vgl. vorne E. 5.2.2). Im Gegensatz zum übrigen Vertragsrecht wird im Zusammenhang mit der Auslegungskontrolle in Art. 33 VVG die Unklarheitsregel ausdrücklich statuiert.⁴⁹ Demnach haftet der Versicherer für alle Ereignisse, welche die Merkmale der versicherten Gefahr an sich tragen, soweit der Vertrag einzelne Ereignisse nicht in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst.

⁴³ BGE 124 III 155 E. 1b.

⁴⁴ BGE 122 III 118 E. 2d.

⁴⁵ KOLLER (Fn. 13), N. 23.01.

⁴⁶ HEISS, in: Heizmann/Loacker (Hrsg.), UWG Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, 2018, Art. 8 N. 95 und 98.

⁴⁷ FUHRER (Fn. 5), N. 8.3.

⁴⁸ BGE 138 III 411 E. 3.1.

⁴⁹ BSK VVG-FUHRER, 2001, Art. 33 N. 3.

6. Konsenskontrolle der strittigen ABV

6.1. Parteistandpunkte

Die *Klägerin* bringt im Wesentlichen vor, gemäss Police gewähre die Beklagte Versicherung gegen Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie. Im normalen Sprachgebrauch verstehe man darunter eine Krankheit, von der typischerweise viele Menschen gleichzeitig befallen werden und die sich schnell verbreitet. Dementsprechend sei nicht von einer Epidemie die Rede, wenn erst einzelne Personen oder kleine Personengruppen betroffen sind (Pandemiestufe 3) oder noch keine übergreifende Ausbreitung stattgefunden hat, sondern erst die Gefahr hierzu bestehe (Pandemiestufe 4). So finde sich auch im Epidemiegesezt, auf dessen Grundlage der Bund sämtliche Massnahmen seit dem 16. März 2020 erlassen habe, der Begriff der Pandemie nirgends. Indem die Beklagte mit der Ausschlussklausel in den Fällen Schäden von der Deckung ausnehme, wo behördliche Massnahmen wegen Krankheitserregern ergriffen werden, für die national oder international die Pandemiestufen 5 oder 6 gelten, und damit die Deckung auf behördliche Massnahmen begrenze, welche bis und mit Pandemiestufe 4 ergriffen werden, höhle sie den versprochenen Versicherungsschutz aus. Werde Pandemiestufe 4 überschritten, entfalle die Deckung für jeden einzelnen in der Klageantwort aufgezählten Krankheitserreger von vornherein, wenn er nicht zuerst lokal in der Schweiz, sondern bereits in einem anderen Land aufgetreten sei, wenn auch nur ganz vereinzelt. Mit diesem Deckungsausschluss enttäusche die Beklagte die berechtigten Deckungserwartungen der Klägerin, die diese aufgrund des allgemeinen Sprachgebrauchs und ihres Verständnishorizonts bei Vertragsabschluss im Oktober 2018 gehabt habe und haben dürfen. Die Deckungsausschlussklausel sei damit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vom Konsens der Parteien getragen gewesen und folglich ungültig. Demgegenüber wolle die Beklagte eine geltungserhaltende Reduktion ungewöhnlicher AVB-Klauseln. Eine solche sei unzulässig und lasse sich auch nicht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung stützen.

Die *Beklagte* entgegnet im Wesentlichen, mit dem auf KMU zugeschnittenen Standard-Versicherungsprodukt würden Epidemien, d.h. örtlich begrenzte Krankheitsereignisse, und nicht Pandemien versichert. Selbst wenn dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer diese Unterscheidung nicht bekannt sein sollte, könne er für eine Prämie von Fr. 380.00 jährlich keine All-Risk-Deckung erwarten. Vielmehr müsse er mit Einschränkungen und Ausschlüssen rechnen, die sachlich begründet sind und den Versicherungsschutz nicht übermässig einschränken, so dass letzterer in einem angemessenen Verhältnis zur Prämie stehe. Der Pandemieausschluss gehöre in die Kategorie der Ausschlüsse der höheren Gewalt. Damit schliesse der Versicherer grossflächige Risiken und Ereignisse – so Covid-19 – von der Deckung aus, die den Versichertenbestand schweizweit betreffen könnten. Ein solcher Ausschluss sei üblich und nicht unerwartet. Dergestalt stünden Standardversicherung und Standarddeckung im Gleichgewicht.

Die Klägerin versuche losgelöst vom Einzelfall in abstrakter Weise eine Ungewöhnlichkeit zu begründen. Ihre Argumentation zielle auf eine abstrakte Inhaltskontrolle ab. Eine solche kenne das Schweizer Recht ausserhalb von Art. 8 UWG allerdings nicht. Aber selbst bei abstrakter Betrachtung würde der Versicherungsschutz nicht ausgehöhlt, nenne der Vertrag doch selber zahlreiche versicherte Gefahren und müssten auch die versicherten Massnahmen in eine solche Betrachtung einbezogen werden. Die Ausführungen der Klägerin zur geltungserhaltenden Reduktion träfen nicht zu. Vorliegend gehe es nur um die Frage ob die Klägerin objektiv betrachtet mit dem Ausschluss einer Pandemie von der Tragweite von Covid-19 rechnen musste. Das Bestreben der Klägerin, Krankheitsereignisse der Pandemiestufe 5 zum Streitgegenstand zu machen, betreffe nicht die Frage der geltungserhaltenden Reduktion. Vielmehr wolle sie, dass der zulässige Ausschluss von Covid-19 (Pandemiestufe 6) unbeachtlich sei, weil der Ausschluss eines anderen Krankheitsereignisses (der Pandemiestufe 5) angeblich unzulässig sei. Solches entspreche nicht Sinn und Zweck der Ungewöhnlichkeitsprüfung. Selbst wenn aber der Deckungsausschluss unter Einbezug von Krankheitsereignissen der Pandemiestufe 5 geprüft würde, erwiese er sich nicht als ungewöhnlich.

6.2. Ungewöhnlichkeit

Die von der Beklagten verwendeten ZB sind in einem separaten Dokument abgedruckte vorformulierte Vertragsklauseln (KB 5 bzw. AB 2). Es handelt sich damit um AGB. Die Parteien gehen übereinstimmend von einer Globalübernahme der Klägerin aus (vgl. vorne E. 4). Eine ungewöhnliche Klausel in global übernommenen AGB ist nur dann vom Konsens der Parteien nicht erfasst, wenn die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei von der Verwenderin nicht gesondert auf deren Vorhandensein aufmerksam gemacht worden ist (vgl. vorne E. 5.2.2). Dies setzt kumulativ ein Macht- oder Erfahrungsgefälle, subjektive und objektive Ungewöhnlichkeit sowie das Unterlassen eines besonderen Hinweises auf die ungewöhnliche Klausel voraus.⁵⁰

Die Beklagte ist eine allgemein bekannte schweizerische Versicherungsgesellschaft, deren Geschäftszweck im Betrieb jeder Art von Versicherung und Rückversicherung, ausgenommen direkte Lebensversicherung, besteht. Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft, die sich mit dem Führen von Gastronomiebetrieben (Restaurant, Bäckerei, Party- und Tellerservice) sowie damit zusammenhängenden Dienstleistungen beschäftigt (KB 3) und in V. ein Lokal mit Restaurant und Bar betreibt. Als Dienstleistungsunternehmung ist die Klägerin wohl geschäftserfahren. Während aber die Beklagte als Versicherer das Versicherungsgeschäft betreibt, ist die Klägerin diesbezüglich branchenfremd. Es besteht ein offenes Erfahrungsgefälle

⁵⁰ FUHRER (Fn. 5), N. 8.35 und 8.38.

zwischen der Beklagten als Verwenderin der ZB und der Klägerin, das letztere als schwächere bzw. unerfahrenere Partei qualifiziert.

Laut Police Nr. 4.001.212.998 hat die Klägerin bei der Beklagten eine "B. Geschäftsversicherung KMU" abgeschlossen, enthaltend eine Fahrhabeversicherung sowie eine Betriebs- und Unfallversicherung (KB 1), und in diesem Zusammenhang die ZB der Beklagten global übernommen. In den ZB sind die Bestimmungen zu den grundsätzlich gedeckten Risiken ("Versichert sind") blau hinterlegt, diejenigen zu den Deckungsausschlüssen ("Nicht versichert sind") gelb. Auf blauem Hintergrund hält Klausel B1 auf Seite 5 unter dem hervorgehobenen Titel "Epidemie" fest, welche Risiken im Zusammenhang mit behördlich verfügten Massnahmen zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten grundsätzlich versichert sind. Auf gelbem Hintergrund umschreibt Klausel B2 auf Seite 7 wiederum unter dem hervorgehobenen Titel "Epidemie", welche Risiken in diesem Bereich vom Versicherungsschutz ausgenommen sind (KB 5 und AB 2).

Dass die Klägerin auf den Deckungsausschluss in Klausel B2 der ZB gesondert hingewiesen worden wäre, wird weder behauptet noch belegt. Ebenso wird weder behauptet noch belegt, dass die Klägerin – obwohl branchenfremd – auf dem Gebiet von Geschäftsversicherungen für kleine und mittlere Unternehmen über spezifisches Branchen- oder Fachwissen verfügt hätte. Solches lässt sich auch aus dem Gesellschaftszweck der Klägerin, der im Wesentlichen im Führen von Gastronomiebetrieben besteht (KB 3), nicht ableiten und ergibt sich auch nicht aus den weiteren Umständen. Die umstrittene Deckungsausschlussklausel ist im Zusammenhang mit Klausel B1 der ZB zu sehen, wonach versichert sind *"Schäden infolge von Massnahmen, die eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt, um durch: a) Schliessung oder Quarantäne von Betrieben oder Betriebsteilen sowie Einschränkung der betrieblichen Tätigkeit; b) ...; – h) ...; die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern"*. Nicht versichert sind unter dem Titel "Epidemie" laut Klausel B2 *"Schäden infolge von Influenza-Viren und Prionkrankheiten (Scrapie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jakob usw.) sowie infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten"*. Zur Beurteilung der subjektiven Ungewöhnlichkeit ist vom Verständnishorizont der Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auszugehen (vgl. vorne E. 5.2.2). Ein bestimmter Tag lässt sich zwar weder den Parteivorträgen noch den Akten entnehmen. Der Vertragsabschluss muss aber im Zeitraum zwischen dem Antrag der Klägerin vom 12. Oktober 2017 und der Ausstellung der Police durch die Beklagte vom 17. August 2018 liegen (vgl. KB 1).

Unter dem Titel "Epidemie" sind gemäss Klausel B1 Schäden, die Folge sind von behördlichen Massnahmen zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten, grundsätzlich versichert. Abweichend vom

Grundsatz schliesst Klausel B2 die Schadensdeckung unter anderem bei Vorliegen folgender Ursachen aus: Influenza-Viren, Prionkrankheiten (Scrapie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jakob usw.) sowie Krankheitserreger, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten. Es entspricht einer Erfahrungstatsache, dass Deckungsausschlüsse bei Verträgen des Privatversicherungsrechts üblich sind, so beispielsweise bei Hausrat-, Privathaftpflicht- oder Motorfahrzeugversicherungen. Grundsätzlich musste die Klägerin als geschäftserfahrene Partei auch bei ihrer Geschäftsversicherung KMU mit Klauseln rechnen, die die Deckung für spezifische Risiken – namentlich auch im Zusammenhang mit Epidemien – ausschliessen. Zu prüfen bleibt, in welchem Umfang. Unbehilflich ist hierbei das Argument der Beklagten, der Versicherungsnehmer könne für eine Prämie von Fr. 380.00 jährlich keine All-Risk-Deckung erwarten. Der Versicherer kann der Versicherungsnehmerin die Relation von versichertem Risiko und vereinbarter Prämie nicht entgegengehalten, denn es ist der Versicherer, der die Prämie aufgrund der Faktoren Grösse und Dauer des Risikos, Kostenanteil und Gewinnanteil berechnet.⁵¹ Die Versicherungsnehmerin braucht sich darüber keine Gedanken zu machen. Sie kennt die einzelnen Komponenten der Prämienberechnung und deren Gewichtung nicht und sähe sich wohl angesichts der Komplexität solcher Berechnungen selbst bei Offenlegung der Berechnungsgrundlagen ausserstande, die (Un-)Angemessenheit der Prämie zu beurteilen.

Während der Begriff "Influenza-Viren" vom Publikum erfahrungsgemäss verstanden und mit "Grippeviren" übersetzt oder in Verbindung gebracht wird und in Klausel B2 einige Prionkrankheiten beispielhaft aufgezählt werden, fehlt jegliche Erläuterung bzw. Umschreibung der WHO-Pandemiestufen 5 oder 6. Auch die Begriffserklärungen auf den Seiten 9 und 10 der ZB äussern sich nicht dazu. Zur Zeit des Vertragsschlusses verstand man unter einer Epidemie gemeinhin eine zeitlich und örtlich in besonders starkem Masse auftretende Krankheit, insbesondere Infektionskrankheit, respektive eine Seuche bzw. Massenerkrankung in einem begrenzten Gebiet und Zeitraum. Der Begriff Pandemie bezeichnete eine sich weit verbreitende, ganze Länder oder Landstriche erfassende Seuche bzw. eine auf grosse Teile eines Landes oder Erdteils übergreifende Epidemie, eine Epidemie grossen Ausmasses.⁵² Dieses Verständnis durfte auch von einer mit der Versicherungsbranche nicht vertrauten Versicherungsnehmerin erwartet werden, weitergehende Kenntnisse dagegen nicht. Die ZB im Allgemeinen und Klausel B2 im Besonderen enthalten weder Kriterienkataloge oder Definitionen, die die WHO-Pandemiestufen 5 und 6 charakterisieren, noch Internet-Dateipfade zu solchen Angaben. So war es der Klägerin zur Zeit des Vertragsschlusses nicht möglich, anhand der Vertragsbestimmungen den

⁵¹ LANDOLT/WEBER, Privatversicherungsrecht in a nutshell, 2. Aufl. 2018, S. 63 f.

⁵² Duden Das Fremdwörterbuch, 11. Aufl. 2015, S. 310 und 781; Roche Lexikon Medizin, 5. Aufl. 2003, S. 541 und 1398.

Umfang des Deckungsausschlusses für Schäden zu erfassen bzw. abzuschätzen, welche Folge sind von Epidemien, die von Krankheitserregern ausserhalb von Influenza-Viren und Prionkrankheiten ausgelöst werden. Im Kontext der Klauseln B1 und B2 durfte die Klägerin erwarten, grundsätzlich auch für Schäden infolge von Epidemien grossen Ausmasses im Sinne von sich weit verbreitenden, ganze Länder oder Landstriche erfassenden Seuchen gedeckt zu sein. Sie musste nicht damit rechnen, dass der Verweis auf die WHO-Pandemiestufen 5 und 6 zur Folge haben könnte, dass sämtliche pandemischen Ereignisse von der Deckung ausgeschlossen sind. Klausel B2 erweist sich als subjektiv ungewöhnlich.

Demgegenüber weist Klausel B2 bei objektiver Betrachtung keinen geschäftsfremden Inhalt auf. Sie fällt nicht aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus, finden sich doch Deckungsausschlüsse bei vielen Verträgen des Privatversicherungsrechts. Nach Klausel B2 sind unter anderem Schäden nicht versichert, die Folge sind von Krankheitserregern, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten. Dass letztere nicht detailliert umschrieben bzw. bestimmt werden, schadet der Übernahme der Klausel in den Vertrag nicht. Das Dokument der WHO, worin diese Stufen definiert werden, war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses über das Internet öffentlich zugänglich und ist es auch heute noch (vgl. https://www.who.int/csr/resources/publications/influenza/WHO_CDS_CSR_GIP_2005_5.pdf). Die Frage, ob die genannten WHO-Pandemiestufen allenfalls nicht mehr gültig sind, ist nicht im Rahmen der Konsenskontrolle, sondern anlässlich der Auslegungskontrolle zu prüfen (vgl. hinten E. 7). Ebenso ändert Klausel B2 den Charakter des Versicherungsvertrags gemäss Police Nr. 4.001.212.998 (KB 1) nicht, ist sie doch nur eine von vielen Bestimmungen in den ZB, welche die Versicherungsleistungen einschränken, indem sie unter dem Titel "Nicht versichert sind" bestimmte Risiken von der Deckung ausschliessen (KB 5 und AB 2). Klausel B2 ist objektiv nicht ungewöhnlich. Im Ergebnis sind nicht alle Voraussetzungen für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel kumulativ erfüllt; Klausel B2 der ZB ist daher vom Konsens der Parteien erfasst.

7. Auslegungskontrolle

7.1. Parteistandpunkte

Die *Klägerin* bringt vor, der Versicherungsfall sei eingetreten und ihr stünden die Versicherungsleistungen zu. Die Beklagte aber lehne die Deckung ab, weil die Massnahmen des Bundesrates auf die Bekämpfung einer Pandemie zielten, wofür in den Versicherungsbedingungen ein Deckungsausschluss formuliert sei. Die Klägerin zitiert die Regelungen, die in den ZB jeweils unter dem Titel "Epidemie" in den Klauseln B1 lit. a und B2 festgehalten sind und erklärt, zwischen den Parteien sei umstritten, ob der Deckungsausschluss nach Klausel B2 gültig sei, insbesondere, ob der Schaden "infolge Krankheitserregern, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten", entstanden sei. Die Beklagte habe

für den Deckungsausschluss ausdrücklich das objektive Kriterium der Geltung von Pandemiestufe 5 oder 6 stipuliert. Die WHO habe im Umgang mit Pandemien verschiedene Klassifizierungen verwendet. Die Empfehlung der WHO für nationale Massnahmen vor und während einer Pandemie aus dem Jahr 2005 habe sechs Phasen definiert. Gemäss einer Publikation der WHO aus dem Jahr 2017 seien die globalen Phasen ab 2013 neu gefasst worden. Pandemien würden nunmehr in vier Phasen mit entsprechenden Massnahmen eingeteilt, wobei die nationalen Massnahmen nicht direkt an die Phaseneinteilung der WHO gekoppelt seien. Am 11. März 2020 habe die WHO Covid-19 als Pandemie bezeichnet. Weil zu jenem Zeitpunkt das frühere sechsstufige Klassifikationssystem aber überholt und nicht mehr in Gebrauch gewesen sei, habe die Erklärung der WHO auf keine Pandemiestufe Bezug genommen, sondern übereinstimmend mit den aktuellen Richtlinien die Covid-19-Erkrankung nur generell Pandemie genannt. Weder die WHO noch eine andere internationale oder nationale Behörde habe festgelegt, dass eine Pandemiestufe 5 oder 6 gelte, auch wenn diese Stufen inhaltlich erreicht wären. Gestützt auf die Deckungsausschlussklausel wolle die Beklagte heute keine Deckung mehr bieten, wenn im Sinne der WHO überhaupt eine Pandemie vorliege, ungeachtet der bunten Pandemiestufen. Die Klausel könne vom Versicherungsnehmer aber ebenso gut so verstanden werden, dass die Deckung erst entfalle, wenn das objektiv festgeschriebene Kriterium der Geltung einer Pandemiestufe 5 oder 6 erfüllt sei, was vorliegend nicht zutreffe. Nach der Unklarheitsregel sei die Klausel daher zulasten der Beklagten auszulegen und der Klägerin Deckung aus der Epidemieversicherung zu gewähren (act. 12).

Die *Beklagte* entgegnet, die Regelung des Deckungsausschlusses in Klausel B2 der ZB sei nicht unklar. Die vorliegend relevante Zusatzdeckung gewähre ihrem Wortlaut nach Versicherungsschutz für Schäden, wenn eine schweizerische oder liechtensteinische Behörde Massnahmen zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten ergreife. Der Versicherungsvertrag führe den Begriff der übertragbaren Krankheiten auf Seite 10 der ZB näher aus und stelle mit einer Aufzählung klar, welche Art von Krankheitsereignissen gedeckt werden sollten. Der so positiv umschriebene Versicherungsschutz stehe unter dem Titel "Epidemie". Eine solche liege vor, wenn bezüglich eines bestimmten Erregers die Zahl an Neuerkrankungen über einen gewissen Zeitraum in einem bestimmten Gebiet zunehme. Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) spreche auf seiner Website von einer Infektionskrankheit, die stark gehäuft, örtlich und zeitlich begrenzt auftrete (AB 11). Damit seien Pandemien bereits sprachlich nicht vom Versicherungsschutz umfasst. Als Pandemie bezeichne das BAG die Ausbreitung einer bestimmten Infektionskrankheit in vielen Ländern bzw. Kontinenten. Der Versicherungsvertrag schütze seinem Wortlaut nach primär vor bekannten und lokalen Krankheitsereignissen, was der Pandemieausschluss bestätige. In systematischer Hinsicht werde die Deckung ausge-

schlossen für Krankheiten, die alljährlich auftreten, im Nahrungsmittelbereich besonders heikel sind oder ein (über-)grosses Verbreitungs- bzw. Schadenspotential aufweisen (Pandemiestufen 5 und 6). Der Ausschluss von Risiken, die zwangsläufig auftreten oder nicht bzw. kaum kalkulierbar sind, entspreche Sinn und Zweck des Versicherungsprodukts. Es sei zulässig, zur Umschreibung des Versicherungsschutzes an die früheren, von der WHO aufgegebenen Pandemiestufen 5 und 6 anzuknüpfen. Deren Voraussetzungen könnten dennoch überprüft werden. "Gelten" bedeute, dass eine Pandemiestufe national oder international vorherrsche. Der Generaldirektor der WHO habe Covid-19 am 11. März 2020 ausdrücklich als Pandemie eingestuft (AB 5). Seine Erklärung lasse keinen Zweifel offen, dass die Voraussetzungen für Pandemiestufe 6 vorlägen. Das gestehe selbst die Klägerin zu. Damit seien die Voraussetzungen des Deckungsausschlusses erfüllt. Das Auslegungsergebnis sei klar, die Unklarheitsregel komme nicht zur Anwendung.

7.2. Objektivierte Auslegung

Die Parteien sind sich uneinig, ob der in Klausel B2 der ZB statuierte Deckungsausschluss für Schäden infolge von Krankheitserregern, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten, gültig und auf den Schaden, der der Klägerin aufgrund behördlicher Massnahmen zur Bekämpfung des Covid-19-Virus entstanden ist, anwendbar ist. Klausel B2 ist demnach objektiviert auszulegen.

Gemäss Police Nr. 4.001.212.998 sind mit der Fahrhabeversicherung unter anderem Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie bis zum Betrag von Fr. 2'000'000.00 versichert. Der Selbstbehalt beträgt Fr. 200.00. Als Vertragsgrundlagen werden genannt: Allgemeine Versicherungsbedingungen, Gemeinsame Bestimmungen KMU, Ausgabe April 2017; Allgemeine Versicherungsbedingungen, Fahrhabeversicherung KMU, Ausgabe April 2017; Zusatzbedingungen, Erweiterte Versicherung für Nahrungs- und Futtermittel sowie Tiere KMU, Ausgabe April 2017 (KB 1). Die Zusatzbedingungen (ZB) sind in zwei Rubriken gegliedert, die Rubrik "*Versichert sind*" auf blauem Hintergrund und die Rubrik "*Nicht versichert sind*" auf gelbem Hintergrund. Die letzten zwei Seiten der ZB enthalten unter dem gleichnamigen Titel einen Katalog von Begriffserklärungen (KB 5 und AB 2). Nach Klausel B1 sind unter dem Titel "Epidemie" Schäden versichert infolge von Massnahmen, die eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern. In lit. a - h werden die einzelnen Massnahmen aufgezählt (KB 5 und AB 2 je S. 5). Als übertragbare Krankheiten gelten gemäss den Begriffserklärungen "*durch Erreger verursachte Krankheiten, die auf Menschen oder Tiere übertragbar und in der Regel meldepflichtig sind, durch: a) Bakterien, z.B. Botulismus, Salmonellose, Ruhr, Typhus, Cholera, Legionellose, Listeriose, Meningitis, Milzbrand,*

Scharlach, Tuberkulose; b) Viren, z.B. Hepatitis, Tollwut, Varizellen, Norovirose, Masern, Röteln, Maul- und Klauenseuche; c) Parasiten, z.B. Läuse, Flöhe, Wanzen, Krätze, Spulwürmer" (KB 5 und AB 2 je S. 10).

In der Rubrik "Nicht versichert sind" steht Klausel B2 ebenfalls unter dem Titel "Epidemie". Im System der ZB-Klauseln hängt sie folglich mit Klausel B1 zusammen. Nicht versichert sind laut Klausel B2 unter anderem Schäden infolge von "*Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten*" (KB 5 und AB 2 je S. 7). Zwischen den Parteien ist umstritten, ob dieser Passus die Deckung für Schäden im Zusammenhang mit dem Covid-19-Virus ausschliesst. Während die Klägerin dies verneint, ist die Beklagte der Auffassung, der Versicherungsvertrag führe den Begriff der übertragbaren Krankheiten auf Seite 10 der ZB näher aus und stelle mit einer Aufzählung klar, welche Art von Krankheitsereignissen gedeckt werden sollten. Der so positiv umschriebene Versicherungsschutz stehe unter dem Titel "Epidemie", womit Pandemien bereits sprachlich nicht vom Versicherungsschutz umfasst seien. Der Versicherungsvertrag schütze seinem Wortlaut nach primär vor bekannten und lokalen Krankheitsereignissen, was der Pandemieausschluss bestätige.

Dem kann nicht gefolgt werden: Die Aufzählung der Erreger von übertragbaren Krankheiten auf Seite 10 der ZB erfolgt unter allen drei Buchstaben a) bis c) sowohl für Bakterien als auch für Viren und Parasiten exemplifikatorisch und umschreibt damit weder alle in der jeweiligen Kategorie möglichen Krankheitserreger noch die von diesen übertragenen Krankheiten. Zudem sind Pandemien lediglich Epidemien grossen Ausmasses. Sie unterscheiden sich von Epidemien einzig hinsichtlich der flächenmässigen Ausdehnung der massiert auftretenden Infektionskrankheit (vgl. vorne E. 6.2) und ihre Folgen werden vom Versicherungsvertrag nicht grundsätzlich von der Deckung ausgeschlossen. Ein Deckungsausschluss setzt nach Klausel B2 vielmehr voraus, dass für die schadensstiftenden Krankheitserreger die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten. Diese finden sich in dem in englischer Sprache gehaltenen "*WHO global influenza preparedness plan*" aus dem Jahre 2005 (KB 7 S. 2) und lauten: "**Phase 5.** *Larger cluster(s) but human-to-human spread still localized, suggesting that the virus is becoming increasingly better adapted to humans, but may not yet be fully transmissible (substantial pandemic risk).* **Phase 6.** *Pandemic phase: increased and sustained transmission in general population*" (KB 7 S. 7 ff.).

Nicht versichert sind laut Klausel B2 neben Schäden infolge von Influenza-Viren und Prionkrankheiten Schäden infolge von anderen (d.h. von Influenza-Viren und Prionen verschiedenen) Krankheitserregern, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten. Im Lichte der Systematik betrachtet kommt dem Wort "gelten" doppelte Relevanz zu. Grundsätzlich meint "gelten" im Zusammenhang mit Definitionen

oder Regeln "Gültigkeit besitzen", "Gültigkeit haben", "gültig sein".⁵³ Definitionen oder Regeln haben Gültigkeit, wenn sie gegenwärtig ausschlaggebend oder verbindlich sind. Das ist dann der Fall, wenn sie im fraglichen Zeitpunkt tatsächlich "in Kraft", d.h. für die Beurteilung bestimmter Sachverhalte massgebend sind. Auf die WHO-Pandemiestufen 5 und 6 bezogen bedeutet das, dass diese im Zeitpunkt des von Klausel B2 erfassten Ereignisses Gültigkeit haben müssen, d.h. für die Beurteilung solcher Ereignisse nach dem Willen und der Praxis der WHO grundsätzlich massgebend sind.

Neben der Gültigkeit der WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 an sich setzt Klausel B2 für einen Deckungsausschluss weiter voraus, dass eine dieser beiden Pandemiestufen für den von Influenza-Viren und Prionen verschiedenen konkreten schadensstiftenden Krankheitserreger gilt. Im Gefüge der ZB-Klauseln bezieht sich Klausel B2 wie gezeigt auf Klausel B1, gemäss welcher unter dem Titel "Epidemie" Schäden infolge von enumerierten Massnahmen, die eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt, um dadurch die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern, grundsätzlich versichert sind. Klausel B2 enthält Ausnahmen von diesem Grundsatz, indem sie unter dem Titel "Epidemie" namentlich Schäden für nicht versichert erklärt, die Folge sind von Krankheitserregern, *für welche* national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten. Diese Formulierung ist mit Blick auf Klausel B1 nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass entweder eine zuständige internationale Behörde, namentlich die WHO, erklärt hat, der epidemisch auftretende Krankheitserreger erfülle die Kriterien von Pandemiestufe 5 oder 6, oder sich eine für Massnahmen zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten in der Schweiz zuständige schweizerische oder in Liechtenstein zuständige liechtensteinische Behörde bei der Anordnung von Massnahmen zur Bekämpfung eines bestimmten Krankheitserregers auf die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 berufen hat.

Am 11. März 2020 bezeichnete der Generaldirektor der WHO die Covid-19-Erkrankung als Pandemie, indem er erklärte: "*We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic*" (KB 10 S. 2, AB 5 S. 1). Die Parteien stimmen darin überein, dass die Einteilung von Pandemien in sechs Phasen bzw. Stufen gemäss dem WHO global influenza preparedness plan von 2005 im Frühling 2020 überholt und nicht mehr in Gebrauch war (Klage Rz. 23, Klageantwort Rz. 36 f.). Dies geht auch aus dem WHO Handbuch "Pandemic influenza risk management" vom Mai 2017 hervor, wo die Pandemiephasen neu dynamisch beschrieben werden und ihr Ablauf in einem Schaubild grafisch dargestellt wird (KB 9 S. 13). Damit waren die Pandemiestufen 5 und 6 gemäss dem

⁵³ <https://www.duden.de/synonyme/gelten> (zuletzt besucht am 12. Mai 2021); Duden Das Synonymwörterbuch, 6. Aufl. 2014, S. 435.

WHO global influenza preparedness plan von 2005 sowohl bei Abschluss des Versicherungsvertrages, der zwischen dem 12. Oktober 2017 und dem 17. August 2018 liegt (vgl. vorne E. 6.2), als auch im Zeitpunkt der Bezeichnung der Covid-19-Erkrankung als Pandemie durch den Generaldirektor der WHO am 11. März 2020 nicht mehr massgebend bzw. gültig. Dementsprechend bezog sich die WHO in ihrer Verlautbarung vom 11. März 2020 auch nicht auf bestimmte Pandemiestufen oder das Klassifizierungssystem des WHO global influenza preparedness plan von 2005. Auch die schweizerischen Behörden beriefen sich bei der Anordnung ihrer Massnahmen zur Bekämpfung von Covid-19 nicht auf die genannten WHO-Pandemiestufen. So finden diese sowohl in den ab dem 28. Februar 2020 erlassenen Verordnungen über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) als auch in dem diesen zugrundeliegenden Epidemien Gesetz (EpG) vom 28. September 2012 keine Erwähnung.

Zusammengefasst galten die WHO-Pandemiestufen 5 und 6 im Frühjahr 2020, als der Bundesrat gestützt auf das EpG auf dem Verordnungsweg Massnahmen zur Bekämpfung des Corona-Virus (Covid-19) anordnete, nicht mehr und es bezog sich auch keine zuständige internationale oder schweizerische Behörde im Zusammenhang mit dem Covid-19-Virus oder im Rahmen der Anordnung von Massnahmen zu dessen Bekämpfung darauf. Damit greift der Deckungsausschluss gemäss Klausel B2 nicht und die Beklagte hat für die versicherten Schäden der Klägerin grundsätzlich Deckung zu leisten.

Die Beklagte bringt vor, es sei ohne weiteres zulässig, für die Umschreibung des Versicherungsschutzes an die früheren Pandemiestufen der WHO anzuknüpfen und diese zugleich auf weitere bzw. alle vom Versicherungsprodukt erfassten Krankheitserreger auszudehnen. Das trifft grundsätzlich zu. Im Rahmen eines Vertragsverhältnisses können von Dritten entwickelte Definitionen oder Regeln von den Parteien auch für massgebend und anwendbar erklärt werden, wenn sie an sich nicht mehr gelten. Vorliegend ist allerdings zu beachten, dass der strittige Versicherungsvertrag weitestgehend aus vorformulierten Vertragsbedingungen der Beklagten besteht, welche von der Klägerin global übernommen wurden. Während die individuellen Vereinbarungen in der Police auf drei Seiten im Format A4 Platz finden (KB 1), umfassen die AVB siebenundzwanzig dichtbedruckte Seiten im Format A4 mit 99 Klauseln (KB 2) und die ZB zehn dichtbedruckte Seiten im Format A4 mit 69 Klauseln, darunter die umstrittene Klausel B2 (KB 5 und AB 2). Bei der Abfassung von AGB ist das *Transparenzgebot* zu beachten. Dieses verpflichtet die Verwenderin zur transparenten und verständlichen Gestaltung sowohl der gesamten AGB als auch der Regelungsinhalte einzelner AGB-Klauseln (vgl. vorne E. 5.2.1). Bestimmen die AGB die Rechte und Pflichten der Gegenpartei nicht selbst abschliessend, sondern wird darin lediglich auf nicht unmittelbar anwendbare gesetzliche Vorschriften verwiesen, ergibt die Verweisungsklausel aus sich heraus keinen

Sinn und gilt als unverständlich.⁵⁴ Gleiches muss auch gelten, wenn die AGB auf nicht unmittelbar anwendbare Bestimmungen oder Definitionen nationaler oder internationaler Organisationen verweisen. Dies gilt umso mehr, wenn die fraglichen Regelungen bzw. Definitionen nicht mehr gültig oder gebräuchlich sind.

Klausel B2 verweist im Zusammenhang mit dem Deckungsausschluss für Schäden, die nicht Folge sind von Influenza-Viren oder Prionkrankheiten, einzig auf die WHO-Pandemiestufen 5 und 6, ohne deren Inhalt im Wortlaut wiederzugeben. Damit ergibt Klausel B2 aus sich heraus keinen Sinn, kann doch die Klägerin daraus nicht ersehen, unter welchen Voraussetzungen die Deckung für derartige Schäden ausgeschlossen ist. Klausel B2 erweist sich damit als unverständlich. Hätte die Beklagte in ihren AVB die grundsätzlich nicht mehr gültigen WHO-Pandemiestufen 5 und 6 für anwendbar erklären wollen, hätte sie es nicht bei deren blosser Nennung in Klausel B2 belassen dürfen. Vielmehr wäre sie nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die entsprechenden Kriterienkataloge oder Definitionen in ihrem Wortlaut in den Vertragstext – sinnvollerweise in Klausel B2 selbst – aufzunehmen bzw. zumindest den gültigen Internet-Dateipfad anzugeben. Weil sie dies unterlassen hat, haben die früheren WHO-Pandemiestufen 5 und 6 keinen Eingang in den Versicherungsvertrag mit der Beklagten gefunden und können nicht zur Begründung des Deckungsausschlusses herangezogen werden.

8. Zwischenfazit

Zusammengefasst ist Klausel B2 der ZB nicht ungewöhnlich. Sie wird daher vom Konsens der Parteien erfasst. Dagegen greift der darin statuierte Deckungsausschluss nicht und die Beklagte hat für die gemäss Police Nr. 4.001.212.998 versicherten Schäden, die der Klägerin im Zuge behördlicher Massnahmen zur Bekämpfung des Covid-19-Virus entstanden sind, Deckung zu leisten.

9. Verzugszins

Die Klägerin begehrt auf dem teilklageweise geforderten Betrag von Fr. 40'000.00 Verzugszins von 5 % seit dem Tag der Klageeinleitung. Die Klage wurde mit deren Postaufgabe am 21. April 2020 eingeleitet.⁵⁵

Laut Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag vier Wochen nach dem Zeitpunkt fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Die AVB der Beklagten präzisieren die Mitwirkungspflichten des Anspruchsberechtigten, indem sie bestimmen, dass die Beklagte alle zur

⁵⁴ PERRIG (Fn. 16), N. 146.

⁵⁵ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2018, 11. Kapitel N. 13 f.

Feststellung der Höhe des Schadens, der Deckung und der Haftung erforderlichen Unterlagen erhalten haben muss (Klausel 57 AVB [KB 2]). Mit Schreiben vom 19. März 2020 machte die Klägerin der Beklagten gegenüber einen Ertragsausfall infolge der behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Covid-19-Virus von Fr. 75'397.00 geltend und reichte ihr gleichzeitig ein ausgefülltes und unterzeichnetes Formular "Berechnung – Ertragsausfall" ein (AB 6). Die Beklagte forderte keine weiteren Unterlagen ein, sondern bestritt ihre Leistungspflicht mit E-Mails vom 25. März 2020, 13:44 Uhr (AB 7) und 17:46 Uhr (AB 8). Damit trat die Fälligkeit des Versicherungsanspruchs umgehend ein.⁵⁶ Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Das gilt auch für den Versicherer hinsichtlich einer fälligen Versicherungsforderung.⁵⁷ Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszins zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Erhebung einer Leistungsklage gilt als Mahnung. Als empfangsbedürftige Erklärung muss diese dem Schuldner so zugehen, dass deren Kenntnissnahme nur noch von seinem Verhalten abhängt.⁵⁸ Die gestützt auf Art. 62 Abs. 2 ZPO verfügte Eingangsbestätigung des Handelsgerichts vom 23. April 2020 enthielt die wörtliche Wiedergabe des Klagebegehrens und wurde der Beklagten am 24. April 2020 um 8:25 Uhr zugestellt. Demgemäss hat sie der Klägerin somit seit dem 24. April 2020 (und nicht wie von der Klägerin gefordert seit dem 21. April 2020) Verzugszins zu bezahlen.

10. Fazit

Nach dem Gesagten dringt die Klägerin mit dem Rechtsbegehren betreffend Forderung vollumfänglich durch und Beklagte ist zu verpflichten, ihr Fr. 40'000.00 zu bezahlen. Mit dem Rechtsbegehren betreffend Verzugszins dringt die Klägerin teilweise durch, indem dieser nicht bereits ab dem 21. April 2020, sondern erst ab dem 24. April 2020 geschuldet ist. Demgemäss ist die (Teil-)Klage teilweise gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 40'000.00 nebst Zins zu 5 % pro Jahr seit dem 24. April 2020 zu bezahlen.

11. Prozesskosten

Die Prozesskosten sind entsprechend dem Verfahrensausgang zu verlegen. Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten bemessen sie sich nach dem Streitwert (§ 7 Abs. 1 VKD und § 3 Abs. 1 lit. a AnwT). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen nicht hinzugerechnet werden (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Folglich ist von der eingeklagten Forderung ohne Verzugszinsen auszugehen und der Streitwert mit Fr. 40'000 einzusetzen. Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Par-

⁵⁶ BSK VVG-NEF, 2001, Art. 41 N. 16.

⁵⁷ BSK VVG-NEF (Fn. 56), Art. 41 N. 20.

⁵⁸ Urteil des BGer 4A_11/2013 vom 16. Mai 2013 E. 5 mit Hinweisen.

teientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Mit Ausnahme des zeitlichen Umfangs der Verzugszinsforderung obsiegt die Klägerin vollumfänglich. Demgemäss sind die Prozesskosten vollständig der Beklagten aufzuerlegen.

11.1. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten bestehen vorliegend einzig aus der Entscheidgebühr (Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO) und sind von der unterliegenden Beklagten zu tragen. Ausgehend vom Streitwert von Fr. 40'000.00 betragen die Gerichtskosten gerundet Fr. 3'690.00 (§ 7 Abs. 1 VKD). Sie werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'690.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Beklagte hat der Klägerin den Betrag von Fr. 3'690.00 direkt zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

11.2. Parteikosten

Für die Bemessung der Parteikosten ist wiederum vom Streitwert von Fr. 40'000.00 auszugehen. Demnach beträgt die Grundentschädigung Fr. 7'390.00 (§ 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 AnwT). Damit sind unter anderem eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Die fehlende Verhandlung wird durch die eingereichte zweite Rechtsschrift kompensiert. Dazu kommt eine Auslagenersatzpauschale von praxisgemäss 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT). Im Ergebnis hat die Beklagte der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 7'611.70 zu bezahlen.

Das Handelsgericht erkennt:

1.

In **teilweiser Gutheissung** der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 40'000.00 zuzüglich Zins zu 5 % pro Jahr seit dem 24. April 2020 zu bezahlen.

2.

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 3'690.00 werden der Beklagten auferlegt und mit dem Kostenvorschuss der Klägerin verrechnet, sodass die Beklagte der Klägerin Fr. 3'690.00 direkt zu ersetzen hat.

3.

Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 7'611.70 zu bezahlen.

Zustellung an:

- die Klägerin (Vertreter; zweifach)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach)

Mitteilung an:

- die Obergerichtskasse

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 17. Mai 2021

Handelsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Näf

