



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Handelsrichter Patrik Howald, Hans-Rudolf Müller und Marco La Bella sowie Gerichtsschreiberin Nadine Scherrer

Urteil vom 19. Oktober 2022

in Sachen

1. **A._____ AG,**

2. **B._____ SA,**

Klägerinnen

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

C._____ Versicherungen (Schweiz) AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

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

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien

Die Klägerin 1 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____. Sie bezweckt den Erwerb, den Betrieb, die Förderung und den Verkauf von Hotels und Restaurants, Hotelbeteiligungen, Gastrogewerbebetrieben und anderen touristischen Einrichtungen in der Schweiz (act. 3/3).

Die Klägerin 2 ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____. Ihr Zweck ist der Betrieb eines Hotels (act. 3/4).

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft und hat ihren Sitz in Zürich. Sie betreibt Versicherungsgeschäfte (act. 3/5).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerinnen führen je ein Hotel inklusive Gastronomiebetrieben in D._____ und E._____. Die Klägerin 1 und die Klägerin 2 schlossen mit der Beklagten je einen Versicherungsvertrag mit der Bezeichnung "F._____ mehr als nur eine Sachversicherung" (nachfolgend "Hotel A._____ Police") bzw. "Assurance de choses & de pertes d'exploitation F._____" (nachfolgend "B._____ Police"). Die Klägerinnen machen geltend, aufgrund der vom Bundesrat angeordneten Massnahmen während der COVID-19-Pandemie hätten sie ihren regulären Restaurationsbetrieb

nicht fortführen können, weshalb sie einen Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie erlitten hätten. Nach Ansicht der Klägerinnen sei der Versicherungsfall eingetreten, weshalb sie für den behaupteten Unterbrechungsschaden (bzw. Mehrkosten) von der Beklagten gestützt auf die abgeschlossenen Versicherungen Versicherungsleistungen beanspruchen (act. 1 Rz. 1 ff.).

Die Beklagte wendet dagegen ein, die Deckungsvoraussetzungen seien nicht gegeben, womit kein Versicherungsfall eingetreten sei. Ferner würde bei Vorliegen des Versicherungsfalls der Deckungsausschluss für den Pandemiefall greifen (act. 11 Rz. 31 ff., 61 ff.; act. 24 Rz. 13 ff., 17 ff.).

Zwischen den Parteien ist somit im Wesentlichen streitig, ob ein versichertes Ereignis vorliegt und ob der Deckungsausschluss in einem Pandemiefall wie der vorliegenden COVID-19-Pandemie zur Anwendung gelangt.

B. Prozessverlauf

Am 27. Juli 2020 (Datum Klageschrift und Poststempel) reichten die Klägerinnen die Klageschrift samt Beilagen ein (act. 1; act. 3/1-12). Mit Verfügung vom 30. Juli 2020 wurde den Klägerinnen Frist angesetzt, um je einen Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 4'800.– zu leisten. Gleichzeitig wurde der Klägerin 1 eine Nachfrist angesetzt, um eine datierte Vollmacht einzureichen (act. 4). Nach Eingang der von den Klägerinnen verlangten Kostenvorschüssen sowie der datierten Vollmacht der Klägerin 1 wurde der Beklagten mit Verfügung vom 12. August 2020 Frist zu Klageantwort angesetzt (act. 9), die sie am 15. Oktober 2020 erstattete (act. 11; act. 13/1-18). Mit Verfügung vom 21. Oktober 2020 wurde den Klägerinnen die Klageantwort zugestellt und die Leitung des vorliegenden Prozesses an Oberrichter Dr. Stephan Mazan als Instruktionsrichter zugeteilt (act. 14). Da seitens der Klägerinnen kein Interesse an Vergleichsgesprächen bestand (act. 1 Rz. 5) und da auch die Beklagte die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels ausdrücklich beantragte (act. 11 Rz. 6), wurde einstweilen auf die Durchführung einer Vergleichsverhandlung verzichtet und mit Verfügung vom 25. Mai 2021 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 18). Die Replik datiert vom 30. August

2021 (act. 20; act. 21/13-34). Die Beklagte erstattete ihre Duplik am 29. November 2021 (act. 24; act. 25/19-24). Mit Verfügung vom 10. Februar 2022 wurde den Klägerinnen die Duplik zugestellt und den Parteien die Kontaktaufnahme durch das Gericht für die Vereinbarung eines Termins für die Vergleichsverhandlung in Aussicht gestellt (act. 26). Am 18. Februar 2022 folgte eine Stellungnahme der Klägerinnen zu Noven in der Duplik (act. 28). Da die Parteien die Durchführung einer Vergleichsverhandlung weiterhin ablehnten, wurde den Parteien mit Verfügung vom 21. Februar 2022 mitgeteilt, dass entgegen der Ankündigung in der Verfügung vom 10. Februar 2022 nicht zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen werde. Gleichzeitig wurde der Beklagten das Doppel der Novenstellungnahme (act. 28) zur Kenntnisnahme zugestellt. Weitere Eingaben erfolgten nicht. Mit Verfügung vom 14. September 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde, unter Androhung, dass bei Stillschweigen Verzicht auf die Hauptverhandlung angenommen würde (act. 31, 32/1-2). Mit Eingabe vom 26. September 2022 (Datum Poststempel) erklärten die Klägerinnen, auf eine Hauptverhandlung zu verzichten (act. 33). Die Beklagte liess sich innert Frist nicht vernehmen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Parteivorbringen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sich dies als zur Entscheidungsfindung notwendig erweist.

Erwägungen

1. Formelles

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).

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.

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.

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 Novenschranke 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.

2. Anspruch aus Versicherungsvertrag

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

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).

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).

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 Schadenerignisses an gerechnet wird, der zur Schliessung des versicherten Betriebes geführt hat.

Selbstbehalt:

Kein Selbstbehalt."

"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 Schadeneignisses 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. 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.

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. Demeurent 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."

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 Policen 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).

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).

2.1.6. Unbestritten blieb ferner die beklagtsche 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

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).

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 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. 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, Änderung vom 8. Mai 2020).

2.2. Wesentliche Streitpunkte der Parteien

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 Restaurationsbetriebe 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).

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,

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

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.

2.4. Wissenszurechnung in Bezug auf die G._____ als Vertreterin der Klägerinnen

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.

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-

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).

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, 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).

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-

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

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):

Von: K._____

Gesendet: Mittwoch, 21. September 2016 21:51

An: H._____

Betreff: Fragen zu F._____ -Wording Klauseln - Nachverhandlungen allenfalls notwendig

H._____

2 Interessante Fragestellungen zu den von C.____/J._____ angebotenen Deckungserweiterungen, welche uns zu allfälligen Verhandlungen des Wordings bewegen sollten.

Zur Info: ich habe die Deckungsbausteine 1 zu 1 aus dem J._____Wording übernommen und bekomme diese, aus meiner Sicht fundierten Fragen:

1. **Epidemie - Ansteckende Krankheiten / Epidemien**
2. Gemäss der Ausschreibung wären Teilschliessungen nicht versichert; Der Ausschluss Vogelgrippe ist nicht ausreichend. Es müssen generell Influenzaviren ausgeschlossen werden.
3. Ausschluss von Krankheiten, die das Potential für eine behördlich anerkannte Pandemie haben. Hier liegt zu viel Interpretationsspielraum vor. Dazu würden zum Beispiel alle Influenzaviren gehören. Auch Masern gehören dazu. Damit würde bei einem lokalen Masernereignis mit Massnahmen der zuständigen Behörde keine Deckung vorliegen.
4.
 - meine Antwort:
 - Absatz 1: Anpassung...von den zuständigen Behörden angeordnete Teilschliessung oder Schliessung des versicherten...
 - Absatz 2: Ersatz "Ausgeschlossen bleiben...Pandemie haben" durch: Ausgeschlossen bleiben jedoch Krankheiten im Zusammenhang mit Influenzaviren.

[...]

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

From: L._____
Sent: Dienstag, 11. Oktober 2016 12:23
To: K._____
Cc: M._____; N._____, O._____
Subject: Fragen zu F._____ -Wording Klauseln - Nachverhandlungen allenfalls notwendig

Sali K._____

Interessante Ansichten; da könnten wir wahrscheinlich lange diskutieren und am Schluss gibt es wieder verschiedene Ansichten.

Hier meine Gedanken:
Ist Masern eine Pandemie? Was sind Influenzaviren? Grundsätzlich denke ich, dass der Begriff Pandemie besser verständlich/griffiger ist als Influenzaviren. Nach unserem Verständnis ist der „Einzelfall“ versichert, aber nicht eine flächendeckende Pandemie. Bezüglich der „Schliessung“ präzisieren wir nicht Teil-/ oder Vollschiessung. Der Trigger ist „behördlich angeordnet“ was m.E. ok wäre. Auch Kontamination ist m.E. besser verständlich/griffiger als Lebensmittelinfektion. Der Trigger ist auch hier eine „behördliche Schliessung“. Als Praxisbeispiel gilt „Salmonellen“.

Zu deinen Unterlagen, übermittle ich dir im Anhang die neuen „C._____ Wording“. Ich habe diese noch nicht im Detail geprüft; sollten aber 1:1 übernommen worden sein. Dies können wir dann gleich mitbesprechen.

@ Claims: bitte auch um euren Input für allfällige Wording-Anpassungen zu diesem Thema, wie auch generell

Ciao & bis bald,

C._____
L._____
Senior Underwriter Property
[...]

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._____.

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

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 anstelle des involvierten Organs mit dessen Geschäft befasste. Setzt ein informiertes Organ Dritte ein, so obliegt es ihm, sich über deren Wissen ein Bild zu machen 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 konkret in Vertretung der G._____ und damit in Vertretung der Klägerinnen unterzeichnete, ist damit irrelevant. Das Wissen von H._____ ist deshalb der G._____ als juristische Person zuzurechnen. Das Wissen der G._____ müssen sich wiederum die Versicherten, d.h. die Klägerinnen, wie eigenes anrechnen lassen.

2.4.9. Zwischenfazit

Bei der G._____ und deren Angestellten handelt es sich um Versicherungsexperten mit umfangreichem Fachwissen, Branchenkenntnissen und langjähriger Ge-

schäftserfahrung. Die Klägerinnen müssen sich einerseits generell das ausgewiesene 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 nachfolgend zu prüfen.

2.5. Ungewöhnlichkeit der Deckungsausschlussklausel

2.5.1. Standpunkte der Parteien

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 Klägerinnen 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 Deckungserwartungen widerspreche und den versprochenen Versicherungsschutz aushöhle, weshalb ihr gemäss der Ungewöhnlichkeitsregel die Anwendung zu versagen sei (act. 1 Rz. 56-63).

2.5.1.2. Die Beklagte bestreitet das Vorliegen von Allgemeinen Vertragsbedingungen sowie deren Globalübernahme, aufgrund der zwischen den Parteien geführten Nachverhandlungen betreffend die Pandemieausschlussklausel im September/Oktober 2016. Ferner wendet sie ein, dass die Pandemieausschlussklausel weder subjektiv noch objektiv ungewöhnlich sei (act. 11 Rz. 94-97).

2.5.2. Vorbemerkungen

Um die streitgegenständliche Deckungsausschlussklausel im Rahmen der AGB-Kontrolle auf ihre Ungewöhnlichkeit hin überprüfen zu können, muss in einem ersten 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

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

2.5.3. Rechtliches

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).

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).

2.5.4. Würdigung

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.

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,

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:

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.

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 Globalübernahme 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

verständlich und deren Tragweite erschliesse sich nicht auf Anhieb, womit die inhaltliche Unkenntnis der Klägerinnen einhergehe und eine Globalübernahme vorliege, nicht gefolgt werden. Während sich zwar durchaus darüber diskutieren lässt, wann das *Potential* für eine Pandemie gegeben wäre, geht aus der Vertragsbestimmung – 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 versichert 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 Tragweite jederzeit ohne Weiteres erkennbar. Dies muss umso mehr gelten, als es sich bei der G._____ um ausgewiesene Versicherungsexperten handelt.

2.5.4.5. Dass die Deckungsausschlussklausel im September/Okttober 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 streitgegenständlichen Versicherungsverträge erst später, nämlich am 9. März 2020 und am 13. September 2017, abgeschlossen wurden, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern, zumal es sich um Klauseln identischen Inhalts handelte und diese vor Abschluss der streitgegenständlichen Verträge gelesen und zur Kenntnis genommen wurden. Gegenteiliges wird von den Klägerinnen auch gar nicht geltend gemacht.

2.5.5. Zwischenfazit

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

2.6. Unklarheit der Deckungsausschlussklausel

2.6.1. Standpunkte der Parteien

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 länderübergreifendes 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/Okttober 2016 seien die Unklarheiten nicht beseitigt worden (act. 20 Rz. 15). Die Unklarheitenregel besage, dass die Klausel zulasten der Beklagten auszulegen und die Versicherungsdeckung folglich zu gewähren sei (act. 1 Rz. 51).

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).

2.6.2. Rechtliches

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-

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).

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 beweiswürdigend 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. 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 Rechtsfol-

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

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 vorformulierten 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).

2.6.3. Würdigung

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.

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.)

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"*.

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

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.

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.

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

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 entsprechenden 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.

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 Betriebsen (Art. 6 Abs. 2 lit. b und c COVID-19-Verordnung 2; Änderung vom 16.

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.

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 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.

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).

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.

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

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

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.

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 11 AnwGebV). Antragsgemäss sind die Klägerinnen zur Bezahlung der Parteientschädigung unter solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage der Klägerin 1 und der Klägerin 2 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 9'600.–.
3. Die Kosten werden den Klägerinnen auferlegt und aus den von ihnen geleisteten Kostenvorschüssen bezogen.
4. Die Klägerinnen werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 12'125.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 80'000.–.

Zürich, 19. Oktober 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vizepräsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Nadine Scherrer