



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und Ersatzoberrichterin Franziska Egloff, Handelsrichterin Nathalie Lang, Handelsrichter Patrik Howald und Handelsrichterin Dr. Petra Ginter sowie Gerichtsschreiberin Susanne Roesler

Beschluss und Urteil vom 2. März 2023

in Sachen

A._____ GmbH,

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ Genossenschaft,

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren Klage:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 35'000.00 für Ertragsausfall infolge Infektionskrankheiten zu bezahlen zuzüglich 5 % Zins seit 21. April 2020.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass diese Klage auf einen Teil des aufgelaufenen Ertragsausfalls infolge Infektionskrankheiten beschränkt ist und weitere Forderungen vorbehalten bleiben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zulasten der Beklagten."

Rechtsbegehren Klageantwort und Widerklage:

(act. 9 S. 2)

- "1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Es sei festzustellen, dass die Widerklägerin der Widerbeklagten aus der Epidemieversicherung, Versicherungspolice-Nr. ..., nichts schuldet.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Klägerin / Widerbeklagten."

Rechtsbegehren Replik und Widerklageantwort:

(act. 24 S. 2)

- "1. Es sei auf die Widerklage nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Widerklage abzuweisen und die Beklagte und Widerklägerin zu verpflichten, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 376'038.80 für Ertragsausfall infolge Infektionskrankheiten zu bezahlen zuzüglich 5 % Zins seit 21. April 2020.
3. Subeventualiter sei die Widerklage abzuweisen und die Beklagte und Widerklägerin zu verpflichten, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 348'225.80 für Ertragsausfall infolge Infektionskrankheiten zu bezahlen zuzüglich 5 % Zins seit 21. April 2020.
4. Subsubeventualiter sei die Widerklage abzuweisen und die Beklagte und Widerklägerin zu verpflichten, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 57'801.60 für Ertragsausfall infolge Infektionskrankheiten zu bezahlen zuzüglich 5 % Zins seit 21. April 2020.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zulasten der Beklagten und Widerklägerin."

Ergänzttes Rechtsbegehren Duplik und Widerklagereplik:
(act. 28 S. 2)

- "1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.
2. Es sei festzustellen, dass die Beklagte / Widerklägerin der Klägerin / Widerbeklagten aus der Epidemieversicherung, Versicherungspolice-Nr. ..., nichts schulde.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu lasten der Klägerin / Widerbeklagten."

Überblick

Sachverhalt und Verfahren	6
A. Sachverhaltsübersicht	6
a. Parteien und ihre Stellung	6
b. Prozessgegenstand	6
B. Prozessverlauf.....	7
Erwägungen:	9
1. Formelles	9
1.1. Teilklage und negative Feststellungswiderklage.....	9
1.1.1. Teilklage	9
1.1.1.1. Zulässigkeit der Teilklage	9
1.1.1.2. Zuständigkeit für die Teilklage	9
1.1.2. Negative Feststellungswiderklage	9
1.1.2.1. Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage im Grundsatz....	10
1.1.2.2. Umfang des Feststellungsinteresses	11
1.1.3. Klageänderung / Wider-Widerklage	14
1.1.3.1. Streitpunkte	14
1.1.3.2. Rechtliches	15
1.1.3.3. Subsumption.....	16
1.2. Weitere Eingaben der Parteien.....	20
1.3. Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast	20
2. Versicherungsschutz infolge Versicherungsvertrag	21
2.1. Unbestrittener Sachverhalt	21
2.1.1. Behördliche Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus	21
2.1.2. Versicherungsvertragsverhältnis	22
2.2. Streitpunkte	24
2.3. Rechtliches	26
2.3.1. Geltungskontrolle von AGB; Ungewöhnlichkeitsregel.....	26
2.3.2. Auslegung von AGB; Unklarheitsregel.....	27
2.4. Subsumption.....	29
2.5. Fazit.....	35
3. Versicherungsschutz infolge E-Mail vom 3. März 2020.....	35
3.1. Unbestrittener Sachverhalt	35
3.2. Streitpunkte	37
3.3. Rechtliches	38
3.3.1. Auslegung von Willenserklärungen	38
3.3.2. Gefälligkeitsvorbehalt	38

3.4.	Subsumption.....	40
3.5.	Fazit.....	47
4.	Finanzielle Folgen	48
4.1.	Unbestrittener Sachverhalt	48
4.2.	Streitpunkte	51
4.3.	Rechtliches	52
4.4.	Subsumption.....	52
4.5.	Fazit.....	54
5.	Widerklage	54
6.	Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen	54
7.	Kosten- und Entschädigungsfolgen	55
7.1.	Streitwert	55
7.2.	Gerichtskosten.....	55
7.2.1.	Höhe	55
7.2.2.	Verteilung	55
7.3.	Parteientschädigungen	57
7.3.1.	Höhe	57
7.3.2.	Verteilung	57
7.4.	Rechtsmittelstreitwert	57

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin und Widerbeklagte (fortan 'Klägerin') ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in C._____, welche die Führung einer Metzgerei und Fleischtrocknerei sowie eines Gastronomiebetriebs bezweckt.

Die Beklagte und Widerklägerin (fortan 'Beklagte'), eine Genossenschaft mit Sitz in D._____, bezweckt den Betrieb der direkten Versicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung sowie die Vermittlung von Versicherungsverträgen. Sodann kann sie Rückversicherungen aller Art übernehmen. Bis Januar 2020 firmierte sie als 'B'._____ Genossenschaft'.

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin bringt vor, infolge der behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung des SARS-CoV-2-Virus (fortan 'Coronavirus') im Frühjahr 2020 Ertragsausfälle erlitten zu haben. Mit der vorliegenden Teilklage macht sie diesen Schaden gegenüber der Beklagten geltend. Ihre diesbezüglichen Ansprüche begründet sie einerseits mit dem Epidemieverversicherungsvertrag Police Nr. ... der Parteien aus dem Jahr 2014 und andererseits mit der E-Mail der Beklagten vom 3. März 2020, in der die Klägerin eine Schuldanerkennung oder ein originäres Leistungsversprechen erblickt (act. 1; act. 24; act. 32; vgl. act. 3/3 und act. 3/7).

Die Beklagte bestreitet eine Leistungspflicht und erhebt eine negative Feststellungswiderklage in Höhe der Deckungssumme des obgenannten Versicherungsvertrags. Sie führt im Wesentlichen aus, dass Ertragsausfälle als Folge der behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung des neuartigen Coronavirus unter dem Epidemieverversicherungsvertrag der Parteien nicht gedeckt seien. Unzutreffend sei weiter, dass die Beklagte mit E-Mail vom 3. März 2020 eine Schuldanerkennung oder ein Leistungsversprechen abgegeben habe; vielmehr habe sie mit dem Schreiben eine Leistung aus Kulanz für jene Schäden in Aussicht gestellt, die bis zur Ausrufung einer Pandemie durch die World Health Organisation (fortan

'WHO') eintreten würden. Eine solche habe sie der Klägerin im Umfang von CHF 5'000.00 sodann ausbezahlt. Im (allfälligen) Mehrumfang habe sie die Zusage einer Kulanzleistung mit Schreiben vom 23. Oktober 2020 gültig widerrufen (act. 9; act. 28; act. 11/11).

B. Prozessverlauf

Am 6. April 2021 (Datum Poststempel) machte die Klägerin ihre Klage samt Beilagen am Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig (act. 1; act. 2; act. 3/2-17). Mit Verfügung vom 9. April 2021 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 4). Nach fristgerechter Bezahlung des Vorschusses durch die Klägerin wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 6; act. 7). Innert Frist reichte die Beklagte die Klageantwort am 28. Juni 2021 samt Beilagen ins Recht; gleichzeitig erhob sie Widerklage (act. 9; act. 10; act. 11/2-16). Mit Verfügung vom 30. Juni 2021 wurde der Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Widerklage angesetzt (act. 12) und mit jener vom 2. Juli 2021 wurde die Prozessleitung des vorliegenden Verfahrens an die Instruktionsrichterin delegiert (act. 14). Die Beklagte bezahlte den Kostenvorschuss fristgemäss (act. 16). Daraufhin wurden die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung auf den 22. November 2021 vorgeladen (act. 18/1-2), anlässlich welcher keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. S. 8 f.). Vielmehr wurde diese abgebrochen, weil seitens der Beklagten keine Vergleichsbereitschaft bestand (Prot. S. 9). Mit Verfügung vom 23. November 2021 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist einerseits zur Erstattung der schriftlichen Replik und Widerklageantwort und andererseits zur Stellungnahme in Bezug auf ihren Aufwand im Zusammenhang mit der Vergleichsverhandlung angesetzt (act. 22). Die Klägerin reichte unter dem 10. Februar 2022 innert Frist die Replik und Widerklageantwort sowie die Stellungnahme samt Beilagen ein (act. 24; act. 25/18-54). Im Rahmen dieser Schrift modifizierte die Klägerin ihre Rechtsbegehren (act. 24 S. 2; vgl. oben Rechtsbegehren Replik und Widerklageantwort). Mit Verfügung vom 15. Februar 2022 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um eine Duplik und Widerklagereplik einzureichen sowie sich zur Stellungnahme der Klägerin in Bezug auf deren Aufwand im Zusam-

menhang mit der Vergleichsverhandlung zu äussern (act. 26). Mit Eingabe vom 3. Mai 2022 erstattete die Beklagte innert Frist die Duplik und Widerklagereplik (act. 28; act. 29/17-24). Gleichzeitig modifizierte sie ihr Rechtsbegehren (einzig) insofern, als dass sie unter Ziff. 1 nunmehr forderte, die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (act. 28 S. 2). Hernach wurde der Klägerin mit Verfügung vom 5. Mai 2022 Frist angesetzt, um eine Widerklageduplik ins Recht zu reichen (act. 30), welche diese unter dem 7. Juli 2022 fristgemäss erstattete (act. 32; act. 33/55-58). Mit Verfügung vom 11. Juli 2022 wurde der Beklagten die Widerklageduplik zugestellt und es wurde den Parteien mitgeteilt, der Aktenschluss sei eingetreten (act. 34). Mittels Stellungnahme liess sich die Beklagte unter dem 20. Juli 2022 abermals vernehmen (act. 36). Unter dem 27. Juli 2022 reichte daraufhin die Klägerin ihrerseits eine Stellungnahme zu den Akten (act. 37). Diese wurde der Beklagten in der Folge zugestellt (Prot. S. 14). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

Mit Verfügung vom 18. Januar 2023 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 38). Die Parteien verzichteten in der Folge auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 40; act. 41).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die einzelnen Parteivorbringen sowie auf die Akten ist in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen, soweit sich dies zur Entscheidungsfindung als notwendig erweist.

Erwägungen:

1. Formelles

1.1. Teilklage und negative Feststellungswiderklage

1.1.1. Teilklage

1.1.1.1. Zulässigkeit der Teilklage

Die Klägerin fordert zunächst in ihrer Klageschrift CHF 35'000.– von der Beklagten und führt aus, es handle sich bei der vorliegenden Klage um eine Teilklage im Sinne von Art. 86 ZPO. Eingeklagt werde ein Teil des Ertragsausfalls, welcher ihr aufgrund der Corona-Krise entstanden sei. Die Geltendmachung weiterer Ansprüche behalte sie sich vor (act. 1 Rz. 5). Eine solche Teilklage ist zulässig, sofern der Anspruch teilbar ist (Art. 86 ZPO). Dies ist vorliegend unbestrittenermassen der Fall (act. 1 Rz. 5 und Rz. 16; act. 9 Rz. 51).

1.1.1.2. Zuständigkeit für die Teilklage

Die örtliche Zuständigkeit der Zürcher Gerichte zur Beurteilung der Teilklage ergibt sich vorliegend vereinbarungsgemäss aus Art. 28 der allgemeinen Versicherungsbedingungen Epidemie (fortan 'AVB'; Art. 17 ZPO; act. 3/4). In sachlicher Hinsicht ist das Handelsgericht des Kantons Zürich zuständig (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG; act. 3/2 und act. 3/5). Beides ist unbestritten (act. 1 Rz. 4; act. 9 Rz. 51).

1.1.2. Negative Feststellungswiderklage

Gleichzeitig mit ihrer Klageantwort erhebt die Beklagte eine negative Feststellungswiderklage in Höhe der Deckungssumme des im Streit liegenden Versicherungsvertrags der Parteien (act. 9 Rz. 5 ff.; vgl. act. 3/3 S. 2).

Strittig ist, ob auf die negative Feststellungswiderklage eingetreten werden kann, und gegebenenfalls, ob ein Interesse für ein vollumfängliches Eintreten besteht (vgl. sogleich Ziff. 1.1.2.1. und Ziff. 1.1.2.2.).

1.1.2.1. Zulässigkeit der negativen Feststellungswiderklage im Grundsatz

Unbestrittenermassen wurde die Widerklage von der Beklagten rechtzeitig mit der Klageantwort erhoben und ist sie in derselben Verfahrensart zu beurteilen wie die Hauptklage (Art. 224 Abs. 1 ZPO; BGE 147 III 172 E. 2.1, vgl. act. 1 und act. 9). Sodann ist der betreffend die örtliche Zuständigkeit vorausgesetzte sachliche Zusammenhang zwischen den beiden Klagen infolge identischen Streitgegenstands ohne Weiteres gegeben (Art. 14 Abs. 1 ZPO; act. 9 Rz. 5 ff.; act. 24 Rz. 4). Auch die sachliche Zuständigkeit ist zu bejahen (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG; act. 9 Rz. 6; act. 24 Rz. 4 e contrario).

Die Klägerin wendet ein, der Beklagten fehle es in Bezug auf ihre Widerklage an einem erheblichen schutzwürdigen Feststellungsinteresse (vgl. act. 24 Rz. 4 ff. und act. 32 Rz. 6 ff.). Entgegen der Ansicht der Klägerin will eine Widerklägerin mit einer negativen Feststellungsklage – ungleich einer im selbstständigen Verfahren erhobenen (negativen) Feststellungsklage oder einer von der Klage unabhängigen 'normalen' Widerklage – nicht einen von der Klage unabhängigen Anspruch erheben, sondern den umstrittenen Anspruch einer Klägerin in seinem gesamten Betrag zum Gegenstand des hängigen Prozesses machen (vgl. auch Urteil OGer ZH NP200042 vom 7. Juni 2021 E. II.1.1.). Zwar ist ein schutzwürdiges Interesse vorausgesetzt (Urteil OGer ZH NP200042 vom 7. Juni 2021 E. II.5.); dieses wird durch die zuvor erhobene Teilklage aber unweigerlich geschaffen, zumal fraglich ist, ob die Beklagte ihr Begehren auf negative Feststellung anderweitig rechtshängig machen könnte (Art. 64 Abs. 1 lit. a und Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO; BGE 145 III 299 E. 2.3; Urteil BGer 4A_395/2021 vom 7. Oktober 2021 E. 3.2). Entgegen der Auffassung der Klägerin (vgl. act. 24 Rz. 4.1 f.) muss die Beklagte durch die Fortdauer der Ungewissheit über den Anspruch in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht behindert werden, weil die Erhebung einer (Teil-)Leistungsklage die Anmassung nicht nur des eingeklagten Teilanspruchs selbst bedeutet, sondern des gesamten Forderungsrechts als deren notwendige Grundlage (vgl. Urteil BGer 4A_395/2021 vom 7. Oktober 2021 E. 3.2). Entsprechend hat die mit einer Teilklage konfrontierte beklagte Partei ein rechtliches Interesse daran, durch Widerklage den Nichtbestand des gesamten behaupteten An-

spruchs oder des Schuldverhältnisses feststellen zu lassen (BGE 143 III 506 E. 4.3.1).

Vorliegend hat die Klägerin weder behauptet, sie sei (noch) nicht in der Lage, alle ihre Ansprüche darzulegen, sondern hat diese vielmehr in drei Varianten dargetan (vgl. act. 24 Rz. 6-9.15), noch vorgebracht, die Erhebung der Widerklage sei rechtsmissbräuchlich, weshalb das grundsätzliche Feststellungsinteresse der Widerklage ohne Weiteres zu bejahen ist. Damit erübrigt sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Ausführungen der Parteien (vgl. act. 24 Rz. 4 ff., act. 28 Rz. 8 ff. und act. 32 Rz. 6 ff.). Nichtsdestotrotz zeigt gerade der Umstand, dass die Klägerin in der Zwischenzeit eine zweite Klage in der exakt gleichen Streitsache vor einem anderen Gericht anhängig gemacht hat, dass das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der Widerklage gegeben ist (vgl. act. 29/18; act. 33/55-56).

Im Übrigen hätte die gänzliche Abweisung der vorliegenden Teilklage nicht zur Folge, dass der gesamte Anspruch materiell rechtskräftig beurteilt worden wäre, da es sich vorliegend nicht um eine echte Teilklage handelt (vgl. BGE 147 III 345 E. 6.4.3 m.w.H.). Auch insofern muss das Feststellungsinteresse der Beklagten entsprechend vorhanden sein.

Auf die negative Feststellungswiderklage ist somit einzutreten.

1.1.2.2. Umfang des Feststellungsinteresses

Die Parteien stimmen darin überein, dass die Versicherungspolice Nr. ... vom 18. Februar 2014 einen Versicherungsschutz von maximal CHF 960'000.– gewährt (act. 28 Rz. 25; act. 32 Rz. 6.1; act. 3/3). Strittig ist hingegen, ob in diesem ganzen Umfang ein Feststellungsinteresse besteht: Während die Beklagte ausführt, dass sie bei Bejahung der Versicherungsdeckung zur Bezahlung von maximal CHF 960'000.00 verpflichtet werden könnte, weshalb sich der Gesamtstreitwert des vorliegenden Verfahrens auf ebenjenen Betrag belaufe und in diesem Umfang auf die Widerklage einzutreten sei (act. 9 Rz. 8; act. 28 Rz. 25 f.), führt die Klägerin aus, ein Feststellungsinteresse für die Widerklage bestehe – wenn über-

haupt – nur im Umfang der von ihr konkret geltend gemachten Forderungen, mithin von CHF 376'038.80 (act. 24 Rz. 4.2 und Rz. 6; act. 32 Rz. 6.2, Rz. 6.9 und Rz. 6.13).

Die Frage, ob das negative Feststellungsinteresse des Widerklägers nur den vom Kläger behaupteten Maximalanspruch oder das gesamte Rechtsverhältnis umfasst, hat das Bundesgericht noch nicht entschieden und unlängst zwei Mal ausdrücklich offen gelassen (vgl. BGE 147 III 172 E. 2.2 und Urteil BGer 4A_395/2021 vom 7. Oktober 2021 E. 3.2.). In jedem Fall erweitert die Widerklage den Streitgegenstand und damit auch den Streitwert des Verfahrens (WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2017, Art. 224 N 5 und N 12); Streitgegenstand ist, wie weit diese Erweiterung reicht. Die Frage nach dem Umfang des Feststellungsinteresses ist demgemäss nicht zuletzt für die Bestimmung des Streitwerts im Hinblick auf die Bemessung der Prozesskosten im Sinne von Art. 94 und 95 ZPO und für die Prozesskostenverteilung wesentlich.

Gemäss konstanter Terminologie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Widerkläger durch die negative Widerklage den Nichtbestand des (gesamten) behaupteten Anspruchs oder des Schuldverhältnisses samt anderer sich daraus ergebender Ansprüche feststellen lassen (anstelle vieler: Urteil BGer 4A_395/2021 vom 7. Oktober 2021 E. 3.2.).

In der Lehre wird statuiert, der Streitwert von Feststellungsbegehren entspreche dem Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses, dessen Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden soll (STERCHI, in: Berner Kommentar ZPO, Bern 2012, Art. 91 N 5), resp., wenn die beklagte Partei durch eine Widerklage den Nichtbestand des ganzen behaupteten Anspruchs bzw. Schuldverhältnisses feststellen lasse, müsse sich der Streitwert der negativen Feststellungswiderklage nach der zugrundeliegenden Gesamtforderung bemessen (DORSCHNER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., Art. 86 N 8). KILLIAS bezeichnet die ganze Schuld (in: Berner Kommentar ZPO, a.a.O., Art. 224 N 12) und BOPP/BESSENICH den ganzen Anspruch als Gegenstand dieser Widerklage (in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 86 N 8). SUTTER-

SOMM/SEILER nennen den Gesamtbetrag bzw. den Restbetrag als Grundlage (in: CHK- Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [zit. CHK], Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 86 N 4) und FÜLLEMANN spricht von der Feststellung des Nichtbestands des Gesamtanspruchs resp. von Rechten und Rechtsverhältnissen (in: DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 86 N 5 und Art. 88 N 15 und N 20). OBERHAMMER/WEBER erklären – ebenso wie auch BOHNET (vgl. "l'ensemble de la prétention"; in: Commentaire romand, Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019, Art. 86 N 16) –, durch die Widerklage könne der Beklagte der Teilklage zu seiner Verteidigung dafür sorgen, dass ein für alle Mal über den gesamten Anspruch entschieden werde (in: Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 86 N 12). DIGGELMANN definiert die negative Widerklage im Wesentlichen als "Negation der Hauptklage", wobei die Nichtigkeitsklage regelmässig über die Verletzungs- oder die (Teil-)Leistungsklage hinausgehe (in: DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 94 N 6) und RÜEGG/RÜEGG führen aus, der Streitwert einer negativen Feststellungswiderklage hänge vom entsprechenden Rechtsbegehren ab: Laute es auf Feststellen des Nichtbestehens einer Gesamtschuld, sei diese dem Streitwert gleichzusetzen (in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., Art. 94 N 1a).

In Würdigung der Terminologie sowohl der Rechtsprechung als auch der Lehre zeigt sich eine Tendenz, dem Widerkläger die Wahl zu lassen, ob er die seitens des Klägers geltend gemachten (Gesamt-)Ansprüche oder das gesamte darunterliegende Rechts- oder Schuldverhältnis als nicht bestehend festgestellt haben möchte.

Diese offene Interpretation des Umfangs des Feststellungsinteresses wird historisch dadurch gestützt, dass die Begrifflichkeit bereits seit ihren Ursprüngen vage blieb: So erwähnte der Bundesrat in der Botschaft im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Regelung der Teilklage im heutigen Art. 86 ZPO, die beklagte Partei könne der Teilklage mit einer Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des gesamten Anspruches begegnen (Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7288). Der konkrete Umfang des 'gesamten Anspruches' wird jedoch nicht erläutert. Für die Definition drängt sich ein Abstellen auf den darunterliegenden Lebenssach-

verhalt, mithin das Rechts- oder Schuldverhältnis, auf, da die negative Feststellungswiderklage systematisch als prozessuales Gegenstück zur Teilklage dient (so sinngemäss auch BOPP/BESSENICH, a.a.O., Art. 88 N 9). Damit müsste dem Widerkläger zumindest zugestanden werden, nach seiner Wahl das Grundverhältnis zum Prozessgegenstand zu machen. Dieser Ansatz erscheint auch im Sinne einer teleologischen Betrachtung sinnvoll und zweckmässig, zumal das Institut der Widerklage definitionsgemäss der Prozessökonomie dient, indem Ansprüche und Gegenansprüche der Parteien (abschliessend) in einem einzigen Prozess behandelt werden können. Jedenfalls würde die mit diesem Instrument intendierte gesamthafte Erledigung miteinander zusammenhängender Streitsachen, welche insbesondere widersprüchliche Urteile verhindern soll, eingeschränkt, wenn der Widerkläger nach seiner Wahl nicht den ganzen Anspruch beurteilen lassen könnte (vgl. auch BGE 129 III 230 E. 3.).

Insgesamt ergibt sich, dass die Widerklägerin vorliegend die Wahl hatte, zu beantragen, das Nichtbestehen von Ansprüchen aus dem gesamten Rechtsverhältnis oder dasjenige der (erst später substantiierten) konkreten Gesamtforderung der Klägerin feststellen zu lassen. Entsprechend hatte sie für beide Varianten ein Feststellungsinteresse. Durch ihre Wahl, zu beantragen, es sei festzustellen, dass sie der Klägerin aus der Epidemieversicherung nichts schulde, hat die Beklagte den Streitwert ihrer Widerklage auf den maximalen Versicherungsschutz des besagten Vertragsverhältnisses, mithin auf CHF 960'000.00, angesetzt. Die Klägerin hat hinzunehmen, dass ihr Motiv für die Erhebung der Teilklage – nämlich das geringere Kostenrisiko – im Ergebnis durchkreuzt wird (vgl. Urteil BGer 4A_255/2010 vom 29. Juni 2010 E. 5.5).

Auf die negative Feststellungswiderklage ist somit vollumfänglich einzutreten.

1.1.3. Klageänderung / Wider-Widerklage

1.1.3.1. Streitpunkte

In der Replik und Widerklageantwort stellt die Klägerin das eingangs aufgeführte Rechtsbegehren (act. 24 S. 2). Die Beklagte ist der Meinung, die Klägerin habe

damit den eingeklagten Betrag von CHF 35'000.00 auf CHF 376'038.80 erhöht. Diese Erhöhung stelle eine Klageänderung dar, auf welche nicht einzutreten sei (act. 28 Rz. 27 f.), bzw. die Klägerin habe eine Wider-Widerklage begehrt (act. 36 S. 1 f.). Demgegenüber vertritt die Klägerin die Auffassung, es liege insofern keine Klageänderung vor, als dass es sich bei den fraglichen Rechtsbegehren Ziffern 2 bis 4 um Eventualbegehren handle, welche bei einem Nichteintreten auf die Widerklage hinfällig würden. Werde auf die Widerklage eingetreten, liege jedoch eine (Eventual-)Klageänderung vor (act. 32 S. 2 und act. 37 S. 2). Strittig ist mithin, welche Auswirkungen das Rechtsbegehren der Klägerin in der Replik und Widerklageantwort zeitigt.

1.1.3.2. Rechtliches

Das Rechtsbegehren bezeichnet den erhobenen Anspruch. Es ist so bestimmt zu formulieren, dass es bei Gutheissung der Klage vom Gericht unverändert zum Urteilsinhalt erhoben und ohne weitere Verdeutlichung vollstreckt werden kann. Zulässig sind auch Eventualbegehren, welche für den Fall gestellt werden, dass das Hauptbegehren nicht geschützt wird (Urteil HGer ZH HG180073 vom 2. November 2020 E. 1.3.2.). Die klare Formulierung des Begehrens ist nicht nur deshalb unabdingbar, weil das Gericht nach dem vorherrschenden Dispositionsgrundsatz nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als eingeklagt wurde (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Auch die Gegenpartei muss zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs wissen, gegen was sie sich zu verteidigen hat (Urteil BGer 5A_1036/2019 vom 10. Juni 2020 E. 4.4.). Massgebend ist in erster Linie der erkennbare tatsächliche Wille des Erklärenden (Göksu, in: DIKE-Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 52 N 15). Unklare Rechtsbegehren sind sodann unter Berücksichtigung des Verbots des überspitzten Formalismus auszulegen, wobei nicht (mehr) nur auf den Wortlaut des Begehrens, sondern auch auf die Klagebegründung abzustellen ist (Urteil BGer 4A_462/2017 vom 12. März 2018 E. 3.2.; KILLIAS, a.a.O., Art. 221 N 15). Eine sichtlich ungewollte oder unbeholfene Wortwahl schadet der am Recht stehenden Person ebenso wenig wie eine nicht geglückte oder rechtsirrtümliche Ausdrucksweise (BGE 147 V 369 E. 4.2.1). Allerdings ist bei anwaltlich vertretenen Parteien davon auszugehen, dass die verwen-

deten Formulierungen bewusst gewählt wurden (Urteil HGer ZH HG190051 vom 27. September 2021 E. 5.4.). Auf Klagen mit Begehren, die (weiterhin) unklar, unvollständig oder unbestimmt sind, ist von Amtes wegen nicht einzutreten (LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 221 N 40).

Eine Klageänderung liegt vor, wenn ein Rechtsbegehren inhaltlich geändert oder erweitert wird oder wenn die Klage auf einen abweichenden Sachverhalt gestützt wird (SOGO/NAEGELI, in: Kurzkommentar ZPO, a.a.O., Art. 227 N 17; KILLIAS, a.a.O., Art. 227 N 6 f.). Auch die Ergänzung einer Klage mit einem Eventualbegehren stellt eine Klageänderung dar (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 227 N 25). Das Gericht prüft die Zulässigkeit der Klageänderung von Amtes wegen. Es darf über die Klage nach der Änderung in der Sache nur verhandeln und darüber ein Sachurteil treffen, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 227 N 55). Dies ist der Fall, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und entweder mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Obschon in Art. 227 ZPO nicht explizit erwähnt, muss das Gericht zudem für die geänderte Klage örtlich wie auch sachlich zuständig sein (Art. 227 ZPO e contrario; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 227 N 30a).

Die Wider-Widerklage, das heisst, die Widerklage auf eine Widerklage, wird in Art. 224 Abs. 3 ZPO ausdrücklich ausgeschlossen. Dieses Verbot verhindert einen weiteren Dispositionsakt des Klägers und somit eine Verkomplizierung des Verfahrens. Eine (nicht von der Widerklage abhängige) Klageänderung im Rahmen von Art. 227 ZPO resp. Art. 230 ZPO bleibt indessen möglich (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 224 N 70; FÜLLEMANN, a.a.O., Art. 14 N 6).

1.1.3.3. Subsumption

Aus dem reinen Wortlaut des fraglichen Begehrens geht in einer isolierten Betrachtung nicht eindeutig hervor, ob die Klägerin an ihrer ursprünglichen Teilklage festhält oder eine (eventuelle) Änderung ihrer Klage beabsichtigt: Möglich erscheint erstens, dass das Rechtsbegehren gemäss Klageschrift im Rechtsbegeh-

ren der Replik und Widerklageantwort vollständig aufgeht, mithin, dass die Klägerin im Klageverfahren eine (vollständige) Klageänderung vornimmt. Dafür spricht, dass die Klägerin unter dem Titel Replik und Widerklageantwort nur noch das neue Rechtsbegehren aufführt und nichts zum ursprünglichen Begehren schreibt. Allerdings fehlte in dieser Variante ein primär (und nicht eventualiter resp. nicht an die Widerklage gebundener) gestellter, selbstständiger Antrag in Bezug auf die Klage. Dies hätte bei einem Nichteintreten auf die Widerklage zur Folge, dass keine Anträge der Klägerin in Bezug auf die Hauptklage mehr vorhanden wären. Zweitens ist denkbar, dass die Klägerin das Rechtsbegehren der Replik und Widerklageantwort zusätzlich zum Rechtsbegehren gemäss Klageschrift stellt und das neue Begehren nur für das Widerklageverfahren gilt, sprich, sie die Widerklage der Beklagten mittels eigener (Eventual-)Widerklage einschränken möchte. Jedenfalls kann namentlich daraus, dass die Klägerin in der Replik und Widerklageantwort ihr Klagebegehren nicht mehr ausdrücklich aufführt, mit Blick auf die – unter Vorbehalt der Klageänderung – geltende Unabänderlichkeit des Rechtsbegehrens nicht geschlossen werden, dass sie an diesem nicht festhalten würde (act. 24 S. 2 e contrario; LEUENBERGER, a.a.O., Art. 221 N 27). Für diese Variante spricht namentlich, dass die Klägerin ihre Eventualanträge in Zusammenhang mit der Widerklage aufführt. Drittens erscheint vorstellbar, dass die Klägerin an ihrem Teilklagebegehren festhält und dieses mittels der Ziffern 2 bis 4 der in der Replik und Widerklageantwort formulierten Anträge eventualiter abändern möchte. Für diese Variante spricht, dass der Wortlaut der Grundlage für die Forderungsbeträge ("Ertragsausfall infolge Infektionskrankheiten") derselbe ist wie derjenige für die Teilklage in der Klageschrift (act. 1 S. 2; act. 24 S. 2). Dagegen spricht indes, dass die Klägerin ihre Klageänderung systematisch bei und in Abhängigkeit zur Widerklage formuliert.

Folglich ergibt sich aus dem isolierten Wortlaut des betroffenen Rechtsbegehrens kein klares Bild in Bezug auf die Absichten der Klägerin; das Rechtsbegehren ist unklar. Es ist unter Berücksichtigung der schriftlichen Begründung der Klägerin nach Treu und Glauben auszulegen (vgl. Ziff. 1.1.3.2.).

Mit Blick auf die Begründung der Replik und Widerklageantwort kann zunächst festgestellt werden, dass die Klägerin an keiner Stelle ausführt, ob sie an ihrer Teilklage festhalte oder nicht und diese nur in ganz grundsätzlicher Weise im Zusammenhang mit dem Feststellungsinteresse der Widerklage und mit den Kosten erwähnt (vgl. act. 24 Rz. 4 ff., Rz. 4.6 und Rz. 86). Sodann ist darin nie die Rede von 'Klageänderung', 'Änderung' oder 'ändern'. In inhaltlicher Hinsicht unterscheidet die Klägerin in der Replik und Widerklageantwort sodann nicht zwischen der (Teil-)Leistungsklage und der Widerklage und substantiiert ihre eigene Forderung unter dem Titel "Abweisung der Widerklage". Mit Blick auf die gesamte Schrift und deren Aufbau scheint die Klägerin die in den Anträgen Ziffern 2 bis 4 genannten Forderungsbeträge vielmehr zur Limitierung des (maximalen) Feststellungsinteresses und damit des Streitwerts der Widerklage anzuführen (vgl. act. 24 Rz. 4.2). Insgesamt ergibt die Auslegung des unklaren Rechtsbegehrens daher, dass die Klägerin an ihrer Teilklage festhalten und – eventualiter, im Falle eines Eintretens darauf – eine (Streitwert-)Begrenzung der Widerklage erreichen wollte (vgl. act. 24).

Diese Auffassung bestätigt die Klägerin in der Folge mehrfach in ihrer Widerklageduplik: Einerseits hält sie darin ausdrücklich fest, dass sie sowohl an ihrem Rechtsbegehren gemäss Klage, mithin der Teilklage, als auch an ihrem Rechtsbegehren gemäss Replik und Widerklageantwort festhalte, und andererseits führt sie mehrmals explizit aus, dass es sich bei den geltend gemachten CHF 376'038.80 nicht um eine Klageänderung gemäss Art. 227 ZPO handle (act. 32 Rz. 6.9, Rz. 7 f.). Auch dadurch, dass die Klägerin erklärt, der Streitwert ihrer Klage betrage nach wie vor CHF 35'000.00, verdeutlicht sie, dass sich die Eventualbegehren nicht auf ihre Klage beziehen, sondern dass diese im Rahmen der Widerklage gestellt wurden, ansonsten sich der Streitwert der Klage durch die höheren Eventualbegehren erhöht hätte (vgl. Urteil BGer 4A_46/2016 vom 20. Juni 2016 E. 1.3; SUTTER-SOMM/SEILER, CHK, a.a.O., Art. 91 N 15; STERCHI, a.a.O., Art. 91 N 12). Gleichzeitig erhellt daraus, dass sie explizit ausführt, Klage und Widerklage könnten unterschiedliche Streitwerte haben, dass es der Klägerin mit dem fraglichen Begehren nicht um eine Klageänderung ihrer Teilklage, sondern um eine Bezifferung des Streitwerts der Widerklage ging. Dies wird schliess-

lich vollends klar, wenn sie ausführt, das Rechtsbegehren über CHF 376'038.80 sei als Eventualbegehren im Rahmen der Widerklageantwort – mithin nicht im Klage-, sondern im Widerklageverfahren – für den Fall gestellt worden, dass auf die Widerklage eingetreten würde (act. 32 Rz. 6.9). Die Klägerin fügt an, eine Klageänderung sei eben gerade kein geeignetes Mittel dafür, Vorkehrungen zu treffen, dass ein Anspruch nicht verjähre oder verwirke (act. 32 Rz. 8). Insgesamt ergibt sich der klare tatsächliche Wille der Klägerin, mit den Rechtsbegehren Ziffern 2 bis 4 gemäss Replik und Widerklageantwort keine Klageänderung vorzunehmen, sondern innerhalb des Widerklageverfahrens widerklageweise auf die Widerklage der Beklagten zu reagieren. Steht ein klarer Parteiwille fest, erübrigt sich eine weitere Auslegung nach Treu und Glauben.

Eine Eventualklageänderung (vgl. act. 37 S. 2) liegt nicht vor, da die Klägerin ihre fraglichen Anträge weiterhin in direkte Abhängigkeit zur Widerklage stellt, was per definitionem der Wider-Widerklage entspricht und ebenjene Verkomplizierung des Prozesses mit sich bringen würde, welche durch das Verbot der Wider-Widerklage gerade vermieden werden soll. Zudem hat sie ihren klaren Willen, keine Klageänderung zu beantragen, spätestens mit der Widerklageduplik bekundet, sodass für eine Auslegung ohnehin kein Raum mehr bleibt. In Bezug auf das in Schwyz eingeleitete Verfahren (vgl. act. 28 Rz. 28 und act. 32 Rz. 8) ist festzuhalten, dass das Schlichtungsverfahren in C._____ in zeitlicher Hinsicht nach dem Erstellen der Replik und Widerklageantwort eingeleitet wurde (act. 29/18), weshalb es für das vorliegende Verfahren keine direkten Auswirkungen zu zeitigen vermag.

Demgemäss hat die Klägerin in der Replik und Widerklageantwort ein unzulässiges Wider-Widerklagebegehren gestellt.

Weder das Bundesgericht noch das Obergericht des Kantons Zürich haben sich in der Vergangenheit zur prozessualen Konsequenz einer Wider-Widerklage geäußert. In Lehre und Rechtsprechung unbestritten ist jedoch, dass die Zulässigkeit einer (Wider-)Klage eintretensrelevante Prozessvoraussetzung bildet (Urteil BGer 9C_938/2015 vom 7. Juli 2016 E. 5.7., Urteil HGer ZH HG170041 vom 28. Oktober 2019 E. 7.1.1.; ZÜRCHER, a.a.O., Art. 59 N 82; MÜLLER, in: DIKE-

Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 59 N 82). Gleiches muss sinngemäss für die Wider-Widerklage gelten, zumal bei der absoluten Unzulässigkeit einer Prozesshandlung keine Beurteilung in der Sache erfolgen kann (vgl. auch ZINGG, in: Berner Kommentar ZPO, Bern 2012, Art. 59 N 16). Auf die Wider-Widerklage der Klägerin, mithin die Anträge 2 bis 4 im Rechtsbegehren der Replik und Widerklageantwort, ist folglich nicht einzutreten.

1.2. Weitere Eingaben der Parteien

Wie bereits dargelegt, haben beide Parteien nach Abschluss des ordentlichen Schriftenwechsels und damit nach Eintritt des Aktenschlusses weitere Eingaben eingereicht (act. 36 und act. 37; vgl. Art. 229 ZPO). Im Rahmen des vom Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Replikrechts sind solche Eingaben zulässig (anstelle vieler: BGE 138 I 484 E. 2.2). Neue Tatsachen und Beweismittel können nach Fallen der Novenschranke jedoch nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden.

Vorliegend enthalten die fraglichen Stellungnahmen der Parteien vom 20. Juli 2022 resp. 27. Juli 2022 keine neuen Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel, welche für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens von Bedeutung wären. Ob die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sind, kann daher offen bleiben.

1.3. Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast

Im ordentlichen Verfahren gelten die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 und Art. 58 ZPO): Das Gericht ist an die Parteianträge gebunden und kann weder mehr als verlangt noch weniger als anerkannt noch anderes zusprechen, als von den Parteien explizit beantragt wird (SUTTER-SOMM/SEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 58 N 9). Sodann ist es (allein) Sache der Parteien, die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben bzw. entsprechende Beweisanträge zu stellen (Behauptungs- und Beweislast; BGE 132 III 186 E. 4). Als Gegenstück zur Behauptungs-

last trifft die nicht beweisbelastete Partei die Bestreitungslast. Sie hat im Einzelnen darzutun, welche Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden (vgl. Art. 222 Abs. 2 ZPO). Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGE 141 III 433 E. 2.6). Bestreitet die Gegenpartei die Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei substantiiert, trifft diese eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die erforderlichen Tatsachenbehauptungen müssen so konkret und bestimmt vorgebracht werden, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 N 29). Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (Urteil BGer 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007 E. 3.1; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 222 N 24).

Die Ansprüche der Klägerin sind nachfolgend in Nachachtung dieser Grundsätze zu prüfen.

2. Versicherungsschutz infolge Versicherungsvertrag

Als erste Argumentationslinie gründet die Klägerin ihre Ansprüche auf das gemeinsame Versicherungsvertragsverhältnis.

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

2.1.1. Behördliche Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus

Nachdem sich das Coronavirus weltweit verbreitet hatte, stufte der Bundesrat am 28. Februar 2020 die Situation in der Schweiz als 'besondere Lage' nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b Epidemiengesetz (EpG) ein und verbot Grossveranstaltungen mit über 1'000 Personen (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus; fortan 'Vo 1'). Am 11. März 2020 erklärte die WHO COVID-19 weltweit als Pandemie (act. 9 Rz. 18; act. 24 Rz. 9.2). In der Folge wurde die Vo 1 am 13. März 2020 vom Bundesrat durch die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (fortan 'Vo 2') ersetzt, welche gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen sowie den Kantonen verschiedene Massnahmen zur Verminderung des Übertragungsrisikos und zur

Bekämpfung des Coronavirus anordnete (Art. 1 Abs. 1 Vo 2). 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 EpG ein (vgl. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78454.html>, zuletzt besucht am 13. Januar 2023). Mit Wirkung ab dem 17. März 2020 verbot er die Durchführung von öffentlichen und privaten Veranstaltungen, einschliesslich Sportveranstaltungen und Vereinsaktivitäten (Art. 6 Abs. 1 Vo 2), und ordnete die Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen, insbesondere von Restaurations-, Unterhaltungs- und Freizeitbetrieben an (Art. 6 Abs. 2 lit. b und d Vo 2). Ausgenommen von den behördlichen Verboten und Schliessungsanordnungen wurden indessen namentlich (Art. 6 Abs. 3 Vo 2):

- Lebensmittelläden und sonstige Läden (z. B. Kioske, Tankstellenshops), soweit sie Lebensmittel oder Gegenstände für den täglichen Bedarf anboten (lit. a),
- Imbiss-Betriebe (Take-away), Betriebskantinen, Lieferdiensten für Mahlzeiten und Restaurationsbetrieben für Hotelgäste (lit. b),
- Gesundheitseinrichtungen wie Spitäler, Kliniken (lit. m) und
- Hotels (lit. n).

Ab dem 11. Mai 2020 waren insbesondere die Restaurationsbetriebe unter einschränkenden Auflagen wieder öffentlich zugänglich (Art. 6 Abs. 3 lit. b^{bis} i.V.m. Art. 6 Abs. 3^{bis} i.V.m. Art. 6a Vo 2; act. 1 Rz. 15). Andere Massnahmen wie bspw. die Schliessung der Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe oder das Verbot der Durchführung öffentlicher oder privater Veranstaltungen wurden bis am 6. Juni 2020 uneingeschränkt aufrecht erhalten (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. d Vo 2, in Kraft ab 3. Juni 2020; Art. 6 Abs. 2 Vo 2 e contrario, in Kraft ab 6. Juni 2020).

2.1.2. Versicherungsvertragsverhältnis

Die Parteien verbindet ein Versicherungsvertrag, bestehend aus der Police Nr. ... für die Risiken 'Epidemie', 'Tiefkühlgut' und 'Kühlgut' vom 18. Februar 2014 sowie den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) Epidemie, Ausgabe Juli 2012 (fortan 'AVB'; act. 3/3; act. 3/4; act. 1 Rz. 3, Rz. 17 und Rz. 31; act. 9 Rz. 11 ff.,

Rz. 24, Rz. 28 und Rz. 69). Beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die AVB vollumfänglich Geltung erlangt haben (act. 1 Rz. 17 ff.; act. 9 Rz. 28; act. 24 Rz. 23 ff.). Der Vertrag wurde seitens der Klägerin durch deren Versicherungsbroker verhandelt (in der Folge auch: 'Broker'; act. 1 Rz. 9; act. 9 Rz. 17 und Rz. 19; act. 24 Rz. 9; act. 28 Rz. 210; act. 32 Rz. 44).

Die streitgegenständlichen AVB enthalten namentlich folgende Bestimmungen (act. 3/4):

Art. 1: "Voraussetzungen der Leistungspflicht"

"Versichert sind die möglichen finanziellen Folgen (Art. 3 AVB) der in den vorliegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen erwähnten Infektionskrankheiten (Art. 2 AVB). Die Massnahmen gegen die Verbreitung der Infektionskrankheiten müssen durch die zuständigen schweizerischen oder liechtensteinschen Behörden angeordnet sein und sich auf gesetzliche Grundlage stützen.
[...]"

Art. 2: "Liste der massgeblichen, meldepflichtigen Infektionskrankheiten"

"Die B'._____ versichert bestimmte finanzielle Folgen (vgl. Art. 3 AVB) folgender meldepflichtiger Infektionskrankheiten:

- 2.1 Durch Lebensmittel und kontaminiertes Wasser übertragbare Infektionskrankheiten [...].
- 2.2 Durch andere Mechanismen übertragbare Infektionskrankheiten [...].
- 2.3 Milben und Schwabenkäfer [...].

Die Aufzählung (Art. 2.1 bis Art. 2.3 AVB) ist abschliessend. Der Erregernachweis ist durch ein vom Bundesamt für Gesundheit anerkanntes Institut zu erbringen bzw. zu bestätigen."

Art. 8: "Ausschlüsse"

"Nicht versichert sind Schäden: [...]"

- Infolge irgendwelcher Krankheiten, z.B. BSE [...], Creutzfeld-Jakob-Krankheit, Geschlechtskrankheiten, Influenza (Grippe) ausgenommen die abschliessend aufgezählten Infektionskrankheiten gemäss Art. 2 AVB. [...]"

Unbestritten ist die Zuständigkeit des Bundesrats als zuständige Behörde zur Anordnung der Coronamassnahmen sowie deren gesetzliche Grundlage in der Covid-19-Verordnung (act. 1 Rz. 19.2; act. 9 Rz. 18, Rz. 44 und Rz. 73; act. 24 Rz. 8; act. 28 Rz. 179; act. 32 Rz. 105). Ferner ist nach übereinstimmenden Ausführungen der Parteien das (neuartige) SARS-CoV-2-Virus in der (positiven) Liste gemäss Art. 2 ff. AVB nicht aufgeführt (vgl. Art. 2.1 - Art. 2.3 AVB in act. 3/4; act. 1 Rz. 19.3; act. 9 Rz. 20; act. 3/7).

Betreffend die versicherten finanziellen Folgen im Falle einer Epidemie im Sinne der AVB ist unbestrittenermassen – bei Vorliegen der Voraussetzungen – ein Ertragsausfall bei Betriebsschliessung infolge Infektionskrankheiten während einer Haftzeit von maximal 100 Tagen versichert (Art. 1, Art. 3 und Art. 4 AVB in act. 3/4; act. 1 Rz. 16.1 und Rz. 18; act. 9 Rz. 12; act. 24 Rz. 6.1; act. 28 Rz. 169; act. 32 Rz. 99). Die Deckungssumme für Ertragsausfall beträgt CHF 960'000.00 auf erstes Risiko ohne Selbstbehalt (act. 1 Rz. 18; act. 9 Rz. 8; act. 28 Rz. 25; act. 32 Rz. 6.1; act. 3/3 S. 2), die Jahresprämie beläuft sich auf CHF 3'724.80 (act. 3/3 S. 2).

Nicht Gegenstand der vorliegenden Klage ist im Übrigen die Deckung für Warenverluste infolge Infektionskrankheiten, für Erwerbsausfall bei Tätigkeitsverbot sowie für zusätzliche Kosten pro Schadenfall (act. 1 S. 2; vgl. act. 9 Rz. 11).

2.2. Streitpunkte

Strittig ist im Grundsatz, ob die Klägerin durch die Corona-Krise Ertragsausfälle erlitten hat, die durch den Epidemieverversicherungsvertrag versichert und folglich

durch die Beklagte zu vergüten sind (act. 1 Rz. 8, Rz. 16 ff. und Rz. 31; act. 9 Rz. 50 und Rz. 69; act. 24 Rz. 6 ff.; act. 28 Rz. 155 ff. und Rz. 245 ff.; act. 32 Rz. 97).

Betreffend das Vorliegen der Voraussetzungen für den Versicherungsschutz besteht zum einen Uneinigkeit in Bezug auf die Frage, ob das Coronavirus eine Infektionskrankheit im Sinne der AVB ist: Die Klägerin leitet die Unterstellung des Virus unter die durch die Versicherung gedeckten Infektionskrankheiten – trotz fehlender Nennung des Coronavirus in der Liste der versicherten Infektionskrankheiten gemäss Art. 2 ff. AVB (vgl. Ziff. 2.1.2.) – aus einer ihrer Ansicht nach tatsächlich übereinstimmenden, dynamischen Verständnis des Inhalts des Versicherungsvertrags ab (act. 1 Rz. 19.3 ff.; act. 24 Rz. 27 ff.; act. 3/4; act. 3/7), wobei ihrer Meinung nach auch eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zum selben Resultat führen würde (act. 1 Rz. 19.3.4; act. 24 Rz. 9.1, Rz. 25, Rz. 34, Rz. 69 und Rz. 76). Die Beklagte stellt sich dagegen auf den Standpunkt, die Parteien verfügten über keinen Konsens betreffend ein dynamisches Verständnis der Aufzählung in Art. 2.1. und Art. 2.2. AVB; die Aufzählung sei weder exemplarisch noch dynamisch, sondern abschliessend (act. 9 Rz. 31 ff., Rz. 74, Rz. 80 ff., Rz. 102 und Rz. 123; act. 28 Rz. 41 f., Rz. 62 ff., Rz. 70, Rz. 111, Rz. 123 und Rz. 244). Zu keinem anderen Ergebnis würde eine objektivierte Auslegung führen (act. 9 Rz. 36 ff. und Rz. 42; act. 28 Rz. 205 und Rz. 143). Zum anderen sind sich die Parteien uneinig darüber, ob die behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Sinne der AVB individuell verfügt worden sind (vgl. Art. 3 AVB in act. 3/4): Während die Klägerin ausführt, die Massnahmen seien entweder tatsächlich individuell verfügt worden oder infolge Unklarheit entsprechend auszulegen (act. 24 Rz. 20 ff.; act. 32 Rz. 121), vertritt die Beklagte die Ansicht, dass es sich bei den Massnahmen zur Bekämpfung von Covid-19 nicht um "behördlich individuell verfügte" Massnahmen i.S.v. Art. 3 AVB handle, sondern um landesweite generelle Massnahmen (act. 9 Rz. 23, Rz. 73 und Rz. 84; act. 28 Rz. 51; act. 11/11 S. 2).

Ferner ist hinsichtlich der messbaren finanziellen Folgen von Infektionskrankheiten als weitere Leistungsvoraussetzung im Hinblick auf den Versicherungsschutz

strittig, ob die Massnahmen bei der Klägerin zu einer im Sinne der AVB entschädigungspflichtigen teilweisen oder vollständigen Betriebsschliessung oder Quarantäne oder zu Rückwirkungsschäden resp. zu finanziellen Folgen aufgrund eines Verbots von Festanlässen geführt haben (vgl. Art. 3 i.V.m. Art. 4 AVB in act. 3/4): Die Klägerin bringt dazu vor, sie habe infolge der behördlich angeordneten Massnahmen ihren Betrieb "massiv reduzieren" müssen, weshalb faktisch eine – versicherte – teilweise Betriebsschliessung vorliege. Ausserdem hätten die Restaurants schliessen müssen und seien Festanlässe verboten worden, weshalb auch aus diesem Grund ein Versicherungsschutz bestehe (act. 1 Rz. 19.4.2; act. 24 Rz. 7.1 f., Rz. 22 und Rz. 73; act. 32 Rz. 21, Rz. 123 und Rz. 147). Die Beklagte bestreitet eine Leistungspflicht mangels (teilweiser) Betriebsschliessung und bringt vor, zufolge fehlender individuell verfügter Massnahmen i.S.v. Art. 3 AVB würde selbst bei Annahme einer Deckungszusage keine versicherte finanzielle Folge i.S. des Versicherungsvertrags vorliegen (act. 9 Rz. 23, Rz. 73 und Rz. 92; act. 28 Rz. 53 ff. und Rz. 138, act. 11/11 S. 2).

Schliesslich besteht Uneinigkeit in Bezug auf die Anwendbarkeit der seitens der Beklagten mit E-Mail vom 3. März 2020 formulierten Deckungseinschränkung, wonach die Deckung ab dem Zeitpunkt ausgeschlossen sei, an dem die WHO für das Coronavirus die Pandemiestufe 5 oder 6 ausrufe (vgl. act. 3/7). Die Klägerin bringt dazu vor, sie habe dieser Vertragsänderung nie zugestimmt; ohnehin wäre sie unwirksam (act. 1 Rz. 25.2 f., Rz. 26 ff. und Rz. 31; act. 24 Rz. 9 ff., Rz. 38.5 ff. und Rz. 88; act. 32 Rz. 43 ff.). Die Beklagte wendet ein, durch die fragliche E-Mail habe sie lediglich ihre Kulanzleistung auf die Zeit bis zur Ausrufung der Pandemie durch die WHO beschränkt, was ohne Weiteres möglich sei (act. 9 Rz. 107 ff.; act. 28 Rz. 81 ff.).

2.3. Rechtliches

2.3.1. Geltungskontrolle von AGB; Ungewöhnlichkeitsregel

Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB; bzw. Allgemeine Versicherungsbedingungen, AVB) sind Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen generell vorformuliert wurden (vgl. zum

Ganzen: Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 2). Sie gelten insofern und insoweit, als die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben (Urteil BGer 4A_47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 5.1). Abweichende individuelle Abreden gehen den AGB vor (BGE 135 III 225 E. 1.4).

Ein Konsens über die AGB setzt voraus, dass die zustimmende Partei bei Vertragsschluss zumindest die Möglichkeit hatte, von ihrem Inhalt in einer zumutbaren Weise Kenntnis zu nehmen (BGE 139 III 345 E. 4.4). Für den Versicherungsvertrag bestimmt Art. 3 Abs. 2 VVG darüber hinaus, dass der Versicherungsnehmer im Besitz der AVB sein muss, wenn er den Versicherungsvertrag beantragt oder annimmt.

Stimmte die Partei der Übernahme der AGB pauschal zu, mithin ohne diese zu lesen, liegt eine sog. Globalübernahme vor (Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 2.1.3.; BGE 109 II 452 E. 4). Für diesen Fall bestimmt die sog. Ungewöhnlichkeitsregel, dass von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht speziell aufmerksam gemacht worden ist (BGE 138 III 411 E. 3.1). Dabei beurteilt sich die Ungewöhnlichkeit im Einzelfall aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 2.1.3 m.w.H.).

2.3.2. Auslegung von AGB; Unklarheitsregel

Haben die Parteien die AGB in den Vertrag übernommen, ist der Inhalt durch Auslegung zu ermitteln (Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 2.2). AGB sind grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen resp. Willenserklärungen (BGE 142 III 671 E. 3.3; MÜLLER, in: Berner Kommentar, Art. 1 - 18 OR, Bern 2018, Art. 18 N 227): Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien (sog. subjektive Auslegung) und in zweiter Linie – nur falls ein solcher nicht festgestellt werden kann – die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (sog. objektivierende Auslegung; BGE 140 III 391 E. 2.3).

Als innere Tatsache kann der übereinstimmende wirkliche Wille nicht direkt bewiesen werden (Urteil BGer 5A_927/2017 vom 8. März 2018 E. 5.1; WIEGAND, in: Basler Kommentar OR I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 18 N 12). Ausgangspunkt dieser subjektiven Auslegung ist der Wortlaut der von den Parteien abgegebenen Erklärungen oder des aufgrund solcher Erklärungen zustande gekommenen Vertragstextes im Kontext des konkreten Sinngefüges (BGE 146 V 28 E. 3.2). Bei der Auslegung von Worten und Texten ist zunächst auf den allgemeinen Sprachgebrauch abzustellen (WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 19 m.w.H.). Wesentlich für die Bedeutung eines Wortes ist auch seine Stellung im Kontext des Vertrags (systematisches Element). Sodann sind die inneren Tatsachen anhand von Indizien zu ergründen (BGE 143 III 157 E. 1.2.2.). Zu diesem Zweck werden sämtliche Umstände des Vertragsschlusses wie die Begleitumstände, die Beweggründe oder das Verhalten der Parteien vor und nach Vertragsschluss herangezogen, welche für die Willensabgabe im Zeitpunkt der Abgabe der Vertragserklärung relevant waren (Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 2.2.1; WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 26 - 31 m.w.H.). Das Verhalten nach Vertragsschluss ist allerdings nur insofern zu berücksichtigen, als daraus Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsschluss gezogen werden können (WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 29). Wird die Erklärung im Übrigen von einem Vertreter i.S.v. Art. 32 Abs. 1 OR abgegeben, ist auf dessen Willen abzustellen, der dem Vertretenen zugerechnet wird (BGE 143 III 157 E. 1.2.2). Die subjektive Auslegung beruht auf der Beweiswürdigung (BGE 142 III 239 E. 5.2.1.). Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt des subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4b/aa).

Bleibt der übereinstimmende wirkliche Parteiwille unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen (BGE 142 III 671 E. 3.3). Dabei hat das Gericht als Vertragswillen anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszuliegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden, und wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften

und mussten (BGE 143 III 157 E. 1.2.2.). Die Auslegungsmittel sind dieselben wie bei der subjektiven Auslegung, massgeblich ist indessen anstatt des inneren Willens der objektive Sinn des Erklärungsverhaltens resp. das mutmassliche Verständnis der Parteien (BGE 142 V 466 E. 6.1; WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 13). Mehrdeutige Wendungen in AGB sind im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, die sie verfasst hat (sog. Unklarheitsregel). In AVB sind mehrdeutige Klauseln somit gegen den Versicherer als deren Verfasser zu interpretieren (Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 2.2.2). Für den Versicherungsvertrag konkretisiert Art. 33 VVG die Unklarheitsregel insofern, als der Versicherer für alle Ereignisse haftet, welche die Merkmale der versicherten Gefahr an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in "bestimmter, unzweideutiger Fassung" von der Versicherung ausschliesst (vgl. Urteil BGer 4A_92/2020 vom 5. August 2020 E. 3.2.2). Damit ist es am Versicherer, die Tragweite der Verpflichtung, die er eingehen will, genau zu begrenzen (BGE 135 III 410 E. 3.2). Die Unklarheitsregel kommt jedoch nur zur Anwendung, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel versagen (Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 2.2.2. m.w.H.).

2.4. Subsumption

2.4.1. Wie gezeigt, gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass die AVB Epidemie, Ausgabe 2012, vollumfänglich Geltung erlangt haben (vgl. oben Ziff. 2.1.2.; act. 1 Rz. 17 ff.; act. 9 Rz. 28). Die Frage nach ungewöhnlichen Klauseln stellt sich vorliegend nicht (act. 1, act. 9, act. 24, act. 28 und act. 32 je contrario).

Indessen bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob sich aus der Vertragsbeziehung eine Leistungspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin ableiten lässt (vgl. im Einzelnen Ziff. 2.2.). Dies ist im Folgenden zu prüfen.

2.4.2. Aus Art. 1 AVB ergibt sich, dass bestimmte Ertragsausfälle infolge verfügter Massnahmen gegen die Verbreitung von Infektionskrankheiten durch die Epidemievorsicherung der Beklagten gedeckt sind, sofern es sich um (i) von der Versicherung umfasste Infektionskrankheiten handelt, die fraglichen Massnahmen (ii)

durch die zuständigen schweizerischen oder liechtensteinischen Behörden individuell verfügt worden sind und sich (iii) auf eine gesetzliche Grundlage stützen (vgl. Art. 1 i.V.m. Art. 2.1 - 2.3 i.V.m. Art. 3 i.V.m. Art. 4 AVB je in act. 3/4). Sind diese drei Voraussetzungen für den Versicherungsschutz kumulativ erfüllt, ergibt sich eine Versicherungsdeckung durch die Beklagte im Umfang der durch die Epidemieversicherung umfassten finanziellen Folgen (Art. 3 i.V.m. Art. 4 AVB je in act. 3/4). Die vorliegend relevanten finanziellen Folgen von Massnahmen rühren gemäss Art. 3 i.V.m. Art. 4 AVB aus dem Ausfall von Einkommen infolge teilweiser oder vollständiger Betriebsschliessung, soweit die auslösenden Massnahmen im Einzelnen erlassen bzw. genehmigt worden sind, aus individuell behördlich verfügten Schliessungen zudienender oder abnehmender Betriebe in der Schweiz oder in unmittelbar angrenzenden Gebieten (Rückwirkungsschäden) oder aus einem Verbot von Festanlässen (vgl. Art. 3 - 4 AVB in act. 3/4).

Zusammengefasst ist für die Prüfung einer spezifischen Versicherungsdeckung der streitgegenständlichen AVB in einem ersten Schritt zu untersuchen, ob die drei Voraussetzungen für die Unterstellung unter die Versicherung kumulativ erfüllt sind (Versicherungsschutz, erste Prüfstufe). Ist dies der Fall, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die sich daraus ergebenden finanziellen Folgen unter die AVB fallen (Versicherungsdeckung, zweite Prüfstufe).

2.4.3.1. Folglich ist die erste zu klärende Frage, ob es sich bei dem Coronavirus aufgrund eines übereinstimmenden dynamischen Verständnisses der Aufzählung der Infektionskrankheiten um eine von der Versicherung umfasste Krankheit handelt. Hierfür ist zu ermitteln, ob per Vertragsschluss diesbezüglich ein übereinstimmender wirklicher Wille bestanden hat.

Ausgangspunkt sind der Wortlaut und die Systematik des Vertragstextes. Es ist zu prüfen, ob ein Konsens der Parteien darüber besteht, dass Covid-19 von der Aufzählung (dynamisch) mitumfasst ist, obschon das Coronavirus in der Liste gemäss Art. 2 ff. AVB nicht aufgeführt ist (vgl. Ziff. 2.2.; vgl. act. 1 Rz. 19.3.2., act. 9 Rz. 31, act. 24 Rz. 24 ff., act. 28 Rz. 134 oder act. 32 Rz. 30): Art. 1 AVB hält fest: "Versichert sind die möglichen finanziellen Folgen (Art. 3 AVB) der in den vorliegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen erwähnten Infektions-

krankheiten (Art. 2 AVB)" (vgl. act. 3/4). Art. 2 AVB statuiert: "Die B'._____ versichert bestimmte finanzielle Folgen (vgl. Art. 3 AVB) folgender meldepflichtiger Infektionskrankheiten" (vgl. act. 3/4). Die Liste der unter Art. 2.1 bis Art. 2.3 AVB genannten Krankheiten unter dem Übertitel "Liste der massgeblichen, meldepflichtigen Infektionskrankheiten" umfasst ca. fünfzig aufgelistete Krankheiten und endet mit den Worten: "Die Aufzählung (Art. 2.1 bis Art. 2.3 AVB) ist abschliessend" (vgl. act. 3/4). Die Wortbedeutungen von 'erwähnten', 'folgender', 'Liste' und von 'abschliessend' sind im allgemeinen Sprachgebrauch bekannt und lassen keinen Raum für Spekulation (act. 9 Rz. 37). Das betrifft im Übrigen auch diejenigen Krankheiten, die in der Liste in Klammer aufgezählt sind (act. 9 Rz. 39; act. 28 Rz. 64). Auch die systematische Stellung des fraglichen Textabschnitts im Kontext des Vertrags erscheint mit der einleitenden Aufzählung der durch die Versicherung gedeckten Krankheiten und dem gleich darauf folgenden und sich darauf beziehenden Passus, dass die Aufzählung abschliessend sei, klar und unzweideutig (act. 9 Rz. 40). Sodann kann die Klägerin daraus, dass Covid-19 im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht existierte, nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. act. 1 Rz. 19.3 und act. 24 Rz. 33): Einerseits ändert dies – wie die Beklagte ausführt (act. 9 Rz. 83) – nichts an der klaren Bedeutung des Begriffs 'abschliessend', zumal ohne Weiteres Vorbehalte für ähnliche Krankheiten hätten angebracht werden können, was unbestrittenermassen unterblieben ist (act. 24 und act. 32 e contrario). Andererseits waren – wie die Beklagte richtig anmerkt (act. 9 Rz. 39 und Rz. 83) – im fraglichen Zeitpunkt zumindest verwandte SARS-Viren bekannt; diese fanden im Vertrag allerdings keinen Niederschlag (vgl. Art. 2 AVB in act. 3/4 e contrario). Dem steht im Übrigen – entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 24 Rz. 34) – auch Art. 8 AVB 'Ausschlüsse' nicht entgegen, der unter anderem einige wenige Krankheiten noch ausdrücklich ausschliesst, um dann aber nochmals ausdrücklich festzuhalten, dass die Infektionskrankheiten gemäss Art. 2 AVB abschliessend aufgezählt seien (vgl. Art. 8 AVB in act. 3/4). Diese Wiederholung des bereits Festgehaltenen vermag nichts an der grundsätzlich positiven Aufzählung der unter die Versicherung fallenden Krankheiten zu ändern, zumal der fragliche Art. 8 AVB diesen abschliessenden Charakter gleichzeitig nochmals betont (act. 9 Rz. 41; act. 28 Rz. 62 und Rz. 65). Damit sprechen so-

wohl der Wortlaut als auch die Systematik der AVB gegen einen Konsens betreffend ein dynamisches Verständnis der Aufzählung.

In Bezug auf das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss ist darauf hinzuweisen, dass sich die Klägerin durch einen Versicherungsbroker vertreten liess, dessen (Branchen-)Erfahrung sie sich anrechnen lassen muss (act. 1 Rz. 9; act. 9 Rz. 17 und Rz. 19; act. 24 Rz. 9; act. 28 Rz. 210; act. 32 Rz. 44). Aus der E-Mail vom 3. März 2020 vermag die Klägerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten (act. 1 Rz. 19.3.2; act. 24 Rz. 65). Darin teilt die Beklagte der Klägerin Folgendes mit: "Grundsätzlich ist das Corona-Virus in unseren AVB/ZB in der abschliessenden Aufzählung des Art. 2.2. nicht aufgeführt und wäre somit nicht versichert. [...]" (act. 3/7; act. 9 Rz. 76 ff.). Soweit aus dem Inhalt dieser E-Mail aus dem Jahr 2020 überhaupt auf den Parteienwillen bei Vertragsschluss im Jahr 2014 geschlossen werden kann, kommt darin ein nicht-dynamisches Verständnis der Aufzählung in Art. 2.2 AVB zum Ausdruck (act. 9 Rz. 80 und Rz. 85). Nichts anderes ergibt sich aus dem Formular 'Schadenanzeige Corona Epidemie', zumal die Klägerin, wie die Beklagte richtig einwendet, das Formular nur mit Daten bis am 10. März 2020 ausgefüllt hat und damit selbst nicht von einer Versicherungsdeckung ausgegangen zu sein scheint (act. 9 Rz. 81; act. 3/10). Folglich vermögen die beiden Urkunden die Auffassung der Klägerin zum Parteiverhalten nicht zu stützen.

Weiter bestehen auch mit Blick auf die Begleitumstände oder die Beweggründe der Parteien bei Vertragsschluss keine Anhaltspunkte für ein dynamisches Verständnis der unter die Versicherung fallenden Krankheiten. Namentlich spielt es für die Frage, ob die Aufzählung in Art. 2 ff. AVB abschliessend ist oder nicht, keine Rolle, ob die Versicherung nur die finanziellen Folgen betrieblicher Hygienrisiken abdecken sollte oder jegliche Krankheiten hätte umfassen können: Entweder ist die Aufzählung abschliessend oder sie ist es nicht (vgl. dazu auch act. 28 Rz. 69).

Schliesslich verhält sich die Klägerin widersprüchlich, wenn sie geltend macht, bei Vertragsschluss habe unter den Parteien ein solcher Konsens bestanden, da nach Darstellung beider Parteien für die Klägerin Anfang März 2020 selber nicht

klar war, ob eine Versicherungsdeckung bestand (vgl. act. 1 Rz. 19.3.2.; act. 9 Rz. 80 und Rz. 88; act. 24 Rz. 62). Andernfalls hätte sie die Beklagte wohl nicht anfragen lassen, ob eine Deckung bestehe (act. 3/7; act. 11/6). Auch dieser Umstand lässt nicht auf ein tatsächliches Verständnis der Klägerin schliessen, wonach das Coronavirus von der Versicherung gedeckt ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Klägerin nicht gelingt, einen tatsächlichen Konsens betreffend ein dynamisches Verständnis von Art. 2 ff. AVB zu beweisen.

2.4.3.2. Nichts anderes würde sich im Übrigen ergeben, wenn die Erklärungen der Parteien mangels tatsächlichem Konsens aufgrund des Vertrauensprinzips ausgelegt würden (vgl. oben Ziff. 2.3.2.). Auch vor dem Hintergrund des mutmasslichen Parteiwillens bliebe der Wortlaut der AVB hinsichtlich der Frage, ob die Aufzählung abschliessend ist oder nicht, unmissverständlich und die Systematik schlüssig (vgl. act. 9 Rz. 37 ff.). Ferner ergeben sich mit Blick auf die obigen Erwägungen auch zu den Begleitumständen, den Beweggründen der Parteien oder deren Verhalten im Zusammenhang mit dem Vertrag keine Anhaltspunkte, weshalb die Klägerin die Aufzählung in Art. 2 ff. AVB als dynamisch hätte verstehen dürfen und müssen (vgl. act. 9 Rz. 42 ff.). Insofern führt auch die Behauptung der Klägerin, eine Auslegung nach Treu und Glauben ergebe, dass bei Vertragschluss über Erreger, die noch nicht bekannt seien, kein Konsens geschlossen werden und die Aufzählung in Art. 2 ff. AVB deshalb nicht statisch verstanden werden könne, ins Leere (act. 1 Rz. 19.3.4.). Würde dieser Auffassung gefolgt, wäre eine als abschliessend definierte Aufzählung effektiv nie abschliessend, weil immer damit gerechnet werden müsste, dass im Verlaufe der Zeit neue (wissenschaftliche) Erkenntnisse gewonnen werden (act. 28 Rz. 67). Zweck einer abschliessenden Aufzählung ist mitunter, nicht kalkulierbare zukünftige Risiken auszuschliessen (vgl. dazu auch act. 9 Rz. 88). Gleiches gilt für die bestrittene (vgl. act. 9 Rz. 42 und act. 28 Rz. 69) Behauptung der Klägerin, dass sie aufgrund der Bezeichnung der Versicherung als 'Epidemieversicherung' nach dem Vertrauensprinzip von einem generellen Versicherungsschutz für Epidemien habe ausgehen dürfen (act. 24 Rz. 34; act. 32 Rz. 33). Wie von der Beklagten zutreffend ausge-

führt, erhellt bereits aus Art. 1 AVB unter dem Titel "Voraussetzungen der Leistungspflicht", dass nur die in Art. 2 ff. AVB erwähnten Infektionskrankheiten vom Versicherungsschutz umfasst sind (act. 9 Rz. 42; act. 28 Rz. 69). Allein aufgrund der Bezeichnung der Versicherung durfte die Klägerin nicht auf einen weitergehenden Schutz schliessen, zumal sie bereits beim Erstabschluss fachkundig betreut und beraten war (vgl. act. 9 Rz. 43; act. 28 Rz. 69).

2.4.3.3. Entsprechend gelingt es der Klägerin – unabhängig von einer subjektiven oder einer objektivierenden Vertragsauslegung – nicht darzutun, dass es sich beim Coronavirus um eine von der Versicherung umfasste Infektionskrankheit handelt. Damit fällt eine Versicherungsdeckung bereits mangels Vorliegen der ersten Prüfvoraussetzung in der ersten Prüfstufe, mithin unter dem Versicherungsschutz (vgl. Ziff. 2.4.2.), ausser Frage.

2.4.4. Hinzu kommt, dass auch die zweite Voraussetzung, das Vorliegen einer individuellen Verfügung der zuständigen schweizerischen oder liechtensteinischen Behörde, nicht gegeben ist: Es wurden nicht einzelne Betriebe durch individuelle, behördliche Verfügung, sondern ganze Sektoren öffentlich zugänglicher Betriebe grossflächig geschlossen (Art. 6 der Vo 2 vom 17. März 2020). Der Umstand, dass eine individuelle Verfügung bei der zuständigen kantonalen Behörde hätte verlangt werden können, ändert hieran nichts: Wollte man darauf abstellen, so bliebe die betreffende Voraussetzung immer toter Buchstabe, zumal damit jedes generelle Verbot bzw. jede (gesetzliche) Verpflichtung in eine individuelle Verfügung umgedeutet werden könnte. Dies gilt analog für die weitere Behauptung der Klägerin, dass die Zustellung einer Verfügung an alle Betroffenen aus Praktikabilitätsgründen gar nicht möglich gewesen wäre (vgl. act. 24 Rz. 20, act. 28 Rz. 51 und act. 32 Rz. 121 ff.). Nichts anderes gilt schliesslich für die Behauptung der Klägerin, dass Betriebe, die sich nicht an die Massnahmen gehalten hätten, eine individuelle Verfügung erhalten hätten: Individuell verfügt wurde in diesem Fall lediglich die Sanktion wegen des Verstosses gegen das (generelle) Verbot (so zutreffend die Beklagte: act. 28 Rz. 51). Entgegen der Ansicht der Klägerin ist die Versicherungsdeckung damit weder rein zufällig noch willkürlich (act. 24 Rz. 20; act. 32 Rz. 121 ff.). Der Beklagten ist zuzustimmen, dass auch ein juristischer Laie

das Wort 'individuell' versteht und es dabei für gewöhnlich – und auch hier – um die Abgrenzung zum Wort 'generell' geht (act. 28 Rz. 53). Damit fällt eine Anwendung der Unklarheitsregel von Vornherein ausser Betracht (vgl. act. 24 Rz. 22).

2.4.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Versicherungsdeckung gemäss AVB auch aus diesem Grund zu verneinen ist (zweiter Prüfpunkt der ersten Prüfstufe, vgl. oben Ziff. 2.4.2.). Auf die Prüfung der weiteren Voraussetzungen, insbesondere des Vorliegens einer Betriebsschliessung, kann damit verzichtet werden.

2.4.6. Mit der Verneinung der individuellen Verfügung erübrigt sich die Prüfung der von der Klägerin behaupteten Vertragsänderung in Form eines neuen Deckungsausschlusses durch die E-Mail der Beklagten vom 3. März 2020 (act. 1 Rz. 25.2 f. und Rz. 26 ff.; act. 3/7; vgl. dazu Ziff. 2.2.).

2.5. Fazit

Zusammengefasst ergibt sich, dass eine Deckung der (allfälligen) finanziellen Einbussen der Klägerin infolge des Coronavirus durch den Versicherungsvertrag zu verneinen ist. Die Klägerin hat entsprechend (allein) gestützt auf den Versicherungsvertrag gegenüber der Beklagten keine finanziellen Ansprüche.

3. Versicherungsschutz infolge E-Mail vom 3. März 2020

Als zweite Argumentationslinie stützt die Klägerin ihre Ansprüche auf die E-Mail der Beklagten vom 3. März 2020, welche sie als Schuldanerkennung oder als Leistungsversprechen resp. Deckungszusage versteht.

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Beide Parteien führen übereinstimmend aus, der Broker der Klägerin habe sich mit E-Mail vom 2. März 2020 bei der Beklagten erkundigt, ob eine Versicherungsdeckung für Schäden im Zusammenhang mit der Corona-Krise bestehe (act. 1 Rz. 9; act. 9 Rz. 19 und Rz. 80). Zur Beantwortung dieser Frage habe die Beklag-

te dem Broker am 3. März 2020 eine E-Mail mit folgendem Wortlaut geschickt (act. 1 Rz. 9; act. 9 Rz. 20 und Rz. 54; act. 3/7; act. 11/6):

"[...] Für Unternehmenskunden mit einer bestehenden Epidemie-Deckung gilt:

Die BV deckt mit der Epidemie-Versicherung die finanziellen Einbussen dieser Epidemie gemäss den Versicherungsbedingungen, sofern die zuständigen Schweizer Behörden Massnahmen ergreifen, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern.

Grundsätzlich ist das Corona-Virus in unseren AVB/ZB in der abschliessenden Aufzählung des Art. 2.2. nicht aufgeführt und wäre somit nicht versichert. Die BV verhält sich aber kulant und sieht das Corona-Virus als «Lungenkrankheit» unter den in Art. 2.2. AVB/ZB erwähnten Infektionskrankheiten an; es gilt daher als versichert. Im Gegenzug wird die Deckung ab dem Zeitpunkt ausgeschlossen, an dem die WHO für das Corona-Virus die Pandemiestufe 5 oder 6 ausruft. [...]"

Unbestritten und belegt ist weiter, dass die Klägerin der Beklagten über ihren Broker am 24. März 2020 per E-Mail eine noch unbezifferte Schadenanzeige betreffend Coronavirus zukommen liess (act. 1 Rz. 10; act. 9 Rz. 60 und Rz. 119; act. 24 Rz. 9.1; act. 3/8-9) und die Beklagte dem Broker der Klägerin am 1. April 2020 ihrerseits ein mit 'Schadenanzeige Corona Epidemie' betitelttes Formular schickte (act. 1 Rz. 10; act. 9 Rz. 21; act. 28 Rz. 216; act. 3/10; act. 11/7 S. 3). Dieses hat die Klägerin der Beklagten am 15. April 2020 wie folgt ausgefüllt retourniert (act. 1 Rz. 10; act. 9 Rz. 21 und Rz. 81; act. 3/10; act. 11/8):

... [Bild der Schadenanzeige]

Am 8. Mai 2020 teilte die Beklagte dem Broker der Klägerin sodann mit, dass ohne Anerkennung einer Rechtspflicht eine pauschale Entschädigung in der Höhe von CHF 5'000.00 an die Klägerin geleistet werde (act. 1 Rz. 11, act. 9 Rz. 46 und Rz. 58 f.; act. 24 Rz. 19; act. 28 Rz. 49; act. 3/11). Der genannte Betrag wurde der Klägerin am 18. Mai 2020 überwiesen (act. 9 Rz. 59, act. 24 Rz. 43 und Rz. 67; act. 28 Rz. 216; act. 11/13).

In der Folge führten die Parteien Vergleichsgespräche. Am 23. Oktober 2020 teilte die Beklagte der Klägerin mit, es werde daran festgehalten, dass die erfolgte Zahlung aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt sei; die (Kulanz-)Erklärung vom 3. März 2020 werde zurückgezogen und widerrufen (act. 1 Rz. 13; act. 9 Rz. 23 und Rz. 62; act. 24 Rz. 48; act. 28 Rz. 50; act. 11/11).

3.2. Streitpunkte

Die E-Mail der Beklagten vom 3. März 2020 stellt gemäss der Klägerin eine verbindliche kausale Schuldanererkennung oder subsidiär ein originäres Leistungsversprechen resp. eine Deckungszusage dar, mit der die Beklagte ihre Leistungspflicht für die finanziellen Folgen der Corona-Pandemie vollumfänglich und unbeschränkt unter dem Epidemieverversicherungsvertrag anerkannt und mit Bezug auf die Deckung auf Einreden verzichtet habe (act. 1 Rz. 21 ff. und Rz. 25 ff.; act. 24 Rz. 9.1, Rz. 38.5 ff., Rz. 48, Rz. 79 und Rz. 88). Demgegenüber stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, sie habe mit der besagten E-Mail die Ausrichtung einer unverbindlichen, in Höhe und Bestand in ihrem Ermessen stehenden Kulanzleistung im Sinne einer Gefälligkeitsleistung zugesagt, ohne sich rechtlich zu binden (act. 9 Rz. 47 ff., Rz. 98 ff. und Rz. 108; act. 28 Rz. 49, Rz. 130 f., Rz. 205 und Rz. 210); diese Kulanzleistung habe sie in der Folge – nach Bezahlung der Pauschalzahlung ihrer Wahl in der Höhe von CHF 5'000.00 (act. 9 Rz. 22 und Rz. 58 f.; act. 28 Rz. 216) – gültig widerrufen (act. 9 Rz. 23 und Rz. 62; act. 28 Rz. 50; act. 11/11). Ferner bestreitet die Beklagte einen Einredeverzicht und führt aus, selbst wenn in der streitgegenständlichen E-Mail eine Deckungszusage erblickt würde, hätten die angeordneten generellen Massnahmen keine versicherten finanziellen Folgen im Sinne des Versicherungsvertrags ausgelöst (act. 9 Rz. 23, Rz. 73 und Rz. 104; act. 28 Rz. 147; act. 11/6). Schliesslich hält sie fest, die Ku-

lanzleistung sei bis zur Ausrufung der Pandemie durch die WHO gültig zeitlich beschränkt worden (act. 9 Rz. 48, Rz. 77 und Rz. 106 ff.; act. 28 Rz. 82 ff.).

3.3. Rechtliches

3.3.1. Auslegung von Willenserklärungen

Betreffend die Auslegung von Willenserklärungen wird auf die Ausführungen in Ziffer 2.3.2. verwiesen.

3.3.2. Gefälligkeitsvorbehalt

Im Sinne der negativen Normierung steht es jeder Person frei, einer Erklärung einen sog. Gefälligkeitsvorbehalt beizufügen. Das blossе Gefälligkeitsgeschäft, verstanden als unverbindliche Leistungszusage ohne vertraglichen Verpflichtungswillen, begründet keinen Erfüllungsanspruch. Während die Entstehung eines Schuldverhältnisses durch Vertrag somit einen Rechtsbindungs- resp. einen Rechtsfolgewillen oder einen Geschäftswillen der Parteien voraussetzt, fehlt ein solcher beim Gefälligkeitsverhältnis (BGE 116 II 695 E. 2a; MÜLLER, in: Berner Kommentar, Art. 1 - 18 OR, a.a.O., Einl. in das OR N 273; HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. 1999, S. 44 ff., m.H.). Durch die Formulierung eines Gefälligkeitsvorbehalts erklärt die betreffende Person eine zukünftige Leistung als bloss möglich. In einem solchen Fall wird weder eine Schuld des Erklärenden noch eine Berechtigung des Erklärungsempfängers begründet (SCHUMACHER, Vertragsgestaltung. Systemtechnik für die Praxis, 2004, S. 254). Wird eine Leistung somit erkennbar nur als Gefälligkeit angeboten, wird eine rechtliche Bindung resp. Durchsetzung zum Voraus ausgeschlossen (MÜLLER, in: Berner Kommentar, Art. 1 - 18 OR, a.a.O., Art. 7 N 15; KRAMER/SCHMIDLIN, in: Berner Kommentar, Art. 1 - 18 OR, Bern 1986, Art. 7 N 11; JÄGGI, in: Zürcher Kommentar, Art. 1 - 17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973, Art. 7 N 5). Zentral ist die Erkennbarkeit: Besteht kein Verpflichtungswille, ist ein Gefälligkeitsvorbehalt derart unmissverständlich und unzweideutig zu formulieren, dass er mit Blick auf das Vertrauensprinzip nicht als Leistungsversprechen verstanden werden kann, bspw. durch den ausdrücklichen Hinweis 'ohne Rechtsbindungswille'. An das Erfordernis

der Unzweideutigkeit ist insofern ein strenger Massstab anzulegen, als die Gegenseite unmissverständlich darauf schliessen muss, dass sich die erklärende Person in Bezug auf die zugesagte Leistung nicht rechtsgeschäftlich binden will. Wird indessen nicht sichergestellt, dass auf der Gegenseite kein Vertrauen in einen Bindungswillen erweckt wird, muss der Erklärende – sofern kein tatsächliches Verständnis bewiesen werden kann – hinnehmen, dass sein Verhalten nach dem Vertrauensprinzip als verbindliches Leistungsversprechen ausgelegt werden könnte (SCHUMACHER, a.a.O., S. 254; vgl. JÄGGI, a.a.O., Art. 1 N 121 ff.).

Entscheidend für das Vorliegen eines verpflichtenden Vertrags ist somit in erster Linie das Vorhandensein eines übereinstimmend erklärten Geschäftswillens (BGE 116 II 695 E. 2.b). Haben die Parteien einander mit Bezug auf diesen Bindungswillen tatsächlich nicht richtig verstanden, kommt es in zweiter Linie darauf an, ob die Empfängerin des Leistungsversprechens nach dem Vertrauensprinzip auf den Bindungswillen des Versprechenden schliessen durfte und musste (BGE 113 II 50 E. 1.a). Im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip hat das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung befunden, dass sich die Gefälligkeit nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird, und der bestehenden Interessenlage der Parteien vom Vertrag abgrenzt (BGE 129 III 181 E. 3.2; BGE 137 III 539 E. 4.1). Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches oder wirtschaftliches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachmännisch unterstützt zu werden (BGE 116 II 695 E. 2.b.bb). Ganz ausnahmsweise kann im Übrigen auch das Vertrauen auf eine freiwillige Leistungserbringung ohne Rechtsbindungswillen im Sinne einer Vertrauenshaftung Schutz finden, namentlich wenn der Vertragsschluss auf Grund der bestehenden Machtverhältnisse oder der Abhängigkeit des Vertrauenden faktisch nicht möglich ist und dem Vertrauenden gleichzeitig der Verzicht auf das Geschäft bzw. auf die Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann (BGE 133 III 449 E. 4.1).

3.4. Subsumption

3.4.1. Für die Beurteilung der Implikationen der E-Mail der Beklagten vom 3. März 2020 ist in einem ersten Schritt zu ergründen, ob die Beklagte eine vom Versicherungsvertrag abhängige Schuldanererkennung abgegeben hat oder ob es sich bei der streitgegenständlichen E-Mail um eine originäre Leistungs- resp. Deckungszusage handelt (Ziff. 3.4.2.). In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Beklagte mit einem Rechtsbindungswillen gehandelt hat (Ziff. 3.4.3). In einem dritten Schritt ist schliesslich der Inhalt der allfälligen Übereinkunft zu bestimmen (Ziff. 3.4.4.). Wie aufgezeigt, ist jeweils in erster Linie das tatsächlich übereinstimmende Verständnis massgeblich; in zweiter Linie greift die normative Auslegung nach Vertrauensprinzip (vgl. Ziff. 3.3.1. i.V.m. Ziff. 2.3.2.).

3.4.2.1. Hinsichtlich der Frage nach dem Verhältnis der E-Mailerklärung zum Versicherungsvertrag ist dem Standpunkt der Beklagten zuzustimmen, wonach die Klägerin die E-Mail vom 3. März 2020 tatsächlich so verstanden habe, wie sie gemeint gewesen sei, nämlich als selbstständiges "Leistungsangebot aus Kulanz" für Schäden bis zur Ausrufung der Pandemie durch die WHO am 11. März 2020 (act. 9 Rz. 48 und Rz. 98 f.; act. 28 Rz. 49, Rz. 130 und Rz. 205). Für dieses tatsächliche Verständnis beruft sie sich namentlich auf das ihr von der Klägerin am 15. April 2020 ausgefüllt retournierte Formular 'Schadenanzeige Corona Epidemie', in dem seitens der Klägerin einzig Anlässe bis am 10. März 2020 deklariert worden sind (act. 3/10; vgl. Ziff. 3.1.). Es ergebe sich daraus, dass die Klägerin die zeitliche Beschränkung der originären Leistungszusage als solche verstanden und sich daran gehalten hat (act. 9 Rz. 81 und Rz. 111). Dies macht nur dann Sinn, wenn sie das Angebot der Beklagten im Zeitpunkt der gegenseitigen Erklärungen als eigenständige Leistungszusage verstanden hat. Auch spricht – entgegen der Ansicht der Klägerin (vgl. act. 1 Rz. 19.3.2. und Rz. 19.4.3.) – die Schaffung des Formulars 'Schadenanzeige Corona Epidemie' durch die Beklagte nicht dafür, dass diese vollen Schutz aus der Versicherung gewähren wollte, da die Beklagte darin auch vermerkt hat, dass Ereignisse ab dem 12. März 2020 nicht gedeckt seien (vgl. act. 9 Rz. 94). Entsprechend ist der Klägerin auch nicht zu folgen, wenn sie ausführt, die Beklagte habe mit der zeitlichen Befristung eine Ver-

tragsänderung vollzogen (act. 1 Rz. 25 ff.; act. 24 Rz. 81; vgl. auch act. 9 Rz. 107). Zudem ist die vorgenommene zeitliche Einschränkung im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung ohne Weiteres gültig (vgl. Urteil BGer 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 5.2.3; vgl. act. 1 Rz. 26 ff., act. 24 Rz. 30 und Rz. 88 und act. 32 Rz. 43 f.).

Ohnehin könnte die E-Mail vom 3. März 2020 keine Schuldanerkennung darstellen (act. 1 Rz. 23.1; act. 24 Rz. 88), denn die schuldbegründende Wirkung einer einseitigen Schuldanerkennung besteht in der Schaffung einer vom Verpflichtungsgrund gelösten selbstständigen Verpflichtung, die zusätzlich neben die (gesicherte) Forderung aus dem Grundverhältnis tritt (Urteil BGer 4A_264/2008 vom 23. September 2008 E. 3.2.2). Die Schuldanerkennung setzt in jedem Fall das Bestehen einer gültigen Schuld voraus (Urteil BGer 4A_17/2009 vom 14. April 2009 E. 3.2): Fehlt die causa, besteht auch die im Schuldbekenntnis anerkannte Schuld nicht (Urteil BGer 4A_152/2013 vom 20. September 2013 E. 2.3; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, in: Basler Kommentar OR I, a.a.O., Art. 17 N 6). Dass vorliegend keine gültige causa besteht, wurde vorstehend bereits aufgezeigt (vgl. Ziff. 2).

Der Wille der Beklagten, mittels der fraglichen E-Mail eine eigenständige Leistungszusage abzugeben, wird dadurch gestützt, dass diese das Formular 'Schadenanzeige Corona Epidemie' am 1. April 2020 erstellt hat, mithin in voller Kenntnis des generellen Charakters der per 17. März 2020 vorgenommenen Schliessungsanordnungen und der fehlenden Aufzählung der Viruskrankheit SARS-CoV-2 (vgl. Ziff. 2.4.).

Folglich waren sich die Parteien im Zeitpunkt ihrer gegenseitigen Erklärungen in tatsächlicher Hinsicht einig, dass es sich bei der E-Mail um die (verpflichtende oder unverbindliche, vgl. dazu sogleich Ziff. 3.4.3.) befristete Zusage einer originären Leistung unter Hinweis auf die fehlende Leistungspflicht aus dem Vertrag der Parteien handelt.

3.4.2.2. Zu keinem anderen Ergebnis würde die objektivierte Auslegung führen: So durfte und musste die Klägerin die Leistungszusage der Beklagten nach Treu

und Glauben als befristete und originäre Zusage von Leistungen ohne Anerkennung einer Leistungspflicht aus dem Vertrag verstehen. Dies ergibt sich bereits aus dem klaren und unstrittigen Wortlaut und der Systematik der betreffenden E-Mail (vgl. act. 3/7 und act. 11/6; vgl. Ziff. 3.1.): Erstens wird darin festgestellt, dass sich die Mitteilung an Unternehmenskunden mit bestehender Epidemie-Deckung richte (erster Absatz); sie richtete sich daher ohne Weiteres an die Klägerin. Zweitens teilte die Beklagte der Klägerin darin mit, dass allfällige finanzielle Einbussen gemäss den Versicherungsbedingungen gedeckt würden, sofern die zuständigen Schweizer Behörden Massnahmen ergreifen würden, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern (zweiter Absatz); entsprechend wurde festgehalten, dass die Versicherung nach den in den AVB formulierten Bedingungen anwendbar blieb. Drittens ergibt sich aus der E-Mail, dass "grundsätzlich" keine Deckung für die finanziellen Folgen der Corona-Epidemie bestünde, aus Kulanz, mithin Entgegenkommen oder Gefälligkeit, das Virus aber in Anlehnung an Art. 2.2 AVB als Lungenkrankheit angesehen werde; es gelte demnach als versichert. Im Gegenzug bestehe die Deckung nur bis zur Ausrufung der Pandemie durch die WHO (dritter Absatz). So wurde mittels sprachlicher Fiktion ausgedrückt, dass die Versicherungsdeckung für das Coronavirus zwar effektiv nicht besteht, jedoch so getan wird, als ob dies der Fall wäre (vgl. auch act. 9 Rz. 94; act. 28 Rz. 205). Damit kommt für die Qualifizierung der E-Mail einzig eine selbständige Leistungszusage infrage. Nichts anderes ergibt sich mit Blick auf die Begleitumstände rund um den E-Mailverkehr: Dadurch, dass die Klägerin, vertreten durch ihren Broker, die Beklagte angefragt hat, ob eine Versicherungsdeckung bestehe, offenbart sie, dass sie sich dessen nicht sicher war (act. 1 Rz. 9; act. 9 Rz. 55 ff.). Was schliesslich die Beweggründe für die E-Mail betrifft, so führt die Beklagte aus, sie habe den Versicherten in dieser aussergewöhnlichen Zeit Unterstützung zukommen lassen wollen (act. 9 Rz. 125; act. 28 Rz. 49). Diese Begründung erscheint vor dem Hintergrund, dass die Beklagte aus dem Vertrag keine Leistung hätte erbringen müssen, folgerichtig und ergibt sich aus dem Wortlaut der E-Mail.

3.4.2.3. Da es sich bei der E-Mail der Beklagten, wie dargelegt, nicht um eine Schuldanerkennung handelt, erübrigen sich Ausführungen zur Frage eines allfälli-

gen Einredeverzichts seitens der Beklagten (vgl. act. 1 Rz. 22.3 und act. 24 Rz. 79). Ein solcher wäre ohnehin nicht leichtfertig anzunehmen (vgl. Urteil BGer 5A_409/2020 vom 23. April 2021 E. 3.2; vgl. auch act. 9 Rz. 104; act. 28 Rz. 147) und namentlich infolge der Unsicherheiten in Bezug auf die Verbreitung des Coronavirus und der sich daraus im Einzelfall ergebenden behördlich verfügbaren Anordnung kein vertretbares Ergebnis einer (notwendigen) Auslegung nach Treu und Glauben.

3.4.3. Da die E-Mail der Beklagten vom 3. März 2020, wie dargelegt, eine befristete Zusage einer originären Leistung darstellt, ist zu prüfen, ob die Beklagte diese Leistungszusage – so der Standpunkt der Klägerin (vgl. act. 24 Rz. 9.1 und Rz. 62) – mit einem Rechtsbindungswillen in Bezug auf die Versicherungsdeckung abgegeben hat oder ob in ihrer Erklärung – wie die Beklagte ausführt (act. 9 Rz. 47; act. 28 Rz. 47, Rz. 75 und Rz. 205) – das unverbindliche Inaus-sichtstellen einer in Höhe und Bestand ausschliesslich von ihrem Gutdünken abhängigen Zahlung zu sehen ist.

3.4.3.1. Aus der streitgegenständlichen E-Mail ergibt sich keine unmissverständliche und unzweideutige Statuierung eines fehlenden Rechtsbindungswillens. Insbesondere lässt sich entgegen der Ansicht der Beklagten nicht bereits aus dem allgemeinen sprachlichen Verständnis des Begriffs 'Kulanz' ableiten, dass nur eine rechtlich unverbindliche, freiwillige Beziehung zwischen den Parteien begründet werden sollte, denn massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist weniger der isolierte, unmittelbare Wortsinn als die Stellung im Gesamtkontext resp. das übergeordnete Sinngefüge (BGE 131 III 280 E. 3.1; BGE 123 III 165 E. 3.a; WIEGAND, a.a.O., Art. 18 N 24; act. 9 Rz. 47 f., Rz. 79 und Rz. 102; act. 28 Rz. 205). Entsprechend lässt sich aus der Nennung des Wortes 'Kulanz' allein noch kein fehlender Rechtsbindungswille ableiten resp. schliesst ein Entgegenkommen allein einen rechtlichen Bindungswillen nicht aus (so auch die Klägerin: act. 24 Rz. 9.1, Rz. 38.1 und Rz. 68; act. 32 Rz. 144). Wie aufgezeigt, wurde in der betreffenden E-Mail eine Deckung gemäss den AVB des Epidemieverversicherungsvertrags von der Beklagten unter Hinweis auf die abschliessende Aufzählung der Infektionskrankheiten verneint (vgl. 3.4.2.2.). Gleichzeitig wurde aus Entgegen-

kommen für eine begrenzte Zeit eine Deckung unter dem Versicherungsvertrag gewährt oder wurde – mit den Worten der Beklagten – mindestens so getan, "als wäre es (für einen bestimmten Zeitraum) versichert" (act. 9 Rz. 94, vgl. dazu auch die Duplik und Widerklagereplik: "Wir müssten nicht, aber wir wollen dennoch", act. 28 Rz. 205). Darin ist eine – wenn auch ursprünglich freiwillige – verbindliche Zusage für einen beschränkten, zum Zeitpunkt der Willensäusserung noch nicht bekannten Zeitraum zu sehen. Dieses Verständnis bestätigt sich in einer Gesamtbetrachtung der E-Mail: Zunächst bezieht sich das Entgegenkommen terminologisch auf die Subsumierung des Virus unter die erwähnten Infektionskrankheiten und nicht direkt auf die Geltung des Virus als versichert; folglich führt kulantes Verhalten erst über einen Zwischenschritt zu einer Leistung. Sodann ist der von der Klägerin angesprochene Moduswechsel vom Konjunktiv II zum Indikativ ein weiteres wichtiges Indiz für ein Verständnis wie das dargelegte (act. 24 Rz. 9.1, Rz. 43 und Rz. 75; act. 32 Rz. 85). Schliesslich wäre eine zeitliche Befristung für eine freiwillige und im Ermessen liegende Leistung der Beklagten verzichtbar gewesen (act. 24 Rz. 9.1 und Rz. 38.2, mit Verweis auf act. 9 Rz. 48).

Das Ergebnis der grammatikalisch-systematischen Auslegung der E-Mailerklärung, wonach die Beklagte im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung gegenüber der Klägerin über einen tatsächlichen Vertragswillen verfügte, wird gestützt durch das von der Beklagten am 1. April 2020 kreierte Formular 'Schadenanzeige Corona Epidemie' (act. 9 Rz. 85; act. 24 Rz. 9.1 und Rz. 9.4; vgl. act. 3/10). Dieses hält fest, dass nach Erhalt der vollständigen Unterlagen "die Deckungsprüfung" vorgenommen werde, und definiert als Zielsetzung die "rasche und kulante Auszahlung des effektiven Schadens". Auszufüllen war der "entgangene[...] Bruttogewinn". Ferner findet sich auf besagtem Formular der ausdrückliche Hinweis, dass Ereignisse ab dem 12. März 2020 "nicht unter die Epidemie-Deckung" fallen und "somit auf diesem Formular nicht erwähnt werden [müssen] (Pandemiedeklaration der WHO)". Der hervorgehobene Gehalt des Schriftstücks spricht insgesamt klar gegen eine (in Höhe und Bestand) im freien Ermessen liegende (Pauschal-)Zahlung der Beklagten (vgl. act. 9 Rz. 22 und Rz. 62; act. 28 Rz. 216; act. 11/11). Damit beweist das Formular einerseits die Verbindlichkeit der Zusage der Beklagten und andererseits gemäss klarem Wortlaut, dass die

Leistungszusage eine Deckung im Umfang des effektiven Schadens resp. des entgangenen Bruttogewinns im Sinne des Versicherungsvertrags umfasst (vgl. act. 24 Rz. 9.5 f.). Der Zeitpunkt der Schaffung resp. Versendung des Formulars – pro memoria Wochen nach Ausrufung der Pandemie durch die WHO am 11. März 2020 und nach Inkrafttreten der Massnahmen gemäss Vo 1 und 2 des Bundesrats – belegt sodann, dass die Beklagte die Leistungszusage in voller Kenntnis des generellen Charakters der in der Zwischenzeit verordneten Schliessungsanordnungen erstellt hat (vgl. Ziff. 2.1.1.). Aufgrund dieser klaren Handlungsweise kann sie sich daher auch nicht mehr darauf berufen, dass die Massnahmen nicht individuell angeordnet worden sind (vgl. act. 9 Rz. 73; act. 28 Rz. 51).

Sodann sprechen weder das Argument der Beklagten, mit dem Formular habe sie ungerechtfertigte Forderungen verhindern wollen, indem auch für eine Kulanzleistung nachvollziehbare Angaben und Belege zum entgangenen Bruttogewinn vorgelegt werden müssten (vgl. act. 9 Rz. 85), noch deren Behauptung, Missbrauchsgefahr bestehe auch für freiwillige Leistungen (act. 28 Rz. 129), gegen einen Rechtsbindungswillen ihrerseits. Den schliesslich tatsächlich unmissverständlich und unzweideutig angebrachten Hinweis, die Leistung erfolge 'ohne Anerkennung einer Rechtspflicht', formulierte die Beklagte entgegen ihrer Darstellung nicht "ganz unmittelbar in der nachfolgenden Korrespondenz" (act. 9 Rz. 48), sondern erst mit Schreiben vom 8. Mai 2020 (vgl. act. 3/11). Sie kann daraus in Bezug auf ihren Willen am 3. März 2020 nichts mehr ableiten.

Mit ihrer Argumentation, für eine solche Massnahme habe ihr schlicht die Marktstärke gefehlt, sie sei ein Nischenversicherer und habe im Jahr 2019 einen Gewinn von CHF 8'750.25 erwirtschaftet (act. 9 Rz. 57 f.; vgl. act. 11/12), vermag die Beklagte den Hauptbeweis der Klägerin nicht zu erschüttern. Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung erübrigt es sich, den von der Beklagten eingereichten Geschäftsbericht zu verifizieren oder die von der Beklagten dazu offerierten Partei- und Zeugenaussagen abzunehmen (vgl. act. 9 Rz. 57). Wie erwogen hat die Beklagte ihre Leistung in zeitlicher Hinsicht beschränkt (act. 24 Rz. 44); zudem war die Leistung bereits auf eine Haftzeit von maximal 100 Tagen und auf die maximale Deckungssumme von CHF 960'000.00 beschränkt (vgl. Ziff. 2.1.2.;

vgl. act. 3/3). Schliesslich fällt die Risikoeinschätzung einer Versicherung nicht in den Verantwortungsbereich eines Versicherten (vgl. act. 24 Rz. 44).

3.4.3.2. Zum gleichen Ergebnis führt die objektivierte Auslegung. Insbesondere ist der Beklagten nicht zu folgen, wenn sie meint, ein Hinweis auf Kulanz lasse eher auf einen fehlenden als auf einen vorhandenen Rechtsbindungswillen schliessen (act. 28 Rz. 205). Ist der Hinweis auf den nicht vorhandenen Rechtsbindungswillen nicht klar genug, muss sich ein Erklärender die Auslegung nach Treu und Glauben gefallen lassen. Einschlägig für das Bejahen eines Rechtsbindungswillens ist im Lichte der dargelegten höchstrichterlichen Rechtsprechung vorliegend namentlich, dass die Beklagte ein eigenes Interesse für ihr Handeln hatte (vgl. Ziff. 3.3.2.). Gemäss eigenen Ausführungen der Beklagten lag ihr Interesse, eine Kulanzleistung zu erbringen, darin, als entgegenkommende und angenehme Geschäftspartnerin zu gelten (act. 9 Rz. 47). Die Kulanzleistung sei als eine Art "erste Hilfe" gedacht gewesen (act. 9 Rz. 56 und Rz. 125). Sie habe sich dazu entschieden, weil sich auch Mitbewerber gegenüber ihren Versicherungsnehmern kulant gezeigt und dies entsprechend in den Medien platziert hätten (act. 9 Rz. 20). Sinngemäss hat sie die Leistungszusage demzufolge zu Reputationszwecken gemacht (so auch die Klägerin: act. 24 Rz. 17). Unter Berücksichtigung der weiteren vom Bundesgericht entwickelten Kriterien fällt sodann ins Gewicht, dass es sich vorliegend um eine geschäftliche – und nicht um eine familiäre, gesellschaftliche oder freundschaftliche – Leistung handelt, dass die wirtschaftliche Bedeutung für die Klägerin beachtlich ist und dass diese als Begünstigte aus einer Lage der Unsicherheit an die Beklagte gelangte, mithin ein erkennbares Interesse zeigte, fachmännisch unterstützt zu werden. Insgesamt durfte und musste die Klägerin die E-Mail der Beklagten vom 3. März 2020 nicht anders verstehen, als dass ihr die Beklagte damit eine Deckung für Schäden infolge Corona unter der Epidemiever sicherung für eine befristete Zeitperiode verbindlich zusagte.

3.4.3.3. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beklagte der Klägerin mittels E-Mail vom 3. März 2020 einerseits verbindlich zusicherte, das Coronavirus unter die von den AVB umfassten Infektionskrankheiten zu subsumieren. Andererseits erstellte sie das Formular 'Schadenanzeige Corona Epidemie' in voller Kenntnis

des generellen Charakters der in der Zwischenzeit verordneten Schliessungsanordnungen. Damit hat die Beklagte der Klägerin trotz fehlender Leistungspflicht und unabhängig vom (Nicht-)Bestehen der Voraussetzungen gemäss AVB originär eine bis am 11. März 2020 befristete, verbindliche Zusage für die Anwendbarkeit des bestehenden Versicherungsvertrags auf die finanziellen Folgen der Corona-Krise abgegeben. Dieses Angebot der Beklagten hat die Klägerin durch Einreichen der Schadenanzeige vom 24. März 2020 und der 'Schadenanzeige Corona Epidemie' in der Folge angenommen (act. 24 Rz. 9.1; act. 3/9; act. 3/10).

Damit ist unter den Parteien eine vertragliche Vereinbarung zustande gekommen, die nicht ohne Weiteres widerrufen werden konnte. Einen anderen Grund für die Zulässigkeit ihres Widerrufs als das Fehlen eines verbindlichen Vertrags macht die Beklagte nicht geltend (act. 9 Rz. 23, Rz. 49 und Rz. 62; act. 28 Rz. 49, Rz. 76 ff., Rz. 99 ff., Rz. 209 und Rz. 245). Entsprechend war der Widerruf ungültig; der Vertrag besteht fort.

3.4.4. Aus der streitgegenständlichen E-Mail erhellt überdies, dass die Leistungszusage auf den bereits bestehenden Versicherungsvertrag der Parteien abstellt. Die Formulierungen "wäre somit nicht versichert" und "gilt daher als versichert" bestätigen, dass ein Versicherungsschutz gewährt wird. Dass sich die E-Mail an "Unternehmenskunden mit einer bestehenden Epidemie-Deckung" richtet und eine Subsumierung des Virus unter die AVB ausgedrückt wird, belegt sodann, dass Grundlage für die Berechnung der Leistungen der bestehende Epidemieversicherungsvertrag der Parteien sein muss (vgl. act. 3/7). Gleiches ergibt sich wiederum aus dem Formular 'Schadenanzeige Corona Epidemie', bspw. durch die Abbildung der Policen Nummer (vgl. act. 3/10). Für die Festlegung der Versicherungsleistung sind demzufolge die bestehenden AVB einschlägig.

3.5. Fazit

Die Parteien haben die AVB ihres bestehenden Versicherungsvertrags – trotz nicht bestehender Voraussetzungen für den Versicherungsschutz – verbindlich, indessen befristet bis am 11. März 2020, als für Ertragsausfälle infolge des Coronavirus anwendbar erklärt.

4. Finanzielle Folgen

Nachdem erstellt ist, dass das Coronavirus vereinbarungsgemäss als von der Versicherung umfasste Infektionskrankheit gilt und auf das Erfordernis der individuellen Verfügung verzichtet wurde, und unstrittig ist, dass eine gesetzliche Grundlage für die (allfällig) angeordneten Massnahmen besteht, sind – befristet bis am 11. März 2020 – alle drei Voraussetzungen für den Versicherungsschutz gegeben (vgl. Ziff. 2.1.2. und Ziff. 3.5.). Damit besteht eine befristete Versicherungsdeckung im Umfang der durch die Epidemieversicherung umfassten finanziellen Folgen des Coronavirus gemäss bestehender ABV (vgl. zum Ganzen Ziff. 2.4.). Nachfolgend ist daher die Höhe des gedeckten Schadens zu prüfen.

4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Betreffend den Inhalt des Versicherungsvertrags, insbesondere der AVB, wird ergänzend auf die Ausführungen in Ziffer 2.1.2. verwiesen. Zusätzlich sind insbesondere folgende Artikel der AVB zu beachten (act. 3/4; Fettdruck gemäss Original act. 3/4):

Art. 3: "Versicherte finanzielle Folgen von meldepflichtigen Infektionskrankheiten"

"Auf der Basis von Art. 1 AVB werden folgende finanzielle Folgen von meldepflichtigen Infektionskrankheiten (vgl. Art. 2 AVB) versichert, soweit sie auf **behördlich individuell verfügte** oder vom Ausbildungszentrum für die Schweizer Fleischwirtschaft in Spiez (ABZ) **individuell empfohlene** und von der B'._____ **schriftlich genehmigte** Massnahmen zurückzuführen sind:

- Ausfall von Einkommen infolge teilweiser oder vollständiger Betriebschliessung (vgl. Art. 4 AVB).
- [...]

Diese Aufzählung ist abschliessend."

Art. 4: "Einkommensausfall infolge teilweiser oder vollständiger Betriebsschliessung"

"Als Ausfall gelten die messbaren finanziellen Folgen einer Massnahme gemäss Art. 1 AVB, die im Einzelfall erlassen bzw. genehmigt wird (vgl. Art. 2 AVB) und die zu einer teilweisen oder vollständigen Betriebsschliessung oder Quarantäne führt. Einer Schliessung stellt die B'._____ den Umstand gleich, dass der versicherte Betrieb begründeterweise nicht oder nur teilweise aufrechterhalten werden kann, wegen im einzelnen Fall verfügten Tätigkeitsverboten an Betriebsangehörigen.

Versicherungsschutz besteht – soweit die Voraussetzungen von Art. 1 AVB erfüllt

sind – auch für die finanziellen Folgen:

- Eines individuell behördlich verfügten Verbots von Kundenlieferungen.
- Einer individuell behördlich verfügten Schliessung zudienender oder abnehmender Betriebe in der Schweiz oder in unmittelbar angrenzenden Gebieten (sogenannte Rückwirkungsschäden).
- Eines Verbots von Festanlässen und Absagen von Militäreinquartierungen als unmittelbare Folge der Ausbreitung einer versicherten Krankheit.
- [...]

Für die Bemessung des Ausfalls gilt die Zeitspanne zwischen dem Wirksamwerden der Massnahme (vgl. Art. 1 AVB) und der Wiederaufnahme der vollen Tätigkeit, längstens aber 100 Tage, als zu entschädigende Haftzeit (Verzögerun-

gen der Wiederaufnahme der geschäftlichen Tätigkeit infolge behördlicher Auflagen werden nicht entschädigt).

Für diese Zeit ist der Unterschied festzustellen zwischen dem tatsächlich erwirtschafteten und dem ohne Unterbrechung zu erwartenden Bruttogewinn. Letzterer wird auf der Basis von vergleichbaren Perioden und unter Berücksichtigung seither eingetretener wesentlicher Veränderungen beim versicherten Betrieb ermittelt. Umstände, welche die Entwicklung des Bruttogewinns auch ohne Unterbrechung beeinflusst hätten (z.B. bei Saisonbetrieben oder bei rezessiven Einflüssen), werden bei der Schadensberechnung entsprechend berücksichtigt.
[...]"

Art. 20: "Obliegenheiten im Schadenfall"

"Der Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte hat bei Eintritt eines versicherten Ereignisses:

- [...]"
- Während und nach dem Schadenereignis nach Möglichkeit für die Erhaltung und Rettung der versicherten Sachen und für die Minderung des Schadens zu sorgen und dabei die Anordnungen der B'._____ zu befolgen.
- [...]"

Art. 21: "Schadenermittlung"

"Der Anspruchsberechtigte hat die Höhe des Schadens nachzuweisen [...]."

Unbestritten ist der zeitliche Beginn der Haftzeit am 28. Februar 2020, welchen die Klägerin unter der Voraussetzung behauptet, dass die Haftzeit am 11. März 2020 aufhört (act. 24 Rz. 9.2 i.V.m. Rz. 6.4; act. 28 Rz. 212 ff. i.V.m. Rz. 179). Dass der Versicherungsschutz am 11. März 2020 endet, wurde festgestellt (vgl. Ziff. 3.5). Daraus ergibt sich eine Haftzeit vom 28. Februar bis am 11. März 2020. Diesen Zeitraum umfasst die von der Klägerin definierte dritte "Variante der Forderungssubstantiierung" (vgl. act. 32 Rz. 45), welche für die weitere Anspruchsprüfung massgebend ist. Unstrittig ist sodann, dass als allfällige Anspruchsgrundlage der entgangene Bruttogewinn dient (act. 24 Rz. 6.2.4. und Rz. 9.4; act. 28 Rz. 164; act. 32 Rz. 124).

4.2. Streitpunkte

Die Klägerin begründet ihre Ansprüche im Umfang von insgesamt CHF 57'801.62 für die einschlägige Zeitperiode mit der "Absage von Veranstaltungen aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen", so dem internationalen Country Music Festival, dem Auto-Salon Genf, der Sennenhilbi und den Eishockeyspielen des EVZ (act. 24 Rz. 9.15). Die Leistungspflicht der Beklagten leitet sie daraus ab, dass die Police "eine Deckung für sogenannte Rückwirkungsschäden" enthalte und "die finanziellen Folgen eines Verbots von Festanlässen" versichert seien (act. 24 Rz. 9.3 i.V.m. Rz. 7.1 f.). Massgebend sei, wann eine Veranstaltung abgesagt worden sei, und nicht, wann sie stattgefunden hätte (act. 24 Rz. 9.10). Den geltend gemachten Forderungsbetrag errechnet die Klägerin konkret aus dem entgangenen Bruttogewinn der jeweils abgesagten Veranstaltung (act. 24 Rz. 9.9 und Rz. 9.11 ff.) und erklärt, die Anwendung der in den Art. 4 AVB vorgesehenen Schadensberechnungsmethode führe für den vorliegend kurzen Zeitraum nicht zum effektiven Schaden (act. 24 Rz. 9.9). Daraus, dass die Beklagte rasch Leistungen habe erbringen und sich mit einer vereinfachten Schadenmeldung habe begnügen wollen, lasse sich sodann schliessen, dass der entgangene Bruttogewinn lediglich glaubhaft gemacht werden müsse (act. 24 Rz. 9.5; mit Verweis auf act. 9 Rz. 22 und act.3/7; act. 32 Rz. 61). Die Beklagte bestreitet die Forderungen der Klägerin und führt aus, die Leistungsvoraussetzungen hätten nicht vorgelegen bzw. würden von der Klägerin nicht dargetan. Namentlich habe ein generelles

Veranstaltungsverbot bloss vom 17. März bis zum 5. Juni 2020 vorgelegen, also während der gesamten geltend gemachten Haftzeit nicht (act. 28 Rz. 213 i.V.m. Rz. 183). Sodann sei nicht ersichtlich, weshalb eine andere Berechnungsmethode greifen sollte als die in den AVB vorgesehene (act. 28 Rz. 219 ff.). Auch habe sie die Klägerin nicht von ihren Substantiierungspflichten befreit, ansonsten die Versicherungsnehmer jeweils beliebig hohe Schadensummen von ihr hätten einfordern und durchsetzen können, ohne diese Schäden auch nur annähernd belegen zu müssen (act. 28 Rz. 216).

4.3. Rechtliches

Betreffend die Auslegung von Willenserklärungen wird auf die Ausführungen in Ziffer 2.3.2. verwiesen.

4.4. Subsumption

Die Klägerin unterlässt es, ihre Ansprüche so zu behaupten, wie es die AVB verpflichtend vorsehen: Wie die Klägerin selber sowohl in ihrer Klageschrift als auch in der Replik und Widerklageantwort und in der Widerklageduplik in Übereinstimmung mit der Beklagten und mit Art. 4 AVB ausführt, ist für die Ermittlung der finanziellen Folgen einer Massnahme der Unterschied zwischen dem tatsächlich erwirtschafteten und dem ohne Unterbrechung zu erwartenden Bruttogewinn festzustellen. Dabei wird Letzterer "auf der Basis von vergleichbaren Perioden und unter Berücksichtigung seither eingetretener wesentlicher Veränderungen beim versicherten Betrieb ermittelt" (act. 1 Rz. 16.1; act. 24 Rz. 6.2; act. 28 Rz. 170; act. 32 Rz. 99; Art. 4 AVB in act. 3/4). Dennoch weicht die Klägerin für die Substantiierung ihrer Ansprüche im Zusammenhang mit der vorliegend einschlägigen dritten Variante von dieser Berechnungsmethode ab (vgl. Ziff. 4.1.). Statt abstrakt auf der Basis von Vergleichsperioden weist sie ihren entgangenen Bruttogewinn konkret in Bezug auf die tatsächlich abgesagten Veranstaltungen aus (vgl. act. 24 Rz. 9.9 und Rz. 9.11 ff.). Ihr Vorgehen begründet sie damit, dass unter Anwendung von Art. 4 AVB eine rasche und kulante Auszahlung nicht möglich wäre. Auch würde, da die Haftzeit lediglich 13 Tage betrage, nicht der effektive Schaden, sondern ein rein zufälliger ersetzt, was nicht sein dürfe (act. 24 Rz. 9.6 und

Rz. 9.8 f., mit Verweis auf act. 3/10; act. 32 Rz. 151). Sinn und Zweck der Gegenüberstellung von Perioden für die Ermittlung des Bruttogewinns sei es, dass bspw. saisonale Unterschiede Berücksichtigung fänden. Dies sei dann sinnvoll und führe zu aussagekräftigen Resultaten, wenn es sich um eine längere Haftzeit von z.B. 100 Tagen handle (act. 24 Rz. 9.6 f.). Die Beklagte wendet zutreffend ein, dass sich aus dem auf dem Schadenformular verwendeten Wort 'effektiv' keine Unanwendbarkeit von Art. 4 AVB ergebe, da besagter Artikel gerade darauf abziele, näherungsweise die effektiven Gewinneinbussen auszumachen, um effektive Schäden abgelten zu können (act. 28 Rz. 220). Insbesondere mit Blick auf den Wortlaut des Art. 4 AVB durfte und musste die Klägerin die Berechnungsmethode nicht anders verstehen, als dass sie Vergleichsperioden hätte aufzeigen müssen. Dies gilt namentlich in Anbetracht dessen, dass der Versicherungsschutz "längstens" eine Haftzeit von 100 Tagen umfasst (vgl. Art. 4 AVB in act. 3/4). Daraus folgt, dass die offensichtlich mitbedachten kürzeren Haftzeiten ohne ausdrücklich anderslautende Bestimmung nicht anders berechnet werden dürfen. Entsprechend hätte die Klägerin ihre Schadensberechnung mangels anderer Indizien gemäss Art. 4 AVB vornehmen müssen (act. 28 Rz. 220).

Da die Klägerin ihre Ansprüche aus der dritten Variante nicht nach der Berechnungsmethode gemäss Art. 4 AVB aufgezeigt hat, vermag sie den entsprechenden Schaden nicht nachzuweisen.

Anzumerken ist im Übrigen, dass es freilich nicht Aufgabe des Gerichts sein kann, die Ausführungen der Klägerin in Bezug auf die erste und die zweite Variante, für deren Berechnung sie noch auf Vergleichsperioden abgestellt hatte, auf den angepassten Zeitraum der dritten Variante umzurechnen, zumal den verschiedenen Perioden je andere gesetzliche Verbotssituationen zugrunde liegen und die Umsatzzahlen daher nicht anteilmässig herangezogen werden könnten, sondern – unter Zuhilfenahme der Beilagen – vollständig neu berechnet werden müssten. Ein solches Vorgehen würde sowohl die Verhandlungsmaxime als auch das rechtliche Gehör der Beklagten verletzen.

4.5. Fazit

Mangels Darlegung des Schadens gemäss der in Art. 4 AVB zwingend vorgesehenen Berechnungsmethode mit Vergleichsperioden gelingt es der Klägerin von vornherein nicht, ihre Ansprüche für die einschlägige Zeitperiode vom 28. Februar bis am 11. März 2020 zu beweisen. Entsprechend kann auf die Prüfung ihrer weiteren Behauptungen in Bezug auf die geltend gemachten Forderungen und das anwendbare Beweismass ohne Weiteres verzichtet werden. Ebenso kann offen gelassen werden, ob die Forderungen verjährt gewesen wären (vgl. act. 28 Rz. 27 f.).

Demgemäss ist die Klage abzuweisen.

5. Widerklage

Da die Klägerin nicht darzutun vermag, dass ihr aus dem Epidemieverversicherungsvertrag Ansprüche zustehen, ist in Gutheissung der negativen Feststellungswiderklage festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin aus diesem Vertrag nichts schuldet.

6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Vertragsauslegung hat ergeben, dass die Klägerin allfällige Ertragsausfälle infolge des Coronavirus mangels Vorliegen der Voraussetzungen für den Versicherungsschutz gemäss den AVB gestützt auf den Epidemieverversicherungsvertrag nicht einfordern kann. Mittels E-Mailerklärung vom 3. März 2020 verzichtete die Beklagte indessen de facto für eine befristete Zeitdauer auf die beiden nicht gegebenen Voraussetzungen für den Versicherungsschutz. Indem die Klägerin dieses originäre Angebot in der Folge annahm, waren die AVB des zwischen den Parteien bestehenden Versicherungsvertrags für die finanziellen Folgen des Coronavirus dennoch bindend anwendbar. Da die Klägerin ihre eingeklagten Ansprüche jedoch nicht anhand der gemäss Art. 4 AVB zwingend vorgesehenen Berechnungsmethode substantiiert hat, gelingt es ihr vorliegend nicht, ihre Forde-

rungen zu beweisen. Damit ist die Teilklage abzuweisen und die Widerklage demgegenüber vollumfänglich gutzuheissen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Streitwert

Für die Bestimmung von Gerichtskosten und Parteientschädigung ist der Streitwert massgebend (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Dabei sind der Streitwert der Klage und derjenige der Widerklage zusammenzurechnen, soweit sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Vorliegend schliesst die negative Feststellungswiderklage über den Gesamtbetrag die Teilklage aus. Entsprechend ist der höhere Streitwert der Widerklage massgebend (Art. 94 Abs. 1 ZPO). Dieser beläuft sich wie bereits festgestellt auf CHF 960'000.00 (vgl. Ziff. 1.1.2.2.).

7.2. Gerichtskosten

7.2.1. Höhe

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist sie auf CHF 30'000.00 festzulegen.

7.2.2. Verteilung

Im Grundsatz erfolgt die Verteilung der Gerichtskosten nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Ausnahmsweise können indes unabhängig vom Ausgang des Verfahrens einer Partei, die vorbehaltlos ohne Vergleichswillen an einer Vergleichsverhandlung teilgenommen hat, diejenigen Gerichtskosten auferlegt werden, die dadurch unnötig angefallen sind. Diese Ersatzpflicht gründet nicht in der Ablehnung eines Vergleichsvorschlags, sondern einerseits im Handeln gegen Treu und Glauben und andererseits im Grundsatz, wonach der Verursacher unnötiger Kosten diese selbst zu tragen hat (SCHMID, Vergleichsverhandlungen vor dem Zürcher Handelsgericht, in: Brunner/Nobel,

Handelsgericht Zürich 1866-2016, Zürich 2016, S. 245 f.; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (fortan 'ZR') 91/1992, Nr. 5; ZR 109/2010, Nr. 35).

Die Klägerin beantragt, die im Zusammenhang mit der Vergleichsverhandlung vom 22. November 2021 entstandenen Kosten seien der Beklagten aufzuerlegen, da diese ohne jegliche Vergleichsbereitschaft an der Verhandlung erschienen sei (act. 24 S. 3 und Rz. 87.2). Die Beklagte erklärt, dass ihr die diesbezügliche handelsgerichtliche Praxis bekannt sei, bestreitet jedoch, von vornherein nicht gewillt gewesen zu sein, einen Vergleich abzuschliessen (act. 28 Rz. 253). Anlässlich der Vergleichsverhandlung erklärte der Rechtsvertreter der Beklagten indessen bereits mit seiner ersten Stellungnahme, dass die Beklagte im Hinblick auf ihr Verhältnis zu Drittparteien ein Urteil wünsche. Alsdann bestätigte er auf entsprechende Nachfrage der Instruktionsrichterin, dass seitens der Beklagten keinerlei Vergleichsbereitschaft bestehe (Prot. S. 9). Damit war die Durchführung einer Vergleichsverhandlung von Anfang an unnütz. Indem die Beklagte ihren fehlenden Willen zum Abschluss eines Vergleichs nicht vor der Vergleichsverhandlung mitteilte, um die Durchführung einer solchen zu verhindern, hat sie den Parteien und dem Gericht unnötige Kosten verursacht. Folglich sind der Beklagten die Kosten der Vergleichsverhandlung aufzuerlegen. Im Übrigen unterliegt die Klägerin vollumfänglich sowohl bezüglich der Hauptklage als auch bezüglich der Widerklage. Das Nichteintreten auf die Wider-Widerklage fällt nicht ins Gewicht. Insgesamt rechtfertigt es sich, der Klägerin neun Zehntel, mithin CHF 27'000.00, und der Beklagten einen Zehntel, mithin CHF 3'000.00, der Gerichtskosten aufzuerlegen.

Die Gerichtskosten sind aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen zu decken, unabhängig davon, wer sie geleistet hat (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Für die der Klägerin auferlegten Kosten ist der Beklagten das Rückgriffsrecht auf die Klägerin in der Höhe von CHF 22'500.00 einzuräumen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

7.3. Parteientschädigungen

7.3.1. Höhe

Die ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung eines Schriftsatzes und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr beträgt CHF 30'800.00. Für die weiteren Rechtschriften und Eingaben rechtfertigt sich ein Zuschlag von insgesamt 40 %, für die Vergleichsverhandlung ein solcher von 15 %.

7.3.2. Verteilung

Auch die Zusprechung der Parteientschädigung richtet sich im Grundsatz nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Wie dargelegt, unterliegt die Klägerin vollumfänglich (vgl. Ziff. 7.2.2.). Indessen hat die Beklagte die im Zusammenhang mit der Vergleichsverhandlung vom 22. November 2021 angefallenen Aufwände unnötig verursacht, da sie vorbehaltlos ohne Vergleichswillen an der Vergleichsverhandlung teilgenommen hat. Entsprechend wird sie dafür im Umfang von 15 % der Grundgebühr entschädigungspflichtig (SCHMID, a.a.O., S. 245; ZR 91/1992, Nr. 5; ZR 109/2010, Nr. 35). Damit ist der Beklagten insgesamt eine auf CHF 38'500.00 reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen.

Die Beklagte hat die Zusprechung der Mehrwertsteuer beantragt (act. 1 S. 2), jedoch nicht nachgewiesen, dass sie die auf das Anwaltshonorar bezahlte Mehrwertsteuer nicht als Vorsteuerabzug geltend machen kann, weshalb ihr der beantragte Mehrwertsteuerzusatz nicht zuzusprechen ist (Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

7.4. Rechtsmittelstreitwert

Der Rechtsmittelstreitwert berechnet sich nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG). Bei Beschwerden bestimmt er sich nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind (Art. 51 Abs. 1 lit. a

BGG), wobei Zinsen, Früchte, Gerichtskosten und Parteientschädigungen, die als Nebenrechte geltend gemacht werden, sowie Vorbehalte und die Kosten der Urteilsveröffentlichung nicht in Betracht fallen (Art. 51 Abs. 3 BGG). Haupt- und Widerklage werden nicht zusammengerechnet (Art. 53 Abs. 1 BGG).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf die Wider-Widerklage wird nicht eingetreten.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen mit nachfolgendem Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt:

1. Die Hauptklage wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. In Gutheissung der Widerklage wird festgestellt, dass die Beklagte und Widerklägerin der Klägerin und Widerbeklagten aus der Epidemievericherung, Versicherungspolice-Nr. ..., nichts schuldet.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 30'000.00.
4. Der Klägerin und Widerbeklagten werden die Kosten im Umfang von neun Zehnteln, der Beklagten und Widerklägerin im Umfang von einem Zehntel auferlegt und aus den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen gedeckt, unabhängig davon, wer sie geleistet hat. Der Beklagten wird im Umfang von CHF 22'500.00 das Rückgriffsrecht auf die Klägerin eingeräumt.
5. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 38'500.00 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

7. 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 der Hauptklage beträgt CHF 35'000.00. Der Streitwert der Widerklage beträgt CHF 960'000.00.

Zürich, 2. März 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Susanne Roesler