



Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Vizepräsident, Oberrichterin Nicole Klausner, die Handelsrichter Patrik Howald und Hans-Rudolf Müller, Handelsrichterin Dr. Esther Nägeli sowie der Gerichtsschreiber Alain Rutschmann

## Urteil vom 13. März 2025

in Sachen

**A1.\_\_\_\_\_ Group AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin M.A. HSG in Law and Economics X2.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zur Bezahlung folgender Beträge (total CHF 1'613'818) an die Klägerin zu verpflichten:
- a) CHF 19'327 + 948'757 - CHF 1'000 = **CHF 967'084** (Hotel C.\_\_\_\_)
  - b) CHF 4'465 + 9'270 + 274'670 = **CHF 288'405** (Hotel D.\_\_\_\_) und
  - c) CHF 25'000 + 12'605 + 320'724 = **CHF 358'329** (Hotel E.\_\_\_\_),
- zzgl. Zins von 5 % p.A. seit 27. Januar 2021, unter Vorbehalt der Nachklage.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Sachverhalt und Verfahren**

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche den Erwerb, die Verwaltung und die Veräusserung von Beteiligungen an Unternehmen bezweckt (act. 3/6).

Die Beklagte ist ebenfalls eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie bezweckt den Betrieb aller Arten von Versicherungs- und Rückversicherungsgeschäften mit Ausnahme der direkten Lebensversicherung (act. 3/14).

b. Hintergrund und Prozessgegenstand

Die A2.\_\_\_\_ SA, welche das Hotel C.\_\_\_\_ in F.\_\_\_\_ betreibt, die A3.\_\_\_\_ AG, welche das Hotel D.\_\_\_\_ in Zürich betreibt, sowie die A4.\_\_\_\_ AG, welche das Hotel E.\_\_\_\_ in Zürich betreibt (nachfolgend: Versicherungsnehmerinnen), schlossen unter dem Namen "A1.\_\_\_\_" mit der Beklagten einen Versicherungsvertrag (act. 3/2-5) für eine Dauer vom 1. Januar 2020 bis 31. Dezember 2022 ab. Nach Ausbruch des Coronavirus SARS-CoV-2 (nachfolgend: COVID-19) im Früh-

jahr 2020 kam es zwischen den Versicherungsnehmerinnen und der Beklagten zu Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Versicherungsdeckung. Mit Erklärung vom 23. November 2022 (act. 3/13) traten die Versicherungsnehmerinnen ihre (potentiellen) Versicherungsansprüche gegenüber der Beklagten aus der streitgegenständlichen Police an die Klägerin ab.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin Versicherungsdeckungsansprüche für Schäden (verdorbene Waren, Wiedereröffnungskosten und Ertragsausfälle) geltend, welche die Versicherungsnehmerinnen infolge der behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit COVID-19 erlitten hätten.

Die Beklagte bestreitet einen Anspruch auf Versicherungsleistungen und vertritt im Wesentlichen den Standpunkt, dass die Voraussetzungen einer Versicherungsdeckung nicht erfüllt seien und der Sachverhalt darüber hinaus unter einen Deckungsausschluss falle.

## B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 14. Dezember 2022 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die vorliegende Klage mit eingangs erwähntem Rechtsbegehren ein (act. 1; act. 3/2-65). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2022 wurde das Doppel der Klage der Beklagten zugestellt und der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 4). Nach fristgerechter Bezahlung des Kostenvorschusses wurde der Beklagten mit Verfügung vom 5. Januar 2023 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 8-9). Diese ging am 6. März 2023 innert Frist ein (act. 11; act. 12/1-16). Mit Verfügung vom 8. März 2023 wurde das Doppel der Klageantwort der Klägerin zugestellt und die Leitung des Prozesses an Oberrichterin Nicole Klausner delegiert (act. 13). Sodann ordnete das Gericht mit Verfügung vom 14. Juli 2023 einen zweiten Schriftenwechsel an und setzte der Klägerin Frist zur Erstattung der Replik an (act. 15). Die Replik ging am 16. Oktober 2023 innert Frist ein (act. 17; act. 18/1-16). Daraufhin wurde der Beklagten mit Verfügung vom 24. Oktober 2023 Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (act. 19). Am 11. Januar 2024 ging die Duplik fristgerecht ein (act. 21; act. 22/17-21). Diese wurde der Klägerin mit Verfügung vom 12. Januar 2024 unter Hinweis auf den Aktenschluss zugestellt (act. 23).

Mit Eingabe vom 12. Februar 2024 reichte die Klägerin unter Geltendmachung ihres Replikrechts eine Stellungnahme zu den Dupliknoten ein (act. 25). Die Beklagte nahm dazu mit Eingabe vom 26. Februar 2024 Stellung (act. 27). Hierzu liess sich die Klägerin nicht vernehmen. Mit Schreiben vom 28. August 2024 reichte die Klägerin eine Noveneingabe ein (act. 29; act. 30/1-3). Dazu nahm die Beklagte mit Eingabe vom 5. September 2024 Stellung, worin sie gleichzeitig ihren Verzicht auf eine Hauptverhandlung erklärte (act. 32). Mit Eingabe vom 20. September 2024 gab die Klägerin bekannt, ihrerseits nicht auf eine Hauptverhandlung verzichten zu wollen (act. 34). In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 3. März 2025 vorgeladen (act. 36). Anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten die Parteien ihre Parteivorträge (Prot. S. 17 f.; act. 38). Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Formelles

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist unbestritten und gegeben (act. 3/3 Art. 10.1; Art. 17 ZPO, Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH).

### 2. Sachverhalt und Streitpunkte

#### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

2.1.1. Vor Abschluss der streitgegenständlichen, als "G.\_\_\_\_\_ *Sachversicherung All Risks*" bezeichneten Police (act. 3/2-5; nachfolgend: G.\_\_\_\_\_ -Police) mit Wirkung per 1. Januar 2020 waren das von der A3.\_\_\_\_\_ AG betriebene Hotel D.\_\_\_\_\_ sowie das von der A2.\_\_\_\_\_ SA betriebene Hotel C.\_\_\_\_\_ bereits bei der Beklagten versichert, und zwar unter zwei separaten, jeweils als "H.\_\_\_\_\_ *Sachversicherung All Risk*" bezeichneten Policen (act. 3/16-17; nachfolgend: H.\_\_\_\_\_ -Policen) mit einer (ursprünglich) vereinbarten Laufzeit vom 1. Januar 2019 bis 31. Dezember 2021. Mit E-Mail vom 12. November 2019 (act. 18/1) ersuchten die Versicherungsnehmerinnen, vertreten durch die I.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Brokerin) bzw. deren Angestellter J.\_\_\_\_\_, um Zustellung einer Offerte für eine neue Po-

lice, welche die H.\_\_\_\_\_-Policen ersetzt und zusätzlich das von der A4.\_\_\_\_\_-AG betriebene Hotel E.\_\_\_\_\_- einschliesst. Daraufhin stellte die Beklagte mit E-Mail vom 18. November 2019 (act. 12/6) eine erste Offerte (act. 12/7) inklusive Fact Sheet (act. 18/3) und mit E-Mail vom 20. November 2019 zwei weitere Offerten (act. 3/20-21) zu. Im Gegensatz zu den H.\_\_\_\_\_-Policen enthielten die Offerten unter dem Titel "*Nicht versicherte Ereignisse für Warenverderb und Ertragsausfall inkl. Mehrkosten*" jeweils die folgende Klausel (act. 3/20-21 S. 16; act. 12/7 S. 16; nachfolgend: Ausschlussklausel):

*"Nicht versichert sind Schäden [...] infolge von Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten, [...]"*

Die Brokerin stellte der Beklagten mit E-Mail vom 27. November 2019 (act. 22/20) eine von den Versicherungsnehmerinnen unterzeichnete Offerte – jene mit einer Jahresprämie in Höhe von CHF 129'906.70 und einem Selbstbehalt über jeweils CHF 1'000.– (act. 3/20) – zu und brachte gleichzeitig für den Einschluss des Hotels E.\_\_\_\_\_- einen Vorbehalt an. Nachdem die Brokerin mit E-Mail vom 12. Dezember 2019 (act. 22/21) die Freigabe für das Hotel E.\_\_\_\_\_- erteilt hatte, stellte die Beklagte am 19. Februar 2020 die G.\_\_\_\_\_-Police (act. 3/2-5) mit einer Laufzeit vom 1. Januar 2020 bis 31. Dezember 2022 aus. Diese hat die H.\_\_\_\_\_-Policen (act. 3/16-17) ersetzt und schloss neu auch das von der A4.\_\_\_\_\_-AG betriebene Hotel E.\_\_\_\_\_- ein. Bestandteil der G.\_\_\_\_\_-Police sind die "*Allgemeinen Versicherungsbedingungen*" (act. 3/3), die "*Zusatzbedingungen*" (act. 3/4; nachfolgend: ZB) sowie die "*Besonderen Bedingungen*" (act. 3/5). Die ZB enthalten in einem eigenen Abschnitt Bestimmungen zur "*Epidemie*" (act. 3/4 S. 15 ff.; nachfolgend: ZB Epidemie; act. 1 Rz. 6 ff., 19 ff., 38, 126; act. 11 Rz. 14 ff., 26 ff., 49, 63, 67, 94, 103 ff., 112, 118, 173, 188; act. 17 Rz. 5 ff., 55, 77 ff., 93, 152, 226; act. 21 Rz. 7, 11, 13 ff., 49, 77 f., 120 ff.; act. 25 Rz. 28).

2.1.2. Zu Beginn wird in den ZB Epidemie unter den Titeln "*Warenverderb*" und "*Versicherte Ereignisse*" unter anderem folgendes ausgeführt (act. 3/4 S. 15):

*"Versichert ist der Verderb von Waren*

- *durch eine ansteckende Krankheit oder durch den Ausbruch einer Epidemie, sofern aufgrund gesetzlicher Bestimmungen eine behördliche Anordnung oder Empfehlung zur Verhinderung der Verbreitung von übertragbaren Krankheiten erfolgt.*
- *[...]."*

In der Folge steht unter der Überschrift *"Ertragsausfall inkl. Mehrkosten"* (act. 3/4 S. 16):

*"Versichert ist der Ertragsausfall am versicherten Standort*

- *durch den Ausbruch einer ansteckenden Krankheit oder Epidemie, sofern eine behördlich angeordnete Schliessung des versicherten Betriebes oder Tätigkeitsverbot einzelner Personen erfolgt,*
- *durch eine behördlich angeordnete Schliessung des versicherten Betriebes zur Verhinderung der Ausbreitung übertragbarer Krankheiten,*
- *[...]."*

Im Anschluss findet sich – wie in den Offerten – unter dem Titel *"Nicht versicherte Ereignisse für Warenverderb und Ertragsausfall inkl. Mehrkosten"* unter anderem die vorstehend zitierte Ausschlussklausel (act. 3/4 S. 16).

2.1.3. Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) vermeldete am 25. Februar 2020 den ersten bestätigten Fall einer an COVID-19 erkrankten Person in der Schweiz. Am 11. März 2020 charakterisierte die Weltgesundheitsorganisation (WHO) COVID-19 als Pandemie, ohne dabei auf eine Pandemiestufe Bezug zu nehmen. Mit Wirkung ab 13. März 2020 trat die COVID-19 Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) in Kraft, welche in der Folge mehrfach angepasst wurde. So ordnete der Bundesrat per 17. März 2020 etwa die Schliessung von für das Publikum öffentlich zugänglichen Einrichtungen wie Restaurations- und Barbetrieben, ausgenommen Restaurationsbetriebe für Hotelgäste, an (Art. 6 Abs. 2 lit. b und c sowie Abs. 3 lit. b COVID-19-Verordnung 2; Änderung vom 16. März 2020). Ab dem 11. Mai 2020 durften Restaurations- und Barbetriebe für das Publikum unter einschränkenden Auflagen wieder öffnen (Art. 6 Abs. 3 lit. b<sup>bis</sup> COVID-19-Ver-

ordnung 2, Änderung vom 8. Mai 2020). Während auf Bundesebene nie eine Pflicht zur Schliessung von Hotelbetrieben bestand, durften im Kanton Tessin gestützt auf die Beschlüsse des Staatsrates vom 20. März 2020 (Nr. 1570), 27. März 2020 (Nr. 1649), 2. April 2020 (Nr. 1712), 6. April 2020 (Nr. 1722), 15. April 2020 (Nr. 1827) und 21. April 2020 (Nr. 1918) Hotels, die über eine Bewilligung für die Bewirtschaftung von mehr als 50 Personen verfügen, im Zeitraum vom 23. März 2020 bis 3. Mai 2020 nur zur Unterbringung von Personal im Zusammenhang mit gewissen (genehmigten) Tätigkeiten oder für das Notfallmanagement weiter betrieben werden (act. 1 Rz. 38 ff., 141; act. 3/22-30; act. 3/63; act. 11 Rz. 6 ff., 55, 118 ff., 197; act. 17 Rz. 48 ff., 61, 67, 72 ff., 112 ff., 169 ff.; act. 18/8-11; act. 21 Rz. 25 f., 114 ff., 128 ff.).

2.1.4. Mit E-Mail vom 17. April 2020 (act. 3/53) teilte die Brokerin der Beklagten mit, dass aus Sicht der Versicherungsnehmerinnen ein versichertes Schadensereignis eingetreten sei. Gleichentags bestritt die Beklagte das Vorliegen eines Versicherungsfalls und lehnte die Deckung vollständig ab. In der Folge führten die Versicherungsnehmerinnen und die Beklagte Vergleichsgespräche, die erfolglos blieben. Mit Erklärung vom 23. November 2022 (act. 3/13) haben die Versicherungsnehmerinnen die streitgegenständlichen Versicherungsdeckungsansprüche an die Klägerin abgetreten (act. 1 Rz. 15, 105 ff., 113; act. 3/52-57; act. 11 Rz. 86, 99, 174 f., 179).

## 2.2. Parteistandpunkte

2.2.1. Die Klägerin macht geltend, dass aufgrund der behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit COVID-19 das Hotel C.\_\_\_\_\_ von der geplanten Saisoneroöffnung vom 3. April 2020 bis zum 3. Mai 2020 gesamthaft sowie die Hotels E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in Bezug auf den Restaurationsbetrieb vom 17. März 2020 bis und mit 10. Mai 2020 hätten schliessen müssen. Damit sei das versicherte Ereignis eingetreten und die Versicherungsdeckung für verdorbene Waren, Wiedereröffnungskosten und Ertragsausfälle ausgelöst worden. Per 15. Mai 2020 habe das Hotel C.\_\_\_\_\_ wiederöffnen können. Die Hotels E.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, denen die Aufrechterhaltung eines eingeschränkten Hotelbetriebs theoretisch erlaubt gewesen wäre, hätten zwecks Vermeidung eines grösseren Schadens vom 17. März

2020 bis und mit 10. Mai 2020 gänzlich schliessen müssen. Dennoch beschränke sie sich bei diesen beiden Hotels einstweilen auf die Geltendmachung der Ausfälle in der Restauration. Konkret fordert die Klägerin CHF 29'465.– für Waren, welche die Versicherungsnehmerinnen bereits beschafft, aber aufgrund der notwendig gewordenen Betriebsschliessungen hätten entsorgt werden müssen, sowie CHF 41'203.– für die im Zusammenhang mit der Wiedereröffnung der Hotels entstandenen Kosten (insbesondere für den Kauf von Desinfektionsmitteln, Masken und Hygienehandschuhen). Zudem habe ihr die Beklagte den Ertragsausfall während der maximalen Haftzeit von 90 Tagen ab Eintritt des versicherten Ereignisses, d.h. vom 3. April 2020 bis 2. Juli 2020 (Hotel C.\_\_\_\_\_) bzw. 17. März 2020 bis 15. Juni 2020 (Hotels D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_), zu ersetzen. Der Ertragsausfall beaufe sich unter Berücksichtigung der eingesparten (variablen) Kosten, der erhaltenen Kurzarbeitsentschädigung und der reduzierten ...-Gebühr auf total CHF 1'544'151.–. Abzüglich des vereinbarten Selbstbehalts in Höhe von CHF 1'000.– schulde ihr die Beklagte daher den vorliegend eingeklagten Betrag von CHF 1'613'818.– (act. 1 Rz. 3, 32 ff., 49 ff., 56 ff., 110 ff.; act. 17 Rz. 48 ff., 57 ff., 95 ff., 110 ff., 141 ff., 166 ff., 273 ff.).

2.2.2. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die besondere Vorgeschichte der G.\_\_\_\_\_-Police den Kern der vorliegenden Streitigkeit bilde. Sowohl die Fragen der Deckungserwartung, des Konsenses und der Auslegung der relevanten Bestimmungen werde dadurch massgeblich determiniert. Die Ausschlussklausel greife bei den geltend gemachten Versicherungsansprüchen aus mehreren Gründen nicht. In erster Linie entspreche die Klausel nicht dem Willen der Versicherungsnehmerinnen und der Beklagten bei Vertragsschluss, hätte sich doch durch das Zusammenlegen der H.\_\_\_\_\_-Policen nichts an der bisherigen Versicherungs- bzw. Epidemiedeckung ändern sollen. Diese individuelle, von einem tatsächlichen Konsens getragene Vereinbarung gehe den ZB Epidemie vor. Zudem fehle es auch an einem normativen Konsens über die in den global übernommenen ZB enthaltene Ausschlussklausel. Diese sei objektiv und subjektiv ungewöhnlich, führe zur Aushöhlung des Versicherungsschutzes und widerspreche den berechtigten Deckungserwartungen der Versicherungsnehmerinnen. Im Übrigen sei die Ausschlussklausel aufgrund der in Art. 33 VVG normierten Unklarheitsregel ungültig sowie – unter Ver-

weis auf ein Gutachten von Prof. Walter Fellmann vom 23. April 2020 (act. 3/64) – unsinnig und sittenwidrig. Da für den COVID-19 Krankheitserreger nie die Geltung der Pandemiestufen 5 oder 6 angeordnet worden sei, käme die Ausschlussklausel selbst dann nicht zur Anwendung, wenn sie gültig vereinbart worden wäre. Die Verhältnisse lägen anders als bei den vom Bundesgericht (Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022) sowie Handelsgericht Zürich (Urteil des HGer ZH HG200126-O vom 13. Juni 2022) bereits beurteilten Fällen (act. 1 Rz. 4, 119 ff., 129 ff., 141 ff.; 150 ff., 155 ff., 166 ff.; act. 17 Rz. 5 ff., 14 ff., 28 ff., 67, 77 ff., 103 ff., 120 ff., 200 ff., 218 ff., 225 ff., 233 ff., 260 ff.).

2.2.3. Die Beklagte bestreitet den Anspruch der Klägerin auf Versicherungsleistungen. Sie wendet im Wesentlichen ein, dass es bereits am Eintritt eines versicherten Ereignisses fehle. Die G.\_\_\_\_-Police biete nicht Schutz bzw. Deckung vor den Folgen einer Krankheit oder Epidemie (und schon gar nicht einer Pandemie) als solcher, sondern nur vor einer genau definierten Form, nämlich einer "*behördlich angeordneten Schliessung*". In casu hätten die versicherten (Hotel-)Betriebe nicht behördlich geschlossen werden müssen im Sinne der ZB Epidemie. Wenn sich die Versicherungsnehmerinnen aus ökonomischen Gründen selbst zur Schliessung der Restaurationsbetriebe der Hotels D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ entschliessen, sei dies nicht versichert. Im Übrigen seien die Schliessungen aufgrund der COVID-19 bedingten Situation, d.h. einer Gefahr, welche ausserhalb und losgelöst von den versicherten Betrieben bestanden habe, erfolgt, und nicht, weil sich der COVID-19 Krankheitserreger in den versicherten Betrieben in irgendeiner Form manifestiert hätte. Eine solche Betriebsschliessung sei nicht versichert, selbst wenn sie behördlich verfügt worden wäre. Zudem bestünde Anspruch auf Deckung nur während der Dauer des versicherten Ereignisses. Mithin entfalle die Basis für Deckungsansprüche, sobald die behördliche Anordnung zur Schliessung aufgehoben worden sei. Indem die WHO COVID-19 zur Pandemie erklärt habe, greife ohnehin die gültig vereinbarte Ausschlussklausel. Diese Klausel entspreche dem tatsächlichen, allenfalls dem normativen Konsens der Parteien. Im Übrigen sei der geltend gemachte Schaden der Klägerin nicht hinreichend substantiiert und belegt (act. 11 Rz. 9 ff., 34 ff., 52 ff., 63 ff., 84 ff., 92, 113 ff., 120 ff., 182 ff., 190 ff., 235 ff.; act. 21 Rz. 4 ff., 25 ff., 61 ff., 93 ff., 114 ff., 125 ff., 153 ff., 196 ff., 209 ff.).

### 2.3. Wissenszurechnung

Die Versicherungsnehmerinnen liessen sich bei den Verhandlungen und beim Abschluss der G.\_\_\_\_\_-Police stets durch die Brokerin und diese sich wiederum durch ihren Angestellten J.\_\_\_\_\_\_ vertreten. Sie hatten keinen direkten Kontakt zur Beklagten. Als ungebundene Versicherungsvermittler/-innen im Sinne von Art. 40 Abs. 2 VAG verfügen die Brokerin und J.\_\_\_\_\_\_ unbestrittenermassen über umfangreiches Fachwissen, Branchenkenntnisse und langjährige Geschäftserfahrung im Versicherungsbereich (act. 1 Rz. 23 f., 31; act. 11 Rz. 14 ff., 46 ff., 65 ff., 81, 238; act. 12/3-4; act. 17 Rz. 77 ff., 105, 200, 229, 237). Aufgrund des Vertretungsverhältnisses ist den Versicherungsnehmerinnen und somit auch der Klägerin als Zessionarin der streitgegenständlichen Forderungen das Wissen und die Erfahrung der Brokerin sowie von J.\_\_\_\_\_\_ anzurechnen (vgl. Urteil des BGer 5C.61/2005 vom 30. September 2005 E. 3.4.; Urteil des HGer ZH, ZR 121/2022 vom 13. Juni 2022 E. 2.2.4.1.). Darauf wird zurückzukommen sein.

### 2.4. Prüffolge

Sollte die Ausschlussklausel bei den vorliegend geltend gemachten Versicherungsansprüchen Wirkung entfalten, würde sich die Prüfung der grundsätzlichen Leistungspflicht der Beklagten und der hinreichenden Substantiierung bzw. des Nachweises eines Schadens erübrigen. Folglich ist zunächst zu klären, ob die Versicherungsnehmerinnen und die Beklagte die Ausschlussklausel zum Vertragsinhalt erhoben haben. Ist dies der Fall, wird die Ausschlussklausel auszulegen und zu prüfen sein, ob sie bei den streitgegenständlichen Ansprüchen zur Anwendung gelangt.

## 3. Ausschlussklausel

### 3.1. Vorbemerkungen

3.1.1. Vorab ist zu betonen, dass die ZB Epidemie samt Ausschlussklausel (act. 3/4 S. 15 ff.) in allen drei Offerten, welche die Beklagte den Versicherungsnehmerinnen vor Abschluss der G.\_\_\_\_\_-Police zukommen liess, wortwörtlich enthalten waren (vgl. act. 3/20-21 S. 15 ff.; act. 12/7 S. 15 ff.). Bei den ZB Epidemie handelt es sich

materiell um Allgemeine Versicherungsbedingungen (nachfolgend: AVB), zumal sie von der Beklagten im Hinblick auf den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen generell vorformuliert wurden (BGE 148 III 57 E. 2.). Dass die ZB im Gegensatz zu den "*Allgemeinen Versicherungsbedingungen*" (act. 3/3) nicht in einem separaten Dokument stehen bzw. standen, ändert daran nichts (act. 1 Rz. 116, 151; act. 11 Rz. 181, 206 ff.; act. 21 Rz. 49, 77).

3.1.2. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die Versicherungsnehmerinnen und die Beklagte – wie von der Klägerin behauptet – eine Individualabrede getroffen haben, welche dem Einbezug der Ausschlussklausel in den streitgegenständlichen Versicherungsvertrag entgegensteht.

### 3.2. Individualabrede

#### 3.2.1. Parteistandpunkte

3.2.1.1. Die Klägerin bringt vor, dass die Versicherungsnehmerinnen und die Beklagte die H.\_\_\_\_-Policen unter Einschluss des Hotels E.\_\_\_\_ hätten zusammenlegen wollen, ohne dass sich am "Deckungsumfang" bzw. an der "Epidemiedeckung" etwas verändere. Einen anderen Grund für den Abschluss der G.\_\_\_\_-Police habe es nicht gegeben, zumal die H.\_\_\_\_-Policen noch bis Ende 2021 gelaufen wären. Die Brokerin habe gegenüber der Beklagten klargestellt, dass die neue Police den H.\_\_\_\_-Policen bzw. konkret jener des Hotels C.\_\_\_\_ entsprechen soll und die Versicherungsnehmerinnen keine Abweichung bzw. Verschlechterung zur bisherigen Deckung akzeptieren würden. Entweder habe die Beklagte die Ausschlussklausel treuwidrig in die G.\_\_\_\_-Police hineingeschmuggelt oder sie sei sich der Änderung selbst nicht bewusst gewesen, zumal COVID-19 Ende November 2019 (in der Schweiz) noch kein Thema gewesen sei (act. 1 Rz. 21 ff., 29, 119 ff., 152, 169; act. 17 Rz. 5 ff., 55 f., 106, 150 ff., 200 f., 226, 229, 237, 260 f.).

3.2.1.2. Die Beklagte vertritt den Standpunkt, dass es zwischen den Versicherungsnehmerinnen und der Beklagten keine Vereinbarung gebe, welche den ZB Epidemie widerspreche. Aus dem Umstand, dass die Versicherungsnehmerinnen einen

neuen Versicherungsvertrag hätten abschliessen wollen, der die noch laufenden H.\_\_\_\_-Policen ersetzt, könne nicht geschlossen werden, dass sie von der Beklagten erwartet oder gar verlangt hätten, dass die neue Police genau den gleichen Wortlaut bzw. Deckungsumfang enthalten müsse. Die Beklagte habe nie die Bereitschaft geäussert, solch einem Ansinnen nachzukommen. Ihre transparenten Offerten hätten auf dem neuen Sachversicherungsprodukt für KMUs beruht, das sie seit Mai 2019 flächendeckend verwendet und die H.\_\_\_\_-Policen abgelöst habe. Die Unterschiede zu den H.\_\_\_\_-Policen würden weit über den veränderten Wortlaut der ZB Epidemie – die keineswegs den Kern der G.\_\_\_\_-Police bilde – hinausgehen. In gewissen Teilen möge die G.\_\_\_\_-Police für die Versicherungsnehmerinnen vorteilhafter, in anderen strenger sein. Obwohl die Brokerin und der Versicherungsexperte J.\_\_\_\_ gewusst hätten, dass die Offerten auf einem anderen Vertragswortlaut beruhen, hätten sie diese im Namen der Versicherungsnehmerinnen akzeptiert (act. 11 Rz. 14 ff., 27 f., 31 ff., 46 ff., 57 f., 66 f., 72, 81 f., 92, 103 ff., 182 ff., 208, 235 ff.; act. 21 Rz. 7 f., 10 f., 17 ff., 23 f., 31 ff., 59, 63, 76 ff., 82 f., 86, 113, 120 ff., 203).

### 3.2.2. Rechtliches

3.2.2.1. AVB stellen eine Erscheinungsform von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend: AGB) dar, die grundsätzlich derselben Bedingungskontrolle unterliegen, mit Ausnahme der spezialgesetzlichen Regelungen im VVG (vgl. Art. 3 Abs. 2 VVG [Zugänglichkeitsregel], Art. 33 VVG [Konkretisierung Unklarheitsregel]; PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. 2011, S. 15). AVB gelten nur und soweit, als die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben und keine abweichenden individuellen Abreden bestehen (BGE 148 III 57 E. 2.1. und 2.1.2.). Die Beweislast für das Vorliegen solcher Individualabreden trägt derjenige, der daraus Rechte ableitet (FUHRER, in: Grolimund/Loacker/Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl., Basel 2023, N. 28 zu Art. 33 VVG).

3.2.2.2. Streiten sich die Parteien darüber, ob zwischen ihnen ein Konsens besteht bzw. bestand, sind ihre Willenserklärungen auszulegen, wobei die aus Art. 18 OR hergeleiteten Auslegungsmethoden analog anzuwenden sind (BGE 127 III 444

E. 1b; BGE 121 III 6 E. 3c; BGE 115 II 323 E. 2b). Das Gericht hat im Rahmen der Auslegung von Willenserklärungen zunächst den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sogenannter natürlicher Konsens; BGE 143 III 157 E. 1.2.2.; BGE 142 III 239 E. 5.2.1.; BGE 140 III 86 E. 4.1.; BGE 132 III 268 E. 2.3.2.). Lässt sich ein solcher nicht feststellen bzw. beweisen, sind die Erklärungen der Parteien nach Massgabe des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (sogenannter normativer Konsens; BGE 143 III 157 E. 1.2.2.; BGE 142 III 239 E. 5.2.1.; BGE 138 III 659 E. 4.2.1.).

3.2.2.3. In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Gericht, die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.1.). Entsprechend trifft die Parteien die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast. Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4.). Voraussetzung, dass ein Tatsachenvortrag schlüssig ist, sind dessen Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit (BGE 144 III 519 E. 5.; BGE 127 III 365 E. 2b). Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6.).

### 3.2.3. Würdigung

3.2.3.1. Vorliegend mangelt es bereits an schlüssigen Ausführungen der Klägerin zum Inhalt der von ihr geltend gemachten Individualabrede(n) bzw. "individuell vereinbarten Bestimmungen". Sie legt nämlich weder substantiiert dar, was unter dem "Deckungsumfang" bzw. der "Epidemiedeckung" der H.\_\_\_\_-Policen zu verstehen ist, an welchem bzw. welcher die Versicherungsnehmerinnen und die Beklagte hätten festhalten wollen, noch äussert sie sich zu den konkreten Bestimmungen, die ihres Erachtens den ZB Epidemie vorgehen würden (vgl. act. 1 Rz. 29, 119 ff.; act. 17 Rz. 6, 6.7 f., 81, 260). Nichtsdestotrotz ist nachfolgend auf die im Rahmen der Verhandlungen der G.\_\_\_\_-Police entstandene E-Mail Korrespondenz zwi-

schen der Brokerin bzw. J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ (von der Beklagten) einzugehen, woraus die Klägerin auf eine von der Ausschlussklausel abweichende, für die Versicherungsnehmerinnen vorteilhaftere Individualabrede schliessen möchte.

3.2.3.2. Mit E-Mail vom 12. November 2019 (act. 18/1) ersuchte J.\_\_\_\_\_ unter anderem mit folgenden Worten um Zustellung einer Offerte für eine neue Police: *"Das Ziel ist es nun alle Betriebe der A1.\_\_\_\_\_ Gruppe in einer Police zusammen zu fassen. [...]. Basis soll dann der Vertrag No. 15.818.629 (C.\_\_\_\_\_ / A2.\_\_\_\_\_) sein. Folgende Ergänzungen / Abweichungen wären dann bitte zu berücksichtigen: [...]"*. Daraufhin stellte K.\_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 18. November 2019 (act. 12/6) eine erste Offerte (act. 12/7) zu, verbunden mit dem Hinweis, dass diese auf dem neuen Versicherungsprodukt der Beklagten basiere (*"Wie telefonisch besprochen, stelle ich Ihnen gerne die Offerte für die Zusammenlegung der Hotels zu. Wir haben auf unser neues Sachversicherung All-Risks Produkt offeriert"*; vgl. act. 1 Rz. 22 f.; act. 11 Rz. 16 f., 19, 47 f.; act. 17 Rz. 6 ff., 154 ff., 237, 260, 272). Bereits eine oberflächliche Durchsicht dieser 24-seitigen Offerte zeigt, dass diese erheblich von der Systematik und vom Wortlaut der H.\_\_\_\_\_ -Policen abweicht. Anschaulich zeigt sich dies insbesondere auch beim Vergleich der Deckungsausschlüsse in den ZB Epidemie (act. 12/7 S. 16 f.) mit jenen in den H.\_\_\_\_\_ -Policen unter dem Titel *"Epidemieversicherung - Deckungsumfang und Ausschlüsse"* (act. 3/16-17 S. 39, 41).

3.2.3.3. Wie das E-Mail von J.\_\_\_\_\_ vom 19. November 2019 (act. 12/9) – *"[...] Generell sind die Leistungen ok, aber der Kostenblock [...]. Teilweise sind die offerierten Deckungen tiefer als bis anhin. Das müssten wir bitte noch korrigieren. Die Bedingungen sind jetzt natürlich unterschiedlich, da wieder mit AVBs gearbeitet wird und es vorher ein durchgeschriebenes Wording gewesen ist. Vielleicht habe ich dann auch etwas übersehen. [...]"* – zeigt, hat dieser sowohl den veränderten Wortlaut als auch den teilweise geringeren Deckungsumfang der offerierten Versicherungspolice zur Kenntnis genommen. Die klägerische Interpretation, wonach J.\_\_\_\_\_ damit zum Ausdruck gebracht habe, "dass er davon ausging, dass die neu formulierten AVB trotz der abweichenden Formulierung keinen Einfluss auf die Deckungssituation haben sollten, weil die individuell vereinbarten Bestimmungen all-fällige Abweichungen der allgemeinen Bedingungen korrigieren würden" (act. 17

Rz. 6.7), überzeugt nicht. Einerseits führt die Klägerin – wie dargelegt – nicht aus, was unter diesen "individuell vereinbarten Bestimmungen" verstanden werden soll. Andererseits ist deutlich naheliegender, dass sich J.\_\_\_\_\_ durchaus bewusst war, dass die Annahme dieser Offerte für die Versicherungsnehmerinnen zu einer gegenüber den H.\_\_\_\_\_ -Policen veränderten Versicherungsdeckung führt oder zumindest führen könnte, zumal er K.\_\_\_\_\_ (in pauschaler Weise) um Korrektur der (angeblich) tieferen "*Deckungen*" bittet. In der Folge stellte K.\_\_\_\_\_ mit E-Mail vom 20. November 2019 (liegt nicht bei den Akten) J.\_\_\_\_\_ zwei weitere Offerten (act. 3/20-21) zu, welche wiederum die ZB Epidemie samt Ausschlussklausel enthielten. Ansonsten liegen keine Parteibehauptungen zur Reaktion von K.\_\_\_\_\_ bzw. der Beklagten auf die tags zuvor von J.\_\_\_\_\_ beantragte(n) Korrektur(en) des Deckungsumfangs vor. Jedenfalls entgegnete letzterer mit E-Mail vom 22. November 2019 (act. 12/10) "*Das sieht sehr gut aus. Vielen Dank für Ihre Mühe*" und retournierte der Beklagten mit E-Mail vom 27. November 2019 (act. 22/20) eine der beiden zuletzt zugestellten Offerten, unterzeichnet von den Versicherungsnehmerinnen. Mündliche Abreden zwischen den Versicherungsnehmerinnen und der Beklagten über den Deckungsumfang der G.\_\_\_\_\_ -Police machen die Parteien nicht geltend.

3.2.3.4. Weder aus der E-Mail Korrespondenz noch aus anderen Umständen ergibt sich, dass die Versicherungsnehmerinnen und die Beklagte die ZB Epidemie abgeändert bzw. eine von der Ausschlussklausel abweichende Individualabrede getroffen haben. Insbesondere erschliesst sich nicht, dass die Beklagte am Deckungsumfang der H.\_\_\_\_\_ -Policen (ohne Ausschlussklausel) festhalten wollte und/oder ihre Äusserungen von den Versicherungsnehmerinnen entsprechend verstanden werden konnten. Zum einen basieren die Vorbringen der Klägerin, wonach es der Beklagten – nota bene die Verfasserin der ZB Epidemie – am Willen gefehlt habe, die Ausschlussklausel zu vereinbaren, auf reinen Mutmassungen ("Falls sie [die Beklagte] den Ausschluss gar nicht bedachte, entsprach er nicht dem, was die Versicherten tatsächlich vereinbaren wollten"; "Es ist davon auszugehen, dass keine der beiden Parteien in Bezug auf die Epidemiedeckung von den Formulierungen der beiden noch bis Ende 2021 laufenden ... H.\_\_\_\_\_ Policen abweichen wollten"; "Falls sie [die Beklagte] sich, wie die Versicherten, der Änderungen im Deckungs-

ausschluss beim Abschluss der neuen Police gar nicht bewusst war [...]"; act. 1 Rz. 119 f.; act. 17 Rz. 6.8). Zum anderen gab die Beklagte mit ihren Offerten unmissverständlich zu verstehen, dass sie zu den Konditionen ihres neuen Versicherungsprodukts, d.h. inklusive Ausschlussklausel, zum Abschluss einer gemeinsamen Police für alle drei von den Versicherungsnehmerinnen geführten Hotels bereit ist. Wie die Brokerin die Offerten den Versicherungsnehmerinnen – etwa mit E-Mail vom 25. November 2019 samt "*Kurzübersicht - Offerten für die Zusammenlegung der Sach- und Betriebsunterbrechungs-Versicherungen*" (act. 3/19) – präsentiert hat, kann der Beklagten nicht angerechnet werden (vgl. act. 1 Rz. 23 ff., 29; act. 11 Rz. 17, 107; act. 17 Rz. 157; act. 21 Rz. 110).

3.2.3.5. In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die Ausschlussklausel – mittels Global- oder Vollübernahme – zum Vertragsbestandteil der G.\_\_\_\_-Police erhoben wurde. Hierfür trägt die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast (Art. 8 ZGB).

### 3.3. Voll- oder Globalübernahme

#### 3.3.1. Parteistandpunkte

3.3.1.1. Die Klägerin macht in ihrem Eventualstandpunkt eine Globalübernahme der ZB Epidemie und der darin enthaltenen Ausschlussklausel durch die Versicherungsnehmerinnen geltend (act. 1 Rz. 115 ff., 124; act. 17 Rz. 6, 31, 237, 261, 272).

3.3.1.2. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Versicherungsnehmerinnen, vertreten und beraten durch die Brokerin, die vorliegend relevanten Bestimmungen verhandelt und vereinbart hätten. Sie hätten um die Ausschlussklausel gewusst und diese verstanden. Zumindest habe die Beklagte in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Versicherungsnehmerinnen die Offerten mithilfe ihrer Brokerin inhaltlich prüfen. Mithin macht die Beklagte eine Vollübernahme der Ausschlussklausel durch die Versicherungsnehmerinnen geltend (act. 11 Rz. 49, 81, 181 ff., 187, 190, 203, 238; act. 21 Rz. 7, 19, 21, 82 f.).

### 3.3.2. Rechtliches

Werden AVB von der zustimmenden Partei vollständig gelesen, verstanden und akzeptiert, ist von einer Vollübernahme auszugehen und die sogenannte Ungewöhnlichkeitsregel kommt nicht zur Anwendung. Bei der Globalübernahme akzeptiert die zustimmende Partei die Übernahme der AVB hingegen, ohne diese zu lesen, zur Kenntnis zu nehmen oder deren Tragweite zu verstehen. Entsprechend sind von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.; BGE 119 II 443 E. 1a; BGE 109 II 452 E. 4.). Die Beweislast für das Vorliegen einer Vollübernahme von AVB bei Abschluss eines Versicherungsvertrags trägt das Versicherungsunternehmen, was im Ergebnis auf eine widerlegbare Vermutung zugunsten einer Globalübernahme hinausläuft (FUHRER, a.a.O., N. 39 zu Art. 33 VVG).

### 3.3.3. Würdigung

3.3.3.1. Die Parteien sind sich darin einig, dass die Versicherungsnehmerinnen von der Beklagten vor Abschluss der G. \_\_\_\_\_-Police nicht explizit auf die in den Offerten enthaltene Ausschlussklausel hingewiesen wurden (vgl. act. 11 Rz. 216; act. 17 Rz. 6.8, 7.1, 79, 157, 229). Strittig ist, ob die Versicherungsnehmerinnen – vertreten durch die Brokerin bzw. J. \_\_\_\_\_ – die Klausel tatsächlich zur Kenntnis genommen und verstanden haben. Dieser Nachweis gelingt der Beklagten mit den eingereichten E-Mails von J. \_\_\_\_\_ (act. 12/9-10; act. 22/20-21) nicht, zumal er darin nie ausdrücklich auf die Ausschlussklausel Bezug nimmt. Ansonsten offeriert die Beklagte keine Beweise für die tatsächliche Kenntnisnahme der Ausschlussklausel durch die Versicherungsnehmerinnen, weshalb – gestützt auf die vorgenannte Vermutung – von einer Globalübernahme auszugehen wäre. Allerdings durfte die Beklagte in guten Treuen annehmen, dass J. \_\_\_\_\_ die Offerten, welche inklusive der "*Zusatzbedingungen*" und "*Besonderen Bedingungen*" einen überschaubaren Umfang von knapp 25 Seiten aufweisen, vollständig las und er die Ausschlussklausel aufgrund seiner Branchenkenntnisse und Erfahrung im Versicherungswesen inhaltlich verstand. Dies spricht für eine Vollübernahme der Ausschlussklausel (vgl. PROBST, in:

Kramer/Probst/Perrig [Hrsg.], Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., Zürich 2023, S. 68 N. 96).

3.3.3.2. Letztlich kann offenbleiben, ob eine Voll- oder Globalübernahme der Ausschlussklausel durch die Versicherungsnehmerinnen vorlag. Wie nachfolgend dargelegt wird, erweist sich die Ausschlussklausel nämlich weder als objektiv noch subjektiv ungewöhnlich (vgl. E. 3.4.3.). Die Bejahung einer Vollübernahme würde lediglich dazu führen, dass die Ausschlussklausel nicht zuerst auf ihre (objektive und subjektive) Ungewöhnlichkeit hin zu prüfen wäre und direkt zur Auslegung der Klausel geschritten werden könnte.

#### 3.4. Ungewöhnlichkeitsregel

##### 3.4.1. Parteistandpunkte

3.4.1.1. Die Klägerin beruft sich auf die subjektive und objektive Ungewöhnlichkeit der Ausschlussklausel. Die subjektive Ungewöhnlichkeit ergebe sich bereits aus den berechtigten Erwartungen der Versicherungsnehmerinnen, dass die G.\_\_\_\_-Police die gleiche Deckung biete wie die H.\_\_\_\_-Policen. Falls die Beklagte wesentliche Änderungen wie die Ausschlussklausel hätte vereinbaren wollen, wäre sie nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, die Versicherungsnehmerinnen darauf hinzuweisen. Auch für die Brokerin sei aufgrund der Vorgeschichte nicht zu erwarten gewesen, dass die Beklagte den Ausschluss anders formulieren würde. Die Deckungserwartungen der Versicherungsnehmerinnen seien ganz andere als beim BGE 148 III 57 zugrunde liegenden Sachverhalt, zumal es sich vorliegend um eine umfassende Sachversicherung mit einer Jahresprämie in Höhe von CHF 129'000.– (und nicht bloss einigen Hundert Franken) und recht ausführlichen ZB Epidemie handle. Die objektive Ungewöhnlichkeit ergebe sich ferner daraus, dass die WHO die Pandemiestufen bei Abschluss der G.\_\_\_\_-Police schon seit sieben Jahren nicht mehr angewendet habe. Sodann fehle eine Definition oder ein Internetlink zur Erklärung der WHO-Pandemiestufen in der G.\_\_\_\_-Police und werbe die Beklagte im Fact Sheet (act. 18/3) förmlich mit der Deckung im Falle einer Epidemie, schliesse aber de facto mit der Ausschlussklausel jede Deckung wieder aus (act. 1 Rz. 129 ff., 150 ff., 166.2, 168.2 f., 169; act. 17 Rz. 6, 7.1 f., 28

ff., 67, 73, 87 ff., 123 ff., 130, 137, 157, 165, 201, 211, 215, 219 ff., 225 ff., 250, 261 f., 265 ff.).

3.4.1.2. Die Beklagte geht – mit Verweis auf die Urteile des Bundesgerichts (4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022) und des hiesigen Handelsgerichts (HG200126 vom 13. Juni 2022 und HG210044 vom 30. Januar 2023) – von der gültigen Abrede der Ausschlussklausel aus. Die Ausschlussklausel sei weder subjektiv noch objektiv ungewöhnlich. Die von der Klägerin behaupteten Unterschiede zum bundesgerichtlichen Leitentscheid seien entweder nicht existent oder derart marginal, dass keine Basis für eine abweichende Beurteilung bestehe. Die Ausschlussklausel verweise auf die von der WHO verwendete Kategorisierung ("6 Stufen-System"), die auf den "WHO Global Influenza Preparedness Plan 2005" zurückgehe und ohne Weiteres online abrufbar (gewesen) sei. Eine Definition der Pandemiestufen im Vertragstext selbst sei nicht nötig. Im Übrigen lege die Klägerin nicht dar, dass die Versicherungsnehmerinnen von einem anderen Stufenmodell ausgegangen seien bzw. hätten ausgehen können. Mit der Ausschlussklausel sollte eine etwaige Deckung ausgeschlossen werden für den Fall, dass ein Krankheitserreger ein veritables pandemisches Ausmass erreiche (Pandemie-Stufe 6) oder für Schäden, die auf eine Situation zurückzuführen seien, in der das Risiko einer Pandemie immanent sei (Pandemie-Stufe 5). Damit habe die Beklagte ihr finanzielles Risiko im Falle der beiden gravierendsten Varianten von virenbedingten Krankheitsausbrüchen grösstmöglich eindämmen wollen. Pandemien seien in der Vergangenheit zwar immer wieder vorgekommen, würden aber die Ausnahme bilden. Insofern könne nicht gesagt werden, die Ausschlussklausel höhle die Deckung aus oder widerspreche den berechtigten Deckungserwartungen. Die ZB Epidemie würden bloss einen Baustein innerhalb eines umfangreichen Sachversicherungsprodukts darstellen. Zudem sei der Brokerin bekannt gewesen, dass solche Sachversicherungsprodukte Pandemieausschlüsse enthalten würden (act. 11 Rz. 23, 33, 49, 63 ff., 70 ff., 189 ff., 200 ff., 217 ff.; act. 21 Rz. 6, 31 ff., 44 ff., 52 ff., 63, 94 ff., 161 ff., 205).

### 3.4.2. Rechtliches

3.4.2.1. Nach der sogenannten Ungewöhnlichkeitsregel sind von der global erklärten Zustimmung zu AVB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht speziell aufmerksam gemacht worden ist. Dabei beurteilt sich die Ungewöhnlichkeit im Einzelfall aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (vgl. Art. 33 VVG; BGE 148 III 57 E. 2.1.3.; BGE 138 III 411 E. 3.1.; BGE 119 II 443 E. 1a; BGE 109 II 452 E. 4.). Die Ungewöhnlichkeitsregel ist ein Instrument der Konsenslehre und konkretisiert das Vertrauensprinzip (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.1.; BGE 138 III 411 E. 3.1.; BGE 135 III 1 E. 2.1.; Urteil des BGer 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2.).

3.4.2.2. Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel bedingt, dass eine AVB-Klausel für die zustimmende Partei zunächst subjektiv ungewöhnlich zu sein hat. Zu berücksichtigen ist unter anderem, ob die Zustimmungende geschäfts- und branchenkundig ist: Je weniger dem so ist, umso eher wird eine Klausel für sie ungewöhnlich sein (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.2.; Urteil des BGer 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.3.). So können branchenübliche Klauseln für eine Branchenfremde ungewöhnlich sein, für eine Branchenkennerin demgegenüber nicht (BGE 138 III 411 E. 3.1.; BGE 119 II 443 E. 1a). Selbst vorhandene Branchenkenntnis oder Geschäftserfahrung schliessen die Annahme einer Ungewöhnlichkeit nicht zwingend aus. Auch für einen Branchenkundigen oder Geschäftserfahrenen kann eine AVB-Klausel unter Umständen ungewöhnlich sein (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.1.; Urteil des BGer 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2. f.).

3.4.2.3. Neben der subjektiven Ungewöhnlichkeit hat die fragliche Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufzuweisen, damit die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung gelangt. Sie hat mithin objektiv ungewöhnlich zu sein. Dies ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.3.; BGE 138 III 411 E. 3.1.; BGE 135 III 225 E. 1.3. und BGE 135 III 1 E. 2.1.). Bei Versicherungsverträgen sind dabei auch die berechtigten Deckungs-

erwartungen zu berücksichtigen. Entsprechend kann eine in allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgesehene Haftungsbeschränkung als ungewöhnlich qualifiziert werden, wenn der durch die Bezeichnung und Werbung beschriebene Deckungsumfang erheblich reduziert wird, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind (BGE 148 III 57 E. 2.1.3.3.; BGE 138 III 411 E. 3.1.; Urteil des BGer 4A\_176/2018 vom 18. November 2019 E. 4.2.).

### 3.4.3. Würdigung

#### 3.4.3.1. Vorbemerkungen

3.4.3.1.1. Die Parteien nehmen in ihren Rechtsschriften mehrfach Bezug auf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 (auszugsweise publiziert als BGE 148 III 57). Darin hat sich das Bundesgericht mit einem Deckungsausschluss für *"Schäden [...] infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten"* befasst, d.h. einer Klausel, die faktisch deckungsgleich ist mit der streitgegenständlichen Ausschlussklausel. Die Klausel befand sich in den von der Versicherungsnehmerin global übernommenen Zusatzbedingungen, und zwar unter dem hervorgehobenen Titel *"Epidemie"* in den auf die grundsätzlich gedeckten Risiken (*"Versichert sind"*) folgenden Bestimmungen zu den Deckungsausschlüssen (*"Nicht versichert sind"*). Zusammengefasst kam das Bundesgericht zum Schluss, der Deckungsausschluss sei nicht objektiv ungewöhnlich und vom Konsens der Parteien erfasst. Mit der Frage, ob die Klausel subjektiv ungewöhnlich sei, musste es sich nicht befassen. Die Vorinstanz, das Handelsgericht des Kantons Aargau, hatte die subjektive Ungewöhnlichkeit bejaht (Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 1, E. 4.2.1., E. 4.3. und E. 5.2.2.1.).

3.4.3.1.2. Vorwegzuschicken ist zudem, dass in der G.\_\_\_\_-Police (*"G.\_\_\_\_ Sachversicherung All Risks"*) neben der umfassenden Grunddeckung diverse Zusatzversicherungen (*"Büroelektronik"*, *"Maschinen"*, *"Haustechnische Anlagen"*, *"Epidemie"*, *"Terrorismus"*, *"Transport"*) enthalten sind (vgl. act. 11 Rz. 28; act. 17 Rz. 88). Mit diesen befassen sich die ZB je in einem eigenen Abschnitt. In den ZB Epidemie, die einen Umfang von rund zweieinhalb Seiten aufweisen, werden zuerst

die versicherten Ereignisse, Sachen und Kosten sowie die Versicherungsleistungen in Bezug auf den "*Warenverderb*" und anschliessend der versicherte "*Ertragsausfall*" sowie die diesbezüglichen Leistungen definiert (vgl. act. 3/4 S. 15 f.). Im letzten Drittel der ZB Epidemie sind unter dem Titel "*Nicht versicherte Ereignisse für Warenverderb und Ertragsausfall inkl. Mehrkosten*" insgesamt 18 Klauseln (inklusive Ausschlussklausel) zu finden, worin Schadensereignisse beschrieben werden, die vom grundsätzlich versicherten Risiko Epidemie ausgenommen werden (vgl. act. 3/4 S. 16 f.). Mithin weisen die ZB Epidemie eine vergleichbare Systematik auf wie die im Urteil des Bundesgerichts vom 5. Januar 2022 genannten Zusatzbedingungen.

#### 3.4.3.2. Subjektive Ungewöhnlichkeit

3.4.3.2.1. Vorab ist nochmals zu betonen, dass sich die Versicherungsnehmerinnen das Fachwissen, die Branchenkenntnisse und die Geschäftserfahrung der Brokerin bzw. von J. \_\_\_\_\_ im Versicherungsbereich vollständig anzurechnen haben (vgl. E. 2.3.). Die Beklagte bringt daher zu Recht vor, dass bei Abschluss des streitgegenständlichen Versicherungsvertrags kein Erfahrungsgefälle zwischen den Vertragsparteien bestand (act. 11 Rz. 65, 207). Die Messlatte für die Bejahung der subjektiven Ungewöhnlichkeit der Ausschlussklausel liegt entsprechend hoch.

3.4.3.2.2. Wie ausführlich dargelegt (vgl. E. 3.2.3.), konnten die Versicherungsnehmerinnen bei Abschluss der G. \_\_\_\_\_-Police nicht davon ausgehen, dass diese – generell oder im spezifischen Falle einer Epidemie bzw. Pandemie – denselben Versicherungsschutz bieten werde wie die H. \_\_\_\_\_-Policen. Vielmehr war ihnen bekannt, dass die der G. \_\_\_\_\_-Police zugrunde liegenden Offerten auf dem (zum damaligen Zeitpunkt) neuen Versicherungsprodukt der Beklagten basieren. Mithin ist die Ausschlussklausel nicht als subjektiv ungewöhnlich zu qualifizieren, nur weil diese in den H. \_\_\_\_\_-Policen nicht enthalten war. Zwar ist evident, dass sich die Versicherungsnehmerinnen eine möglichst umfassende Versicherungsdeckung wünschten. Allerdings ist es in der Versicherungsbranche üblich, dass die versicherten Gefahren in den AVB präzisiert und insbesondere solche Risiken, die zwar selten eintreten, aber gravierende Schäden verursachen können, eingegrenzt bzw. von der Versicherungsdeckung ausgenommen werden. Zudem zeichnen sich viele

Versicherungen gerade dadurch aus, dass sie einen weiten Deckungsbereich definieren und alsdann die hiervon ausgeschlossenen Risiken explizit aufzählen. Dies war auch bei den H.\_\_\_\_-Policen der Fall (vgl. act. 3/16-17 S. 21 ff.). Entsprechend mussten die Versicherungsnehmerinnen bei Abschluss der G.\_\_\_\_-Police damit rechnen, dass die Beklagte die Deckung für spezifische Risiken – namentlich auch im Zusammenhang mit Epidemien – ausschliesst (vgl. Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 4.2.5).

3.4.3.2.3. Zweifelslos ist eine Epidemie bzw. eine Versicherung im Zusammenhang mit übertragbaren Krankheiten mit sehr grossen Risiken verbunden. Insbesondere Viren sind dafür bekannt, sich zu verändern bzw. anzupassen, und dafür dass ihre Infektiosität und Pathogenität je nach Ausformung der Veränderung höchst unterschiedliche Ausmasse annehmen können. Dass bei einer ungünstigen Kombination dieser Faktoren schwerwiegende Konsequenzen drohen, ist nicht erst seit Ausbruch von COVID-19 bekannt. Zu nennen sind beispielsweise die SARS-Pandemie, die Schweine- sowie Vogelgrippe und die verheerende Spanische Grippe (Urteil des HGer ZH HG200197-O vom 20. September 2023 E. 3.3.2. f.). Wie die Klägerin zutreffend ausführt (act. 1 Rz. 129 f., 153), unterscheiden sich Epidemien und Pandemien (einzig) durch die flächenmässige Ausdehnung einer bestimmten Infektionskrankheit. Bei Epidemien tritt die Infektionskrankheit lokal oder regional auf. Demgegenüber handelt es sich bei Pandemien um "auf grosse Gebiete eines Landes oder Erdteils übergreifende Epidemien" bzw. "Epidemien grossen Ausmasses". Dies musste den Versicherungsnehmerinnen bei Abschluss der G.\_\_\_\_-Police, d.h. spätestens am 12. Dezember 2019, bekannt sein, auch wenn COVID-19 in der Schweiz erst einige Wochen später ausgebrochen ist. Vor diesem Hintergrund durften die Versicherungsnehmerinnen nicht erwarten, dass bei Ausbreitung einer Krankheit stets eine deckungspflichtige Epidemie vorliegt. Vielmehr konnten sie nicht überrascht sein, dass die Beklagte die schwerwiegendsten Ausprägungen von der Versicherungsdeckung ausnimmt (vgl. Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 5.2.2.2. f.; Urteil des HGer ZH HG200197-O vom 20. September 2023 E. 3.3.2.). Dies gilt erst recht, weil die Klägerin nicht in Abrede stellt, dass in der Versicherungsbranche bei Abschluss der G.\_\_\_\_-Police in diversen Sachver-

sicherungsprodukten Deckungsausschlüsse für Pandemien enthalten waren (act. 11 Rz. 23, 66, 72, 81; act. 17 Rz. 8, 84).

3.4.3.2.4. Ferner erhellt nicht, weshalb die Versicherungsnehmerinnen von der Beklagten (speziell) auf die Ausschlussklausel hätten aufmerksam gemacht werden müssen. Einerseits waren die Versicherungsnehmerinnen professionell vertreten, andererseits käme die Ungewöhnlichkeitsregel bei einem entsprechenden Hinweis gar nicht erst zur Anwendung. Unbehelflich ist auch das Argument der Klägerin, dass die Versicherungsnehmerinnen aufgrund der hohen Jahresprämie der G.\_\_\_\_-Police (CHF 129'906.70) und der damit bei ihnen hervorgerufenen Deckungserwartungen nicht hätten mit der Ausschlussklausel rechnen können bzw. müssen (vgl. act. 1 Rz. 166.1 f., 168.1 f.; act. 17 Rz. 130, 250). Die Prämienhöhe ist insofern zu relativieren, als dass es sich bei den versicherten Betrieben um "drei Fünf-Sterne Hotels der obersten Kategorie" handelt und die Jahresprämie für alle in der G.\_\_\_\_-Police enthaltenen Zusatzversicherungen zusammen CHF 15'023.20, d.h. weniger als ein 1/8 der Gesamtprämie beträgt (vgl. act. 1 Rz. 12; act. 3/2 S. 2, 6). Ohnehin vermag die Höhe der Versicherungsprämie, insbesondere bei einem umfangreichen Versicherungsprodukt wie der vorliegenden G.\_\_\_\_-Police, keine berechtigten Erwartungen darüber zu begründen, ob ein bestimmtes Risiko versichert ist oder nicht. Auch das im Fact Sheet erwähnte Beispiel für die Zusatzversicherung "*Epidemie*", wonach bei einem Arbeitsausfall des Chefskochs wegen einer Dengue-Fieber-Infektion Anspruch auf Versicherungsleistungen bestehe (act. 18/3 S. 2), vermag keine berechtigten Deckungserwartungen zu begründen, zumal die Erkrankung an Dengue-Fieber – eine typische Tropenerkrankung – im Ausland und nicht durch eine (globale) Ausbreitung dieses Virus erfolgt sein soll.

3.4.3.2.5. Aus diesen Gründen erweist sich der Inhalt der Ausschlussklausel nicht als subjektiv ungewöhnlich.

#### 3.4.3.3. Objektive Ungewöhnlichkeit

3.4.3.3.1. Weshalb die Ausschlussklausel als objektiv ungewöhnlich qualifiziert und damit auf ein vom Urteil des Bundesgerichts 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 ab-

weichendes Ergebnis geschlossen werden sollte, erschliesst sich nicht. Die Epidemie ist – wie bei der Versicherung, worin die bundesgerichtlich beurteilte Klausel enthalten war – bloss eine unter mehreren Gefahren, welche durch den von den Versicherungsnehmerinnen abgeschlossenen Versicherungsvertrag gedeckt wird. In den "*Allgemeinen Versicherungsbedingungen*" (act. 3/3) und ZB (act. 3/4) sind zahlreiche Bestimmungen zu finden, welche den Versicherungsumfang einschränken. So schliesst die Ausschlussklausel im Bereich Epidemie die Deckung für gewisse Schäden aus. Damit wird aber der durch die G.\_\_\_\_\_-Police beschriebene Deckungsfall nicht insofern reduziert, als gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt wären. Vielmehr wird ein spezifisches Risiko aus der Versicherungsdeckung ausgenommen, nämlich aus dem grundsätzlich versicherten Risiko Epidemie, das spezielle Risiko für Schäden "*infolge von Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufe 5 oder 6 gelten*" (vgl. Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 4.2.5). Wie diese Begrifflichkeiten zu verstehen sind, ist im Rahmen der Auslegung der Ausschlussklausel zu beurteilen (vgl. E. 3.5.3.). Jedenfalls schadet es für die Übernahme der Ausschlussklausel in den Versicherungsvertrag nicht, dass darin auf Definitionen der Weltgesundheitsorganisation (WHO) verwiesen wird, welche – wie noch zu zeigen sein wird – im Internet öffentlich zugänglich waren bzw. sind (vgl. Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 4.1.2.).

3.4.3.3.2. Nach dem Erwogenen wird durch die Ausschlussklausel weder der Charakter des Versicherungsvertrags wesentlich verändert noch fällt diese in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus (vgl. Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 4.2.5). Vielmehr ist für Versicherungsverträge geradezu charakteristisch, dass sie einen weiten Geltungsbereich definieren und mittels Deckungsausschlüssen ein an sich gedecktes Risiko (wieder) ausschliessen (vgl. KIESER/ LANDOLT, Unfall – Haftung – Versicherung, Zürich/St. Gallen 2012, Rz. 160). Folglich ist die objektive Ungewöhnlichkeit der Ausschlussklausel zu verneinen.

#### 3.4.4. Zwischenfazit

Zusammengefasst ist die Ausschlussklausel weder subjektiv noch objektiv ungewöhnlich. Entsprechend ist sie vom Konsens der Versicherungsnehmerinnen und der Beklagten erfasst und hat Gültigkeit. Im Folgenden ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Ausschlussklausel bei den vorliegend geltend gemachten Versicherungsansprüchen Wirkung entfaltet.

#### 3.5. Auslegung und Anwendung der Ausschlussklausel

##### 3.5.1. Parteistandpunkte

3.5.1.1. Die Klägerin vertritt den Standpunkt, dass die Versicherungsnehmerinnen den Begriff "*WHO-Pandemiestufe*" nicht den im "*WHO global influenza preparedness plan*" von 2005 bzw. dessen ergänzenden Richtlinie aus dem Jahre 2009 verwendeten Definitionen der "*pandemic phases*" hätten zuordnen müssen, zumal dieses Modell über die Zeit hinweg geändert, seit 2013 nicht mehr verwendet und nur für Inflenzaviren publiziert worden sei. Man würde nicht den Schluss ziehen, dass dies eine generelle, für alle Krankheitserreger geltende Regelung darstelle. Der Beklagten sei es ohne weiteres möglich gewesen, bei der Formulierung der Ausschlussklausel auf das neue Modell der WHO von 2017 mit vier Kategorien abzustellen. Dass sie dies – bewusst oder unbewusst – nicht getan habe, dürfe nicht zu Lasten der Versicherungsnehmerinnen gehen. Die unklar formulierte Ausschlussklausel sei daher ungültig (Art. 33 VVG). Im Übrigen sei der Verweis auf die WHO-Pandemiestufen 5 und 6 nicht als genereller Pandemieausschluss zu verstehen. Einerseits enthalte die Ausschlussklausel keinen Hinweis darauf, dass der Verbreitungs- oder Schweregrad einer Epidemie für einen Ausschluss massgebend sei. Andererseits setze die von der Beklagten gewählte Formulierung voraus, dass eine zuständige nationale oder internationale Behörde erklärt oder sogar angeordnet habe, dass ein bestimmter Krankheitserreger die Kriterien der WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 erfülle. Dieses Verständnis ergebe sich aus den Umschreibungen der einschlägigen WHO Dokumente, welche eine "*designation*" einer Phase für einen Krankheitserreger vorsähen, und aus der Ausschlussklausel selbst, worin das Wort "*gelten*" in Verbindung mit einer Behörde, nämlich der WHO, und den Begriffen

"*national oder international*" verwendet werde. Zumindest hätte eine Verbindung zwischen dem COVID-19 Krankheitserreger und den WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gemacht werden müssen. Es sei durchaus möglich, dass die WHO künftig wieder auf ihr Modell mit sechs Phasen abstellen werde. Hätte die Beklagte die Versicherungsdeckung auf lokal begrenzte Epidemien begrenzen und (lediglich) Pandemien ausschliessen wollen, wäre sie verpflichtet gewesen, die entsprechenden Definitionen in den Vertragstext aufzunehmen. Zudem hätte sie nur auf die WHO-Pandemiestufe 6 verweisen dürfen, da bei der Stufe 5 noch eine Epidemie vorläge. Auch seien von nationalen Behörden angeordnete WHO-Stufen von der Deckung ausgeschlossen worden, obwohl es nationale Pandemien nicht gebe. Mithin seien nach Ansicht der Beklagten auch Epidemien von der Ausschlussklausel erfasst, was weder mit den Deckungserwartungen der Versicherungsnehmerinnen noch dem Vertrauensprinzip zu vereinbaren sei. Letztlich bliebe im Fall einer Epidemie kaum mehr ein Anwendungsbereich für den Versicherungsschutz, obschon die Beklagte für ihr Produkt den Begriff "Epidemieversicherung" verwende (act. 1 Rz. 129 ff., 147 ff., 168.5 f., 170; act. 17 Rz. 14 ff., 29 ff., 67, 85, 93, 129 ff., 208 ff., 215 ff., 234 ff., 241, 263 ff.).

3.5.1.2. Die Beklagte geht – mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022) – von der Anwendbarkeit der Ausschlussklausel aus. Die Klägerin interpretiere die Ausschlussklausel überspitzt formalistisch. Diese greife nicht nur dann, wenn eine Behörde genau die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 ausrufe. Vielmehr sei aufgrund des Konnex zwischen der Ausschlussklausel und dem Stufen- bzw. Phasenmodell ersichtlich, dass spätestens dann eine etwaige Deckung ausgeschlossen werde, wenn – wie vorliegend – eine weltweite Pandemie existiere. Weil die WHO das 6-stufige System mittlerweile nicht mehr verwende, käme der Ausschlussklausel bei der klägerischen Leseart keine Bedeutung zu. Die Versicherungsnehmerinnen hätten aber nicht in guten Treuen davon ausgehen können, dass die Beklagte eine inhaltsleere Bestimmung in den Vertragstext aufnehmen wolle. Zudem könne das Wort "*gelten*" vernünftigerweise nicht im von der Klägerin vertretenen formalistischen Sinne verstanden werden, sondern sei objektiv so zu interpretieren, dass etwas in einer bestimmten Weise eingeschätzt oder beurteilt werde. Indem die WHO COVID-19 zur Pan-

demie erklärt habe, sei diese Voraussetzung erfüllt (act. 11 Rz. 75 ff., 190 ff., 212, 217 ff.; act. 21 Rz. 41, 52 ff., 93 ff., 131 f., 139 f., 164, 197 ff.).

### 3.5.2. Rechtliches

3.5.2.1. AVB sind grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen (BGE 142 III 671 E. 3.3; 135 III 1 E. 2). Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (BGE 142 III 671 E. 3.3; 140 III 391 E. 2.3). Dabei sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut, Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Es ist danach zu fragen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glaube unter Beachtung der konkreten Umstände gewollt und ausgedrückt hätten, respektive wie eine Partei eine Willensäußerung oder Verhaltensweise unter Beachtung sämtlicher Umstände nach Treu und Glaube verstehen durfte und musste. Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert. Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 144 III 93 E. 5.2.3; BGE 143 III 157 E. 1.2.2.; BGE 142 III 239 E. 5.2.1; BGE 142 V 466 ff. E. 6.1; BGE 140 V 50 ff. E. 2.2; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 131 III 606 E. 4.1; BGE 127 III 444 E. 1b).

3.5.2.2. Nach der sogenannten Unklarheitsregel sind mehrdeutige Wendungen in AGB bzw. AVB im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, die sie verfasst hat (BGE 146 III 339 E. 5.2.3.). 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, der Vertrag schliesse einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung aus (Urteil des BGer 4A\_92/2020 vom 5. August 2020 E. 3.2.2). Die Unklarheitsregel kommt jedoch nur subsidiär zur Anwendung, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel versagen. Es genügt mithin nicht, dass die Parteien über die Bedeutung einer Erklärung streiten, sondern es ist vorausgesetzt, dass die Erklärung

nach Treu und Glauben auf verschiedene Weise verstanden werden kann und es nicht möglich ist, den Zweifel mit den übrigen Auslegungsmitteln zu beseitigen (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3.; BGE 118 II 342 E. 1a; Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2021 E. 2.2.2.; Urteil des BGer 4A\_92/2020 vom 5. August 2020 E. 3.2.2.).

### 3.5.3. Würdigung

3.5.3.1. Mangels (substantiiertes) Ausführungen der Parteien zu einem zwischen den Versicherungsnehmerinnen und der Beklagten übereinstimmenden tatsächlichen Willen über den Inhalt der Ausschlussklausel ist diese objektiv auszulegen. Einleitend ist nochmals deren Wortlaut wiederzugeben: *"Nicht versichert sind Schäden [...] infolge von Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten, [...]"*.

3.5.3.2. Im mehrfach erwähnten Urteil 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 legte das Bundesgericht die mit dieser Ausschlussklausel faktisch übereinstimmende Klausel nach dem Vertrauensprinzip aus und gelangte zum Schluss, dass die COVID-19-Pandemie den Tatbestand der Klausel erfülle und somit keine Versicherungsdeckung bestehe. Das Bundesgericht begründete dies zusammengefasst damit, dass die Versicherungsnehmerin den in der Klausel verwendeten Begriff *"gelten"* nicht ausschliesslich im Sinne von *"Gültigkeit haben"* verstehen musste. Vielmehr könne *"gelten"* auch so interpretiert werden, dass etwas in einer bestimmten Weise eingeschätzt oder beurteilt werde. Entsprechend habe die Versicherungsnehmerin die Formulierung, dass *"die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten"*, auch rein sprachlich so verstehen können, dass der Deckungsausschluss greife, wenn eine Pandemie nach dem WHO-Pandemiestufensystem national oder international als eine Stufe 5 oder 6 beurteilt werde, ohne dass diese Stufen im fraglichen Zeitpunkt tatsächlich in Kraft sein müssten. Das Erfordernis der behördlichen Berufung auf die WHO-Pandemiestufen 5 und 6 sei schon deshalb nie erfüllt, weil – nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz – die WHO ihr Klassifizierungssystem bereits vor Abschluss des Versicherungsvertrags geändert habe und es bei Vertragsabschluss nicht mehr praktiziert worden sei. Dies hätte zur Konsequenz, dass der in der Klausel beschriebene Deckungsausschluss nie greifen könnte und somit toter

Buchstabe bliebe. Als redliche Geschäftspartnerin habe der Versicherungsnehmerin klar sein müssen, dass die Versicherung keine leergehende Regelung bezwecken wollte. Vielmehr liege der Klausel die erkennbare Absicht der Versicherung zugrunde, die gravierendsten Pandemieereignisse von der Versicherungsdeckung auszunehmen, mithin solche, welche die Voraussetzungen der WHO-Pandemiestufe 5 oder 6 aufweisen. Die Bedeutung der Klausel erschliesse sich im Gesamtzusammenhang, womit für die Anwendung der Unklarheitsregel kein Raum bleibe (Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 5.2.2.2. ff.). Im Folgenden ist insbesondere auf jene Argumente der Klägerin einzugehen, worin sie aufgrund von (vermeintlichen) Abweichungen zum bundesgerichtlich beurteilten Sachverhalt auf ein anderes Auslegungsergebnis schliessen möchte. Ansonsten ist auf die bundesgerichtlichen Erwägungen zu verweisen.

3.5.3.3. Wie bereits ausgeführt, werden in den ZB Epidemie zuerst die von der Zusatzversicherung Epidemie erfassten Ereignisse dargelegt und alsdann unter dem Titel "*Nicht versicherte Ereignisse für Warenverderb und Ertragsausfall inkl. Mehrkosten*" die hiervon ausgeschlossenen Risiken bzw. Schäden in 18 verschiedenen Klauseln explizit aufgezählt. Der Klägerin kann also aufgrund der übersichtlichen Systematik der ZB Epidemie nicht darin gefolgt werden, dass die Versicherungsnehmerinnen in guten Treuen davon ausgehen durften, jede aufgrund eines Ausbruchs einer ansteckenden Krankheit oder Epidemie behördlich angeordnete Betriebsschliessung sei von der Versicherungsdeckung erfasst (vgl. act. 1 Rz. 129; act. 3/4 S. 16). Vielmehr konnten und mussten sie aufgrund des Wortlauts der Ausschlussklausel erkennen, dass Epidemien bzw. zumindest Pandemien nach einer Klassifizierung der WHO in verschiedene Pandemiestufen eingeteilt und davon die Stufen 5 und 6 vom Versicherungsschutz ausgenommen werden. Den Versicherungsnehmerinnen musste bewusst sein, dass damit die höchsten beiden Pandemiestufen und nicht bloss zwei Zwischenstufen gemeint sind (vgl. act. 1 Rz. 129 ff., 168.7; act. 17 Rz. 32, 67.12, 215). Dieser Schluss setzt – entgegen der Klägerin (vgl. act. 1 Rz. 129, 168.5 f.; act. 17 Rz. 136 f., 208, 241, 267) – nicht voraus, dass bei der Deckungsumschreibung ein lokaler Bezug gemacht wurde, dem dann der (Ausnahme-) Fall der von der WHO bezeichneten Pandemie gegenüberstand, sondern ergibt sich aus der für die Versicherungsnehmerinnen erkennbaren Absicht

der Beklagten, ihr finanzielles Risiko im Falle eines Krankheitsausbruches zu begrenzen und die gravierendsten Risiken einer Epidemie bzw. Pandemie von der Versicherungsdeckung auszunehmen. Somit ist nicht von Relevanz, dass die streitgegenständliche Betriebsschliessung – im Gegensatz zur Police, welche dem Urteil des Bundesgerichts vom 5. Januar 2022 zugrunde lag – nicht explizit durch eine schweizerische oder liechtensteinische Behörde angeordnet werden musste (vgl. Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 5.2.2.1 f.).

3.5.3.4. Nach Treu und Glauben musste der Verweis auf die WHO-Pandemiestufen so verstanden werden, dass damit die Pandemiestufen ("*pandemic phases*") 5 und 6 gemäss dem von der WHO im Jahr 2005 publizierten "*WHO global influenza preparedness plan*" ("*The role of WHO and recommendations for national measures before and during pandemics*"; act. 3/58; nachfolgend: WHO-Plan) und dessen Update bzw. – in den Worten der Klägerin (vgl. act. 1 Rz. 138; act. 17 Rz. 19) – ergänzenden Richtlinien "*pandemic influenza preparedness and response*" ("*A WHO Guidance Document*"; act. 3/59; nachfolgend: WHO-Guidance) aus dem Jahr 2009 gemeint sind. Auf was für ein System der WHO zur Klassifikation von Epidemien bzw. Pandemien mit sechs Stufen sich die Ausschlussklausel ansonsten bezogen haben könnte, wird von der Klägerin nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich (act. 1 Rz. 137 f., 148; act. 11 Rz. 33, 74 ff., 197, 204; act. 17 Rz. 18 ff, 67.2, 67.13, 223; act. 21 Rz. 45 ff., 54 ff., 93 f.). Unbestrittenermassen waren der WHO-Plan und die WHO-Guidance zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Internet öffentlich zugänglich. Diese beiden Publikationen können nach wie vor ohne Weiteres online abgerufen werden (act. 1 Rz. 137 ff.; act. 11 Rz. 33, 71, 77; act. 17 Rz. 28, 93, 268). Nicht gefolgt werden kann der Klägerin darin, dass diese Klassifikation auf COVID-19 nicht anwendbar sei, weil sich die Publikationen nur auf Influenzaviren bezogen hätten und COVID-19 kein Influenzavirus sei (act. 17 Rz. 19 f., 27, 93, 217, 268). In der Ausschlussklausel wird nämlich generell in Bezug auf "*Krankheitserreger*" (Bakterien, Viren etc.) auf die WHO-Pandemiestufen verwiesen, während eine andere Klausel in den ZB Epidemie Schäden "*infolge von Influenza-Viren ("Grippe-Viren") [...]*" gänzlich vom Versicherungsschutz ausnimmt (vgl. act. 3/4 S. 16).

3.5.3.5. Unbestrittenermassen hatte die WHO ihr sechsstufiges Pandemiestufensystem bei Abschluss der G.\_\_\_\_\_-Police seit rund sieben Jahren nicht mehr angewendet und 2013 durch ein Modell mit vier Phasen ("*Interpandemic*", "*Alert*", "*Pandemic*" und "*Transition*") ersetzt. Seit Ende 2017 beschreibt die WHO Pandemien dynamisch, ohne auf Stufen abzustellen (vgl. act. 1 Rz. 139 ff., 147 f.; act. 3/60-62; act. 11 Rz. 71 f., 197; act. 17 Rz. 67.2, 67.13 ff., 93, 216). Dies hat nicht zur Folge, dass der WHO-Plan und die WHO-Guidance bzw. die darin enthaltenen Definitionen der Pandemiestufen 5 und 6 nicht (mehr) existieren bzw. nicht ermittelbar sind. Zwar trifft zu, dass es der Beklagten bei Abschluss der G.\_\_\_\_\_-Police möglich gewesen wäre, bei der Formulierung der Ausschlussklausel auf das neue Modell der WHO von 2017 abzustellen, doch war die Beklagte nicht dazu angehalten (geschweige denn verpflichtet), zumal die WHO jederzeit eine neue Klassifizierung von Epidemien bzw. Pandemien hätte publizieren können (vgl. act. 17 Rz. 67.15). Weshalb die WHO künftig wieder auf ihr ursprüngliches, sechsstufiges Pandemiestufensystem zurückkommen sollte, begründet die Klägerin nicht (vgl. act. 1 Rz. 143; act. 17 Rz. 67.17, 133, 218). Ohnehin vermag diese theoretische Möglichkeit am Auslegungsergebnis nichts zu ändern.

3.5.3.6. Sodann kann dem Vorbringen der Klägerin, wonach die Anwendung der Ausschlussklausel voraussetze, dass eine zuständige nationale oder internationale Behörde angeordnet oder zumindest erklärt habe, dass ein bestimmter Krankheitserreger die Kriterien der WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 erfülle, nicht gefolgt werden. Zum einen mussten die Versicherungsnehmerinnen – mit Verweis auf die bundesgerichtlichen Erwägungen – den in der Ausschlussklausel verwendeten Begriff "*gelten*" nicht ausschliesslich im Sinne von "*Gültigkeit haben*" verstehen, zumal die Regelung im WHO-Plan und in der WHO-Guidance, die eine Benennung ("*Designation*") einer bestimmten Pandemiestufe für einen Krankheitserreger durch den Generalsekretär der WHO vorsahen, nicht in die Ausschlussklausel übertragen wurde (vgl. act. 1 Rz. 136 ff.; act. 3/58 S. 9; act. 3/59 S. 20; act. 17 Rz. 14 ff., 216, 234, 263). Zum anderen sind bei der Auslegung die gesamten Umstände, namentlich auch der mit der Ausschlussklausel verfolgte Regelungszweck, zu beachten. Wie mehrfach dargelegt, bezweckt die Beklagte mit der Klausel die (finanziellen) Risiken im Falle eines Krankheitsausbruches zu begrenzen. Ob allerdings eine Be-

hörde eine bestimmte Pandemiestufe für anwendbar erklärt oder anordnet, hat auf diese Risiken keinen Einfluss. Entscheidend ist die Schwere bzw. die Ausbreitung des Krankheitsausbruches. Hinzu kommt, dass beim Erfordernis einer behördlichen Anordnung der WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 die Ausschlussklausel nie zur Anwendung gelangen würde, da das sechsstufige Pandemiestufensystem von der WHO – wie ausgeführt – bereits vor Vertragsschluss nicht mehr verwendet wurde und sich eine Behörde nach den aktuellen Empfehlungen richten würde. Dass die Beklagte keine solche ins Leere laufende bzw. – in den Worten der Klägerin (vgl. act. 1 Rz. 143) – unsinnige Regelung bezwecken wollte, musste den Versicherungsnehmerinnen bewusst sein. Vielmehr musste ihnen klar sein, dass Schäden infolge von Krankheitserregern, welche die Voraussetzungen der WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 aufweisen, von der Versicherungsdeckung ausgenommen werden (vgl. Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 5.2.2.3.; Urteil des HGer ZH HG200197-O vom 20. September 2023 E. 4.3.3).

3.5.3.7. Im auf Englisch verfassten WHO-Plan werden die Pandemiestufen 5 und 6 wie folgt definiert (act. 3/58 S. 2, 7 ff.): Stufe 5 "*Larger cluster(s) but human-to-human spread still localized, suggesting that the virus is becoming increasingly better adapted to humans, but may not yet be fully transmissible (substantial pandemic risk)*" und die Stufe 6 "*Pandemic phase: increased and sustained transmission in the general population.*" In der WHO-Guidance steht folgendes (act. 3/59 S. 11, 25 f.): Stufe 5 "*The same identified virus has caused sustained community level outbreaks in two or more countries in one WHO region*" bzw. "*is characterized by human-to-human spread of the virus into at least two countries in one WHO region (Figure 4). While most countries will not be affected at this stage, the declaration of Phase 5 is a strong signal that a pandemic is imminent and that the time to finalize the organization, communication, and implementation of the planned mitigation measures is short*" und die Stufe 6 "*In addition to the criteria defined in Phase 5, the same virus has caused sustained community level outbreaks in at least one other country in another WHO region*" bzw. "*the pandemic phase, is characterized by community level outbreaks in at least one other country in a different WHO region in addition to the criteria defined in Phase 5. Designation of this phase will indicate that a global pandemic is under way.*"

3.5.3.8. Demzufolge ist die Ausschlussklausel nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, dass Schäden infolge von Krankheitserregern, welche die Merkmale der WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gemäss WHO-Plan und WHO-Guidance aufweisen, namentlich wenn in Bezug auf einen bestimmten Krankheitserreger ein erhebliches Pandemierisiko besteht bzw. eine Pandemie unmittelbar bevorsteht (Stufe 5) oder eine (globale) Pandemie im Gange ist (Stufe 6), von der Versicherungsdeckung ausgeschlossen werden. Insbesondere von den Versicherungsnehmerinnen, die bei Abschluss der G.\_\_\_\_\_-Police von der branchen- und geschäftserfahrenen Brokerin beraten und vertreten wurden, musste dies so verstanden werden.

3.5.3.9. Die streitgegenständlichen Versicherungsdeckungsansprüche haben von den Versicherungsnehmerinnen im Zeitraum vom 17. März 2020 bis 2. Juli 2020 erlittene Schäden infolge von COVID-19 zum Gegenstand. In Bezug auf COVID-19 lag in diesem Zeitraum offensichtlich eine (globale) Pandemie vor (vgl. E. 2.1.3.). Folglich sind die geltend gemachten Schäden von der Ausschlussklausel erfasst und vom Versicherungsschutz der G.\_\_\_\_\_-Police ausgenommen. Die Ausschlussklausel führt zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis, weshalb die Unklarheitsregel nicht zur Anwendung gelangt (vgl. Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 5.2.3.). Nicht zu entscheiden ist, ob andere Ereignisse die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 erfüllen und wo allgemein die Grenze zwischen Versicherungsschutz oder Ausschluss zu ziehen wäre. Entsprechende Ausführungen der Klägerin sind rein hypothetischer Natur und vermögen am Auslegungsergebnis nichts zu ändern (vgl. Urteil des BGer 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 5.4.).

### 3.6. Fazit

Die Ausschlussklausel steht einer allfälligen Leistungspflicht der Beklagten entgegen. Folglich kann offengelassen werden, ob und in welchem Umfang die übrigen Deckungsvoraussetzungen erfüllt sind und eine grundsätzliche Leistungspflicht der Beklagten besteht. Die Klage ist abzuweisen.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### 4.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Beim vorliegenden Streitwert von CHF 1'613'818.– beträgt die Grundgebühr rund CHF 37'000.– (§ 4 Abs. 1 GebVOG). In Anwendung von § 4 Abs. 2 GebVOG ist die Grundgebühr leicht zu erhöhen und auf CHF 40'000.– festzusetzen.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

##### 4.2. Parteientschädigungen

Ausserdem hat die Klägerin der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), die nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) zu bemessen ist (Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 37'600.–. In Anwendung von § 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV ist diese auf CHF 47'000.– zu erhöhen. Zudem ist der nicht vorsteuerabzugsberechtigten Beklagten antragsgemäss die entsprechende Mehrwertsteuer zu ersetzen (vgl. act. 11 Rz. 88; Art. 29 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 2 Ziff. 18 und Art. 22 Abs. 2 lit. a MWSTG). Dabei ist auf den bis am 31. Dezember 2023 geltenden Steuersatz von 7.7 % abzustellen, zumal die anwaltlichen Leistungen – für das Verfassen der Klageantwort und der Duplik – weitestgehend im Jahr 2023 erbracht worden sein dürften. Demzufolge hat die Klägerin der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 50'619.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

#### **Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 40'000.–.

3. Die Kosten werden vollumfänglich der Klägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag wird von der Klägerin nachgefordert.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 50'619.– (inklusive Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).  
Der Streitwert beträgt CHF 1'613'818.–.

Zürich, 13. März 2025

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Stephan Mazan

Alain Rutschmann