

Postfach 1460, CH 4001 Basel

GastroSuisse
Blumenfeldstrasse 20
8046 Zürich

Basel, 3. April/6. Mai 2020 Zü/AZe/wey

Gutachterliche Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Verband GastroSuisse und der Wirteverband Basel-Stadt haben uns beauftragt, die Versicherungsunterlagen von zwanzig Mitgliedsbetrieben zu überprüfen. Es stellt sich die Frage, ob deren Betriebsausfallversicherungen Versicherungsleistungen im Zusammenhang mit den Folgen des Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses verursachten Krankheit COVID-19 erbringen müssen.

Gestützt auf die Informationen der zwanzig Mitgliedsbetriebe einerseits und der getätigten Recherchen andererseits lassen wir Ihnen unsere gutachterliche Stellungnahme zukommen. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass grundsätzlich die Versicherungsansprüche jedes einzelnen Restaurantsbetreibers separat und individuell vor dem Hintergrund der jeweiligen Versicherungspolice, allfälliger individueller Abreden und den für den Versicherungsvertrag geltenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen geprüft werden müssten, was nicht Inhalt unseres Auftrags ist.

Gemäss Art. 46 VVG verjähren Versicherungsansprüche gegenüber einer Versicherung innert zwei Jahren ab Eintritt des schädigenden Ereignisses («Tatsache, die das schädigende Ereignis begründet»). Jeder Mitgliedsbetrieb muss deshalb dafür besorgt sein, dass er spätestens bis Ende Januar 2022 von seiner Betriebsausfallversicherung eine sogenannte «Verjährungsverzichtserklärung» erhalten oder die Verjährung auf andere Weise (z.B. durch Klage oder Betreibung) unterbrochen hat. Die Verjährungsverzichtserklärung wird gewöhnlich auf ein Jahr abgegeben und wird auf Anfrage verlängert.

Inhaltsverzeichnis

A. Fragestellung	4
B. Prüfung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB)	5
I. Allgemeines	5
1. Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)	5
2. Geltungskontrolle	5
3. Auslegungskontrolle.....	6
4. Inhaltskontrolle.....	7
II. Ungewöhnlichkeitsregel.....	7
1. Macht- oder Erfahrungsgefälle	7
2. Subjektive Ungewöhnlichkeit der Bestimmung.....	8
3. Objektive Ungewöhnlichkeit der Bestimmung.....	8
III. Unklarheitsregel	9
1. Vertragsinhalt	9
2. Unklar	9
3. Treu und Glauben.....	9
C. Das Coronavirus / Epidemiologie / zu den Begriffen «Epidemie» und «Pandemie»	9
I. Das Coronavirus	9
II. Epidemiologie Basel / Schweiz.....	10
1. 30. Januar 2020	10
2. 24. Februar 2020.....	10
3. 27. Februar 2020.....	10
4. 28. Februar 2020.....	10
5. 11. März 2020	11
6. 13. März 2020	11
7. 16. März 2020	11
8. 20. März 2020	11
III. Zu den Begriffen «Epidemie» und «Pandemie»	12

D. Die verschiedenen Betriebsausfallversicherungen	15
I. Allianz.....	15
1. «Fahrhabe Betriebsunterbruch».....	15
2. «Fahrhabe Zusätzliche Gefahren».....	15
3. «Fahrhabe Hygiene».....	15
II. Mobiliar/Basler/TSM.....	16
1. Mobiliar	16
2. Basler	17
3. TSM.....	18
III. AXA/Helvetia/Generali/Zurich	20
1. AXA	20
a. «Sachversicherung Unternehmen».....	20
b. «Epidemieversicherung»	21
2. Helvetia.....	22
3. Generali	23
4. Zurich	24
IV. Versicherungsrechtliche Beurteilung der Leistungspflicht der AXA, Helvetia, Generali und Zurich	26
1. Geltungskontrolle	26
a) Übernahme der Allgemeinen Versicherungsbedingungen	26
b) Individualabreden.....	26
c) Vertrauensprinzip/Wille der Schwächeren Partei/Ungewöhnlichkeitsregel.....	26
(1) Macht- oder Erfahrungsgefälle / Überraschungsmoment	26
(2) Subjektive Ungewöhnlichkeit der Bestimmung	27
(3) Objektive Ungewöhnlichkeit der Bestimmung	28
(4) Fehlender besonderer Hinweis durch den Versicherer.....	31
2. Auslegungskontrolle.....	31
3. Inhaltskontrolle.....	33
E. Schlussfolgerungen/ergänzende Bemerkungen.....	33
Beilagenverzeichnis.....	37
Allgemeine Versicherungsbedingungen	38

A. Fragestellung

Seit etwa Anfang Februar 2020 grassiert das aus China stammende Virus SARS-CoV-2 und die durch dieses hervorgerufene Krankheit COVID-19 auch in Europa. Die Länder Europas ergreifen seither Gegenmassnahmen, so auch die Schweiz.

Am 28. Februar 2020 wird die Durchführung der Basler Fasnacht durch den Regierungsrat Basel-Stadt abgesagt. Ab dem 17. März 2020 werden die Restaurationsbetriebe für das Publikum geschlossen.

Es stellen sich die Fragen, ob Restaurationsbetriebe im Zusammenhang mit der Absage der Basler Fasnacht einerseits und der angeordneten Schliessung per 17. März 2020 andererseits gegenüber ihren Betriebsausfallversicherungen mit Erfolg Versicherungsleistungen im Rahmen ihrer Versicherungsverträge durchsetzen können.

Aufgrund der Tatsache, dass auch die AXA und die Helvetia Versicherungsleistungen im Zusammenhang mit der Absage der Basler Fasnacht 2020 erbracht haben sollen und nur deren Leistungspflicht ab 11. März 2020 umstritten ist, wird die Fragestellung im Zusammenhang mit der Absage der Basler Fasnacht 2020 nicht behandelt.

Zuerst wird aus juristischer Sicht dargestellt, wie geprüft wird, was Vertragsinhalt eines Versicherungsvertrags mit Allgemeinen Versicherungsbedingungen geworden ist (B.). Dann werden die Fakten im Zusammenhang mit dem Coronavius und dessen Ausbreitung sowie die Begriffe «Epidemie» und «Pandemie» beschrieben (C.). Schliesslich wird geprüft, was Vertragsinhalt der Versicherungsverträge mit den verschiedenen Versicherern der Mitglieder des Wirtverbandes Basel-Stadt geworden ist (Allianz [D.I.], Mobiliar/Basler/TSM [D.II.], AXA/Helvetia/Generali/Zurich [D.III.]). Herzstück der juristischen Beurteilung ist die Auseinandersetzung mit der Leistungspflicht der Versicherer vor dem Hintergrund der Ausschlussklausel «Schäden infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» unter D.IV. Das Resultat der Abklärung wird danach kurz zusammengefasst mit einigen ergänzenden Bemerkungen (E.).

B. Prüfung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB)¹

I. Allgemeines

1. Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB)

Bevor die Allgemeinen Versicherungsbedingungen überprüft werden, muss geklärt werden, ob es sich bei diesen Vertragsbedingungen tatsächlich um Allgemeine Versicherungsbedingungen und nicht um eine Individualvereinbarung, die nur zwischen dem Versicherer und dem Versicherten abgeschlossen wurde, handelt.

Allgemeine Versicherungsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die der Versicherer dem Versicherten bei Abschluss des Vertrages stellt. Allgemeine Versicherungsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.

2. Geltungskontrolle

Im Rahmen der Geltungskontrolle wird der massgebende Vertragsinhalt ermittelt. Dabei wird geprüft, ob die Allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Vertrag übernommen wurden, ob alle Klauseln vom Willen auch der schwächeren Vertragspartei gedeckt sind und ob abweichende Individualabreden vorliegen. Zentrale Bedeutung kommt dabei der Ungewöhnlichkeitsregel (vgl. unten B. II.) zu.

«Die Regel, wonach auch ungelesen übernommene Allgemeine Versicherungsbedingungen bindend sind, erfährt dann eine Ausnahme, wenn der Versicherer weiss – oder nach der allgemeinen Lebenserfahrung vernünftigerweise wissen müsste –, dass der Versicherungsnehmer bei Kenntnis des Inhaltes diesen nicht gewollt hätte (BGE 108 II 416, 418). Dies folgt aus dem Vertrauensprinzip (...). Aus diesem Grund ist zu prüfen, ob alle Bestimmungen der Allgemeinen Versicherungsbedingungen eines grundsätzlich durch Globalübernahme gültig einbezogenen Bedingungswerkes vom normativen Konsens erfasst sind. (...) Diese Prüfung erfolgt im Wesentlichen anhand der Ungewöhnlichkeitsregel.»²

«Die Ungewöhnlichkeitsregel besagt, dass «von der globalen Zustimmung zu Allgemeinen Versicherungsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht besonders

¹ vgl. STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, § 8

² a.a.O., N. 8.32

aufmerksam gemacht worden ist. Die Partei, welche die Allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Vertrag aufgenommen hat, muss aufgrund des Vertrauensprinzips davon ausgehen, dass ihr unerfahrener Versicherungsnehmer gewisse ungewöhnliche Klauseln nicht will» (BGer Pra 1998 Nr. 9 vom 5.8.1997; BGE 119 II 443, 446; BGE 109 II 452, 456; BGE 109 II 213, 216 f.)³ «Die Ungewöhnlichkeitsregel knüpft am Überraschungsmoment an. Die inhaltliche Unangemessenheit einer Bestimmung spielt dabei grundsätzlich keine Rolle. Entscheidend ist einzig, mit welchem Vertragsinhalt der die Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht lesende oder nicht verstehende Kunde nach dem Vertrauensprinzip rechnen musste. Ungewöhnlichkeit und Unbilligkeit sind dabei auseinanderzuhalten: Die Ungewöhnlichkeit ist eine Frage der Konsensbildung, während es bei der Unbilligkeit um die Grenze der Vertragsfreiheit geht.»⁴ «Eliminiert der Versicherer durch besondere Hinweise das Überraschungsmoment, so ist mit den Mitteln der Geltungskontrolle auch der unbilligsten Klausel nicht beizukommen.»⁵

3. Auslegungskontrolle

Im Rahmen der Auslegungskontrolle ist der massgebende Sinn des Vertragsinhalts zu ermitteln. In diesem Zusammenhang spielt die Unklarheitsregel (vgl. unten B. III) eine dominierende Rolle. Allgemeine Versicherungsbedingungen sind nach den gleichen Regeln wie Individualverträge auszulegen. Aus diesem Grundsatz leitet das Bundesgericht eine zwingend einzuhaltende Kaskade von Auslegungsgrundsätzen ab (BGer 5C.31/2006 vom 10.7.2006; BGE 122 III 118, 121, 124; BGE 119 II 368, 372; BGE 118 II 342, 344; BGE 117 II 609, 621):

- a) Massgebend ist an erster Stelle der wirkliche Wille der Parteien. Entscheidend ist der allgemeine (gewöhnliche) Sprachgebrauch, wie ihn der Versicherungsnehmer nach der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste. Nicht massgebend ist insbesondere die juristische, technische oder wissenschaftliche Bedeutung eines Begriffs (BGer 5C.87/2002 vom 24.10.2002; BGE 124 III 155, 158; BGE 118 II 342, 345; BGE 116 II 189, 190; BGE 115 II 264, 269). Von diesem Grundsatz gibt es drei Ausnahmen: Wenn es sich um technische Ausdrücke handelt, die der versicherten Gefahr eigen sind, wenn der Versicherungsnehmer über einschlägige Fachkenntnisse verfügt oder explizit auf den besonderen Sinn eines Ausdruckes hingewiesen wurde (verkehrsüblicher Gebrauch) und wenn es sich um Rechtsbegriffe mit fest umrissenem Inhalt handelt. Geben die Parteien einem Begriff einen eigenen, individuellen Sinn, der den allgemein- oder verkehrsüblichen Sinn erweitert, einengt, eingrenzt oder sonstwie verändert, so geht der

³ a.a.O., N. 8.35

⁴ a.a.O., N. 8.36

⁵ a.a.O., N. 8.37

individuelle Sinn vor. Versicherungsverträge enthalten häufig Definitionen wichtiger Begriffe. Weicht eine solche Definition vom umgangssprachlichen Sinn des Begriffes ab, so geht sie diesem vor. Bei der Auslegung breit angelegter Allgemeiner Versicherungsbedingungen ist der Systematik des Bedingungswerkes erhebliches Gewicht beizumessen. Der einzelne Ausdruck ist stets im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen.⁶

- b) Nur wenn dieser nicht (mehr) feststellbar ist, muss der Richter an zweiter Stelle den mutmasslichen Willen der Parteien ermitteln.⁷
- c) Erst wenn auch auf diesem Weg der massgebende Sinn einer Vertragsbestimmung nicht restlos klar wird, kann an dritter Stelle auf die Unklarheitsregel zurückgegriffen werden: Im Zweifelsfall ist diejenige Bedeutung einer Bestimmung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorzuziehen, die für den Versicherer ungünstiger ist. Die Unklarheitsregel setzt voraus, dass die Auslegungsmittel zu keinem sicheren Ergebnis führen und mindestens zwei verschiedene Deutungen als ernsthaft vertretbar erscheinen lassen.⁸

4. Inhaltskontrolle

Führt die Auslegung einer Bestimmung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zu einer unangemessenen oder unbilligen Regelung, kann diese mithilfe der Inhaltskontrolle korrigiert werden. «Die vom Bundesgericht entwickelten Leitsätze zur Berücksichtigung von Billigkeitsüberlegungen im Rahmen v.a. der Geltungskontrolle stimmen weitgehend mit den von der Lehre aufgestellten Massstäbe für eine offene Inhaltskontrolle überein.»⁹ «Die fehlende offene Inhaltskontrolle ist das grosse konsumentenrechtliche Problem des schweizerischen Rechts.»¹⁰

II. Ungewöhnlichkeitsregel

1. Macht- oder Erfahrungsgefälle

«Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich in der Regel nur die schwächere oder unerfahrenere Partei auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen. Dies bedeutet umgekehrt, dass bei Fehlen eines Macht- oder Erfahrungsgefälles, wenn sich also zwei gleich starke und erfahrene Parteien gegenüberstehen, die Ungewöhnlichkeitsregel – zumindest im Regelfall – nicht

⁶ a.a.O., N. 8.50, N. 8.55 – N. 8.58

⁷ a.a.O., N. 8.50

⁸ a.a.O., N. 8.50, N. 8.70

⁹ a.a.O., N. 8.111

¹⁰ a.a.O., N. 8.113

anwendbar ist.»¹¹ Wurde eine geschäfts- oder branchenerfahrene Vertragspartei von einer global übernommenen Klausel in Allgemeinen Versicherungsbedingungen überrascht, so kann sie die Ungewöhnlichkeitsregel ebenfalls anrufen.

2. Subjektive Ungewöhnlichkeit der Bestimmung

Ob eine Klausel subjektiv ungewöhnlich ist, bestimmt sich nach einem individuellen Massstab. Es kommt auf das spezifische Fachwissen, die Branchenkenntnisse und die allgemeine Geschäftserfahrung des betreffenden Versicherungsnehmers an. Auch eine zwar geschäftsfremde, aber branchenübliche Klausel kann somit für einen branchenfremden Versicherungsnehmer überraschend sein. Für eine geschäfts- oder branchenerfahrene Vertragspartei gelten hier strengere Massstäbe.

3. Objektive Ungewöhnlichkeit der Bestimmung

«Objektive Ungewöhnlichkeit setzt einen geschäftsfremden Inhalt voraus, d.h., er muss die Vertragsnatur wesentlich verändern oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen dieses Vertragstypus fallen. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers beeinträchtigt, umso eher darf sie dabei als ungewöhnlich bezeichnet werden.»¹² Bei Versicherungsverträgen sind die berechtigten Deckungserwartungen zu berücksichtigen (vgl. Urteil 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.4.2). Entsprechend hielt das Bundesgericht fest, dass im Bereich der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) diese Regel zur Anwendung gelangen kann, wenn der durch Bezeichnung und Werbung beschriebene Deckungsumfang ganz erheblich reduziert wird, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind, wenn Sinn und Tragweite einer Bestimmung infolge komplizierter Formulierung verklausuliert sind oder wenn sie aufgrund ihres Standorts innerhalb der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für den Versicherungsnehmer überraschend und unerwartet erscheint (Urteil 5C. 134/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.2).

¹¹ a.a.O., N. 8.39

¹² a.a.O., N. 8.42

III. Unklarheitsregel

1. Vertragsinhalt

«Die Unklarheitsregel gilt ausschliesslich für die Ermittlung des massgebenden Vertragsinhaltes. Sie ist nicht anwendbar, wenn sich die Unklarheit lediglich auf die Anwendung einer an sich klaren Vertragsbestimmung auf einen konkreten Sachverhalt bezieht.»¹³

2. Unklar

«Die Anwendung der Unklarheitsregel setzt voraus, dass die Auslegungsmittel zu keinem Ergebnis geführt haben und mindestens zwei verschiedene Deutungen als ernsthaft vertretbar erscheinen. Dies ist z.B. dann klarerweise der Fall, wenn zwei Gutachten von in Versicherungsrecht versierten Juristen zu verschiedenen Ergebnissen gelangt sind. Umgekehrt darf in keinem Fall die Unklarheitsregel alleine schon deswegen angewandt werden, weil die Auslegung streitig ist.»¹⁴

3. Treu und Glauben

«Auch bei einer objektiv unklaren Vertragsbestimmung bleibt für die Anwendung der Unklarheitsregel kein Raum, wenn der Versicherer resp. dessen Agent den Versicherungsnehmer bei Vertragsabschluss explizit auf den Umfang der Klausel aufmerksam gemacht hat. Hat der Versicherungsnehmer diese Erläuterungen widerspruchlos akzeptiert, so muss er den Vertrag nach Treu und Glauben in diesem Sinne gegen sich gelten lassen.»¹⁵

C. Das Coronavirus / Epidemiologie / zu den Begriffen «Epidemie» und «Pandemie»

I. Das Coronavirus

Coronaviren (CoV) bilden eine grosse Familie von Viren, die Erkrankungen von einer normalen Erkältung bis zu schweren Krankheitsverläufen verursachen können. Coronaviren sind auch die Verursacher des Schweren Akuten Atemwegssyndroms (SARS) sowie von MERS, was für Middle East Respiratory Syndrome steht. Coronaviren und Inflenzaviren entstammen unterschiedlichen Virenfamilien. Sie können ähnliche Symptome auslösen.

¹³ a.a.O., N. 8.70

¹⁴ a.a.O., N. 8.70

¹⁵ a.a.O., N. 8.70

Das Virus SARS-CoV-2 stammt aus China und rief die Krankheit COVID-19 hervor. SARS-CoV-2 stammt aus der Familie der Coronaviren und hat keine Verwandtschaft zu Influenzaviren (wie z.B. der Vogel- und Schweinegrippe). Es handelt sich um eine Infektionskrankheit. Das Virus führt zu einer Atemwegserkrankung (vergleichbar mit der Grippe), u.a. mit den Symptomen Husten und Fieber. In schweren Fällen kann es zu einer Lungenentzündung kommen. Das neuartige Coronavirus wird hauptsächlich durch den Kontakt mit Speichel oder Nasensekret infizierter Personen übertragen, also durch Tröpfcheninfektion beim Husten oder Niesen.

Die Unterschiede zwischen dem Coronavirus SARS-CoV-2 und Influenza-Viren sind gross. Vor allem die Geschwindigkeit der Übertragung ist nach Angaben der WHO ein wichtiger Unterschied zwischen den beiden Viren: Die Influenza hat eine kürzere Inkubationszeit als die Lungenkrankheit Covid-19. Ausserdem erfolgen bei einer Influenza die Ansteckungen in den Infektionsketten rascher aufeinander (Influenza: 3 Tage, COVID-19: 5 bis 6 Tage). Das bedeutet, dass die Grippe sich schneller verbreiten kann als COVID-19.

II. Epidemiologie Basel / Schweiz

1. 30. Januar 2020

Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) ruft die internationale Gesundheitsnotlage aus (vgl. Beilage 1).

2. 24. Februar 2020

Erster in der Schweiz (Tessin) bestätigter Fall.

3. 27. Februar 2020

Erster Fall in Basel (Kita Riehen, vgl. Beilage 2).

4. 28. Februar 2020

Die Basler Fasnacht (2. - 4. März 2020) wird vom Regierungsrat Basel-Stadt gestützt auf die Verordnung des Bundesrats über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 28. Februar 2020 (vgl. Beilage 3) abgesagt. Der Bundesrat erklärt die «besondere Lage», gestützt auf Art. 6 Abs. 1 des Epidemiegesetzes (EpG). Veranstaltungen mit über 1'000 Teilnehmern werden verboten. Damit wurden Grossveranstaltungen wie der Genfer Autosalon oder die Basler Fasnacht abgesagt, resp. verboten.

5. 11. März 2020

Der Generaldirektor der WHO, Tedros Adhanom Ghebreyesus, macht im Rahmen der Pressekonferenz vom 11. März 2020 (Beilage 4) folgende Bemerkung: «We have therefore made the assessment that COVID-19 can be characterized as a pandemic», dass also die WHO zum Schluss gekommen sei, dass das COVID-19 als Pandemie charakterisiert werden könne. Wie schon anlässlich der Pressekonferenz vom 9. März 2020 (Beilage 5) wird nochmals ausgeführt, dass eine Pandemie – im Gegensatz zur internationalen Gesundheitsnotlage – nicht ausgerufen werden könne und dementsprechend kein formelles Verfahren zur Beurteilung, ob eine Pandemie vorliegt oder nicht, existiere.

6. 13. März 2020

Erlass der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (Beilage 6). Diese sah unter Art. 6 Abs. 4 vor, dass Restaurations- und Barbetriebe sowie Diskotheken und Nachtclubs einschliesslich des Personals nicht mehr als 50 Personen gleichzeitig aufnehmen durften und die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit betreffend Hygiene und sozialer Distanz eingehalten werden mussten.

Der Bundesrat entscheidet über ein erstes Massnahmenpaket von rund 10 Milliarden für Kurzarbeitsentschädigung und wirtschaftliche Hilfe (Beilage 7).

7. 16. März 2020

Der Bundesrat erklärt die «ausserordentliche Lage» gestützt auf Artikel 7 EpG (vgl. Beilagen 8 und 9). Ab dem 17. März 2020 0.00 Uhr werden Restaurationsbetriebe für das Publikum geschlossen, nicht betroffen sind Imbiss-Betriebe (Take-away), Betriebskantinen, Lieferdienste für Mahlzeiten und Restaurationsbetriebe für Hotelgäste.

8. 20. März 2020

Der Bundesrat beschliesst ein weiteres Massnahmenpaket zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen (die Verordnungen treten rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft):

- COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall (SR 830.31, Beilage 10): Diese Verordnung sieht unter anderem vor, dass Selbständigerwerbende, welche ihren Betrieb auf Anordnung des Bundes (Massnahme nach Artikel 6 Absätze 1 und 2 der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020, Achtung: gilt nicht für Imbiss-Betriebe, take-away, Betriebskantinen, Lieferdienste für Mahlzeiten und Restaurationsbetriebe für Hotelgäste) schliessen müssen und deswegen einen Erwerbsausfall erleiden, Anspruch auf eine Entschädigung haben.

Die Entschädigung entspricht 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, höchstens aber 196 Franken pro Tag.

- COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (SR 837.033, Beilage 11): Ausweitung und Vereinfachung der Kurzarbeit.
- Vom 19. März bis zum 4. April 2020 geltender Rechtsstillstand gemäss Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.
- Zahlungsaufschub bei Sozialversicherungsbeiträgen.
- Soforthilfen mittels verbürgter COVID-Überbrückungskredite.
- Liquiditätspuffer im Steuerbereich.

III. Zu den Begriffen «Epidemie» und «Pandemie»

Es finden sich auf dem Internet und in Lexikas diverse Definitionen der Begriffe «Epidemie» und «Pandemie». Im Zusammenhang mit der oben festgelegten Fragestellung interessieren insbesondere die Definitionen der Schweizerischen Behörden sowie der WHO.

Auf der Website der WHO findet sich lediglich die nachfolgende Definition der Epidemie auf Englisch (<https://www.who.int/hac/about/definitions/en/>, Stand am 31. März 2020):

«The occurrence in a community or region of cases of an illness, specific health-related behaviour, or other health-related events clearly in excess of normal expectancy. The community or region and the period in which the cases occur are specified precisely. The number of cases indicating the presence of an epidemic varies according to the agent, size, and type of population exposed, previous experience or lack of exposure to the disease, and time and place of occurrence.»

Die im Jahr 2009 von der WHO aufgestellten Pandemiestufen 1-6 (Beilage 12), wurden im Jahr 2017 durch ein zyklisches System mit 4 Phasen (interpandemic, alert, pandemic, transition) ersetzt (vgl. Beilage 13, S.13, Ziff. 2.2 Pandemic phases). Die beiden Systeme lassen sich schon aufgrund ihrer formalen Unterschiede nicht vergleichen.

Die WHO verfügt über das Instrument eines formellen Verfahrens zur Ausrufung der sogenannten «internationalen Gesundheitsnotlage». Die Beurteilung, ob eine gesundheitliche Notlage internationaler Tragweite besteht, erfolgt anhand der in Art. 12 der International Health Regulations (2005) festgelegten Kriterien (vgl. Beilage 14) und nach dem dort in Art. 49 vorgesehenen Verfahren.

Die seit 2017 nicht mehr geltenden Pandemiestufen der WHO aus dem Jahr 2009 beziehen sich explizit ausschliesslich auf das Influenza Virus (also nicht auf das Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19). Phasen 4 bis 6 hatten danach folgende Bedeutung:

- PHASE 4: «Human to human transmission of an animal or human-animal influenza reassortant virus able to sustain community-level outbreaks has been verified».
- PHASE 5: «The same identified virus has caused sustained community level outbreaks in two or more countries in one WHO region».
- PHASE 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».

Es gibt weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene ein formelles Verfahren, welches es erlauben würde, eine Epidemie oder Pandemie auszurufen.

Das schweizerische Epidemiegesetz (EpG) sieht in Art. 6 vor, dass eine «besondere Lage» vorliegt, wenn (a) die ordentlichen Vollzugsorgane nicht in der Lage sind, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen, und wenn eine der folgenden Gefahren besteht: (1) eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr, (2) eine besondere Gefährdung der öffentlichen Gesundheit, (3) schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche; (b) die Weltgesundheitsorganisation (WHO) festgestellt hat, dass eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite besteht und durch diese in der Schweiz eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit droht. Liegt eine «besondere Lage» vor, so kann der Bundesrat nach Anhörung der Kantone die in Art. 6 Abs. 2 EpG vorgesehenen Massnahmen treffen.

In Art. 7 EpG wird festgehalten, dass der Bundesrat, wenn es eine «ausserordentliche Lage» erfordert, für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen kann.

Im Influenza-Pandemieplan Schweiz (Beilage 15) werden die verschiedenen Lagen grafisch wie folgt dargestellt:



Abb. I.1.1: Vorbereitung von Massnahmen und Anpassungsbedarf

Das Bundesamt für Gesundheit definiert die Begrifflichkeiten auf seiner Website wie folgt (<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien.html>, Stand am 31. März 2020):

«Von einer Epidemie spricht man, wenn eine Infektionskrankheit stark gehäuft, örtlich und zeitlich begrenzt auftritt. In der Schweiz betrifft dies saisonal bspw. Grippe, Lyme-Borreliose und die zeckenübertragene Hirnhautentzündung (Frühsommer-Meningo-Enzephalitis FSME), in städtisch geprägten Regionen z.B. sexuell übertragbare Krankheiten.»

«Bei einer Pandemie handelt es sich um die Ausbreitung einer bestimmten Infektionskrankheit in vielen Ländern bzw. Kontinenten. Sie kann einen grossen Teil der Weltbevölkerung gefährden. Von Bedeutung sind vor allem Grippepandemien. Sie werden von Influenzaviren verursacht und können jederzeit auftreten. Auch Aids wird auch oft als Pandemie bezeichnet.»

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Begriffe «Epidemie» und «Pandemie» weder in einem nationalen noch internationalen Gesetz definiert werden (selbst im Epidemiegesetz und in dessen Verordnung findet sich keine Begriffserklärung!). Für die Beurteilung der Ernsthaftigkeit der Lage ist die Unterscheidung der beiden Begriffe sodann irrelevant, da dafür die Instrumente der Ausrufung der internationalen Gesundheitsnotlage (WHO) sowie der «besonderen» und «ausserordentlichen» Lage (CH) vorgesehen sind.

D. Die verschiedenen Betriebsausfallversicherungen

I. Allianz (vgl. CombiRisk Business, Die Geschäfts- und Gebäudeversicherung, Ausgabe 03.2015)

Im Rahmen der CombiRisk Business der Allianz können verschiedene Versicherungen abgeschlossen werden. Die Versicherungspolice gibt darüber Auskunft, welche Versicherungen bestehen. Folgende drei Versicherungsprodukte werden kurz erläutert:

1. «Fahrhabe Betriebsunterbruch»

- Unterbrechungsschäden sind nur aufgrund der in der Versicherungspolice bezeichneten Gefahren versichert (z.B. Feuer- und Elementarschäden, Diebstahlschäden, Wasserschäden, Glasschäden). «Ein versicherter Unterbrechungsschaden liegt vor, wenn der Betrieb des Versicherungsnehmers infolge eines Sachschadens an Fahrhabe, Gebäuden oder anderen Werken vorübergehend nicht oder nur teilweise weitergeführt werden kann.»

2. «Fahrhabe Zusätzliche Gefahren»

- Versichert sind die in der Police bezeichneten Sachen («Waren, Einrichtungen und gesamtes Dritteigentum») durch «innere Unruhen, böswillige Beschädigung, Fahrzeuganprall, Flüssigkeiten, Gebäudeeinsturz, Schmelzmassen, Radioaktive Kontamination», allenfalls im Rahmen der «Extended Coverage» und allenfalls «nicht genannte Gefahren» (all risks).
- All Risks: «Versichert sind Schäden, die während der Laufzeit des Vertrages an versicherten Sachen unfallartig, d.h. plötzlich und unvorhersehbar von aussen eintreten und nicht unter die im Vertrag aufgeführten Ausschlüsse fallen».

3. «Fahrhabe Hygiene»

- Versichert sind wahlweise und gemäss Definition in der Versicherungspolice «Betriebschliessung und Rückwirkungsschäden», «Tätigkeitsverbote», «Warenschäden», (...).
- Versichert sind jedoch nur Schäden «infolge behördlich verfügter oder empfohlener Massnahmen, um die Gefährdung der menschlichen Gesundheit durch Lebensmittel sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände zu verhindern», und «Warenverderb in Tiefkühl-, Kühl- oder Heizanlagen wegen Defekten».

Im Rahmen der CombiRisk Business sind Betriebsunterbrechungen im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19 nicht versichert. Voraussetzung für die Leistungspflicht der Allianz ist immer ein Sachschaden. Sollte die Allianz die Versicherung als «Epidemieversicherung» angeworben haben, wäre die Frage der Leistungspflicht einer ergänzenden Überprüfung zu unterziehen.

II. Mobiliar/Basler/TSM

1. Mobiliar (vgl. MobiPro / Bausteinbeschrieb 0104 / Epidemie / Ausgabe 07.2008)

- Die Mobiliar versichert die «Epidemie».
- Gegenstand der Versicherung ist u.a. der Ertragsausfall «infolge der Betriebsschliessung oder Quarantäne; (...) der Schliessung anderer, zudienender Betriebe (Rückwirkungsschäden) in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein; (...)»
- Unter den «Versicherten Gefahren» werden die Massnahmen, die von den zuständigen Behörden bzw. nach EN 45001 akkreditierten Labors kraft gesetzlicher Bestimmungen angeordnet werden, um die Verbreitung von übertragbaren Krankheiten zu verhindern, genannt. Als übertragbare Krankheiten gelten solche, die in der Regel meldepflichtig sind (...). Den übertragbaren Krankheiten gleichgestellt sind der Befall von Milben und Schwabenkäfern».
- Nicht versichert sind u.a. Massnahmen infolge von Grippe (Influenzen).
- Der örtliche Geltungsbereich der Versicherung gilt an den in der Versicherungspolice bezeichneten Standorten.
- Die Versicherungssumme ergibt sich aus der Versicherungspolice.

Massgebend ist die Versicherungspolice. Ist die «Epidemie» nicht versichert, besteht im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19 natürlich kein Versicherungsschutz.

Den Betrieben, welche die «Epidemie» versichert haben, erbringt die Mobiliar aus dieser Versicherung Leistungen für den Betriebsausfall im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19.

2. Basler (vgl. Baloise KMU Kombi, Die Versicherung für das Gastgewerbe, Ausgabe 2015)
- Es können u.a. die «Epidemie» («Schäden an Waren und entstandene Mehrkosten infolge Epidemie») sowie die «Betriebsunterbrechung und Lohnkosten bei Tätigkeitsverbot» («Umsatzausfall sowie Übernahme der Lohnkosten, wenn der Betrieb des Versicherungsnehmers infolge Epidemie vorübergehend nicht oder nur teilweise weitergeführt werden kann») als Zusatzversicherungen zu den Grundversicherungen abgeschlossen werden.
 - Auch «Rückwirkungsschäden» («Schäden, die entstehen, wenn ein Fremdbetrieb von einem Schaden betroffen wird und dadurch der Betrieb des Versicherungsnehmers vorübergehend nicht oder nur teilweise weitergeführt werden kann») können bei «Epidemie» versichert werden. Kein Versicherungsschutz besteht in diesem Fall bei «Epidemie ausserhalb der Schweiz, dem Fürstentum Liechtenstein und den Enklaven Büsingen und Campione».
 - Versicherte Ereignisse bei «Epidemie» sind «Fälle, in denen eine zuständige Behörde oder ein nach der europäischen Norm EN ISO/IEC 17025 akkreditiertes Labor, aufgrund gesetzlicher Bestimmungen und um die Verbreitung von übertragbaren Krankheiten zu verhindern» Massnahmen wie z.B. die Betriebsschliessung anordnet. «Als übertragbare Krankheiten gelten durch Erreger verursachte Krankheiten, die auf Menschen übertragbar und in der Regel meldepflichtig sind. Den übertragbaren Krankheiten gleichgestellt sind der Befall von Milben und Schwabenkäfern.»
 - Kein Versicherungsschutz besteht für Schäden «infolge von Grippe (Influenzen) jeder Art, inkl. Vogelgrippe sowie pandemische Grippe».

Massgebend ist die Versicherungspolice. Ist weder die «Epidemie» («Schäden an Waren und entstandene Mehrkosten infolge Epidemie») noch die «Betriebsunterbrechung und Lohnkosten bei Tätigkeitsverbot» («Umsatzausfall sowie Übernahme der Lohnkosten, wenn der Betrieb des Versicherungsnehmers infolge Epidemie vorübergehend nicht oder nur teilweise weitergeführt werden kann») versichert, besteht im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19 natürlich kein Versicherungsschutz.

Die Basler erbringt den bei ihr versicherten Betrieben aus diesen Versicherungen Leistungen für Schäden an Waren und entstandene Mehrkosten sowie für die Betriebsunterbrechung im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19.

3. TSM

Als Allgemeine Versicherungsbedingungen liegen uns verschiedene Ausgaben vor: 09.2002, 06.2005 und 01.2014.

- Die Versicherungspolicen der TSM («Transportrisiken, Spezialrisiken, Bürgschaftsrisiken, Assistance, Kaskorisiken, Marine Division») lauten: «Police Nr. (...) für die Versicherung von Epidemierisiken» und «Police Nr. (...): Epidemieversicherung».
- Gegenstand der Versicherung sind dem Restaurationsbetreiber entstehende finanzielle Folgen aus: «Umsatzausfall, Warenschäden und Mehrkosten wegen gesetzlicher Bestimmungen oder behördlicher Anordnung zur Verhinderung der Ausbreitung übertragbarer Krankheiten».
- Die maximale Entschädigungssumme als Total aller Leistungen pro versichertes Ereignis entspricht der vereinbarten Versicherungssumme. «Epidemierisiken: Die Versicherung versteht sich ohne Selbstbehalt».
- Es besteht u.a. Schutz gegen die finanziellen Folgen:
 - einer Schliessung und/oder Quarantäne des versicherten Betriebes;
 - eines personenbezogenen Arbeitsverbotes einzelner Beschäftigter des versicherten Betriebes;
 - eines Belieferungsverbotes des versicherten Betriebes gegenüber Kunden;
 - einer Schliessung von zudienenden oder abnehmenden Dritt-Betrieben (Rückwirkungsschäden) innerhalb der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein.
- Versicherungsschutz besteht nur dann, wenn die entsprechenden Massnahmen zur Verhinderung der Ausbreitung von auf den Menschen übertragbarer Krankheiten im Rahmen gesetzlicher Bestimmungen durch schweizerische und/oder liechtensteinische Behörden angeordnet oder zur Befolgung empfohlen werden.
- Als übertragbare Krankheiten gelten solche, die durch Krankheitserreger auf den Menschen übertragen werden und üblicherweise den Gesundheitsbehörden gemeldet werden müssen, wie z.B. Befall durch Salmonellen oder Typhus.
- U.a. Leistungen bei Betriebsschliessungen (unterschiedlich, je nach den anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen):
 - Die TSM entschädigt bei angeordneten oder empfohlenen Betriebsschliessungen eine Tagespauschale für jeden angefallenen Arbeitstag. Die Tagespauschale berechnet sich zwischen 1.00 ‰ und 2.00 ‰ basierend auf dem Umsatz des betroffenen Unternehmers.

- Den Umsatzausfall infolge versicherter Massnahmen vergütet die TSM im Rahmen der in der Police aufgeführten Versicherungssumme, berechnet auf der Differenz zwischen dem während der Haftzeit erzielten und dem ohne Eintritt des Ereignisses erwarteten Umsatz, vermindert um die Differenz zwischen den mutmasslichen und tatsächlich aufgewendeten Kosten.
- Die Haftzeit beträgt 90 Tage.
- Ausgeschlossen von der Versicherung sind Schäden u.a. als Folge von:
 - einer Grippe (Influenza) und Geschlechtskrankheiten jeder Art;
 - kriegerischen Ereignissen, Neutralitätsverletzungen, Revolution, Rebellion, Aufstände, innere Unruhen (gewalttätige Handlungen gegen Personen oder Sachen anlässlich von Zusammenrottung, Krawall oder Tumult), Vorgängen mit terroristischem Hintergrund und dagegen ergriffenen Massnahmen, Erdbeben, Vulkanausbrüchen, Kernenergie und Radioaktivität (direkter sowie indirekter Art);
 - Verwendung von chemischen, biologischen, biochemischen Substanzen oder elektromagnetischen Wellen als Waffen;sofern der Restaurationsbetreiber nicht nachweist, dass kein Zusammenhang besteht zwischen den genannten Ereignissen und einem Schaden.

In dem uns vorliegenden Schriftverkehr hat sich die TSM zu ihrer Leistungspflicht bisher wie folgt geäussert: «Zum jetzigen Zeitpunkt ist es den Versicherungsgesellschaften nicht möglich, die Natur dieses speziellen, noch nie dagewesenen und sich noch weiterentwickelnden Ereignisses einzuschätzen. Aus diesem Grund ist es uns nicht möglich, eine Deckungszusage im Rahmen Ihres Versicherungsvertrages abzugeben, und wir müssen Ihren Schadenfall vorerst ablehnen. Sollten Gutachten der Experten zum Schluss führen, dass es sich bei den Folgen dieser Viruserkrankung um ein versichertes Ereignis handelt, werden wir Ihre Forderungen selbstverständlich erneut prüfen.»

Der Versicherer erklärt nicht, weshalb es sich beim Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19 nicht um ein versichertes Ereignis handeln sollte. «Salmonellen» oder «Typhus» werden in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen beispielhaft als versicherte übertragbare Krankheiten genannt. Es handelt sich dabei jedoch nicht um eine abschliessende Aufzählung und vor dem Hintergrund der Versicherungspolice als «Epidemieversicherung» und sämtlicher Bestimmungen (insb. auch des Ausschlusses für Influenza) kann für einen Restaurationsbetreiber nicht nachvollziehbar begründet werden, weshalb im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit

COVID-19 bei einer behördlich angeordneten Betriebsschliessung kein Versicherungsschutz bestehen sollte.

Die Ausgangslage ist damit gleich, wie bei den Epidemieversicherungen der Mobiliar und der Basler, welche sich im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19 auf keinen Versicherungsausschluss in ihren Allgemeinen Versicherungsbedingungen berufen können und ihren Versicherungsnehmern Leistungen erbringen. Dementsprechend ist auch die TSM nach der hier vertretenen Meinung leistungspflichtig.

III. AXA/Helvetia/Generali/Zurich

1. AXA (vgl. ZB, Ausgabe 03.2013)

a. «Sachversicherung Unternehmen»

- Versichert sind alle dem Betrieb dienenden beweglichen Sachen wie Waren, Einrichtungen, Werkzeuge und Maschinen. Mitversichert sind z.B. folgende Kosten, die im Zusammenhang mit einem Schadenfall entstehen: Kosten für Räumung, Notverglasung, Nottüren und für die Wiederherstellung von Geschäftsakten.
- Versichert werden können auch Ertragsausfälle und Mehrkosten aus einer Betriebsunterbrechung, die aufgrund eines versicherten Schadens an den beweglichen Sachen oder Betriebsgebäuden entsteht.
- Versicherbar sind Feuer (inkl. Elementarereignisse); Erdbeben; Einbruchdiebstahl und Beraubung; Wasser; Glasbruch; weitere Gefahren (Extended Coverage). Bei den weiteren Gefahren besteht ein Ausschluss für Pandemie und Epidemie.

Bei der «Sachversicherung Unternehmen» handelt sich um eine Betriebsausfallversicherung, die nur dann Leistungen erbringt, wenn der Ausfall auf einen versicherten Schaden an den beweglichen Sachen oder Betriebsgebäuden zurückzuführen ist. Es besteht dementsprechend kein Anspruch, wenn der Betriebsausfall auf einen anderen Grund zurückzuführen ist. Bei durch Krankheitserreger herbeigeführten Schäden besteht folglich keine Versicherungsdeckung.

b. «Epidemieversicherung»

- Diese Versicherung bietet einen Versicherungsschutz u.a. gegen die finanziellen Folgen von a) Betriebsschliessung oder Quarantäne, e) Schliessung von zuliefernden oder abnehmenden Fremdbetrieben (Rückwirkungsschäden) und h) Verbot von Festanlässen.
- Für die finanziellen Folgen dieser Massnahmen besteht Versicherungsschutz, wenn eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde Erreger übertragbarer Krankheiten festgestellt hat und kraft öffentlich-rechtlicher Bestimmungen Massnahmen anordnet, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern. Übertragbare Krankheiten im Sinne dieses Vertrags sind durch Erreger verursachte Krankheiten, die auf Menschen oder Tiere übertragbar und in der Regel meldepflichtig sind: a) Bakterien verursachte Erkrankungen: z. B. Botulismus, Salmonellose, Ruhr, Typhus, Cholera, Legionellose, Listeriose, Milzbrand, Scharlach, Tuberkulose, Meningitis usw.; b) Viren verursachte Erkrankungen: z. B. Hepatitis, Tollwut, Varizellen (Spitze Blattern), Norovirose, Masern, Röteln, Maul- und Klauenseuche usw.; c) Parasiten verursachte Erkrankungen: Läuse, Flöhe, Wanzen, Krätze, Spulwürmer usw.
- Leistungen bei Ertragsausfall: Während der behördlich verfügten Betriebsschliessung leistet die AXA eine pauschale Entschädigung pro Kalendertag. Diese Tagesentschädigung beträgt für Restaurationsbetriebe 2,00 ‰ des Jahresumsatzes des dem Schadenfall vorausgegangenen Geschäftsjahrs des betroffenen Betriebs. Die Haftzeit (Zeitraum, für welchen Versicherungsschutz für den Unterbrechungsschaden besteht) beträgt 90 Tage.
- Nicht versichert sind «Schäden a) infolge von Influenza-Viren (Grippe Viren) und Prionen (Scrapie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jakob usw.); b) infolge von Krankheitserreger für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten».

Die Axa lehnt die Leistungen mit der Begründung ab, dass aufgrund der Erklärung der WHO vom 11. März 2020, dass es sich bei der aktuellen Ausbreitung des neuartigen Corona-Virus um eine Pandemie handle, der in der Epidemieversicherung vorgesehene Deckungsausschluss «Pandemie» zur Anwendung komme und somit spätestens ab dem 11. März 2020 kein Anspruch auf Leistungen aus der Epidemieversicherung bestehe. Sinn und Zweck der Epidemieversicherung sei entsprechend der Produktbezeichnung die Absicherung der finanziellen Risiken eines epidemischen Geschehens. Die Epidemieversicherung könne und wolle solche Ereignisse auf Betriebsebene absichern. Dies wäre bspw. ein Norovirus-Ausbruch in einem Altersheim oder in einem Hotel. Der Sinn des Ausschlusses der Pandemie sei die Begrenzung des Risikos, das deshalb auch in der Prämie nicht eingeschlossen und auch nicht rückversichert sei. Mit Ausnahme einzelner Segmente sei es nie die Absicht der Epidemieversicherung

gewesen, die Folgen eines flächendeckenden Katastrophenereignisses wie in der aktuellen Situation zu decken. Dieser Absicht entspreche der aktuelle Deckungsausschluss, welcher «nur» bei Extremereignissen zum Tragen komme.

2. Helvetia (vgl. Geschäftsversicherung KMU, AVB Gemeinsame Bestimmungen KMU April 2017, AVB Geschäftsversicherung KMU April 2017, ZB Erweiterte Versicherung für Nahrungs- und Futtermittel sowie Tiere April 2017)

- Je nach Versicherungspolice ist im Rahmen einer «Fahrhabeversicherung» die «Epidemie» versichert:
 - «Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie» bei «Weitere Gefahren».
 - «Nahrungs- und Genussmittel gegen Epidemie-, Übergärungs-, Verderb- sowie Transportschäden» bei «Weitere Gefahren»/«Nahrungsmittel gegen Epidemie-, Verderb- und Transportschäden».
- Unter «Epidemie» versichert sind Schäden infolge von Massnahmen, die eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt, um u.a. durch a) Schliessung oder Quarantäne von Betrieben oder Betriebsteilen sowie Einschränkungen der betrieblichen Tätigkeit; g) Verbot von Festanlässen; die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern. Bei Sachschäden an beweglichen Sachen anerkennt die Helvetia empfohlene Massnahmen eines neutralen, vom Versicherungsnehmer unabhängigen und akkreditierten Labors oder offiziell zertifizierten Unternehmens, wenn sie eine zuständige schweizerische Behörde nach gesetzlichen Bestimmungen auch hätte anordnen müssen.
- Als übertragbare Krankheiten gelten durch Erreger verursachte Krankheiten, die auf Menschen oder Tiere übertragbar und in der Regel meldepflichtig sind, durch: a) Bakterien, z.B. Botulismus, Salmonellose, Ruhr, Typhus, Cholera, Legionellose, Listeriose, Meningitis, Milzbrand, Scharlach, Tuberkulose; b) Viren, z.B. Hepatitis, Tollwut, Varizellen, Norovirose, Masern, Röteln, Maul- und Klauenseuche; c) Parasiten, z.B. Läuse, Flöhe, Wanzen, Krätze, Spulwürmer.
- Versicherungssumme für Ertragsausfall und Mehrkosten gemäss Police; Folgekosten sowie Arztkosten sind bis 20 % der Versicherungssumme mitversichert.
- Zeitlicher Geltungsbereich für Ertragsausfall und/oder Mehrkosten sowie Taggeld bei Tätigkeitsverbot im Maximum 90 Tage.
- Nicht versichert sind «Schäden infolge von Influenza-Viren und Prionkrankheiten (Scrapie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jakob usw.) sowie infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten»

Die Helvetia argumentiert, in der Versicherungsbranche seien die Risiken einer Pandemie in der Regel nicht von einer Betriebsunterbruchversicherung gedeckt. Pandemien gehörten zu den nur sehr beschränkt versicherbaren Ereignissen, da sie schwer kalkulierbar seien und weltweit mit grossem Ausmass auftreten würden. Für Versicherungen wichtige Grundmechanismen, wie der Ausgleich im Kollektiv, funktionierten hier nicht. Die Versicherung basiere auf den behördlich verfügten oder empfohlenen Massnahmen (z.B. Betriebsschliessungen), um die Gefährdung der menschlichen Gesundheit durch Lebensmittel sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände zu verhindern. Versichert seien hier die getroffenen Massnahmen, die zur Verhinderung einer Übertragung durch infizierte Lebensmittel und Gegenstände erfolgten. Die Übertragungen des Coronavirus fände jedoch von Mensch zu Mensch statt, weshalb keine Deckung gewährt werden könne. In Fällen von Pandemien bedürfe es einer staatlichen Lösung.

3. Generali

Uns liegen die zugestellten zwei Seiten einer 11-seitigen Versicherungspolice und die Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Ausgabe 10.2012 inkl. ZB, Ausgabe 2017, vor.

- Die Generali bietet im Rahmen der Versicherungspolice «MODULA» eine Versicherung für «Inventar», «Betriebsunterbrechung» und «Betriebshaftpflicht» an. Im Rahmen der «Betriebsunterbrechung» kann «Epidemie» zusätzlich versichert werden.
- Bezüglich «Epidemie» kommen die «Zusatzbedingungen (ZB) für Epidemieversicherung für Restaurations- und Hotelleriebetriebe, Ausgabe 2017» zur Anwendung.
- Gegenstand der Versicherung ist u.a.
 - die Schliessung und/oder Quarantäne des versicherten Betriebes;
 - das personenbezogene Arbeitsverbot einzelner Beschäftigter des versicherten Betriebes;
 - die Schliessung von zudienenden oder abnehmenden Dritt-Betrieben (Rückwirkungsschäden) innerhalb der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein.
- Versicherungsdeckung besteht nur dann, wenn die entsprechenden Massnahmen zur Verhinderung der Ausbreitung von auf den Menschen übertragbarer Krankheiten im Rahmen gesetzlicher Bestimmungen durch schweizerische und/oder liechtensteinische Behörden angeordnet oder zur Befolgung empfohlen werden.
- Als übertragbare Krankheiten gelten solche, die durch Krankheitserreger auf den Menschen übertragen werden und üblicherweise den Gesundheitsbehörden gemeldet werden müssen, wie z.B. Befall durch Salmonellen, Listeriose oder Typhus.

- Die Tagespauschale beträgt 2 ‰ des Jahresumsatzes gemäss Versicherungspolice; die Haftungszeit beträgt 90 Tage. Die maximale Entschädigungssumme ist in der Versicherungspolice oder in den besonderen Bedingungen vereinbart und versteht sich pro versichertes Ereignis ohne Einschränkung bis zum deklarierten Jahresumsatz.
- Ausgeschlossen von der Versicherung sind u.a. Schäden infolge von
 - Influenza-Viren («Grippe-Viren») und Prionen (Scrapie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jakob usw.);
 - Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten;
 - Kriegerischen Ereignissen, Neutralitäts-Verletzungen, Revolution, Rebellion, Aufstände, innere Unruhe (gewalttätige Handlungen gegen Personen oder Sachen anlässlich von Zusammenrottung, Krawall oder Tumult), Vorgängen mit terroristischem Hintergrund und dagegen ergriffene Massnahmen, Erdbeben, Vulkanausbrüchen, Kernenergie und Radioaktivität (direkter sowie indirekter Art), ausser der Versicherungsnehmer weist nach, dass kein Zusammenhang besteht zwischen den genannten Ereignissen und einem Schaden im Rahmen dieser Zusatzbedingen.

Es ist uns nicht bekannt, ob und mit welcher Begründung die Generali ihre Leistungen ablehnt. Wir gehen jedoch davon aus, dass sie ihre Leistungspflicht genauso wie die AXA und die Helvetia mit Hinweis auf den Ausschluss in ihren «Zusatzbedingungen (ZB) für Epidemiever-sicherung für Restaurations- und Hotelleriebetriebe» «Krankheitserreger für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» ablehnt.

4. Zurich (vgl. AVB, Ausgabe 05/2019; Epidemie (ZB), Ausgabe 05/2019)
 - Im Rahmen der Versicherungspolice «Zurich Sachversicherung» versichert die Zurich Schäden im Zusammenhang mit «Feuer und Elementar», «Einbruchdiebstahl und Beraubung», «Wasser», «Glas», «Aussenversicherung» und «Besondere Ereignisse an versicherten Motorfahrzeugen». Zudem können diverse Zusatzversicherungen abgeschlossen werden: «Epidemie» («Warenverderb, Ertragsausfall inkl. Mehrkosten, Kosten»), «Transport», «Büroelektronik», «Cyber» und «Maschinen (Medic)»
 - Als Allgemeine Versicherungsbedingungen anwendbar sind die «Zusatzbedingungen (ZB)» «Epidemie».
 - «Versichert ist der Verderb von Waren» u.a. «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». Die Leistungen sind auf CHF 100'000.00 pro Ereignis beschränkt.

- «Versichert ist der Ertragsausfall am versicherten Standort» u.a. «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» sowie «als direkte Folge eines behördlichen Verbots der Belieferung von Kunden oder einer behördlichen Schliessung bei einem Fremdbetrieb (direkter Abnehmer oder direkter Zulieferer des Versicherungsnehmers)». Die vereinbarte Versicherungssumme gemäss Police bildet die Entschädigungs-Limite pro versichertes Ereignis. Die Haftzeit ist begrenzt auf 90 Tage. Eine Entschädigung entfällt, wenn der Unterbruch nicht länger als 48 Stunden besteht.
- Ausgeschlossen von der Versicherung sind u.a. Schäden
 - «infolge von Influenza-Viren («Grippe-Viren») und Prionen (Scrapie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jakob usw.)» und
 - «infolge von Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten».

Die Zurich lehnt ihre Leistungspflicht gestützt auf den Versicherungsausschluss «Krankheitserreger für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» in ihren «Zusatzbedingungen (ZB)» «Epidemie» ab. Eine Pandemie gehöre zu den nicht oder nur sehr schwer versicherbaren Grossrisiken, wie auch z.B. die Folgen von Kriegshandlungen oder Atomkatastrophen. Solche Schadenfälle seien allgemein bei den Schweizer Versicherungen ausgeschlossen. Denn die Schäden seien so umfangreich, dass kein Privatunternehmen die Mittel habe, diese ohne staatliche Unterstützung zu schultern. Entsprechend bestehe auch keine Versicherungsdeckung aus der Sachversicherung. Auf freiwilliger Basis wird jedoch bisher offensichtlich ein «Solidaritätsbeitrag» in der Höhe von CHF 7'000.00 ausbezahlt.

IV. Versicherungsrechtliche Beurteilung der Leistungspflicht der AXA, Helvetia, Generali und Zurich

Es stellt sich abschliessend die entscheidende Frage, ob die gleichlautenden Ausnahmeklauseln der AXA, Helvetia, Generali und Zurich in ihren Allgemeinen Versicherungsbedingungen «Schäden (...) infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» Vertragsinhalt der entsprechenden Versicherungsverträge geworden sind oder nicht resp. die Versicherer gestützt auf diese Ausnahmeklauseln im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19 zu Recht keine Leistungen erbringen.

Die Prüfung erfolgt nach dem oben (B.) dargelegten Schema gestützt auf Gesetz und Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie vor dem Hintergrund der Fakten im Zusammenhang mit dem Coronavirus und dessen Ausbreitung und den Begriffen «Epidemie» und «Pandemie» (C.).

1. Geltungskontrolle

a) Übernahme der Allgemeinen Versicherungsbedingungen

Durch die Bezeichnung/Erwähnung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen in den Versicherungspolicen werden diese zu integrierten Bestandteil der entsprechenden Versicherungsverträge zwischen den Versicherungsnehmern und den Versicherern.

b) Individualabreden

Bei den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der beiden Versicherer handelt es sich nicht um Individualabreden. Sie sind Bestandteil aller von diesen Versicherern verkauften entsprechenden Versicherungspolicen.

c) Vertrauensprinzip/Wille der Schwächeren Partei/Ungewöhnlichkeitsregel

(1) *Macht- oder Erfahrungsgefälle / Überraschungsmoment*

Im Vergleich zum Versicherer handelt es sich bei den Versicherungsnehmern, welche vorliegend Restaurantbetreiber sind, um die schwächere oder unerfahrenere Partei. Es liegt eindeutig ein Macht- oder Erfahrungsgefälle vor, weshalb der Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel grundsätzlich nichts im Wege steht. Selbst wenn ein Restaurantbetreiber im Versicherungsbereich über Erfahrungen verfügen sollte, könnte die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung kommen, da die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. hierzu Urteil des

Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E.3.3.2) klarstellt, dass auch eine stärkere, geschäfts- oder branchenerfahrene Vertragspartei von einer global übernommenen Klausel in Allgemeinen Versicherungsbedingungen überrascht werden und aus diesem Grund die Ungewöhnlichkeitsregel anrufen kann. Die Stellung und Erfahrung des Versicherungsnehmers muss bei der subjektiven Ungewöhnlichkeit berücksichtigt werden.

(2) *Subjektive Ungewöhnlichkeit der Bestimmung*

- Die Versicherungsnehmer haben mit der AXA eine als «Epidemieversicherung» benannte Versicherung abgeschlossen, welche gemäss Police Umsatz, Mehrkosten und Warenschäden abdeckt. In der Versicherungspolice der «Geschäftsversicherung KMU» der Helvetia werden «Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie» einerseits und «Nahrungs- und Genussmittel gegen Epidemie-, Übergärungs-, Verderb- sowie Transportschäden» andererseits explizit als «versichert» bezeichnet. Ziel der Versicherungsabschlüsse war es, sich gegen die finanziellen Folgen im Zusammenhang mit der Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu versichern. Gleiches gilt für die Versicherungsverträge mit der Generali und der Zurich.
- Ein Restaurantbetreiber ohne weitergehende Kenntnisse im Versicherungsbereich geht beim Abschluss einer «Epidemieversicherung» oder einer Versicherung, die «Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie» versichert, davon aus, dass er gegen die wirtschaftlichen Folgen einer sich verbreitenden Krankheit versichert ist. Ein Unterschied zwischen Epidemie und Pandemie wird dabei nicht gemacht bzw. wird die Pandemie entweder als eine Epidemie-Art oder als Synonym verstanden. Ein Leistungsausschluss bei einer Pandemie wird beim Abschluss dieser spezifischen Versicherung nicht erwartet, bzw. wirkt deswegen überraschend.
- In einigen der Policen (insb. AXA) wurde unter den Leistungen zusätzlich der Vermerk «Erreger übertragbarer Krankheiten (...)» angebracht. Dies verstärkt den subjektiven Eindruck, dass man bei einem durch «Erreger übertragbarer Krankheiten» eingetretenen Schaden in jedem Fall versichert ist.
- Bei den vorliegenden Policen der AXA wird das «geographische Europa inkl. ganze Türkei» als Geltungsbereich genannt. Dies erweckt ebenfalls den Eindruck, dass die Deckung auch dann besteht, wenn mehrere Länder betroffen sind.
- Fazit: Die subjektive Ungewöhnlichkeit der Bestimmung ist aus diesen Gründen nach der hier vertretenen Meinung zu bejahen. Allerdings ist natürlich der Einzelfall massgebend resp. sind die speziellen (juristischen/versicherungsrechtlichen) Fachkenntnisse eines Versicherungsnehmers zu berücksichtigen.

(3) *Objektive Ungewöhnlichkeit der Bestimmung*

- *Natur des Vertrages*

Bei der Epidemieversicherung handelt es sich um eine Versicherung, welche bei einer Epidemie Leistungen zur Deckung der durch diese verursachten Schäden erbringt. Gleiches gilt für eine Geschäftsversicherung KMU, welche den Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie absichert. Es stellt sich nun die Frage, ob der in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen enthaltene Ausschluss, wonach Schäden «infolge von Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» einen geschäftsfremden Vertragsinhalt begründet, die Vertragsnatur erheblich verändert oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen dieses Vertragstypus fällt und somit keine Geltung hat. Die Tatsache, dass mehrere Versicherungen über die gleiche Ausschlussklausel verfügen, macht die Klausel nicht vertragsüblich und hindert die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel nicht (vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 4A_232/2019 vom 18. November 2019 E. 3.4.1). Da es sich bei einer Pandemie um eine Epidemie handelt, resp. die Pandemie alle Kriterien einer Epidemie erfüllt, widerspricht der Ausschluss der Natur des Vertrags als Epidemieversicherung und ist ungewöhnlich.

- *Durch die Produktbezeichnung erwarteter Deckungsumfang*

- Die Produktbezeichnung «Epidemieversicherung» oder die in der Police genannte Versicherung für «Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie» löst bei jedem Versicherungsnehmer die Deckungserwartung für durch Erreger übertragbarer Krankheiten eingetretene Schäden aus. Dass der Leistungsanspruch aufgrund der örtlichen und zeitlichen Ausbreitung des Erregers der übertragbaren Krankheit nicht mehr bestehen soll, ist in Anbetracht der durch die Produktbezeichnung ausgelösten Deckungserwartung sowie des in der Police umschriebenen Versicherungsschutzes ungewöhnlich.
- Auf Gesetzesebene wird in der Schweiz nicht zwischen Epidemie und Pandemie unterschieden. Das Epidemiegesetz stellt die gesetzliche Grundlage für den Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten dar. Der Schweizerische Influenza-Pandemieplan (Beilage 15) wurde gestützt auf diese gesetzliche Grundlage erarbeitet. Es wäre abwegig, aus dem Titel des Epidemiegesetzes ableiten zu wollen, dass Pandemien mit diesem Gesetz nicht erfasst werden. Genau so abwegig ist es, aus der Produktbezeichnung «Epidemieversicherung» oder dem in der Versicherungspolice genannten Versicherungsschutz «Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie» ableiten zu wollen, dass bei Pandemien keine Versicherungsdeckung besteht. Der in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen enthaltene Deckungsausschluss ab WHO-Pandemiestufe 5 ist ungewöhnlich.

- Es gibt keine gesetzliche Definition der Begriffe «Epidemie» und «Pandemie». Auch gemäss WHO existieren keine objektiven Kriterien, anhand welcher der Übergang von einer «Epidemie» zu einer «Pandemie» bestimmt werden kann. Die Begrifflichkeiten «Epidemie» und «Pandemie» werden auch auf internationaler Ebene vermischt. Der im Jahr 2009 von der WHO aufgestellte und heute nicht mehr gültige Pandemiestufenplan (Beilage 6) – welcher sich im Übrigen ausschliesslich auf Grippeviren bezieht, die gemäss den Versicherungsverträgen von der Versicherungsdeckung (auch) ausgeschlossen sind – beschreibt das erste Auftauchen der Grippeviren bis zu deren Abflachen. Die Begriffe «Epidemie» und «Pandemie» werden nicht unterschieden, weswegen beim Begriff «Epidemieversicherung» oder beim Versicherungsschutz «infolge Epidemie» vom Versicherungsnehmer nicht erwartet wird, dass bei einer räumlich und zeitlich ausgedehnteren «Epidemie» oder eben bei einer «Pandemie» keine Versicherungsleistungen erbracht werden. Ausserdem spielen diese Begrifflichkeiten bei der Festlegung der behördlich anzuordnenden Massnahmen keine Rolle, da sie keine Informationen über den Schweregrad der Bedrohung liefern. Der vorgesehene Deckungsausschluss bei einer Pandemie ist deshalb sinnwidrig und ungewöhnlich.
- *Aufgrund der Werbung erwarteter Deckungsumfang (vgl. Beilage 16)*
 - Die aktuell auf dem Internet zu findende Werbung der AXA für die Epidemieversicherung lautet: «Ein Betriebsunterbruch durch auf Mensch und Tier übertragbare Krankheiten verursacht erhebliche Mehrkosten. Ihr unternehmerischer Schaden kann durch eine Epidemieversicherung einfach und umfassend abgewendet werden. Schutz vor gefährlichen Krankheitserregern: Die Epidemieversicherung der AXA bietet Ihrem Betrieb einen branchengerechten Rundum-Schutz für die finanziellen, oft existenziellen Folgen einer Epidemie mit Betriebsschliessung.» Diese Werbung weckt klar den Eindruck, dass man mit Abschluss der Epidemieversicherung für die durch gefährliche Krankheitserreger eingetretene finanziellen Folgen geschützt ist und Deckung bei sämtlichen übertragbaren Krankheiten besteht. Der Ausschluss der Pandemie ist auch in Anbetracht dieser Werbung ungewöhnlich.
 - Die Werbung der Helvetia, Generali und Zurich konnte nicht gefunden oder recherchiert werden. Sollte diese dem Versicherungsnehmer vorliegen, wäre es sinnvoll, sie in Bezug auf die gemachten Versprechungen zu überprüfen.

- *Erhebliche Reduktion des erwarteten Deckungsumfangs*

Der Deckungsumfang der Versicherung wird durch den in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen enthaltene Deckungsausschluss ab WHO-Pandemiestufen 5 erheblich reduziert. Die Pandemiestufe 5 des bis zum Jahr 2017 geltenden Pandemiestufenplans der WHO sah vor, dass diese Stufe erreicht ist, wenn das gleiche Virus in zwei oder mehr Ländern einer der 6 WHO-Regionen in der Bevölkerung zu anhaltenden Krankheitsausbrüchen führt. In der heutigen Zeit, in welcher ein reger Grenzgängerverkehr/Reiseverkehr/Einkaufstourismus besteht und aufgrund der speziellen Lage der «kleinen» Schweiz mit Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und Liechtenstein als Nachbarländer, tritt die in der Pandemiestufe 5 umschriebene Situation sehr schnell ein. Der Deckungsumfang der Versicherung wird dadurch erheblich reduziert. Ausserdem ist unklar, wann genau die Pandemiestufe 5 gelten soll. Das Instrument der Pandemiestufen der WHO wurde aufgehoben, weil es ungeeignet war, die tatsächliche Schwere einer Notfallsituation zu erfassen und weil die Schwere und die räumliche Ausbreitung der Infektionskrankheiten darin nicht berücksichtigt wurden. Der Versicherungsnehmer ist somit in Bezug auf die Frage, ob die Pandemiestufe 5, welche einen Deckungsausschluss rechtfertigen soll, erreicht ist, der (willkürlichen) Beurteilung der Versicherung ausgeliefert. Da es sich bei Massnahmen wie Betriebsschliessungen um schwerwiegende Eingriffe in die Rechte der Versicherungsnehmer handelt, wird das Risiko des Schadeneintritts bereits durch das von den Behörden zu beachtende Verhältnismässigkeitsprinzip reguliert. Die Versicherung soll dementsprechend die Situation abdecken, in der einschneidende Massnahmen wie eine Betriebsschliessung angeordnet werden. Deckt die Versicherung dieses Risiko nur, wenn der Krankheitserreger lokal und zeitlich begrenzt auftritt, wird die Versicherung praktisch ihres Inhaltes unerwartet entleert, was die Ungewöhnlichkeit des Ausschlusses für eine Pandemie begründet. Es gilt hier zusätzlich anzumerken, dass eine isolierte Betrachtung einzelner Vertragsbestimmungen den Anforderungen an eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht genügt (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A_652/2017 vom 24. August 2018 E. 5.2). In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass die wohl durch die häufigsten Krankheitserreger (Grippen) verursachten Schäden ebenfalls von der Versicherungsdeckung ausgenommen sind. Zusammen mit dem Ausschluss ab Pandemiestufe 5 wird der Versicherungsvertrag damit quasi ausgehöhlt. Wäre den Versicherungsnehmern dieser Umstand bekannt, würden etliche Betriebe angesichts des niedrigen ihre Branche betreffenden Risikos auf den Abschluss der Versicherung mutmasslich verzichten.

- *Sinn und Tragweite einer Bestimmung infolge komplizierter Formulierung verklausuliert*
Gemäss den Ausführungen der Versicherungen soll die Epidemieversicherung Ereignisse auf Betriebsebene absichern. Es sei nicht Ziel der Epidemieversicherung, die Folgen eines flächendeckenden Katastrophenereignisses abzudecken. Der aktuelle Deckungsausschluss käme deswegen «nur» bei Extremereignissen zum Tragen. Wie bereits oben erläutert, ist nicht klar, wann der Deckungsausschluss bei nationaler oder internationaler Geltung der WHO-Pandemiestufe 5 oder 6 eintritt. In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen werden diese Pandemiestufen auch nicht erklärt oder definiert. Es geht daraus jedenfalls nicht klar und verständlich hervor, dass die Versicherungsgesellschaft damit eine Versicherungsdeckung bei flächendeckenden Katastrophenereignissen ausschliessen möchte und dass diese Klausel bedeutet, dass die Versicherung nur greift, wenn ein einzelner oder wenige Betriebe davon betroffen sind. Die komplizierte Formulierung des Ausschlusses führt dazu, dass dessen Sinn und die Tragweite – selbst wenn er gelesen würde – unverstanden bliebe. Der Ausschluss bezieht sich zudem auf ein nicht mehr existierendes Pandemiestufensystem der WHO. Dieses bezog sich jedoch ausschliesslich auf das Influenza Virus und nicht auf das Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19. Es ist daher höchst fragwürdig, ob sich dieser Ausschluss überhaupt auf das Coronavirus beziehen kann. Der Ausschluss der Pandemie ist auch vor diesem Hintergrund als komplizierte und verklausulierte Formulierung ungewöhnlich.

(4) *Fehlender besonderer Hinweis durch den Versicherer*

Aus keiner Versicherungspolice geht hervor, dass die Leistungen im Pandemiefall nicht gewährt werden, und es bestehen auch keine anderen Anzeichen dafür, dass die Versicherungsnehmer speziell auf diesen Ausschluss aufmerksam gemacht wurden. Deshalb erscheint die auf den Versicherungsausschluss «Schäden (...) infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» gestützte Leistungsverweigerung nicht rechtmässig.

2. Auslegungskontrolle

Die Auslegungskontrolle zielt darauf ab, den Sinn einer Klausel zu eruieren. Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen klar und verständlich formuliert werden. Gemäss Art. 33 VVG, haftet der Versicherer für alle Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst. Sinn des hier strittigen Deckungsausschlusses ist es natürlich, die Versicherungsdeckung zu beschränken.

In welchem Ausmass der Ausschluss «Schäden infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» die Versicherungsdeckung einschränkt, ist aufgrund seines Wortlautes jedoch unklar, weshalb er auslegungsbedürftig ist.

Nebst der Interpretation des Wortlauts führen auch weitere Nachforschungen zu keinem klaren Ergebnis, denn in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen findet sich keine Definition der WHO-Pandemiestufen 5 oder 6, auf der Ebene der WHO gibt es dieses Stufensystem, welches sich zudem ausschliesslich auf das Influenza Virus bezog, nicht mehr (vgl. oben C. III). Wann die Pandemiestufen 5 oder 6 «gelten» und wer dies festlegt, ist für den Versicherungsnehmer absolut undurchsichtig und er ist daher der Willkür der Versicherung ausgeliefert. Ein genauerer Blick auf diese Ausschlussklausel zeigt zudem auf, dass der Ausschluss aufgrund des Zusatzes «national oder international» auch dann zur Anwendung gelangt, wenn die Pandemiestufe 5 oder 6 in der WHO-Region «Europa», in der sich die Schweiz befindet, nicht gilt, aber in einer anderen, weit entfernten. Dies würde bedeuten, dass der Versicherungsschutz bei einem vereinzelt lokalen Vorkommen eines Krankheitsausbruchs abgelehnt werden könnte, wenn in einer anderen der sechs WHO-Regionen die Pandemiestufen 5 oder 6 erreicht ist. Die Ausschlussklausel ist in Bezug auf ihre zeitliche und örtliche Geltung derart unklar und undurchsichtig, dass eine Auslegung des wirklichen gegenseitigen Vertragswillens kaum möglich ist: Entweder ist die Klausel selbständig zu interpretieren und analog auf das Virus SARS-CoV-2 und die durch dieses verursachte Krankheit COVID-19 anzuwenden oder die Ausnahmeklausel findet mangels Erfüllung des massgeblichen Kriteriums der Geltung der Pandemiestufe 5 oder 6 gar keine Anwendung.

Es ist davon auszugehen, dass ein Versicherungsnehmer eine derart einschränkende Klausel nicht akzeptiert hätte, wenn er auf sie aufmerksam gemacht worden wäre. Die Pandemiestufen 5 oder 6 – da nicht existierend – wurden von keiner nationalen oder internationalen Behörde als erreicht deklariert. Die Pandemiestufen 5 oder 6 sagen über den Schweregrad der Situation in der Schweiz nichts aus. Die Versicherungen haben ihre Versicherungsnehmer nicht darüber in Kenntnis gesetzt, bei welcher Art von Ereignis der Versicherungsausschluss zum Zuge kommt und wem es zusteht über das Erreichen der Pandemiestufen 5 oder 6 zu befinden. Zudem handelt es sich beim Virus SARS-CoV-2 nicht um ein Influenza-Virus (auf welches sich die früher geltenden Pandemiestufen der WHO bezogen). Es stehen damit keine ausreichenden Elemente zur Verfügung, welche es erlauben würden, die Ausschlussklausel in dem Sinne auszulegen, dass sie in der aktuellen Situation Anwendung fände, ohne den Versicherten der Willkür des Versicherers auszusetzen.

Aus all diesen Gründen wird hier die Ansicht vertreten, dass der Versicherungsausschluss auch gestützt auf die Unklarheitsregel nicht zur Anwendung gelangen kann, bzw. zulasten der Versicherung so auszulegen ist, dass das festgelegte Kriterium der Geltung der Pandemiestufe 5 oder 6 nicht gegeben und die Versicherung daher leistungspflichtig ist.

3. Inhaltskontrolle

Es wird vereinzelt die Meinung vertreten, die Ausschlussklausel sei gestützt auf Art. 20 OR i.V.m. Art. 2 UWG angesichts des durch die Versicherung an den Tag gelegten täuscherischen und damit widerrechtlichen Verhaltens ungültig und gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a und Art. 8 UWG unlauter. Unserer Ansicht nach bestehen erhebliche Zweifel an der Anwendbarkeit des UWG und an der aufgestellten Theorie der Missbräuchlichkeit/Ungültigkeit der Klausel im Rahmen einer Inhaltskontrolle. Diese hat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kaum eine selbständige Bedeutung.

E. Schlussfolgerungen/ergänzende Bemerkungen

Über die vorgelegten Versicherungspolizen der **Allianz** sind keine Versicherungsleistungen für Betriebsausfälle im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19 versichert. Sollte die Versicherung als «Epidemieversicherung» angepriesen worden sein, wäre die Sach- und Rechtslage ergänzend zu überprüfen.

Die **Mobiliar** und die **Basler** erbringen den Betrieben, welche Versicherungsleistungen infolge «Epidemie» versichert haben, Leistungen für Betriebsausfälle im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der durch dieses hervorgerufenen Krankheit COVID-19. Bei diesen beiden Versicherern sind «nur» Versicherungsleistungen für Schäden «infolge von Grippe (Influenzen) jeder Art, inkl. Vogelgrippe sowie pandemische Grippe» ausgeschlossen, wovon das Virus SARS-CoV-2 und die durch dieses hervorgerufene Krankheit COVID-19 nicht betroffen ist.

Auch die **TSM** bietet eine «Epidemieversicherung» an und schliesst Versicherungsleistungen «nur» für Schäden «als Folge einer Grippe (Influenza)» aus. Trotzdem hat sie ihre Leistungen «vorerst» abgelehnt. «Sollten Gutachten der Experten zum Schluss führen, dass es sich bei den Folgen dieser Viruserkrankung um ein versichertes Ereignis handelt», würden die Forderungen erneut geprüft. Die Versicherung ist daher leistungspflichtig. Es ist nicht ersichtlich, mit welcher juristisch haltbaren Argumentation sie sich ihrer Leistungspflicht entziehen könnte.

Beim Versicherungsprodukt der **AXA** handelt es sich um eine «Epidemieversicherung» als separate Versicherungspolice. Der Deckungsausschluss im Rahmen der Allgemeinen Versicherungsbedingungen «Schäden (...) infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» hält nach der hier vertretenen Ansicht einer Geltungs- und Auslegungskontrolle nicht stand. Gestützt auf die Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitsregel ist die mit dem Deckungsausschluss begründete Leistungsablehnung der AXA gemäss der hier vertretenen Meinung nicht rechtmässig.

Das Produkt der **Helvetia** ist eine «Geschäftsversicherung KMU», welche u.a. eine «Fahrhabeversicherung» beinhaltet. Im Rahmen dieser werden «Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie» (Betriebsunterbruch-Schaden) versichert. Der Deckungsausschluss im Rahmen der Allgemeinen Versicherungsbedingungen «Schäden (...) infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» hält nach der hier vertretenen Ansicht einer Geltungs- und Auslegungskontrolle nicht stand. Gestützt auf die Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitsregel ist die mit dem Deckungsausschluss begründete Leistungsablehnung der Helvetia gemäss der hier vertretenen Meinung nicht rechtmässig.

Die **Helvetia** behauptet, versichert seien nur die getroffenen Massnahmen, die zur Verhinderung einer Übertragung durch infizierte Lebensmittel und Gegenstände erfolgen. Die Übertragung des Coronavirus finde jedoch von Mensch zu Mensch statt, weshalb keine Deckung gewährt werden könne. Die hinter dieser Argumentation stehende Problematik der Auslegung eines Versicherungsvertrags wurde vorliegend nicht behandelt. Aus den Ausführungen zur Frage der Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel ergibt sich jedoch indirekt, dass die Auslegung der Helvetia mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht mit dem Vertrauensprinzip vereinbar ist. Nach der hier vertretenen Ansicht ist ebenfalls von einer Epidemieversicherung im Rahmen der «Geschäftsversicherung KMU» auszugehen (anders bei der Allianz, die klar formuliert hat, dass nur Betriebsausfälle infolge von Sachschäden versichert sind). Ein Vertragswerk darf nicht nur systematisch ausgelegt werden. Tatsache ist, dass die Einordnung von Versicherungsprodukten im Rahmen von Versicherungspolicen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht immer einer ausschliesslich systematischen Logik folgt.

Bei der **Generali** wurde eine «Epidemieversicherung für Restaurations- und Hotelleriebetriebe» abgeschlossen. Ob und mit welcher Begründung diese ihre Leistungspflicht ablehnt, ist uns nicht bekannt. Im Hinblick auf ihren Versicherungsausschluss für «Krankheitserreger für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten», gilt das für die AXA und Helvetia Gesagte analog.

Bei der **Zurich** kann eine Zusatzversicherung «Epidemie» abgeschlossen werden. Auch hier werden in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen Schäden ausgeschlossen «infolge von Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten». Der Versicherer stützt sich auf diesen Versicherungsausschluss und behauptet, eine Pandemie gehöre zu den nicht oder nur sehr schwer versicherbaren Grossrisiken, wie z.B. auch Folgen von Kriegshandlungen oder Atomkatastrophen. Solche Schadenfälle seien allgemein bei den Schweizer Versicherungen ausgeschlossen, denn die Schäden seien so umfangreich, dass kein Privatunternehmen die Mittel habe, dieses ohne staatliche Unterstützung zu schultern. Betreffend den Versicherungsausschluss gilt das für die AXA, Helvetia und Generali Gesagte. Einen generell geltenden Ausschluss für Grossrisiken gibt es nicht. Richtig ist, dass die Folgen gewisser Ereignisse wie Kriege und Atomkatastrophen häufig von den Versicherungsleistungen ausgeschlossen werden. Mit zeitlichen und umfangsmässigen Leistungseinschränkungen kann jedoch jeder Versicherer selbst für Grossrisiken sein finanzielles Risiko einschränken, wie die Zurich dies auch im Zusammenhang mit der Zusatzversicherung für «Epidemie» getan hat. Bei der Zurich entfällt sogar die Leistungspflicht vollständig, wenn der Betriebsunterbruch nicht länger als 48 Stunden gedauert hat.

AXA und **Helvetia**, analog auch **Generali** und **Zurich** behaupten, in der Versicherungsbranche seien die Risiken einer Pandemie in der Regel nicht von einer Betriebsunterbruchversicherung gedeckt. Pandemien gehörten zu den nur sehr beschränkt versicherbaren Ereignissen, da sie schwer kalkulierbar seien und weltweit mit grossem Ausmass auftreten würden. Für Versicherungen wichtige Grundmechanismen, wie der Ausgleich im Kollektiv, funktionierten hier nicht. Es sei nie die Absicht der Epidemiever sicherung gewesen, die Folgen eines flächendeckenden Katastrophenereignisses zu decken. Dieser Absicht entspreche der aktuelle Deckungsausschluss, welcher nur bei Extremereignissen zum Tragen komme. Versicherungssumme, zeitliche Begrenzung der Leistungen auf 90 Tage und örtliche Deckung zeigen jedoch, dass die Risiken einer flächendeckenden Epidemie resp. Pandemie sehr wohl kalkulierbar sind. Die «Mobiliar» und «Basler» zeigen, dass Betriebsunterbrüche auch bei Pandemien gedeckt werden können. Es trifft nicht zu, dass die Grundmechanismen wie der Ausgleich im Kollektiv bei einem Katastrophenereignis nicht funktionieren, denn diese sind äusserst selten – das Kollektiv kann sich entsprechend finanziell darauf vorbereiten. Entsprechend werden die Versicherungsprämien kalkuliert. Das nach der hier vertretenen Ansicht stossende Argument der Versicherer, eine Pandemie sei nicht versicherbar, da nicht kalkulierbar, fällt somit dahin. Sodann ist die Absicht des Versicherers für die Bestimmung des Inhalts eines Versicherungsvertrags nicht alleine entscheidend. Der Versicherer ist kein Gesetzgeber, obwohl er sich im Rahmen von Allgemeinen Versicherungsbedingungen häufig genauso verhält. Der Versicherer ist Vertragspartei, genauso wie der Versicherungsnehmer gleichberechtigte Vertragspartei ist.

Massgebend ist, was die beiden Parteien miteinander vereinbart haben. Dabei ist das Vertrauensprinzip zu berücksichtigen, das den Versicherungsnehmer als schwächere Partei schützt. Vor diesem Hintergrund ist die Haltung der Versicherer mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht haltbar, dass sie bei einem flächendeckenden Katastrophenereignis keine Leistungen erbringen müssen.

Wenn die Versicherer nicht verhandlungsbereit sind und keine vergleichswisen Lösungen gefunden werden können, kommt nur die klageweise Durchsetzung der Rechtsansprüche der Versicherungsnehmer in Frage. Allenfalls können Schiedsgerichte angerufen werden.

Freundliche Grüsse



Erich Züblin, Advokat
Fachanwalt SAV
Haftpflicht- und Versicherungsrecht
MAS Versicherungsmedizin



Anouck Zehntner, Advokatin

Anhang

- Beilagenverzeichnis
- Verzeichnis der Allgemeinen Versicherungsbedingungen

Beilagenverzeichnis

1. Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) ruft die internationale Gesundheitsnotlage aus
2. Erster Fall in Basel (Kita Riehen)
3. Verordnung des Bundesrats über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 28. Februar 2020
4. Pressekonferenz vom 11. März 2020
5. Pressekonferenz vom 9. März 2020
6. Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020
7. Massnahmenpaket von rund 10 Milliarden für Kurzarbeitsentschädigung und wirtschaftliche Hilfe
8. Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19), Änderungen vom 16. März 2020
9. Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID 19) vom 13. März 2020 (Stand am 17. März 2020)
10. Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 (Stand am 17. März 2020)
11. Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 (Stand am 17. März 2020)
12. WHO pandemic phase descriptions and main actions by phase
13. Pandemic Influenza Risk Management
14. Internationale Gesundheitsvorschriften (2005)
15. Influenza-Pandemieplan Schweiz
16. Werbung AXA Epidemieversicherung

Allgemeine Versicherungsbedingungen

Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG

- Zusatzbedingungen (ZB) für Fahrhabe und Gebäudeversicherungen (Ausgabe 01.2007)

Schweizerische Mobiliar Versicherungs-Gesellschaft AG

- Betriebs- und Gebäudeversicherung, Kundeninformationen und Allgemeine Bedingungen (Ausgabe 10.2017)
- Bausteinbeschreibungen (Diverse Ausgaben)

Basler Versicherung AG

- Baloise KMU Kombi – Die Versicherung für das Gastgewerbe (Ausgabe 2015)

TSM

- Allgemeine Versicherungsbedingungen 09.2002, 06.2005 und 01.2014

AXA

- Zusatzbedingungen (ZB) / Sachversicherung Professional, Technische Versicherung, Transportversicherung, Epidemievversicherung und weitere Gefahren (Ausgabe 03.2013)

Helvetia Versicherungen

- Zusatzbedingungen (ZB) Helvetia Geschäftsversicherung KMU, Erweiterte Versicherung für Nahrungs- und Futtermittel sowie Tiere (Ausgabe April 2017)
- Allgemeine Versicherungsbedingungen AVB, Helvetia Geschäftsversicherung KMU, Gemeinsame Bestimmungen (Ausgabe April 2017)

Generali

- Allgemeine Versicherungsbedingungen, Ausgabe 10.2012
- Zusatzbedingungen (ZB), Ausgabe 2017

Zurich

- Allgemeine Versicherungsbedingungen, Ausgabe 05/2019
- Zusatzbedingungen «Epidemie» (ZB), Ausgabe 05/2019