SwissLegal
Fellmann Rechtsanwälte AG
Huobmattstrasse 7
CH-6045 Meggen

Telefon +41 (0)41 267 02 20
lu@swisslegal.ch
www.swisslegal.ch

Prof. Dr. iur. Walter Fellmann
Rechtsanwalt | Partner
Fachanwalt SAV Haftpflicht-
und Versicherungsrecht

Telefon direkt: +41 (0)41 267 02 21
fellmann@swisslegal.ch

Stiftung Ombudsman der Privatversicherung
und der SUVA
Herr Martin Lorenzon, Rechtsanwalt
Ombudsman
In Gassen 14
Postfach 1063
8024 Zürich

Meggen, 23. April 2020

Stiftung Ombudsman der Privatversicherung und der SUVA / Deckungsausschlüsse Pandemie; Gutachten

Sehr geehrter Herr Lorenzon

Ich beziehe mich auf Ihre Mails vom 4. und 17. April 2020 mit einer Auswahl von Versicherungsklauseln und die Fragen, die Sie mir zur Beurteilung unterbreitet haben. Ich hatte in der Zwischenzeit Gelegenheit, die mir zugestellten Unterlagen zu studieren und die erforderlichen rechtlichen Abklärungen zu treffen. Ich kann Ihre Fragen daher wie folgt beantworten:

Management Summary

1. Von einer **Epidemie** spricht man, wenn eine Infektionskrankheit stark gehäuft, örtlich und zeitlich begrenzt auftritt. Bei einer **Pandemie** handelt es sich hingegen um die Ausbreitung einer bestimmten Infektionskrankheit in vielen Ländern bzw. Kontinenten.

2. Der **Oberbegriff** ist der Begriff der **Epidemie**, die Pandemie ist bloss ein Anwendungsfall. Nach dem Epidemiengesetz (EpG) ist der Ausbruch einer übertragbaren Krankheit, welche aufgrund ihrer Ausbreitung die öffentliche Gesundheit in der Schweiz gefährdet, immer (nur) eine Epidemie. **Es gibt keine "nationale Pandemie"**.

3. Die **Feststellung des Generaldirektors der WHO**, bei einer bestimmten Infektionskrankheit handle es sich um eine Pandemie, hat in der Schweiz **keine rechtlichen Auswirkungen**. Die **WHO-Phasen** haben in erster Linie globale Bedeutung und sind **nicht automatisch Auslöser für Massnahmen in der Schweiz**.

4. Rechtliche Auswirkungen in der Schweiz hat nur die Feststellung der Weltgesundheitsorganisation (WHO), dass eine "***gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite***" bestehe. Sie ist nach **Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG** ein Grund für die Annahme einer besonderen Lage in der

Schweiz. Dies ist aber nur der Fall, wenn durch diese (internationale) gesundheitliche Notlage (auch) **in der Schwei**z eine **Gefährdung der öffentlichen Gesundheit** droht, was die zuständigen Behörden in der Schweiz autonom entscheiden.

Ob sich die gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite nach Einschätzung der WHO (international) später zu einer **Pandemie** ausweitet, hat für die Rechtslage in der Schweiz hingegen **keine Bedeutung**.

5. Es ist auch nicht nachvollziehbar, dass die **Ursache der Epidemie** für die Deckung ihrer Folgen in der Schweiz überhaupt von Bedeutung ist. Ob die Räder in der Schweiz aufgrund eines *"einheimischen Erregers"* oder infolge der Einschleppung oder der drohenden Einschleppung eines *"ausländischen Erregers"* stillstehen, kann **in Bezug auf die aus einem Betriebsunterbruch entstehenden Kosten keine Bedeutung** haben.

6. Die **Annahme**, dass innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens nur ein geringer Teil der gegen die Gefahr einer Epidemie versicherten Personen vom befürchteten Ereignis betroffen ist, so dass der individuell eingetretene Schaden durch die Beiträge der Teilnehmer der Risikogemeinschaft beglichen werden kann, erweist sich im Fall der Covid-19-Infektionskrankheit als **falsch**. Angesichts der Unmöglichkeit einer einigermassen zuverlässigen Berechnung der finanziellen Folgen mangels Statistiken qualifiziert sich die Versicherung von Betrieben gegen die Auswirkungen von Epidemien als eigentliches **Wagnis**.

7. Mangels einer eigenständigen AGB-Gesetzgebung beurteilen Rechtsprechung und Lehre in der Schweiz die Zulässigkeit von AGB in erster Linie anhand der Bestimmungen des Obligationenrechts. In Anwendung der einschlägigen vertragsrechtlichen Grundsätze umfasst die AGB-Kontrolle in der Praxis folgende Kontrollinstrumente: die **Konsenskontrolle**, die **Auslegungskontrolle** und die vom Bundesgericht noch nicht anerkannte (offene) **Gültigkeitskontrolle**. Hinzu tritt neuerdings die **lauterkeitsrechtliche (offene) Inhaltskontrolle**.

Dieser Kontrolle unterliegen **auch Allgemeine Versicherungsbedingungen**. Hinzu tritt hier die Regelung in **Art. 33 VVG**. Danach sind Ausschlüsse nur gültig, wenn sie *"in bestimmter, unzweideutiger Fassung"* erfolgen. Zeigt sich im Rahmen der Auslegungskontrolle einer Klausel, dass diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, ist der Ausschluss nicht gültig.

8. Der **Ausschluss** von *"Epidemien <u>und</u> Pandemien"* von der Deckung dürfte gültig sein. Der Ausschluss von Schäden *"infolge Krankheitserregern, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten"*, erweist sich hingegen im Rahmen der Konsenskontrolle als ungewöhnlich. Er wird daher bei einer Globalübernahme von AVB nicht Bestandteil des Versicherungsvertrags. Die Auslegungskontrolle zeigt ferner, dass es ihm an der nach Art. 33 VVG vorgeschriebenen *"bestimmten, unzweideutigen Fassung"* fehlt.

INHALTSVERZEICHNIS

I. Sachverhalt: Erklärungen der WHO und Massnahmen des Bundesrats 4
II. Rechtliche Beurteilung 5
A. Einleitung: Epidemie und Pandemie – die Rechtslage 5
B. Versicherungsrechtliche Bedeutung der Unterscheidung zwischen Epidemie und Pandemie 10
1. Einleitung 10
2. Gefahrausschlüsse bei Pandemie 11
3. Versicherung der Folgen eines Betriebsunterbruchs infolge Epidemie als Wagnis 13
4. Gang der weiteren Untersuchung 16
C. Umfang der Gefahrtragung und deren Ausschluss 16
1. Einleitung 16
2. Kontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen 17
a) Einleitung 17
b) Die Konsenskontrolle 19
(1) Einleitung 19
(2) Die Ungewöhnlichkeitsregel 20
c) Die Auslegungskontrolle 21
(1) Allgemeines 21
(2) Die Unklarheitsregel 23
d) Gültigkeitskontrolle 23
e) Umfassende Inhaltskontrolle 23
3. Zwischenergebnis und Methode der Prüfung 25
III. Beantwortung der Fragen / Beurteilung der Deckungs- und Ausschlussklauseln 26
A. Reiseversicherung 26
1. Deckungsausschluss für Epidemien, Pandemien, Naturkatastrophen etc. 26
2. Deckung für die Folgen von Epidemien / kein Deckungsausschluss für Pandemien 27
3. Deckung bei Epidemien (nur) an der Reisedestination 27
4. Deckung nur bei Unzumutbarkeit aufgrund von Empfehlungen schweizerischer Behörden 29
B. Betriebsunterbruchversicherung 30
1. Ausschluss von Schäden infolge von Krankheitserregern, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten 30
2. Ausschluss nur für "Grippe", nicht aber für "Epidemie" oder "Pandemie" 33
3. Deckung Betriebsausfall wegen Epidemie – Pandemie mitversichert? 35
C. Fragen zu den Deckungsvoraussetzungen 36
1. Einleitung 36
2. Beantwortung der Fragen 36
a) Beschränkung der Deckung auf Infektionen im versicherten Betrieb 36
b) Anwendung der Epidemie-Versicherung auf den Ertragsausfall eines Eventveranstalters 38
c) Deckung nur von meldepflichtigen Krankheiten? 39
d) Erfordernis einer Verfügung einer Behörde 40
e) Zeitliche Beschränkung 40
f) Auswirkung eines personenbezogenen Arbeitsverbots 40
g) Beschränkung der Deckung auf Infektionen, die vom versicherten Betrieb ausgehen 41
h) Gefährdung durch Lebensmittel sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände 42

I. Sachverhalt: Erklärungen der WHO und Massnahmen des Bundesrats

1. Am **31. Januar 2020** qualifizierte der Generaldirektor der **World Health Organization** (WHO) den Ausbruch des Coronavirus (COVID-19) als ***"gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite"***.

2. Am **28. Februar 2020** erliess der Schweizerische **Bundesrat** die **Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19)** (SR 818.101.24) und setzte diese gleichentags in Kraft. Um die Verbreitung des Coronavirus (COVID-19) in der Schweiz zu verhindern oder einzudämmen, die Häufigkeit von Übertragungen zu reduzieren, Übertragungsketten zu unterbrechen und lokale Ausbrüche zu verhindern oder einzudämmen sowie besonders vulnerable Personen sowie Personen mit erhöhtem Komplikationsrisiko zu schützen (Art. 1 COVID-19-Vo.), verbot er öffentliche oder private Veranstaltungen, bei denen sich gleichzeitig mehr als 1000 Personen aufhalten, in der Schweiz durchzuführen (Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Vo.). Bei öffentlichen oder privaten Veranstaltungen, bei denen weniger als 1000 Personen teilnehmen, verpflichtete der Bundesrat die Veranstalter zusammen mit der zuständigen kantonalen Behörde, eine Risikoabwägung vorzunehmen, ob sie die Veranstaltung durchführen können oder nicht (Art. 2 Abs. 2 COVID-19-Vo.).

3. Am **11. März 2020** bezeichnete der Generaldirektor der **WHO** die Verbreitung des neuen **Coronavirus** als Pandemie.

4. a) Am **13. März 2020** erliess der Bundesrat die **Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19)** (COVID-19-Verordnung 2) (SR 818.101.24) und hob die Verordnung vom 28. Februar 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) auf. Darin verbot er **Präsenzveranstaltungen in Schulen**, Hochschulen und übrigen Ausbildungsstätten (Art. 5 COVID-19-Vo. 2). Weiter verbot er, **öffentliche oder private Veranstaltungen**, bei denen sich gleichzeitig **100 oder mehr Personen** aufhalten, durchzuführen (Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Vo. 2). Veranstaltungen unter 100 Personen durften nur noch durchgeführt werden, wenn bestimmte Präventionsmassnahmen eingehalten wurden (Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Vo. 2). **Restaurations- und Barbetriebe** sowie Diskotheken und Nachtclubs durften einschliesslich des Personals **nicht mehr als 50 Personen gleichzeitig** aufnehmen. Die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit betreffend Hygiene und sozialer Distanz mussten eingehalten werden (Art. 6 Abs. 4 COVID-19-Vo. 2).

b) Schon am **17. März 2020** folgte eine ergänzte COVID-19-Verordnung 2. Darin wurden erstmals **Einschränkungen beim Grenzverkehr** verfügt (Art. 2 ff. COVID-19-Vo. 2). Weiter verbot der Bundesrat, **generell öffentliche oder private Veranstaltungen**, einschliesslich Sportveranstaltungen und Vereinsaktivitäten, durchzuführen (Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Vo. 2). **Öffentlich zugängliche Einrichtungen** wurden mit Ausnahme bestimmter lebensnotwendiger Einrichtungen (z.B. Lebensmittelläden, Apotheken, Drogerien und Läden für medizinische Hilfsmittel etc.) für das Publikum **geschlossen** (Art. 6 Abs. 2 und 3 COVID-19-Vo. 2). Schliesslich wurde **besonders gefährdeten Personen** geraten, zu Hause zu bleiben und Menschenansammlungen zu meiden (Art. 10b COVID-19-Vo. 2). Besonders gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wurden verpflichtet, ihre arbeitsvertraglichen Pflichten von zu Hause aus zu erledigen. Sollte dies nicht möglich sein, mussten sie vom Arbeitgeber unter Lohnfortzahlung beurlaubt werden.

c) Am 19., 21., 25., 26. und 28. März 2020 sowie am 2., 4., 9. und 16. April 2020 folgten weitere COVID-19-Verordnungen 2 mit ergänzenden, angepassten und inzwischen teilweise gelockerten Massnahmen.

Die wirklich **einschneidenden Massnahmen**, welche die gesamte Wirtschaft betrafen, wurden mit der Verordnung vom **17. März 2020** getroffen und werden bis zum 27. April 2020 unverändert aufrechterhalten. Ab dem 27. April 2020 können Spitäler wieder alle Eingriffe vornehmen und gewisse Branchen ihren Betrieb unter gewissen Bedingungen wieder aufnehmen.

II. Rechtliche Beurteilung

A. Einleitung: Epidemie und Pandemie – die Rechtslage

5. Im Folgenden ist zuerst die Frage zu klären, was eine Epidemie und was eine Pandemie ist und welche (rechtlichen) Auswirkungen dies allenfalls auf die Lage in der Schweiz hat.

Nach der Umschreibung des Bundesamts für Gesundheit (BAG) spricht man von einer **Epidemie**, wenn eine **Infektionskrankheit** stark gehäuft, **örtlich und zeitlich begrenzt** auftritt. In der Schweiz betreffe dies saisonal bspw. die Grippe, die Lyme-Borreliose und die zeckenübertragene Hirnhautentzündung (Frühsommer-Meningo-Enzephalitis FSME), in städtisch geprägten Regionen z.B. sexuell übertragbare Krankheiten. Bei einer **Pandemie** handle es sich um die Ausbreitung einer bestimmten Infektionskrankheit **in vielen Ländern bzw. Kontinenten**. Sie könne einen grossen Teil der Weltbevölkerung gefährden. Von Bedeutung seien vor allem Grippepandemien. Sie würden von Influenzaviren verursacht und könnten jederzeit auftreten. Auch Aids werde oft als Pandemie bezeichnet.[1]

6. a) Am **28. September 2012** hat die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (**Epidemiengesetz**, EpG) beschlossen. Das Gesetz regelt den Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten und sieht die dazu nötigen Massnahmen vor (Art. 1 EpG).

b) Mit dem Epidemiengesetz (EpG) vom 28. September 2012 wurde das **Bundesgesetz vom 18. Dezember 1970 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen** total revidiert.[2] Nach Auffassung des Bundesrats hatten sich nämlich seit Erlass des Gesetzes vom 18. Dezember 1970 die Lebens- und Umweltbedingungen sowie die Strategien und Massnahmen der Verhütung, Kontrolle und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten erheblich verändert. Die Entwicklungen in den letzten 30 Jahren hätten gezeigt, dass die Bekämpfungsstrategien und die bestehenden gesetzlichen Regelungen den heutigen Erfordernissen nicht mehr genügten.[3] Der **Revisionsbedarf** sei in den 1990er-Jahren zunehmend durch die weltweite Ausbreitung von HIV/Aids erkannt worden. Mit der Bedrohung der öffentlichen Gesundheit im Jahre 2003 durch das schwere, akute respiratorische Syndrom (SARS) seien die Schwächen des geltenden Gesetzes bei der Be-

---

1 https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien.html (besucht am 15. April 2020).

2 Botschaft des Bundesrats zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 3. Dezember 2010, BBl 2011, 311, 327 f.

3 Botschaft (Fn. 2), 328.

kämpfung von neuen, sich schnell ausbreitenden Krankheiten in epidemiologischen Notlagen wiederum deutlich aufgezeigt worden.[4]

Die neuen rechtlichen Grundlagen sollten, so fährt der Bundesrat fort, insbesondere die Bewältigung besonderer und ausserordentlicher Lagen (Krisenbewältigung) regeln. Zur Vermeidung von Zuständigkeitskonflikten zwischen Bund und Kantonen seien im Gesetz Kriterien für den Eintritt von besonderen und ausserordentlichen Lagen (Krisen) festzulegen und die Befugnisse des Bundesrats in diesen Situationen zu umschreiben. Zudem sei für die Bewältigung von solchen Situationen eine stärkere Führung durch den Bund notwendig.[5]

7. a) Nach Art. 6 Abs. 1 lit. a EpG liegt eine **besondere Lage** vor, wenn *"die ordentlichen Vollzugsorgane nicht in der Lage sind, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen, und eine der folgenden Gefahren besteht"*: (1.) *"eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr"*, (2.) *"eine besondere Gefährdung der öffentlichen Gesundheit"* oder (3.) *"schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche"*.

Die in Art. 6 Abs. 1 lit. a EpG aufgeführten Kriterien (1-3) sind alternativ zu verstehen. Unter diese Kriterien können nach Meinung des Bundesrats alle wesentlichen **Gefährdungen der öffentlichen Gesundheit** subsumiert werden, die ein Handeln des Bundes notwendig machen.[6]

b) aa) Eine besondere Lage liegt ferner vor, wenn *"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"* (Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG).

bb) Bei Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG handelt es sich um einen speziellen Grund für das Vorliegen einer besonderen Lage. Der Bundesrat führte dazu in der Botschaft aus, der **Generaldirektor der WHO** sei aufgrund der Internationalen Gesundheitsvorschriften (IGV, SR 0.818.103) zuständig für die Feststellung einer gesundheitlichen Notlage von internationaler Tragweite. Er arbeite dabei eng mit den betroffenen Vertragsstaaten zusammen und werde unterstützt von einem im Rahmen der IGV eingesetzten Notfallausschuss. Die Feststellung des Eintretens einer solchen Notlage werde restriktiv und unter Berücksichtigung bestimmter Kriterien gehandhabt. Sie führe **nicht automatisch zur Anordnung von Massnahmen in der Schweiz**.[7]

cc) Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG verlangt daher zusätzlich, dass durch die vom Generaldirektor der WHO festgestellte gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite *"**in der Schweiz** eine **Gefährdung der öffentlichen Gesundheit** droht"*.

In der Tat heisst es denn auch im Influenza-Pandemieplan Schweiz (Hervorhebung hinzugefügt): *"Die **WHO-Phasen** haben in erster Linie globale Bedeutung und sind damit **nicht automatisch Auslöser für Massnahmen in der Schweiz**. Der Influenza-Pandemieplan Schweiz ist kompatibel mit den Leitlinien der WHO. […] Eine **nationale Beurteilung des Gefahrenpotentials** ist in allen Fällen Grundlage zur Ableitung von Strategien und Massnahmen in der Schweiz."*[8]

---

4 Botschaft (Fn. 2), 329 f.
5 Botschaft (Fn. 2), 330.
6 Botschaft (Fn. 2), 364.
7 Botschaft (Fn. 2), 364.
8 Influenza-Pandemieplan Schweiz, Strategien und Massnahmen zur Vorbereitung auf eine Influenza-Pandemie, 5. Aufl., Bern 2018, 11.

c) Die Botschaft verweist zur Erläuterung von Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG auf Art. 12 IGV.[9] Dabei handelt es sich um die **Internationalen Gesundheitsvorschriften** (2005), die an der 58. Weltgesundheitsversammlung am 23. Mai 2005 angenommen wurden und in der Schweiz am 15. Juni 2007 in Kraft getreten sind (SR 0.818.103). Nach Art. 12 Abs. 1 IGV stellt der Generaldirektor auf der Grundlage der erhaltenen Informationen – insbesondere derjenigen des Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet ein Ereignis eingetreten ist – fest, ob ein Ereignis eine *"**gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite**"* nach den in diesen Vorschriften enthaltenen Kriterien und Verfahren darstellt. Diese Erklärung erfolgt aufgrund eines in Art. 12 Abs. 2-4 definierten (aufwändigen) Verfahrens.

Im vorliegenden Fall hat die **WHO** den Ausbruch des Coronavirus (COVID-19) am **31. Januar 2020** als *"**gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite**"* qualifiziert.[10] Gestützt darauf bzw. auf Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG hat der Bundesrat aber erst am 28. Februar 2020 die Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) beschlossen.

8. a) **<u>Zusammenfassend</u>** steht somit fest, dass zwar das BAG die Unterscheidung zwischen Epidemie und Pandemie macht bzw. die entsprechenden Informationen veröffentlicht, das **EpG** aber **weder den Begriff der Epidemie definiert noch jenen der Pandemie**. Definiert werden u.a. die Begriffe der *"übertragbaren Krankheit"* (Art. 3 lit. a EpG)[11] und der Begriff der *"Krankheitserreger"* (Art. 3 lit. c EpG).[12]

b) Weiter steht fest, dass die **Qualifikation** einer Lage als *"gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite"* durch die **WHO** mindestens rechtlich **für sich allein für die Rechtslage in der Schweiz keine Bedeutung** hat.

Massgebend ist allein, ob durch diese (internationale) Notlage **in der Schweiz** aufgrund einer übertragbaren Krankheit im Sinn von Art. 2 EpG, also einer *"Krankheit, die durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte auf den Menschen übertragbar ist"* (Art. 3 lit. a EpG), eine **Gefährdung der öffentlichen Gesundheit droht**, was vom Bundesrat autonom entschieden wird. Das Gleiche gilt für die **Ausrufung einer Pandemie** durch den Generaldirektor der WHO. Die WHO-Phasen haben in erster Linie globale Bedeutung und sind nicht automatisch Auslöser für Massnahmen in der Schweiz.[13] Massgebend für die Einschätzung der Lage in der Schweiz sind allein die Auswirkungen auf die Schweiz.

c) Dies ist insofern folgerichtig, weil das **EpG** nur bezweckt, und aufgrund des Territorialitätsprinzips, nach welchem der Geltungsbereich des staatlichen Rechts grundsätzlich räumlich beschränkt ist, nur bezwecken kann, den **Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten <u>in der Schweiz</u>** zu verhüten und zu bekämpfen.

Vorab dem Zweck der Verhütung dient auch die (einzige) Verknüpfung der Rechtslage in der Schweiz mit der (gesundheitlichen) Lage im Ausland durch Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG. Danach liegt

---

9 Botschaft (Fn. 2), 364.

10 http://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/pages/news/news/2020/01/2019-ncov-outbreak-is-an-emergency-of-international-concern (besucht am 7. April 2020).

11 Danach ist eine "übertragbare Krankheit" eine "Krankheit, die durch Krankheitserreger oder deren toxische Produkte auf den Menschen übertragbar ist".

12 Danach sind "Krankheitserreger" "natürliche und gentechnisch veränderte Organismen (z.B. Viren, Bakterien, Pilze, Protozoen und andere Parasiten), Stoffe (z.B. Prionen, Toxine) sowie genetisches Material, die eine übertragbare Krankheit verursachen oder verschlimmern können".

13 Influenza-Pandemieplan Schweiz 2018 (Fn. 8), 11.

eine *"besondere Lage vor"*, wenn *"die Weltgesundheitsorganisation (WHO) festgestellt hat, dass eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite besteht"*, dies aber nur, wenn *"durch diese in der Schweiz eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit droht."* Bei Vorliegen einer gesundheitlichen Notlage von internationaler Tragweite könnte der Bundesrat also schon vor Ausbruch der Infektionskrankheit in der Schweiz Massnahmen ergreifen, um eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit in der Schweiz zu verhindern.

d) Nach dem **Epidemiengesetz** ist der Ausbruch einer **übertragbaren Krankheit**, welche aufgrund ihrer Ausbreitung die öffentliche Gesundheit **in der Schweiz** gefährdet, also **immer (nur) eine Epidemie**. Dies entspricht auch der wissenschaftlichen Definition der Epidemie als sich regional ausbreitende Infektionskrankheit (zur wissenschaftlichen Definition von Epidemie und Pandemie siehe Ziff. 13. hinten).

Daran ändert nichts, dass die **Ursache** einer Epidemie in der Schweiz eine **Epidemie in einem anderen Land** (z.B. China) sein kann, die sich zur Pandemie ausgeweitet hat und daher auch die öffentliche Gesundheit in der Schweiz bedroht.

9. a) aa) Auch **Massnahmen**, die der **Bundesrat** anordnen kann, hängen nicht von der Qualifikation der Lage als Epidemie oder Pandemie ab. Bei Vorliegen einer **besonderen Lage** kann der Bundesrat nach Art. 6 Abs. 2 EpG nach Anhörung der Kantone folgende Massnahmen anordnen: (a.) Massnahmen gegenüber einzelnen Personen, (b.) Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, (c.) Ärztinnen, Ärzte und weitere Gesundheitsfachpersonen verpflichten, bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten mitzuwirken und (d.) Impfungen bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch erklären.

bb) Im vorliegenden Fall erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG die **Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 28. Februar 2020**, in der er u.a. ein Veranstaltungsverbot erliess, wonach es verboten war, öffentliche oder private Veranstaltungen, bei denen sich gleichzeitig mehr als 1000 Personen aufhalten, in der Schweiz durchzuführen.

b) aa) Wenn es eine **ausserordentliche Lage** erfordert, kann der Bundesrat nach Art. 7 EpG für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen.

Nach Meinung des Bundesrats entspricht die Regelung in Art. 7 EpG der Notkompetenz des Bundesrats in Art. 10 altEpG. Diese Bestimmung sei deklaratorischer Natur. Sie wiederhole nämlich nur auf Gesetzesstufe die **verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrats gemäss Artikel 185 Absatz 3 BV**,[14] in ausserordentlichen Situationen ohne Grundlage in einem Bundesgesetz Polizeinotverordnungsrecht zu erlassen.[15]

Im Bereich der übertragbaren Krankheiten ist nach Meinung des Bundesrats auch in Zukunft mit unvorhersehbaren, akuten schweren Bedrohungen der öffentlichen Gesundheit zu rechnen, für die das Gesetz keine spezifische Regelung bereithält. In diesen Fällen, welche die innere Sicherheit des Landes gefährden könnten, müsse ein rasches und zielgerichtetes Eingreifen mög-

---

[14] Er (sc. der Bundesrat) "kann, unmittelbar gestützt auf diesen Artikel, Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Solche Verordnungen sind zu befristen."

[15] Botschaft (Fn. 2), 365 f.

lich sein. Das konstitutionelle Notstandsrecht erlaube es dem Bundesrat, bei unvorhersehbaren schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit, die eingetreten seien oder unmittelbar drohten, die adäquaten Massnahmen rasch und fallspezifisch anzuordnen. Im Gegensatz zur besonderen Lage nach Art. 6 EpG sei deshalb auf Gesetzesstufe eine ausführliche Definition der ausserordentlichen Lage nicht möglich.[16]

bb) Gestützt auf die Art. 184 Abs. 3 BV (Beziehungen zum Ausland) und 185 Abs. 3 BV (äussere und innere Sicherheit) und auf die Art. 6 Abs. 2 lit. b, 41 Abs. 1 und 77 Abs. 3 EpG erliess der Bundesrat am **13. März 2020** die **COVID-19-Verordnung 2**, worin er u.a. Massnahmen zur Einschränkung der Einreise von Personen aus Risikoländern oder –regionen traf (Art. 2 f.) und die Durchführung von öffentlichen oder privaten Veranstaltungen, bei denen sich gleichzeitig 100 oder mehr Personen aufhalten, verbot (Art. 6).

Wie erwähnt, stützte der Bundesrat die Anordnungen immer noch auf **Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG (Besondere Lage)**, obwohl der Generaldirektor der WHO mit Erklärung vom 11. März 2020 eine Pandemie ausgerufen hatte. Als **Risikoland** bezeichnete der Bundesrat damals nur Italien (Anhang Art. 2 Abs. 2).

cc) Auch die **COVID-19-Verordnung 2** in der **Fassung vom 16. März 2020** stützte sich weiterhin u.a. auf **Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG**. In dieser Verordnung verbot der Bundesrat u.a. Präsenzveranstaltungen in Schulen, Hochschulen und übrigen Ausbildungsstätten (Art. 5 Abs. 1) und die Aufnahme von mehr als 50 Personen gleichzeitig in Restaurations- und Barbetrieben sowie Diskotheken und Nachtclubs (Art. 6 Abs. 4). Als **Risikoland** bezeichnete der Bundesrat damals immer noch allein Italien (Anhang Art. 2 Abs. 2).

dd) Erst die **COVID-19-Verordnung 2** in der **Fassung vom 17. März 2020** stützte sich erstmals auf **Art. 7 EpG (Ausserordentliche Lage)**. Darin verbot der Bundesrat dann u.a. sämtliche öffentlichen oder privaten Veranstaltungen, einschliesslich Sportveranstaltungen und Vereinsaktivitäten (Art. 6 Abs. 1), und schloss u.a. Einkaufsläden und Märkte, Restaurationsbetriebe, Barbetriebe sowie Diskotheken (Art. 6 Abs. 2).

Als **Risikoländer** bezeichnete der Bundesrat nun Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich (Anhang gemäss Art. 2 Abs. 2). Die folgenden Verordnungen stützen sich dann alle u.a. auf Art. 7 EpG (Ausserordentliche Lage).

c) Auch die Chronologie der Verordnung Coronavirus (COVID-19) vom 28. Februar 2020 und die ab dem 13. März 2020 folgenden COVID-19-Verordnungen 2 zeigen **keinen Zusammenhang zwischen** der **Ausrufung einer Pandemie durch den Generaldirektor der WHO** vom 11. März 2020 und den **vom Bundesrat getroffenen Massnahmen**. Diese scheinen vielmehr entsprechend Art. 6 Abs. 2 lit. b EpG ausschliesslich mit Blick auf die durch die gesundheitliche Notlage drohende Gefährdung der öffentlichen Gesundheit in der Schweiz, also **völlig autonom getroffen** worden zu sein.

Dies zeigt insbesondere auch die jeweilige Zahl der als Risikoländer bezeichneten Länder im Anhang gemäss Art. 2 Abs. 2. Dabei gelten als Risikoländer oder -regionen namentlich Länder oder Regionen, deren Behörden ausserordentliche Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung der COVID-19-Epidemie angeordnet haben (Art. 2 Abs. 2).

---

[16] Botschaft (Fn. 2), 366.

B. Versicherungsrechtliche Bedeutung der Unterscheidung zwischen Epidemie und Pandemie

1. Einleitung

10. Wie HEISS/MÖNNICH zutreffend ausführen, ist **Gegenstand einer Versicherung** *"immer ein **Risiko** oder eine **Gefahr**, also ein Ereignis, dessen Eintritt möglich, aber ungewiss ist. Diese Ungewissheit muss vom Versicherer übernommen werden. Das Risiko bzw. dessen finanzielle Folgen werden vom Versicherten auf den Versicherer verlagert. […] Die vom Versicherer übernommene Ungewissheit besteht typischerweise darin, ob oder wann das Ereignis eintritt (incertus an oder incertus quando […]), welches die Leistungspflicht des Versicherers auslöst"*.[17]

MAURER spricht in diesem Zusammenhang von der **versicherten Gefahr**. Sie sei der Tatbestand, für welchen der Versicherungsvertrag Versicherungsschutz gewähre (Unfall, Haftpflicht usw.). Zur Zeit des Vertragsabschlusses müsse ungewiss sein, ob sich dieser Tatbestand überhaupt je oder wenn doch, wann, d.h. in welchem Zeitpunkt, er sich verwirklichen werde. Es bestehe z.B. Ungewissheit, ob das gegen Feuer versicherte Haus überhaupt je brennen, ob die gegen Haftpflicht versicherte Person je haftpflichtig und ob die gegen Unfall versicherte Person je verunfallen würden.[18]

11. a) Wie WEBER darlegt, bedient sich die Versicherung, um diese **pekuniäre Schutzfunktion** erfüllen zu können, einer **Technik**, die stark vereinfacht dahingehend zusammengefasst werden könne, dass die befürchtete Gefahrrealisierung auf die Gesamtheit der gegen diese Gefahr versicherten Personen verteilt werde. Da innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens nur ein geringer Teil der Personen tatsächlich von den befürchteten Ereignissen betroffen würden, könne der individuell eingetretene Schaden durch die Beiträge der Teilnehmer der Risikogemeinschaft beglichen werden. Damit diese Beiträge – die Prämien – berechnet werden könnten, müsse der Versicherer aus den Zahlen der Vergangenheit Statistiken erstellen und daraus die Wahrscheinlichkeiten errechnen, wie oft sich die versicherte Gefahr in einem bestimmten Zeitraum zukünftig realisiere. Zufallsbedingte Schwankungen könnten dabei insoweit ausgeschlossen werden, als eine entsprechend grosse Anzahl von untersuchten Fällen und Personen zur Verfügung stehe. Eine ausreichende Datenreihe sei Voraussetzung für das Gesetz der grossen Zahl, das der Versicherung dazu diene, dem Zufall auf die Schliche zu kommen.[19]

b) Die **Berechenbarkeit** der möglichen **finanziellen Folgen** der befürchteten Gefahrrealisierung, die Festsetzung angemessener Risikoprämien und die mögliche Verteilung der Kosten in der betroffenen Risikogemeinschaft sind freilich **nicht Voraussetzung für die Gültigkeit des Versicherungsvertrags**. Hat sich der Versicherer wegen fehlender Daten verkalkuliert, bleibt er an den Vertrag gebunden. Die Kosten werden dann aber seine Rechnung empfindlich belasten.

---

17 HEISS/MÖNNICH, Basler Kommentar, Versicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2013, Art. 2 N 15 f.

18 MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 242; vgl. auch LANDOLT/WEBER, Privatversicherungsrecht in a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, S. 2.

19 WEBER, Privatversicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, N 4.2.

2. Gefahrausschlüsse bei Pandemie

12. a) Mit der **Ausschlussklausel** wird im Versicherungsvertrag (siehe dazu eingehend sogleich hinten) ein an sich gedecktes Risiko von der Deckung ausgeschlossen. So werden beispielsweise nach MAURER in den AVB zur (privaten) Unfallversicherung regelmässig zuerst die Merkmale des Unfallbegriffs abstrakt umschrieben und hierauf bestimmte Unfälle, z.B. der Unfall beim Fallschirmspringen, ausgeschlossen.[20] Denkbar ist auch, dass für bestimmte Verhaltensweisen die Deckung ausgeschlossen wird, etwa für ein Wagnis und aussergewöhnliche Gefahren, Schäden bei Verbrechen und Vergehen etc.[21]

b) Der Ausschluss bezieht sich also auf den **Ausschluss bestimmter Ursachen** des Eintritts des befürchteten Ereignisses. Ist dieses auf eine nicht gedeckte Ursache zurückzuführen, hat der Versicherer keine Leistungen zu erbringen, obwohl die Gefahr im Übrigen versichert ist.

13. a) Wie bereits dargelegt wurde, spricht man von einer Epidemie,[22] wenn eine Infektionskrankheit stark gehäuft, örtlich und zeitlich begrenzt auftritt. Bei einer Pandemie handelt es sich hingegen um die Ausbreitung einer bestimmten Infektionskrankheit in vielen Ländern bzw. Kontinenten. Der **Oberbegriff** ist indessen der **Begriff der Epidemie**, die Pandemie ist bloss ein Anwendungsfall. Eine Krankheit ist epidemisch, wenn in einer Population in kurzer Zeit mehr Menschen als im Normalfall infiziert werden, was beispielsweise auf eine schnelle und direkte Übertragung von Mensch zu Mensch zurückzuführen ist.[23]

b) Im Roche Lexikon Medizin,[24] wird Pandemie als *"auf grosse Gebiete eines Landes oder Erdteils übergreifende Epidemie definiert".* Die (versicherte) **Gefahr** ist also die **Epidemie**, die, wenn sie sich ausbreitet, zur Pandemie wird.[25] SLONCZEWSKI/FOSTER sagen es so: *"Eine Pandemie ist eine Epidemie, die sich über ein grosses geografisches Gebiet ausbreitet, im Allgemeinen über die ganze Welt."* Und im Topley & Wilson's Microbiology & Microbial Infections findet sich folgende Definition: *"An infection that is continuously in a population is said to be ENDEMIC, whereas an increase above the endemic level is described as an EPIDEMIC, or PANDEMIC when the EPIDEMIC is worldwide*."[26]

Es fragt sich daher, ob es sich bei der Pandemie wirklich um ein spezielles Risiko handelt, das sich von der versicherten Gefahr der Epidemie abgrenzen lässt.

14. a) Nach meiner Beurteilung liegt das **Problem** darin, dass eine **Pandemie immer aus einer Epidemie entsteht** und nicht umgekehrt. Das zeigt das neue Coronavirus exemplarisch. Ausgehend von China verbreitete sich die Infektionskrankheit über die ganze Welt. Weltweit gesehen

---

20 MAURER (Fn. 18), S. 245.
21 SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, § 18 N 63.
22 Die nachfolgenden Informationen zu den naturwissenschaftlichen Fragestellungen habe ich von Frau Prof. Dr. phil. II Gabriela Pfyffer von Altishofen erhalten. Sie war bis vor vier Jahren Chefmikrobiologin am Institut für Medizinische Mikrobiologie, Leiterin Zentrum für Labormedizin, Vorsteherin des Departements Institute und Mitglied der Geschäftsleitung des Luzerner Kantonsspitals, Titularprofessorin für Medizinische Mikrobiologie, Medizinische Fakultät, Universität Zürich, und Dozentin für Medizinische Mikrobiologie an der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH) Zürich.
23 SLONCZEWSKI/FOSTER, Mikrobiologie, Eine Wissenschaft mit Zukunft, 2. Aufl., aus dem Englischen übersetzt von Hilbig/Jarosch/Seidler/Werner, Berlin, Heidelberg 2012, S. 1268.
24 Roche Lexikon Medizin, 5. Aufl., München, Wien, Baltimore 2006.
25 SLONCZEWSKI/FOSTER (Fn. 23), S. 1269.
26 Topley & Wilson's Microbiology & Microbial Infections, 10th edition, 2006, p. 310.

ist die **Pandemie** also **nicht eine von der Epidemie abgrenzbare Gefahrstatsache**, sondern unterscheidet sich von einer Epidemie bloss durch ihren **Umfang**, nämlich dadurch, dass aufgrund ein und desselben Erregers in vielen Ländern Epidemien ausgebrochen sind.

b) Was angesichts der konkreten COVID-19-Pandemie übersehen wird, ist die Tatsache, dass eine Pandemie **von jedem Land ausgehen** kann, in dem eine Epidemie entsteht, also **auch von der Schweiz**. Wäre dies im Fall der COVID-19-Infektion geschehen, weil sich beispielsweise der erste angesteckte Chinese ins Flugzeug gesetzt hätte, um eine Ferienreise durch die Schweiz anzutreten und in Luzern eine ROLEX zu kaufen, wäre die Epidemie allenfalls bei seinem Abstecher an die Luzerner Fastnacht ausgebrochen. Sie hätte sich dann von der Schweiz aus über die Welt verbreitet. Denkbar ist auch, dass in der Schweiz ein Unfall zur Freisetzung von Viren und zum Ausbruch einer Epidemie führt. Würde ein Deckungsausschluss für Pandemien greifen, hiesse dies, dass die Versicherer bis zur Ausrufung der Pandemie durch die WHO (wenn man auf diesen Zeitpunkt abstellen will) Leistungen zu erbringen hätten, um sie nachher einstellen zu können.

Mein Luzerner Fakultätskollege Prof. Dr. Lorenz Droese hat dies in der Diskussion mit mir mit einem Beispiel treffend auf den Punkt gebracht: Es wäre, wie wenn die Feuerversicherung nur zahlen müsste, solange lediglich das Haus eines Versicherungsnehmers brennt, aber nicht, wenn das ganze Dorf in Brand steht und sie in zahlreichen weiteren Fällen Leistung erbringen müsste. Dies wäre ebenso abwegig, wie wenn die Hochwasserversicherung nur bis zu einem bestimmten Pegelstand Leistungen erbringen müsste und bei Überschreiten dieser Marke von der Leistung befreit wäre.

c) Ausgehend von der Möglichkeit, dass eine Pandemie auch von der Schweiz aus entstehen könnte, heisst dies, dass der Versicherer mit dem **Pandemie-Ausschluss** einen Mechanismus in den Vertrag aufnimmt, der ihm gestattet, die Leistung zu verweigern, wenn wegen des Umfangs des Gefahreintritts die vorne beschriebene Technik der Finanzierung nicht mehr funktioniert. Der Ausschluss hätte danach eine **dynamische Komponente**. Die **Deckung** würde sich **je nach Ausmass der Epidemie verändern**.

Wie noch zu zeigen sein wird, (siehe Ziff. 41 ff. hinten), sind die mir vorgelegten Deckungsausschlüsse für Pandemie aus verschiedenen (anderen) Gründen nicht gültig. Die Frage stellt sich also nicht isoliert, ob sie als **dynamischer Ausschluss** gültig wären. Würde sich die Frage darauf fokussieren, könnte man sich wohl mit **guten Gründen** auf den Standpunkt stellen, eine Klausel, die einen (weil nicht näher erläuterten) verdeckten Mechanismus vorsehe, der es dem Versicherer gestatte, die Leistung zu verweigern, wenn wegen des Umfangs des Gefahreintritts die Technik der Finanzierung nicht mehr funktioniere, **verstosse gegen die guten Sitten** im Sinn von Art. 19 OR (siehe dazu eingehend Ziff. 35 hinten). Ebenso könnte man sich auf den Standpunkt stellen, eine solche Klausel **verletze Art. 8 UWG**, wenn der Versicherungsnehmer Konsumentin oder Konsument ist (siehe dazu eingehend Ziff. 36 hinten).

Die Frage wird hier aber nicht abschliessend geprüft.

d) aa) Betrachtet man die Lage hingegen allein mit dem Fokus auf die derzeitige COVID-19-Infektion und nur unter dem Gesichtspunkt der Gefährdung der öffentlichen Gesundheit in der Schweiz (und die dadurch erforderlichen Massnahmen) – wie dies beispielsweise der Schweizerische Bundesrat bei Anwendung des Epidemiengesetzes tut –, ist die **Ursache der heutigen COVID-19-Epidemie in der Schweiz** eine **COVID-19-<u>Epidemie</u> in China**, die sich **über die ganze Welt** (einschliesslich der Schweiz) **ausgebreitet** hat und weltweit gesehen daher als **Pandemie** zu qualifizieren ist.

bb) Wollte ein Versicherer diesen Fall (in der Schweiz) von der Deckung einer Epidemie-Versicherung ausschliessen, müsste er den Eintritt des befürchteten Ereignisses (z.B. eines Betriebsunterbruchs) infolge einer Epidemie im Sinn einer in der Schweiz stark gehäuft, örtlich und zeitlich begrenzt auftretenden Infektionskrankheit versichern, aber die **Deckung für den Fall ausschliessen**, dass die Ursache dieser Epidemie auf eine Infektionskrankheit zurückzuführen ist, die **erstens im Ausland entstanden** ist und sich **zweitens** in derart vielen Ländern bzw. Kontinenten ausgebreitet hat, dass sie sich als **Pandemie** qualifiziert.

cc) Würde man einen solchen Ausschluss zulassen (siehe dazu Ziff. 15 lit. c hinten) bzw. käme er gültig zustande (siehe dazu Ziff. 23 ff. hinten), stellte sich immer noch die **Frage**, wie es sich verhalten würde, wenn die Epidemie in der Schweiz ihre Ursache "nur" in einer Epidemie in Italien und allenfalls in einem weiteren Nachbarstaat hätte und sich die **Infektionskrankheit noch nicht als Pandemie** qualifizierte.

15. a) Nachzutragen ist in diesem Zusammenhang, dass es für mich **nicht nachvollziehbar** ist, dass die **Ursache der Epidemie für die Deckung ihrer Folgen in der Schweiz** überhaupt **von Bedeutung** ist. Ob die Räder in der Schweiz aufgrund eines *"einheimischen Erregers"* oder infolge der Einschleppung oder der drohenden Einschleppung eines *"ausländischen Erregers"* stillstehen, kann in Bezug auf die aus einem Betriebsunterbruch entstehenden Kosten keine Bedeutung haben.

b) Selbstverständlich verhält es sich anders, wenn es um die Frage geht, mit welchen Schäden ein Versicherer, der auch im Ausland tätig ist, insgesamt konfrontiert ist. Es liegt auf der Hand, dass **global gesehen die Kosten unvergleichlich höher** sind, wenn eine **Pandemie** ausbricht, als wenn nur ein oder zwei Länder von einer Epidemie betroffen sind. Es könnte daher die Frage aufgeworfen werden, ob die Versicherer nicht befugt sind, Pandemien als unkalkulierbare Risiken auszuschliessen.

Dass ein dynamischer Ausschluss (siehe Ziff. 14 lit. c vorne) wohl nicht zulässig wäre, wurde bereits dargelegt. Eine **Klausel im Sinn von Ziff. 14 lit. d) bb)** liegt mir nicht vor. Anders als beim dynamischen Ausschluss gehe ich aber davon aus, dass eine **solche Regelung gültig** wäre, wenn sie dem **Transparenzgebot** (siehe Ziff. 24 hinten) genügen würde.

Auch diese Frage wird hier aber nicht abschliessend beurteilt.

3. Versicherung der Folgen eines Betriebsunterbruchs infolge Epidemie als Wagnis

16. a) Im Fall der COVID-19-Infektion dürfte das **versicherungstechnische Problem** darin liegen, dass die **Kosten einer Pandemie** und die Zahl der Betroffenen sogar auf Seiten der Behörden massiv unterschätzt wurden. So heisst es beispielsweise im Influenza-Pandemieplan Schweiz aus dem Jahr 2018 (Hervorhebung hinzugefügt):

"Die Erfahrungen mit Influenzaviren und wissenschaftliche Erkenntnisse bezüglich ihrer Eigenschaften zeigen, dass auch in Zukunft mit Influenza-Pandemien unterschiedlicher Schweregrade zu rechnen ist. Laut Risikobericht des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz (BABS) stellen

Pandemien ein grosses Risiko für Menschen, Umwelt, Wirtschaft und Gesellschaft dar, mit einer erwarteten ***Schadenssumme im tiefen zweistelligen Milliardenbereich****."*[27]

b) Es kam hinsichtlich der Kosten und der Zahl der Betroffenen bekanntlich ganz anders und das Ende ist noch längst nicht absehbar. **Versicherungstechnisch** liegt das wirkliche **Problem** darin, dass sich die **Kosten** der befürchteten Gefahrrealisierung (mindestens bei den dafür berechneten Prämien) **nicht** mehr **auf die Gesamtheit der gegen diese Gefahr versicherten Personen verteilen lässt**, weil fast alle Versicherten davon betroffen sind.

Die **Annahme**, dass innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens nur ein geringer Teil der gegen die Gefahr einer Epidemie versicherten Personen vom befürchteten Ereignis betroffen sind, so dass der individuell eingetretene Schaden durch die Beiträge der Teilnehmer der Gemeinschaft beglichen werden kann, erweist sich im Fall der Covid-19-Infektionskrankheit als **falsch**.

17. a) Wie WEBER[28] zutreffend feststellt (und worauf bereits hingewiesen wurde), ist eine **ausreichende Datenreihe** Voraussetzung für das Gesetz der grossen Zahl, das der Versicherung dazu dient, die Wahrscheinlichkeiten zu errechnen, wie oft sich die versicherte Gefahr in einem bestimmten Zeitraum zukünftig realisiert. Anders als im Normalfall können nun aber bei einer Epidemie zufallsbedingte Schwankungen nicht ausgeschlossen werden, weil **keine entsprechend grosse Anzahl von untersuchten Fällen und Personen zur Verfügung** stehen. Einschränkungen, wie sie der Bundesrat in der COVID-19-Verordnung 2 verfügt hat, gab es in der Schweiz nämlich noch nie! Die Covid-19-Infektionskrankheit ist ein Jahrhundertereignis, für dessen versicherungstechnische Schadenseinschätzung es **keine Statistiken** gibt.

b) Ebenso wenig dürfte es Statistiken geben, aus denen sich die möglichen Folgen von schweizweiten Epidemien bzw. den daraus nach dem EpG abgeleiteten Massnahmen errechnen lassen, die auf die Schweiz und allenfalls auf Nachbarländer beschränkt und deshalb noch keine Pandemie sind.

18. a) Wie erwähnt, zeigen nach Auffassung des BAG die Erfahrungen mit Influenzaviren und wissenschaftliche Erkenntnisse bezüglich ihrer Eigenschaften, dass **auch in Zukunft mit Influenza-Pandemien** unterschiedlicher Schweregrade **zu rechnen** ist. Pandemien stellten ein grosses Risiko für Menschen, Umwelt, Wirtschaft und Gesellschaft dar.[29] Einerseits sei es unmöglich, genau vorauszusagen, wann und wo die nächste Pandemie ihren Ursprung nehmen werde, wie schnell sie sich ausbreiten und welchen Schweregrad sie in welcher Altersgruppe haben werde. Der Schweregrad der letzten Pandemien (Spanische Grippe 1918, Asiatische Grippe 1957, Hongkong-Grippe 1968, A/H1N1-Pandemie 1977 [Russische Grippe] und H1N1-Pandemie 2009 [Schweinegrippe]) sei tendenziell abnehmend gewesen, was jedoch **keine Prognose erlaube**. Andererseits seien keine verlässlichen genetischen Marker bekannt, die Voraussagen über Pathogenität und Übertragbarkeit von Influenzaviren zulassen würden. Darüber hinaus existiere kein Zusammenhang zwischen Übertragbarkeit und Schweregrad. Aus all diesen Gründen sei auch die Wirksamkeit einzelner Massnahmen nach heutigem Wissensstand nicht genau abschätzbar.[30]

---

27 Influenza-Pandemieplan Schweiz 2018 (Fn. 8), 7.
28 WEBER (Fn. 19), N 4.2.
29 Influenza-Pandemieplan Schweiz 2018 (Fn. 8), 7.
30 Influenza-Pandemieplan Schweiz 2018 (Fn. 8), 8.

b) Zwar ist nach der Darstellung des BAG eine Pandemie nicht vorhersehbar. Die **Wahrscheinlichkeit des Eintritts** eines solchen Ereignisses können Experten jedoch **durchaus berechnen**. Allein die Aussage, bei der Spanischen Grippe im Jahr 1918[31] handle es sich um ein Jahrhundertereignis,[32] müsste über hundert Jahre später zur Vorsicht mahnen. Spätestens die SARS-Pandemie 2002/2003, die letztlich mindestens für die Schweiz glimpflich ausging, hätte jedenfalls zu grösster Vorsicht mahnen müssen.

Die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Ereignisses, verbunden mit der Unmöglichkeit einer einigermassen zuverlässigen Berechnung der finanziellen Folgen mangels Statistiken, stellt daher versicherungstechnisch einen **höchst gefährlichen Risiko-Cocktail** dar.

c) Betrachtet man die **im EpG vorgesehenen Massnahmen**, hätten Fachleute spätestens nach dessen Inkrafttreten unschwer feststellen können, dass das Gesetz nicht nur **Massnahmen gegenüber einzelnen Personen** vorsieht (Art. 30 ff. EpG) wie etwa Quarantäne und Absonderung (Art. 35 EpG), sondern auch **Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen** (Art. 40 EpG) sowie Massnahmen im internationalen Personenverkehr (Art. 41 EpG).

Dazu heisst es in der Botschaft des Bundesrats zum EpG (Hervorhebung hinzugefügt): *"Artikel 40 enthält verschiedene Massnahmen, die eine Verminderung enger Kontakte zwischen Personen bezwecken oder eine Exposition in einer bestimmten Umgebung verhindern sollen. Ziel ist es, die Wahrscheinlichkeit zu senken, dass Individuen einem Erreger ausgesetzt und dadurch möglicherweise infiziert werden. Diese Massnahmen sind* ***auf die kollektive Ebene ausgerichtet*** *(social distancing) und betreffen vor allem Veranstaltungen, Schulen und Unternehmen, da Menschenansammlungen für die Ausbreitung bestimmter Krankheiten (z.B. Grippe oder Masern) besonders förderlich sind. Es sind also auch Situationen denkbar, in denen vorübergehend der Zugang zu einem bestimmten Gebiet eingeschränkt wird. Die möglichen Einschränkungen und Verbote sollen die Anzahl Erkrankter verringern, indem sie die Ausbreitung der Krankheit eindämmen oder verlangsamen. Beim Entscheid, ob konkrete Massnahmen angeordnet werden sollen, sind das epidemiologische Umfeld in der Schweiz und im internationalen Kontext (Ort, Ausdehnung und Entwicklung der Herde, Infektiosität, besonders betroffene Gruppen) sowie die Merkmale der Veranstaltung, der Schule oder der Unternehmen (Herkunft / Anzahl der Teilnehmenden, Zugehörigkeit der Schülerinnen und Schüler zu besonders stark betroffenen Gruppen usw.) zu berücksichtigen."*[33]

Und weiter: Die zuständigen kantonalen Behörden können *"Veranstaltungen verbieten oder einschränken (Bst. a), Schulen oder andere öffentliche Anstalten und private Unternehmen schliessen oder gegenüber diesen besondere Vorschriften zum Betrieb (z.B. Hygienemassnahmen) verfügen (Bst. b) oder das Betreten oder Verlassen bestimmter Gebäude oder Gebiete und bestimmte Aktivitäten an definierten Orten, wie das Baden verbieten oder einschränken (Bst. c). Das revidierte Gesetz enthält im Gegensatz zum geltenden EpG eine Regelung, welche es den zuständigen Behörden ermöglicht, das Betreten oder Verlassen bestimmter Gebiete zeitweise einzuschränken. Diese Ergänzung ist notwendig, weil sich gerade im Zusammenhang mit der Bekämpfung der häufig tödlich verlaufenden Lungenkrankheit SARS gezeigt hat, dass mit der Absperrung bestimmter Quartiere oder Häusergruppen (z.B. in Hongkong) die Weiterverbreitung der Krankheit signifi-*

---

31 https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/geburten-todesfaelle.assetdetail.6467464.html (besucht am 13. April 2020).

32 https://nzzas.nzz.ch/wissen/spanische-grippe-eine-vergessene-katastrophe-ld.1344524 (besucht am 13. April 2020).

33 Botschaft (Fn. 2), S. 392.

kant eingeschränkt werden konnte. Die Absperrung ganzer Ortschaften soll aber nur in Ausnahmesituationen möglich sein."[34]

d) Auch die Tatsache, dass der Bundesrat solche Massnahmen in einer besonderen Lage gemäss Art. 6 EpG **überregional** und in einer ausserordentlichen Lage (Art. 7 EpG) **schweizweit** anordnen kann, war dem EpG ohne Weiteres zu entnehmen.

19. Bei einer **wissenschaftlich fundierten Abwägung des Risikos** wäre daher zu erkennen gewesen, dass eine **Epidemie** in der Schweiz (unabhängig davon, ob sie sich von einer lokalen regionalen Infektion zur weitweiten Pandemie ausweitet oder durch eine weltweite Pandemie erst verursacht wird) die **Technik der Versicherung**, die befürchtete Gefahrrealisierung auf die Gesamtheit der gegen diese Gefahr versicherten Personen zu verteilen, **torpedieren** könnte, weil sich die Gefahr gleichzeitig bei allen Versicherten oder mindestens sehr vielen verwirklicht. Nach meiner Meinung muss es daher als eigentliches **Wagnis** bezeichnet werden, die Folgen von **Epidemien** für Betriebe **zu versichern**.

4. Gang der weiteren Untersuchung

20. a) Die **Privatautonomie** und die daraus abgeleitete **Vertragsfreiheit** gestattet es indessen zweifellos, die **Gefahr der Epidemie zu versichern** und einzelne Ereignisse nach Art. 33 VVG *"in bestimmter, unzweideutiger Fassung"* von der Versicherung auszuschliessen.

b) Die Frage wird im Folgenden sein, ob die in der Praxis verbreiteten Ausschlüsse, die Sie mir zu Beurteilung vorlegen, gültig vereinbart wurden. Zuerst ist nun aber zu prüfen, welchen Anforderungen solche vertraglichen Ausschlüsse genügen müssen.

c) In einem ersten Schritt geht es darum, das juristische Rüstzeug aufzuarbeiten, das später die Überprüfung der Ausschlüsse auf ihre rechtliche Wirksamkeit hin erlaubt.

C. Umfang der Gefahrtragung und deren Ausschluss

1. Einleitung

21. a) Im schweizerischen Recht gilt, wie eben erwähnt, der Grundsatz der **Privatautonomie**. Danach können die Rechtsunterworfenen ihre Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen gestalten.[35] Ausfluss dieses Prinzips ist die **Vertragsfreiheit**, wonach die Parteien frei sind, einen bestimmten Vertrag abzuschliessen oder nicht abzuschliessen, ebenso sind sie frei, mit wem sie dies tun wollen und welchen Inhalt sie ihrem Vertrag (in den Schranken des Gesetzes) geben wollen.[36]

b) Die Vertragsfreiheit gilt **auch im Versicherungsvertragsrecht**. Danach sind Versicherungsnehmer und Versicherer frei, ob sie überhaupt einen Versicherungsvertrag abschliessen wol-

---

34 Botschaft (Fn. 2), S. 392.

35 Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, N 314 m.w.H.

36 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), N 612 ff. m.w.H.

len und wenn ja, mit welchem Inhalt. Ebenso sind sie **frei zu bestimmen, welche Gefahr sie versichern wollen**.[37]

c) Wenn sich der Versicherer aber einmal bereit erklärt hat, eine bestimmte Gefahr zu versichern, greift **Art. 33 VVG** mit einer Regel über den **Umfang der vom Versicherer zu tragenden Gefahr** ein. Danach haftet der Versicherer, soweit es das VVG nicht anders bestimmt, *"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."*

Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt darin, dass der Versicherer **im Zweifel für alle Ereignisse** haftet, **die mit der versicherten Gefahr zusammenhängen**. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit hat er jedoch die Möglichkeit, den Haftungsumfang durch entsprechende Vereinbarungen wieder **einzuschränken**. Solche Klauseln sind zulässig, müssen aber gewissen **Anforderungen** entsprechen.[38]

In diesen **Anforderungen** liegt die eigentliche **Bedeutung von Art. 33 VVG**. Diese Bestimmung sieht nicht nur abstrakt die Möglichkeit von Leistungsbeschränkungen vor, sondern legt gleichzeitig **konkrete Anforderungen** *("in bestimmter, unzweideutiger Fassung"*) an deren Gültigkeit fest. Danach vermögen unbestimmte oder zweideutige Ausschlüsse die Leistungspflicht des Versicherers nicht zu beschränken. **Zweifel** an der Bestimmtheit oder Eindeutigkeit eines Ausschlusses gehen **zu Lasten des Versicherers**.[39] Wie FUHRER zutreffend feststellt, macht diese Unklarheitsregel **Art. 33 VVG** zur **zentralen Bestimmung** über die Auslegung von Versicherungsverträgen und den dazugehörigen AVB.[40]

d) Da Deckungsausschlüsse heute regelmässig in **Allgemeinen Versicherungsbedingungen** enthalten sind, überlagert deren Kontrolle die Unklarheitsregel des Art. 33 VVG. Zuerst sind daher Inhalt und Bedeutung der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und deren Bedeutung für die Kontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen zu klären.

2. Kontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen

a) Einleitung

22. a) **Allgemeine Geschäftsbedingungen** sind Vertragsklauseln, die eine Vertragspartei (der Verwender) mit dem Ziel vorformuliert, sie zum Bestandteil einer Vielzahl von Verträgen zu machen, die sie in Zukunft abzuschliessen gedenkt.[41] Damit wird der Vertragsschluss vereinfacht, beschleunigt, rationalisiert und standardisiert.[42] Da dies vorab im Interesse des Verwenders geschieht, stellt sich die Frage der **Kontrolle**.

b) Mangels einer eigenständigen AGB-Gesetzgebung beurteilen Rechtsprechung und Lehre in der Schweiz die Zulässigkeit von AGB in erster Linie anhand der Bestimmungen des Obligatio-

---

37 Vgl. KOENIG, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2: Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Hb., Basel und Stuttgart 1979, 585.

38 KOENIG (Fn. 37), 585; vgl. auch FUHRER, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel, Genf, München 2001, Art. 33 N 1.

39 FUHRER (Fn. 38), Art. 33 N 3.

40 FUHRER (Fn. 38), Art. 33 N 4.

41 BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Bern 2018, N 947; vgl. etwa auch JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Band V/1/b, 4. Aufl., Zürich 2014, Art. 18 N 512.

42 Vgl. BERGER (Fn. 41), N 950.

nenrechts. In Anwendung der einschlägigen vertragsrechtlichen Grundsätze umfasst die AGB-Kontrolle in der Praxis folgende Kontrollinstrumente: die **Konsenskontrolle**, die **Auslegungskontrolle** und die **Gültigkeitskontrolle**. Hinzu tritt neuerdings die lauterkeitsrechtliche (offene) Inhaltskontrolle.[43]

c) Die allgemeine Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen betrifft auch die Versicherungsverträge bzw. die ihnen zugrunde liegenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen.[44] Die eben erwähnten Kontrollinstrumente finden daher auch auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen Anwendung.

d) Es ist nicht Aufgabe dieses Gutachtens, Lehre und Rechtsprechung zur Konsens- und Auslegungskontrolle (und Gültigkeitskontrolle) zu kritisieren und hier Alternativen zu diskutieren. Bevor der Leser selbst darüber stolpert, ist aber mindestens darauf hinzuweisen, dass die Abgrenzung der Auslegungskontrolle von der Konsenskontrolle nach Auffassung des Schreibenden insofern nicht überzeugt, als die Anwendung der bei der Konsenskontrolle angesiedelten **Ungewöhnlichkeitsregel** selbstverständlich eine **Auslegung der betroffenen Klausel voraussetzt**. Nur durch Auslegung lässt sich nämlich ermitteln, was der Verfasser gemeint hat, wie die Klausel objektiv zu verstehen ist und ob dieses (Auslegungs-)Ergebnis ungewöhnlich ist und daher nach Treu und Glauben von einer Globalübernahme nicht erfasst wird (siehe sogleich Ziff. 23).

Die in der Praxis etablierte **Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen** beinhaltet im Ergebnis also eine **Auslegung in zwei Schritten**. In einem ersten Schritt soll die Auslegung darüber entscheiden, ob die Klausel Vertragsinhalt geworden ist. In einem zweiten Schritt soll eine bei der weiteren bzw. nochmaligen Auslegung festgestellte Art "Unklarheit minderen Grades" nur noch dazu führen, dass die Klausel zuungunsten des Verfasser ausgelegt bzw. angewendet wird (siehe Ziff. 32 hinten).

Dieses gekünstelte und wenig überzeugende Vorgehen, das letztlich nichts anderes als eine verdeckte Inhaltskontrolle ist, würde durch die von der Lehre seit langem geforderte **offene Inhaltskontrolle** überwunden. Im Rahmen einer solchen Kontrolle würde alles in einem Schritt entschieden.

e) Im **Versicherungsrecht** bietet **Art. 33 VVG** eine elegante Lösung an, indem die Gültigkeit eines Gefahrausschlusses voraussetzt, dass er *"in bestimmter, unzweideutiger Fassung"* formuliert ist. Alles was unbestimmt und zwei- oder mehrdeutig (und damit unklar) ist, führt damit direkt zur **Ungültigkeit des Ausschlusses**, auch wenn bloss eine "Unklarheit minderen Grades" (siehe Ziff. 22 lit. d vorne) im Sinn der erwähnten Auslegungskontrolle vorliegt (siehe dazu eingehend Ziff. 32 hinten).

f) Die vorliegende Beurteilung fusst auf der Erfahrung, dass sich bei Allgemeinen **Versicherungsbedingungen** ein tatsächlicher (subjektiver) Konsens praktisch nie nachweisen lässt, so dass der **Sinn** einer Klausel in der Praxis **immer normativ (objektiv) ermittelt** werden muss.

---

43 PERRIG, in: Kramer/Probst/Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016, N 101; vgl. etwa auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), N 1122; HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019, N 609 ff.; MÜLLER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2018, Art. 1 N 299 ff.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N 44.04 ff.

44 FUHRER (Fn. 38), Art. 33 N 8.

Sollte ein Versicherer daher im Zusammenhang mit einer der nachfolgend zu untersuchenden Klauseln eine **Individualabrede** bzw. in Bezug auf eine Deckungseinschränkung einen **tatsächlichen Konsens** nachweisen können, wäre allein dieser massgebend. Er hätte **Vorrang vor** der nachfolgend vorgestellten **normativen Auslegung**.

b) Die Konsenskontrolle

(1) Einleitung

23. a) Ein Hauptproblem der Allgemeinen Versicherungsbedingungen ist die Gefahr einer **Globalübernahme**, bei welcher der Versicherungsnehmer sein Einverständnis erklärt, **ohne** die Allgemeinen Versicherungsbedingungen **gelesen (und verstanden) zu haben**.[45] Davon ist auszugehen, wenn er eine Vertragsurkunde unterzeichnet, welche auf AVB verweist. In diesem Fall ist er nach der Rechtsprechung grundsätzlich in gleicher Weise an die vorformulierten Bestimmungen gebunden, wie wenn er sie selber unterzeichnet hätte.[46] Werden Allgemeine Versicherungsbedingungen durch **Verweisung** übernommen, so wird in der Praxis eine **Globalübernahme vermutet**.[47] Dass vorliegende **Gutachten** fusst auch der **Annahme**, dass dies bei den hier zur Diskussion stehenden Klauseln tatsächlich auch der Fall war. Die Kenntnisfiktion bei der Globalübernahme hat zur Folge, dass der Versicherungsnehmer gestützt auf das Vertrauensprinzip regelmässig die (für ihn oft nachteilig ausgestalteten) AVB ohne Berücksichtigung von Einzelheiten rechtswirksam akzeptiert.[48]

b) Voraussetzung für das Zustandekommen eines Versicherungsvertrags auf der Basis der Allgemeinen Versicherungsbedingungen ist, dass der Versicherer nach **Treu und Glauben** davon ausgehen darf, der Versicherungsnehmer sei damit einverstanden.[49] Dieses Vertrauensprinzip ist zugleich eine **Schranke** für die Annahme eines normativen Konsenses. Danach kann der Verwender nicht von einer stillschweigenden Annahme ausgehen, wenn er aufgrund der konkreten Umstände nach Treu und Glauben vernünftigerweise nicht annehmen darf, dass der Inhalt der Allgemeinen Versicherungsbedingungen vom global zustimmenden Versicherungsnehmer wirklich gewollt war.[50]

24. a) Dies ist u.a. bei einem Verstoss gegen das **Transparenzgebot** der Fall. Dieses ist als weitere Ausprägung des Gebots von Treu und Glauben anerkannt und konkretisiert dieses im Rahmen der Konsenskontrolle. Es hat primär den Zumutbarkeitsmassstab bei der Einbeziehung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen im Auge. Durch die Pflicht zu einer transparenten Gestaltung sowohl der gesamten AGB als auch der Regelungsinhalte einzelner Klauseln will es ein Mindestmass an Klausel-Transparenz erreichen. Im Rahmen der Konsenskontrolle verlangt es für eine zumutbare Kenntnisnahme die **formale sowie sprachliche Verständlichkeit und Lesbarkeit** des zur Übernahme gestellten AGB-Textes.[51]

b) Im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) ist dieser Grundsatz in § 307 Abs. 1 dahingehend kodifiziert worden, dass sich eine unangemessene Benachteiligung daraus ergeben kann,

---

45 KOLLER, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N 23.28.
46 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), 1128b m.w.H.
47 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), 1128c m.w.H.
48 PERRIG (Fn. 43), N 116.
49 KOLLER (FN. 45), N 23.30.
50 PERRIG (Fn. 43), N 117.
51 PERRIG (Fn. 43), N 141; vgl. auch HUGUENIN (Fn. 43), N 617; MÜLLER (Fn. 43), Art. 1 N 326 ff. SCHWENZER (Fn. 43), N 45.03; BGE 119 II 443, 446.

dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Massstab für die Transparenz ist nach FRITSCHE der durchschnittliche Vertragspartner des Verwenders. Für ihn müsse die Klausel nicht nur in ihrer Formulierung verständlich sein, sondern darüber hinaus die **wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen** so weit **erkennen lassen**, wie dies nach den Umständen gefordert werden könne. Das Transparenzgebot sei daher verletzt, wenn der Verwender Leistungsausschlüsse vorsehe, mit denen der Vertragspartner nach dem Gesamtbild des Vertrags nicht zu rechnen brauche. Das bedeute nicht, dass der Verwender die Klauseln etwa mit umfassenden Kommentaren versehen müsste, doch seien AGB im Rahmen des Möglichen so zu gestalten, dass dem Durchschnittskunden die ihn **benachteiligende Wirkung einer Klausel** nicht erst nach intensiver Beschäftigung oder aufgrund ergänzender Auskünfte deutlich werde.[52]

(2) Die Ungewöhnlichkeitsregel

25. Der Verwender kann ferner nicht von einer stillschweigenden Annahme ausgehen, wenn er nach Treu und Glauben nicht annehmen darf, dass der Inhalt der Allgemeinen Versicherungsbedingungen vom global zustimmenden Versicherungsnehmer gewollt war, weil dieser **mit den fraglichen Klauseln nicht rechnen konnte bzw. musste**. In einem solchen Fall muss der Versicherer vielmehr von der Annahme ausgehen, der Versicherungsnehmer hätte die Klausel im Falle der tatsächlichen Kenntnisnahme nicht, oder zumindest nicht unverändert, akzeptiert.[53]

Diese Überlegung hat sich als sogenannte **Ungewöhnlichkeitsregel** etabliert. Danach muss der Verwender von AGB nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass ein (geschäftsunerfahrener) Kunde ungewöhnliche Klauseln nicht akzeptiert.[54]

26. a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind von der global erklärten Zustimmung zu Allgemeinen Vertragsbedingungen alle **ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen**, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei **nicht gesondert aufmerksam gemacht** worden ist. Der Verfasser von Allgemeinen Geschäftsbedingungen müsse nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimme. Die Ungewöhnlichkeit beurteile sich aus der Sicht des Zustimmenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Für einen Branchenfremden könnten deshalb auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein.[55]

b) Nach der Rechtsprechung gilt **auch eine wirtschaftlich leistungsfähige** oder aufgrund anderer Umstände **gar als stärker erscheinende Vertragspartei** als *"schwach",* wenn sie mangels valabler Alternativen kaum auf einen anderen Vertragspartner ausweichen kann.[56] Daraus folgert PERRIG zutreffend, da die fehlende Ausweichmöglichkeit eines der Kernprobleme bei der Übernahme von AGB darstelle, werde man praktisch jeden Vertragspartner, d.h. auch einen wirtschaftlich leistungsfähigen oder geschäftserfahrenen Vertragspartner, als *"schwächere"* Vertragspartei qualifizieren können. Folglich sei eine ökonomische Unterlegenheit oder ein signifikantes Wissens-

---

52 FRITSCHE/SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht 2, 13. Aufl., Stuttgart 2019, § 307 N 68; vgl. auch WURMNEST, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, 8. Aufl., München 2019, § 307 N 61. In diese Richtung geht im Ergebnis auch das Bundesgericht, wenn es eine Aufklärungsobliegenheit des AGB-Verwenders postuliert, vgl. dazu KOLLER, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, AJP 2008, 943, 948 f. m.w.H.

53 PERRIG (Fn. 43), N 117.

54 PERRIG (Fn. 43), N 173.

55 BGE 138 III 411, 412.

56 BGE 135 III 1, 7; 109 II 452, 457.

gefälle nicht zwingend erforderlich. In diesem Zusammenhang gelte es zu berücksichtigen, dass sich kleine und mittlere Unternehmen häufig in einer ähnlichen *"Schwächelage"* wie Konsumenten befinden würden und daher ebenfalls als schwächere Vertragspartei vom Schutzbereich der Ungewöhnlichkeitsregel erfasst würden.[57]

27. a) Nach Meinung des Bundesgerichts kommt die Ungewöhnlichkeitsregel jedoch nur dann zur Anwendung, wenn neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung die betreffende **Klausel objektiv beurteilt** einen **geschäftsfremden Inhalt** aufweist. Dies sei dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führe oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus falle. Je stärker eine Klausel die **Rechtsstellung des Vertragspartners** beeinträchtige, desto eher sei sie als ungewöhnlich zu qualifizieren.[58]

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind bei **Versicherungsverträgen** auch die **berechtigten Deckungserwartungen zu berücksichtigen**.[59] Entsprechend hat das Gericht eine in Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgesehene Haftungsbeschränkung als ungewöhnlich qualifiziert, welche die von der Bezeichnung des Vertrags erfasste Deckung erheblich reduzierte, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt waren.[60]

c) Die Auslegungskontrolle

(1) Allgemeines

28. a) Steht fest, dass eine Klausel Vertragsinhalt geworden ist, bleibt immer noch ein **Streit über deren Inhalt und Tragweite** möglich. Die Bedeutung der Klausel ist alsdann durch **Auslegung** zu ermitteln.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind AGB-Klauseln, wenn sie in Verträge übernommen werden, grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen.[61] Die Auslegung erfolgt demnach als Individualkontrolle unter Berücksichtigung aller **konkreten Umstände des Einzelfalles**. Wie PERRIG zutreffend feststellt, ist es demzufolge möglich, dass dieselbe AGB-Bestimmung in verschiedenen Fällen aufgrund unterschiedlicher Umstände **verschieden ausgelegt** wird. So könne beispielsweise das Auslegungsergebnis im Falle eines branchenversierten Kunden anders ausfallen als im Falle eines geschäftsunerfahrenen Kunden, der mit den einschlägigen Fachausdrücken nicht vertraut sei.[62]

29. a) Ziel der Vertragsauslegung ist die Ermittlung des übereinstimmenden **wirklichen Willens** der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR). Lässt sich ein solcher übereinstimmender Wille ermitteln, bestimmt sich der Inhalt einer Vertragsklausel nach dem wirklichen Willen der Parteien.[63]

---

57 PERRIG (Fn. 43), N 177 m.w.H.; vgl. auch KOLLER Fn 52), 948.
58 BGE 138 III 411, 413; vgl. auch BGer 4A_196/2019 vom 10. Juli 2019 E. 2.1; BGer 4A_48/2015 vom 29. April 2015 E. 2.1; BGE 135 III 1, 7; 135 III 225, 227 f. je mit Hinweisen.
59 BGer 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.4.2.
60 BGer 5C.134/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.2.
61 BGE 135 III 1, 6; 133 III 607, 610, 133 III 675, 681.
62 PERRIG (Fn. 43), N 236 m.w.H.
63 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), N 1200; PERRIG (Fn. 43), N 237; BGE 130 III 66, 71.

b) Bei **Allgemeinen Versicherungsbedingungen**, die vom Versicherungsnehmer aufgrund eines Verweises im Versicherungsvertrag global übernommen wurden, wird sich ein solcher **wirklicher Wille in der Regel** freilich **nicht feststellen** lassen. Die fragliche Klausel ist daher objektiviert auszulegen. Im Streitfall hat der Richter den mutmasslichen Parteiwillen so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste.[64] Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einer **normativen Auslegung**.[65]

30. a) Primäres Auslegungsmittel ist der **Wortlaut** der fraglichen Klausel. Bei der Auslegung ist daher zunächst vom Wortlaut auszugehen.[66] Wie WIEGAND indessen richtig feststellt, bildet der Wortlaut die Grundlage, aber nicht die Grenze der Auslegung.[67] Auch aufgrund des Wortlauts **scheinbar eindeutige Erklärungen** müssen daher unter Umständen **ausgelegt** werden. Es ist zu prüfen, ob der im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ermittelte Wortsinn nicht durch andere Indizien in Frage gestellt wird.[68]

b) Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung klargestellt, dass es **nicht** der **Eindeutigkeitsregel** folgt, wonach sich bei einem klaren Wortlaut jede weitere Auslegung erübrige.[69] Es drückt dies wie folgt aus (Hervorhebung hinzugefügt): Kann ein tatsächlicher Wille der Parteien nicht festgestellt werden, ist die Vereinbarung *"nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille ist so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste […]. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was **sachgerecht** ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben […]. Auch wenn der gewählte Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der **Wortlaut** der strittigen Bestimmung **nicht genau den Sinn der Vereinbarung** unter den Parteien wiedergibt"*.[70]

31. WIEGAND betont, dass bei der Ermittlung des Parteiwillens der **Vertragszweck eine entscheidende Rolle** spiele. Er entspreche der teleologischen Auslegung bei der Interpretation von Gesetzen. Wie dort müsse vielfach der Zweck selbst erst durch Auslegung ermittelt werden. Dies geschehe v.a. durch Rückgriff auf die Interessenlage der Parteien und weitere erkennbare Motive, die für den Abschluss des Vertrags massgebend gewesen seien. Der Richter müsse mit Hilfe dieser und aller anderen Auslegungsmittel versuchen, den von den Parteien verfolgten Zweck zu ermitteln. Dabei sei zu berücksichtigen, dass in der Mehrzahl der Verträge die Parteien an sich widerstreitende Interessen durchzusetzen versuchten. Der Vertragszweck bestehe deshalb in der Regel in einem Ausgleich dieser Interessen. Lasse sich ein solches gemeinsames Interesse ermitteln, so bilde der Vertragszweck eine **wichtige Erkenntnisquelle für die Auslegung**, die sogar dazu führen könne, dass der Vertrag **entgegen seinem klaren Wortlaut auszulegen** sei. Vielfach werde sich jedoch zeigen, dass wegen der unterschiedlichen Interessenlage solche Gemeinsamkeiten gerade nicht bestanden hätten.[71] In diesem Fall müsse im Rahmen der objektivierten Auslegung ermittelt werden, was vernünftige Parteien unter dem Begriff verstanden hätten.[72]

---

64 BGE 130 III 66, 71; vgl. auch 129 III 675, 680; 127 III 248, 255; 126 III 279, 287.
65 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 35), N 1201; PERRIG (Fn. 43), N 238.
66 BGE 133 III 406, 409; 131 III 606, 611.
67 WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 18 N 25.
68 WIEGAND (Fn. 67), Art. 18 N 25; SCHWENZER (Fn. 43), N 33.04.
69 WIEGAND (Fn. 67), Art. 18 N 25 mit Hinweisen auf die massgebende Rechtsprechung des Bundesgerichts; vgl. auch MÜLLER (Fn. 43), Art. 18 N 177.
70 BGE 140 III 134, 138 f.; vgl. auch BGE 136 III 186, 188; 131 III 606, 611 f.; 129 III 702, 707.
71 WIEGAND (Fn. 67), Art. 18 N 30.
72 WIEGAND (Fn. 67), Art. 18 N 30 i.V.m. Art. 18 N 42.

(2) Die Unklarheitsregel

32. Nach der Unklarheitsregel sind **mehrdeutige Wendungen** in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel **zu Lasten jener Partei** auszulegen, **die sie verfasst hat**.[73] Im Versicherungsrecht hat die Unklarheit von Klauseln, welche bestimmte Gefahren von der Deckung ausschliessen, eine besondere Bedeutung, weil sie nach Art. 33 VVG zur Ungültigkeit des Ausschlusses führt.[74]

Nachzutragen ist, dass die Unklarheitsregel **nur subsidiär** zur Anwendung kommt, wenn die übrigen Auslegungsmittel versagen, d.h. der massgebende Sinn einer umstrittenen Klausel unklar bleibt. Erforderlich ist mithin, dass das Gericht bei der Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis kommt, sondern nicht behebbare Zweifel bleiben, dass die **Klausel in guten Treuen verschieden verstanden werden** kann.[75]

d) Gültigkeitskontrolle

33. Ergibt die Konsens- und Auslegungskontrolle, dass eine bestimmte Klausel mit einem bestimmten Inhalt Vertragsbestandteil geworden ist, stellt sich im Rahmen der **Gültigkeitskontrolle** die Frage, ob dieser Inhalt vor den allgemeinen **Kontrollkriterien des OR**, insbesondere vor **Art. 19 und 20 OR**, standhält oder nicht. Ist dies zu verneinen, ist die entsprechende Klausel nichtig.[76].

34. Nach Art. 19 Abs. 2 OR sind von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen **Verstoss gegen die öffentliche Ordnung**, gegen die **guten Sitten** oder gegen das **Recht der Persönlichkeit** in sich schliesst. Ein Vertrag, der einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR).

e) Umfassende Inhaltskontrolle

35. a) Der Gesetzgeber hat bis heute **keine umfassende gesetzliche Regelung** zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Allgemeinen Versicherungsbedingungen erlassen. Das **Bundesgericht** hat sich bis anhin darauf beschränkt, unter dem Blickwinkel des Konsenses (Geltungskontrolle) die Ungewöhnlichkeitsregel und im Rahmen der Auslegungskontrolle die Unklarheitsregel zu entwickeln. **Vor einer umfassenden** (offenen) **Inhaltskontrolle**, einer freien richterlichen Prüfung der AGB auf ihre Angemessenheit bzw. Vereinbarkeit mit den im dispositiven Gesetzesrecht zum Ausdruck kommenden Idealen und Wertungen, ist es bisher immer **zurückgeschreckt**.[77]

b) Wie das Bundesgericht in einem Urteil vom 28. Oktober 2008 selbst ausführt, fordert demgegenüber die **Lehre** seit geraumer Zeit praktisch einhellig, dass global in den Vertrag integrierte, vorformulierte **Allgemeine Geschäftsbedingungen inhaltlich überprüft werden** und

---

73 BGE 124 III 155, 158.

74 MAURER (Fn. 18), S. 247; so wohl auch KOENIG (Fn. 37), 586; PERRIG (Fn 43), N 253; BGE 115 II 264, 269; a.M. FUHRER (Fn. 38), Art. 33 N 248, wonach eine mehrdeutige Ausschlussklausel, die zwei Auslegungen zulasse, so gelte, wie sie der Versicherungsnehmer verstanden habe.

75 PERRIG (Fn. 43), N 257.

76 PERRIG (Fn. 43), N 104.

77 BERGER (Fn. 41), N 962; THOUVENIN, Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013, Art. 8 N 48.

ihnen die Geltung versagt werde, wenn sie zu Lasten der anderen Vertragspartei unangemessen bzw. geschäftsfremd sind, weil sie die Risiken und Lasten unbillig verteilen. Die Lehre sehe in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur AGB-Problematik eine verdeckte Inhaltskontrolle, die unter dem Deckmantel der Ungewöhnlichkeitsregel vorgenommen werde.[78]

In BGE 135 III 1, 13 hat das Gericht die Frage aber weiterhin offengelassen, ob die bisherige Praxis zur Geltung global übernommener, ungewöhnlicher Klauseln auf eine von der herrschenden Lehre geforderte richterliche Inhaltskontrolle ausgedehnt werden soll.

c) FUHRER erachtet es im **Versicherungsvertragsrecht** als rechtlich nicht haltbar, dass auch grob unbillige Klauseln ohne Inhaltskontrolle gültig sind, wenn nur genügend deutlich auf sie hingewiesen werde und sie unzweideutig abgefasst seien. FUHRER knüpft die **Inhaltskontrolle** im Bereich des Versicherungsvertragsrechts **an Art. 19 Abs. 2 OR** an, wonach von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen nur zulässig seien, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen **Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten** oder gegen das **Recht der Persönlichkeit** in sich schliesse.[79] Damit geht er freilich nicht weiter, als die bereits anerkannte Gültigkeitskontrolle (siehe Ziff. 33 f. vorne) schon heute reicht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt **Sittenwidrigkeit** im Sinn von Art. 20 OR vor, wenn gegen die **herrschende Moral**, d.h. gegen das allgemeine **Anstandsgefühl** oder **die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe**, verstossen wird.[80]

36. a) Wie erwähnt, enthält des schweizerische Recht keine Bestimmungen, die sich speziell mit der Kontrolle von Allgemeinen Geschäfts- oder Versicherungsbedingungen befassen würden. Eine **Ausnahme** ist **Art. 8 UWG**. Danach handelt insbesondere unlauter, wer Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

b) **Art. 8 UWG** ändert freilich am fehlenden gesetzlichen Instrumentarium nicht viel. Zum einen gilt diese Bestimmung **bloss zugunsten von Konsumenten**. Zum andern muss auch der Konsument **drei Tatbestandselemente beweisen**, die nicht leicht nachweisbar sind: Er muss Tatsachen beweisen, aus denen sich ergibt, dass die Klausel ein erhebliches **Missverhältnis** zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten begründet, dass dieses **Missverhältnis** weiter **ungerechtfertigt** ist und der Anbieter die fragliche Klausel schliesslich in Treu und Glauben verletzender Weise, also **rechtsmissbräuchlich** (und damit unlauter) zum Nachteil des Konsumenten aufgestellt hat.[81] Nach der Lehre ergibt sich aus dem Vertrauensprinzip und dem **Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme**, "dass der AGB-Verwender bei der Formulierung seiner AGB den berechtigten Interessen der Konsumenten Rechnung tragen muss […] und seine faktische Gestaltungsmacht nicht dazu missbrauchen darf, ausschliesslich die eigenen Interessen zu verfolgen." Erforderlich ist vielmehr "eine umfassende Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen des AGB-Verwenders und der Konsumenten".[82] Dieser Ansatz ist durchaus konsumentenfreundlich.

---

78 BGE 135 III 1, 8 mit umfassenden Hinweisen auf die entsprechenden Autoren.
79 FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, N 8.83 ff., insbes. 8.87.
80 BGE 136 III 474, 477; 132 II 455, 458.
81 BERGER (Fn. 41), N 968.
82 THOUVENIN (Fn. 77), Art. 8 N 108 m.w.H.

c) Die eigentliche Klippe bei der Anwendung von Art. 8 UWG dürfte daher die Tatbestandsvoraussetzung sein, dass eine Klausel *"ein erhebliches und ungerechtfertigtes **Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten**"* begründet. Diese Voraussetzung wäre erfüllt, wenn (a) "ein hinreichend schutzwürdiges Interesse des AGB-Verwenders an der in den AGB vorgesehenen, ungleichgewichtigen und vom Referenzsystem abweichenden Verteilung der Rechte und Pflichten fehlt", (b) "das Interesse der Konsumenten an einer gleichgewichtigen und dem Referenzsystem entsprechenden Verteilung der Rechte und Pflichten gegenüber dem Interesse des AGB-Verwenders an der in den AGB vorgesehenen Verteilung der Rechte und Pflichten in eindeutiger und erheblicher Weise überwiegt", (c) "die in den AGB vorgesehene, ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten Sinn und Zweck des Vertrags widerspricht" oder (d) "die ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten als zweckwidrig erscheint".[83]

Diese Voraussetzung scheint mir bei den hier zur Beurteilung stehenden Klauseln eher nicht erfüllt zu sein.

3. Zwischenergebnis und Methode der Prüfung

37. Im Folgenden ist daher jeweils in einem ersten Schritt, im Rahmen einer **Konsenskontrolle**, zu prüfen, ob die zur Diskussion stehenden (Ausschluss-)Klauseln Bestandteil des Vertrags wurden oder ob sie sich als subjektiv und objektiv ungewöhnlich erweisen, so dass der Versicherer nach dem Vertrauensprinzip nicht davon ausgehen durfte, der Versicherungsnehmer stimme ihnen zu.

Sollte diese Prüfung zum Schluss führen, die zur Diskussion stehenden (Ausschluss-)Klauseln seien nicht Bestandteil des Versicherungsvertrags geworden, müssten die weiteren Fragen an sich nicht mehr geprüft werden. Da es in diesem Gutachten darum geht, eine umfassende Prüfung unter allen denkbaren Aspekten vorzunehmen, werden die Klauseln aber in jedem Fall auch den folgenden weiteren Prüfungen unterzogen.

38. In einem zweiten Schritt ist im Rahmen einer **Auslegungskontrolle** zu prüfen, ob die zur Diskussion stehenden (Ausschluss-)Klauseln unklar sind, so dass sie nach Art. 33 VVG mangels *"bestimmter, unzweideutiger Fassung"* das fragliche Ereignis nicht auszuschliessen vermögen.

39. In einem dritten Schritt ist schliesslich zu prüfen, ob die zur Diskussion stehenden (Ausschluss-)Klauseln einer **umfassenden Inhaltskontrolle**, wie sie die Lehre fordert, standhalten würden. Da ihr Einsatz kaum rechtsmissbräuchlich ist, steht dabei eine Überprüfung nach Art. 8 UWG nicht im Vordergrund.

40. Zu beachten ist, dass es sich bei der **Konsenskontrolle**, der **Auslegungskontrolle** und einer allfälligen umfassenden **Inhaltskontrolle** um **Rechtsfragen** handelt, die in letzter Instanz vom **Schweizerischen Bundesgericht** beurteilt würden. Dabei stellen sich auch Ermessensfragen, deren Beantwortung durch unser höchstes Gericht sich nicht mit Sicherheit voraussagen lässt. Es kann im vorliegenden Gutachten daher nur darum gehen, die wesentlichen Gesichtspunkte herauszuarbeiten und eine mögliche Richtung aufzuzeigen.

---

[83] THOUVENIN (Fn. 77), Art. 8 N 133 m.w.H

III. Beantwortung der Fragen / Beurteilung der Deckungs- und Ausschlussklauseln

A. Reiseversicherung

1. Deckungsausschluss für Epidemien, Pandemien, Naturkatastrophen etc.

41. a) Sie legen mir eine Ausschlussklausel mit folgendem Wortlaut vor (Hervorhebung hinzugefügt) *"**Nicht versichert** sind nachstehende Ereignisse und deren Folgen: Krieg, Terroranschläge, Unruhen aller Art, **Epidemien, Pandemien**, Naturkatastrophen und Vorfälle mit atomaren, biologischen oder chemischen Substanzen".*

b) Sie stellen mir die Frage, ob mit diesem Ausschluss die Folgen der derzeitigen COVID-19-Infektion wirksam ausgeschlossen wurden.

42. a) Wenn die Folgen von Epidemien und Pandemien ausdrücklich ausgeschlossen wurden, erscheint mir im Rahmen der **Konsenskontrolle** (siehe Ziff. 23 ff. vorne) klar, dass der Versicherer nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen darf, der Versicherte sei mit diesem Ausschluss einverstanden, auch wenn die entsprechenden AVB im Rahmen einer Globalübernahme (siehe dazu Ziff. 23 vorne) Bestandteil des Versicherungsvertrags wurden.

Der fragliche Ausschluss erscheint mir **weder subjektiv noch objektiv ungewöhnlich** (siehe Ziff. 25 ff. vorne). Dass neben den Folgen von Krieg, Terroranschlägen, Unruhen aller Art, Naturkatastrophen und Vorfällen mit atomaren, biologischen oder chemischen Substanzen auch Epidemien und Pandemien von der Deckung ausgeschlossen werden, ist nicht ungewöhnlich.

b) Auch im Rahmen der **Auslegungskontrolle** (siehe Ziff. 28 ff. vorne) im Rahmen einer normativen Auslegung erscheint mir der Inhalt des Ausschlusses klar und nicht mehrdeutig. Der Versicherer will ausserordentliche Ereignisse wie Krieg, Terroranschläge, Unruhen aller Art, Naturkatastrophen und Vorfälle mit atomaren, biologischen oder chemischen Substanzen von der Deckung ausschliessen und zählt dazu auch Epidemien und Pandemien. Die Klausel nimmt diese Ereignisse im Sinn von Art. 33 VVG in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung aus.

c) Daran würde sich auch nichts ändern, wenn man der in der Lehre erhobenen Forderung nach einer **umfassenden Inhaltskontrolle** folgen wollte, die FUHRER im Bereich des Versicherungsvertragsrechts an Art. 19 Abs. 2 OR anknüpfen möchte.[84] Danach sind von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen *"nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst."*

Nach meiner Meinung verstösst der Ausschluss von Epidemien oder Pandemien in der Reiseversicherung von der Deckung weder gegen die öffentliche Ordnung noch gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit. Dass die fragliche Klausel ebenso wenig gegen Art. 8 UWG verstösst, liegt auf der Hand.

---

[84] FUHRER (Fn. 79), N 8.87.

2. Deckung für die Folgen von Epidemien / kein Deckungsausschluss für Pandemien

43. a) Sie legen mir verschiedene Klauseln in der Art vor (Hervorhebung hinzugefügt) *"a) Die Versicherung gewährt Versicherungsschutz, wenn die versicherte Person die gebuchte Reiseleistung abbrechen, unterbrechen oder verlängern muss infolge eines der nachgenannten Ereignisse: […] b) Streik (vorbehalten aktive Beteiligung) auf der geplanten Reiseroute im Ausland. Unruhen aller Art, Quarantäne,* ***Epidemien*** *oder Elementarereignisse an der Reisedestination, wenn diese das Leben und das Eigentum der versicherten Person konkret gefährden und deshalb die Fortsetzung der Reise oder des Aufenthaltes verunmöglichen oder unzumutbar machen […]".*

b) Sie stellen die Frage, ob der Versicherer die Deckung ablehnen könne, weil es bei der COVID-19-Infektion (mittlerweile) um eine Pandemie gehe, obwohl die AVB keine Deckungseinschränkung bei Pandemie vorsehen würden.

44. a) Wie vorne (siehe Ziff. 13) dargelegt wurde, ist der **Oberbegriff von** vielen **Influenza-Infektionen**, d.h. wenn in einer Population in kurzer Zeit mehr Menschen als im Normalfall infiziert werden, die **Influenza-Epidemie**. Die Influenza-Pandemie ist bloss ein Anwendungsfall hinsichtlich des Umfangs einer solchen Infektionskrankheit. Dazu kommt, dass im Influenza-Pandemieplan Schweiz ausdrücklich steht (Hervorhebung hinzugefügt): *"Die* ***WHO-Phasen*** *haben in erster Linie globale Bedeutung und sind damit* ***nicht automatisch Auslöser für Massnahmen in der Schweiz****"*[85] (siehe dazu auch Ziff. 8 vorne).

b) Ist die Epidemie versicherte Gefahr, ist die **Ablehnung der Deckung** mit der Begründung, es liege keine Epidemie, sondern eine Pandemie vor, **nicht haltbar**. Mit der Epidemie ist auch die Pandemie versichert.

Es liegt von vornherein **keine Klausel** vor, welche eine Pandemie **im Sinn von Art. 33 VVG** in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausnehmen würde.

c) Ob ein ausdrücklicher Ausschluss der Deckung der Folgen von Pandemien wirksam vereinbart werden kann, wenn die Epidemie grundsätzlich eine versicherte Gefahr ist, wird in anderem Zusammenhang noch zu untersuchen sein.

3. Deckung bei Epidemien (nur) an der Reisedestination

45. a) Sie legen mir folgende Klausel vor (Hervorhebung hinzugefügt): *"a) Die Versicherung gewährt Versicherungsschutz, wenn die versicherte Person die gebuchte Reiseleistung nicht antreten kann infolge eines der nachgenannten Ereignisse, sofern dieses nach Abschluss der Versicherung bzw. Buchung der Reiseleistung eingetreten ist: […] b) Streik (vorbehalten aktive Beteiligung) auf der geplanten Reiseroute im Ausland. Unruhen aller Art, Quarantäne, Epidemien oder Elementarereignisse* ***an der Reisedestination****, wenn diese das Leben und das Eigentum der versicherten Person konkret gefährden […]."*

b) Sie stellen mir die **Frage**, ob der Versicherer die Deckung ablehnen könne, wenn das Vorliegen einer Epidemie örtlich (Reisedestination) eingegrenzt sei (und – so ist wohl zu ergänzen – dort die Krankheit [noch] nicht ausgebrochen sei).

---

[85] Influenza-Pandemieplan Schweiz 2018 (Fn. 8), 11.

46. a) Die Klausel, wonach die Versicherung nur Leistungen erbringt, wenn die versicherte Person die gebuchte Reiseleistung nicht antreten kann, weil an der Reisedestination eine Epidemie ausgebrochen ist, erscheint mir im Rahmen der **Konsenskontrolle** (siehe dazu Ziff. 23 ff. vorne) klar. Meines Erachtens darf der Versicherer daher nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen, dass sich der Versicherte mit einer solchen Regelung einverstanden erklärt, auch wenn die entsprechenden AVB im Rahmen einer Globalübernahme (siehe dazu Ziff. 23 vorne) Bestandteil des Versicherungsvertrags wurden.

b) Auch im Rahmen der **Auslegungskontrolle** (siehe Ziff. 28 ff. vorne) aufgrund einer normativen Auslegung erscheint mir der Inhalt des Ausschlusses klar und nicht mehrdeutig. Der Versicherer will keine Leistungen erbringen, wenn das Leben und das Eigentum der versicherten Person an der Reisedestination nicht gefährdet sind.

c) Die fragliche Klausel verstösst auch nicht gegen Art. 8 UWG (siehe Ziff. 36 vorne).

d) aa) Fragen kann man sich aber, bis wann der Versicherungsnehmer trotz grassierender Pandemie bedenkenlos seine Reise antreten konnte, nur weil an seiner Reisedestination (noch) keine Epidemie ausgebrochen war. Es wird vorliegend v.a. auf den Zeitpunkt ankommen. So war wohl aus schweizerischer Sicht bis ca. gegen Mitte Februar 2020 das zu erwartende Ausmass der Infektion für das Publikum noch nicht einschätzbar. Spätestens mit der Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vom 28. Februar 2020 (die sich im Übrigen mit der Berufung auf Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG ausdrücklich darauf stützte, dass die Weltgesundheitsorganisation [WHO] eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite festgestellt hatte) war aber wohl allen klar, dass es um eine globale Entwicklung ging.

Nach Art. 62 Abs. 1 VVG ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für **Minderung des Schadens** zu sorgen. Zwar beginnt die Schadenskleinhaltungspflicht nach den Bestimmungen des VVG erst mit Eintritt des befürchteten Ereignisses. Mindestens wenn neben den Annullationskosten weitere Leistungen versichert sind (z.B. Kosten der Rückkehr, Mehrkosten einer unplanmässigen Rückreise, anteilsmässige Kosten der nicht benützten Reiseleistung), kann man sich aber fragen, ob der Versicherungsnehmer es wirklich darauf ankommen lassen darf, dass die Krankheit an seiner Reisedestination während seiner Anwesenheit nicht (auch) ausbricht und durch den mit einem allfälligen **Abbruch der Reise** verbundenen Aufwand noch **grössere Kosten** entstehen. In Lehre und Rechtsprechung wird nämlich die **Rechtsfigur der Schadensminderungspflicht** allgemein anerkannt.[86] Nach Auffassung des Bundesgerichts soll der Geschädigte alles vorkehren, um den Schaden klein zu halten oder sogar zu vermeiden.[87]

Dazu kommt, dass der Versicherer nach **Art. 14 Abs. 1 VVG** nicht haftet, wenn der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt hat oder nach **Art. 14 Abs. 2 VVG** berechtigt ist, seine Leistung in einem dem Grade des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen, wenn der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das Ereignis grobfahrlässig herbeigeführt hat.

bb) Folgt man der Forderung nach einer **umfassenden Inhaltskontrolle** (siehe Ziff. 35 vorne), wird man sich mit guten Gründen auf den Standpunkt stellen können, eine Klausel, die da-

---

86 FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012, N 2481 mit umfassenden Hinweisen auf die Lehre.

87 Vgl. BGE 130 III 182, 189 m.w.H.; vgl. auch BGer 4C.177/2006 vom 22. September 2006 E. 2; BGer 5A_45/2009 vom 29. Juni 2009 E. 3.2.2.

zu führe, dass der Versicherte auf seinen (Reiseannullations-)Kosten sitzen bleibe, während er den Versicherer vor dem Risiko bewahre, für allenfalls weit höhere Kosten aufkommen zu müssen, verstosse gegen die guten Sitten im Sinn von Art. 19 OR und sei daher nichtig (Art. 20 Abs. 1 OR).

Dazu kommt, dass sich bei einer weltweiten Pandemie nur die Frage stellt, wann die Epidemie auch an der Reisedestination ausbricht und nicht, ob sie dort auch ausbrechen wird. Ich frage mich daher, ob eine Klausel, die den Versicherten, will er nicht auf seinen Reisekosten sitzen bleiben, geradezu animiert, es darauf ankommen zu lassen, nicht im Sinn von Art. 19 Abs. 2 OR gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst und daher nichtig ist (Art. 20 Abs. 1 OR).

4. Deckung nur bei Unzumutbarkeit aufgrund von Empfehlungen schweizerischer Behörden

47. a) Sie legen mir folgende Klausel vor (Hervorhebung hinzugefügt): *"Bei der Beurteilung, ob eine Reise in ein Land wegen Streiks, Unruhen, Krieg, Terroranschlägen, Epidemien usw. zumutbar ist oder nicht, sind grundsätzlich die geltenden **Empfehlungen der schweizerischen Behörden** massgebend. Es sind dies in erster Linie das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) sowie das Bundesamt für Gesundheit (BAG)."*

b) Sie stellen die **Frage**, ob ein Versicherer bei Epidemie die Deckung ausschliessen darf, wenn keine schweizerische Behörde oder die WHO eine Reisewarnung gemacht hat?

48. a) Dass aufgrund objektivierbarer Gründe und nicht nach dem Gutdünken des Versicherten zu entscheiden ist, ob eine Reise zumutbar ist oder nicht, liegt auf der Hand. Es erscheint mir daher im Rahmen der **Konsenskontrolle** (siehe Ziff. 23 ff. vorne) klar, dass der Versicherer nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen darf, der Versicherte sei mit dieser Bedingung einverstanden, auch wenn die entsprechenden AVB im Rahmen einer Globalübernahme (siehe Ziff. 23 vorne) Bestandteil des Versicherungsvertrags wurden. Die fragliche Bedingung erscheint mir weder subjektiv noch objektiv ungewöhnlich (siehe dazu Ziff. 25 ff. vorne).

b) aa) Im Rahmen der **Auslegungskontrolle** (siehe Ziff. 28 ff. vorne) ist jedoch an das vorne Gesagte zu erinnern: Der Wortlaut einer Klausel bildet zwar die Grundlage, nicht aber die Grenze der Auslegung (siehe Ziff. 30 f. vorne). Kann ein tatsächlicher Wille der Parteien – wie dies im vorliegenden Fall zweifellos gegeben ist – nicht festgestellt werden, ist die Vereinbarung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts *"nach dem **Vertrauensprinzip** auszulegen, d.h. der mutmassliche Parteiwille ist so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste […]. Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was **sachgerecht** ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben […]. Auch wenn der gewählte Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der **Wortlaut** der strittigen Bestimmung **nicht genau den Sinn der Vereinbarung** unter den Parteien wiedergibt*".[88]

bb) Der **Zweck der Empfehlungen** einer schweizerischen Behörde hinsichtlich der Unzumutbarkeit einer Reise liegt ausschliesslich in der **Objektivierbarkeit der Motive des Versicherten** für seinen Verzicht. Er soll nicht willkürlich darüber entscheiden, die Reise anzutreten oder

[88] BGE 140 III 134, 138 f.; vgl. auch BGE 136 III 186, 188; 131 III 606, 611 f.; 129 III 702, 707.

davon Abstand zu nehmen. Es kann daher letztlich keine Rolle spielen, wie diese Objektivierung sichergestellt wird. Dafür spricht sogar der Wortlaut der Klausel, wonach die geltenden Empfehlungen der schweizerischen Behörden nur *"grundsätzlich"* massgebend sind, andere Möglichkeiten also nicht ausgeschlossen sind.

cc) Lässt sich daher aufgrund **anderer objektiver Kriterien**, namentlich eines diesbezüglich impliziten Verhaltens schweizerischer Behörden (z.B. dem Erlass der Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19] vom 28. Februar 2020 oder der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19] vom 13. März 2020 und der folgenden Verordnungen mit ausdrücklichen Reisebeschränkungen vom 13. März 2020) zeigen, dass eine Reise nicht zumutbar ist, **kann der Versicherer** meines Erachtens **nicht die Deckung ablehnen**, nur weil es diesbezüglich an einer ausdrücklichen, geltenden Empfehlung schweizerischer Behörden (in erster Linie des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten [EDA] oder des Bundesamts für Gesundheit [BAG]) fehlt.

c) Dass es andere Möglichkeiten geben muss (und gibt), die Objektivierbarkeit der Motive des Versicherten für seinen Verzicht zu belegen, zeigt eine andere Klausel, die Sie mir zugestellt haben (Unterstreichung hinzugefügt): *"[…] wenn das Leben der versicherten Person gefährdet ist oder von offizieller schweizerischer Stelle (Eidgenössisches Departement für Auswärtige Angelegenheiten/EDA oder Bundesamt für Gesundheit/ BAG) von der Reisedurchführung abgeraten wird".*

B. Betriebsunterbruchversicherung

1. Ausschluss von Schäden infolge von Krankheitserregern, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten

49. a) aa) Sie legen mir folgende Klausel vor: Versichert sind "***Epidemie"***: B1: *"Schäden infolge von Massnahmen, die eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt, um durch (a) Schliessung oder Quarantäne von Betrieben oder Betriebsteilen sowie Einschränkung der betrieblichen Tätigkeit, (b) Beseitigung oder Aufbereitung von infizierter Ware, (c) Beseitigung und Neuanschaffung von infizierten Einrichtungen, (d) Tätigkeitsverbot von im Betrieb tätigen Personen, (e) Erklärung des Gemeindegebietes, auf dem sich der versicherte Betrieb befindet, zur Sperrzone, (f) Badeverbot in Gewässern, die an den versicherten Betrieb angrenzen oder in versicherten Badeanlagen, (g) Verbot von Festanlässen und (h) Absage von Militäreinquartierungen die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern."*

*"Nicht versichert sind" "**Epidemie**": 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"**.*

bb) Sie legen mir diese Klausel in **verschiedenen Versionen** vor, deren Wortlaut sich hinsichtlich der massgebenden Passage aber decken, weil in allen Varianten Krankheiten ausgeschlossen werden *"**für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten**".*

b) Sie stellen mir die **Frage**, ob mit dem zitierten Ausschluss eine Deckung bei Pandemie rechtswirksam ausgeschlossen wurde.

50. a) Vorauszuschicken ist, dass in der Schweiz **nie irgendeine Pandemiestufe *"gilt"*** (siehe dazu Ziff. 8 ff vorne).[89] Die Feststellung des Generaldirektors der WHO, bei einer bestimmten Infektionskrankheit handle es sich um eine **Pandemie**, hat **in der Schweiz keine rechtlichen Auswirkungen**. Im Influenza-Pandemieplan Schweiz heisst es denn auch ausdrücklich (Hervorhebung hinzugefügt): *"Die **WHO-Phasen** haben in erster Linie globale Bedeutung und sind damit **nicht automatisch Auslöser für Massnahmen in der Schweiz**."*[90]

Die Feststellung des Generaldirektors der WHO ist im Übrigen auch keine rechtliche Verfügung, die *"gilt",* sondern bloss seine offizielle Einschätzung der Lage, die Basis für Massnahmen der WHO ist.

b) Dazu kommt, dass es keine "*nationale Pandemie*" gibt. Wie vorne bereits ausgeführt wurde, ist eine Pandemie eine Epidemie, die sich über ein grosses geografisches Gebiet ausbreitet, im Allgemeinen über die ganze Welt (siehe Ziff. 13 vorne). Eine Epidemie in der Schweiz kann also nie *"national"* zur Pandemie werden. Folgerichtig findet der Begriff Pandemie im EpG keine Verwendung (siehe Ziff. 8 f. vorne).

Die **Wendung** *"für welche **national oder international** die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten"* ist also in jeder Hinsicht **unsinnig**.

c) Auswirkungen hat, wie vorne bereits dargelegt wurde (siehe Ziff. 8 lit. c vorne), nur die Feststellung der Weltgesundheitsorganisation (WHO), dass eine gesundheitliche **Notlage von internationaler Tragweite** bestehe. Diese Feststellung ist nach Art. 6 Abs. 1 lit. b EpG ein Grund für die Annahme einer besonderen Lage in der Schweiz, wenn (und nur dann) durch diese (internationale) gesundheitliche Notlage (auch) in der Schweiz eine **Gefährdung der öffentlichen Gesundheit** droht (siehe Ziff. 8 lit. c und Ziff. 9 vorne).

Anders als die Ausrufung einer Pandemie beruht im Übrigen die Feststellung einer gesundheitlichen Notlage von internationaler Tragweite durch die WHO auf einem auch die Schweiz bindenden Rechtserlass, nämlich Art. 12 der Internationalen Gesundheitsvorschriften IGV von 2005 (SR 0.818.103) (siehe dazu Ziff. 7 lit. b) bb) vorne).

d) Ob sich die gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite später nach Einschätzung der WHO (international) zu einer **Pandemie** ausweitet, hat **für die Rechtslage in der Schweiz keine Bedeutung**. Dass von den Eindämmungsmassnahmen (social distancing, Schliessungen von Gewerben etc.) die ganze Bevölkerung betroffen ist, ist **keine Folge der international als Pandemie bezeichneten Infektionskrankheit**, sondern der Epidemie in der Schweiz bzw. der sich aufgrund der in der Schweiz bestehenden ausserordentlichen Lage (Art. 7 EpG) auf das ganze Territorium der Schweiz erstreckenden Bekämpfungsmassnahmen des Bundesrats.

e) Aufgrund dieser Überlegungen ist es nicht nachvollziehbar, weshalb der Umstand, dass eine Epidemie (international gesehen) zur Pandemie wird, auf die Deckung des Risikos Epidemie in der Schweiz materiell irgendwelche Auswirkungen haben soll.

---

89 Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die WHO die Pandemiephasendefinition 2009 geändert hat (https://www.who.int/influenza/preparedness/pandemic/influenza_risk_management_update2017/en/). Die Änderung der Phasendefinition spielte jedoch für die Ausrufung der Pandemie im Zusammenhang mit COVID-19 keine Rolle. Auch nach der alten Definition wäre die Pandemie, die Phase 6, ausgerufen worden (https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Pandemie/FAQ20.html).

90 Influenza-Pandemieplan Schweiz 2018 (Fn. 8), 11.

f) Wie vorne bereits ausgeführt wurde, ist es jedoch im Rahmen der Privatautonomie zulässig, eine Gefahr nur in einem beschränkten Umfang zu versichern. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob mit dem zitierten Ausschluss eine Deckung bei Pandemie rechtswirksam ausgeschlossen wurde.

51. a) aa) Wie bereits dargelegt wurde, ist im Rahmen der **Konsenskontrolle** (siehe Ziff. 23 ff. vorne) zu prüfen, ob der Versicherer nach Treu und Glauben davon ausgehen darf, der Versicherungsnehmer sei mit einem bestimmten Ausschluss einverstanden. Nach dem Vertrauensprinzip kann der Verwender von AVB nicht von einer stillschweigenden Annahme ausgehen, wenn er aufgrund der konkreten Umstände **nach Treu und Glauben vernünftigerweise nicht annehmen** darf, dass der Inhalt der Allgemeinen Versicherungsbedingungen vom global zustimmenden Versicherungsnehmer gewollt war.

bb) Nach meiner Einschätzung ist der **Ausschluss**, *"Nicht versichert sind Schäden infolge von Influenza-Viren […] für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten"* schon insofern **ungewöhnlich**, als er nach dem vorne Gesagten (siehe Ziff. 14 f. vorne) überhaupt **keinen Sinn** macht, weil die Ausrufung einer Pandemie durch die WHO auf die Situation in der Schweiz weder rechtlich noch tatsächlich irgendeine Bedeutung hat (siehe Ziff. 8 f. vorne). Der Versicherer kann daher nach dem Vertrauensprinzip nicht davon ausgehen, dass der Versicherte mit einem solchen Ausschluss einverstanden ist.

Dazu kommt, dass der Versicherungsnehmer auch nicht davon ausgehen muss, sobald eine Influenza-Infektion international ein gravierendes Ausmass angenommen habe und zur **Pandemie** geworden sei, sei er nicht mehr versichert, während er bei einer lokal oder regional begrenzten **Epidemie**, welche auf sein Geschäft **genau die gleichen Auswirkungen** habe wie eine Pandemie, versichert sei.

cc) Selbstverständlich hätte sich die **Deckung ausschliessen lassen**. Dazu wäre aber nach dem **Transparenzprinzip** eine **klare Aussage** erforderlich gewesen. Wie vorne ausgeführt wurde (siehe Ziff. 14 vorne), müsste die Deckung Epidemie für den Fall ausgeschlossen werden, dass die Ursache dieser Epidemie auf eine Infektionskrankheit zurückzuführen ist, die erstens im Ausland entstanden ist und sich zweitens in derart vielen Ländern bzw. Kontinenten ausgebreitet hat, dass sie sich als Pandemie qualifiziert. So wäre die Klausel nicht nur in ihrer Formulierung verständlich gewesen, sondern hätte darüber hinaus auch die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen erkennen lassen, die für den Versicherungsnehmer damit verbunden gewesen wären.

Dass auch ein solcher, transparent gemachter Ausschluss versicherungstechnisch keinen Sinn machen würde, ändert im Rahmen der Konsenskontrolle nichts daran, dass er im Versicherungsvertrag hätte rechtlich bindend so vereinbart werden können (siehe auch Ziff. 15 b vorne).

Sollte der Versicherer wirklich den vorne erwähnten **dynamischen Ausschluss** (siehe Ziff. 14. lit. c vorne) im Auge gehabt haben, der es ihm gestattet hätte, die Deckung abzulehnen, sobald nicht mehr bloss eine Epidemie, sondern eine Pandemie vorliegt, die sein Finanzierungsmodell in Frage stellt (siehe Ziff. 11 und 16 ff. vorne), hätte er dies dem Versicherungsnehmer im Rahmen des **Transparenzgebots** (siehe Ziff. 24 vorne) **näher erläutern** müssen, weil dieser **einen solchen Ausschluss nicht erwarten muss** (siehe dazu Ziff. 25 vorne). Zu regeln wären dann auch weitere Fragen, etwa ob Schäden, die durch die gleiche Infektion verursacht wurden, bis zur Klassifizierung der Krankheit als Pandemie gedeckt sind und wessen Einschätzung (für die Qualifikation der Infektionskrankheit als Pandemie) massgebend sein soll.

Dass der Schreibende Zweifel hat, dass eine solche Klausel einer (offenen) Inhaltskontrolle standhalten würde, wurde bereits dargelegt (siehe Ziff. 14 lit. c vorne).

dd) Dass eine **sinn- und zwecklose Klausel** auch **objektiv beurteilt** einen **geschäftsfremden Inhalt** hat, liegt auf der Hand. Dazu kommt im vorliegenden Zusammenhang, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei Versicherungsverträgen auch die berechtigten Deckungserwartungen zu berücksichtigen sind. Und diese gehen zweifellos dahin, dass der Versicherungsnehmer bei einer Epidemie auch dann versichert sein möchte, wenn diese international ein gravierendes Ausmass angenommen hat und daher mit einer weltweiten Wirtschaftskrise gerechnet werden muss.

b) aa) Im Rahmen der **Auslegungskontrolle** (siehe Ziff. 28 ff. vorne) ist festzuhalten, dass **unklar** bleibt, was der objektive **Sinn der Klausel** sein soll, Schäden infolge von Krankheitserregern, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten würden, seien nicht gedeckt. Wie erwähnt, gibt es **keine gesetzliche Regelung**, nach welcher irgendwann irgendeine Pandemiestufe "gelten" würde. Das schweizerische Recht unterscheidet nicht zwischen Epidemie und Pandemie (siehe dazu Ziff. 8 f. vorne).

bb) Weiter ist nicht ersichtlich, ob dieser Ausschluss auch gelten soll, wenn die **Epidemie in der Schweiz** ausbricht und sich in der Folge international zur Pandemie ausweitet. Ebenso wenig wird klar, wann der Ausschluss greifen soll, wenn der **Erreger aus dem Ausland** stammt und in der Schweiz eine Epidemie auslöst. Für beide Fälle fehlt eine gesetzliche Regelung (siehe dazu Ziff. 8 f. vorne).

cc) Nach meiner Einschätzung liegt somit **kein Ausschluss** vor, der bei grundsätzlicher Deckung von Epidemien Pandemien **in bestimmter, unzweideutiger Fassung** von der Versicherung ausschliessen würde. Nach Art. 33 VVG ist der Ausschluss daher **nicht gültig**.

c) Folgt man der Forderung nach einer **umfassenden Inhaltskontrolle**, wird man sich mit guten Gründen auf den Standpunkt stellen können, eine Klausel, die einen (weil nicht näher erläuterten) **verdeckten Mechanismus** vorsehe, der es dem Versicherer gestatte, die Leistung zu verweigern, wenn wegen des Umfangs des Gefahreintritts die Technik der Finanzierung nicht mehr funktioniere, **verstosse gegen die guten Sitten** im Sinn von Art. 19 OR.

2. Ausschluss nur für "Grippe", nicht aber für "Epidemie" oder "Pandemie"

52. a) Sie legen mir folgende Klausel vor: *"Versicherung von Epidemierisiken für Betriebe"*. Die Versicherung gewährt im Umfang der nachstehenden Leistungen Schutz gegen die finanziellen Folgen: (a) *"einer Schliessung und /oder Quarantäne des versicherten Betriebes […]."*

*"Ausgeschlossen von der Versicherung sind Schäden als Folge von: (a) einer **Grippe** (Influenza) und Geschlechtskrankheiten jeder Art […]."*

b) Sie stellen mir die **Frage**, ob die Deckung der durch die COVID-19-Infektionskrankheit verursachten Betriebsunterbrüche ausgeschlossen ist, obwohl die fraglichen AVB eine Pandemie nicht ausschliessen.

53. a) Im Rahmen der **Konsenskontrolle** (siehe Ziff, 23 ff. vorne) bedarf es keiner langen Begründung um festzustellen, dass der Ausschluss der Grippe von der Deckung weder ungewöhnlich noch aus anderen Gründen so geartet ist, dass der Versicherer nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen dürfte, der Versicherte sei damit einverstanden.

b) aa) Im Rahmen der **Auslegungskontrolle** (siehe Ziff. 28 ff. vorne) stellt sich die Frage, wie der Begriff "Grippe" vom Erklärungsempfänger verstanden werden durfte und musste (siehe Ziff. 29 lit. b vorne), vor allem aber, ob er ihn so verstehen musste, dass darunter auch die derzeit grassierende COVID-19-Krankheit zu subsummieren sei.

bb) Gemäss **Information des BAG** gehört das neue **Coronavirus**, genannt «SARS-CoV-2», zur selben Virusfamilie wie sechs weitere, bereits seit Jahren oder Jahrzehnten beim Menschen bekannte Coronaviren. Dazu gehörten vier menschliche Coronaviren. Sie lösten seit jeher meist im Winterhalbjahr Schnupfen und eher milde Erkältungen aus. Bei den Coronaviren handle es sich um behüllte RNS-Viren (RNS = Ribonukleinsäure).

Der örtliche Ursprung der Coronavirus-Epidemie in China ist nach Meinung des BAG wahrscheinlich ein Markt der zentralchinesischen Stadt Wuhan. Dort seien nebst Fisch auch Fledermäuse, Schlangen und weitere Wildtiere gehandelt worden. Das Virus sei von Tieren, wahrscheinlich von Fledermäusen oder indirekt via Schuppentiere, auf den Menschen übertragen worden. Seither werde das Virus von Mensch zu Mensch übertragen.[91]

cc) Gemäss den **Informationen des BAG** ist die Grippe (= Influenza) im Winter eine häufige Infektionskrankheit. Die Grippe werde durch Influenza-A- und Influenza-B-Viren übertragen. Bei den Typ A-Viren gebe es diverse Subtypen, bei den B-Viren zwei Stammlinien: Victoria und Yamagata.

Typische Symptome für eine Grippe seien plötzlich auftretendes hohes Fieber (>38° C), Schüttelfrost, Husten, Hals- und Schluckweh, Kopfschmerzen, Schmerzen in Muskeln und Gelenken, aber auch Schnupfen, Schwindelgefühl und Appetitverlust. Bei Kindern könnten zudem Übelkeit, Erbrechen und Durchfall auftreten, bei älteren Personen könne Fieber fehlen. Eine Grippe könne bis zu zwei Wochen dauern. Eine Grippeerkrankung könne relativ mild und komplikationslos verlaufen und werde dann oft mit einer Erkältung verwechselt. Im Gegensatz zu anderen viralen Erkältungskrankheiten könne die "richtige" Grippe (Influenza) jedoch zu zahlreichen Komplikationen führen. Hals-, Nasennebenhöhlen- und Mittelohr-Entzündungen, eine Lungen- oder Herzmuskelentzündung oder neurologische Komplikationen könnten durch die Influenzaviren selbst oder durch eine bakterielle Sekundärinfektion entstehen.[92]

dd) Nach Meinung von Dr. med. Guido Schüpfer,[93] den ich deswegen konsultiert habe,[94] verursacht **COVID-19** zu Beginn zwar ähnliche Symptome wie eine Grippe. Es sei jedoch **eine andere Krankheit**.

Auch in der Botschaft des Bundesrats zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 3. Dezember 2010 wird klar zwischen

---

91 https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung.html (besucht am 15. April 2020).

92 https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/krankheiten-im-ueberblick/grippe.html (besucht am 15. April 2020).

93 Dr. med. Guido Schüpfer, MBA HSG, PhD Co-Chefarzt KAIRS & Stabschef Medizin Luzerner Kantonsspital.

94 Dr. med. Guido Schüpfer wirkt regelmässig in der Vorlesung Medizinrecht mit, die ich zusammen mit Frau Prof. Dr. Regina Aebi-Müller an der Universität Luzern halte.

dem die Lungenkrankheit SARS (schweres akutes respiratorisches Syndrom) auslösenden Coronavirus und Grippeviren bzw. neuen Typen von Grippeviren, wie das pandemische Virus H1N1, unterschieden.[95]

ee) Hat ein **Wort in Fachkreisen** einen besonderen **technischen Sinn** (Fachausdruck) und gehören sämtliche Vertragsparteien diesem Fachkreis an, so geht dieser besondere Sinn dem allgemeinen Sprachverständnis vor.[96] Dies gilt auch dann, wenn eine Partei zwar dem betreffenden Fachkreis nicht angehört, jedoch mit den Gebräuchen dieser Branche vertraut ist, oder wenn von der branchenunerfahrenen Partei nach Treu und Glauben erwartet werden kann, dass sie sich über die Bedeutung des Wortes erkundigt.[97]

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass sich der Versicherungsnehmer über die Frage, was genau eine Grippe ist, wohl keine grossen Gedanken gemacht hat. Es kann aber angenommen werden, dass er damit die jährlich wiederkehrende saisonale Grippe verstanden hätte, wenn er darüber nachgedacht hätte. Nachdem zur Feststellung des Wortsinns neben der allgemeinen Lebenserfahrung auch Hilfsmittel wie Lexika herangezogen werden können,[98] ist der **Begriff "Grippe" normativ so zu verstehen, wie er auch in der Wissenschaft verstanden wird**. Danach ist die COVID-19-Infektionskrankheit keine Grippe. Die Epidemie-Gefahr ist daher im vereinbarten Umfang versichert. Dies gilt umso mehr, als neben der Grippe weitere spezifische Krankheiten (Geschlechtskrankheiten) genannt werden und nicht etwa bloss Grippe oder grippeähnliche Krankheiten. Der Versicherungsnehmer darf daraus nach Treu und Glauben schliessen, dass die nicht explizit genannten Erkrankungen versichert sind.

54. Was zum Deckungsausschluss für Grippe gesagt wurde, gilt auch für die weitere Klausel, die Sie mir vorlegen und wonach *"Schäden infolge Grippeviren (Influenzaviren, inkl. Vogel-, Schweinegrippe, etc.) Prionen […]"* nicht gedeckt sein sollen. Nachdem COVID-19 keine Grippe ist, greift dieser Ausschluss ebenfalls nicht.

3. Deckung Betriebsausfall wegen Epidemie – Pandemie mitversichert?

55. a) Sie stellen mir noch die **Frage**, ob Betriebsausfälle infolge einer Pandemie versichert sind, wenn Ausfälle infolge einer Epidemie versichert sind und die Deckung im Fall einer Pandemie nicht ausgeschlossen wird.

b) Wie bereits ausgeführt wurde, ist **Epidemie der Oberbegriff**; **Pandemie** ist bloss ein Anwendungsfall, wenn sich eine Epidemie über ein grosses geografisches Gebiet ausbreitet, im Allgemeinen über die ganze Welt (siehe Ziff. 13 vorne).

Nach meiner Einschätzung umfasst also eine Epidemieversicherung auch die Folgen einer Pandemie. Dazu kommt, dass es in der Schweiz immer um eine Epidemie geht, da es eine lokale Pandemie nicht gibt (siehe Ziff. 14 vorne).

---

95 Botschaft (Fn. 2), 319.
96 MÜLLER (Fn. 43), Art. 18 N 134; vgl. etwa BGE 122 III 426, 429.
97 MÜLLER (Fn. 43), Art. 18 N 134; vgl. etwa BGE 125 III 263, 267 f.
98 WIEGAND (Fn. 67), Art. 18 N 19.

C. Fragen zu den Deckungsvoraussetzungen

1. Einleitung

56. Mit E-Mail vom 17. April 2020 unterbreiten Sie mir Fragen zu **Deckungsvoraussetzungen**, welche nach Ihrer Meinungen **bereits Einschränkungen** vorsehen würden. Dazu ist vorab Folgendes festzuhalten:

57. a) Von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, hat der Gesetzgeber in der Schweiz darauf verzichtet, die versicherte Gefahr für einzelne Versicherungszweige im Gesetz festzulegen.[99] Die **versicherte Gefahr** wird daher **im Versicherungsvertrag** festgelegt.[100] Art. 33 VVG umschreibt dies wie folgt: *"Der Versicherer haftet für alle Ereignisse, welche die Merkmale der **Gefahr** [tragen], **gegen deren Folgen Versicherung genommen** wurde […]."*[101] MAURER veranschaulicht Inhalt und Bedeutung dieser Vereinbarung an einem Beispiel: *"Würde z.B. in einem Versicherungsvertrag lediglich bestimmt, der Versicherte sei gegen Haftpflicht versichert, dann müsste der Versicherer für jede Art von Haftpflicht Versicherungsschutz gewähren, also für die Haftpflicht als Motorfahrzeughalter, aus beruflicher Tätigkeit usw. Im Zweifel ist die Gefahr in umfassender Weise versichert. Deshalb pflegt der Versicherer die Gefahr vertraglich einzuschränken. Er bestimmt z.B., versichert sei der Versicherte, wenn er als Halter eines bestimmten Motorfahrzeugs haftbar werde; dann besteht Versicherungsschutz nur für diese Art Haftpflicht und nicht z.B. auch für jene aus der Ausübung eines Berufs, etwa eines Arztes für Kunstfehler."*[102]

b) Soweit die Festlegung der versicherten Gefahr in den **Allgemeinen Versicherungsbedingungen** erfolgt, was in der Praxis regelmässig der Fall ist, finden die vorne beschriebenen Ausführungen über die **Kontrolle** Allgemeiner Versicherungsbedingungen (siehe Ziff. 22 ff.) auch auf die Festlegung der versicherten Gefahr Anwendung. Thema dürfte aber weniger die Konsenskontrolle als vielmehr die **Auslegungskontrolle** sein (siehe Ziff. 28 ff. hinten). Art. 33 VVG, wonach die Regelung nicht gültig ist, wenn sie nicht in *"bestimmter, unzweideutiger Fassung"* erfolgt, findet hingegen keine Anwendung.

Im Einzelfall ist freilich stets zu prüfen, ob in der vertraglichen Festlegung der versicherten Gefahr nicht ein **verkappter Ausschluss** im Sinn von Art. 33 VVG enthalten ist. Ist dies der Fall, unterliegt die fragliche Klausel den (zusätzlichen) Einschränkungen des Art. 33 VVG.[103]

Diese Voraussetzung könnte in den Fällen erfüllt sein, bei denen Sie schon in der Festlegung der Deckungsvoraussetzungen (sc. Festlegung der versicherten Gefahr) Einschränkungen sehen. Darauf wird also ein besonderes Augenmerk zu legen sein.

2. Beantwortung der Fragen

a) Beschränkung der Deckung auf Infektionen im versicherten Betrieb

58. a) Sie legen mir folgende Regelung vor (Hervorhebung hinzugefügt): *"C Epidemieversicherung" "Art. C1 Umfang des Versicherungsschutzes"*, "**Gegenstand der Versicherung**": Die Versi-

---

99 KOENIG (Fn. 37), 575.
100 Siehe etwa Art. 63 Abs. VVG und Art. 59 VVG.
101 MAURER (Fn. 18), 246.
102 MAURER (Fn. 18), 246; vgl. auch KOENIG (Fn. 37), 575 ff.
103 Vgl. FUHRER (Fn 38), Art. 33 N 12.

cherung gewährt im Rahmen der versicherten Leistungen Versicherungsschutz gegen die finanziellen Folgen von (a) *"Betriebsschliessung oder Quarantäne"*, (b) *"Beseitigung oder Aufbereitung von infizierter oder infektionsverdächtiger Ware"*, (c) *"individuellem Tätigkeitsverbot für im Betrieb tätige Personen"*, (d) *"Verbot der Belieferung von Kunden des Versicherungsnehmers"*, (e) *"Schliessung von zuliefernden oder abnehmenden Fremdbetrieben (Rückwirkungsschäden)"*, (f) *"Erklärung des betreffenden Gemeindegebiets zum Sperrgebiet"*, (g) *"Badeverbot in Gewässern, die an den versicherten Betrieb angrenzen"*, (h) *"Verbot von Festanlässen"* und (i) *"Absage von Militäreinquartierungen"*.

"Für die finanziellen Folgen dieser Massnahmen (z.B. Schliessung des Betriebes, Tätigkeitsverbot für einzelne Mitarbeiter etc.) 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."*

b) Sie stellen mir die **Frage**, ob sich mit dieser Klausel die Deckung von Schäden ausschliessen lasse, wenn der Erreger übertragbarer Krankheiten ausserhalb des Betriebs des Versicherten festgestellt worden sei.

59. a) Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich nach meiner Meinung beim **"Gegenstand der Versicherung"** um die vertragliche Festlegung der versicherten Gefahr (siehe Ziff. 57 vorne) handelt. Bei der Voraussetzung, dass *"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",* handelt es sich hingegen um einen Ausschluss im Sinn von Art. 33 VVG, der nur gültig ist, wenn er "in bestimmter, unzweideutiger Fassung" vorliegt.

Im Ergebnis ist diese Unterscheidung für meine Beurteilung indessen nicht ausschlaggebend, weil - wie gleich zu zeigen sein wird - auch eine auf die Konsens- und Auslegungskontrolle beschränkte Prüfung zu keinen anderen Ergebnissen führt.

b) aa) Nach meiner Beurteilung lässt sich **der fraglichen Klausel nicht entnehmen**, die Deckung sei auf den Fall beschränkt, dass die Infektion im Betrieb des Versicherten ausgebrochen sei bzw. mindestens müssten dort (auch) Viren festgestellt worden sein. Davon steht v.a. in Absatz 2 kein Wort. Diese Bestimmung setzt bloss voraus, dass *"eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde Erreger übertragbarer Krankheiten festgestellt hat"*. Dass diese Feststellung im Betrieb des Versicherten gemacht worden sein muss, wird nicht gefordert.

Dagegen spricht auch der **Begriff *"Epidemieversicherung"***, unter welchem das Versicherungsprodukt verkauft wird. Er suggeriert nicht eine auf den Betrieb des Versicherungsnehmers beschränkte Infektionskrankheit. Wie vorne nämlich gezeigt wurde, qualifiziert sich der **Begriff der Epidemie** gerade dadurch, dass eine endemische, also örtlich begrenzt auftretende, Infektionskrankheit die **örtliche Begrenzung überschreitet** (siehe Ziff. 13 lit. b vorne).

bb) Ein solcher Standpunkt würde also sowohl an der **Konsenskontrolle** (siehe Ziff. 23 ff. vorne) wie auch an der **Auslegungskontrolle** (siehe Ziff. 28 ff. vorne) scheitern. Soweit sich kein abweichender übereinstimmender tatsächlicher Vertragswillen nachweisen lässt, kann der Versicherer nach Treu und Glauben unter keinem Gesichtspunkt davon ausgehen, der Versicherungs-

nehmer sei mit einer Einschränkung einverstanden gewesen, die nicht klar bzw. überhaupt nicht formuliert worden ist.

b) Anwendung der Epidemie-Versicherung auf den Ertragsausfall eines Eventveranstalters

60. Sie führen aus, in Anwendung der in Ziff. 58 beschriebenen Deckung bejahe der Versicherer die Deckung vor dem 11. März 2020 nur unter der Voraussetzung, dass der Versicherte nachweisen könne, dass der Ertragsausfall infolge **behördlicher Massnahmen** eingetreten sei.

61. a) Nach meiner Meinung ist die **Einschränkung der Deckung** der Kosten bei Betriebsschliessungen, bei einer Schliessung von abnehmenden Fremdbetrieben oder bei einem Verbot von Festanlässen (die ich als Grundlage einer möglichen Deckung des Ertragsausfalls eines Eventveranstalters sehe) auf Fälle beschränkt, *"in denen eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde Erreger übertragbarer Krankheiten festgestellt hat und kraft öffentlich-rechtlicher Bestimmungen Massnahmen anordnet".* Sowohl im Rahmen der **Konsenskontrolle** (siehe Ziff. 23 ff. vorne) wie auch der **Auslegungskontrolle** (siehe Ziff. 28 ff. vorne) erscheint mir diese Regelung **völlig klar.** Sie genügt meines Erachtens auch den Anforderungen des Art. 33 VVG, der eine **bestimmte und unzweideutige Fassung** verlangt.

b) Die **ersten Einschränkungen** ordnete der Bundesrat mit der Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vom **28. Februar 2020** an (siehe Ziff. 2 vorne), die er gleichentags in Kraft setzte. Um die Verbreitung des Coronavirus (COVID-19) in der Schweiz zu verhindern oder einzudämmen, die Häufigkeit von Übertragungen zu reduzieren, Übertragungsketten zu unterbrechen und lokale Ausbrüche zu verhindern oder einzudämmen sowie besonders vulnerable Personen sowie Personen mit erhöhtem Komplikationsrisiko zu schützen (Art. 1 COVID-19-Vo.), verbot er damals aber erst, öffentliche oder private Veranstaltungen in der Schweiz durchzuführen, bei denen sich gleichzeitig mehr als 1000 Personen aufhielten (Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Vo.). Bei öffentlichen oder privaten Veranstaltungen, bei denen weniger als 1000 Personen teilnahmen, verpflichtete der Bundesrat die Veranstalter nur, zusammen mit der zuständigen kantonalen Behörde eine Risikoabwägung vorzunehmen, ob sie die Veranstaltung durchführen könnten oder nicht (Art. 2 Abs. 2 COVID-19-Vo.).

Erst mit der **COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020** (siehe Ziff. 4 vorne) ordnete der Bundesrat umfassendere Einschränkungen an. So verbot er Präsenzveranstaltungen in Schulen, Hochschulen und übrigen Ausbildungsstätten (Art. 5 COVID-19-Vo. 2) sowie die Durchführung öffentlicher oder privater Veranstaltungen, bei denen sich gleichzeitig 100 oder mehr Personen aufhielten (Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Vo. 2). Veranstaltungen unter 100 Personen durften nur noch durchgeführt werden, wenn bestimmte Präventionsmassnahmen eingehalten wurden (Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Vo. 2). Restaurations- und Barbetriebe sowie Diskotheken und Nachtclubs durften einschliesslich des Personals nicht mehr als 50 Personen gleichzeitig aufnehmen. Die Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit betreffend Hygiene und sozialer Distanz mussten eingehalten werden (Art. 6 Abs. 4 COVID-19-Vo. 2).

Vor dem 13. März 2020 (Inkrafttreten der COVID-19-Verordnung 2) hat der Versicherer daher nur Leistungen zu erbringen, wenn der **Versicherte darlegen** kann, dass sein Ertragsausfall auf die **COVID-19-Verordnung vom 28. Februar 2020** zurückzuführen ist.

c) Deckung nur von meldepflichtigen Krankheiten?

62. a) aa) Sie legen mir folgende Regelung vor (Hervorhebung hinzugefügt): **B3 Epidemie, Versicherungsschutz**: Gemäss Art. B3.1 sind Schäden (gedeckt) als Folge einer (a) *"Schliessung, Teilschliessung, Quarantäne oder Einschränkung der betrieblichen Tätigkeit des Betriebes"*, (b) *"Tätigkeitsuntersagung der im Betrieb beschäftigten Personen"*, (c) *"Desinfektion oder Vernichtung von Waren"*, *"sofern dies durch die zuständige Behörde bzw. ein nach EN 45001 akkreditiertes Labor aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen und um die Verbreitung von übertragbaren Krankheiten zu verhindern, angeordnet oder empfohlen wird."*

"Als übertragbare Krankheiten gelten Krankheiten und ihre Erreger, welche gemäss Anhang 1-3 der Verordnung über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen (SR 818.101.126) dem Bundesamt für Gesundheit gemeldet werden müssen."

"Den übertragbaren Krankheiten gleichgestellt sind Noroviren sowie der Befall von Milben, Schwabenkäfern und Bettwanzen."

bb) Art. B3.3 lautet: "**Betriebsunterbruch**", *"Ertragsausfälle und Mehrkosten, die entstehen, wenn der Betrieb des Versicherungsnehmers als Folge eines durch B3.1 versicherten Ereignisses vorübergehend nicht oder nur teilweise weitergeführt werden kann." "Lohnkosten bei Tätigkeitsverbot [...]."*.

b) Sie stellen mir die **Frage**, ob die Deckungsvoraussetzungen auch bezüglich COVID-19 erfüllt seien.

63. a) Ich frage mich v.a. unter dem Blickwinkel der **Konsenskontrolle**, ob der Versicherer im Ernst erwarten kann und darf, der Versicherungsnehmer werde sich mit dem **38-seitigen Anhang** einer **höchst technischen Verordnung** mit insgesamt **102 Krankheiten** bzw. Krankheitsbildern (die er in der Regel nicht kennen wird) auseinandersetzen, um zu sehen, ob und gegen was er dereinst Versicherungsschutz beanspruchen könnte.

Meines Erachtens ist dies klar nicht der Fall! Und es wäre **rechtsmissbräuchlich**, den Versicherungsschutz unter dem Titel einer **Epidemie-Versicherung** zu verweigern, nur weil sich der Erreger in der Liste nicht findet. Wenn er sich gegen die Folgen einer Epidemie versichern lässt, darf der Versicherungsnehmer davon ausgehen, dass er **grundsätzlich gegen die Folgen aller Krankheiten** versichert ist, die Epidemien auslösen können, es sei denn, eine bestimmte Krankheit (wie z.B. die Grippe [siehe Ziff. 52 ff. vorne]) werde im Sinn von Art. 33 VVG *"in bestimmter, unzweideutiger Fassung"* von der Versicherung ausgenommen.

b) Die Sache muss glücklicherweise nicht weiterverfolgt werden, weil schon Ziff. 1 von Anhang 1 der Verordnung des EDI über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 1. Dezember 2015 (Stand am 1. Februar 2020) (SR 818.101.126) *"Krankheits- oder Todesfälle"*, die (a) *"das zu erwartende Ausmass für den betreffenden Zeitraum oder Ort übersteigen"*, und (b) *"mutmasslich auf eine übertragbare Krankheit zurückzuführen sind"* und (c) *"Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit erfordern könnten"*, als meldepflichtig erklärt.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die **CODIV-19-Infektion** darunter **subsummiert** werden kann.

d) Erfordernis einer Verfügung einer Behörde

64. a) Sie legen mir folgende Regelung vor (Hervorhebung hinzugefügt): *"Gemäss Art. B1 besteht Versicherungsdeckung für Schäden infolge von Massnahmen, die eine **zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde** aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt"*, um durch (a) *"Schliessung oder Quarantäne von Betrieben oder Betriebsteilen sowie Einschränkung der betrieblichen Tätigkeit", (b) "[...] die Verbreitung von übertragbaren Krankheiten zu verhindern."*

b) Sie stellen mir die **Frage**, ob die Deckung ausgeschlossen werden könne, wenn keine schweizerische oder liechtensteinische Behörde eine Schliessung des Betriebs verfügt habe.

65. Nach meiner Beurteilung ist die **Beschränkung der versicherten Gefahr** auf behördliche Einschränkungen der betrieblichen Tätigkeit **klar**. Weder unter dem Blickwinkel der **Konsenskontrolle** noch unter jenem der **Auslegungskontrolle** habe ich den geringsten Zweifel, dass die Folgen von Einschränkungen der betrieblichen Tätigkeit nur versichert sind, wenn diese Einschränkungen durch eine zuständige schweizerische oder liechtensteinische Behörde aufgrund gesetzlicher Bestimmungen verfügt wurden.

e) Zeitliche Beschränkung

66. a) Sie legen mir folgende Regelung vor (Hervorhebung hinzugefügt): A 13 *"Definitionen" "1 Elementarereignisse" "Als Elementarereignisse gelten Hochwasser […]. Gleichgestellt sind […] Quarantäne, Epidemie […]. Dieser Versicherungsschutz gilt während max. 14 Tagen nach dem erstmaligen Auftreten."*

b) Sie stellen mir folgende Frage: Ist eine solche Beschränkung des Versicherungsschutzes auf 14 Tage zulässig?

67. Nach meiner Beurteilung qualifiziert sich eine solche Einschränkung im Rahmen der Konsenskontrolle (siehe Ziff. 23 f. vorne) als **ungewöhnlich** (siehe Ziff. 25 f.). Nach meiner Meinung muss der Versicherungsnehmer nach Treu und Glauben nicht unter dem Titel "***Definitionen***" (z.B. auch *"Kollision", "Panne", "Zeitwert", "Berufstätigkeit", "Wohnsitz"*, *"Haustiere"*) mit einer **Beschränkung der versicherten Gefahr** rechnen.

f) Auswirkung eines personenbezogenen Arbeitsverbots

68. a) Sie legen mir folgende Regelung vor (Hervorhebung hinzugefügt): *"Allgemeinen Bedingungen für die Versicherung von **Epidemierisiken** für Betriebe".* Gemäss Art. A 1 1) der AVB gewährt der Versicherer (im Umfang der nachstehenden Leistungen) *"Schutz gegen die finanziellen Folgen"* (a) *"einer Schliessung und/oder Quarantäne des versicherten Betriebes"*, (b) [...], (c) *"eines **personenbezogenen Arbeitsverbotes** einzelner Beschäftigter des versicherten Betriebes"*.

Gemäss Art. A 1 2) der AVB besteht nur dann Versicherungsdeckung, wenn die entsprechenden Massnahmen zur Verhinderung der Ausbreitung von auf den Menschen übertragbaren Krankheiten im Rahmen gesetzlicher Bestimmungen durch schweizerische und/oder liechtensteinische Behörden angeordnet oder zur Befolgung empfohlen werden.

Gemäss Art. A 1 3) gelten als übertragbare Krankheiten solche, die durch Krankheitserreger auf den Menschen übertragen werden und üblicherweise den Gesundheitsbehörden gemeldet werden müssen, wie z.B. Befall durch Salmonellen oder Typhus.

b) Sie stellen mir folgende **Frage**: Kommt diese Klausel zum Tragen, wenn der Betrieb wieder eröffnet werden könnte, aber einzelne besonders gefährdete Personen nicht arbeiten dürften wegen behördlicher Anordnung (z.B. Personen mit Vorerkrankung oder ältere Semester)?

69. Nach meiner Meinung ist die Voraussetzung einer behördlichen Anordnung klar; ich verweise dazu auf die vorstehenden Ausführungen (siehe Ziff. 65 vorne).

Kann der Betrieb wieder geöffnet werden, dürfen aber Personen mit Vorerkrankung oder ältere Semester nicht arbeiten, realisiert sich die Gefahr *"Schutz gegen die finanziellen Folgen eines personenbezogenen Arbeitsverbotes einzelner Beschäftigter des versicherten Betriebes"*. Meines Erachtens hat der Versicherer dann aber nur die finanziellen Folgen zu decken, die dem versicherten Betrieb gerade aus diesem Arbeitsverbot erwachsen.

g) Beschränkung der Deckung auf Infektionen, die vom versicherten Betrieb ausgehen

70. a) Sie legen mir folgende Regelung vor (Hervorhebung hinzugefügt): In Art. 2.8.1 wird festgehalten, dass Schäden versichert sind, die direkt darauf zurückzuführen sind, *"dass behördliche Verfügungen oder schriftliche, behördliche Empfehlungen bestehen, welche zum Zweck der Verhinderung von Infektionskrankheiten erlassen worden sind, wie die* ***Schliessung des Betriebs*** *etc.".*

Als Infektionskrankheiten gelten gemäss derselben Bestimmung die meldepflichtigen Krankheiten gemäss der Verordnung über Arzt- und Labormeldungen, gestützt auf das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) sowie auf die dazugehörige Meldeverordnung. Den Infektionskrankheiten gleichgestellt ist der Befall durch Milben oder Schwabenkäfer. Ein Ausschluss besteht gemäss Art. 3.7 der AVB für Grippe (Influenza) und Geschlechtskrankheiten.

b) Sie stellen mir die **Frage**, ob die AVB nicht so verstanden werden könnten, dass die Gefahr von Infektionskrankheiten direkt vom versicherten Betrieb ausgehen müsse.

71. Ich meine, es gelten die gleichen Überlegungen, wie ich sie in Ziff. 58 ff. vorne schon dargelegt habe. Darauf kann daher verwiesen werden.

h) Gefährdung durch Lebensmittel sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände

72. a) aa) Sie legen mir folgende Regelung vor (Hervorhebung hinzugefügt): CombiRisk Business Versicherung (Geschäfts- und Gebäudeversicherung). Teil des Pakets ist eine **Hygieneversicherung** (CombiRisk C7 Hygieneversicherung, Ausgabe 03.2015). Versichert sind gemäss Art. C7.3.1 *"Schäden infolge behördlich verfügter oder empfohlener Massnahmen, um die **Gefährdung** der menschlichen Gesundheit **durch Lebensmittel** sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände zu verhindern."*

Betriebsschliessung: *"Versichert sind Unterbrechungsschäden, die entstehen, wenn der versicherte Betrieb infolge behördlich verfügter oder empfohlener Massnahmen nicht oder nur teilweise weitergeführt werden kann."*

In C7.4.3 findet sich ein Ausschluss für Grippeviren etc.

bb) Der Versicherte macht nach Ihrer Darstellung geltend, dass man den Gästen Pager übergebe und diese anfunke, wenn sie das Essen holen könnten. Die behördlich angeordnete Schliessung beziehe sich auf das Risiko der Ansteckung beim Warten oder Kontakt.

b) Sie fragen, was von der Argumentation des Versicherten zu halten sei.

73. a) Nach meiner Beurteilung besteht die versicherte Gefahr im Eintritt von Schäden infolge behördlich verfügter oder empfohlener Massnahmen, um die **Gefährdung** der menschlichen Gesundheit **durch Lebensmittel sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände** zu verhindern. Die Gefahr muss demnach von den Lebensmitteln oder von Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen als solchen ausgehen. Im Auge hatten die Parteien wohl verdorbene Lebensmittel oder Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände, von denen (aus hygienischen Gründen) eine Gefahr für die Sicherheit der Benutzer ausgeht.

b) Nach meiner Beurteilung ist der **Wortlaut** (*"durch"*) dieser Regelung **klar**. Auch nach dem Zweck der Versicherung (Hygieneversicherung) besteht kein Anlass, davon auszugehen, dass der Wortlaut nach Treu und Glauben nicht den Willen der Parteien wiedergebe (siehe Ziff. 30 f.).

Ich hoffe, Ihnen mit dieser Beurteilung zu dienen.

Freundliche Grüsse

SwissLegal Fellmann Rechtsanwälte AG

Prof. Dr. Walter Fellmann