



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, die Handelsrichter Marco La Bella und Patrick Lerch, Handelsrichterin Dr. Petra Ginter sowie die Gerichtsschreiberin Claudia Iunco-Feier

## Urteil vom 13. Juni 2022

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Beklagte

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

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Inhaltsverzeichnis:**

<b>Rechtsbegehren .....</b>	<b>3</b>
<b>Sachverhalt und Verfahren .....</b>	<b>3</b>
<b>A. Sachverhaltsübersicht.....</b>	<b>3</b>
a. Parteien und ihre Stellung .....	3
b. Prozessgegenstand.....	3
<b>B. Prozessverlauf.....</b>	<b>3</b>
<b>Erwägungen.....</b>	<b>4</b>
<b>1. Formelles .....</b>	<b>4</b>
1.1. Teilklage .....	4
1.2. Zuständigkeit.....	4
1.3. Eingaben in Ausübung des Replikrechts / Neue Behauptungen .....	5
<b>2. Anspruch aus Versicherungsvertrag .....</b>	<b>5</b>
2.1. Ausgangslage.....	5
2.1.1. Unbestrittener Sachverhalt .....	5
2.1.2. Standpunkte .....	6
2.1.3. Würdigung und Zwischenfazit.....	6
2.2. Deckungsausschluss.....	7
2.2.1. Standpunkte .....	7
2.2.2. Unbestrittener Sachverhalt .....	8
2.2.3. Rechtliche Grundlagen .....	10
2.2.3.1. Geltungskontrolle von AGB; Ungewöhnlichkeitsregel.....	10
2.2.3.2. Auslegung von AGB; Unklarheitsregel .....	12
2.2.4. Würdigung .....	14
2.2.4.1. Stellung der D. ....	14
2.2.4.2. Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	15
2.2.4.3. Globalübernahme .....	16
2.2.4.4. Objektive Ungewöhnlichkeit.....	20
2.2.4.5. Subjektive Ungewöhnlichkeit.....	22
2.2.4.6. Auslegung und Unklarheit.....	23
2.3. Subsumtion und Fazit.....	27
<b>3. Zusammenfassung.....</b>	<b>28</b>
<b>4. Kosten- und Entschädigungsfolgen.....</b>	<b>28</b>
4.1. Gerichtskosten .....	28
4.2. Parteientschädigungen.....	28
<b>Urteilsdispositiv.....</b>	<b>29</b>

### **Rechtsbegehren:**

(act. 1)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 35'000.00 für Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie zu bezahlen, nebst 5 % Zins seit dem Tag der Klageeinleitung.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in C.\_\_\_\_\_. Ihr Zweck ist insbesondere ... von Hotel- und Restaurationsbetrieben sowie die Beteiligung an anderen Gesellschaften des Gastgewerbes (act. 2/3). Sie führt an mehreren Standorten Gastronomie- und Hotelleriebetriebe (act. 1 Rz. 1). Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie betreibt Versicherungs- und Rückversicherungsgeschäfte.

##### b. Prozessgegenstand

Die Klägerin macht geltend, sie habe aufgrund der vom Bundesrat angeordneten Massnahmen während der COVID-19-Pandemie den Betrieb diverser ihrer Restaurationsbetriebe vorübergehend einstellen müssen. Für den behaupteten Ertragsausfall und die Mehrkosten im Frühling 2020 verlangt sie von der Beklagten Versicherungsleistungen (act. 1 Rz. 1 f.). Die Beklagte bestreitet einen Anspruch der Klägerin auf Versicherungsleistungen und vertritt im Wesentlichen den Standpunkt, dass die Voraussetzungen einer Versicherungsdeckung nicht erfüllt seien und der Sachverhalt darüber hinaus unter einen Deckungsausschluss falle (act. 14 Rz. 6 f., 23 ff., 31 ff.).

#### B. Prozessverlauf

Am 17. Juli 2020 reichte die Klägerin die Klage mit dem vorstehenden Rechtsbegehren ein (act. 1). Den ihr auferlegten Gerichtskostenvorschuss leistete sie frist-

gerecht (act. 4 und 8). Mit Eingabe vom 14. Oktober 2020 reichte die Beklagte die Klageantwort ein (act. 14). Am 10. Dezember 2020 fand eine Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 7 ff.). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2020 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und gleichzeitig der Kostenvorschuss erhöht (act. 19). Die Replik datiert vom 3. März 2021 und enthält eine Streitverkündung an die D.\_\_\_\_\_ AG (act. 22, nachfolgend: D.\_\_\_\_\_). Die Streitverkündung wurde mit Verfügung vom 8. März 2021 vorge-merkt (act. 24). Am 20. Mai 2021 ging eine Stellungnahme der D.\_\_\_\_\_ AG ein, worin sie erklärte, auf eine Intervention zu verzichten (act. 26). Die Duplik wurde am 21. Mai 2021 eingereicht (act. 28). Am 28. Juni 2021 folgte eine Stellungnahme der Klägerin zu Noven in der Duplik (act. 33). Mit Eingabe vom 7. Juli 2021 äusserte sich die Beklagte zu dieser Stellungnahme (act. 37). Mit Verfügung vom 21. April 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet werde (act. 41). Die Klägerin verzichtete mit Eingabe vom 28. April 2022 auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 43). Die Beklagte liess sich nicht vernehmen. Der Prozess ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Teilklage

Die Klägerin führt aus, dass es sich bei der vorliegenden Klage um eine Teilklage handle, womit sie lediglich die ersten CHF 35'000.– ihres Ertragsausfalls und der Mehrkosten geltend mache (act. 1 Rz. 7). Gemäss Art. 86 ZPO ist eine Teilklage zulässig, sofern der Anspruch teilbar ist. Dies ist vorliegend der Fall. Der Streitwert bestimmt sich auch bei der Teilklage nach dem Rechtsbegehren (Art. 91 ZPO).

#### 1.2. Zuständigkeit

Der vorliegende Streit betrifft die geschäftliche Tätigkeit beider im Handelsregister eingetragenen Parteien. Die Klägerin beziffert den Streitwert mit CHF 35'000.– (act. 1 Rz. 7). Die örtliche Zuständigkeit leitet sie aus der Gerichtsstandsklausel in Ziff. 10.1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen ab (act. 1 Rz. 8, act. 3/2). Die Beklagte äusserte sich nicht dazu. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit ist gegeben.

### 1.3. Eingaben in Ausübung des Replikrechts / Neue Behauptungen

Beide Parteien haben nach Abschluss des Schriftenwechsels je eine weitere Eingabe eingereicht (act. 33 und act. 37). Im Rahmen des von Bundesgericht und Handelsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten Replikrechts sind solche Eingaben zulässig (BGE 138 I 484 E. 2.1). Nach dem zweiten Schriftenwechsel treten Novenrechtsschranken ein. Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Die Stellungnahmen nach Aktenschluss enthalten keine Äusserungen oder Beweismittel, welche für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens von Bedeutung sind. Ob die Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO im Einzelnen erfüllt sind, kann daher offen bleiben.

## 2. Anspruch aus Versicherungsvertrag

### 2.1. Ausgangslage

#### 2.1.1. Unbestrittener Sachverhalt

Zwischen den Parteien besteht seit mehreren Jahren ein Versicherungsverhältnis (act. 1 Rz. 2, act. 22 Rz. 7, act. 14 Rz. 15, act. 28 Rz. 92). Dieses Versicherungsverhältnis wird insbesondere in der Versicherungspolice Nr. 1 mit dem Titel "B.\_\_\_\_\_ ...-versicherung ..." (gültig ab 21. Februar 2020, act. 2/1, nachfolgend: Februar-Police) geregelt. Am 16. März 2020 stufte der Bundesrat die Situation in der Schweiz im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Erregers SARS-Cov2 als ausserordentliche Lage im Sinne von Art. 7 Epidemiengesetz ein. Er ordnete mit Wirkung ab dem 17. März 2020 die Schliessung von für das Publikum öffentlich zugänglichen Einrichtungen an, insbesondere von Restaurations- und Barbe-

trieben (Art. 6 Abs. 2 lit. b und c COVID-19-Verordnung 2; Änderung vom 16. März 2020). Restaurations- und Barbetriebe waren für das Publikum erst ab dem 11. Mai 2020 unter einschränkenden Auflagen wieder öffentlich zugänglich (Art. 6 Abs. 3 lit. b bis COVID-19-Verordnung, Änderung vom 8. Mai 2020).

### 2.1.2. Standpunkte

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf Punkt 2 der Bestimmung " Ertragsausfall inkl. Mehrkosten " der Zusatzbedingungen (act. 1 Rz. 15 ff.). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen entsprechender Deckungsvoraussetzungen. Namentlich fehle es an einer Betriebsschliessung, an Betriebsbezogenheit, an einer individuell-konkreten Anordnung der Schliessung sowie an der Verwirklichung eines für das Gastgewerbe typischen Risikos (act. 14 Rz. 6 ff., act. 28 Rz. 31 ff., act. 28 Rz. 39 ff.). Ausserdem bestreitet sie einen hinreichend substantiiert behaupteten und nachgewiesenen Schaden (act. 28 Rz. 50 ff.). Eventualiter beruft sich die Beklagte auf einen Deckungsausschluss in den Zusatzbedingungen Epidemie (act. 14 Rz. 32 ff.).

### 2.1.3. Würdigung und Zwischenfazit

Zwischen den Parteien besteht ein Versicherungsvertrag mit dem in der Februar-Police definierten Inhalt (act. 2/1, act. 2/2). Darin integriert sind thematisch gegliederte Zusatzbedingungen (act. 2/1 S. 8 ff.). Ein Abschnitt dieser Zusatzbedingungen ist überschrieben mit dem Titel "Epidemie, Ausgabe ..." (nachfolgend: Zusatzbedingungen Epidemie). Die Zusatzbedingungen Epidemie sind ihrerseits untergliedert in "Warenverderb", "Ertragsausfall inkl. Mehrkosten" und "Nicht versicherte Ereignisse für Warenverderb und Ertragsausfall inkl. Mehrkosten" (act. 2/1 S. 10 ff.). Die Zusatzbedingungen Epidemie sowie die darin enthaltenen Bestimmungen mit dem Titel " Ertragsausfall inkl. Mehrkosten" sind unbestrittenermassen Bestandteil des Versicherungsvertrages. Sie enthalten folgende Bestimmung (act. 2/1 S.11):

### **Ertragsausfall inkl. Mehrkosten**

Versichert ist der Ertragsausfall am versicherten Standort

- durch den Ausbruch einer ansteckenden Krankheit oder Epidemie, sofern eine behördlich angeordnete Schliessung des versicherten Betriebes oder Tätigkeitsverbot einzelner Personen erfolgt,
- durch eine behördlich angeordnete Schliessung des versicherten Betriebes zur Verhinderung der Ausbreitung übertragbarer Krankheiten,
- durch die Kontamination von Waren (z.B. Lebensmittel), sofern eine behördlich angeordnete Schliessung des Betriebes oder Tätigkeitsverbot erfolgt,
- durch den Verderb von Waren in Kühlräumen, Kühl- oder Klimabehältern und dergleichen, aufgrund eines technischen Defektes der Anlage oder infolge eines Stromunterbruches, der sich ausserhalb der Kontrolle von Versicherten ereignet,
- als direkte Folge eines behördlichen Verbots der Belieferung von Kunden oder einer behördlichen Schliessung bei einem Fremdbetrieb (direkter Abnehmer oder direkter Zulieferer des Versicherungsnehmers).

Ob gestützt auf Punkt 2 dieser Bestimmung eine Versicherungsdeckung im vorliegenden Fall bestehen würde und ob ein Schaden hinreichend substantiiert und nachgewiesen wurde, kann indessen offen bleiben. Wie noch zu zeigen sein wird, hat die Klägerin aufgrund eines in den Zusatzbedingungen enthaltenen Deckungsausschlusses ohnehin keinen Anspruch auf Versicherungsleistungen für allfällige Schäden, welche aufgrund der vom Bundesrat angeordneten Betriebschliessungen entstanden sind.

## **2.2. Deckungsausschluss**

### **2.2.1. Standpunkte**

Die Beklagte beruft sich auf den Deckungsausschluss in Punkt 3 der Klausel "Nicht versicherte Ereignisse für Warenverderb und Ertragsausfall inkl. Mehrkosten" der Zusatzbedingungen Epidemie (act. 2/1 S. 12, nachfolgend: Pandemie-Ausschluss oder Pandemie-Ausschlussklausel). Sowohl die Anwendbarkeit als auch die Bedeutung dieser Klausel sind strittig.

Die Klägerin verfolgt diesbezüglich zwei Argumentationslinien: Einerseits vertritt sie den Standpunkt, der in den allgemeinen, global übernommenen Zusatzbedingungen enthaltene Deckungsausschluss sei ungewöhnlich und gelange daher nicht zur Anwendung. Die Klausel führe zur Aushöhlung des Versicherungsschutzes und widerspreche berechtigten Deckungserwartungen (act. 1 Rz. 26, 41). Andererseits ist die Klägerin der Ansicht, der vorliegende Sachverhalt falle, selbst wenn von der Anwendbarkeit der Klausel ausgegangen werde, nicht unter den

Deckungsausschluss. Dieser sei unklar, weshalb er zulasten der Beklagten auszulegen seien (act. 1 Rz. 30 ff.).

Die Beklagte bestreitet die Anwendbarkeit der Ungewöhnlichkeitsregel, da keine global übernommenen AGB vorlägen. Überdies bestreitet sie, dass der Pandemie-Ausschluss unklar oder ungewöhnlich sei. Sie beruft sich in ihrer Argumentation insbesondere auch auf das Fachwissen und die Erfahrung, welche der Klägerin aufgrund ihrer Vertretung durch die D.\_\_\_\_\_ zuzurechnen seien (act. 14 Rz. 64 ff.).

### 2.2.2. Unbestrittener Sachverhalt

Am 16. September 2019 schloss die Klägerin mit der D.\_\_\_\_\_ einen als "Versicherungsbroker-Mandat" bezeichneten Vertrag. Darin wird die D.\_\_\_\_\_ insbesondere beauftragt, im Interesse der Klägerin die ausschliessliche Betreuung sämtlicher Versicherungsverträge – mit wenigen Ausnahmen – zu übernehmen. Die D.\_\_\_\_\_ führte Analysen der Versicherungsbedürfnisse der Klägerin durch und war für eine Optimierung des Versicherungsschutzes besorgt (act. 14 Rz. 11 ff., act. 22 Rz. 4, 7, act. 15/4). Die D.\_\_\_\_\_ hat der Beklagten das Versicherungsbroker-Mandat zugestellt und die Klägerin auch im Hinblick auf die streitgegenständliche Police beraten und vertreten (act. 14 Rz. 11 ff., act. 22 Rz. 109). Bei der D.\_\_\_\_\_ und deren Angestellten handelt es sich um Versicherungsexperten mit umfangreichem versicherungstechnischen Fachwissen, Branchenkenntnissen und langjähriger Geschäftserfahrung (act. 14 Rz. 10, 39, 65, act. 22 Rz. 109).

In den Zusatzbedingungen Epidemie findet sich folgende Klausel (act. 2/1 S. 12, Ausschnitt):

**Nicht versicherte Ereignisse für Warenverderb und Ertragsausfall inkl. Mehrkosten**  
Nicht versichert sind Schäden

- infolge von Influenza-Viren ("Grippe-Viren") und Prionen (Scrapie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jakob usw.),
- infolge Geschlechtskrankheiten,
- infolge von Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten,

Die Parteien sind sich einig, dass sich die Formulierung "WHO-Pandemiestufen 5 oder 6" in Punkt 3 auf die von der WHO vorgenommene Kategorisierung in der

Publikation "WHO Global Influenza Preparedness Plan. The Role of WHO and Recommendations for National Measures Before and During Pandemics, 2005" bezieht (act. 2/5 S. 2, act. 22 Rz. 94, act. 28 Rz. 173). Im Executive summary dieser Publikation werden sechs Phasen dargestellt und wie folgt definiert:

NEW PHASES	OVERARCHING PUBLIC HEALTH GOALS
<p><b>Interpandemic period</b></p> <p><b>Phase 1.</b> No new influenza virus subtypes have been detected in humans. An influenza virus subtype that has caused human infection may be present in animals. If present in animals, the risk<sup>a</sup> of human infection or disease is considered to be low.</p> <p><b>Phase 2.</b> No new influenza virus subtypes have been detected in humans. However, a circulating animal influenza virus subtype poses a substantial risk<sup>a</sup> of human disease.</p>	<p>Strengthen influenza pandemic preparedness at the global, regional, national and subnational levels.</p> <p>Minimize the risk of transmission to humans; detect and report such transmission rapidly if it occurs.</p>
<p><b>Pandemic alert period</b></p> <p><b>Phase 3.</b> Human infection(s) with a new subtype, but no human-to-human spread, or at most rare instances of spread to a close contact.<sup>b</sup></p> <p><b>Phase 4.</b> Small cluster(s) with limited human-to-human transmission but spread is highly localized, suggesting that the virus is not well adapted to humans.<sup>b</sup></p> <p><b>Phase 5.</b> Larger cluster(s) but human-to-human spread still localized, suggesting that the virus is becoming increasingly better adapted to humans, but may not yet be fully transmissible (substantial pandemic risk).</p>	<p>Ensure rapid characterization of the new virus subtype and early detection, notification and response to additional cases.</p> <p>Contain the new virus within limited foci or delay spread to gain time to implement preparedness measures, including vaccine development.</p> <p>Maximize efforts to contain or delay spread, to possibly avert a pandemic, and to gain time to implement pandemic response measures.</p>
<p><b>Pandemic period</b></p> <p><b>Phase 6.</b> Pandemic: increased and sustained transmission in general population.<sup>b</sup></p>	<p>Minimize the impact of the pandemic.</p>

<sup>a</sup> The distinction between **phase 1** and **phase 2** is based on the risk of human infection or disease resulting from circulating strains in animals. The distinction is based on various factors and their relative importance according to current scientific knowledge. Factors may include pathogenicity in animals and humans, occurrence in domesticated animals and livestock or only in wildlife, whether the virus is enzootic or epizootic, geographically localized or widespread, and/or other scientific parameters.

<sup>b</sup> The distinction between **phase 3**, **phase 4** and **phase 5** is based on an assessment of the risk of a pandemic. Various factors and their relative importance according to current scientific knowledge may be considered. Factors may include rate of transmission, geographical location and spread, severity of illness, presence of genes from human strains (if derived from an animal strain), and/or other scientific parameters.

Die Parteien sind sich auch einig, dass diese Kategorisierung von der WHO ab 2013 nicht weitergeführt wurde. Neu unterscheidet die WHO nicht mehr zwischen diesen sechs Phasen, sondern nur noch zwischen Interpandemic phase, Alert phase, Transition phase und Interpandemic phase. Dies ergibt sich aus der WHO-Publikation "Pandemic Influenza Risk management: A WHO guide to inform and harmonize national and international pandemic preparedness and response, May 2017" (act. 2/7 S. 13, act. 1 Rz. 21, act. 14 Rz. 51 und 100).

## 2.2.3. Rechtliche Grundlagen

### 2.2.3.1. Geltungskontrolle von AGB; Ungewöhnlichkeitsregel

Das Bundesgericht hat in seinem richtungsweisenden Urteil 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022 die einschlägigen rechtlichen Grundlagen mit zahlreichen Verweisen auf die höchstrichterliche Rechtsprechung in Erwägung 2 eingehend dargelegt. Es kann daher im Folgenden darauf zurückgegriffen werden.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Vertragsbestimmungen, die im Hinblick auf den künftigen Abschluss einer Vielzahl von Verträgen generell vorformuliert wurden (Urteile 4A 47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 5.1; 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1; 4P.135/2002 vom 28. November 2002 E. 3.1). Sie gelten nur und soweit, als die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben (BGE 118 II 295 E. 2a; Urteile 4A 47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 5.1; 4A 548/2013 vom 31. März 2014 E. 3.3.1; 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1).

Ist dies der Fall, gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur, wenn keine individuellen Abreden bestehen, die von den allgemeinen Bedingungen abweichen (BGE 135 III 225 E. 1.4; 125 III 263 E. 4b/bb; 123 III 35 E. 2c/bb; Urteil 4A 503/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen). Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen können nur dann vom Konsens erfasst sein, wenn die zustimmende Partei bei Vertragsschluss zumindest die Möglichkeit hatte, von ihrem Inhalt in einer zumutbaren Weise Kenntnis zu nehmen (BGE 139 III 345 E. 4.4; 77 II 154 E. 4 S. 156; Urteil 4A 47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 5.4.1). Für den Versicherungsvertrag bestimmt Art. 3 Abs. 2 VVG darüber hinaus, dass der Versicherungsnehmer in Besitz der Allgemeinen Versicherungsbedingungen sein muss, wenn er den Versicherungsvertrag beantragt oder annimmt.

Stimmte die Partei der Übernahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen global zu, d.h. ohne diese zu lesen, zur Kenntnis zu nehmen oder deren Tragweite zu verstehen, liegt eine sog. Globalübernahme vor (BGE 119 II 443 E. 1a; 109 II 452 E. 4; Urteil 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1). In diesem Fall wird

die Geltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die sog. Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt: Der Verfasser von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass der Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt (Urteil 4A\_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.3). Entsprechend sind von der global erklärten Zustimmung alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die zustimmende Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist (BGE 138 III 411 E. 3.1; 135 III 1 E. 2.1, 225 E. 1.3; 119 II 443 E. 1a). Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 138 III 411 E. 3.1; 135 III 1 E. 2.1; 119 II 443 E. 1a) unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls (BGE 135 III 1 E. 2.1; 119 II 443 E. 1a).

Die Ungewöhnlichkeitsregel ist ein Instrument der Konsenslehre (Urteil 4A 499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2). Sie konkretisiert das Vertrauensprinzip (BGE 138 III 411 E. 3.1; 135 III 1 E. 2.1 S. 7). Dieses bezweckt den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und zielt nicht primär darauf ab, die schwächere oder unerfahrene Partei vor der stärkeren oder erfahreneren zu schützen. Für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel braucht es sich daher beim Zustimmungenden nicht zwingend um eine schwächere oder unerfahrene Partei zu handeln. Auch eine stärkere, geschäfts- oder branchenerfahrene Vertragspartei kann von einer global übernommenen Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen überrascht werden und die Ungewöhnlichkeitsregel anrufen (Urteil 4A 499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2 mit weiteren Hinweisen). Die Stellung und Erfahrung des Zustimmungenden ist dennoch nicht irrelevant, sondern spielt bei der subjektiven Ungewöhnlichkeit eine Rolle.

Die AGB-Klausel hat nämlich für die zustimmende Partei zunächst subjektiv ungewöhnlich zu sein. Zu berücksichtigen ist unter anderem, ob der Zustimmungende geschäfts- und branchenkundig ist: Je weniger geschäfts- oder branchenerfahren er ist, umso eher wird eine Klausel für ihn ungewöhnlich sein (Urteil 4A 499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.3). So können branchenübliche Klauseln für einen Branchenfremden ungewöhnlich sein, für einen Branchenkenner demgegenüber nicht (BGE 138 III 411 E. 3.1; 119 II 443 E. 1a). Branchenkenntnis

oder Geschäftserfahrung schliesst aber die Ungewöhnlichkeit nicht zwingend aus. Auch für einen Branchenkundigen oder Geschäftserfahrenen kann eine AGB-Klausel unter Umständen ungewöhnlich sein (Urteil 4A 499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.3).

Neben der subjektiven Ungewöhnlichkeit hat die fragliche Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufzuweisen, damit die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung gelangt. Sie hat mithin objektiv ungewöhnlich zu sein. Dies ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 138 III 411 E. 3.1; 135 III 1 E. 2.1, 225 E. 1.3). Bei Versicherungsverträgen sind auch die berechtigten Deckungserwartungen zu berücksichtigen (BGE 138 III 411 E. 3.1; Urteile 4A 232/2019 vom 18. November 2019 E. 2.2; 4A 48/2015 vom 29. April 2015 E. 2.1). Entsprechend kann eine in allgemeinen Versicherungsbedingungen vorgesehene Haftungsbeschränkung als ungewöhnlich qualifiziert werden, wenn der durch die Bezeichnung und Werbung beschriebene Deckungsumfang erheblich reduziert wird, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind (BGE 138 III 411 E. 3.1; Urteile 4A 176/2018 vom 6. August 2018 E. 4.2; 4A 152/2017 vom 2. November 2017 E. 4.3; 4A 187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.4.2; 5C.134/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.2; 5C.53/2002 vom 6. Juni 2002 E. 3.1).

#### 2.2.3.2. Auslegung von AGB; Unklarheitsregel

Haben die Parteien die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag übernommen, ist in einem zweiten Schritt der Inhalt durch Auslegung zu ermitteln. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen (BGE 142 III 671 E. 3.3; 135 III 1 E. 2). Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (BGE 142 III 671 E. 3.3; 140 III 391 E. 2.3). Dabei ist vom Wort-

laut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 146 V 28 E. 3.2; 142 III 671 E. 3.3; 140 III 391 E. 2.3). Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es also nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben (BGE 131 III 606 E. 4.2; 130 III 417 E. 3.2; 129 III 702 E. 2.4.1; 127 III 444 E. 1b). Vielmehr sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 146 V 28 E. 3.2; 145 III 365 E. 3.2.1; 144 III 327 E. 5.2.2.1).

Das Gericht hat auch den vom Erklärenden verfolgten Regelungszweck zu beachten, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 146 V 28 E. 3.2; 142 III 671 E. 3.3; 140 III 391 E. 2.3). Für die Auslegung einer von der einen Vertragspartei aufgesetzten Vertragsbestimmung ist demnach entscheidend, welches Regelungsziel die andere Vertragspartei darin als redliche Geschäftspartnerin vernünftigerweise erkennen durfte und musste (Urteile 4A 203/2019 vom 11. Mai 2020 E. 3.3.2.2., nicht publ. in BGE 146 III 254; 4A 652/2017 vom 24. August 2018 E. 5.1.2; 4C.443/1996 vom 26. März 1997 E. 2a). Dabei ist für den Regelfall anzunehmen, dass der Erklärungsempfänger davon ausgehen durfte, der Erklärende strebe eine vernünftige, sachgerechte Regelung an (Urteil 4A 652/2017 vom 24. August 2018 E. 5.1.2; 4C.443/1996 vom 26. März 1997 E. 2a).

Mehrdeutige Wendungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, die sie verfasst hat (sog. Unklarheitsregel). In allgemeinen Versicherungsbedingungen sind mehrdeutige Klauseln somit gegen den Versicherer als deren Verfasser zu interpretieren (BGE 146 III 339 E. 5.2.3; 133 III 61 E. 2.2.2.3; 607 E. 2.2; 124 III 155 E. 1b). Für den Versicherungsvertrag konkretisiert Art. 33 VVG die Unklarheitsregel insofern, als der Versicherer für alle Ereignisse haftet, welche die Merkmale der versicherten Gefahr an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in "bestimmter, unzweideutiger Fassung" von der Versicherung ausschliesst (Urteil 4A 92/2020 vom 5. August 2020 E. 3.2.2). Es ist somit am Versicherer, die Tragweite der Verpflichtung, die er eingehen will, genau zu begrenzen (BGE 135 III 410 E. 3.2; 133 III

675 E. 3.3; zu Art. 33 VVG vgl. auch Urteil 4A 153/2015 vom 25. Juni 2015 E. 4.1). Die Unklarheitsregel kommt jedoch nur subsidiär zur Anwendung, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel versagen (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3; 122 III 118 E. 2a und E. 2d; Urteile 4A 279/2020 vom 23. Februar 2021 E. 6.2; 4A 81/2020 vom 2. April 2020 E. 3.1). Es genügt mithin nicht, dass die Parteien über die Bedeutung einer Erklärung streiten, sondern es ist vorausgesetzt, dass die Erklärung nach Treu und Glauben auf verschiedene Weise verstanden werden kann (BGE 118 II 342 E. 1a) und es nicht möglich ist, den Zweifel mit den übrigen Auslegungsmitteln zu beseitigen (Urteile 4A 92/2020 vom 5. August 2020 E. 3.2.2; 4A 186/2018 vom 4. Juli 2019 E. 4.1; 4A 152/2017 vom 2. November 2017 E. 4.2).

#### 2.2.4. Würdigung

##### 2.2.4.1. Stellung der D. \_\_\_\_\_

Die D. \_\_\_\_\_ verpflichtete sich am 16. September 2019 gegenüber der Klägerin, deren Versicherungsverträge zu betreuen, zu verwalten und bei Bedarf anzupassen. Weiter verpflichtete sie sich, die Klägerin beim Eintritt von Versicherungsfällen in der Abwicklung zu beraten und zu unterstützen (act. 15/4). Das Vertragsverhältnis zwischen der D. \_\_\_\_\_ und der Klägerin weist damit vor allem Elemente des Auftrages im Sinne von Art. 394 ff. OR und der Versicherungsvermittlung im Sinne von Art. 40 ff. VAG auf. Zwecks Erfüllung ihrer Aufgaben hat die Klägerin die D. \_\_\_\_\_ vertraglich unter anderem ermächtigt, in ihrem Namen Versicherungsofferten einzuholen, Verhandlungen zu führen und Erklärungen abzugeben (act. 15/4). Die D. \_\_\_\_\_ beriet und vertrat die Klägerin auch bei der Ausarbeitung der Police Nr. 1 Zunächst arbeitete sie mit der Beklagten eine ab 1. Januar 2020 gültige Police aus (act. 23/68, Januar-Police). Dies ergibt sich aus dem in den act. 23/10, act. 23/67 und act. 29/22 dokumentierten Email-Verkehr zwischen der D. \_\_\_\_\_ und der Beklagten. Die Januar-Police bedurfte jedoch schon bald einer Anpassung der Versicherungssumme, weshalb eine neue, ab 21. Februar 2020 gültige, Police ausgestellt wurde (act. 2/1, Februar-Police). Dass die D. \_\_\_\_\_ die Klägerin bei der Ausarbeitung bzw. Anpassung beider Policen vertreten und beraten hat, ergibt sich auch aus den auf den Policen angebrachten Stempeln mit dem

Vermerk "D.\_\_\_\_\_ AG, Kontrolliert" (act. 2/1 und act. 23/68). Das Vorstehende ist insofern relevant, als das Wissen, die Erfahrung und die Kenntnisse der D.\_\_\_\_\_ aufgrund des Vertretungsverhältnisses der Klägerin zuzurechnen sind.

#### 2.2.4.2. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Zusatzbedingungen sind vorliegend in die Police integriert (act. 2/1 S. 8 ff.). Allgemeine Vertragsbedingungen sind zwar häufig als separates Dokument ausgestaltet, begriffsnotwendig ist dies jedoch nicht. Die Beklagte macht geltend, die Klägerin, vertreten durch die D.\_\_\_\_\_, habe den Bestand und die Tragweite insbesondere des Pandemie-Ausschlusses mit der Klägerin besprochen und die Klägerin habe diesen akzeptiert bzw. die relevanten Vertragsbestimmungen seien verhandelt und individuell vereinbart worden (act. 14 Rz. 37 ff., 63 f., 103 und 139 lit. d). Sie beruft sich auf einen E-Mail-Austausch zwischen E.\_\_\_\_\_ von der D.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ von der Beklagten zwischen dem 28. Januar 2020 und dem 4. Februar 2020 (act. 15/7-9). Aus diesem Email-Verkehr ergeben sich indessen keine Hinweise auf ein individuelles Verhandeln der relevanten Zusatzbedingungen. Vielmehr erkundigt sich die Klägerin im Rahmen eines bereits geschlossenen Vertrages, ob ein konkreter Schadenfall gedeckt ist und die Beklagte beantwortet die Frage. Willensäußerungen, welche auf eine Vertragsverhandlung schliessen lassen, sind bei diesem Vorgang nicht ersichtlich. Auch die weiteren Umstände sprechen nicht für ein individuelles Verhandeln des Pandemie-Ausschlusses: Der Aufbau des vorliegenden Versicherungsvertrages folgt einem Bausteinprinzip: Einer Grundpolicy wurden – entsprechend dem konkreten Deckungsbedarf – zusätzliche Deckungsbausteine in Form von Zusatzversicherungen bzw. Zusatzbedingungen hinzugefügt, wie zum Beispiel die Zusatzbedingungen Epidemie oder die G.\_\_\_\_\_ -versicherung (vgl. act. 2/1 S. 7, act. 14 Rz. 19, 26, act. 22 Rz. 74). Im Email-Verkehr zwischen der D.\_\_\_\_\_ und der Beklagten wird denn auch von "G.\_\_\_\_\_ -baustein" gesprochen (act. 29/22). Während die Grundpolicy einen relativ hohen Anteil an individualisierten Angaben enthält, sind die Zusatzbedingungen allgemein gehalten und nehmen weder auf ein konkretes Versicherungssubjekt noch ein konkretes Versicherungsobjekt Bezug. Zudem sind die Zusatzbedingungen jeweils mit dem Vermerk "Ausgabe 05/2019" verse-

hen. Dieser Vermerk dient dazu, die Bedingungen von früheren Versionen abzugrenzen und klarzustellen, welche von mehreren Versionen zur Anwendung gelangt. Ein solcher Vermerk ergibt nur Sinn im Kontext von vorformulierten, allgemeinen Bestimmungen. Darüber hinaus weisen die Zusatzbedingungen einen hohen Detaillierungsgrad auf, was charakteristisch ist für vorformulierte Bedingungen. Es ist daher davon auszugehen, dass eine Einflussnahme der Klägerin auf den Inhalt der Zusatzbedingungen entgegen der Behauptung der Beklagten nicht vorgesehen war und auch nicht stattgefunden hat. Vor diesem Hintergrund sind die Zusatzbedingungen Epidemie als allgemeine Geschäftsbedingungen zu werten.

#### 2.2.4.3. Globalübernahme

Die Klägerin behauptet eine Globalübernahme der Zusatzbedingungen Epidemie (act. 1 Rz. 15, 26). Ihren Angaben zufolge fanden bis zur Ausstellung der Januar-Police keine Gespräche zwischen der D.\_\_\_\_\_ und der Beklagten über die Zusatzbedingungen Epidemie statt (act. 22 Rz. 72).

Die Beklagte bestreitet eine Globalübernahme und behauptet, die Klägerin habe um Bestand und Wirkung des Pandemie-Ausschlusses aktiv gewusst (act. 14 Rz. 64). Sie beruft sich auf Emails (act. 15/7-9 und act. 29/22) und die Ausfertigung der Februar-Police (act. 23/68, act. 28 Rz. 155). Die Klägerin hält dem entgegen, die Korrespondenz zwischen der D.\_\_\_\_\_ und der Beklagten ab 28. Januar 2020 betreffe nicht Verhandlungen über die Zusatzbedingungen Epidemie. Es gehe dabei nur um Fragen der Auslegung eines bereits geschlossenen Vertrages. Der Antrag zur Versicherung sei am 31. Dezember 2019 an die Beklagte gerichtet worden und die Beklagte habe am 20. Januar 2020 die Police ausgestellt (act. 22 Rz. 70, 73, act. 23/67, act. 23/68). Die Police vom 21. Februar 2020 verurkunde nicht eine neu abgeschlossene Versicherung, sondern stelle eine Änderung des bereits laufenden Versicherungsvertrages dar, die einzig die Deckungssummen betreffe (act. 22 Rz. 72).

Act. 29/22 dokumentiert einen Email-Austausch zwischen H.\_\_\_\_\_ von der Beklagten und der D.\_\_\_\_\_ vom 21. und 22. November 2019. Darin wird auch ein in-

ternes Email von I.\_\_\_\_\_, CEO der D.\_\_\_\_\_, an E.\_\_\_\_\_ von der D.\_\_\_\_\_ vom 19. November 2019 wiedergegeben. H.\_\_\_\_\_ weist in ihrem Email auf eine der D.\_\_\_\_\_ zugestellte Offerte hin und beantwortet diverse konkrete Fragen der D.\_\_\_\_\_ zum Deckungsumfang. Am 28. November 2019 fertigte die Beklagte die als "definitive Version inkl. Fz." bezeichnete Offerte Nr. 1 aus (act. 23/67 S. 2 ff.). Mit Email vom 31. Dezember 2019 retournierte die D.\_\_\_\_\_ diese Offerte mit einigen Änderungen an die Beklagte und bezeichnete dies als Antrag der Klägerin (act. 23/67). In der Januar-Police (gültig ab 1. Januar 2020, Ausfertigungsdatum 20. Januar 2020) wurden diese Änderungen übernommen (act. 23/68). Der klägerische Antrag wurde demzufolge angenommen und der Versicherungsvertrag mit dem in der Januar-Police aufgeführten Inhalt ist zustande gekommen. Das genaue Datum des Vertragsschlusses lässt sich nicht ermitteln, jedenfalls dürfte es zwischen dem 31. Dezember 2019 und dem 20. Januar 2020 liegen. Dass auch die Parteien bereits in diesem Zeitraum vom Zustandekommen eines Versicherungsvertrages inklusive den Zusatzbedingungen Epidemie ausgegangen sind, belegt der nachfolgende Email-Verkehr:

Zwischen dem 28. Januar 2020 und dem 4. Februar 2020 haben sich E.\_\_\_\_\_ von der D.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ von der Beklagten per Email ausgetauscht unter dem Betreff "J.\_\_\_\_\_ Groups STORNO" (act. 15/7-9). E.\_\_\_\_\_ schrieb Folgendes: "Kannst Du bitte abklären, ob es sowas überhaupt versicherbar ist? Es geht hier um Stornierungen infolge des Corona Virus. Betrifft Police Nr. 2. Wir gehen davon aus, dass das momentan nicht versichert ist. Gibt es überhaupt einen Versicherungsschutz für so ein Szenario?" Die Policen-Nummer wurde von E.\_\_\_\_\_ nachträglich korrigiert in 1 (act. 15/7), womit er sich auf die streitgegenständliche Police bezog. F.\_\_\_\_\_ antwortete am 4. Februar 2020: "Wie bereits gestern telefonisch besprochen, gebe ich dir nun schriftlich den Sachverhalt betreffend Epidemie Versicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus durch. Wird eine behördliche Verfügung zur Schliessung des Hotels, Restaurants, Küche ausgesprochen ist die Umsatzeinbusse oder auch ein eventueller Warenverderb über den Deckungsbaustein versichert. Sobald jedoch durch die WHO eine Pandemie-stufe von 5 oder 6 ausgesprochen wird, was nun im vorliegenden Fall (Coronavirus) passiert ist, besteht keine Deckung mehr." (act. 15/8). E.\_\_\_\_\_ hakte darauf

nach: "Bitte kläre mir folgendes noch ab und gib mir Bescheid ob Versicherungsschutz besteht: Eine Schweizer Behörde beschliesst, dass J.\_\_\_\_\_ Touristen nicht mehr in das Land einreisen dürfen. Es wird nicht ein Betrieb der A.\_\_\_\_\_ AG geschlossen, sondern es wird seinen Gästen die Einreise in die Schweiz untersagt. Gehen wir davon aus, dass Pandemiestufe 4 ausgerufen worden ist. Ab Pandemiestufe 5 besteht ja sowieso kein Versicherungsschutz mehr (auch bei anderen Versicherern nicht)." (act. 15/9).

Aus diesem Email-Austausch kann entgegen der Meinung der Beklagten nicht abgeleitet werden, dass die Parteien (neuerliche) Vertragsverhandlungen führten. Vielmehr handelt es sich um eine Art Deckungsanfrage auf der Grundlage der bereits abgeschlossenen Januar-Police. Aus dem Wortlaut der Anfrage der D.\_\_\_\_\_ ist ersichtlich, dass sowohl die D.\_\_\_\_\_ als auch die Beklagte Ende Januar 2020 bzw. anfangs Februar 2020 von der Anwendbarkeit und Gültigkeit der Januar-Police inklusive Zusatzbedingungen Epidemie ausgingen. Die Februar-Police (act. 2/1) entspricht weitestgehend der Januar-Police. Sie enthält lediglich zwei Änderungen: Einerseits wurde die Versicherungssumme Waren/Einrichtungen angepasst. Andererseits wurden der Jahresumsatz erhöht und die entsprechende Versicherungssumme angepasst (act. 22 Rz. 71). Wie und weshalb es zu diesen Änderungen kam, ist nicht ersichtlich und wird von den Parteien nicht thematisiert. Es gibt keine Hinweise dafür, dass diese Änderungen mit dem vorstehend genannten Email-Austausch mit dem Betreff "J.\_\_\_\_\_ Groups STORNO" zusammenhängen.

Es ist somit davon auszugehen, dass die Februar-Police lediglich aufgrund einer punktuellen Änderung des bestehenden Vertrages ausgestellt wurde. Dass bei solchen Änderungen eine neue Police ausgestellt wird, ist im Versicherungsgeschäft üblich und nicht mit dem Abschluss eines neuen Vertrages gleichzusetzen. Für die Frage, wie die allgemeinen Bedingungen übernommen wurden, sind daher die dem Vertragsschluss vorangehenden Umstände massgebend. Der Email-Verkehr vom 3. und 4. Februar 2020 war in Bezug auf die Tragweite des Pandemie-Ausschlusses für die Klägerin sicher aufschlussreich. Damit einhergehende Erkenntnisse erfolgten jedoch nach Vertragsschluss und vermögen nichts über

die Art und Weise der Übernahme der allgemeinen Bedingungen bei Vertragsschluss auszusagen. Anders verhält es sich mit dem erst mit der Duplik eingereichten Email-Austausch vom 21. und 22. November 2019 (act. 29/22). Dieser Austausch erfolgte bereits vor Ausstellung der Januar-Police und belegt, dass sich die D.\_\_\_\_\_ durchaus mit der Deckung bestimmter Risiken bzw. gewissen Szenarien auseinandergesetzt hat. Beispielsweise hat die D.\_\_\_\_\_ die intern bzw. von der Klägerin aufgeworfene Frage "Warenverderb infolge Ausfall der Kühlung - sind die daraus entstehenden BU-Schäden ebenfalls versichert?" an die Beklagte weitergeleitet und von der Beklagten die Antwort erhalten: "Ja, siehe ZB Epidemie in der Offerte auf Seite 9, der zweitletzte Abschnitt von Ertragsausfall inkl. Mehrkosten." Daraus muss geschlossen werden, dass die Zusatzbedingungen Epidemie zwar nicht verhandelt wurden, die D.\_\_\_\_\_ bzw. die Klägerin aber – zumindest in einzelnen Punkten – davon Kenntnis erlangt hat bzw. darauf hingewiesen wurde. Die Klägerin wendet ein, dass dieser punktuelle Hinweis einen einzelnen, vorliegend nicht umstrittenen Punkt innerhalb der Zusatzbedingungen Epidemie betreffe. Es seien nicht die Zusatzbedingungen per se und insgesamt besprochen und verhandelt worden, insbesondere nicht die Deckungsausschlüsse (act. 33 Rz. 2). Eine Vollübernahme (als Gegenstück zur Globalübernahme) liegt erst vor, wenn der Verwender seine AGB dem Kunden im Einzelnen erläutert (MÜLLER, in: BK zum OR, Art. 1 - 18 OR, 2018, N. 315 zu Art. 1 OR). In BGE 135 III 1 E. 2.1 und 2.3 hat das Bundesgericht festgehalten, dass dies voraussetzt, dass der Verwender der AGB gerade auf die strittige Klausel ausdrücklich und deutlich aufmerksam macht. Dies wird vorliegend nicht behauptet und die mit Email-Austausch vom 21. und 22. November 2019 vor Vertragsschluss thematisierte Frage betrifft nachweislich gerade nicht die Pandemie-Ausschlussklausel. Dass die Beklagte im Vorfeld des Vertragsschlusses auf die Pandemie-Ausschlussklausel hingewiesen hätte oder die Klägerin davon anderweitig aktiv Kenntnis genommen hätte, wird nicht behauptet. Es ist von einer Globalübernahme der Pandemie-Ausschlussklausel auszugehen. Die Klausel ist daher der Ungewöhnlichkeitsprüfung zugänglich. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Verneinung einer Globalübernahme am Verfahrensausgang nichts ändern würde. Dies würde lediglich dazu führen, dass die Klausel nicht bezüglich ih-

rer Ungewöhnlichkeit geprüft werden könnte und direkt zur Auslegung der Klausel geschritten würde, welche zu einem eindeutigen Ergebnis führt (vgl. Erw. 2.2.4.6).

#### 2.2.4.4. Objektive Ungewöhnlichkeit

Die vorliegende Versicherungspolice wird als "B.\_\_\_\_\_ ...-versicherung ..." bezeichnet. ...-Versicherungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie eine Vielzahl von Gefahren decken und nicht die versicherten, sondern die ausgeschlossenen Risiken abschliessend aufzählen. Dies schlägt sich in folgender Bestimmung der Grundpolice nieder (act. 2/1 S. 4):

### Leistungen

Versicherte Ereignisse

Versichert sind Schäden durch Zerstörung, Beschädigung oder Abhandenkommen der versicherten Sachen durch ein plötzliches und unvorhergesehenes Ereignis, soweit diese nicht durch die Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Zusatzbedingungen oder Besonderen Bedingungen ausgeschlossen gelten.

Wie bereits erwähnt, wurde die Grundpolice mit zusätzlichen "Deckungsbausteinen" ergänzt, welche den Deckungsumfang der Grundpolice erweitern und mittels Deckungsausschlüssen eingrenzen. Dieser Umstand führt aber nicht dazu, dass die Police ihren ...-Versicherungs-Charakter verlieren würde. Das Vorliegen von Deckungsausschlüssen ist geradezu charakteristisch für diesen Vertragstypus. Setzt man den hier strittigen Pandemie-Ausschluss ins Verhältnis zur Gesamtheit der mit der vorliegenden Police gedeckten Risiken, so fällt er kaum ins Gewicht und vermag daher den Charakter des Versicherungsvertrages nicht zu ändern.

Selbst bei isolierter Betrachtung der Zusatzbedingungen Epidemie stellt man fest, dass der Pandemie-Ausschluss nur für einen Teil der versicherten Risiken Wirkungen entfaltet. Anders als die Bezeichnung suggerieren könnte, werden in den Zusatzbedingungen Epidemie nicht nur Risiken im Zusammenhang mit ansteckenden Krankheiten gedeckt. Gedeckt werden beispielsweise auch Risiken im Zusammenhang mit der Kontamination von Waren mit Pestizidrückständen oder dem Verderb von Waren in Kühlräumen als Folge von technischen Defekten oder Stromunterbrüchen. Auch innerhalb jenes Bereiches in welchem Risiken durch

ansteckende Krankheiten gedeckt werden, ist der Anwendungsbereich des umstrittenen Deckungsausschlusses auf eingegrenzte Konstellationen, namentlich die Pandemiestufen 5 und 6 und damit die höchsten zwei Pandemiestufen bzw. -phasen, beschränkt:

Gemäss WHO-Publikation 2005 unterscheidet sich Phase 5 von den vorangehenden Phasen dadurch, dass aufgrund der Anpassung des Virus an den Menschen ein substantielles Pandemierisiko besteht. Phase 6 zeichnet sich dadurch aus, dass sich dieses Pandemierisiko verwirklicht hat. Laut Duden ist eine Pandemie eine sich weit ausbreitende, ganze Landstriche und Länder erfassende Seuche, mithin eine Epidemie grossen, globalen Ausmasses. In der WHO-Publikation 2005 wird festgehalten, dass seit dem 16. Jahrhundert im Durchschnitt drei Pandemien pro Jahrhundert dokumentiert sind, also ungefähr eine alle 10 bis 50 Jahre (act. 2/5 S. 2). Damit kann das Pandemierisiko im Vergleich zu den anderen von der Zusatzversicherung Epidemie gedeckten Risiken als seltenes Risiko bezeichnet werden. Demnach wird auch die Rechtsstellung der Klägerin durch den Ausschluss nicht in einem starken Mass beeinträchtigt. Vor diesem Hintergrund vermag der Ausschluss dieser Pandemierisiken den vertraglichen Charakter der Zusatzversicherung Epidemie nicht zu ändern. Auch aus der Bezeichnung kann nichts abgeleitet werden: Wie erwähnt, ist die Bezeichnung als Zusatzbedingungen Epidemie wenig aussagekräftig, da unter diesem Titel auch diverse andere Risiken versichert werden, welche mit Epidemien bzw. übertragbaren Krankheiten nichts zu tun haben. Inhaltlich liegt daher nicht eine Epidemieversicherung vor, sondern eine Sammelbestimmung für verschiedene Risiken mit gesundheitsgefährdenden Aspekten. Dies ist auch leicht erkennbar, findet sich doch gleich unterhalb des Titels "Epidemie" der Ausdruck "Warenverderb", was gemeinhin nicht mit einer Epidemie assoziiert wird. Bei "Epidemie" handelt es sich damit mehr um ein Stichwort als um eine Bezeichnung, welche berechtigte Erwartungen in Bezug auf die Deckung zu wecken vermöchte. Selbst wenn man der Bezeichnung Epidemie grössere Bedeutung zumessen würde, widerspricht es nicht allgemeinen Deckungserwartungen, dass Risiken im Zusammenhang mit einer Pandemie vom Deckungsbereich einer Epidemieversicherung ausgenommen werden, zumal eine Pandemie auch gemäss – vor SARS-Cov2 vorherrschendem

– allgemeinen Sprachgebrauch das gravierendere Ereignis ist. Der Deckungsauschluss für die Pandemiestufen 5 und 6 ist damit objektiv nicht ungewöhnlich.

#### 2.2.4.5. Subjektive Ungewöhnlichkeit

Bereits ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer weiss, dass eine Versicherung nie *alle* Risiken deckt. Auf Seiten der Klägerin lag zudem mehr als bloss durchschnittliches versicherungsspezifisches Wissen vor. Wie bereits ausgeführt, sind ihr die Kenntnisse und Erfahrungswerte der branchenkundigen und -erfahrenen D.\_\_\_\_\_ im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zuzurechnen (Erw. 2.2.4.1). Von der D.\_\_\_\_\_ darf nach Treu und Glauben erwartet werden, dass sie wusste, dass der Deckungsumfang einer ...-Versicherung gerade anhand ihrer Ausschlüsse definiert wird. Zudem musste sie wissen, dass Versicherer – insbesondere bei der Versicherung von unwägbar Risiken – zu sorgfältig definierten Deckungsbereichen tendieren. Die Versicherung von Risiken durch übertragbare Krankheiten birgt solche unwägbar Risiken, da insbesondere Viren dafür bekannt sind, sich zu verändern bzw. anzupassen und ihre Infektiosität und Pathogenität je nach Ausformung der Veränderung höchst unterschiedliche Ausmasse annehmen können. Dass bei einer ungünstigen Kombination dieser Faktoren schwerwiegende und weitreichende Konsequenzen drohen, ist nicht erst seit der COVID-19-Pandemie bekannt. Man denke zum Beispiel an die SARS-Pandemie, die Schweinegrippe, die Vogelgrippe und nicht zuletzt an die verheerende Spanische Grippe. Insbesondere ein erfahrener und branchenkundiger Akteur wie die D.\_\_\_\_\_ musste damit rechnen, dass ein Versicherer angesichts dieser Umstände die gravierendsten Ausprägungen des Risikos im Zusammenhang mit übertragbaren Krankheiten von der Deckung ausschliesst. Einen Hinweis auf fehlende subjektive Ungewöhnlichkeit gibt auch die Anfrage der D.\_\_\_\_\_ bei der Beklagten vom 28. Januar 2020 (act. 15/7), worin die D.\_\_\_\_\_ festhielt "Es geht hier um Stornierungen infolge des Corona Virus (...). Wir gehen davon aus, dass das momentan nicht versichert ist. Gibt es überhaupt einen Versicherungsschutz für so ein Szenario?" Insbesondere der letzte Satz dokumentiert, dass die D.\_\_\_\_\_ eine Deckung im Pandemiefall gar nicht erwartet hat. Insgesamt fehlt es damit

auch an subjektiver Ungewöhnlichkeit, weshalb die Pandemie-Ausschlussklausel vom Konsens der Parteien erfasst ist und zur Anwendung gelangt.

#### 2.2.4.6. Auslegung und Unklarheit

Die Parteien streiten über die Bedeutung von zwei in der Pandemie-Ausschlussklausel verwendeten Begriffen, namentlich den Ausdruck "WHO-Pandemiestufen 5 oder 6" und das Verb "gelten". Nachdem sich keine der Parteien zu einem übereinstimmenden tatsächlichen Willen bezüglich des Inhalts der Ausschlussklausel geäußert hat, ist die Klausel nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

Die Klausel verwendet den Ausdruck "Pandemie". Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, ist eine Pandemie laut Duden eine sich weit ausbreitende, ganze Landstriche und Länder erfassende Seuche, mithin eine Epidemie grossen, globalen Ausmasses. Dieses Wissen darf bei einem branchenfremden Versicherungsnehmer und in erhöhtem Masse bei einem branchenkundig vertretenen Versicherungsnehmer wie der Klägerin vorausgesetzt werden. Ebenfalls ergibt sich aus dem Wortlaut, dass die WHO ein Stufensystem zur Einordnung der Pandemierisiken verwendet und dass die beiden obersten Stufen und damit die gravierendsten Ausprägungen des Pandemierisikos von der Versicherungsdeckung ausgenommen sind. Was *im Einzelnen* unter "WHO-Pandemiestufen 5 oder 6" zu verstehen ist, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Vertrages. Der Vertragstext muss jedoch nicht aus sich selbst heraus verständlich sein. Vielmehr ist er so auszulegen, wie er nach seinem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durfte und musste (Urteil des Bundesgerichts 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022, E. 5.1). Der Ausdruck "WHO-Pandemiestufen 5 oder 6" verweist unbestrittenermassen auf ein von Dritten erarbeitetes Dokument ausserhalb des Vertrages, namentlich den "WHO global influenza preparedness plan 2005" und damit auch auf das dort aufgeführte System der Pandemic Phases. Die Phasen 1 bis 5 umschreiben verschiedene Ausprägungen der Risikofaktoren, die in eine Pandemie münden könnten. Es sind dies insbesondere

das Auftreten neuer Virus-Subtypen, deren Zirkulation unter Tieren bzw. Menschen, die Infektiosität des Virus, das Ausmass der Ausbreitung und die Anpassung des Virus an den Menschen. Das Pandemierisiko wird je nach Ausgestaltung dieser Faktoren unterschiedlich gewichtet, wobei das Risiko bei Phase 1 noch gering ist, sich aber bis zu 5 steigert. Phase 6 beschreibt die Verwirklichung des Risikos und damit die Pandemie selber. Es ist offensichtlich und unbestritten, dass die "Pandemiestufe 5" der in dieser Publikation genannten "Phase 5" entspricht. Sowohl in der älteren als auch der jüngeren WHO-Publikation wird der englische Begriff "Phase" verwendet. In diesem Sinne gibt es entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 14 Rz. 51) keinen Hinweis auf einen Wandel von einem Stufen- zu einem Phasenmodell. Der Umstand spielt indessen keine Rolle, da sich die Parteien einig sind, dass mit den Pandemiestufen die "Phases" der WHO-Publikation 2005 gemeint sind. Die "Phase 5" ist gemäss Dokumentation erreicht beim Vorliegen von "Larger cluster(s) but human-to-human spread still localized, suggesting that the virus is becoming increasingly better adapted to humans, but may not yet be fully transmissible (substantial pandemic risk)". "Phase 6" wird definiert als "Pandemic: Increased and sustained transmission in general population." Beim "WHO global influenza preparedness plan 2005" handelt es sich um eine Publikation. Dass diese öffentlich zugänglich war und ist, scheint die Klägerin nicht zu bestreiten. Sie macht allerdings Schwierigkeiten mit der Auffindbarkeit im Internet sowie Verständnisprobleme mit den umfangreichen fremdsprachigen Dokumenten der WHO geltend (act. 22 Rz. 93, act. 22 Rz. 106 ff.). Sowohl Zugänglichkeit wie auch Auffindbarkeit im Internet werden indessen bereits dadurch belegt, dass die Klägerin selber einen Ausdruck der gesamten Publikation mit ihrer Klage eingereicht hat (act. 2/5). Um anhand der WHO Publikation beurteilen zu können, ob der Deckungsausschluss zur Anwendung gelangt, bedarf es keines spezifischen Fachwissens, und es ist auch nicht erforderlich, die gesamte 53 Seiten umfassende Publikation zu studieren. Eine übersichtliche, kurze und allgemeinverständliche Beschreibung der sechs Pandemiephasen findet sich auf Seite 2 der Publikation unter dem Titel "Executive Summary". Auf Seite 7 bis 9 werden die einzelnen Phasen zudem noch detaillierter, aber immer noch in verständlicher Weise umschrieben. So wird für "Phase 5" folgendes Beispiel genannt: "Ongoing

cluster-related transmission, but total number of cases is not rapidly increasing, e.g. a cluster of 25-50 cases and lasting from 2 to 4 weeks". Die nächste als Pandemic period bezeichnete "Phase 6" wird dann nur noch umschrieben mit "Increased and sustained transmission in the general population". Diese Umschreibungen erlauben es auch Laien, eine bestimmte Faktenlage einer der sechs Phasen zuzuordnen.

Vor dem Hintergrund des erwähnten WHO-Systems ist der mit der Pandemie-Ausschlussklausel verfolgte Zweck klar: Die Beklagte wollte einerseits nicht für Schäden im Falle einer bereits manifesten Pandemie aufkommen ("Phase 6") und andererseits nicht für Schäden, die auf eine Situation zurückzuführen sind, in welcher das Pandemie-Risiko am höchsten ist, also bei Verbreitung eines an den Menschen angepassten neuen Virus von Mensch zu Mensch, wobei sich bereits grosse Cluster gebildet haben ("Phase 5"). Dieser Zweck ergibt sich ohne Weiteres aus dem Deckungsausschluss und dem zitierten System der WHO. Auch die hinter dem Ausschluss stehende Interessenlage ist eindeutig: Die Ausschlussklausel dient allein dem Interesse der Beklagten, ihr eigenes finanzielles Risiko im Falle der zwei gravierendsten Varianten von virenbedingten Krankheitsausbrüchen zu minimieren. Sowohl Zweck als auch Interessenlage dürften sich bereits einem durchschnittlichen Privatkunden erschliessen. Umso mehr musste dies auch einem branchenerfahrenen und fachkundigen Versicherungsbroker klar sein. Insofern ist die Ausschlussklausel entgegen der Ansicht der Klägerin klar.

Die Klägerin leitet die Unklarheit weiter daraus ab, dass der "WHO global influenza preparedness plan 2005" mit seinen sechs Pandemiephasen überholt ist. Es trifft zu und ist unbestritten, dass die Kategorisierung, auf welche sich die Ausschlussklausel bezieht, in der jüngeren Publikation "WHO Pandemic Influenza Risk Management 2017" (act. 2/7) nicht mehr verwendet wurde. Neu wird darin zwischen den vier Kategorien "Interpandemic phase, Alert phase, Pandemic phase, Transition phase" unterschieden (act. 2/7 S. 13.). Dass das sechsphasige Modell von der WHO nicht mehr weitergeführt wurde, bedeutet indessen nicht, dass es verschwunden ist. Vielmehr ist die zugrundeliegende Publikation noch abrufbar und kann für Zwecke wie den vorliegenden verwendet werden. Es geht

nicht darum, dass die Beklagte – wie ein Gemeinwesen – gehalten wäre, sich nach den neusten Empfehlungen der WHO zu richten. Vielmehr ist von Bedeutung, dass die Klägerin in guten Treuen wusste, dass der Ausdruck "WHO-Pandemiestufen 5 oder 6" auf diese frühere Fassung verweist und dass damit ermittelbar war, welche Sachverhalte unter den Ausschlussstatbestand fallen. Es ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte bei der Formulierung des Deckungsausschlusses nicht an der früheren Kategorisierung hätte anknüpfen dürfen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_330 2021 vom 5. Januar 2022, E. 5.2.2). Der Umstand, dass das sechsphasige Modell, auf welches die Ausschlussklausel verweist, von der WHO nicht fortgeführt wurde, führt damit nicht zur Unklarheit der Klausel.

Nach Ansicht der Klägerin muss sodann der Ausdruck "gelten" in der Ausschlussklausel im Sinne einer ausdrücklichen Anordnung bzw. Ausrufung verstanden werden. Eventualiter müsse von einer zu Lasten der Beklagten auszulegenden Unklarheit ausgegangen werden (act. 1 Rz. 34). Wie das Bundesgericht ausführte, muss ein Versicherungsnehmer den Begriff "gelten" nicht ausschliesslich im Sinne von "Gültigkeit haben" verstehen. Vielmehr kann "gelten" auch so interpretiert werden, dass etwas in einer bestimmten Weise eingeschätzt oder beurteilt wird (Urteil des Bundesgerichts 4A\_330/2021 vom 5. Januar 2022, E. 5.2.2.3). Dass für das Vorliegen eines Deckungsausschlusses eine offizielle Verkündung durch eine Behörde notwendig wäre, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. Dies führt jedoch entgegen der Ansicht der Klägerin nicht zur Anwendung der Unklarheitenregel. Diese gelangt nur dann zur Anwendung, wenn alle übrigen Auslegungsmittel versagen. Insbesondere sind bei der Auslegung die gesamten Umstände, namentlich auch der verfolgte Regelungszweck, zu beachten, welcher der Geschäftspartner erkennen durfte und musste. Wie bereits erwähnt dient die Ausschlussklausel der Begrenzung des finanziellen Risikos der Beklagten im Falle eines Krankheitsausbruches, weshalb die gravierendsten Formen eines solchen Ausbruchs ausgeschlossen werden sollen. Die Grösse des finanziellen Risikos hängt nicht von der "Ausrufung" oder "Verkündung" einer bestimmten Pandemiestufe ab, sondern vom konkreten Infektionsgeschehen bzw. der Schwere des Krankheitsausbruchs, welches sich unabhängig von behördlichen Bekanntgaben

ereignet. Hinzu kommt, dass die Auslegung von "gelten" im Sinne von "ausgerufen" oder "verkünden" im Kontext der anderen Teile der Ausschlussklausel nicht sachgerecht wäre. Hätte die Klägerin beabsichtigt, dass der Deckungsausschluss voraussetzt, dass eine Behörde formell die Pandemiestufe 5 oder 6 explizit verkündet, würde der Ausschluss niemals zur Anwendung gelangen, da diese Pandemiestufen von der WHO, wie bereits ausgeführt, bereits vor Vertragsschluss nicht mehr verwendet wurden und sich eine Behörde nach den aktuellen Empfehlungen richten würde, welche gerade nicht mehr dem sechsstufigen Modell folgt. Damit bliebe die Ausschlussklausel – so das Bundesgericht – toter Buchstabe, weshalb dies keine sachgerechte Auslegung darstellen würde. Dass die Beklagte keine solche ins Leere laufende Regelung bezwecken wollte, musste auch der Klägerin klar sein. Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich daher, wie der Ausdruck "gelten" zu verstehen ist. Für die Anwendung der Unklarheitenregel bleibt kein Raum.

### 2.3. Subsumtion und Fazit

Nach dem Ausgeführten gelangt die Pandemie-Ausschlussklausel zur Anwendung und ist so auszulegen, dass Schäden bzw. Ertragsausfälle nicht gedeckt sind, welche als Folge eines Krankheitsgeschehens entstehen, welches die Merkmale der Phasen 5 oder 6 des – freilich nicht mehr weitergeführten – sechsphasigen Systems im "WHO global influenza preparedness plan 2005" aufweist.

Die Klägerin begründet ihre Forderung mit Ertragsausfällen, welche durch die vom Bundesrat angeordnete Schliessung von Restaurationsbetrieben am 17. März 2020 entstanden seien. Die Massnahme des Bundesrates diene bekanntlich der Verhinderung der weiteren Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2. Im Zeitpunkt der Schliessung der Restaurationsbetriebe wies die Ausbreitung des Virus bereits alle Merkmale der Phase 6 und damit einer voll ausgeprägten Pandemie gemäss dem System des "WHO global influenza preparedness plan 2005" auf. Diesbezüglich sind sich die Parteien einig (act. 1 Rz. 23, Act. 14 Rz. 102). Die Klägerin selber geht davon aus, dass bereits am 4. Februar 2020 die Pandemiestufe 6 inhaltlich erreicht war (act. 22 Rz. 105 f.). Damit besteht für die geltend

gemachten Schäden bzw. Ertragsausfälle aufgrund der Pandemie-Ausschlussklausel keine Versicherungsdeckung. Die Klage ist abzuweisen.

### 3. Zusammenfassung

Die Parteien haben einen Versicherungsvertrag geschlossen, aus welchem die Klägerin Deckung von Ertragsausfällen zufolge der bundesrätlich angeordneter Schliessung von Restaurationsbetrieben im Zuge der COVID-19-Pandemie fordert. Der in den Zusatzbedingungen Epidemie enthaltene Deckungsausschluss für Schäden infolge von Krankheitserreger, für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten, ist weder ungewöhnlich noch unklar. Er ist dahingehend auszulegen, dass Schäden infolge von Erkrankungen, welche die im "WHO global influenza preparedness plan 2005" festgelegten Merkmale der Phasen 5 oder 6 aufweisen, von der Versicherung nicht gedeckt sind. Im Zeitpunkt der bundesrätlich verordneten Schliessung von Restaurants am 16. März 2020 war Phase 6 des "WHO global influenza preparedness plan 2005" inhaltlich bereits erreicht. Damit steht der Deckungsausschluss einer allfälligen Leistungspflicht der Beklagten entgegen. Ob die übrigen Deckungsvoraussetzungen erfüllt sind und ein Schaden besteht, kann offen gelassen werden.

### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### 4.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles. Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 35'000.–. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist eine volle Gerichtsgebühr von gerundet CHF 4'400.– geschuldet. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Diese sind aus diesem Vorschuss zu beziehen.

#### 4.2. Parteientschädigungen

Die Parteientschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen. Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 und 2 Anw. GebV). Sie beträgt vorliegend rund CHF 5'600.–. Hinzu kommen Zuschläge gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV für die Teilnahme an der Vergleichsverhandlung, die Erstattung der Duplik sowie einer zusätzlichen Stellungnahme (act. 37). Ausgangsgemäss ist der Beklagten eine Parteientschädigung von 150 % der Grundgebühr zuzusprechen, was rund CHF 8'400.– entspricht. Die Beklagte beantragte zudem die Zuspprechung eines Mehrwertsteuerzuschlages. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (vgl. BGE 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5 sowie Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005; ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.). Die Beklagte hat es unterlassen, die für die Zuspprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände zu behaupten. Die Parteientschädigung ist daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'400.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 8'400.– zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 43.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 35'000.—.

Zürich, 13. Juni 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiberin:

Roland Schmid

Claudia Lunco-Feier