



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, Handelsrichter Patrik Howald, Handelsrichterrinnen Dr. Petra Ginter und Dr. Myriam Gehri sowie Gerichtsschreiberin Zoë Biedermann

**Urteil vom 4. Oktober 2022**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ GmbH,**  
Klägerin

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

gegen

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

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Y1.\_\_\_\_\_

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

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**  
(act. 1 S. 2)

- " 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 35'000.00 für Ertragsausfall und Mehrkosten infolge behördlich verfügter Schliessung des Betriebes 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 mit Sitz in C.\_\_\_\_\_ führt in D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zwei Gastronomiebetriebe (act. 3/3). Die Beklagte ist eine Versicherung mit Sitz in F.\_\_\_\_\_ (act. 3/4).

##### b. Prozessgegenstand

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe gestützt auf die abgeschlossene "G.\_\_\_\_\_ -versicherung" Versicherungsleistungen zu erbringen. Aufgrund der durch den Bundesrat mit Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (nachfolgend: COVID-19) vom 16. März 2020 angeordneten Schliessung aller Restaurationsbetriebe habe die Klägerin ihre Betriebe schliessen müssen. Die Klägerin klagt in Form einer Teilklage.

Die Beklagte wendet namentlich ein, dass die COVID-bedingte Betriebsschliessung nicht unter die Deckung der G.\_\_\_\_\_ -versicherung falle. Dies ergebe sich nicht nur aufgrund der Auslegung, sondern bereits aufgrund eines tatsächlichen Konsenses. Sodann seien auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen nicht erfüllt.

#### B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 21. Januar 2021 machte die Klägerin ihre Klage am Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig (act. 1). Mit Verfügung vom 27. Januar 2021 wurde die (nicht unterzeichnete) Klageschrift der Beklagten zugestellt und der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie zur Nachreichung

unterzeichneter Exemplare der Klage angesetzt (act. 4). Die Klägerin bezahlte den Kostenvorschuss von CHF 4'500.00 innert Frist (act. 6) und reichte die unterzeichneten Exemplare der Klage nach (act. 7). Mit Verfügung vom 10. Februar 2021 wurde der Beklagten ein unterzeichnetes Exemplar der Klage zugestellt und ihr Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 8). Die Beklagte reichte ihre Klageantwort mit Eingabe vom 28. April 2021 innert Frist ein (act. 10). Mit Verfügung vom 30. April 2021 wurde das Doppel der Klageantwort der Klägerin zugestellt und die Prozessleitung an Oberrichter Dr. Daniel Schwander delegiert (act. 13).

Am 9. Juli 2021 fand eine Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 6 f.).

Mit Verfügung vom 14. Juli 2021 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 16). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2021 reichte die Klägerin diese innert Frist ein (act. 18). Mit Verfügung vom 22. Oktober 2021 wurde der Beklagten die Replik zugestellt und Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 20). Mit Eingabe vom 11. Januar 2022 reichte die Beklagte diese ebenfalls innert Frist ein (act. 22). Am 18. Januar 2022 wurde der Klägerin die Duplik zugestellt und der Aktenschluss verfügt (act. 24). Mit Eingabe vom 28. Januar 2022 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur Duplik ein (act. 26). Am 9. Februar 2022 reichte die Beklagte ihrerseits eine Stellungnahme ein (act. 28). Am 22. März 2022 erfolgte eine Noveneingabe seitens der Beklagten (act. 29). Mit Stellungnahme vom 28. März 2022 nahm die Klägerin zur Noveneingabe Stellung (act. 31).

Mit Verfügung vom 15. August 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Partei-vorträge, Schlussvorträge) – unter Vorbehalt der allfälligen Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 32). Die Klägerin erklärte mit Eingabe vom 19. August 2022 (act. 34), die Beklagte mit Eingabe vom 29. August 2022 (act. 37) ihren jeweiligen Verzicht. Mit Eingabe vom 24. August 2022 hat die Beklagte überdies eine Kostennote eingereicht und um Erhöhung einer allfälligen Parteientschädigung ersucht (act. 35 und 36).

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **Erwägungen**

### 1. Formelles

Gemäss dem vorliegend massgebenden Versicherungsvertrag (Police: act. 3/1, S. 13) bzw. gemäss Ziff. A11 der «Allgemeinen Bedingungen ...» kann der Versicherungsnehmer an seinem schweizerischen Sitz oder Wohnsitz oder am Sitz der Gesellschaft Klage erheben. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte haben ihren Sitz im Kanton Zürich, womit das angerufene Handelsgericht örtlich zuständig ist (Art. 17 ZPO). Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen, es ist die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen und der Streitwert ist erreicht, womit das Handelsgericht auch sachlich zuständig ist (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

### 2. Materielles

#### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

##### 2.1.1. Versicherung

Die Parteien schlossen am 11. November 2019 einen Versicherungsvertrag unter der Police-Nummer 1 (act. 3/1) betitelt mit «... der B.\_\_\_\_\_». Gemäss Police ist die Klägerin bei der Beklagten unter anderem versichert für «Betriebsunterbrechung infolge Betriebsschliessung» bei «... Hygiene» bis zu einem Betrag von CHF 1'300'000.00 bei einem Selbstbehalt von CHF 500.00. Unter dem gleichen Titel sind auch Schäden an Waren auf Erstes Risiko (Versicherungssumme CHF 130'000.00), Taggeld bei Tätigkeitsverbot auf Erstes Risiko (CHF 150.00) und Arztkosten, Aufräumungs- und Entsorgungskosten, Reinigungskosten auf Erstes Risiko (CHF 65'000.00) versichert.

Für die Versicherung für Betriebsunterbrechung infolge Betriebsschliessung bei Hygieneschäden sind die «Allgemeinen Bedingungen ... G. \_\_\_\_\_-versicherung, Ausgabe ...» (im Folgenden: «Hygienebedingungen») massgeblich.

Ferner gelten für die Hygieneschutz gemäss Police die Kundeninformation zum Versicherungsvertrag, Ausgabe ... (act. 3/6), die Besonderen Bedingungen - Jährliches Kündigungsrecht und Provisorischer Umsatz (act. 3/7 und 3/8), die Allgemeinen Bedingungen, ..., Ausgabe ... (act. 3/2), sowie die Allgemeinen Bedingungen, ..., Ausgabe ... (act. 3/9).

Unter dem Titel «Versicherungsumfang» sehen die Hygienebedingungen Folgendes vor:

«C7.3      Versicherte Gefahren und Schäden

Versichert sind:

C7.3.1    Schäden infolge behördlich verfügter oder empfohlener Massnahmen, um die Gefährdung der menschlichen Gesundheit durch Lebensmittel sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände zu verhindern:

- a) Betriebsschliessung [...]
- b) Rückwirkungsschäden [...]
- c) Warenschäden [...].»

Am 13. März 2020 erliess der Bundesrat die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19 Vo 2; SR 818.101.24; AS 2020 2213). Mit der Änderung vom 16. März 2020 von Art. 6 Abs. 2 lit. b und e wurde den Restaurationsbetrieben in der Schweiz ab dem 17. März 2020 der Betrieb vor Ort bis auf weiteres untersagt, vorerst bis zum 7. Juni 2020. Der Take-Away-Betrieb war von dieser Einschränkung nicht betroffen. Mit Änderung vom 11. Mai 2020 war eine Öffnung der Restaurationsbetriebe bei Vorliegen eines Schutzkonzeptes wieder möglich (act. 1 N 1 und 8 sowie act. 10 N 68 und 73).

### 2.1.2. Schadensmeldung

Mit Schreiben vom 4. April 2020 (act. 12/7) machte H.\_\_\_\_\_, einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der Klägerin, eine Schadensanzeige an den Generalagenten der Beklagten. Darin heisst es unter anderem:

«Ebenfalls ist mir klar, dass es keine Versicherungsdeckung und keine Rechtsgrundlage gibt, für solche unvorhersehbare Ereignisse wie die COVID-19 Pandemie.»

Und weiter:

«Ich komme daher als **Bittsteller** [fett auch im Original] zu Ihnen und möchte Sie höflichst um Hilfe fragen. Auch die B.\_\_\_\_\_, ist ein Unternehmen, welches wirtschaftlich denken und handeln muss, dessen bin ich mir bewusst. Das[s] Sie mir das verlorene Umsatzvolumen nicht ersetzen können, ist logisch.

Eventuell haben Sie aber die Möglichkeit, mir beim entstandenen Warenverlust unter die Arme zu greifen und uns da zu unterstützen. Das[s] dies eine freiwillige Geste und reiner Goodwill wäre, ist mir klar.»

### 2.2. Streitpunkte

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die vom Bundesrat infolge der COVID-19 Pandemie am 16. März 2020 verordnete Massnahme der Schliessung der Restaurantsbetriebe bzw. der daraus resultierende Schaden durch Ziff. C7.3.1 der Hygienebedingungen gedeckt ist, namentlich, ob der Zweck dieser Massnahme darin bestand, «die Gefährdung der menschlichen Gesundheit durch Lebensmittel, Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände zu verhindern». Die Klägerin befürwortet dies (act. 1 N 15 ff., act. 18 N 11, 13, 27 ff.), die Beklagte stellt dies in Abrede und leitet zudem aus dem Wortlaut der vorerwähnten Schadensmeldung ab, zwischen den Parteien habe – unabhängig von der objektivierten Auslegungsfrage – ein tatsächlicher Konsens bestanden, dass Ereignisse wie die COVID-19

Pandemie von der Versicherung nicht gedeckt seien (act. 10 N 20 und 78 ff., act. 22 N 8 ff. und 52 ff.).

Daher ist zunächst zu prüfen, ob – wie von der Beklagten geltend gemacht – ein tatsächlicher Konsens hinsichtlich der fehlenden Deckung der COVID-19 Pandemie vorliegt, d.h. ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben (sog. subjektive Auslegung). Da der Schadensmeldung vom 4. April 2020 eine wichtige Rolle zukommt, ist in einem ersten Schritt der Sachverhalt hinsichtlich des Hintergrundes bzw. der Entstehung der Schadensmeldung zu erstellen. Danach ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu prüfen, ob ein tatsächlicher Konsens vorliegt.

### 2.3. Die Schadensmeldung vom 4. April 2020

#### 2.3.1. Der bestrittene Hintergrund der Schadensmeldung

Die Beklagte stellt für die subjektive Auslegung des Versicherungsumfangs auf den klaren Wortlaut der Schadensmeldung vom 4. April 2020 ab (act. 10 N 13 und 20).

Die Klägerin relativiert den Wortlaut der vorerwähnten Schadensmeldung mit folgenden Einwänden:

- a) H.\_\_\_\_\_ habe in der Schadensmeldung nicht geschrieben, dass generell für ein solches Ereignis (Restaurantschliessung aufgrund einer Gefährdung der menschlichen Gesundheit durch Schmierinfektion via Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände) keine Deckung bestehe. Vielmehr habe er sich auf die COVID-19 Pandemie bezogen, deren Versicherbarkeit er in Zweifel gezogen habe («für solch unvorhersehbare Ereignisse wie die COVID-19 Pandemie»; act. 18 N 6).
- b) H.\_\_\_\_\_ sei in Versicherungsangelegenheiten kein Experte, sondern ein Laie (act. 18 N 3 f. und 6).
- c) Das Schreiben sei dadurch entstanden, dass I.\_\_\_\_\_, der zuständige Mitarbeiter der Generalagentur J.\_\_\_\_\_ der Beklagten, ihm geraten habe, dies

so zu schreiben und als demütiger Bittsteller aufzutreten. Die besagte Auffassung sei ihm insofern durch die Generalagentur in den Mund gelegt worden (act. 18 N 6 und 7).

Die Beklagte bestreitet diese Darstellung (act. 22 N 11-13).

### 2.3.2. Tatsächliche Würdigung des bestrittenen Hintergrunds der Schadensmeldung

Betreffend a): Dass H. \_\_\_\_\_ im besagten Schreiben keinen Bezug zur konkret gegenüber ihm bestehenden bzw. eben nicht bestehenden Deckung hergestellt habe, trifft nicht zu. Dies ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des Schreibens.

Betreffend b): Zwar ist H. \_\_\_\_\_ kein Versicherungsexperte; als Geschäftsführer zweier Gastronomiebetriebe, ausgebildeter Koch und Absolvent einer Hotelfachschule (vgl. act. 10 Rz. 7, act. 12/2, act. 18 Rz. 3) ist er allerdings zumindest mit den Grundsätzen einschlägiger Versicherungen vertraut.

Betreffend c): Die bestrittene klägerische Darstellung, wonach I. \_\_\_\_\_ von der zuständigen Generalagentur H. \_\_\_\_\_ die Worte des Schreibens «in den Mund gelegt» habe, wäre durch eine Befragung von H. \_\_\_\_\_, vor allem aber von I. \_\_\_\_\_ zu klären. Die Klägerin offeriert allerdings nur H. \_\_\_\_\_ zur Befragung (act. 18 N 6), nicht jedoch auch I. \_\_\_\_\_. Ohne Einvernahme des behaupteten Urhebers der bestrittenen Erklärung macht ein diesbezügliches Beweisverfahren jedoch von vornherein keinen Sinn und hat zu unterbleiben. Damit erweist sich die klägerische Behauptung, wonach der Inhalt des Schreibens H. \_\_\_\_\_ «in den Mund» gelegt worden sei, als unbewiesen und ist als Folge davon unbeachtlich.

### 2.3.3. Zwischenfazit in sachverhaltlicher Hinsicht

Nachdem der Klägerin der Beweis, dass ihr die Worte der Schadensmeldung durch I. \_\_\_\_\_ in den Mund gelegt worden seien (sog. Hintergrund der Schadensmeldung), misslungen ist, ist auf die in der Schadensmeldung zum Ausdruck gebrachten Formulierungen abzustellen.



### 2.3.4. Beurteilung der Schadensmeldung in rechtlicher Hinsicht

#### 2.3.4.1. Rechtliches betreffend den tatsächlichen Konsens

Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung (gemäss Art. 18 Abs. 1 OR) der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Konsens- wie im Auslegungstreit hat das Sachgericht daher vorab zu prüfen, ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben. Ist dies für den Vertragsabschluss als solchen zu bejahen, liegt ein tatsächlicher Konsens vor (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632; 123 III 35 E. 2b S. 39; BGer Urteile 4A\_223/2021 vom 26. August 2021 E. 3.1; 4D\_71/2017 vom 31. Januar 2018 E. 5.1).

Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum (BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632; 128 III 70 E. 1a S. 73). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 144 III 93 E. 5.2.3 S. 98 f.; 143 III 157 E. 1.2.2 S. 159; 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; BGer Urteile 4A\_223/2021 vom 26. August 2021 E. 3.1; 4A\_233/2020 vom 22. Oktober 2020 E. 4).

Zum wirklichen Vertragswillen (tatsächlicher Konsens) gehören einzig die zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen (inneren) Tatsachen: die gegenseitig erklärten Entschlüsse der Parteien (ZK-HARTMANN, 4. Aufl. 2014, N 315 zu Art. 18 OR). Denn nur sie bildeten Gegenstand der übereinstimmenden Erklärungen.

Nun bestehen aber die damals erklärten Entschlüsse bei den Parteien gewöhnlich weiter und finden häufig ihren Ausdruck in deren späterem Verhalten. Oft auch äussern die Parteien nach Vertragsabschluss ihre Ansicht darüber, was nach ihrer gegenwärtigen Meinung seinerzeit übereinstimmend erklärt wurde. Solche und andere Folgetatsachen sind mittelbar bedeutsam: Sie erlauben Rückschlüsse auf

den (wirklichen) Vertragswillen (ZK-HARTMANN, N 319 zu Art. 18 OR, ferner auch N 361 f. und 396 zu Art. 18 OR).

Allerdings sind «nachherige Erklärungen der Parteien [...] mit Vorsicht zu behandeln». Das betrifft vorab die einseitige Parteiauslegung, da «die Versuchung, nachträglich in eine Erklärung etwas hinein zu interpretieren, [...] sehr gross» ist. Praktisch kann daher der «Selbstinterpretation» einer Partei nur dann Bedeutung zukommen, «wenn sie dem eigenen Interesse zuwiderläuft oder noch in engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang» mit dem auszulegenden Vertrag steht (BGer Urteil 4C.45/2004 vom 31. März 2004 E. 4.1 a.E.; ZK-HARTMANN, N 320 zu Art. 18 OR).

#### 2.3.4.2. Subsumtion

Im Lichte der eben dargelegten rechtlichen Kriterien bedeutet dies vorliegend was folgt: Die in der Schadensmeldung zum Ausdruck gebrachte Haltung der Klägerin erfolgte nur gerade knapp vier Monate nach Abschluss der Versicherung und stand mit dieser in engem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang. Autor des Schreibens war H.\_\_\_\_\_, also das in gastronomischen Belagen sachkundige Einzelzeichnungsberechtigte Organ der Klägerin.

Mehrfach und unmissverständlich brachte H.\_\_\_\_\_ zum Ausdruck, dass seiner Meinung nach kein rechtlicher Anspruch auf Deckung bestehe (act. 12/7): «Ebenfalls ist mir klar, dass es keine Versicherungsdeckung und keine Rechtsgrundlage gibt, [...]»; «ich komme daher als **Bittsteller**» [fett auch im Original]; «Das[s] Sie mir das verlorene Umsatzvolumen nicht ersetzen können, ist logisch.»; «Eventuell haben Sie die Möglichkeit, mir [...] unter die Arme zu greifen [...]»; «Das[s] dies eine freiwillige Geste und reiner Goodwill wäre, ist mir klar.»

Diese Haltung läuft auch dem klägerischen Eigeninteresse zuwider, denn dieses bestünde darin, denjenigen Standpunkt geltend zu machen, der nun mit der Klage verfolgt wird. Dass H.\_\_\_\_\_ kein Experte in Versicherungsrecht ist, ändert daran nichts: Entscheidend ist – im Rahmen der Ermittlung des tatsächlichen Willens – nur, welche Haltung er zum Ausdruck brachte; ob sich diese Haltung auch unter

versicherungsrechtlichen Gesichtspunkten als richtig erweist, wäre einzig im Rahmen der objektivierten Auslegung relevant.

Das in der Schadensmeldung zum Ausdruck gebrachte nachträgliche Parteiverhalten erweist sich damit als gewichtiges und aussagekräftiges Indiz, welches einen Rückschluss auf den zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden tatsächlichen Parteiwillen der Klägerin bzw. beider Parteien erlaubt. Vor diesem Hintergrund ist der tatsächliche Konsens erstellt. Er entspricht dem Verständnis der Beklagten, dass Ereignisse wie die COVID-19 Pandemie nicht versichert sind. Daher ist die Klage abzuweisen.

#### 2.3.5. Fazit

Gestützt auf die Schadensmeldung ist erwiesen, dass zwischen den Parteien der tatsächlich Konsens bestand, dass Ereignisse wie die COVID-19 Pandemie nicht versichert sind. Entsprechend ist die Klage abzuweisen.

#### 2.3.6. Eventualbegründung

##### 2.3.6.1. Vorbemerkung

Wie sogleich aufzuzeigen ist, führt die Ermittlung des normativen Konsenses zum gleichen Ergebnis. Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen lediglich im Sinne einer zusätzlichen Begründung, also für den Fall, dass der tatsächliche Konsens – entgegen den vorstehenden Ausführungen – als unbewiesen zu betrachten wäre. Dies wäre insbesondere der Fall, wenn H.\_\_\_\_\_ - entgegen den vorstehenden Ausführungen - als Partei zu vernehmen wäre und das Gericht nach seiner Einvernahme zum Schluss käme, dass seine Darstellung des Hintergrundes der Schadenmeldung tatsächlich zutrifft.

##### 2.3.6.2. Grundsätze der Auslegung gemäss Vertrauensprinzip

Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu

und Glauben verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; je mit Hinweisen; siehe auch BGer Urteil 4A\_229/2009 vom 25. August 2009 E. 3.1). Dabei ist der Wortlaut nicht allein ausschlaggebend. Zu berücksichtigen sind im Weiteren etwa die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden, und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; 132 III 24 E. 4 S. 28).

### 2.3.6.3. Subsumtion

Die zur Erstellung des hypothetischen Konsenses nach dem Vertrauensprinzip auszulegende Bestimmung findet sich in Ziff. C.7.3.1 der Hygienebedingungen (Wortlaut siehe oben unter 2.1.1).

Demnach muss die Gefährdung der menschlichen Gesundheit «*durch*» Lebensmittel sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände verursacht worden sein. Nur Schäden, die aufgrund von Massnahmen entstanden sind, denen dieser Regelungszweck («um...zu») zu Grunde liegt, sind zu ersetzen. Es stellt sich also die Frage, ob die bundesrätlichen Massnahmen, welche die Schliessung der Restaurants anordneten, erfolgten, «um die Gefährdung der menschlichen Gesundheit durch Lebensmittel sowie Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände zu verhindern».

Daher ist zunächst der Regelungszweck der einschlägigen bundesrätlichen Massnahmen zu klären, welche sich in der COVID-19 Vo 2 finden. Neben der gesetzlichen Grundlage kommt den Erläuterungen des Bundesrates ein entscheidender Stellenwert zu, da der Bundesrat den Zweck der Massnahmen eigens erläuterte (Erläuterungen des Bundesrates, Stand: 17. März 2020; act. 12/12). Die Beurteilung der behördlichen Massnahme erfolgt dabei nicht im Rahmen der Anwendung des Vertrauensprinzips, denn für dessen Anwendung ist die Sicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebend. Vorliegend war die Massnahme zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses naturgemäss noch nicht bekannt. Somit beschlägt die vorliegende Problematik vielmehr die Frage, ob die tatsächlichen Voraussetzungen der Haftung erfüllt sind.

Rechtsgrundlage der Restaurantsschliessungen bildet Art. 6 Abs. 2 der COVID-19 Vo 2 (in der am 16. März 2020 geänderten Fassung), welcher vorsah: «Öffentlich zugängliche Einrichtungen sind für das Publikum geschlossen, namentlich: [...] b. Restaurationsbetriebe».

Weiter heisst es unter dem Titel «Gegenstand und Zweck» derselben Verordnung in Art. 1 Abs. 1: «Diese Verordnung ordnet Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen sowie den Kantonen an zur Verminderung des Übertragungsrisikos und zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19).»

Und weiter in Art. 1 Abs. 2: «Die Massnahmen dienen dazu:

- a. die Verbreitung des Coronavirus (COVID-19) in der Schweiz zu verhindern oder einzudämmen;
- b. die Häufigkeit von Übertragungen zu reduzieren, Übertragungsketten zu unterbrechen und lokale Ausbrüche zu verhindern oder einzudämmen;
- c. besonders gefährdete Personen zu schützen;
- d. die Kapazitäten der Schweiz zur Bewältigung der Epidemie sicherzustellen, insbesondere zur Aufrechterhaltung der Bedingungen für eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und Heilmitteln.»

In den dazu gehörigen Erläuterungen des Bundesrates (Stand: 17. März 2020; act. 12/12) heisst es einleitend unter Titel 1 («Ausgangslage und Zweck der Verordnung / der Massnahmen»), Absatz 2, Satz 1: «Je länger und näher Personen beieinander sind, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit einer Übertragung.» Daraufhin folgt eine Erläuterung des «social distancing». Im abschliessenden Absatz (des gleichen Titels) heisst es sodann: «Die in der vorliegenden Verordnung vorgesehenen Massnahmen können zusammengefasst wie folgt begründet werden: Massnahmen gegenüber der Bevölkerung zur Verhinderung von grossen Menschenansammlungen an einem definierten Zeitpunkt an einem definierten Ort: man hält sich näher als 2 m und länger als als 15 Minuten auf (Art. 5 - 9).»

Weiter heisst es in den spezifischen Erläuterungen von Art. 6 zu dessen Absatz 1 einleitend: «[...] Nur mit einer weitgehenden Minimierung von Menschenansammlungen kann die weitere Verbreitung des Coronavirus effizient verhindert resp. eingedämmt werden.» In den Erläuterungen zu Art. 6 Abs. 2 heisst es im zweiten Absatz: «Bei all diesen Einrichtungen besteht die Gefahr, dass die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz nicht eingehalten werden können. Zudem führen diese Betriebe zu einem erhöhten Mobilitätsaufkommen, was es ebenfalls möglichst einzuschränken gilt.»

Zusammenfassend ergibt sich daraus, dass mit den Massnahmen «eine Minimierung von Menschenansammlungen» bezweckt wurde, da sich so die Übertragungswahrscheinlichkeit von Mensch zu Mensch senken liess. Die Problematik der Schmierinfektionen, d.h. der Infektion via Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände, wird darin mit keinem Wort erwähnt. Zwar wird auf die «Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz» verwiesen, aus denen sich solches ergeben könnte. Allerdings hat die Klägerin – für den vorliegend massgebenden Zeitpunkt (16. März 2020 oder früher) – keine derartigen Empfehlungen ins Recht gelegt. Jedenfalls wird die Problematik in den massgebenden Erläuterungen nicht explizit thematisiert, sondern es ist stets von der Verhinderung von Menschenansammlungen und dergleichen die Rede.

Auch wenn die behördlichen Erläuterungen die Verhinderung von Schmierinfektionen nicht explizit als Zweck nennen, schliesst dies nicht gänzlich aus, dass die Massnahmen und insbesondere die Restaurantschliessungen auch verhindern sollten, dass sich ein Mensch nicht direkt über einen anderen Menschen, sondern indirekt, d.h. via Schmierinfektion, beispielsweise über einen Teller (Gebrauchsgegenstand) oder über eine Speise (Lebensmittel), ansteckt, womit die Auslegung wieder im Anwendungsbereich des Vertrauensprinzips erfolgt. Dieses Szenario könnte zwar – jedenfalls dem Wortlaut nach – durchaus in die streitige Vertragsklausel Ziff. C7.3.1 der Hygienebedingungen hineingelesen werden, indem das «durch» als indirekt kausal verstanden wird. Diese Sichtweise überzeugt jedoch nicht, weil im Lichte des Vertrauensprinzips sowie des vorliegenden Kontexts mit «durch» nur die eigentliche Primärursache gemeint ist und nicht eine Sekundärur-

sache, der ohnehin keine eigenständige Tragweite zukommt, da sie mittelbar auf die Primärursache (Mensch) zurückzuführen ist. Nicht jede theoretisch denkbare Wortlautinterpretation ist vom Vertrauensprinzip gedeckt. Dieses dient gerade dazu, solche sprachlichen Mehrdeutigkeiten zu klären.

Zudem konnte ein in gastronomischen Belangen erfahrener und geschulter Versicherungsnehmer bei Abschluss der Versicherung nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass er über diese Klausel auch gegen epidemie- bzw. pandemiebedingte Schäden versichert ist.

Zu prüfen bleibt schliesslich, ob die Ausschlussbestimmung gemäss Ziff. C7.4.3 der Hygienebedingungen die «Schäden infolge Grippeviren (Influenzaviren, inkl. Vogel-, Schweinegrippe, etc.), Prionen (Scarpie, Rinderwahnsinn, Creutzfeldt-Jacob, etc.) und Geschlechtskrankheiten jeder Art» von der Versicherungsdeckung ausnimmt, das bisherige Auslegungsergebnis – dass die COVID-19 Pandemie nicht vom Versicherungsumfang gemäss Ziff. C7.3.1 gedeckt ist – zu beeinflussen vermag. Einerseits ist die Auslegung einer Deckungsklausel grundsätzlich von der Auslegung von Ausschlüssen zu trennen bzw. letzterer vorgelagert; andererseits kann ein Ausschluss stets auch erfolgen, um die Deckungsklausel mit Blick auf mögliche Zweifelsfälle zu präzisieren, ohne dass es sich um eine Ausnahme von einer grundsätzlich bestehenden Deckung handelt. Die Auslegung der Deckungsklausel (Ziff. C7.3.1 der Hygienebedingungen) führt zum Auslegungsergebnis, dass ein Ereignis wie die COVID-19 Pandemie nicht vom Versicherungsschutz gedeckt ist. Die Ausschlussbestimmung nach Ziff. C7.4.3 der Hygienebedingungen widerspricht diesem Auslegungsergebnis nicht und vermag dieses auch nicht zu ändern. Somit ist der hypothetische Konsens erstellt. Die sog. Unklarheitsregel, wonach eine Klausel im Zweifelsfall gegen ihren Verfasser auszulegen ist, kommt folglich nicht zur Anwendung (vgl. Art. 33 VVG; BGE 148 III 57 E. 2 S. 59 ff.; 133 III 61 E. 2.2.2.3 S. 69 f.).

#### 2.4.6 Fazit

Nach dem Gesagten führt auch die Auslegung nach Vertrauensprinzip zum hypothetischen Konsens, dass ein Ereignis wie die COVID-19 Pandemie nicht vom

Versicherungsschutz gedeckt ist, sodass keine Haftung der Beklagten besteht. Die Klage ist auch aus diesem Grund abzuweisen.

### 3. Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Die Klage ist abzuweisen, da gemäss dem festgestellten tatsächliche Konsens ein Ereignis wie die COVID-19 Pandemie nicht vom Versicherungsschutz der einschlägigen Hygienebedingungen gedeckt ist. Unabhängig davon wäre die Klage im Sinne einer Eventualbegründung auch in Anwendung des Vertrauensprinzips gemäss dem erstellten hypothetischen Konsens abzuweisen. Auch eine objektivierte Auslegung der Hygienebedingungen stützt die Position der Klägerin, die COVID-19 Pandemie sei vom Versicherungsschutz gedeckt, nicht.



#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO bestimmt das Rechtsbegehren den Streitwert, vorliegend CHF 35'000.00; Zinsen, Kosten und allfällige Eventualbegehren sind nicht hinzuzurechnen. Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 4'350.00 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Die Grundgebühr der Anwaltsgebühr beträgt CHF 5'550.00 (Art. 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift rechtfertigt es sich, diese um 40% zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Eine weitergehend Erhöhung, wie in der Eingabe der Beklagten vom 24. August 2022 gefordert (act. 35 und 36), ist nicht angezeigt, da der vorliegende Prozess nicht besonders aufwändig war und die weiteren Eingaben der Beklagten nach Aktenschluss nicht relevant waren. Ausgangsgemäss wird die Klägerin entschädigungspflichtig.

Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 7'770.00 zu bezahlen.

Der von den Beklagten beantragte Mehrwertsteuerzusatz (act. 10 S. 2 sowie N 104) ist dieser nicht zuzusprechen, da die fehlende Berechtigung zum Vorsteuerabzug nicht nachgewiesen ist (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 Ziff. 2.1.1 S. 3 unten; abrufbar unter <<http://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>>; BGer Urteil 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; KassGer ZH vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76, E. III.2.g S. 293-294 = SJZ 101 [2005] 531).

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 4'350.00.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 7'770.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 35'000.00.

Zürich, 4. Oktober 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzende:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Zoë Biedermann