

Zusammenfassung

der gutachterlichen Stellungnahme vom 3. April/6. Mai 2020

Allgemeines

- Grundsätzlich muss jeder Versicherungsvertrag mit jedem Restaurationsbetreiber separat und individuell vor dem Hintergrund der jeweiligen Versicherungspolice, allfälliger individueller Abreden und der anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen geprüft werden.
- Im Rahmen der juristischen Geltungskontrolle wird der massgebende Vertragsinhalt ermittelt. Zentrale Bedeutung kommt dabei der Ungewöhnlichkeitsregel zu. Die Ungewöhnlichkeitsregel besagt, dass «von der globalen Zustimmung zu Allgemeinen Versicherungsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist. Entscheidend ist einzig, mit welchem Vertragsinhalt der die Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht lesende oder nicht verstehende Restaurationsbetreiber nach dem Vertrauensprinzip rechnen musste. Kann sich der Restaurationsbetreiber im Hinblick auf eine Bestimmung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen, ist sie nicht anwendbar. Voraussetzungen dafür sind «Macht- oder Erfahrungsgefälle» zwischen Versicherer und Restaurationsbetreiber, «subjektive» und «objektive Ungewöhnlichkeit» der Bestimmung.
- Im Rahmen der juristischen Auslegungskontrolle ist der massgebende Sinn des Vertragsinhalts zu ermitteln. Wird dieser nicht restlos klar, ist nach der Unklarheitsregel diejenige Bedeutung einer Bestimmung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorzuziehen, die für den Restaurationsbetreiber günstiger ist.
- Das Virus SARS-CoV-2 stammt aus China und rief die Krankheit COVID-19 hervor. Es stammt aus der Familie der Coronaviren und hat keine Verwandtschaft zu Inflenzaviren (wie z.B. der Vogel- und Schweinegrippe).
- Die im Jahr 2009 von der WHO aufgestellten Pandemiestufen 1-6 beziehen sich explizit ausschliesslich auf das Influenza Virus. Sie wurden im Jahr 2017 durch ein zyklisches System mit 4 Phasen (interpandemic, alert, pandemic, transition) ersetzt. Die beiden Systeme lassen sich schon aufgrund ihrer formalen Unterschiede nicht vergleichen. Es gibt weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene ein formelles Verfahren, welches es erlauben würde, eine «Epidemie» oder «Pandemie» auszurufen.
- Die Pandemiestufe 5 des bis zum Jahr 2017 geltenden Pandemiestufenplans der WHO sah vor, dass diese Stufe erreicht ist, wenn das gleiche Virus in zwei oder mehr Ländern einer der 6 WHO-Regionen in der Bevölkerung zu anhaltenden Krankheitsausbrüchen führt.
- Gestützt auf das «Epidemiegesetz» kann der Bundesrat in der Schweiz eine «besondere» oder «aussergewöhnliche Lage» ausrufen und Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten treffen.

AXA, Generali, Helvetia, Zurich

- AXA und Generali haben mit Restaurationsbetrieben «Epidemieversicherungen» abgeschlossen. Die Helvetia hat im Rahmen einer «Fahrhabeversicherung» Ertragsausfall und Mehrkosten sowie teilweise Nahrungs- und Genussmittel «gegen Epidemie» versichert. Bei der Zurich besteht im Rahmen einer Sachversicherung eine Zusatzversicherung «Epidemie». Die Leistungen sind bei allen Versicherern zeitlich und betragsmässig begrenzt und werden u.a. dann ausgerichtet, wenn Restaurationsbetriebe gestützt auf behördliche Anordnung geschlossen werden müssen.
- Gemäss den anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen sind u.a. nicht versichert «Schäden infolge Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten». Gestützt auf diese Ausnahmeklausel lehnen die Versicherer ihre Leistungspflicht im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der dadurch hervorgerufenen Krankheit COVID-19 ab 11. März 2020 ab.
- Im Vergleich zum Versicherer handelt es sich bei den Restaurantbetreibern, um die grundsätzlich schwächere oder unerfahrenere Partei. Es liegt ein Macht- oder Erfahrungsgefälle vor.
- Ein Restaurantbetreiber geht beim Abschluss einer «Epidemieversicherung» oder einer Versicherung, die «Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie» versichert, davon aus, dass er gegen die wirtschaftlichen Folgen einer sich verbreitenden Krankheit versichert ist. Ein Unterschied zwischen «Epidemie» und «Pandemie» wird dabei nicht gemacht. Ein Leistungsausschluss bei einer Pandemie wird beim Abschluss dieser spezifischen Versicherung nicht erwartet, resp. ist ungewöhnlich.
- Der in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen enthaltene Ausschluss, wonach Schäden «infolge von Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-Pandemiestufen 5 oder 6 gelten» begründen einen geschäftsfremden Vertragsinhalt, welcher die Vertragsnatur erheblich verändert, in erheblichem Masse aus dem Rahmen dieses Vertragstypus fällt und damit ungewöhnlich ist.
- Dass der Leistungsanspruch aufgrund der örtlichen und zeitlichen Ausdehnung der Verbreitung der Erreger der übertragbaren Krankheit nicht mehr bestehen soll, ist in Anbetracht der durch die Produktbezeichnung in der Versicherungspolice ausgelösten Deckungserwartung sowie des in der Police umschriebenen Versicherungsschutzes ungewöhnlich.
- Auf Gesetzesebene wird in der Schweiz nicht zwischen Epidemie und Pandemie unterschieden. Es gibt keine gesetzliche Definition der Begriffe «Epidemie» und «Pandemie». Das «Epidemiegesetz» gilt selbstredend auch für Pandemien. Aus der Produktbezeichnung «Epidemieversicherung» oder dem in der Versicherungspolice genannten Versicherungsschutz «Ertragsausfall und Mehrkosten infolge Epidemie» ergibt sich die berechtigte Erwartung von Restaurationsbetreibern, auch für «Pandemien» Versicherungsschutz beanspruchen zu können. Der Versicherungsausschluss ist damit ungewöhnlich.
- Auch gemäss WHO existieren heute keine objektiven Kriterien, anhand welcher der Übergang von einer «Epidemie» zu einer «Pandemie» bestimmt werden kann. Die Begrifflichkeiten «Epidemie» und

«Pandemie» werden auch auf internationaler Ebene vermischt. Der Ausschluss einer «Pandemie» im Rahmen einer Versicherung für «Epidemie» ist ungewöhnlich.

- Aufgrund der Werbung und der Informationsbroschüren/Internetauftritten der Versicherer konnte der Ausschluss der «Pandemie» im Rahmen einer Versicherung für «Epidemie» nicht erwartet werden und ist ungewöhnlich.
- Der Deckungsumfang der Versicherung wird durch den in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen enthaltenen Deckungsausschluss ab WHO-Pandemiestufen 5 erheblich reduziert. In der heutigen Zeit, in welcher ein reger Grenzgängerkehr/Reiseverkehr/Einkaufstourismus besteht und aufgrund der speziellen Lage der «kleinen» Schweiz mit Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und Liechtenstein als Nachbarländer, kann die in der Pandemiestufe 5 umschriebene Situation sehr schnell eintreten. In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass die wohl durch die häufigsten Krankheitserreger (Grippe) verursachten Schäden ebenfalls von der Versicherungsdeckung ausgenommen sind. Zusammen mit dem Ausschluss ab Pandemiestufe 5 und der Tatsache, dass der Staat aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips Schliessungen von Restaurationsbetrieben nur in Ausnahmefällen anordnet, wird der Versicherungsvertrag damit quasi ausgehöhlt, was den Deckungsausschluss ungewöhnlich macht.
- Die komplizierte Formulierung des Ausschlusses führt dazu, dass dessen Sinn und die Tragweite – selbst wenn er gelesen würde – unverstanden bliebe. Die Ausschlüsse beziehen sich zudem auf ein nicht mehr existierendes Pandemiestufensystem der WHO, das in den Versicherungsbedingungen nicht definiert wird. Zudem bezog sich das Pandemiestufensystem der WHO ausschliesslich auf das Influenza Virus und nicht auf das Virus SARS-CoV-2 und der dadurch hervorgerufenen Krankheit COVID-19. Damit wird die Ungewöhnlichkeit des Ausschlusses begründet.
- Zudem ist die Ausnahmeklausel i.S. der Unklarheitsregel unklar: Die Pandemiestufen 5 und 6 gibt es nicht mehr. Sie können weder national noch international ausgerufen werden. Sie sagen nichts über den Schweregrad der Situation in der Schweiz aus. Es ist unklar, bei welcher Art von Ereignis sie zur Anwendung gelangen und wer bestimmt, ab welchem Zeitpunkt sie erreicht sind. Zudem beziehen sie sich explizit nicht auf das Virus SARS-CoV-2 und die durch dieses verursachte Krankheit COVID-19.
- Versicherungssumme, zeitliche Begrenzung der Leistungen auf 90 Tage, örtliche Deckung sowie die Versicherungsleistungen der Mobiliar und Basler zeigen, dass die Risiken einer flächendeckenden Epidemie resp. Pandemie kalkulierbar sind. Es trifft nicht zu, dass die Grundmechanismen wie der Ausgleich im Kollektiv bei äusserst seltenen Katastrophenereignis nicht funktionieren. Es ist stossend zu behaupten, eine Pandemie sei nicht versicherbar. Die Absicht des Versicherers für die Bestimmung des Inhalts eines Versicherungsvertrags ist nicht entscheidend. Bei der Auslegung des Versicherungsvertrags ist das Vertrauensprinzip zu berücksichtigen, das den Restaurationsbetreiber als schwächere Partei schützt.

Zusammengefasst sprechen nach der hier vertretenen Ansicht einige Argumente dafür, dass der Deckungsausschluss «infolge von Krankheitserregern für welche national oder international die WHO-

Pandemiestufen 5 oder & gelten» dieser Versicherer ungültig ist, weil er i.S. der Ungewöhnlichkeitsregel «ungewöhnlich» ist und aufgrund der vorhandenen Unterlagen davon ausgegangen werden muss, dass die Restaurationsbetreiber darauf nicht explizit aufmerksam gemacht wurden. Zudem ist der Deckungsausschluss i.S. der Unklarheitsregel unklar. Dementsprechend sind die Versicherer leistungspflichtig.

Mobiliar, Basler

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

TSM

- Gleich wie bei den Versicherungspolice der Basler und der Mobiliar handelt es sich bei den Versicherungspolice der TSM um «Epidemieversicherungen». Auch bei diesem Versicherer sind «nur» Schäden in Folge «einer Grippe (Influenza)» ausgeschlossen. Trotzdem hat der Versicherer seine Leistungspflicht «vorerst» abgelehnt und will im Rahmen eines «Gutachtens der Experten» prüfen, ob es sich «bei den Folgen dieser Viruserkrankung um ein versichertes Ereignis handelt». Weshalb dies nicht der Fall sein soll, ist nicht ersichtlich.

Allianz

- Über die vorgelegten Versicherungspolice der Allianz sind keine Versicherungsleistungen für Betriebsausfälle im Zusammenhang mit dem Virus SARS-CoV-2 und der dadurch hervorgerufenen Krankheit COVID-19 versichert. Voraussetzung war immer ein Sachschaden. Sollte die Versicherung als «Epidemieversicherung» angepriesen worden sein, wäre die Sach- und Rechtslage ergänzend zu überprüfen.

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

Anouck Zehntner, Advokatin