

Prof. Dr. Manfred Werber, Hamburg*

Versicherungsschutz bei hoheitlich angeordneter Betriebsschließung

A. Einführung

Seit Mitte März dieses Jahres sind einschneidende, gegen eine weitere Ausbreitung des Coronavirus gerichtete Maßnahmen in Kraft, die zwischen Bund und Ländern abgestimmt und auf Länderebene durch Allgemeinverfügungen umgesetzt wurden. Dazu gehört auch die Schließung aller für die Versorgung der Bevölkerung mit Nahrung und Bedarfsartikeln des täglichen Lebens nicht notwendigen Geschäfte, wie insbesondere Restaurants und Cafés, aber auch Buchhandlungen, Sportstätten und Fitnessstudios u.v.a.m. Den betroffenen Geschäftsinhabern wurden zwar staatliche Hilfen in Aussicht gestellt, jedoch bestehen über deren Umfang und technische Durchführung noch erhebliche Unklarheiten.¹ Umso mehr ist von Interesse, ob die finanziellen Ausfälle, die den einzelnen Unternehmer schnell in die Insolvenz treiben könnten, durch einen etwa vorhandenen Versicherungsschutz aufgefangen werden können.

Auf dem Markt sind Versicherungsdeckungen für die finanziellen Einbußen aus Betriebsausfällen mit unterschiedlichen Ursachen verfügbar. So bietet die Betriebsunterbrechungsversicherung – typischerweise in Kombination mit einer Feuer- oder einer anderen Sachversicherung – entsprechenden Schutz, setzt allerdings einen Sachschaden am Betrieb voraus, der in den vorliegend betrachteten Fällen nicht vorliegt. Vorliegend handelt es sich vielmehr um hoheitliche Schließungsanordnungen in Vollzug des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz

Werber, Manfred: Versicherungsschutz bei hoheitlich angeordneter
Betriebsschließung(VersR 2020, 661)

662

zes [IfSG]), die gegen die Ausbreitung der in den §§ 6 und 7 des Gesetzes aufgeführten gefährlichen Krankheiten und Viren gerichtet sind. Solche Schließungsanordnungen führen zu reinen Vermögensschäden in Gestalt von Verdienstausfällen, um deren Deckung es im Rahmen entsprechend ausgerichteter spezieller Betriebsschließungsversicherungen geht.

Inzwischen ist es zu Streitigkeiten um die Eintrittspflicht aus entsprechenden Versicherungsverträgen gekommen, die von involvierten Versicherern überwiegend verneint wird. Wenn auch die Entscheidung hierüber letztlich vom individuellen Wortlaut der verwendeten AVB abhängt, so scheint doch ein Einwand wiederkehrend im Vordergrund zu stehen, der sich auf die Frage der Miterfassung des Coronavirus im konkreten Vertrag bezieht. Das in Bezug genommene IfSG führt die in Betracht kommenden Krankheiten und Krankheitserreger im Einzelnen auf, erfasst dabei aber das neuartige Coronavirus erst seit einer im Januar 2020 vorgenommenen Ergänzung. Demgegenüber stammen die auf Risiken aus der Anwendung des IfSG bezogenen Versicherungsverträge offenbar zumeist aus einer davor liegenden Zeit, so dass das neuartige Virus in den Verträgen nicht – bzw. jedenfalls nicht ausdrücklich – aufgeführt ist. Die Frage, ob das eine Deckungsablehnung rechtfertigt, soll in der Folge behandelt werden.

B. Deckungspflicht bei Betriebsschließung wegen Coronapandemie

I. Typische Gestaltung der Versicherungsverträge

Aufgrund einer sog. Betriebsschließungsversicherung der hier interessierenden Art leistet der Versicherer Entschädigung, wenn die zuständige Behörde aufgrund des IfSG bei Auftreten

meldepflichtiger Krankheiten oder Krankheitserreger den versicherten Betrieb oder eine versicherte Betriebsstätte zur Verhinderung der Verbreitung von meldepflichtigen Krankheiten oder Krankheitserregern beim Menschen *schließt*. Der Betriebsschließung werden Tätigkeitsverbote gegen sämtliche Betriebsangehörige eines Betriebes gleichgestellt. Ersetzt wird im Versicherungsfall der *Ertragsausfall* für eine vertraglich näher bestimmte Haftzeit, z.B. für 30 Tage. Neben dem Ersatz des Ertragsausfalls kommt auch der Ausgleich angefallener Desinfektionskosten sowie von Schäden an (z.B. verdorbenen) Waren und Vorräten in Betracht.

Eine besondere Bedeutung kommt der in den AVB enthaltenen Auflistung von den Versicherungsschutz potentiell auslösenden Krankheiten und Erregern bzw. den Formulierungen zu, mit denen die – typischerweise mit denjenigen in §§ 6 und 7 IfSG identischen – Listen in die AVB eingefügt sind. Soweit in den AVB einschränkungslos auf das IfSG (in seiner jeweiligen Fassung) Bezug genommen ist, kann eine Leistungsverweigerung kaum in Betracht kommen, nachdem das Coronavirus und die dadurch ausgelöste Krankheit seit Januar 2020 im Gesetz gelistet ist und die ersten Schließungen erst im März 2020 erfolgten. Demgegenüber lautet die entsprechende Formulierung aber zumeist: „Meldepflichtige Krankheiten und Krankheitserreger im Sinne dieser Bedingungen sind die folgenden, in den §§ 6 und 7 IfSG *namentlich genannten*“.² Darüber hinaus kommen auch Gestaltungen vor, die – im Sinne noch weiterer Eingrenzung – das Gesetz ausdrücklich in einer bestimmten Fassung (zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses) zugrunde legen oder selbst auch die vor der Ergänzung vom Januar 2020 im Gesetz vorhandenen Listen der Krankheiten und Erreger nicht vollen Umfangs übernommen haben.

Soweit die aufgezeigten Formulierungen tendenziell einschränkenden Charakters sind, zielen sie offensichtlich darauf ab, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Gesetz (noch) nicht „namentlich genannte“ Krankheiten und Erreger als mögliche Ursachen vom Versicherungsschutz auszunehmen. Das könnte auch das Coronavirus bzw. die durch dieses ausgelöste Lungenkrankheit betreffen, sofern der Versicherungsvertrag vor der im Januar 2020 erfolgten diesbezüglichen Ergänzung des IfSG geschlossen wurde. Jedoch ist die Rechtslage in diesen Fällen alles andere als eindeutig. Vielmehr stellt sich die Frage nach dem Charakter der in den jeweiligen AVB enthaltenen Auflistung. Dazu ist zunächst zu sagen, dass die Nennungen einzelner Krankheiten und Erreger jedenfalls konstitutiv in dem Sinne sind, dass sie den Versicherungsschutz – vorbehaltlich der weiteren Bedingungen des Vertrags – auslösen können. Indessen ist dies nicht die entscheidende Frage, vielmehr geht es darum, ob die jeweilige Liste eine *geschlossene* im Sinne abschließender Regelung oder eine *offene* ist, die der Mitberücksichtigung einer später (d.h. nach Vertragsschluss) neu hinzugetretenen Krankheit Raum lässt. In diesem Sinne zielt die Frage mit anderen Worten auf ein *Auslegungsproblem*, bei dessen Erörterung sowohl die gekennzeichneten einleitenden Formulierungen zu den in AVB enthaltenen Listen – und danach mögliche Fallgruppen – als auch besonders die nähere Ausgestaltung des IfSG und seine inhaltliche Tragweite für das Verständnis der AVB von Bedeutung sind.

II. Überlegungen zum aufgezeigten Auslegungsproblem

1. Allgemeine Grundsätze

Auch für das Verständnis von AVB ist die vom BGH praktizierte *objektive Auslegung* maßgeblich. Das meint, dass auf die Verständnismöglichkeit nicht des konkreten sondern eines „durchschnittlichen VN ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse abzustellen ist, der die AVB aufmerksam liest und – unter Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs – verständig würdigt“.³ Das bedeutet

zugleich, dass vom Versicherer verfolgte Ziele nur dann maßgeblich sind, wenn sie in den AVB hinlänglichen, für den verständigen VN erkennbaren

Werber, Manfred: Versicherungsschutz bei hoheitlich angeordneter
Betriebsschließung(VersR 2020, 661)

663

Ausdruck gefunden haben.⁴ In den vorliegend behandelten Fällen ist das eher zweifelhaft.

Denn ein wichtiger – hier einschlägiger – Aspekt im Rahmen der Auslegung der AVB ist der Umstand, dass diese, wie nach der Art des Versicherungsschutzes nicht anders möglich, inhaltlich Bezug auf das IfSG nehmen. Dieses aber zeichnet sich dadurch aus, dass in ihm enthaltenen Aufzählungen von gefährlichen Krankheiten und Viren *nicht abschließend* sind, sondern eine *offene Liste* darstellen. Dies folgt für die Krankheiten aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 Nr. 5 IfSG, wonach meldepflichtig auch das „Auftreten einer bedrohlichen übertragbaren Krankheit“ ist, „die nicht bereits nach den Nummern 1 bis 4 meldepflichtig ist“. Dabei ist das Wort „Auftreten“ als *neues Auftreten* bislang nicht bekannter oder erfasster Krankheiten zu verstehen.

Der Gesetzgeber wollte mit dieser Gestaltung ersichtlich der Erkenntnis Rechnung tragen, dass zu den unter Nr. 1 bis 4 benannten gefährlichen Krankheiten jederzeit neue hinzutreten können, die im Sinne der Zielsetzung des Gesetzes gleichermaßen gefährlich und relevant sind. Entsprechendes gilt nach § 7 Abs. 2 IfSG für neu auftretende Erreger, „wenn unter Berücksichtigung ihrer Art und der Häufigkeit ihres Nachweises Hinweise auf eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit bestehen“. Wichtig ist dabei, dass die neuen Krankheiten und Viren *schon kraft der bezeichneten Öffnungsklauseln* und nicht erst nach einer ausdrücklichen Aufnahme in die Listen der §§ 6 Nr. 1 bis 4 oder 7 Abs. 1 IfSG, sondern schon von ihrem ersten Auftreten an der gesetzlichen Regelung unterfallen und „namentlich meldepflichtig“ sind.⁵ Vor diesem Hintergrund stellt sich zum Einen die Frage, welche Bedeutung allgemein einer Bezugnahme der AVB auf ein Gesetz für ihre Auslegung zukommt, und zum Anderen, welche Bedeutung die geschilderte konkrete Konzeption des IfSG als bewusst offene Regelung für das richtige Verständnis der AVB der Betriebsschließungsversicherung hat.

2. Allgemeine Regeln für Fälle der Bezugnahme von AVB auf gesetzliche Bestimmungen

Die Frage nach der richtigen Auslegung von AGB und AVB, die einen Gesetzestext – mehr oder minder – wörtlich übernehmen oder aber auf gesetzliche Vorschriften Bezug nehmen,⁶ ist ein geläufiges Problem.⁷ Zu ihm hat sich zwar, soweit ersichtlich, der Versicherungssenat des BGH noch nicht geäußert, jedoch haben sich der III.⁸, der VIII.⁹ und der X. Zivilsenat¹⁰ des BGH überzeugend für die Anwendung der *Regeln für die allgemeine Gesetzesauslegung* auch auf die AGB/AVB ausgesprochen. So sind nur z.B. auch sog. deklaratorische AVB, die wörtlich oder inhaltlich dem VVG entsprechen, *wie das Gesetz selbst auszulegen und zu verstehen*.¹¹ Das ist auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung.

Darüber hinaus aber stellt sich die Frage, welcher Bedeutungsgehalt maßgeblich ist, wenn sich das Gesetz nach Abschluss des Versicherungsvertrags geändert hat. Dazu ist zu beachten, dass die Inbezugnahme des Gesetzes sowohl als „statische“ wie auch als „dynamische“ verstanden werden kann und dass die diesbezügliche Bewertung nach Maßgabe der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB zu treffen ist.¹² Wenn sich also die aus dem Gesetzestext folgende Rechtslage verschlechtert hat, verbleibt es bei dem ursprünglichen, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegebenen Gehalt. Im anderen Fall einer für den Kunden eingetretenen Verbesserung kommt es – im Sinne einer als dynamisch verstandenen Inbezugnahme – auf die zuletzt gegebene günstigere Rechtslage an.¹³ Für den Vergleich der Rechtslagen ist auf den Zeitpunkt des „rechtserheblichen Ereignisses“,¹⁴ hier also auf den des Versicherungsfalls abzustellen. Im vorliegenden

Zusammenhang hat sich die aus dem IfSG folgende Rechtslage durch die im Januar erfolgte Aufnahme des Coronavirus in das Gesetz für den VN verbessert, so dass die Inbezugnahme – vom maßgeblichen Zeitpunkt des Versicherungsfalls aus besehen – als dynamische zu bewerten ist.

3. Folgerungen für den konkreten Zusammenhang

Vor diesem Hintergrund stellt sich zunächst die Frage, ob und inwieweit der Charakter des IfSG als für das Auftreten neuer gemeingefährlicher Krankheiten und Viren *offene Regelung* von Einfluss auf das richtige Verständnis der AVB für Betriebsschließungsversicherungen ist. Die AVB setzen für eine Leistungspflicht des Versicherers voraus, dass die zuständige Behörde den Betrieb zur Verhinderung der Verbreitung meldepflichtiger Krankheiten und Viren schließt, die in einem weiteren Absatz benannt werden. Das aber sind – so das typische *wording* – „die folgenden, in den §§ 6 und 7 namentlich genannten Krankheiten und Krankheitserreger“, und zu ihnen gehören nach den – pauschal mit in Bezug genommenen – Auffangtatbeständen der §§ 6 Nr. 5 und 7 Abs. 2 IfSG durchaus auch schon neu auftretende bzw. aufgetretene bedrohliche übertragbare Krankheiten und Erreger, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie schon in die gesetzlichen Listen ausdrücklich benannter Krankheiten und/oder Viren aufgenommen sind. Schon das spricht ganz grundsätzlich für ein Verständnis der einschlägigen AVB im Sinne einer Bezogenheit auch auf das Coronavirus und die dadurch ausgelöste Lungenkrankheit, wobei es angesichts der Maßgeblichkeit sowohl des Verständnisses eines *durchschnittlichen* VN als auch der Regeln über die

Werber, Manfred: Versicherungsschutz bei hoheitlich angeordneter Betriebsschließung(VersR 2020, 661)

664

Auslegung von Gesetzen nicht darauf ankommt, ob der konkrete VN den Gesetzestext des IfSG kennt, was tatsächlich eher nicht der Fall sein wird. Hinzu kommt, dass – wie ausgeführt – das Coronavirus seit Januar 2020 im Gesetz Berücksichtigung gefunden hat und spätestens diese günstige Veränderung im Rahmen einer als dynamisch verstandenen Inbezugnahme des Gesetzes für eine Leistungspflicht des Versicherers spricht.

Fraglich ist, ob diesem Zwischenergebnis die Formulierung von den *namentlich genannten* Krankheiten und Krankheitserregern entgegensteht, mit der die Versicherer möglicherweise den Versicherungsschutz auf eine Verursachung der Schließung infolge der in den §§ 6 Abs. 1 Nr. 1–4 und 7 Abs. 1 IfSG *ausdrücklich aufgeführten* Krankheiten und Erreger beschränken wollten. Dazu ist zu sagen, dass der Ausdruck „namentlich“ zweierlei Bedeutung haben kann. Zum einen meint er den sprachlichen Umgang mit einer Person oder einem Gegenstand unter ihrem/seinem *genauen Namen*. In diesem ursprünglichen Wortsinn wird „namentlich“ im IfSG selbst verwendet, wenn dort vom Erfordernis „namentlicher Meldung“ oder auch „nichtnamentlicher Meldung“ von Krankheiten und Erregern die Rede ist. Die namentliche Meldung in diesem Sinne erfordert nach § 9 IfSG nämlich eine Meldung unter genauer Angabe aller relevanten persönlichen Daten, wie Namen, Geburtsdatum und Wohnort des Betroffenen, ferner der Art der Infektion etc. Bei Übertragung dieses Verständnisses auf die AVB aber hätte der Ausdruck „namentlich“ dort keinerlei eigenständige Bedeutung, da die Krankheiten und Viren natürlich „mit ihrem Namen“ und schon damit hinlänglich gekennzeichnet sind. Es handelte sich mit anderen Worten um eine sinnlose Tautologie. Dem gegenüber kann die Verwendung des Ausdrucks „namentlich“ aber in einem übertragenen Sinne auch die Bedeutung von „insbesondere“ dann haben, wenn mehrere Gegenstände, Voraussetzungen oder Eigenschaften (persönlicher oder anderer Art) *nicht abschließend*, sondern eher beispielhaft aufgeführt und jedenfalls nicht im Sinne einer geschlossenen Aufzählung bezeichnet werden sollen. Die Frage, ob dem Verständnis der AVB das erstgenannte oder das letztere Verständnis zugrunde zu legen ist, muss wiederum im Rückgriff auf die Konzeption des Gesetzes (IfSG) beantwortet werden, das überhaupt erst zur Schaffung der hier

behandelten Versicherungsdeckung geführt hat und, wie ausgeführt, notwendigerweise auf deren Verständnis ausstrahlt. Dabei ist zu beachten, dass es hier und konkret nicht um den Meldeprozess (und die in jenem Zusammenhang maßgeblichen Anforderungen namentlicher Meldung), sondern um die Übernahme der Auflistung von Krankheiten und Viren aus dem IfSG in die AVB geht, die jedenfalls *im Rahmen des Gesetzes keine abschließende* ist. Dies spricht, zumal bei Anwendung der dargestellten Regeln für die Gesetzesauslegung auch auf die AVB dafür, auch die in den Listen der AVB aufgeführten Krankheiten und Viren und den dabei verwendeten Ausdruck „namentlich“ im Sinne von „insbesondere“ und damit letztlich ebenfalls als *nicht abschließende* Aufzählung zu verstehen. Danach aber wäre der Versicherungsschutz auch dann zu bejahen, wenn die Schließung auf dem zeitlich nachträglichen (und d.h. nach Vertragsschluss gegebenen) Auftreten einer neuen gemeingefährlichen Krankheit beruht – und dies an sich ohne Rücksicht darauf, ob sie in der gesetzlichen Liste schon erfasst war oder nicht. Vorliegend kommt zu alledem allerdings noch hinzu, dass das Coronavirus und die in seiner Folge mögliche schwere Lungenkrankheit schon im Januar 2020 und damit zeitlich zwar typischerweise nicht vor dem Vertragsschluss, wohl aber deutlich vor den ersten Schließungen ausdrücklich in das IfSG aufgenommen und gelistet worden war.

III. Inhaltskontrolle

1. Zugrunde liegende AVB-Gestaltung

Wollte man dem nicht folgen und trotz der AVB-Bezugnahme auf die *ganzen* §§ 6 und 7 IfSG – d.h. trotz der Inbezugnahme auch des Abs. 2 Nr. 5 aus § 6 und des Abs. 2 aus § 7 des Gesetzes, die die Liste ausdrücklich aufgeführter Krankheiten und Viren, wie dargelegt, zu einer *offenen* machen – auch eine Auslegung für möglich halten, die eine Eintrittspflicht des Versicherers nur bei Einschlägigkeit der ausdrücklich aufgeführten Krankheiten bejaht, so läge jedenfalls eine Unklarheit vor. Das setzt eine objektive Mehrdeutigkeit und das Bestehen eines für den durchschnittlichen VN nicht behebbaren Zweifels voraus. Eine solche Unklarheit ginge nach Maßgabe des § 305c Abs. 2 BGB und der darin positivierten sog. Unklarheitenregel zu Lasten des Versicherers und führte damit ebenfalls zu einem dem VN günstigen Ergebnis, nämlich dass der Versicherer nicht nur bei Ursächlichkeit der ausdrücklich („mit ihrem Namen“) aufgeführten Krankheiten leistungspflichtig ist, sondern auch dann, wenn – wie vorliegend – eine nach Vertragsschluss neu aufgetretene Krankheit zur Schließung des Betriebes geführt hat.

Allerdings ist zu beachten, dass die Unklarheitenregel dann nicht zum Zuge kommt, wenn eine Klausel in ihrer kundenfeindlichsten Auslegung einer Inhaltskontrolle verfällt und damit unwirksam ist. Dies wurde in der Vergangenheit zwar nur für den Verbandsprozess angenommen, soll nach nunmehr herrschender Ansicht aber auch im Individualprozess gelten.¹⁵ Schon eine Auslegung aber, die eine Eintrittspflicht des Versicherers nur bei Einschlägigkeit der im IfSG und in den AVB im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausdrücklich aufgeführten Krankheiten und Viren bejaht, wäre in diesem Sinne eine kundenfeindlichste, da sie zur völligen Versagung des Versicherungsschutzes in Fällen durch das Coronavirus initiiert Schließungen führen würde. Noch deutlicher aber läge eine solche kundenfeindlichste Gestaltung vor, wenn die Ausschließlichkeit in den AVB sprachlich noch weiter gehend in diesem Sinne verdeutlicht wäre. Das wäre etwa bei Einfügung des Wortes „ausschließlich“ oder bei einer Gestaltung der Deckung der Fall, die ausdrücklich nur die *zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im IfSG explizit gelisteten* Krankheiten und Viren in Bezug nimmt.

2. Inhaltskontrolle von AVB-Klauseln

Für die Inhaltskontrolle auch von AVB gelten die § 307 ff. BGB. Nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind AGB-Bestimmungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben „unangemessen benachteiligen“. Eine notwendige Konkretisierung erfährt diese Grundaussage durch die Regeln des § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB.¹⁶ Dabei unterliegen nach § 307 Abs. 3

Werber, Manfred: Versicherungsschutz bei hoheitlich angeordneter
Betriebsschließung(VersR 2020, 661)

665

S. 1 BGB nur solche Bestimmungen in AGB/AVB der Inhaltskontrolle, die von *Rechtsvorschriften* abweichen oder diese ergänzen. Dies bedeutet aber nicht, dass es für die Kontrollfähigkeit auf die Existenz einer *gesetzlichen* Parallelvorschrift ankommt. Sie gibt es für viele gesetzlich nicht geregelte Schuldverhältnisse sowie Versicherungsweige und so auch für die Betriebsschließungsversicherung nicht. Vielmehr muss in solchen Fällen der Kontrollmaßstab, wie sich aus § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergibt, *dem Vertrag selbst entnommen* werden.

Bei der Konkretisierung der Grundaussage des § 307 Abs. 1 BGB durch die Regeln der Nr. 1 und 2 des Abs. 2 der Bestimmung kommt es auf einen konkreten Zweifel im Sinne des einleitenden Wortlauts des Abs. 2 nicht an. Da es, wie ausgeführt, an gesetzlichen Vorschriften zur Betriebsschließungsversicherung fehlt, kann die Konkretisierung der Grundaussage aus § 307 Abs. 1 vorliegend nicht aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, sondern nur aus Nr. 2 der Vorschrift erfolgen. Danach liegt eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB vor, wenn der Verwender wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.¹⁷ In diesem Sinne hilft § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor allem bei der Durchführung der Inhaltskontrolle von Klauseln in gesetzlich nicht geregelten Verträgen. Maßgeblich ist in solchen Fällen dann das jeweilige „Leitbild“ einer angemessenen Regelung, das – statt aus dispositivem Gesetzesrecht – aus den geschäftstypischen Gerechtigkeitserwartungen des Rechtsverkehrs unter Berücksichtigung von Natur und Zweck des Vertrags zu gewinnen ist.

Nach heute allgemeiner Auffassung müssen allerdings, schon wegen des Vorrangs der Individualabrede, allgemeinste Leistungsbeschreibungen kontrollfrei bleiben, ohne deren Vorliegen „mangels Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht angenommen werden kann“.¹⁸ Danach ist zwar die Definition des Versicherungsfalls in ihrer allgemeinsten Gestalt kontrollfrei, jedoch ist gleichermaßen anerkannt, dass wiederum Klauseln kontrollfähig bleiben, „die das Hauptleistungsversprechen des Versicherers lediglich einschränken, verändern, ausgestalten oder sonst modifizieren“.¹⁹ In der Folge wird es darum gehen, die in Betracht gezogenen typischen Leistungsbeschränkungen der Betriebsschließungsversicherung an den aufgezeigten Maßstäben zu messen.

Die allgemeinste – im Sinne des Ausgeführten kontrollfreie – Beschreibung des versicherten Risikos (in Fällen der Schließung) erschöpft sich in der Formulierung „wenn die zuständige Behörde aufgrund des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) beim Auftreten meldepflichtiger Krankheiten oder Krankheitserreger den versicherten Betrieb ... schließt“.²⁰ Sie enthält die allgemeinste Beschreibung der versicherten Gefahr und des versicherten Objekts und kennzeichnet damit zugleich das Bedürfnis nach Versicherungsschutz, das den VN zum Abschluss des Vertrags bewogen hat. Dem gegenüber gehört der Klammerzusatz „(siehe Nr. 2)“ und die darin enthaltene Bezugnahme auf eine Liste in den §§ 6 und 7 IfSG „namentlich genannter Krankheiten und Krankheitserreger“²¹ schon zum Bereich *risikobeschränkender*, kontrollfähiger Klauseln und Formulierungen, durch die das Hauptleistungsversprechen des Versicherers „lediglich

eingeschränkt, verändert, ausgestaltet oder sonst modifiziert wird“²². Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass diese Modifizierung im äußeren sprachlichen Zusammenhang mit der allgemeinsten Beschreibung von versicherter Gefahr und versichertem Objekt steht. Denn für die Zuordnung zur kontrollfreien allgemeinsten Beschreibung oder zu ihrer kontrollfähigen Modifizierung ist eine materielle Betrachtung und nicht die sprachliche Anordnung maßgeblich. Wäre dies anders, so hätte es der Verwender der AGB in der Hand, eine Klausel durch die Einordnung in den einen oder anderen Bereich der Inhaltskontrolle zu entziehen. Eine entsprechende Bewertung als kontrollfähige Klauseln müssen erst recht Formulierungen erfahren, die die Liste aufgeführter Krankheiten und Erreger unter Verwendung des Ausdrucks „ausschließlich“ oder unter ausdrücklicher Abstellung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu einer in sich geschlossenen machen sollen. Einzuräumen ist zwar, dass jeder Versicherungsschutz Grenzen hat und haben muss und dass es ein legitimes Interesse des Versicherers gibt, diese auch mit Risikobeschränkungen aufzuzeigen.²³ Jedoch dürfen diese nicht den Kerngehalt des versprochenen Versicherungsschutzes konterkarieren oder gar aushöhlen. Im vorliegenden Zusammenhang muss die Inhaltskontrolle jedweder das Hauptleistungsversprechen des Versicherers einschränkende Formulierung letztlich aus der sowohl ausdrücklichen als auch gedanklichen Bezugnahme der Bedingungen auf das IfSG erfolgen, das die Grundlage für die Begründung des kontrahierten Versicherungsschutzes darstellt und diesen – zumal nach Maßgabe gesetzesbezogener Auslegung – inhaltlich entscheidend prägt. Das Gesetz selbst aber ist eindeutig auf eine *umfassende, möglichst lückenlose Erfassung* sowohl bereits bekannter Viren und Krankheiten wie auch solcher angelegt, die (vom Zeitpunkt jeweiliger Gesetzesfassung aus gesehen:) *künftig neu hinzutreten*. Jede andere Konzeption wäre mit dem gesetzgeberischen Anliegen effizienter Verhinderung der Verbreitung meldepflichtiger Krankheiten unvereinbar. Dem tragen insbesondere auch die Bestimmungen der §§ 6 Abs. 2 Nr. 5 und 7 Abs. 2 des Gesetzes Rechnung, die Auffangregeln mit entsprechender Zielsetzung enthalten und die gesetzlichen Listen der Krankheiten und Erreger zu *nicht abschließenden* machen.

Hieran knüpft wegen des evidenten Sinnzusammenhangs die berechnete Leistungserwartung²⁴ des durchschnittlichen und

Werber, Manfred: Versicherungsschutz bei hoheitlich angeordneter
Betriebsschließung(VersR 2020, 661)

666

verständigen VN unmittelbar an. Denn für ihn besteht die Gefahr der Geschäftsschließung und daraus folgender Vermögensschäden sowohl beim Auftreten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits bekannter und gesetzlich gelisteter Krankheiten und Viren wie auch bei späterem Auftreten neuer Krankheiten und Viren *gleichermaßen*. Eine diesbezügliche Differenzierung ist aus Sicht auch eines verständigen, die Interessen beider Vertragsseiten würdigenden VN weder begründet noch mitvollziehbar, – sie muss ihm im Gegenteil als willkürlich erscheinen.

Sie ist auch nicht etwa wegen des inzwischen feststehenden Charakters der coronaverknüpften Krankheiten als *Pandemie* berechnete, der den Gedanken an eine prinzipielle Unversicherbarkeit wegen mangelnder Möglichkeiten des Risikoausgleichs nahelegen könnte. Die im IfSG enthaltene Liste relevanter Krankheiten und Erreger enthält auch andere, die zum Ausgangspunkt jedenfalls von Epidemien, wenn nicht gar auch von Pandemien werden können, und dennoch wurden sie in den einschlägigen AVB in Bezug genommen. Damit liegt eine prinzipielle und bewusste Deckungsentscheidung des Versicherers für Gefahren dieses Bereichs²⁵ vor. Ist dies aber der Fall, müsste eine nachträgliche Berufung des Versicherers auf eine angeblich gegebene Unversicherbarkeit als widersprüchlich und treuwidrig bewertet werden. Und der Versicherer kann sich auch nicht etwa auf eine Leistungsfreiheit wegen – objektiver – Gefahrerhöhung berufen²⁶, die u.U. in der nachträglichen Aufnahme des Coronavirus in das IfSG gesehen werden könnte.

Abgesehen davon, dass neue Krankheiten und Viren durch die Auffangklauseln des Gesetzes von Anbeginn (seit 2001) erfasst wurden, kommt eine Anzeigepflichtverletzung des VN, die allein zur Leistungsfreiheit führen könnte, nicht in Betracht, da der Versicherer über die Coronaproblematik und ihre Erfassung durch das Gesetz natürlich selbst (und wahrscheinlich früher und besser als der VN) informiert ist. Im Übrigen wäre eine etwaige Gefahrerhöhung im Zweifel auch nach § 27 (Fall 2) VVG unbeachtlich²⁷.

Nach allem muss daher In letzter Konsequenz jede Einschränkung des Versicherungsschutzes, die auf einer Differenzierung von zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon bekannten und gelisteten Krankheiten und Erregern und solchen beruht, die danach auftreten bzw. aufgetreten sind, *der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verfallen*.

C. Wesentliche Ergebnisse

I. Die Frage, ob eine noch im Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrags weder im IfSG noch in den einschlägigen AVB für die Betriebsschließungsversicherung gelistete, aber vor der Betriebsschließung aufgetretene und gelistete Krankheit den Versicherungsschutz auslösen kann, stellt ein Auslegungsproblem dar.

II. Für die Behandlung von Problemen der Auslegung auch der AVB gelten grundsätzlich die nach der Rechtsprechung für die Auslegung von AGB maßgeblichen Regeln (inklusive der sog. Unklarheitenregel), wonach es auf den Horizont eines durchschnittlichen und verständigen VN ankommt.

III. Soweit die AVB einschränkungslos auf die jeweilige Fassung des IfSG und die in ihm jeweils enthaltenen Listen von Krankheiten und Viren Bezug nehmen oder sie wiedergeben, kommt eine Leistungsverweigerung nicht in Betracht, da das Gesetz hinsichtlich des Coronavirus im Januar 2020 ergänzt wurde und die ersten Schließungen erst im März erfolgten.

IV. Nehmen die AGB/AVB ausdrücklich und unter weitgehender Wiedergabe des Wortlauts auf ein Gesetz Bezug, so gelten für die Auslegung der Bedingungen die allgemeinen Regeln für die Auslegung von Gesetzen. Die §§ 6 Abs. 2 Nr. 5 und 7 Abs. 2 IfSG enthalten für das Auftreten neuer und weiterer gemeingefährlicher Krankheiten und Viren Öffnungsklauseln, die den in § 6 Abs. 1 Nr. 1–4 und in § 7 Abs. 1 IfSG enthaltenen Listen von Krankheiten und Viren den Charakter *offener Aufzählungen* verleihen. Dies ist auch für das Verständnis der in den AVB enthaltenen Listen maßgeblich.

V. Soweit das durch die AVB in Bezug genommene Gesetz zwischen dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses und dem Versicherungsfall geändert wurde, gilt nach Maßgabe der Unklarheitenregel (§ 305c Abs. 2 BGB) die im einen oder anderen Zeitpunkt für den VN günstigere Regelung. Im vorliegenden Zusammenhang ist die nach Abschluss des Versicherungsvertrags im Januar 2020 durch Aufnahme und Listung des Coronavirus eingetretene Veränderung der Gesetzeslage die für den VN günstigere, auf die er sich im Versicherungsfall berufen kann.

VI. Soweit Versicherer ihren AVB auf die Listen von Krankheiten und Viren bezogene Formulierungen beigefügt haben, die für die Leistungspflicht allein und ausschließlich auf die zum Zeitpunkt gelisteten abstellen, verfallen derartige Regelungen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Danach liegt eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB vor, wenn der Verwender wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ermöglicht vor allem die Inhaltskontrolle von Klauseln in gesetzlich nicht geregelten Verträgen. Maßgeblich ist in solchen Fällen dann das jeweilige „Leitbild“ einer angemessenen Regelung, das –

statt aus dispositivem Gesetzesrecht – aus den geschäftstypischen Gerechtigkeitserwartungen des Rechtsverkehrs unter Berücksichtigung von Natur und Zweck des Vertrags zu gewinnen ist.

Werber, Manfred: Versicherungsschutz bei hoheitlich angeordneter
Betriebsschließung (VersR 2020, 661)

667

VII. Dabei bleibt nach herrschender Ansicht nur die allgemeinste Beschreibung des versicherten Risikos kontrollfrei. Vorliegend erschöpft sich diese in der typischen Formulierung „wenn die zuständige Behörde aufgrund des Gesetzes zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) beim Auftreten meldepflichtiger Krankheiten oder Krankheitserreger den versicherten Betrieb ... schließt“.

Dem gegenüber gehört der übliche Klammerzusatz „(siehe Nr.2)“ mit der darin enthaltenen Bezugnahme auf eine Liste „in den §§ 6 und 7 IfSG namentlich genannter Krankheiten und Krankheitserreger“ schon zum Bereich risikobeschränkender kontrollfähiger Klauseln, durch die das Hauptleistungsversprechen des Versicherers „lediglich eingeschränkt, verändert, ausgestaltet oder sonst modifiziert wird“. Gleiches gilt für Formulierungen, die die Liste aufgeführter Krankheiten und Erreger unter Verwendung des Ausdrucks „ausschließlich“ oder unter ausdrücklicher Abstellung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu einer in sich geschlossenen machen sollen.

VIII. Die Inhaltskontrolle jedweder das Hauptleistungsversprechen des Versicherers einschränkenden Formulierung aber muss vorliegend aus der Bezugnahme der Bedingungen auf das IfSG erfolgen, das die Grundlage für die Begründung des kontrahierten Versicherungsschutzes darstellt und diesen – zumal nach Maßgabe gesetzesbezogener Auslegung – inhaltlich entscheidend prägt. Das Gesetz selbst aber ist eindeutig auf eine *umfassende, möglichst lückenlose Erfassung* sowohl bereits bekannter Viren und Krankheiten wie auch solcher angelegt, die (vom Zeitpunkt jeweiliger Gesetzesfassung aus gesehen:) *künftig neu hinzutreten*.

IX. Hieran knüpft wegen des evidenten Sinnzusammenhangs die berechtigte Leistungserwartung des durchschnittlichen und verständigen VN unmittelbar an. Daher verfällt jede Einschränkung des Versicherungsschutzes, die auf einer Differenzierung von zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon bekannten und gelisteten Krankheiten und Erregern und solchen beruht, die erst danach auftreten bzw. aufgetreten sind, *der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB*.

* Der Autor ist Professor (em.) der Universität Hamburg, Seminar für Versicherungswissenschaft.

¹ Auf Fragen der – in einigen AVB vorgesehenen – Verrechnung einer Entschädigung durch staatliche Stellen mit einer Versicherungsleistung bzw. des Übergangs entsprechender Ansprüche auf den leistenden Versicherer wird hier nicht eingegangen. Allerdings dürfte der VN nach dem Rechtsgedanken des § 254 Abs. 2 S. 1 (Fall 2) BGB gehalten sein, sich um entsprechende Entschädigungen zu bemühen.

² So etwa in den AVB eines Versicherers für die Versicherung von Betrieben gegen Schäden infolge Infektionsgefahr (Betriebsschließung) und in den Zusatzbedingungen eines anderen Versicherers für die Versicherung von Schäden aufgrund behördlicher Anordnung nach dem Infektionsschutzgesetz (Betriebsschließung).

³ BGH v. 23.6.1993 – IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83 = VersR 1993, 957; BGH v. 16.6.1982 – IVa ZR 270/80, VersR 1982, 841; BGH v. 6.7.2011 – IV ZR 217/09, VersR 2012, 48, herrschende Ansicht: vgl. *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl., Einl. I Rz. 260 ff. m.w.N.; vertiefend zu diesem Maßstab *Koch*, Die Auslegung von AVB, VersR 2015, 133 (134 ff. und 137 ff.) zum Leitbild des durchschnittlichen VN und seinem Verständnis.

⁴ St. Rspr., zuletzt BGH v. 20.7.2016 – IV ZR 245/15, VersR 2016, 1184; *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl., Einl. I Rz. 261 m.w.N.

⁵ „Namentliche“ oder auch „nicht namentliche Meldepflichten“ sind die entscheidenden Rechtsfolgen im Rahmen des IfSG; zum Verständnis dieser Terminologie in der Folge.

⁶ Von dieser Ausgangslage zu unterscheiden sind Gestaltungen, in deren Rahmen die AVB in der fachlichen Rechtssprache feststehende Begriffe verwenden; schon sie sind im Zweifel im rechtstechnischen Sinne zu verstehen, *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl., Einl. I Rz. 272 m.w.N.

⁷ Dazu eingehend *Koch*, VersR 2015, 133 (143 unter 7).

⁸ BGH v. 15.2.2001 – III ZR 120/00, BGHZ 146, 385 (388) = VersR 2001, 578.

⁹ BGH v. 10.3.2003 – VIII ZR 135/02, NJW 2003, 2607 (2608).

¹⁰ BGH v. 23.11.2006 – X 16/05, NJW-RR 2007, 1124 (1125) und BGH v. 2.11.2011 – X ZR 43/11, NJW 2012, 997 (999).

¹¹ *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl., Einl. I Rz. 272 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung schon des RG: RGZ 84, 409; RGZ 118, 57.

¹² Unter Verwendung dieser Terminologie überzeugend *Koch*, VersR 2015, 133 (143 und 145 mit Beispielen).

¹³ *Koch*, VersR 2015, 133 (143 und 145); im Ergebnis ebenso der OGH in seiner Entscheidung v. 27.1.2016 – 7 Ob 172/15 t, *Fenyves*, VersE Bd. 14 Nr. 2580 in einem Fall der Bezugnahme von AVB zur Erbrechtsschutzversicherung auf – während der Vertragslaufzeit geänderte – erbrechtliche Bestimmungen.

¹⁴ Das können im Rahmen des Vertragsverlaufs unterschiedliche Zeitpunkte sein, z.B. der einer Obliegenheitsverletzung aber auch – wie hier – der des Versicherungsfalls *Koch*, VersR 2015, 133.

¹⁵ *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl., Einl. I Rz. 286; als maßgeblich hierfür wird das „Interesse an einer Harmonisierung von Individual- und Verbandsprozess“ angeführt.

¹⁶ *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl., Einl. I Rz. 107.

¹⁷ Nach allgemeinem Verständnis knüpft § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB an die von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppe der Nichterfüllung von *Kardinalpflichten* an: dazu *Wurmnest* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019, § 307 Rz. 72 ff.

¹⁸ BGH v. 23.6.1993 – IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83 = VersR 1993, 957; BGH v. 6.7.2011 – IV ZR 217/09, VersR 2012, 48 Rz. 18; *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl., Einl. I Rz. 90 f. m.w.N.

¹⁹ *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl., Einl. I Rz. 92 ff.

²⁰ So z.B. in den unter Fn. 2 angeführten AVB.

²¹ So in den unter Fn. 2 angeführten AVB.

²² Zur Kontrollfähigkeit risikobeschränkender Klauseln *Armbrüster* in Prölss/Martin, VVG, 30. Aufl., Einl. I Rz. 92 ff., 114 ff.

²³ So lehnt die Rechtsprechung z.B. in der Kraftfahrtversicherung nach dem Zusammenstoß eines Kfz mit einem *Wolf* die Deckungspflicht des Versicherers aus Nr. A.2.2.1.4 ab, weil dieser nicht als *Haarwild* von § 2 Abs. 1 Nr. 1 BJagdG erfasst ist; dazu *Koch* in Bruck/Möller, 9. Aufl., Bd. 12 Kraftfahrtversicherung, 2017, A2 AKB 2015 Rz. 235 f. unter Hinweis auf OLG Frankfurt/M. v. 25.6.2003 – 7 U 190/02, r+s 2005, 102 = VersR 2005, 1233 Ls und LG Köln v. 11.1.1990 – 34 S 193/89, VersR 1991, 222 (223).

²⁴ *Wurmnest* in MünchKomm/BGB, 8. Aufl. 2019 § 307 Rz. 76 spricht von „vertragstypischen Erwartungen des Kunden“; *Werber*, VersR 1986, 1 (4): „berechtigte Erwartung des VN an einen wirtschaftlich sinnvollen Umfang des Versicherungsschutzes“; ebenso *Fenyves*, VersRdsch. 1976, 364; *Flick*, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Versicherungsbedingungen, 1984 S. 166.

²⁵ Und nicht etwa eine Verwirklichung des sog. „Änderungsrisikos“; von einem solchen spricht man, wenn systematische Veränderungen der Risikofaktoren als Folge allgemein gesellschaftlichen,

politischen, technologischen oder kommerziellen Wandels zu einer Veränderung von Erwartungswerten führen, dazu *Jannott*, Zufallsrisiko – Änderungsrisiko in FS für *R. Schmidt*, 1976, S. 407 ff.; *Werber*, Änderungsrisiko und Gefahrerhöhung, *VersR* 1976, 895.

²⁶ Zur objektiven Gefahrerhöhung durch haftungsverschärfendes Gesetz *Werber*, *VersR* 1991, 522.

²⁷ Ausgehend von den hier zugrunde gelegten Vertragsgestaltungen und den dazu vorgenommenen Bewertungen wurde nicht auf die Frage eingegangen, ob den Versicherer im Fall eines sog. generellen Beratungsanlasses (vor allem in Gestalt eines neuen Gesetzes oder einer Gesetzesänderung) nach §§ 241 Abs. 2, 242 BGB i.V.m. § 1a Abs. 1 VVG (Pflicht zum Handeln im bestmöglichen Interesse) eine Beratungspflicht – dazu *Rudy* in *Prölss/Martin*, VVG, 30. Aufl., § 6 Rz. 47 – oder u.U. auch weiter gehend eine Pflicht zum Angebot einer Vertragsanpassung treffen könnte.