

**HOR.2018.5 / ts / ts**

Art. 44

**Urteil vom 21. März 2019**

\_\_\_\_\_  
Besetzung      Oberrichter Dubs, Präsident  
                    Ersatzrichter Boner  
                    Handelsrichter Bäumlin  
                    Handelsrichter Meyer  
                    Gerichtsschreiberin Schmutz

\_\_\_\_\_  
Kläger            **A.**\_\_\_\_\_,  
                    unentgeltlich vertreten durch lic. iur. Daniel Santini, Rechtsanwalt, Ober-  
                    dorfstrasse 28, Postfach, 5703 Seon

\_\_\_\_\_  
Beklagte        **B.**\_\_\_\_\_,  
                    vertreten durch lic. iur. Matthias Becker, Rechtsanwalt, Niederlen-  
                    zerstrasse 10, Postfach 2312, 5600 W.

\_\_\_\_\_  
Gegenstand    Ordentliches Verfahren betreffend Forderung

---

## **Das Handelsgericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

Der Kläger ist eine natürliche Person mit Wohnsitz in Z.

### **2.**

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Y. Sie bezweckt im Wesentlichen den Betrieb jeder Art von Versicherung [...] (Klagebeilage [KB] 3).

### **3.**

Die C. (nachfolgend auch: die Konkursitin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Z. Sie befindet sich seit [...] 2016 in Liquidation. Sie bezweckte im Wesentlichen Malerarbeiten [...] (KB 4).

### **4.**

#### **4.1.**

Die Konkursitin als Versicherungsnehmerin schloss mit der Beklagten als Versicherin eine Sachversicherung "Professional", Police Nr. [...], Versicherungsbeginn per 1. April 2014, ab (KB 2; nachfolgend: Police Nr. [...]).

#### **4.2.**

In der Nacht vom 12. auf den 13. Oktober 2014 ereignete sich in den Geschäftsräumlichkeiten der Konkursitin ein Brand (KB 17). Am 13. Oktober 2014 meldete die Konkursitin bei der Beklagten einen Schadensfall (Antwortbeilage [AB] 4, 5).

### **5.**

Die Staatsanwaltschaft X. führte gegen den Kläger ein Vorverfahren wegen versuchten Betrugs (Art. 146 i.V.m. Art. 22 StGB) und Brandstiftung (Art. 319 Abs. 1 lit. a StGB). Mit Verfügung vom [...] 2015 stellte sie das Strafverfahren gegen den Kläger ein (KB 43).

### **6.**

#### **6.1.**

Gemäss (notorischem)<sup>1</sup> Handelsregisterauszug eröffnete das Gerichtspräsidium W. mit Verfügung vom [...] 2016 den Konkurs über die Konkursitin mit Wirkung ab dem [...] 2016, 09:30 Uhr (vgl. KB 6).

#### **6.2.**

Der Kläger ist Gesellschafter und Geschäftsführer der Konkursitin (Klagebeilage [KB] 4). In deren Konkurs wurde er mit zwei Forderungen von

---

<sup>1</sup> BGer 4A\_739/2011 vom 3. April 2012 E. 1.3; 4A\_645/2011 vom 27. Januar 2012 E. 3.4.2; 4A\_422/2011 vom 3. Januar 2012 E. 2.3.1.

Fr. 850'000.00 und Fr. 18'708.35 in der dritten Klasse zugelassen (vgl. KB 9).

### **6.3.**

Gemäss Gläubigerzirkular Nr. 1 des Konkursamtes V., vom [...] 2017 ist im Inventar unter Ord. Nr. 5 ein Schadenersatzanspruch gegenüber der "B." in der Höhe von gesamthaft rund Fr. 1'200'000.00 aufgeführt. Dabei handelt es sich gemäss Gläubigerzirkular Nr. 1 um einen Versicherungsanspruch der Konkursitin gegenüber der "B." (KB 7).

### **6.4.**

Mit Ermächtigung vom [...] 2017 bescheinigte die Konkursverwaltung im Konkurs der C. den Verzicht der Mehrheit der Gläubiger auf die Geltendmachung der Schadenersatzforderung gegenüber der B. (KB 9). Nachdem der Kläger – im Konkurs mit zwei Forderungen in der dritten Klasse zugelassen – innert der angesetzten Frist die Abtretung dieser Massrechte nach Art. 260 SchKG verlangt hatte, wurde er zur Geltendmachung dieser Rechte an Stelle der Masse, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr, ausdrücklich ermächtigt. Bezüglich der gleichen Rechte erfolgten keine Abtretungen an weitere Gläubiger (KB 9).

### **7.**

Mit Klage vom 1. Februar 2018 (Postaufgabe: gleichentags) stellte der Kläger die folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei unter Nachklage- und Mehrforderungsvorbehalt zu verpflichten, der Konkursmasse der C., zugunsten des Klägers, einen Betrag von Fr. 868'708.35 inklusive Verzugszins von 5 Prozent seit 10. November 2015 zu bezahlen.
2. Unter voller Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich MwSt. auf der Parteientschädigung, zulasten der Beklagten."

Zur Begründung brachte der Kläger im Wesentlichen vor, die Konkursitin habe bei der Beklagten eine Sachversicherungspolice abgeschlossen und aufgrund eines Brandfalls einen Anspruch gegen die Beklagte auf Versicherungsleistungen. Die Ansprüche der Konkursitin gegen die Beklagte seien dem Kläger gemäss Art. 260 SchKG abgetreten worden.

### **8.**

Mit Verfügung vom [...] 2018 erklärte das Gerichtspräsidium W. das Konkursverfahren als geschlossen. Am 8. März 2018 wurde die C. im Handelsregister gelöscht.

### **9.**

Mit Antwort vom 18. April 2018 (Postaufgabe: gleichentags) stellte die Beklagte die folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2.
  - 2.1. Das Verfahren sei vorläufig auf die formellen Fragen und die Frage der Verwirkung zu beschränken.
  - 2.2. Es sei der Beklagten die Frist zur Erstattung einer vollständigen Klageantwort abzunehmen und ihr im Falle einer Abweisung des Verfahrensantrags gemäss Ziff. 2.1 vorstehend oder im Falle einer Verneinung der Verwirkung im Rahmen der Beurteilung derselben nachfolgend neu Frist zur Erstattung einer vollständigen Klageantwort anzusetzen, in welcher sich die Beklagte zu allen materiellen Aspekten äussern kann.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

Die Beklagte führte zur Begründung im Wesentlichen aus, auf das klägerische Begehren könne im Umfang von Fr. 18'708.35 mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten werden. Soweit auf die Klage eingetreten werden könne, seien jegliche Ansprüche aus der Sachversicherungspolice nach Massgabe der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (nachfolgend: AVB) verwirkt.

## **10.**

### **10.1.**

Mit Eingabe vom 30. April 2018 (Postaufgabe: gleichentags) nahm der Kläger zur Frage der Verfahrensbeschränkung Stellung und beantragte im Wesentlichen, der Verfahrens Antrag der Beklagten sei abzuweisen.

### **10.2.**

Mit Verfügung vom 3. Mai 2018 wurde das Verfahren auf das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und die Frage der Verwirkung der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche beschränkt (Art. 125 lit. a ZPO).

## **11.**

Mit Replik im beschränkten Verfahren vom 17. Mai 2018 (Postaufgabe: gleichentags) hielt der Kläger an den Rechtsbegehren der Klage vom 1. Februar 2018 fest und beantragte überdies, auf die Klage sei bezüglich des vollständigen Forderungsbetrags einzutreten und die Klage sei mangels Anspruchsverwirkung für das weitere Prozessthema an die Hand zu nehmen.

## **12.**

Mit Duplik im beschränkten Verfahren vom 26. Juni 2018 (Postaufgabe: gleichentags) hielt die Beklagte an den Rechtsbegehren Ziff. 1 und 2 der Antwort vom 18. April 2018 fest und beantragte eventualiter für den Fall, dass die Prozessvoraussetzungen erfüllt sein sollten und der Eintritt der

Verwirkung verneint werden sollte, der Beklagten sei mit dem entsprechenden Entscheid gleichzeitig auch Frist zur Erstattung der vollständigen Antwort anzusetzen.

**13.**

Mit Eingabe vom 6. Juli 2018 (Postaufgabe: gleichentags) reichte der Kläger eine "Stellungnahme zu Dupliknoten" (nachfolgend: Eingabe vom 6. Juli 2018) ein.

**14.**

Mit Eingabe vom 16. Juli 2018 (Postaufgabe: gleichentags) nahm die Beklagte zur Eingabe des Klägers vom 6. Juli 2018 Stellung.

**15.**

Mit Verfügung vom 10. September 2018 zeigte der Präsident des Handelsgerichts den Parteien an, dass die C. am [...] 2018 im Handelsregister gelöscht worden und die Publikation der Löschung im Schweizerischen Handelsamtsblatt am [...] 2018 erfolgt war. Den Parteien wurde Frist angesetzt zur freiwilligen Stellungnahme zur Tatsache der Löschung der C.

**16.**

Mit Entscheid vom 17. September 2018 wies der Gerichtspräsident des Bezirksgerichts W. das Handelsregisteramt gestützt auf Art. 164 Abs. 1 HRegV an, die Konkursitin im Handelsregister wiedereinzutragen. Die Wiedereintragung erfolgte am [...] 2018 und wurde am [...] 2018 im Schweizerischen Handelsamtsblatt publiziert.<sup>2</sup>

**17.**

Am 21. November 2018 wurden die Beweisverfügung erlassen und die Parteien angefragt, ob sie auf eine Hauptverhandlung gänzlich verzichten oder beantragen, schriftliche Schlussvorträge einzureichen. Nach Eingang der Verzichte auf eine mündliche Hauptverhandlung sowie der Anträge auf Erstattung schriftlicher Schlussvorträge beider Parteien wurde diesen Frist bis am 22. Januar 2019 angesetzt, um schriftliche Schlussvorträge einzureichen.

**18.**

Die Beklagte reichte mit Eingabe vom 15. Januar 2019 (Postaufgabe: gleichentags) ihren Schlussvortrag und mit Eingabe vom 21. Januar 2019 (Postaufgabe: gleichentags) ihre Kostennote ein. Der Kläger erstattete seinen Schlussvortrag mit Eingabe vom 22. Januar 2019 (Postaufgabe: gleichentags).

---

<sup>2</sup> Vgl. <<https://ag.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-418.793.595>> (zuletzt besucht am 21. März 2019).

---

## **Das Handelsgericht zieht in Erwägung:**

### **1. Prozessvoraussetzungen**

Die Prozessvoraussetzungen, namentlich die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, sind von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO).

#### **1.1. Örtliche Zuständigkeit**

Für Klagen aus Vertrag ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort zuständig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist (Art. 31 ZPO). Bei Versicherungsverträgen gilt die Leistung des Versicherers als die charakteristische.<sup>3</sup> Gemäss Art. 46a VVG müssen Versicherer ihre Verpflichtungen aus Versicherungsverträgen am schweizerischen Wohnsitz des Versicherten oder Versicherungsnehmers erfüllen.

Die Konkursitin als Versicherungsnehmerin hat ihren Sitz in Z., wo die charakteristische Leistung zu erbringen ist. Damit sind die Gerichte des Kantons Aargau örtlich zuständig. Im Übrigen hat sich die Beklagte auf das Verfahren eingelassen (vgl. Art. 18 ZPO).

#### **1.2. Sachlich-funktionelle Zuständigkeit**

##### **1.2.1. Parteibehauptungen**

Der Kläger macht geltend, die Streitigkeit betreffe die geschäftliche Tätigkeit der Konkursitin und der Beklagten, die beide im schweizerischen Handelsregister eingetragen seien (Klage N. 2). Der Prozessgegenstand bestimme sich nach der Forderung der Konkursitin gegen die Beklagte. Der Kläger mache von dieser Forderung jenen Teil geltend, für den er von der Masse aufgrund seiner kollozierten Forderung Vorausbefriedigung verlange (Replik N. 6). Der Streitwert betrage Fr. 868'708.35, womit die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offenstehe (Klage N. 2).

Die Beklagte bestreitet die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts für das Begehren im Umfang von Fr. 18'708.35 mit der Begründung, dem Kläger seien zwei Forderungen über Fr. 850'000.00 und Fr. 18'708.35 abgetreten worden und eine Addition der Forderungen sei unzulässig. Es sei nicht klar, wie sich die Forderungen zusammensetzten und auf welche Anspruchsgrundlage sie sich stützten (Antwort N. 1.3.4., Duplik N. 1.3.2.).

##### **1.2.2. Rechtliches**

Die Abtretung nach Art. 260 SchKG ist eine Form der Prozessstandschaft. Der Abtretungsgläubiger handelt im Prozess zwar in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, wird durch die Abtretung indes nicht Träger des abgetretenen Anspruchs. Abgetreten wird ihm nur das Prozessführungsrecht der Masse; Rechtsträgerin des Anspruchs bleibt die

---

<sup>3</sup> BSK VVG Nachf.Bd.-GROLIMUND/VILLARD, 2012, Art. 46a ad N. 21 ff.

Masse. Dem Abtretungsgläubiger steht allerdings bei der Verteilung des Prozesserrlöses ein Anspruch auf Vorausbefriedigung zu (Art. 260 Abs. 2 SchKG).<sup>4</sup>

Das Handelsgericht ist sachlich zuständig, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 ZPO). Ist nur die beklagte Partei im Handelsregister eingetragen, hat die klagende Partei die Wahl zwischen dem Handelsgericht und dem ordentlichen Gericht (Art. 6 Abs. 2 ZPO).

### 1.2.3. Würdigung

Laut Ermächtigung der Konkursverwaltung im Konkurs der C. vom [...] 2017 wurde dem Kläger die Schadenersatzforderung der Konkursitin gegen die "B." gestützt auf Art. 260 SchKG abgetreten (KB 9). Bei den erwähnten zwei Forderungen von Fr. 850'000.00 und Fr. 18'708.35 handelt es sich um Forderungen des Klägers gegen die Konkursitin, mit denen dieser in der dritten Klasse im Konkurs zugelassen wurde (KB 9). Abgetreten wurden nicht diese zwei Forderungen des Klägers, sondern die Schadenersatzforderung der Konkursitin gegen die "B.". Wenn in der Ermächtigung vom [...] 2017 davon die Rede ist, dass der Kläger die Abtretung "dieser Massarechte" verlangt habe und er zur Geltendmachung "dieser Rechte" ermächtigt werde (KB 9), handelt es sich dabei um den Anspruch der Konkursitin gegen die Beklagte und nicht um die eigenen Ansprüche des Klägers gegen die Konkursitin. Diese Forderung der Konkursitin gegen die Beklagte klagt der Kläger als Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG im Umfang von Fr. 868'708.35 in eigenem Namen ein.

Somit liegt keine objektive Klagenhäufung vor (wobei eine solche im Übrigen entgegen der Auffassung der Beklagten gerade keinen sachlichen Zusammenhang erfordert, vgl. Art. 90 ZPO)<sup>5</sup>, sondern es wird nur eine einzige Forderung geltend gemacht. Der Streitwert beträgt Fr. 868'708.35, womit die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offen steht (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Es ist die geschäftliche Tätigkeit sowohl der Konkursitin als auch der Beklagten betroffen. Die Beklagte wie auch die Konkursitin sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen. Ob bezüglich der Voraussetzung des Handelsregistereintrags auf den Kläger als Prozessstandschafter<sup>6</sup> oder die Konkursitin als Anspruchsberechtigte abzustellen ist, kann offenbleiben. Denn falls auf die Konkursitin abgestellt wird,

---

<sup>4</sup> BGE 139 III 391 E. 5.1; 132 III 346 E. 2.2; 121 III 488 E. 2b.

<sup>5</sup> Vgl. BSK ZPO-KLAUS, 3. Aufl. 2017, Art. 90 N. 17; zur streitwertabhängigen Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit BGE 142 III 788 E. 4.2.3 (Zusammenrechnung gemäss Art. 93 ZPO vor Prüfung nach Art. 90 ZPO).

<sup>6</sup> So *obiter dicta* offenbar das Bundesgericht in BGE 141 III 527 E. 2.3.3; hingegen offen gelassen in BGer 4A\_405/2015 vom 26. Januar 2016 (nicht publ. in BGE 142 III 96).

war diese bei Klageeinleitung sowie im heutigen Zeitpunkt im Handelsregister eingetragen. Soweit auf den Kläger als Prozessstandschafter abzustellen ist, steht diesem das Wahlrecht nach Art. 6 Abs. 3 ZPO offen. Somit ist das Handelsgericht des Kantons Aargau gemäss Art. 6 Abs. 2 bzw. Abs. 3 ZPO i.V.m. § 12 Abs. 1 lit. a EG ZPO jedenfalls sachlich zuständig. Es entscheidet als Kollegialgericht.

### 1.3. Prozessführungsbefugnis

Die Prozessführungsbefugnis ist das Recht, als Partei über einen strittigen Anspruch einen Prozess zu führen.<sup>7</sup> Sie ist Prozessvoraussetzung.<sup>8</sup> In Fällen der Abtretung nach Art. 260 SchKG fallen Sachlegitimation und Prozessführungsbefugnis auseinander. Der Abtretungsgläubiger ist nicht Träger des streitigen Rechts, sondern aufgrund spezieller Gesetzesvorschrift prozessführungsbefugt (sog. Prozessstandschaft).<sup>9</sup>

Die strittige Forderung der Masse gegen die Beklagte wurde dem Kläger gestützt auf Art. 260 SchKG abgetreten (KB 9). Die Konkursitin wurde am [...] 2018 im Handelsregister gelöscht und am [...] 2018 wieder eingetragen. Die Wiedereintragung erfolgte nach Aktenschluss, kann aber ohne weiteres berücksichtigt werden, da das Gericht das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 229 Abs. 3 i.V.m. Art. 60 ZPO) und diese grundsätzlich im Zeitpunkt des Entscheids gegeben sein müssen.<sup>10</sup> Angesichts der Wiedereintragung braucht nicht beurteilt zu werden, ob die Löschung der konkursiten Gesellschaft im Handelsregister zum Verlust der Prozessführungsbefugnis des nach Art. 260 SchKG agierenden Abtretungsgläubigers führt.<sup>11</sup> Der Kläger ist somit als Prozessstandschafter prozessführungsbefugt.

### 1.4. Teilklage

Ist ein Anspruch teilbar, so kann auch nur ein Teil eingeklagt werden (Art. 86 ZPO). Eine echte Teilklage liegt vor, wenn von einem behaupteten Gesamtanspruch lediglich ein Teil eingeklagt wird.<sup>12</sup>

Dem Kläger wurde die gesamte Schadenersatzforderung der Konkursitin gegen die Beklagte nach Art. 260 SchKG abgetreten (KB 9). Die Forderung wurde im Inventar mit rund Fr. 1'200'000.00 aufgenommen (vgl. KB 7). Davon macht der Kläger im vorliegenden Verfahren Fr. 868'708.35 klageweise geltend. Er erhebt eine echte Teilklage, was zulässig ist.

---

<sup>7</sup> ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, Art. 59 N. 67 m.w.N.

<sup>8</sup> ZÜRCHER (Fn. 7), Art. 59 N. 69.

<sup>9</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2013, § 13 N. 25 f.; ZÜRCHER (Fn. 7), Art. 59 N. 67 sowie die Nachweise in Fn. 4.

<sup>10</sup> BGE 127 III 41 E. 4c.

<sup>11</sup> Vgl. LORANDI, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, AJP 2018, S. 729.

<sup>12</sup> BOPP/BESENICH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 8), Art. 86 N. 4.

## 1.5. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die weiteren Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten.

## 2. Replik- und Novenrecht

### 2.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin hat mit Eingabe vom 6. Juli 2018 zu angeblichen Dupliknoven Stellung genommen. Die Beklagte bestreitet, dass es sich bei ihren Ausführungen in der Duplik um Noven gehandelt habe und bestreitet die klägerischen Ausführungen dazu (Eingabe vom 16. Juli 2018).

### 2.2. Rechtslage

Den Parteien steht nach Abschluss des Schriftenwechsels gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 und 2 BV das Recht zu, zu jeder Eingabe der Gegenpartei Stellung zu nehmen, und zwar unabhängig davon, ob diese neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält.<sup>13</sup> Vom Replikrecht zu unterscheiden ist die Regelung von Art. 229 Abs. 1 ZPO (Novenrecht). Nach Eintritt des Aktenschlusses können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden.<sup>14</sup> Eine Tatsache ist neu, wenn sie ein Sachverhaltselement erstmals einführt. Wird ein bereits eingeführtes Sachverhaltselement hingegen bloss klargestellt, ist es nicht neu. Jedoch sind Vorbringen neu, die dem Nachsubstantiieren dienen, wenn die Partei ein substantiiertes Behaupten oder Bestreiten zuvor unterlassen hat.<sup>15</sup> Die Verspätung ist entschuldbar, wenn der betroffenen Partei keine Nachlässigkeit bei der Behauptungs- oder Beweisführungslast vorzuwerfen ist. Das Mass der zumutbaren Sorgfalt ist aus der Sicht vor dem Aktenschluss und nicht *ex post* zu bewerten.<sup>16</sup> Es gilt ein objektiver Massstab.<sup>17</sup> Es obliegt der Partei, die das Novenrecht beansprucht, darzutun, inwiefern die Verspätung entschuldbar ist.<sup>18</sup> Ohne Verzug sind Noven vorgebracht, wenn sie *unverzüglich nach der Entdeckung* in den Prozess eingebracht werden.<sup>19</sup> Gemäss der handelsgerichtlichen Praxis sind Noven im ordentlichen Verfahren innert kurzer Frist (praxisgemäss 10 Tage)<sup>20</sup> und – falls sie nicht erst unmittelbar vor der

---

<sup>13</sup> BGE 144 III 117 E. 2.1; 138 I 154 E. 2.3.3 m.w.N.

<sup>14</sup> LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Fn. 8), Art. 229 N. 4a.

<sup>15</sup> BSK ZPO-WILLISEGGER, 3. Aufl. 2017, Art. 229 N. 16.

<sup>16</sup> LEUENBERGER (Fn. 14), Art. 229 N. 8.

<sup>17</sup> BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 15), Art. 229 N. 32.

<sup>18</sup> BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 15), Art. 229 N. 33; vgl. LEUENBERGER (Fn. 14), Art. 229 N. 10.

<sup>19</sup> LEUENBERGER (Fn. 14), Art. 229 N. 9.

<sup>20</sup> Vgl. Merkblatt des Handelsgerichts, abrufbar unter: <[https://www.ag.ch/media/kanton\\_aargau/jb/dokumente\\_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt\\_Handelsgericht.pdf](https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/obergerichte/handelsgericht/Merkblatt_Handelsgericht.pdf)> (zuletzt besucht am 21. März 2019).

Hauptverhandlung entstehen – noch vor Durchführung der Hauptverhandlung mittels Noveneingabe in das Verfahren einzubringen.<sup>21</sup> Ob das Erfordernis des Vorbringens "ohne Verzug" mit Bezug auf eine bestimmte Eingabe eingehalten ist, ist letztlich jedoch in Würdigung der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Allgemein ist immerhin festzuhalten, dass nach der Entdeckung von Noven nicht einfach zugewartet werden darf, bis die Gegenpartei eine Eingabe macht, worauf im Rahmen des Replikrechts zu dieser Eingabe Stellung genommen wird.

### **2.3. Würdigung**

Die Klägerin hat mit ihrer Eingabe vom 6. Juli 2018 von ihrem unbedingten Replikrecht Gebrauch gemacht. Ob die enthaltenen Tatsachenbehauptungen *im Einzelnen* zu berücksichtigen oder verspätet erfolgt sind, ist eine Frage des Novenrechts. Soweit die Klägerin in ihrer Eingabe hingegen rechtliche Ausführungen macht oder tatsächliche Ausführungen aus der Klage oder Replik lediglich wiederholt, gilt die Novenschranke nicht oder sind es keine Noven.

Die Ausführungen der Klägerin erweisen sich über weite Strecken als Wiederholungen oder rechtliche Ausführungen. Soweit neue Tatsachen enthalten sind und diese sich als entscheiderelevant erweisen, wird deren Zulässigkeit im Rahmen der Würdigung thematisiert.

### **3. Prüfungsaufbau**

Aufgrund des beklaglichen Einwands, die angeblichen Ansprüche der Konkursitin aus der Police Nr. [...] seien verwirkt, wurde das Verfahren auf die Frage der Verwirkung der vom Kläger geltend gemachten Ansprüche beschränkt. In diesem Rahmen ist zunächst zu beurteilen, ob die AVB, auf welche die Beklagte die Einwendung der Verwirkung stützt, wirksam in den Versicherungsvertrag einbezogen wurden. Sodann ist die Verwirkungsklausel auszulegen und zu prüfen, ob sie gültig ist. Gegebenenfalls wird zu beurteilen sein, ob die vom Kläger geltend gemachten Ansprüche verwirkt sind.

### **4. Wirksamer Einbezug der AVB, insbesondere von Ziff. H.**

#### **4.1. Parteibehauptungen**

##### **4.1.1. Kläger**

Der Kläger behauptet, er habe sich in den Jahren 2012 und 2014 von D. (Hauptagentur U.) betreffend Sachversicherung für die Konkursitin beraten lassen. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 17. März 2014 sei er, der Kläger, einziger Geschäftsführer der Konkursitin gewesen und habe diese gegenüber der Beklagten vertreten (Replik N. 23). Die Police Nr. [...] sei per 1. April 2014 abgeschlossen worden (Klage N. 7).

---

<sup>21</sup> Vgl. auch LEUENBERGER (Fn. 14), Art. 229 N. 9 m.w.N.; ZR 2014 Nr. 54, S. 176.

Der Kläger behauptet weiter, sein Verständnis des gesprochenen Deutsch inkl. Schweizerdeutsch sei gut und er könne sich gebrochen in Schweizerdeutsch mündlich ausdrücken. Jedoch sei er der deutschen Schriftsprache nicht mächtig (Klage N. 7, Replik N. 24). Die AVB bzw. die Verwirkungsklausel seien nicht Vertragsinhalt geworden. Die Konkursitin bzw. der Kläger habe den Verweis auf die AVB in der Police Nr. [...] mangels Kenntnis der deutschen Schriftsprache nicht lesen können und seine Bedeutung nicht verstanden (Replik N. 22 und 24). Daher habe die Konkursitin die AVB bzw. die Verwirkungsklausel der Beklagten nicht übernommen (Replik N. 24). Mangels Kenntnis und Verständnis der AVB habe die Konkursitin auch keine Beanstandungen gemäss Art. 12 VVG erheben können (Eingabe vom 6. Juli 2018 S. 10).

Überdies macht der Kläger geltend, die AVB seien "der Beklagten [sic] überhaupt nicht ausgehändigt" worden (Replik N. 26). In seiner Eingabe vom 6. Juli 2018, S. 10, führt er aus, er habe an der zitierten Stelle der Replik behauptet, die AVB seien *der Konkursitin* nicht ausgehändigt worden (vgl. auch klägerischer Schlussvortrag S. 3). Ferner habe die Konkursitin keine versicherungsrechtlichen Sachkenntnisse (Replik N. 26).

Für den Fall, dass die AVB übernommen worden sein sollten, führt der Kläger aus, es handle es sich um eine Globalübernahme, zumal der Kläger bzw. die Konkursitin die AVB nicht gelesen habe bzw. nicht habe lesen können (Replik N. 26; klägerischer Schlussvortrag S. 3). Gemäss Ziff. H. Abs. 3 [recte: Abs. 2] AVB verwerke der Anspruch, wenn die Beklagte den Anspruch ablehne, innert zwei Jahren nach Eintritt des Schadensereignisses. Gemäss Ziff. I. Abs. 3.2 AVB werde die Fälligkeit des Anspruchs während der Dauer eines Strafverfahrens bis zu dessen Abschluss aufgeschoben. Die Verwirkungsfrist laufe unabhängig von der Fälligkeit (Replik N. 28). Dies könne dazu führen, dass die Verwirkung bereits eintrete, bevor die Forderung des Versicherungsnehmers überhaupt fällig und damit klagbar geworden sei. Die Verwirkungsklausel sei ungewöhnlich und greife zudem erheblich in die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers ein (Replik N. 29; Eingabe vom 6. Juli 2018 S. 12; klägerischer Schlussvortrag S. 3 bis 5). Der Kläger bestreitet, dass die von der Beklagten beigebrachten Policen die Verbreitung und Häufigkeit der Verwirkungsklausel belegten (Eingabe vom 6. Juli 2018 S. 11).

#### **4.1.2. Beklagte**

Die Beklagte macht geltend, die AVB [...] sowie die Zusatzbedingungen Sachversicherung [...] seien Bestandteile der Police Nr. [...] (Antwort N. II.1.1., Duplik N. II.2.1.). Dies sei in der Police ausdrücklich festgehalten. Der Kläger behaupte denn auch nicht, AVB und Zusatzbedingungen nicht erhalten zu haben (Duplik N. II.2.1.). In Ziff. H. AVB seien die Verjährung und Verwirkung geregelt. Die Vorgaben gemäss Art. 3 Abs. 2 VVG seien eingehalten und die AVB inklusive der Verwirkungsklausel gemäss Ziff. H.

gültig übernommen worden (Antwort N. II.1.6.2.). Der Kläger behaupte nicht, dass die Konkursitin nach Zustellung der Police Nr. [...] deren Ausstellung und Inhalt in irgendeiner Form gegenüber der Beklagten beanstandet habe. Damit habe die Konkursitin den Inhalt nach Massgabe von Art. 12 VVG, der am Schluss der Police explizit festgehalten sei, genehmigt. Die Sprach- und Lesekenntnisse des Klägers seien weder für die Rechtsgültigkeit der Police Nr. [...] noch für die Übernahme weiterer Vertragsbestandteile von Belang. Zudem seien die Behauptungen ungläubhaft (Duplik N. II.2.1.; beklagtischer Schlussvortrag S. 4).

Sodann bestreitet die Beklagte, dass die Verwirkungsklausel gemäss Ziff. H. AVB ungewöhnlich sei. Weder werde die Vertragsnatur wesentlich verändert noch falle sie aus dem Rahmen des Vertragstyps. Auch entspreche die Klausel Art. 46 Abs. 2 VVG und beeinträchtige die Rechtsstellung der Konkursitin im Vergleich zur gesetzlichen Regelung nicht (Antwort N. II.1.6.4.; beklagtischer Schlussvortrag S. 4). Der Versicherungsalltag zeige, dass die Klausel nicht ungewöhnlich sei. Eine Auswahl eigener Sachversicherungen der Beklagten und solcher anderer Versicherungsunternehmen bestätige dies. Auch das Bundesgericht habe festgehalten, dass die Klausel nicht ungewöhnlich sei (Duplik N. II.2.2.).

## **4.2. Übernahme der Allgemeinen Versicherungsbedingungen**

### **4.2.1. Rechtslage**

#### **4.2.1.1. Abschluss von Versicherungsverträgen**

Der Versicherungsvertrag ist ein einvernehmliches Rechtsgeschäft, das durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande kommt (Art. 100 Abs. 1 VVG i.V.m. Art. 1 OR). Üblicherweise stellt der künftige Versicherungsnehmer einen Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrags (vgl. Art. 1 Abs. 1 VVG), während die Handlungen des Versicherungsagenten – beispielsweise die Aushändigung eines Antragsformulars oder eines Prospekts – bloss eine Einladung zur Antragsstellung darstellen. Die Annahme als empfangsbedürftige Willenserklärung unterliegt keinen Formerfordernissen; sie kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen, beispielsweise durch Übergabe der Police.<sup>22</sup> Eine Antwort der Versicherung gilt nur als Annahme, wenn sie in allen (objektiv und subjektiv) wesentlichen Punkten mit dem Antrag übereinstimmt. Andernfalls liegt eine Gegenofferte vor.<sup>23</sup> Die Übergabe einer vom Antrag in wesentlichen Punkten abweichenden Police als vermeintliche "Annahme" gilt als neue (Gegen-)Offerte des

---

<sup>22</sup> BGer 4C.98/2007 vom 29. April 2008 E. 2.1.1.; BSK VVG Nachf.Bd.-STOESSEL, 2012, Art. 1 ad N. 3 ff.

<sup>23</sup> BSK VVG Nachf.Bd.-STOESSEL (Fn. 22), Art. 1 ad N. 8; BSK VVG-STOESSEL, 2001, Art. 1 N. 8; FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, N. 3.42; ITEN, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis, 1999, N. 269 f.; vgl. BGer 4C.72/2006 vom 30. Mai 2005 E. 3 (zum Werkvertrag); BGE 120 II 133 E. 4b.

Versicherers, die der Versicherungsnehmer ausdrücklich oder stillschweigend, z.B. durch Bezahlung der Prämien, annehmen kann.<sup>24</sup> Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass nach ausdrücklicher oder stillschweigender Annahme des Versicherers (in Übereinstimmung mit den wesentlichen Punkten des Angebots) dieser eine abweichende Police zustellt. Diesfalls weicht die Police vom vereinbarten Vertragsinhalt ab und es kommt Art. 12 VVG zur Anwendung.

#### **4.2.1.2. Übernahme Allgemeiner Vertragsbedingungen**

Allgemeine Versicherungsbedingungen regeln üblicherweise den typischen Inhalt des Versicherungsvertrags und bestimmen insbesondere die Voraussetzungen der Leistungspflicht des Versicherers, den Deckungsumfang und die Einschränkungen der umschriebenen Gefahr durch Ausschlussklauseln.<sup>25</sup> Allgemeine Versicherungsbedingungen stellen regelmässig objektiv oder zumindest für den Versicherer subjektiv wesentliche Vertragspunkte dar.<sup>26</sup>

Allgemeine Versicherungsbedingungen – wie Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Allgemeinen – müssen von den Parteien im Einzelvertrag übernommen werden, um Geltung zu erlangen.<sup>27</sup> Ob Allgemeine Geschäftsbedingungen vom Konsens erfasst sind, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln von Art. 1 ff. OR primär danach, ob sich ein übereinstimmender tatsächlicher Parteiwille feststellen lässt (natürlicher Konsens), subsidiär nach Vertrauensprinzip (normativer Konsens).<sup>28</sup> Die Übernahme kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen und geschieht vielfach durch Verweisung.<sup>29</sup>

Als global übernommen gelten Allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine Partei nicht liest, nicht zur Kenntnis nimmt oder in ihrer Tragweite nicht versteht.<sup>30</sup> Nichtlesen und Nichtverstehen trotz Lesens bedeuten im Ergebnis gleichermassen inhaltliche Unkenntnis.<sup>31</sup> Eine Globalübernahme Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach dem Vertrauensprinzip gültig, wenn der Verwender den Kunden vor Vertragsschluss auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eindeutig hinweist und ihm die Möglichkeit verschafft,

---

<sup>24</sup> BGer 5C.147/2001 vom 30. Juli 2001 E. 2b; BSK VVG Nachf.Bd.-STOESSEL (Fn. 22), Art. 1 ad N. 8.

<sup>25</sup> BSK VVG Nachf.Bd.-STOESSEL (Fn. 22), Vor Art. 1-3 ad N. 23.

<sup>26</sup> Vgl. BSK VVG-FUHRER, 2001, Art. 33 N. 52.

<sup>27</sup> KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, N. 23.19; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl. 2014, N. 1128; BSK VVG-FUHRER (Fn. 26), Art. 33 N. 40; vgl. BGer 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1.

<sup>28</sup> KOLLER (Fn. 27), N. 23.20.

<sup>29</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 27), N. 1128a f.; vgl. zur stillschweigenden Übernahme BGE 77 II 154 E. 4; BGer 4C.261/2005 vom 9. Dezember 2005 E. 2.4 (betreffend SIA-Norm 108).

<sup>30</sup> BGer 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 27), N. 1128c; KRAMER/PROBST/PERRIG, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2016, § 5 N. 88 und § 7 N. 116; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, 1986, Art. 1 N. 190.

<sup>31</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 5 N. 88.

in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen.<sup>32</sup> Daher können auch ungelesene Allgemeine Geschäftsbedingungen, die auf dem Vertragsdokument selber abgedruckt sind oder diesem beigelegt sind, oder auf die im unterzeichneten Vertragsdokument ausdrücklich verwiesen wird, als normativ vereinbart gelten.<sup>33</sup>

Die Zugänglichkeitsvoraussetzungen müssen vor Vertragsabschluss vorliegen.<sup>34</sup> Es ist derjenige Zeitpunkt massgeblich, in dem der Kunde die ihn verpflichtende Einbeziehungserklärung abgibt.<sup>35</sup> Ein Hinweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen nach Vertragsabschluss genügt nicht. Ein solcher stellt einen Antrag zur Vertragsänderung dar, der bei Stillschweigen der anderen Partei grundsätzlich nicht als angenommen gilt (vgl. Art. 6 OR).<sup>36</sup> Die Kenntnisnahme ist möglich, wenn die vollständigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsabschluss für den Kunden verfügbar sind.<sup>37</sup> Zumutbar ist die Kenntnisnahme, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen leicht, d.h. unmittelbar und ungehindert zugänglich sind.<sup>38</sup>

Gegenüber Konsumenten ("b2c-Verkehr") reicht ein blosser Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne deren Zurverfügungstellung i.d.R. nicht aus.<sup>39</sup> Im unternehmerischen Geschäftsverkehr ("b2b-Verkehr") sind die Anforderungen an die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme indes tiefer. In Teilen der Lehre wird vertreten, den unternehmerischen Kunden treffe unter Umständen eine Erkundigungs- bzw. Verschaffungslast.<sup>40</sup> Andererseits wird auch festgehalten, die Notwendigkeit, unbekannte Allgemeine Geschäftsbedingungen anzufordern, führe im Regelfall auch bei einer unternehmerisch tätigen Vertragspartei zur Unzumutbarkeit der Kenntnisnahme.<sup>41</sup> Branchenüblichkeit mache Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht *eo ipso* verbindlich, doch könne von branchenkundigen Unternehmern erwartet werden, dass sie sich der Massgeblichkeit der betreffenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen bewusst seien. Widersprechen sie der Einbeziehung bei Vertragsschluss nicht ausdrücklich, könne in solchen Fällen von einer stillschweigenden Einbeziehung ausgegangen

---

<sup>32</sup> BSK VVG-FUHRER (Fn. 26), Art. 33 N. 46 m.w.N.; KOLLER (Fn. 27), N. 23.47; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2016, N. 45.02 f.

<sup>33</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 5 N. 87; vgl. BGE 119 II 443 E. 1a; 108 II 416 E. 1b; 64 II 355 E. 2.

<sup>34</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 27), N. 1134; KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 118.

<sup>35</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 118; PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, 2011, S. 53; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 27), N. 1134.

<sup>36</sup> HUGUENIN, Obligationenrecht, 2. Aufl. 2014, N. 615; PERRIG (Fn. 35), S. 54 ff.

<sup>37</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 136.

<sup>38</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 137.

<sup>39</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 136.

<sup>40</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 218; PERRIG (Fn. 35), S. 297; KOLLER (Fn. 27), N. 23.49; GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: Giger/Schluep (Hrsg.), Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht, Band V, 1982, S. 52; OGer ZH, ZR 90 (1991) Nr. 2, S. 5; vgl. BGE 77 II 154 E. 4.

<sup>41</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 220, mit Verweis auf BGE 139 III 345 E. 4.4.2.

werden. Die branchenkundige Gegenpartei treffe im unternehmerischen Verkehr bei branchenüblichen Regelungswerken vermutungsweise eine Erkundigungsobliegenheit.<sup>42</sup>

Das Bundesgericht lehnte eine solche Erkundigungsobliegenheit in BGE 139 III 345 zwar ab, doch der Fall betraf die spezifischen Voraussetzungen einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 23 LugÜ, die gemäss Bundesgericht "streng auszulegen" sind; es gälten "hohe Anforderungen".<sup>43</sup> Diese Rechtsprechung, welche die Formerfordernisse gemäss Art. 23 LugÜ betrifft, kann nicht ohne weiteres auf die rechtsgeschäftliche Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Allgemeinen übertragen werden. Schlussendlich ist stets aufgrund der Umstände des Einzelfalls<sup>44</sup> und nach Massgabe des Vertrauensprinzips beurteilen, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen übernommen wurden.

Für eine zumutbare Kenntnisnahme muss ein inländischer AGB-Verwender gegenüber einem inländischen Kunden den Hinweis sowie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der am Ort des Vertragsschlusses üblichen Sprache präsentieren, sofern sich die Parteien nicht auf eine andere Verhandlungs- und Vertragssprache eingelassen haben.<sup>45</sup> Gegenüber sprachunkundigen Kunden gilt im Allgemeinen die Verhandlungs- und Vertragssprache als massgebend. Lässt sich der Kunde auf eine ihm fremde Verhandlungssprache ein, so hat er grundsätzlich als Konsequenz der Globalannahme ungeachtet seiner Sprachkenntnisse in Bezug auf die in dieser Sprache abgefassten Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Sprachrisiko zu tragen, soweit es für den AGB-Verwender nicht erkennbar war, dass der Kunde die Sprache nicht hinreichend beherrscht.<sup>46</sup>

Die Behauptungs- und Beweislast für die Sachumstände, aus denen auf einen wirksamen Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen geschlossen werden kann, trägt entsprechend der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB diejenige Partei, die sich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen beruft. Insbesondere hat sie die Erfüllung der Zugänglichkeitskriterien zu behaupten und beweisen.<sup>47</sup>

#### **4.2.2. Würdigung**

##### **4.2.2.1. Vertragsabschluss**

Keine der beiden Parteien hat die Umstände und den Ablauf des Vertragschlusses schlüssig behauptet. Die Beklagte behauptet einzig, in der Police

---

<sup>42</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 224; vgl. BGE 77 II 154 E. 4; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN (Fn. 30), Art. 1 N. 200; vgl. auch SCHWENZER (Fn. 32), N. 45.05.

<sup>43</sup> BGE 139 III 345 E. 4.3.

<sup>44</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 220.

<sup>45</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 152.

<sup>46</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 153.

<sup>47</sup> KRAMER/PROBST/PERRIG (Fn. 30), § 7 N. 155; vgl. BGer 4D\_75/2015 vom 16. Februar 2016 E. 4.1.

Nr. [...] werde auf die AVB hingewiesen (vgl. E. 4.1.2 hiervor). Auch der Kläger behauptet lediglich, im Rahmen der Beratung von *D.* sei "die Police" abgeschlossen worden (vgl. E. 4.1.1 hiervor). Es wurde nicht schlüssig behauptet, dass die Konkursitin und/oder die Beklagte vor Ausfertigung der Police Nr. [...] für den Vertragsabschluss relevante Willenserklärungen abgegeben hätten. Insbesondere wurde nicht behauptet, dass die Konkursitin einen Antrag auf Abschluss eines Versicherungsvertrags gestellt hätte, den die Beklagte angenommen hätte. Ein solcher Ablauf des Vertragsschlusses lässt sich auch nicht implizit aus den Ausführungen der Parteien herleiten.

Damit gilt mangels anderweitiger Parteibehauptungen die Zustellung der Police Nr. [...] als Offerte der Beklagten an die Konkursitin. Aus dem Stillschweigen der Konkursitin kann zwar grundsätzlich nicht auf eine konkludente Annahme geschlossen werden. Doch indem der Kläger Ansprüche der Konkursitin gegen die Beklagte aus dem Versicherungsvertrag gemäss Police Nr. [...] geltend macht, anerkennt er selbst, dass die Konkursitin die Offerte gemäss dieser Police angenommen hat. Spätestens in der Geltendmachung von versicherungsvertraglichen Ansprüchen liegt eine konkludente Annahme. Die Parteien gehen denn auch im Grundsatz übereinstimmend davon aus, dass die Konkursitin und die Beklagte einen Versicherungsvertrag mit dem Inhalt gemäss Police Nr. [...] abgeschlossen haben. Umstritten ist einzig, ob die AVB der Beklagten wirksam übernommen wurden.

#### **4.2.2.2. Keine Vollübernahme der AVB**

Die Beweislast für den wirksamen Einbezug der AVB in den Versicherungsvertrag trägt die Beklagte, die sich zur Geltendmachung der Verwirkung als rechtsaufhebende Tatsache auf Ziff. H. Abs. 2 AVB beruft.

Die AVB werden nur Vertragsinhalt, wenn eine entsprechende Willensübereinstimmung der Parteien besteht. Vorliegend lässt sich kein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien ausmachen, die AVB in den Versicherungsvertrag einzubeziehen. Folglich ist die Frage der Übernahme nach dem Vertrauensprinzip zu beurteilen. Letztlich ist danach zu fragen, ob die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, die Konkursitin sei mit dem Einbezug der AVB einverstanden.

Die Beklagte behauptet nicht, die Konkursitin bzw. der Kläger als deren einziger Geschäftsführer habe die AVB vor Vertragsschluss im Einzelnen gelesen und zur Kenntnis genommen. Somit liegt keine Vollübernahme der AVB vor.

#### **4.2.2.3. Globalübernahme der AVB**

Es ist zu beurteilen, ob die Beklagte die Konkursitin vor Abschluss des Versicherungsvertrags eindeutig auf die AVB hingewiesen und ihr die Möglichkeit verschafft hat, in zumutbarer Weise davon Kenntnis zu nehmen.

#### **4.2.2.3.1.**

Die Globalübernahme der AVB ist auch möglich, wenn die Konkursitin bzw. der Kläger als deren einziger Geschäftsführer diese mangels Sprach- bzw. Lesekenntnissen nicht verstanden haben sollten. Denn auch ungelesene oder inhaltlich – wegen Sprachschwierigkeiten oder anderen Verständnisproblemen – nicht verstandene AVB können global übernommen werden (vgl. E. 4.2.1.2 hiervor). Die Konkursitin liess sich auf Deutsch als Verhandlungs- und Vertragssprache ein und trägt damit das entsprechende Sprachrisiko. Da sie nichts gegen die Verwendung von Deutsch als Sprache der Police Nr. [...] eingewendet hatte, musste die Beklagte auch nicht erkennen, dass die Konkursitin bzw. der Kläger als deren Geschäftsführer den Inhalt des Vertrages samt AVB aufgrund ungenügender Sprachkenntnisse allenfalls gar nicht verstanden hatten. Folglich kann offen bleiben, ob die Konkursitin bzw. der Kläger die deutsche Schriftsprache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich nicht beherrschten. Der Kläger kann sich einer Übernahme der AVB nicht mit dem Hinweis auf angeblich fehlende Sprachkenntnisse entziehen.

#### **4.2.2.3.2.**

Die Police Nr. [...] verweist auf der ersten Seite unter dem Titel [...] ausdrücklich auf die "Sachversicherung [...]" (KB 2). Sodann enthält die Police Nr. [...] auf Seite 5 f. unter dem Titel "Besondere Vertragsbedingungen" und Untertitel "in Ergänzung/Abänderung der Allgemeinen Vertragsbedingungen" weitere Vertragsbestimmungen (KB 2). Die Konkursitin konnte und musste bei der Lektüre der (als Antrag zu qualifizierenden) Police Nr. [...] ohne weiteres erkennen, dass die AVB nach dem Willen der Beklagten Vertragsbestandteil bilden sollten. Damit wurde die Konkursitin vor Vertragsschluss eindeutig auf die AVB hingewiesen.

#### **4.2.2.3.3.**

Zu prüfen bleibt, ob der Konkursitin die Möglichkeit verschafft wurde, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AVB Kenntnis zu nehmen. Der Kläger bestreitet, dass die AVB der Konkursitin ausgehändigt worden seien. Wenn er in der Replik schreibt, die AVB seien "der Beklagten überhaupt nicht ausgehändigt" worden (vgl. E. 4.1.1 hiervor), handelt es sich dabei um ein offensichtliches Versehen. Es ist augenfällig, dass entweder ein "von" vergessen ging und es heissen sollte, die AVB seien *von* der Beklagten nicht ausgehändigt worden, oder die Bezeichnungen "Beklagte" und "Konkursitin" irrtümlicherweise vertauscht wurden und es heissen sollte, die AVB seien der *Konkursitin* nicht ausgehändigt worden. Diesen Verschieb hätte die anwaltlich vertretene Beklagte bei der Lektüre der Replik ohne weiteres erkennen können und müssen.

Der Kläger stellte die Bedeutung der Ausführungen in der Replik mit seiner Eingabe vom 6. Juli 2018 sowie dem Schlussvortrag denn auch klar (vgl.

E. 4.1.1 hiavor). Dabei handelt es sich nicht um ein Novum, das nur unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO zulässig wäre, sondern um eine auch nach Aktenschluss zulässige Klarstellung einer bereits in das Verfahren eingeführten Tatsachenbehauptung.<sup>48</sup> Nachdem der Kläger die Übergabe der AVB an die Konkursitin bestritten hatte, hätte die behauptungs- und beweisbelastete Beklagte ihre Behauptungen zur Aushändigung der AVB substantiieren müssen. Dies hat sie nicht getan. Sie führt nicht im Einzelnen aus, wann, in welcher Form und durch wen die AVB der Konkursitin übergeben worden sein sollen. Da der unsubstantiierte Sachvortrag dem unbewiesenen gleichgestellt ist,<sup>49</sup> gelten die AVB nicht als vor Vertragsschluss der Konkursitin ausgehändigt. Auch behauptet die Beklagte nicht, dass bzw. inwiefern die AVB der Konkursitin anderweitig zugänglich gewesen wären.

Indes kann im unternehmerischen Geschäftsverkehr eine zumutbare Kenntnisnahme unter gewissen Umständen auch möglich sein, wenn der Verwender die Allgemeinen Versicherungsbedingungen dem Kunden nicht aushändigt oder anderweitig zur Verfügung stellt (vgl. E. 4.2.1.2 hiavor). Die Konkursitin führte als Unternehmen einen Geschäftsbetrieb im Bereich Malerarbeiten und Strassenmarkierungen. Sie kann zwar in Bezug auf das Versicherungsgeschäft nicht als branchenkundig im eigentlichen Sinn gelten. Doch die Verwendung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen im Rahmen von Privatversicherungsverträgen ist Standard und derart üblich, dass dies als allgemein bekannt gelten muss. Daher müssen auch nicht selbst im Versicherungsgeschäft tätige Unternehmen wissen, dass beim Abschluss standardmässiger Versicherungsprodukte wie der vorliegenden Sachversicherung die Allgemeinen Versicherungsbedingungen des Versicherers Vertragsinhalt werden sollen.

Es entspricht denn auch einer allgemeinen Erfahrungstatsache, dass sich ein Versicherer nicht auf Verhandlungen mit einem potentiellen Versicherungsnehmer über den Einbezug der Allgemeinen Versicherungsbedingungen einlassen wird. Stimmt der Versicherungsnehmer den Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht zu, wird der Versicherer den Vertrag nicht abschliessen. Dies ist nicht nur bei Sachversicherungen im Unternehmensbereich der Fall, sondern bei sämtlichen Privatversicherungen – sowohl für Unternehmenskunden als auch für Konsumenten. Jedermann, juristische wie auch natürliche Personen, kommt im Alltag mit den verschiedensten Privatversicherungen in Berührung. Entsprechend darf auch von der Konkursitin die elementare Kenntnis erwartet werden, dass in der Versicherungsbranche der Versicherer bei Standardprodukten wie der vorliegend

---

<sup>48</sup> Vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER (Fn. 15), Art. 229 N. 16.

<sup>49</sup> Vgl. BGer 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2; KUKO ZPO-OBERHAMMER, 2. Aufl. 2013, Art. 55 N. 12.

strittigen Sachversicherung stets seine Allgemeinen Versicherungsbedingungen als Vertragsinhalt einbeziehen will.

Zudem hätte der Konkursitin bei der Lektüre der Police Nr. [...] auffallen müssen, dass diese den Inhalt des Versicherungsvertrags nur in rudimentären Zügen regelte (KB 2). Angesichts des konkreten Hinweises auf die AVB (und Zusatzbedingungen) der Beklagten hätte die Konkursitin erkennen können und müssen, dass die Police Nr. [...] nach dem Willen der antragstellenden Beklagten (vgl. E. 4.2.2.1 hiervor) nicht den gesamten Vertragsinhalt regelt, sondern die konkreten Modalitäten der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in separaten Dokumenten – den AVB (und Zusatzbedingungen) – spezifiziert werden. Bestünde der Versicherungsvertrag einzig aus dem Inhalt der Police Nr. [...], wäre er augenscheinlich unvollständig. Es ist gar fraglich, ob der blosse Inhalt der Police Nr. [...] überhaupt die objektiv wesentlichen Vertragspunkte genügend bestimmt regeln würde. Die Beklagte durfte nach Treu und Glauben erwarten, dass die Konkursitin als vernünftig handelnde Versicherungsnehmerin dies erkennen würde.

Vor diesem Hintergrund hätte die Konkursitin sich vor Vertragsschluss nach den AVB erkundigen oder deren Einbezug zumindest explizit widersprechen müssen. Eine Kenntnisaufnahme der AVB wäre ihr damit zumutbar und möglich gewesen. Sie hatte eine Erkundigungs- oder zumindest eine Widerspruchsobliegenheit, der sie nicht nachgekommen ist. Wenn nun die Konkursitin einer Police zugestimmt hat, die den Vertragsinhalt nur rudimentär regelt und für den weiteren Vertragsinhalt auf AVB verweist, ohne sich nach dem Inhalt der AVB zu erkundigen, ist ihr dieses Verhalten anzulasten. Unter diesen besonderen Umständen durfte die Beklagte die (konkludente) Annahme der Konkursitin nach Treu und Glauben auch als Zustimmung zum Einbezug der AVB verstehen, selbst wenn sie die AVB der Konkursitin nie ausgehändigt oder anderweitig direkt oder indirekt zur Verfügung gestellt hat.

#### **4.2.2.4. Zwischenfazit**

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die AVB global in den Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und der Konkursitin übernommen wurden.

### **4.3. Ungewöhnlichkeitsregel**

#### **4.3.1. Rechtslage**

Die Geltung vorformulierter Allgemeiner Geschäftsbedingungen wird durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu Allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Für einen Branchenfremden können deshalb auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein.<sup>50</sup>

Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung die betreffende Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. 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.<sup>51</sup>

Das Bundesgericht hat bereits mehrmals Verwirkungsklauseln der Art, wie sie vorliegend von der Beklagten angerufen wurden, als nicht ungewöhnlich qualifiziert. Eine Verwirkungsklausel, die vorsieht, dass die Ansprüche gegen den Versicherer verirken, falls sie nicht innert zwei Jahren nach Eintritt des Schadensfalls gerichtlich geltend gemacht werden, regle einzig eine Modalität der Ausübung der vertraglichen Rechte.<sup>52</sup> Solche Klauseln, die nicht neu seien,<sup>53</sup> seien in Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht selten. Zudem ergebe sich die Möglichkeit, eine Verwirkungsfrist vertraglich zu vereinbaren, aus dem Gesetz selbst.<sup>54</sup>

Anderer Meinung ist FUHRER, der die Ungewöhnlichkeit damit begründet, dass die Verwirkung nicht nur vom Zeitablauf abhängt, sondern zudem von der Ablehnung der Entschädigungsforderung durch den Versicherer. So könne der Versicherer den Versicherten in die "Verwirkungsfalle" laufen lassen.<sup>55</sup> Darin liegt jedoch eher eine Privilegierung des Versicherungsnehmers, indem bei Nichtablehnung der Entschädigungsforderung innerhalb der zweijährigen Verwirkungsfrist die Verwirkung definitiv nicht mehr eintreten kann. Der Fall, dass der Versicherer den Versicherten in die "Verwirkungsfalle" laufen lässt, macht die Klausel nicht per se ungewöhnlich. Ein entsprechendes Verhalten des Versicherers wäre im Einzelfall gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB zu beurteilen.

---

<sup>50</sup> BGE 138 III 411 E. 3.1; 135 III E. 2.1; 119 II 443 E. 1a; 109 II 452 E. 5b; BGer 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1; vgl. auch BSK VVG-FUHRER (Fn. 26), Art. 33 N. 57 ff.

<sup>51</sup> BGE 138 III 411 E. 3.1; 135 III E. 2.1; 119 II 443 E. 1a; 109 II 452 E. 5b; BGer 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1; vgl. auch BSK VVG-FUHRER (Fn. 26), Art. 33 N. 57 ff.

<sup>52</sup> BGer 4A\_200/2008 vom 18. August 2008 E. 2.3.2 m.w.N.; 5C.215/1999 vom 9. März 2000 E. 4b.

<sup>53</sup> BGE 74 II 97 E. 2; 49 II 121 E. 6.

<sup>54</sup> BGer 4A\_200/2008 vom 18. August 2008 E. 2.3.2 m.w.N.

<sup>55</sup> FUHRER (Fn. 23), N. 15.46.

#### 4.3.2. Würdigung

Die Beklagte behauptet nicht, sie habe die Konkursitin beim Vertragsschluss auf die Verwirkungsklausel gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB gesondert aufmerksam gemacht. Umstritten ist zwischen den Parteien, ob die Verwirkungsklausel ungewöhnlich ist (vgl. E 4.1 hiavor). Die strittige Vertragsbestimmung lautet wie folgt (AB 2 Ziff. H.):

**"H.  
Verjährung und Verwirkung**

1 [...].

2 [...].

[...]"

In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 4.3.1 hiavor) ist die Bestimmung gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB als im Versicherungsgeschäft branchenüblich zu qualifizieren. Das Bundesgericht stellte fest, dass derartige Verwirkungsklauseln in Allgemeinen Versicherungsbedingungen häufig vorkämen, und dies schon seit geraumer Zeit ("ne sont pas rares"; "ne datent pas d'hier").<sup>56</sup> Dies wird durch die von der Beklagten beigebrachten eigenen Allgemeinen Versicherungsbedingungen sowie die beigebrachten Allgemeinen Versicherungsbedingungen anderer Versicherer (Duplikbeilage [DB] 1 Ziff. [...], DB 2 Ziff. [...], DB 3 Ziff. [...], DB 4 Ziff. [...] Abs. 2, DB 5 Ziff. [...] Abs. 2, DB 6 Ziff. [...] Abs. 2, DB 7 Ziff. [...] Abs. 2, DB 8 Ziff. [...] Abs. 2, DB 9 Ziff. [...] Abs. 2, DB 10 Ziff. [...] Abs. 2, DB 11 Ziff. [...] Abs. 2, DB 12 Ziff. [...]) bestätigt. Diese enthalten allesamt Verwirkungsklauseln, die im Wesentlichen jener gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB entsprechen.

Da die Konkursitin nicht selbst im Versicherungsgeschäft tätig und damit branchenfremd ist, wäre die Verwirkungsklausel trotz Branchenüblichkeit dann ungewöhnlich, wenn sie einen objektiv geschäftsfremden Inhalt aufweisen würde (vgl. E. 4.3.1 hiavor). Die Bestimmung, dass der Anspruchsberechtigte seine Rechte verliert (Verwirkung), falls der Versicherer die Entschädigungsforderung ablehnt und der Anspruchsberechtigte sie nicht innert zwei Jahren nach "Eintritt des Ereignisses" – was unter Bezugnahme auf Abs. 1 von Ziff. H. AVB den "Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet" bedeuten muss – gerichtlich geltend macht, regelt die Modalitäten, unter denen der Anspruchsberechtigte seine Ansprüche gegen den Versicherer aus dem Versicherungsvertrag geltend zu machen hat. Die Verwirkungsklausel führt nicht zu einer wesentlichen Änderung des Charakters des Versicherungsvertrags, sondern betrifft lediglich die Vo-

---

<sup>56</sup> Vgl. BGer 4A\_200/2008 vom 18. August 2008 E. 2.3.2; BGE 74 II 97 E. 2; 49 II 121 E. 6.

raussetzungen der konkreten Rechtsausübung unter dem Vertrag. Die Bestimmung weicht auch nicht erheblich vom gesetzlichen Rahmen des Versicherungsvertrags ab. Im Gegenteil ist die Möglichkeit, vertraglich eine Verwirkungsfrist zu vereinbaren, gesetzlich gerade vorgesehen (vgl. Art. 46 Abs. 2 VVG; vgl. E. 5.2 hiernach).

Unter Umständen kann die Verwirkungsklausel gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB aber zu einer relativ starken Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Anspruchsberechtigten führen. Der Eintritt der Verwirkung ist davon abhängig, ob die Beklagte die Entschädigungsforderung ablehnt. Tut sie dies, beginnt die zweijährige Verwirkungsfrist bereits mit Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Damit wäre es der Beklagten möglich, durch eine Ablehnung der Entschädigungsforderung erst kurz vor Ablauf der zwei Jahre seit Eintritt des Ereignisses dem Anspruchsberechtigten – vorliegend der Konkursitin – die Wahrung der Verwirkungsfrist zu erschweren oder gar faktisch zu verunmöglichen.

Weiter kann die Rechtsstellung des Anspruchsberechtigten stark eingeschränkt sein, wenn die Fälligkeit der Ansprüche gegen die Beklagte infolge eines laufenden Strafverfahrens aufgeschoben ist. Gemäss Ziff. I. Abs. 3.2 AVB tritt die Fälligkeit so lange nicht ein, als Polizei oder Untersuchungsbehörden im Zusammenhang mit dem Ereignis ermitteln oder ein Strafverfahren gegen den Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigten nicht abgeschlossen ist. Lehnt die Beklagte die Entschädigungsforderung ab und dauert ein Strafverfahren länger als zwei Jahre nach Eintritt des Ereignisses, wird die Forderung vor Ablauf der Verwirkungsfrist nicht fällig. Der Anspruchsberechtigte kann in einem solchen Fall innert der zweijährigen Frist den Eintritt der Verwirkung mangels Fälligkeit nicht durch gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche verhindern.

Diese für den Anspruchsberechtigten einschneidenden Einschränkungen treten jedoch bloss in Einzelfällen aufgrund der konkreten Umstände auf. Sie schliessen die Ansprüche nicht von vornherein und in allgemeiner Weise aus. Daher kann aus der Möglichkeit solcher besonderer Konstellationen nicht auf die Ungewöhnlichkeit der Verwirkungsklausel geschlossen werden. Fällen einer ungebührlich starken Beschränkung der Rechte des Anspruchsberechtigten ist vielmehr im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 ZGB einzelfallweise Rechnung zu tragen. Es ist denkbar, dass die Berufung auf die Verwirkung durch die Beklagte im Einzelfall rechtsmissbräuchlich ist (vgl. E. 6.4 hiernach). Im Übrigen lassen sich solche Fälle gegebenenfalls auch über Art. 45 Abs. 3 VVG (vgl. E. 6.3 hiernach) erfassen.

Die global übernommene Ziff. H. Abs. 2 AVB erweist sich nicht als ungewöhnlich und gilt uneingeschränkt.

#### **4.4. Vorvertragliche Informationspflicht des Versicherers (Art. 3 f. VVG)**

##### **4.4.1. Rechtslage**

Gemäss Art. 3 Abs. 1 VVG hat der Versicherer den Versicherungsnehmer vor Abschluss des Versicherungsvertrags verständlich über die Identität des Versicherers und den wesentlichen Inhalt des Versicherungsvertrags zu informieren. Die Angaben sind dem Versicherungsnehmer so zu übergeben, dass er sie kennen kann, wenn er den Versicherungsvertrag beantragt oder annimmt. In jedem Fall muss er zu diesem Zeitpunkt im Besitz der Allgemeinen Versicherungsbedingungen und der Informationen über die Bearbeitung der Personendaten (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. g VVG) sein (Art. 3 Abs. 2 VVG). Hat der Versicherer die Informationspflicht nach Art. 3 VVG verletzt, so ist der Versicherungsnehmer berechtigt, den Versicherungsvertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherer wirksam (Art. 3a Abs. 1 VVG). Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen nachdem der Versicherungsnehmer von der Pflichtverletzung und den Informationen nach Art. 3 VVG Kenntnis erhalten hat, jedenfalls spätestens ein Jahr nach der Pflichtverletzung (Art. 3a Abs. 2 VVG). Grundsätzlich trägt der Versicherungsnehmer die Beweislast dafür, dass der Versicherer die vorvertragliche Informationspflicht verletzt hat.<sup>57</sup>

##### **4.4.2. Würdigung**

Es ist umstritten, ob die Beklagte der Konkursitin vor Vertragsschluss die AVB ausgehändigt hat (vgl. E. 4.1 hiavor). Sollte die Beklagte die vorvertragliche Informationspflicht verletzt haben, würde dies nicht zur Unbeachtlichkeit ansonsten wirksam einbezogener Allgemeiner Versicherungsbedingungen führen, sondern einzig das spezifische Kündigungsrecht nach Art. 3a VVG eröffnen.<sup>58</sup> Dass die Konkursitin innert vier Wochen nach Kenntnisnahme der Pflichtverletzung und der AVB von ihrem Recht nach Art. 3a Abs. 1 VVG Gebrauch gemacht und den Versicherungsvertrag gekündigt hätte, behauptet keine der Parteien. Damit kann offen bleiben, ob die Beklagte die vorvertragliche Informationspflicht gemäss Art. 3 VVG tatsächlich verletzt hat.

#### **4.5. Vorbehaltlose Annahme der Police (Art. 12 VVG)**

Stimmt der Inhalt der Police oder der Nachträge zu derselben mit den getroffenen Vereinbarungen nicht überein, so hat der Versicherungsnehmer binnen vier Wochen nach Empfang der Urkunde deren Berichtigung zu verlangen, widrigenfalls ihr Inhalt als von ihm genehmigt gilt (Art. 12 Abs. 1 VVG). Diese Bestimmung ist in ihrem Wortlaut in jede Police aufzunehmen (Art. 12 Abs. 2 VVG).

---

<sup>57</sup> BSK VVG Nachf.Bd.-KUH/GEIGER-STEINER, 2012, Art. 3a N. 6.

<sup>58</sup> Vgl. BK OR-MÜLLER, 2018, Art. 1 N. 325.

Da die Police Nr. [...] nicht vom vereinbarten Vertragsinhalt abweicht (vgl. E. 4.2.2 hiervor), ist Art. 12 VVG vorliegend nicht anwendbar.

#### **4.6. Keine Anwendung von Art. 8 UWG**

Gemäss Art. 8 UWG handelt unlauter, wer Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Der Anwendungsbereich des Art. 8 UWG ist auf Allgemeine Geschäftsbedingungen beschränkt, die gegenüber Konsumenten verwendet werden. Juristische Personen – auch kleinere und mittlere Unternehmungen – gelten nicht als Konsumenten im Sinne der Bestimmung.<sup>59</sup>

Da es sich bei der Konkursitin um eine unternehmerisch tätige juristische Person handelt, ist Art. 8 UWG nicht anwendbar und keine entsprechende Inhaltskontrolle vorzunehmen.

#### **4.7. Zwischenfazit**

Die AVB der Beklagten, insbesondere die Verwirkungsklausel in Ziff. H. Abs. 2 AVB, wurden in den Versicherungsvertrag zwischen der Konkursitin und der Beklagten wirksam einbezogen und bilden damit Vertragsbestandteil.

### **5. Gültigkeit von Ziff. H. Ziff. 2 AVB**

#### **5.1. Parteibehauptungen**

Die Beklagte macht unter Verweis auf Art. 46 Abs. 2 VVG geltend, das VVG lasse die Vereinbarung von Verwirkungsfristen zu, solange sie nicht kürzer als die zweijährige Verjährungsfrist seien. Ziff. H. Ziff. 2 AVB entspreche den gesetzlichen Vorgaben (Antwort N. II.1.6.4.)

Der Kläger äussert sich dazu nicht.

#### **5.2. Rechtslage**

Die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag verjähren in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet (Art. 46 Abs. 1 VVG; unter Vorbehalt von Art. 41 BVG). Gemäss Art. 46 Abs. 2 VVG sind Vertragsabreden, die den Anspruch gegen den Versicherer einer kürzeren Verjährung oder einer zeitlich kürzeren Beschränkung unterwerfen, ungültig (vorbehalten bleibt Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 VVG). Art. 46 VVG darf durch Vertragsabrede nicht zuungunsten des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten abgeändert werden (Art. 98 Abs. 1 VVG).

---

<sup>59</sup> BSK UWG-THOUVENIN, 2013, Art. 8 N. 79 und 82; SCHMID, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegungen zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 2012, S. 7 m.w.N.

*E contrario* folgt aus Art. 46 Abs. 2 VVG, dass eine Verwirkungsfrist ("zeitliche Beschränkung"), die gleich lang oder länger als die gesetzliche Verjährungsfrist nach Art. 46 Abs. 1 VVG ist, gültig vereinbart werden kann. Dies hat das Bundesgericht wiederholt bestätigt<sup>60</sup> und ist in der Lehre anerkannt.<sup>61</sup>

### 5.3. Würdigung

Der Kläger macht nicht geltend, die Verwirkungsklausel gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB habe einen widerrechtlichen Inhalt (zum davon zu unterscheidenden Argument, die Berufung auf die Verwirkung sei rechtsmissbräuchlich, vgl. E. 6.4 hiernach). Doch falls sich aus den vorgebrachten Parteibehauptungen ergäbe, dass die Verwirkungsklausel rechtswidrig und damit nichtig (vgl. Art. 20 Abs. 1 OR) ist, wäre dies von Amtes wegen zu beachten.<sup>62</sup>

In Ziff. H. Abs. 2 AVB vereinbarten die Beklagte und die Konkursitin, dass die Ansprüche gegen die Beklagte verirken, wenn die Beklagte die Entschädigungsforderung ablehnt und der Anspruchsberechtigte sie nicht innert zwei Jahren nach Eintritt des Ereignisses, d.h. nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet, gerichtlich geltend macht. Damit vereinbarten sie eine Verwirkungsfrist, die gleich lang ist wie die gesetzliche Verjährungsfrist gemäss Art. 46 Abs. 1 VVG. Dies ist zulässig (vgl. E. 5.2 hiervor). Die Verwirkungsklausel gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB erweist sich als rechtmässig.

## 6. Eintritt der Verwirkung

### 6.1. Parteibehauptungen

#### 6.1.1. Kläger

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe mit Schreiben vom 17. November 2015 den Schaden zuerst kategorisch abgelehnt. Anschliessend seien jedoch bis zum 3. März 2016 Vergleichsgespräche geführt worden. Am 22. Februar 2016 habe eine Besprechung am Hauptsitz der Beklagten in Y. stattgefunden (Replik N. 7). Der Kläger bestreitet, dass der Konkursitin die fehlende Vergleichsbereitschaft der Beklagten von Anfang an klar gewesen sei (Eingabe vom 6. Juli 2018 S. 4).

Mit E-Mail vom 3. März 2016 habe die Konkursitin die Beklagte um die Ausstellung eines Verjährungsverzichts für mindestens zwei Jahre ersucht. Sie habe festgehalten, die Erklärung müsse einen "gültigen Verjährungsverzicht im Hinblick auf sämtliche einschlägigen Vertragsbedingungen der jeweiligen Policen" darstellen (Replik N. 8). Am selben Tag habe die Beklagte per E-Mail bestätigt, sie werde den Verjährungsverzicht wunschgemäss

---

<sup>60</sup> BGer 4A\_200/2008 vom 18. August 2008 E. 2.2.2; 5C.215/1999 vom 9. März 2000 E. 3; vgl. BGE 74 II 97 E. 2; 49 II 121 E. 6.

<sup>61</sup> BSK VVG-GRABER, 2001, Art. 46 N. 39.

<sup>62</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 27), N. 681.

ausstellen (Replik N. 8). Die Beklagte habe gewusst, welche Bedeutung die Konkursitin dem Verjährungsverzicht beigemessen habe. Hätte sie das Verständnis der Konkursitin nicht geteilt, hätte sie diese über ein Missverständnis aufklären müssen. Sie treffe eine entsprechende Aufklärungspflicht (Replik N. 9 und 13). Es sei ihr bewusst gewesen, dass die Konkursitin zu klagen beabsichtigte (Stellungnahme vom 6. Juli 2018 S. 5). Die Beklagte habe die Konkursitin mit dem "scheinheiligen" Ausstellen eines Verjährungsverzichts in eine Verwirkungsfalle locken wollen (Replik N. 9).

Nach Treu und Glauben habe die Beklagte mit dem Verjährungsverzicht auf die Anrufung der Verwirkungsfrist bis am 11. Oktober 2018 verzichtet bzw. sei die Anrufung einer kürzeren Verwirkungsfrist rechtsmissbräuchlich (Replik N. 10 und 14; klägerischer Schlussvortrag S. 5 f., 7 und 9 f.). Denn ein Verjährungsverzicht mit dem gleichzeitigen Vorbehalt der Anrufung einer kürzeren Verwirkungsfrist sei eine sich diametral widersprechende Erklärung. Die Verjährungsverzichtserklärung impliziere deshalb zwingend den Verzicht auf eine kürzere Verwirkungsfrist (Replik N. 12; klägerischer Schlussvortrag S. 5 f.). Der Kläger macht geltend, er habe gestützt auf den Verjährungsverzicht zu Recht darauf vertraut, dass er bis am 13. Oktober 2018 Zeit habe, eine Klage einzuleiten (Replik N. 21).

Der Kläger habe das Datum der Konkurseröffnung, der Abtretungsermächtigung, seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen und die schlechten finanziellen Verhältnisse infolge Konkurs seiner Firma rechtzeitig behauptet und belegt, weshalb der Sachverhalt zusammen mit dem notorischen Datum der Klageeinreichung sowie der notorischen Tatsache, dass der Kläger vor der Abtretungserklärung keine Klagemöglichkeit gehabt habe, von Amtes wegen unter Art. 45 Abs. 3 VVG zu subsumieren sei. Angesichts der hohen Anforderungen an die Sorgfalt für eine Klage vor der einzigen kantonalen Instanz, der finanziellen Situation des Klägers, den Sprachschwierigkeiten und dem Gesundheitszustand des Klägers dürfe das allenfalls Versäumte als nach Wegfall des unverschuldeten Hindernisses sofort nachgeholt gelten, da die Klage rund einen Monat nach Erteilung der Abtretungserklärung erhoben worden sei (klägerischer Schlussvortrag S. 8).

### **6.1.2. Beklagte**

Die Beklagte beruft sich auf Ziff. H. Abs. 2 der AVB und macht geltend, allfällige Ansprüche der Konkursitin aus dem Versicherungsvertrag seien verwirkt. Die Beklagte habe insbesondere mit Schreiben vom 17. November 2015, aber auch mit Bestätigungsschreiben vom 18. Dezember 2015 und 30. März 2016 Schadenszahlungen explizit abgelehnt (Antwort N. II.1.3.4. bis II.1.3.7.; Duplik N. II.1.1.; beklagtischer Schlussvortrag S. 3). Der Kläger habe die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag erst am 2. Februar 2018 gerichtlich geltend gemacht, d.h. über zwei Jahre nach dem Schadensdatum (Antwort N. II.1.4.2.). Sie habe dem Kläger zu keinem Zeitpunkt Anlass zur Annahme gegeben, dass sie allenfalls von einer Leistungspflicht

ausgehen könnte, sodass der Kläger sich nicht auf Art. 45 VVG berufen könne (Antwort N. II.1.5.3. f.).

Der Rechtsvertreter der Konkursitin habe einen Verjährungsverzicht verlangt. Am 4. März 2016 habe die Beklagte eine Erklärung ausgestellt, wonach im Rahmen des Deckungsumfangs der angeführten Police bis am 11. Oktober 2018 auf die Einrede der Verjährung verzichtet werde, soweit diese bis zum Zeitpunkt der Ausstellung nicht schon eingetreten sei. Es sei explizit darauf hingewiesen worden, dass alle übrigen Rechte, Einreden und Einwendungen vorbehalten blieben (Antwort N. II.4.2., Duplik N. II.1.2.; beklagtischer Schlussvortrag S. 3). Der Verjährungsverzicht sei für die Verwirkung ohne Belang; Verjährung und Verwirkung bestünden nebeneinander und das Gesetz lasse unterschiedlich lange Fristen zu. Eine Erklärung bezüglich Verjährung könne daher nicht auf die Verwirkung ausgedehnt werden. Die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt auf die Einrede [präziser: Einwendung] der Verwirkung verzichtet (Antwort N. II.1.6.5.; beklagtischer Schlussvortrag S. 3).

Die Konkursitin bzw. deren Rechtsvertreter habe auf die Zustellung der Erklärung nicht reagiert. Der Text der Erklärung sei klar und nicht auslegungsbedürftig. Die Beklagte sei nicht verpflichtet gewesen, trotz des klaren Wortlauts der Erklärung das Verständnis des Verjährungsverzichts seitens des Rechtsvertreters des Klägers zu hinterfragen. Zudem hätte der Rechtsvertreter des Klägers bei Konsultation der AVB feststellen müssen, dass Ziff. H. den Titel "Verjährung und Verwirkung" trage (Duplik N. II.1.2.). Ein Verjährungsverzicht entbinde den Versicherungsnehmer nicht davon, allfällige weitere leistungshemmende oder leistungsvernichtende Umstände, namentlich die Verwirkung, zu prüfen und entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Dies gelte insbesondere für den anwaltlich vertretenen Gläubiger (Duplik N. II.1.3.; beklagtischer Schlussvortrag S. 3). Die Beklagte habe niemals Anlass zur Annahme gegeben, eine Geltendmachung der Ansprüche sei nicht nötig (Duplik N. II.1.6.). Sie habe die Konkursitin bzw. den Kläger nicht dazu veranlasst, seine Rechte nicht oder nicht rechtzeitig durchzusetzen, sondern im Gegenteil stets klar kommuniziert, dass sie nicht leisten werde. Die Berufung auf die Verwirkung sei nicht rechtsmissbräuchlich (Duplik N. II.1.3.; beklagtischer Schlussvortrag S. 3).

Sodann habe keine Aufklärungs- oder Informationspflicht der Beklagten bestanden, auf die Verwirkungsklausel hinzuweisen, weder aus Gesetz noch aus Vertrag oder Treu und Glauben. In der Verjährungsverzichtserklärung seien andere Einreden und Einwendungen ausdrücklich vorbehalten. Die Versicherungsnehmerin sei anwaltlich vertreten gewesen; es habe zwischen den Parteien kein Informationsgefälle bestanden (Antwort N. II.1.6.6.; beklagtischer Schlussvortrag S. 3).

## **6.2. Eintritt der Verwirkung**

### **6.2.1. Rechtslage**

#### **6.2.1.1. Verwirkung**

Die Verwirkung führt zum Untergang des betreffenden Rechts und ist als Einwendung von Amtes wegen zu berücksichtigen.<sup>63</sup> Der Verlauf der Verwirkungsfrist kann weder gehemmt noch unterbrochen werden<sup>64</sup> und ein Verzicht auf die Einwendung der Verwirkung durch den Schuldner ist grundsätzlich nicht möglich.<sup>65</sup> Vorbehalten bleibt ein allfälliger Rechtsmissbrauch seitens des Gläubigers (vgl. E. 6.4 hiernach.)

Verjährung und Verwirkung bestehen nebeneinander, weshalb der Anspruchsberechtigte gegebenenfalls die für die Wahrung der Verwirkungsfrist vorgesehene Rechtshandlung vornehmen und zusätzlich die Verjährung unterbrechen muss.<sup>66</sup>

#### **6.2.1.2. Verjährungsverzicht**

Die Verjährung begründet ein Einrederecht des Schuldners: Der Schuldner der verjährten Forderung ist berechtigt, die geschuldete Leistung zu verweigern,<sup>67</sup> obwohl die Forderung weiterhin besteht.<sup>68</sup> Gemäss Art. 141 Abs. 1 OR kann "auf die Verjährung [...] nicht zum Voraus verzichtet werden." Präzisierend ist dazu Folgendes festzuhalten: Nach eingetretener Verjährung kann der Schuldner auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichten.<sup>69</sup> Ebenso kann der Schuldner gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung während laufender Verjährungsfrist auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichten, denn Art. 141 Abs. 1 OR untersagt nur den Verjährungsverzicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.<sup>70</sup> Die Verjährungsfrist gemäss Art. 46 Abs. 1 VVG darf mithin zugunsten des Versicherungsnehmers verlängert werden; unzulässig ist eine Verkürzung (vgl. Art. 98 VVG). Eine einseitige Verjährungsverzichtserklärung ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. es ist nach dem Sinn zu fragen, den der Empfänger der Erklärung nach Treu und Glauben aufgrund der konkreten Umstände zumessen durfte und musste.<sup>71</sup>

---

<sup>63</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl. 2014, N. 3386; SCHALLER, Einwendungen und Einreden im schweizerischen Schuldrecht, 2010, N. 160 f. und 646 ff.; BSK VVG-GRABER (Fn. 61), Art. 46 N. 40.

<sup>64</sup> BSK VVG-GRABER (Fn. 61), Art. 46 N. 40; vgl. BGE 116 V 218 E. 6a; 74 II 97 E. 4.

<sup>65</sup> SCHALLER (Fn. 63), N. 184 und 661.

<sup>66</sup> BSK VVG-GRABER (Fn. 61), Art. 46 N. 42.

<sup>67</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 63), N. 3360 f.

<sup>68</sup> KUKO OR-DÄPPEN, 2014, Art. 127 N. 9.

<sup>69</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 63), N. 3374.

<sup>70</sup> BGE 132 III 226 E. 3.3.7 f.; BGer 4A\_495/2011 15. November 2011 E. 2.3.1; BSK OR I-DÄPPEN, 6. Aufl. 2015, Art. 141 N. 3a.

<sup>71</sup> BGer 4A\_495/2011 15. November 2011 E. 2.3.1.

Rechtsfolge des vor dem Eintritt der Verjährung erklärten Verzichts ist eine Verlängerung der Verjährungsfrist und, abweichend von der Verjährungsunterbrechungsregel von Art. 137 Abs. 1 OR, keine Neueröffnung der (unterbrochenen) Verjährungsfrist.<sup>72</sup> Bei einem Verzicht nach Verjährungseintritt wird die Forderung ab dem Zeitpunkt der Verzichtserklärung und für die Dauer des Verzichts wieder durchsetzbar (Verzicht auf die Einrede).<sup>73</sup>

## **6.2.2. Würdigung**

### **6.2.2.1. Voraussetzungen der Verwirkung gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB**

#### **6.2.2.1.1.**

Keine der Parteien behauptet, Ziff. H. Abs. 2 AVB sei unklar. Dass dem so wäre, ist denn auch nicht ersichtlich. Für eine Anwendung der Unklarheitenregel<sup>74</sup> bleibt daher kein Raum.

Für den Wortlaut der Verwirkungsklausel gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB sei auf E. 4.3.2 verwiesen. Mit dem "Eintritt des Ereignisses" wird auf den in den AVB im vorangehenden Absatz erwähnten "Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet" (AB 2, Ziff. H. Abs. 1) Bezug genommen. Bei Sachversicherungen entspricht dies der Verwirklichung des versicherten Risikos,<sup>75</sup> d.h. vorliegend dem Brandfall vom 12./13. Oktober 2014 (KB 17). Zusätzliche Voraussetzung der Verwirkung ist sodann, dass die Beklagte die Entschädigungsforderung abgelehnt hat (AB 2, Ziff. H. Abs. 1). Wahrt der Versicherungsnehmer bzw. Anspruchsberechtigte die zweijährige Verwirkungsfrist nicht durch die gerichtliche Geltendmachung seiner Ansprüche, verwirken diese.

#### **6.2.2.1.2.**

Mit Schreiben vom 17. November 2015 hielt die Beklagte Folgendes fest: "*Aufgrund der vorgängig erwähnten, diversen Widersprüche und Ungereimtheiten verlangen wir von Ihrem Mandanten die vollständige und zweifelsfreie Ausräumung derselben. Ohne Vorliegen dieses Nachweises können wir auf das Schadensereignis vom 13. Oktober 2014 nicht eintreten und keinerlei Leistungen erbringen*" (KB 45, S. 4). Die erwähnten Widersprüche und Ungereimtheiten betreffen im Wesentlichen die Umstände des Brandfalls. Insbesondere zweifelt die Beklagte an der Unfreiwilligkeit des Schadensfalls, da trotz Einstellung des Strafverfahrens gegen den Kläger der Verdacht bestehe, dass dieser den Brand vorsätzlich gelegt habe

---

<sup>72</sup> BGer 4A\_707/2012 vom 28. Mai 2013 E. 7.4.2; 9C\_104/2007 vom 20. August 2007 E. 8.2.1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 63), N. 3383.

<sup>73</sup> GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 63), N. 3383; zur Unterscheidung zwischen der Verlängerung der Verjährungsfrist und dem Verzicht auf die Verjährungseinrede vgl. BSK OR I-DÄPPEN (Fn. 70), Art. 141 N. 1a.

<sup>74</sup> Vgl. BGer 4A\_47/2015 vom 2. Juni 2015 E. 7.4 m.w.N.

<sup>75</sup> Vgl. BGer 5C.43/2001 vom 25. Mai 2001 E. 2a; BSK VVG Nachf.Bd.-GRABER, 2012, Art. 46 ad N. 6-18 Ziff. 2.

(KB 45, S. 3). Mit diesem Schreiben vom 17. November 2015, dessen Betreff unter anderem "Ablehnung Schadenfall" lautete (KB 45, S. 1), lehnte die Beklagte die Entschädigungsforderung der Konkursitin ab. Das Inausichtstellen einer allfälligen erneuten Überprüfung des Schadensfalls, sofern der Konkursitin der verlangte Nachweis gelingen sollte, stellt noch kein Zurückkommen auf die Ablehnung der Entschädigungspflicht dar. Der Kläger anerkennt im Übrigen, dass mit Schreiben vom 17. November 2015 eine Ablehnung ausgedrückt wurde (vgl. E. 6.1.1 hiervor). Die Konkursitin durfte das Schreiben nach Treu und Glauben denn auch nicht anders verstehen, zumal sie anwaltlich vertreten war und das Schreiben an ihren Rechtsvertreter gerichtet war.

Doch selbst wenn die Entschädigungsforderung mit dem Schreiben vom 17. November 2015 nicht abgelehnt worden sein sollte, wäre eine Ablehnung spätestens mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 erfolgt. Darin wurde festgehalten, dass die Sachlage nach Ansicht der Beklagten als Nachweis der absichtlichen Herbeiführung des Brandes genüge. Die Leistungsverweigerung durch die Beklagte i.S.v. Art. 14 Abs. 1 und Art. 40 VVG beruhe nicht auf Mutmassungen. Daher halte man an der Ablehnung fest (AB 11). Damit wurde der Konkursitin unmissverständlich mitgeteilt, dass die Beklagte ihre Entschädigungsforderung im Sinne der Verwirkungsklausel ablehnt.

Die Besprechung vom 22. Februar 2016 erfolgte auf Wunsch der Konkursitin (AB 12, S. 1) und ändert nichts an der Ablehnung der Entschädigungsforderung durch die Beklagte. Es liegen keine Umstände vor, aufgrund derer die Konkursitin hätte annehmen können, dass die Beklagte im Vorfeld oder an der Besprechung vom 22. Februar 2016 ihre ablehnende Haltung aufgegeben hätte. Zudem teilte die Beklagte mit Schreiben vom 30. März 2016 ein weiteres Mal mit, dass an den bisherigen ablehnenden Stellungnahmen festgehalten werde. Es werde der Konkursitin bzw. deren Rechtsvertreter überlassen, wie sie weiter vorzugehen gedenke (AB 15). Allerspätestens darin liegt eine endgültige Ablehnung der Entschädigungsforderungen der Konkursitin. Implizit gibt die Beklagte der Konkursitin zu verstehen, dass sie zur Geltendmachung ihrer Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag den Rechtsweg zu beschreiten habe.

Somit hat die Beklagte die Entschädigungsforderung der Konkursitin mehrfach im Sinne der Verwirkungsklausel gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB abgelehnt, erstmals mit Schreiben vom 17. November 2015 und letztmals am 30. März 2016. Auf diese Ablehnung kam sie in der Folge nie zurück, sondern bekräftigte sie im Gegenteil in der weiteren Korrespondenz mit dem Rechtsvertreter der Konkursitin.

### **6.2.2.1.3.**

Nach dem Gesagten begann die zweijährige Verwirkungsfrist mit der Verwirklichung des versicherten Risikos, d.h. im Zeitpunkt des Brandes am 12./13. Oktober 2014. Sie endete am 13. Oktober 2016 (vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Der Zeitpunkt der Ablehnung der Entschädigungsforderung hat keinen Einfluss auf den Lauf der Verwirkungsfrist; die Ablehnung ist eine vom konkreten Fristenlauf unabhängige Voraussetzung der Verwirkung. Sollte die Ablehnung erst kurz vor Ablauf der Verwirkungsfrist erfolgt sein, wäre diesem Umstand gegebenenfalls unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs (vgl. Art. 2 Abs. 2 ZGB) Rechnung zu tragen (vgl. E. 6.4 hiernach).

Die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche erfolgte mit Einreichung der Klage am 1. Februar 2018 (Postaufgabedatum) und somit über zwei Jahre nach dem Schadensereignis. Die Verwirkungsfrist war in diesem Zeitpunkt abgelaufen. Doch selbst wenn unter dem "Eintritt des Ereignisses" i.S.v. Ziff. H. Abs. 2 AVB nicht der Tag des Brandes, sondern (zugunsten des Klägers) der Zeitpunkt der Ablehnung der Entschädigungsforderung durch die Beklagte – d.h. der 17. November 2015 oder spätestens der 18. Dezember 2015 – zu verstehen wäre, wäre die Verwirkungsfrist abgelaufen. Denn auch dann wären bis zum Zeitpunkt der Klageeinreichung am 1. Februar 2018 mehr als zwei Jahre vergangen.

### **6.2.2.2. Keine rechtsgeschäftliche Verlängerung der Verwirkungsfrist**

Am 4. März 2016 stellte die Beklagte dem Rechtsvertreter der Konkursitin eine Erklärung mit folgendem Wortlaut aus (KB 5):

"Wir sind bereit, im Rahmen des Deckungsumfanges der oben erwähnten Sachversicherungs-Police bis zum 11.10.2018 auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, soweit diese bis zum heutigen Zeitpunkt nicht schon eingetreten ist. Alle übrigen Rechte, Einreden und Einwendungen behalten wir uns vor."

Die Bedeutung dieser Erklärung ist zwischen den Parteien umstritten. Der Kläger macht sinngemäss geltend, mit dieser Erklärung habe die Beklagte auch auf die Einwendung der Verwirkung verzichtet, denn die Konkursitin habe einen "gültigen Verjährungsverzicht im Hinblick auf sämtliche einschlägigen Bedingungen der jeweiligen Policen" verlangt und die Beklagte habe gewusst, wie die Konkursitin den Verjährungsverzicht verstehen würde (vgl. E. 6.1.1). Hingegen will die Beklagte darin im Wesentlichen einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung sehen, der nicht auch die Einwendung der Verwirkung umfasse (vgl. E. 6.1.2).

Da Verwirkungsfristen nicht unterbrochen werden können und auf die Einwendung der Verwirkung nicht verzichtet werden kann (vgl. E. 6.2.1.1 hier vor), kann die Erklärung vom 4. März 2016 von vornherein keinen eigentlichen Verzicht auf die Einwendung der Verwirkung darstellen. Möglich wäre

jedoch, dass die Verwirkungsfrist gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB mit der Erklärung vom 4. März 2016 bis zum 11. Oktober 2018 rechtsgeschäftlich verlängert wurde. Da der Gehalt der Erklärung vom 4. März 2016 (KB 5) zwischen den Parteien umstritten ist, ist diese nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (vgl. E. 6.2.1.2).

Der Rechtsvertreter der Konkursitin ersuchte die Beklagte mit E-Mail vom 3. März 2016 um die Ausstellung einer "Verjährungsverzichtserklärung über sämtliche Ansprüche meiner Mandantin [scil. der Konkursitin] aus dem besagten Brandfall für mindestens 2 Jahre" (Replikbeilage [RB] 1). Weiter hielt er fest, die Erklärung müsse "einen gültigen Verjährungsverzicht im Hinblick auf sämtliche einschlägigen Vertragsbedingungen der jeweiligen Policen darstellen" (RB 1). Mit E-Mail ebenfalls vom 3. März 2016 antwortete die Beklagte dem Rechtsvertreter der Konkursitin, sie werde ihm "wunschgemäss [...] einen Verjährungsverzicht aus dem Sachversicherungs-Schadensfall zukommen lassen" (RB 1).

Die Erklärung vom 4. März 2016 (KB 5) ist vor diesem Hintergrund auszulegen. Die Konkursitin ersuchte über ihren Rechtsvertreter ausdrücklich um einen "Verjährungsverzicht" (RB 1). Wenn der Rechtsvertreter festhielt, der Verjährungsverzicht müsse "im Hinblick auf sämtliche einschlägigen Vertragsbedingungen der jeweiligen Policen" gelten (RB 1), durfte die Beklagte das Ersuchen auch als solches um einen klassischen Verjährungsverzicht verstehen.

Es durften denn auch weder der Rechtsvertreter noch die Konkursitin annehmen, die Beklagte würde die Anfrage so verstehen, dass der Verzicht auch die Verwirkung umfassen solle. Die anwaltlich vertretene Konkursitin ist auf dem Wortlaut der Anfrage ihres Rechtsvertreters zu behaften; diesem musste die Unterscheidung zwischen Verjährung und Verwirkung (vgl. E. 6.2.1 hiervor) bekannt sein. Wenn die Beklagte antwortete, sie werde "wunschgemäss" einen Verjährungsverzicht ausstellen (RB 1), bezog sich diese Aussage auf einen Verzicht auf die Verjährung im rechtlichen Sinne.

Im Übrigen kann in der E-Mail der Beklagten vom 3. März 2016 von vornherein keine Zusicherung gesehen werden, dass die noch auszustellende Verzichtserklärung einen bestimmten Inhalt habe, denn Verjährungsverzichtserklärungen sind in unterschiedlichen Ausgestaltungen möglich. Aus der vor der Ausstellung der Erklärung vom 4. März 2016 geführten Korrespondenz lässt sich daher nicht herleiten, dass die anwaltlich vertretene Konkursitin die Erklärung als Verlängerung der Verwirkungsfrist bis zum 11. Oktober 2018 verstehen durfte.

Vor allem aber verzichtete die Beklagte in der Erklärung vom 4. März 2016 ausdrücklich "auf die Einrede der Verjährung" und hielt fest, alle übrigen Rechte, Einreden und Einwendungen würden vorbehalten (KB 5). Daraus

konnte und musste die anwaltlich vertretene Konkursitin ohne weiteres erkennen, dass die Erklärung sich ausschliesslich auf die Verjährung im eigentlichen Sinne beschränkte. Es deuten weder der Wortlaut noch irgendwelche Umstände darauf hin, dass damit die Verwirkungsfrist vertraglich verlängert werden sollte. Im Gegenteil werden gerade Einwendungen explizit vorbehalten, was ein impliziter Hinweis auf den Vorbehalt der Verwirkung ist. Unter diesen Umständen durfte die Konkursitin die Erklärung der Beklagten vom 4. März 2018 nach Treu und Glauben nicht als rechtsgeschäftliche Verlängerung der Verwirkungsfrist verstehen. Die Erklärung vom 4. März 2018 ändert grundsätzlich nichts daran, dass die Ansprüche der Konkursitin gegen die Beklagte aus der Police Nr. [...] am 13. Oktober 2016 verwirkten.

### **6.3. Keine unverschuldete Versäumnis der Verwirkungsfrist**

#### **6.3.1. Rechtslage**

Gemäss Art. 45 Abs. 3 VVG ist, wo der Vertrag oder das VVG den Bestand eines Rechts aus der Versicherung an die Beobachtung einer Frist knüpft, der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte befugt, die ohne Verschulden versäumte Handlung sofort nach Beseitigung des Hindernisses nachzuholen. Die Bestimmung kommt insbesondere zur Anwendung, wenn zufolge Versäumnis einer Verwirkungsfrist ein Rechtsverlust droht.<sup>76</sup>

Unverschuldet i.S.v. Art. 45 Abs. 3 VVG ist eine Fristversäumnis nicht nur, wenn Umstände, die der Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte nicht zu verantworten hat, die Fristwahrung verunmöglichen, sondern auch, wenn es dem Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigten zwar möglich, im Hinblick auf die damaligen Umstände nach Treu und Glauben jedoch unzumutbar war, die in Frage stehende Handlung vor Ablauf der Frist vorzunehmen. So ist es dem Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigten nicht zumutbar, während laufenden Vergleichsverhandlungen rechtliche Schritte einzuleiten. Die Versäumnis einer Klagefrist gilt daher als i.S.v. Art. 45 Abs. 3 VVG entschuldigt, wenn die Parteien über den Fristablauf hinaus oder so lange ernstliche Vergleichsverhandlungen führen, dass zwischen deren Abbruch und dem Fristablauf nicht mehr genügend Zeit bleibt, um die Klage einzuleiten.<sup>77</sup> Hingegen gilt Unkenntnis der AVB grundsätzlich als unentschuldbar.<sup>78</sup>

"Sofort nach Beseitigung des Hindernisses" (vgl. Art. 45 Abs. 3 VVG) nachgeholt ist die Klage, wenn sie nach Abbruch der Vergleichsverhandlungen sobald wie möglich eingereicht wird.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> BGer 4A\_200/2008 vom 18. August 2008 E. 2.2.3; BSK VVG-NEF, 2001, Art. 45 N. 19 f.

<sup>77</sup> BGE 74 II 97 E. 4a; BGer 4A\_200/2008 vom 18. August 2008 E. 2.2.3.

<sup>78</sup> BGE 84 II 556 E. 9; vgl. BSK VVG-NEF (Fn. 76), Art. 45 N. 12 (zu Art. 45 Abs. 1 VVG, wobei dies auch für Art. 45 Abs. 3 VVG gelten muss).

<sup>79</sup> BGE 74 II 97 E. 4a und 4b; BGer 4A\_200/2008 vom 18. August 2008 E. 2.2.3.

### **6.3.2. Würdigung**

Der Kläger macht sinngemäss geltend, er bzw. die Konkursitin habe die Erklärung vom 4. März 2016 als Verwirkungsverzicht verstanden und deshalb nicht innert der von Ziff. H. Abs. 2 AVB gesetzten Frist Klage eingereicht (vgl. E. 6.1.1 hiervor). Zudem behauptet er, die AVB nicht zur Kenntnis genommen zu haben (vgl. 4.1.1 hiervor). Damit bringt er implizit vor, er habe die gerichtliche Geltendmachung seiner Ansprüche zwecks Wahrung der Verwirkungsfrist unverschuldet versäumt. In seinem Schlussvortrag macht der Kläger dann auch explizit geltend, das Versäumnis der Verwirkungsfrist sei aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen, der Sprachschwierigkeiten sowie der schlechten Finanzverhältnisse der Konkursitin unverschuldet i.S.v. Art. 45 Abs. 3 VVG.

Die Beklagte bestreitet sinngemäss, dass sich der Kläger auf eine unverschuldete Versäumnis der Verwirkungsfrist nach Art. 45 Abs. 3 VVG berufen könne (vgl. E. 6.1.2 hiervor).

Der Kläger macht keine objektiven Gründe geltend, die der Konkursitin die gerichtliche Durchsetzung ihrer behaupteten Ansprüche innert der Verwirkungsfrist verunmöglicht hätten. Solche sind denn auch nicht ersichtlich. Fraglich ist hingegen, ob die Wahrung der Verwirkungsfrist aus subjektiven Gründen unzumutbar und damit unverschuldet i.S.v. Art. 45 Abs. 3 VVG war.

Die Konkursitin und die Beklagte führten keine ernstlichen Vergleichsverhandlungen, während welchen die gerichtliche Geltendmachung der behaupteten Ansprüche für die Konkursitin bzw. den Kläger unzumutbar gewesen wäre. Dass die Besprechung vom 22. Februar 2016 auf Wunsch der Konkursitin erfolgte und die Beklagte ihre ablehnende Haltung gegenüber den geltend gemachten Ansprüchen nie aufgab, wurde bereits festgestellt (vgl. E. 6.2.2.1.2 hiervor). Unter diesen Umständen durfte die Konkursitin die Besprechung vom 22. Februar 2016 nicht als Vergleichsverhandlung verstehen.

Im Übrigen wären, sofern die Gespräche der Konkursitin und der Beklagten dennoch als Vergleichsverhandlungen qualifiziert würden, diese spätestens am 3. März 2016 erfolglos beendet worden. Denn mit E-Mail vom 3. März 2016 hielt die Beklagte unmissverständlich fest, sie nehme das von der Konkursitin vorgeschlagene Angebot von Fr. 1'100'000.00 nicht an; die Voraussetzungen für die Regulierung des Schadensfalls seien zumindest in der geforderten Höhe nicht erfüllt (AB 13). Der Kläger selbst führt aus, Vergleichsgespräche seien (nur) bis zum 3. März 2016 geführt worden (vgl. E. 6.1.1). Somit wären die Vergleichsverhandlungen jedenfalls rund sieben Monate vor Ablauf der Verwirkungsfrist am 13. Oktober 2016 (vgl. E. 6.2.2.1.3 hiervor) abgebrochen worden. Die Konkursitin hatte mithin über ein halbes Jahr Zeit, um die Verwirkungsfrist durch Einleitung einer

Klage zu wahren (bzw. zumindest mehrere Monate bis zur Konkurseröffnung über die Konkursitin am 23. August 2016).

Als der Anspruch dem Kläger i.S.v. Art. 260 SchKG abgetreten wurde, war dieser bereits verwirkt, weshalb ein rasches Einreichen der Klage nach der Abtretungserklärung, wie dies der Kläger behauptet, nichts an der Beurteilung ändern kann. Dass die Konkursitin bzw. der Kläger durch die Konkurseröffnung von der Wahrung der Verwirkungsfrist abgehalten worden wäre, wurde vom Kläger bis zum Schlussvortrag nicht behauptet. Soweit im klägerischen Schlussvortrag (S. 8) eine solche Behauptung erblickt werden kann, ist diese nach Abschluss des Schriftenwechsels und damit verspätet erfolgt. Deshalb wäre das Versäumnis der Klagefrist auch dann nicht entschuldbar, wenn bis am 3. März 2016 Vergleichsverhandlungen geführt worden wären.

Aus der Behauptung, die Konkursitin habe die AVB und insbesondere deren Ziff. H. Abs. 2 AVB nicht gekannt, kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn die Unkenntnis der AVB ist nicht entschuldbar (vgl. E. 6.3.1 hiervor). Und dass die anwaltlich vertretene Konkursitin bzw. der Kläger nicht annehmen durfte, die Verwirkungsfrist gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB müsse aufgrund des Verjährungsverzichts nicht eingehalten werden, wurde bereits erörtert (vgl. E. 6.2.2.1 hiervor). Auch eine Verwechslung von Verjährung und Verwirkung und ein entsprechend falsches Verständnis des Verjährungsverzichts hat die anwaltlich vertretene Konkursitin bzw. der anwaltlich vertretene Kläger selbst zu verantworten.

## **6.4. Kein Rechtsmissbrauch**

### **6.4.1. Rechtslage**

Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann die Erhebung der Verjährungseinrede rechtsmissbräuchlich i.S.v. Art. 2 Abs. 2 ZGB sein. Dies nicht nur, wenn der Schuldner den Gläubiger arglistig dazu verleitet, nicht innert nützlicher Frist zu handeln, sondern auch, wenn er – ohne Arglist – ein Verhalten gezeigt hat, das einerseits den Gläubiger dazu bewogen hat, rechtliche Schritte während der Verjährungsfrist zu unterlassen, und das andererseits die Säumnis des Gläubigers auch bei objektiver Betrachtungsweise als verständlich erscheinen lässt. Das Verhalten des Schuldners muss für das verspätete Handeln des Gläubigers kausal sein.<sup>80</sup>

Analoges hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Beurteilung öffentlich-rechtlicher Ansprüche zur Verwirkung festgehalten. Der Grundsatz von Treu und Glauben könne der Anwendung einer Verwirkungsfrist

---

<sup>80</sup> BGer 4A\_532/2009 vom 5. März 2010 E. 3.1 m.w.N.; BGE 131 III 430 E. 2; HGer ZH, HG150169-O vom 30. Januar 2017 E. 2.7.

namentlich dann entgegenstehen, wenn der Schuldner den Gläubiger durch ein Vertrauen erweckendes Verhalten, z. B. durch Einlassung auf Verhandlungen, von der rechtzeitigen Geltendmachung seines Anspruchs abgehalten habe.<sup>81</sup> In BGE 84 II 556 hatte das Bundesgericht versicherungsvertragliche Ansprüche zu beurteilen und erachtete die Erhebung einer Verwirkungseinrede im konkreten Fall als nicht rechtsmissbräuchlich.<sup>82</sup>

Die Einrede der Verjährung und die Einwendung der Verwirkung gelten damit unter ähnlichen Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich. Die Rechtsprechung zur Rechtsmissbräuchlichkeit der Verjährungseinrede kann analog auf die Verwirkung angewendet werden (und umgekehrt). Ist ein Anspruch zufolge Nichteinhaltung einer vertraglich vereinbarten Frist verwirkt und hat der Schuldner den Gläubiger arglistig dazu verleitet, nicht in der Frist zu handeln, oder hat er durch sein Verhalten den Gläubiger dazu bewogen, die zur Fristwahrung nötige Handlung zu unterlassen, und erscheint das Versäumnis objektiv betrachtet als verständlich, ist die Einwendung der Verwirkung rechtsmissbräuchlich und entsprechend unbeachtlich.

## **6.4.2. Würdigung**

### **6.4.2.1.**

Zu prüfen bleibt, ob die Einwendung der Verwirkung durch die Beklagte rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich ist. Zwar durfte die Konkursitin den Verjährungsverzicht grundsätzlich nicht als rechtsgeschäftliche Verlängerung der Verwirkungsfrist verstehen (vgl. E. 6.2.2.2). Problematisch ist vorliegend allerdings, dass die Beklagte den über die Verwirkungsfrist hinausgehenden Verjährungsverzicht am 4. März 2016 abgab (KB 5), nachdem sie die Entschädigungsforderung der Konkursitin bereits am 17. November 2015 bzw. spätestens am 18. Dezember 2015 abgelehnt hatte (KB 45, AB 11). Im Zeitpunkt der Abgabe des Verjährungsverzichts musste somit für die Beklagte klar sein, dass die Verwirkung per 13. Oktober 2016 eintreten wird. Die Verwirkung führt zum Untergang der Forderung. Eine erloschene Forderung kann aber nicht mehr verjähren. Bezüglich einer untergegangenen Forderung den Verzicht auf die Einrede der Verjährung zu erklären, erscheint entsprechend widersprüchlich.

Der Missbrauch eines Rechts muss laut Art. 2 Abs. 2 ZGB "offenbar" sein. Gemeint ist damit, dass nicht jedes irgendwie, allenfalls leicht stossende Verhalten schon rechtsmissbräuchlich ist. Vielmehr ist ein krass (ins Auge springend) stossendes Verhalten gefordert.<sup>83</sup> So genügt es für die Begründung des Rechtsmissbrauchs nicht, bloss ein widersprüchliches Verhalten der Beklagten zu behaupten. Der Kläger muss wie gesagt darlegen, dass

---

<sup>81</sup> BGE 116 Ib 386 E. 3c und 4e; BGer 2C\_707/2010 vom 15. April 2011 E. 4.7.1; 2C\_164/2012 vom 31. August 2012 E. 3.6.

<sup>82</sup> BGE 84 II 556 E. 10, wobei es sich nach heutigem Verständnis um eine Einwendung handelt.

<sup>83</sup> RIEMER, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl. 2003, § 5 N. 13.

ihn der Verjährungsverzicht der Beklagten arglistig dazu verleitete oder zumindest dazu bewegte, während laufender Verwirkungsfrist rechtliche Schritte zur Wahrung dieser Frist zu unterlassen, und dieses Verhalten der Konkursitin bzw. des Klägers auch bei objektiver Betrachtungsweise verständlich erscheint (vgl. E. 6.4 hiervor).

#### **6.4.2.2.**

Die Beklagte stellte den Verjährungsverzicht auf Anfrage der Konkursitin aus und behielt darin explizit weitere Einreden und Einwendungen vor. Damit gab sie der Konkursitin implizit zu verstehen, dass die Einwendung der Verwirkung von der Verzichtserklärung unberührt bleibt (vgl. E. 6.2.2.2 hiervor) und die Konkursitin bzw. der Kläger die zur Wahrung der Verwirkungsfrist nötigen Schritte weiterhin unternehmen muss. Überdies trafen die Beklagte keine besonderen Aufklärungs- oder Informationspflichten über den Gehalt der Verjährungsverzichtserklärung und deren rechtliche Bedeutung für die Verwirkung. Die Beklagte musste nicht damit rechnen, dass die anwaltlich vertretene Konkursitin die Erklärung vom 4. März 2016 anders denn als reinen Verjährungsverzicht verstehen könnte (vgl. E. 6.2.2.2 hiervor). Die vom Rechtsvertreter der Konkursitin verfasste Anfrage bezog sich einzig auf einen Verjährungsverzicht (vgl. E. 6.2.2.2 hiervor). Zudem herrschte zwischen der Beklagten und der Konkursitin keine Informationsasymmetrie, weil die Konkursitin anwaltlich vertreten war und die Verwirkungsklausel gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB im Versicherungsgeschäft üblich (vgl. E. 4.3.2) ist. Eine allfällige Unkenntnis der Verwirkungsklausel ist der Konkursitin bzw. dem Kläger anzulasten.

Inwiefern die Beklagte geradezu arglistig gehandelt haben soll, ist nicht ersichtlich. Auch hat sie die Konkursitin bzw. den Kläger durch das Ausstellen des Verjährungsverzichts nicht dazu bewogen, die zur Wahrung der Verwirkungsfrist nötigen Schritte zu unterlassen. Vielmehr durfte sie annehmen, dass die anwaltlich vertretene Konkursitin sich der Tragweite und Grenzen des Verjährungsverzichts bewusst war. Insgesamt kann der Beklagten kein treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden.

#### **6.4.2.3.**

Im Übrigen erscheint es objektiv betrachtet nicht verständlich, dass die Konkursitin bzw. der Kläger aufgrund des Verjährungsverzichts der Beklagten Schritte zur Wahrung der Verwirkungsfrist unterlassen haben. Insbesondere ist eine allfällige Unkenntnis der Verwirkungsklausel seitens der Konkursitin bzw. des Klägers objektiv nicht nachvollziehbar, zumal diese während der Dauer der Verwirkungsfrist wie auch im Zeitpunkt der Abgabe des Verjährungsverzichts anwaltlich vertreten waren.

Zudem musste für die anwaltlich vertretene Konkursitin bzw. den Kläger klar sein, dass ein Verjährungsverzicht unter Vorbehalt weiterer Einreden und Einwendungen keinerlei Einfluss auf den Lauf einer Verwirkungsfrist

hat (vgl. E. 6.2.2.2 hiervor). Damit hätte die Konkursitin bzw. der Kläger auch den Widerspruch eines Verjährungsverzichts für eine Zeit, in der die Forderung bereits zufolge Verwirkung untergegangen sein wird, erkennen können und müssen. Es ist objektiv nicht nachvollziehbar, dass die anwaltlich vertretene Konkursitin bzw. der Kläger aus diesem Widerspruch offenbar schlossen, ein Verjährungsverzicht umfasse auch die Verwirkung, obwohl in der Erklärung explizit weitere Einwendungen vorbehalten wurden. Auch deshalb ist ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten zu verneinen.

#### **6.4.2.4.**

Weiter wäre in der vorliegenden Konstellation die Wahrung der Verwirkungsfrist gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB durch gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche zeitlich ohne weiteres möglich gewesen. Zwar wird gemäss Ziff. I. Abs. 3.2 AVB die Fälligkeit des Anspruchs während der Dauer eines Strafverfahrens bis zu dessen Abschluss aufgeschoben. Theoretisch ist somit denkbar, dass die Beklagte während eines hängigen Strafverfahrens einen Anspruch ablehnt und die Verwirkung gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB eintritt, bevor die Forderung überhaupt fällig und damit durchsetzbar wurde. Dem Versicherungsnehmer wäre es in solchen Fällen nicht möglich, die Verwirkung zu verhindern.

Vorliegend verfügte die Staatsanwaltschaft X. die Einstellung des Strafverfahrens am [...] 2015 (KB 43), mithin knapp ein Jahr vor Ablauf der Verwirkungsfrist am 13. Oktober 2016. Damit hatten die Konkursitin bzw. der Kläger ausreichend Zeit zur gerichtlichen Geltendmachung der Ansprüche, um so den Eintritt der Verwirkung zu verhindern. Das zeitliche Zusammenspiel zwischen dem Fälligkeitseintritt und dem Lauf der Verwirkungsfrist lässt die Einwendung der Verwirkung im vorliegenden Fall somit ebenfalls nicht als rechtsmissbräuchlich erscheinen.

Schliesslich lehnte die Beklagte die Bezahlung einer Entschädigung für den behaupteten Sachschaden am 17. November 2015, allerspätestens aber am 30. März 2016 (vgl. 6.2.2.1.2 hiervor) ab. Mit dem ablehnenden Bescheid stand fest, dass die Verwirkungsfrist gemäss Ziff. H. Abs. 2 AVB zwei Jahre nach dem Eintritt des schädigenden Ereignisses, mithin am 13. Oktober 2016, ablaufen würde (vgl. E. 6.2.2.1.3) hiervor). Selbst wenn angenommen würde, dass die Beklagte die Entschädigungsforderung erst am 30. März 2016 ablehnte, blieben der Konkursitin bzw. dem Kläger über sechs Monate, um die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche einzuleiten und so die Verwirkung zu verhindern. In dieser Zeit standen die Parteien nicht in Vergleichsverhandlungen, sodass die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche der Konkursitin bzw. dem Kläger ohne weiteres zuzumuten war. Die Beklagte lehnte die Entschädigungsforderung nicht derart kurz vor Ablauf der zweijährigen Verwirkungsfrist ab, dass die Einwendung der Verwirkung rechtsmissbräuchlich wäre.

#### **6.4.2.5.**

Der Kläger stützt sich zur Begründung des Rechtsmissbrauchs auf ein Urteil des Obergerichts Nidwalden vom 25. September 2003. In diesem Fall ging es um die Frage, ob staatshaftungsrechtliche Ansprüche nach Massgabe des kantonalen Haftungsgesetzes verwirkt waren.

Aus der Regeste des Urteils kann der Eindruck entstehen, das Gericht habe allgemein sagen wollen, die Berufung auf eine Verwirkungsfrist verstosse immer gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, wenn gegenüber dem Geschädigten ein "Verjährungsverzicht" erklärt worden ist.<sup>84</sup> Aus dem Urteil ergibt sich indes, dass im beurteilten Sachverhalt eine eigentliche Verjährung gar nicht zur Debatte stand. Das Gericht kam zum Schluss, dass der "Verjährungsverzicht" sich auf die Verwirkungsfrist gemäss Art. 15 Abs. 2 des Nidwaldner Haftungsgesetzes beziehen musste, weil keine andere Frist (mehr) ersichtlich war, auf die sich der Verzicht hätte beziehen können.<sup>85</sup>

Vorliegend ist die Ausgangslage demgegenüber grundlegend anders. Verwirkung und Verjährung bestehen hier nebeneinander und werden in Ziff. H. Abs. 1 und Abs. 2 AVB separat geregelt, weshalb der Anspruchsberechtigte gegebenenfalls die für die Wahrung der Verwirkungsfrist vertraglich vorgesehene Rechtshandlung vornehmen und zusätzlich die Verjährung unterbrechen muss. Demgegenüber stand im Nidwaldner Urteil gar keine Verjährungsfrist zur Diskussion, auf die sich der abgegebene "Verjährungsverzicht" hätte beziehen können. Überdies sprach das anwendbare kantonale Haftungsgesetz selbst von Verjährung, wo die Verwirkung gemeint war.<sup>86</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint das Urteil des Obergerichts Nidwalden für den vorliegenden Fall nicht einschlägig.

#### **6.4.2.6.**

Im Ergebnis sind keine Umstände ersichtlich, welche die Einwendung der Verwirkung als rechtmisbräuchlich erscheinen liessen. Folglich ist die Einwendung der Verwirkung zu beachten.

### **7. Fazit**

Zusammengefasst ergibt sich Folgendes: Ziff. H. Abs. 2 AVB wurde in den Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und der Konkursitin einbezogen und ist gültig. Die Ansprüche der Konkursitin sind per 13. Oktober 2016 verwirkt, weil sie bis zu diesem Datum trotz Ablehnung durch die Beklagte nicht gerichtlich geltend gemacht worden sind. Die Konkursitin bzw.

---

<sup>84</sup> OGer NW, NG 161.2 vom 25. September 2003, Regeste.

<sup>85</sup> OGer NW, NG 161.2 vom 25. September 2003 E. 3b/cc.

<sup>86</sup> OGer NW, NG 161.2 vom 25. September 2003 E. 3b/cc.

der Kläger versäumten die Verwirkungsfrist nicht unverschuldet. Die Einwendung der Verwirkung ist folglich nicht rechtsmissbräuchlich. Demgemäss ist die Klage abzuweisen.

## **8. Prozesskosten**

### **8.1.**

Die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO im Verhältnis des Obsiegens bzw. Unterliegens auferlegt.

Der Kläger unterliegt mit seiner Klage vollständig, weshalb er (grundsätzlich) die Prozesskosten zu tragen hat.

### **8.2.**

Bei einem Streitwert von Fr. 868'708.35 (vgl. E. 1.2.3) beträgt der Grundansatz für die Gerichtsgebühr Fr. 22'357.08 (§ 7 Abs. 1 VKD). Der Verzicht auf die Hauptverhandlung führt zu einer Reduktion des Grundansatzes um 10 % (§ 7 Abs. 3 VKD). Da das Verfahren nicht vollständig durchgeführt wurde (Beschränkung auf die Prozessvoraussetzungen und die Frage der Verwirkung), können die Gerichtsgebühren in Anwendung von § 7 Abs. 3 VKD gekürzt werden. Es rechtfertigt sich eine Kürzung um 40 %, d.h. total 50 %. Die Gerichtskosten sind somit auf gerundet Fr. 11'179.00 festzusetzen.

Aufgrund der dem Kläger gewährten unentgeltlichen Rechtspflege gehen die Gerichtskosten zu Lasten des Kantons (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Kläger ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist (vgl. Art. 123 Abs. 1 ZPO).

### **8.3.**

Die Parteientschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO besteht aus den Kosten der berufsmässigen Vertretung. Die Grundentschädigung beträgt gemäss § 3 Abs. 1 lit. a Ziff. 9 AnwT Fr. 41'957.71. Dadurch sind Instruktion, Aktenstudium, rechtliche Abklärungen, Korrespondenz und Telefongespräche sowie eine Rechtsschrift und die Teilnahme an einer behördlichen Verhandlung abgegolten (§ 6 Abs. 1 AnwT). Der Aufwand für die zweite zu erstattende Rechtsschrift wird durch den Entfall der Hauptverhandlung kompensiert. Für den Schlussvortrag ist eine Erhöhung der Grundentschädigung von 10 % angezeigt. Da das Verfahren nicht vollständig durchgeführt wurde, ist ein Abzug von 40 % zu machen. Es resultiert somit ein Abzug von 30 %. Zuzüglich einer Auslagenersatzpauschale von 3 % (vgl. § 7 Abs. 2 AnwT) ergibt dies eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 30'251.50 (Fr. 29'370.40 x 1.03). Diese ist vom Kläger trotz Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu bezahlen (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO).

---

**Das Handelsgericht erkennt:**

**1.**

Die Klage wird **abgewiesen**.

**2.**

**2.1.**

Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 11'179.00 werden dem Kläger auferlegt. Sie gehen infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen zu Lasten des Kantons. Der Kläger ist zur Nachzahlung verpflichtet, sobald er dazu in der Lage ist.

**2.2.**

Der Kläger hat der Beklagten eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 30'251.50 zu bezahlen.

---

Zustellung an:

- den Kläger (unentgeltlicher Vertreter; zweifach)
- die Beklagte (Vertreter; zweifach)

---

**Rechtsmittelbelehrung** für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 21. März 2019

**Handelsgericht des Kantons Aargau**

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dubs

Schmutz

