Bundesgericht	*4A_196/2019*	*d*	*10.07.2019*	*nicht publ.*

Verwirkung trotz Verjährungsverzicht

Leitsatz

Verjährungs- und Verwirkungsfristen laufen unabhängig voneinander. Es ist nicht rechtsmissbräuchlich, einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung abzugeben und sich hinterher auf die in der Zwischenzeit eingetretene Verwirkung zu berufen.

Sachverhalt

Ein Brand in den Räumen einer GmbH verursachte grösseren Sachschaden. Der Versicherer lehnte die Übernahme des Schadens ab, weil «diverse Widersprüche und Ungereimtheiten» zu klären seien. Ein von der Staatsanwaltschaft eingeleitetes Verfahren wegen versuchten Betrugs und Brandstiftung wurde nach einem Jahr eingestellt. Der Versicherer gab gegenüber dem Versicherungsnehmer eine Verjährungsverzichtserklärung ab, berief sich aber wenig später auf eine Verwirkungsklausel im Vertrag. Diese hatte folgenden Wortlaut:

> *«Lehnt die Gesellschaft die Entschädigungsforderung ab, muss sie der Anspruchsberechtigte innert 2 Jahren nach Eintritt des Ereignisses gerichtlich geltend machen, andernfalls er seine Rechte verliert (Verwirkung).»*

Das kantonale Gericht gab dem Versicherer Recht. Der Versicherte wandte sich ans Bundesgericht, doch dieses zeigte sich hart.

Erwägungen

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass Verwirkungsklauseln branchenüblich sind. Namentlich Sach- und Transportversicherungen enthalten häufig solche Klauseln. Mehr noch: «Vielmehr erscheint es naheliegend, dass der Zeitraum zur Geltendmachung bei abgelehnter Leistungspflicht vertraglich auf 2 Jahre nach Eintritt des Ereignisses befristet wird; zumal dies auch gesetzlich vorgesehen ist». Letzteres begründete das Bundesgericht mit einem Verweis auf Art. 46 Abs. 2 VVG. Gestützt auf diese Überlegung schützte es die Position des sich auf die Verwirkung berufenden Versicherers. «Für den anwaltlich vertretenen» Versicherungsnehmer wäre es laut dem Bundesgericht zumutbar gewesen, zu erkennen, dass neben der Verjährungsfrist auch eine davon unabhängige Verwirkungsfrist läuft.

Der Versicherungsnehmer dürfte mit einem blauen Auge davon kommen. Zu deutlich ist der Hinweis des Bundesgerichts auf seine anwaltliche Vertretung. Für den Versicherer käme der Entscheid einem Pyrrhussieg gleich, falls er gleichzeitig Berufshaftpflichtversicherer des Anwaltes sein sollte.

Anmerkungen

Trotz dem vom Bundesgericht gewiesenen Königsweg verbleiben nach der Lektüre des Urteils gewichtige Bedenken.

Vorweg ist allerdings dem Bundesgericht in einem zentralen Punkt Recht zu geben. Das VVG lässt Verwirkungsklauseln tatsächlich zu, sofern nur deren Frist mindestens zwei Jahre dauert. Das Gesetz ist aber nicht ganz widerspruchsfrei. Einerseits lässt es zweijährige Verwirkungsklauseln zu, andererseits darf die zweijährige Verjährungsfrist nicht zu Ungunsten des Versicherungsnehmers abgeändert werden (Art. 98 VVG). Dem leistungsunwilligen Versicherer genügt die Verjährung. Will er ergänzend noch eine Verwirkungsfrist in den Vertrag aufnehmen, so macht dies ökonomisch nur dann Sinn, wenn

© Stephan Fuhrer

mit deren Ablauf eine noch laufende Verjährungsfrist ausgehebelt werden soll. Dies läuft – zwar nicht formell, denn Verjährung und Verwirkung sind, wie das Bundesgericht zu Recht betont, zwei verschiedene Dinge – aber im Ergebnis auf eine verpönte Verkürzung der Verjährung hinaus. So war es auch im vorliegenden Fall. Die Verjährung wurde durch eine Verzichtserklärung des Versicherers unterbrochen, war also zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Verwirkung noch nicht abgelaufen. Solche Widersprüche im Gesetz sind zwar unschön, aber letztlich wohl kaum ganz zu vermeiden. Das Bundesgericht hatte sich schon in anderem Zusammenhang mit solchen Widersprüchen zu befassen. Erinnert sei z.B. an jenen zwischen Art. 51 OR und Art. 72 VVG[1]. Da Verwirkungsfristen bezwecken, «dass jemand ein Recht verliert, weil sein Verhalten die Lage des Verpflichteten über Gebühr erschwert hat»[2], sind sie dem redlichen Versicherungsnehmer gegenüber eigentlich unangebracht. Dies wiederum sollte die Gerichte dazu veranlassen, dem halbzwingenden Charakter von Art. 46 VVG gegenüber der Zulässigkeit von Verwirkungsfristen Priorität einzuräumen. *Aus diesem Grund wird vorgeschlagen, Verwirkungsfristen, die bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Leistungsverweigerung legitimieren sollen, als ungewöhnlich zu qualifizieren*.

Das Bundesgericht hat schon mehrfach durch die Anerkennung von aus Treu und Glauben abgeleiteten Aufklärungspflichten stossende Bestimmungen des VVG «gezähmt». Erinnert sei die Problematik von Art. 9 (Rückwärtsversicherungsverbot)[3] oder an jene von Art. 12 (Genehmigungsfiktion)[4]. In beiden Fällen hat es aus dem Unterlassen der (im Gesetz nicht vorgesehnen, aber durch die Rechtsprechung gebotenen) Aufklärung geschlossen, dass der Versicherer das Vertrauen des Versicherungsnehmers in den Bestand des Versicherungsschutzes zu honorieren habe[5]. Übertragen auf den vorliegenden Fall könnte das Bundesgericht aus Treu und Glauben ableiten, dass der seine Leistungspflicht ablehnende Versicherer seinen Kunden im Ablehnungsschreiben auf die drohende Verwirkung hinweisen muss[6]. *Unterlässt er diese Aufklärung, so sollte er dem Versicherungsnehmer nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung für den Ersatz des wegen der eingetretenen Verwirkung erlittenen Schadens haften*.

Beide Argumentationslinien hätten in casu zur Konsequenz gehabt, dass die Klage des Versicherungsnehmers hätte gutgeheissen werden müssen. Dies ändert aber leider nichts daran, dass das Bundesgericht bisher in ständiger Rechtsprechung Verwirkungsklauseln geschützt hat. Die Versicherten bzw. ihre Anwälte müssen deshalb nach wie vor neben der drohenden Verjährung auch eine mögliche Verwirkung im Auge behalten. Dass dies zwangsläufig zu einer Zunahme der Gerichtsverfahren führt, ist eine Konsequenz, die eigentlich in niemandes Interesse ist.

Darüber hinaus ist es stossend, wenn ein Versicherer verspricht, sich nicht auf die Verjährung zu berufen, und anschliessend wegen eingetretener Verwirkung die Leistungen verweigert. Das Bundesgericht wischte diesen Einwand mit dem Hinweis auf die anwaltliche Vertretung des Versicherungsnehmers vom Tisch. Da Anwälte von Gesetzes wegen ihre berufliche Haftung versichern müssen, ist tatsächlich

---

1 Vgl. dazu die Leitentscheide BGE 80 II 247 (Gini/Durlemann), BGE 137 III 352 (Kellertreppen-Sturz) und zuletzt BGE 144 III 209.

2 SPIRO KARL: Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bern 1975, § 366

3 BGer 5C.45/2004 vom 09.07.2004.

4 BGer 4C.98/2007 vom 29.04.2008.

5 Ausführlich: FUHRER STEPHAN: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, N 3.20 ff.

6 Das alte deutsche VVG enthielt im Gesetz eine vergleichbare Verwirkungsfrist. § 12 Abs. 3 a-VVG sah folgendes vor:

> *[3] Der Versicherer ist von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn der Anspruch auf Leistung nicht innerhalb von sechs Monaten gerichtlich geltend gemacht wird. Die Frist beginnt erst, nachdem der Versicherer dem Versicherungsnehmer gegenüber den erhobenen Anspruch unter Angabe der mit dem Ablauf der Frist verbundenen Rechtsfolge schriftlich abgelehnt hat.*

In der Lehre wurde diese Bestimmung heftig (und zu Recht) kritisiert (vgl. z.B. GRUBER MICHAEL, in: HONSELL [Hrsg.] Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Berlin 1999, § 12 N 108 ff.). Mit der Totalrevision des deutschen VVG im Jahre 2007 hat der Gesetzgeber diese Bestimmung dann gestrichen.

ein Mindestschutz der Versicherten auch in solchen Fällen gewahrt. Aber erstens vermag dies die Treuwidrigkeit des Verhaltens des Versicherers (Abgabe einer Verjährungsverzichtserklärung und anschliessende Berufung auf die eingetretene Verwirkung) nicht aufzuwiegen und zweitens besteht bei Anwalts-Haftpflichtversicherungen nach wie vor kein Einredeausschluss. Es ist also durchaus möglich, dass der Versicherte trotz gegebener Haftung und bestehendem Versicherungsvertrag leer ausgeht (z.B. weil der Anwalt seine Prämie nicht bezahlt hat). Anders wäre dies zu beurteilen, wenn das Parlament bei der laufenden VVG-Revision dem vorgeschlagenen beschränkten Einredeausschluss bei obligatorischen Haftpflicht-Versicherungen zustimmte.

Unabhängig davon, dass Verwirkungsklauseln in AGB der Versicherer eigentlich nichts zu suchen haben sollten, ist noch auf ein anderes Problem der streitgegenständlichen Klausel hinzuweisen: Die Verwirkungsfrist beginnt nach dem Wortlaut der Klausel mit dem Schadenereignis. Zu diesem Zeitpunkt weiss der Versicherungsnehmer aber noch nicht, ob der Versicherer den Schaden ablehnen wird oder nicht. Lässt sich der Versicherer mit diesem Entscheid Zeit (z.B. weil er den Ausgang eines Strafverfahrens abwarten will), so kann es sein, dass der Anspruch des Versicherungsnehmers verwirkt, bevor die Voraussetzung der Anwendbarkeit der Klausel, die Ablehnung des Anspruchs durch den Versicherer, erfüllt ist. Dies öffnet ein krasses Missbrauchspotenzial: Je länger ein Versicherer mit seiner Leistungsablehnung zuwartet, umso kürzer wird umgekehrt die Reaktionsfrist für den Versicherungsnehmer. Er hat keine andere Möglichkeit, als sofort zu klagen. Je kürzer die verbleibende Frist zur Einreichung einer Klage ist, umso mehr besteht die Gefahr, dass beim Verfassen der Klageschrift Fehler gemacht werden. Wenn schon mit Verwirkungsklauseln gearbeitet werden soll, dann müsste zumindest klar sein, dass der Versicherungsnehmer zu dem mit der Verwirkungsfolge bedrohten Handeln verpflichtet ist. *Da der Versicherungsnehmer nur klagen muss, wenn der Versicherer den Fall ablehnt, sollte die Frist erst zu diesem Zeitpunkt zu laufen beginnen*.

Immerhin darf davon ausgegangen werden, dass mit der laufenden Revision des VVG das Problem zwar nicht dahinfällt, aber doch deutlich relativiert wird. Mit der Verlängerung der Verjährungsfrist von zwei auf fünf Jahre, verlängern sich die Mindestdauern für Verwirkungsfristen ebenfalls auf fünf Jahre (da Abs. 2 Beschränkungen von kürzerer Dauer als die in Abs. 1 genannte Dauer der Verjährungsfrist untersagt wird).