



---

Geschäfts-Nr.: CG100044-K /U1

Mitwirkend: Gerichtspräsident Dr. B. Sager, Bezirksrichterin lic. iur. C. Schibli  
Arn, Bezirksrichter lic. iur. P. Castrovilli und die Gerichtsschreiberin  
lic. iur. T. Sprenger

**Urteil vom 4. Oktober 2012**

in Sachen

A.  
Kläger

vertreten durch lic. iur. Patrik Häberlin

gegen

X. Versicherungen  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Geiger,

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 280'543.60 sowie Zins zu 6 % seit 1. Januar 2008 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

**Erwägungen:**

I. (Prozessgeschichte)

Mit Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes Winterthur vom 1. November 2010, unter Beilage der schriftlichen Klagebegründung, machte der Kläger die eingangs erwähnte Klage am 24. November 2010 beim Bezirksgericht Winterthur rechtshängig (act. 1 -5). Die schriftliche Klageantwort ging innert der der Beklagten mit Referentenverfügung vom 18. Januar 2011 angesetzten, mehrfach erstreckten Frist (Prot. S. 3) am 14. April 2011 beim Gericht ein (act. 13). Die Parteien wurden in der Folge zu einer Referentenaudienz auf den 29. Juli 2011 vorgeladen (act. 20). An dieser Verhandlung nahmen Rechtsanwalt lic. iur. P. Häberlin namens und in Begleitung des Klägers sowie Rechtsanwalt Dr. Jürg Geiger namens der Beklagten und in Begleitung von Y. teil (Prot. S. 4). Eine Einigung konnte nicht erzielt werden (Prot. S. 13).

Innert der ihnen in der Folge angesetzten, jeweils mehrfach erstreckten Fristen (Prot. S. 14 u. 15) erstatteten die Parteien daraufhin am 17. Oktober 2011 und 2. Februar 2012 ihre Replik (act. 26), resp. Duplik (act. 33).

Im Rahmen der Duplik erhob die Beklagte die Einrede der Verwirkung (act. 33 S. 29 ff.). Dem Kläger wurde alsdann mit Referentenverfügung vom 13. Februar 2012 Frist angesetzt, um zur Verwirkungseinrede Stellung zu nehmen (Prot. S. 16; act. 36). Die Vernehmlassung des Klägers hiezuhinging innert erstreckter Frist am 28. März 2012 beim Gericht ein (act. 39).

## II. (Vorbemerkungen)

1.a) Der Kläger beantragt im Rahmen der vorliegenden Klage, es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 280'543.60 nebst Zins zu 6 % seit dem 1. Januar 2008 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Er stützt seine Klage auf einen Versicherungsvertrag zwischen den Parteien, welcher ihren Niederschlag in der Police über eine " \_\_\_\_\_ - Sachversicherung" vom 16. Januar 2008 fand (act. 3/1 i.V.m. act. 34/1).

b) Am 3./4. Dezember 2007 ereignete sich in den Räumlichkeiten des Klägers in \_\_\_\_\_ ein Einbruchdiebstahl. Der Kläger beruft sich nunmehr auf einen Schaden in der Höhe von Fr. 280'543.60, welchen er von der Beklagten ersetzt haben will.

Die Beklagte ihrerseits verweigert die Leistung, wobei sie sich auf Art. 40 VVG beruft. Ferner erhebt sie die Einrede der Verwirkung.

2. Auf das erstinstanzliche Verfahren ist das Prozessrecht des Kantons Zürich anwendbar. Die Rechtsmittel richten sich nach der eidgenössischen Zivilprozessordnung (act. 1; Art. 404 u. 405 ZPO).

## III. (Verwirkungseinrede)

1. Die Beklagte macht geltend, die Parteien hätten bei Abschluss des Versicherungsvertrages eine nach Art. 46 Abs. 2 VVG zulässige Verwirkungsfrist vereinbart. Gemäss lit. F11/2 AVB, welche Vertragsbestandteil bildeten, müsse der Versicherungsnehmer nach Ablehnung seiner Entschädigungsforderung durch die Beklagte seine Forderung innert zwei Jahren nach Eintritt des Ereignisses gerichtlich geltend machen, andernfalls er seine Recht verliere. Die entsprechende Bestimmung weise ausdrücklich darauf hin, dass es sich um eine Verwirkungsfrist handle.

Der Einbruchdiebstahl habe sich am 3./4. Dezember 2007 ereignet. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 habe die Beklagte unter Hinweis auf Art. 40 VVG jegliche Entschädigungsleistung abgelehnt und sei gleichzeitig vom Versicherungsvertrag zurück getreten. Die Verwirkungsfrist sei demnach am 4. Dezember 2009 abgelaufen.

Der Kläger habe zwar am 29. August 2009 beim Friedensrichteramt Winterthur ein Sühnbegehren stellen lassen, nach der gescheiterten Sühnverhandlung aber nie die Weisung verlangt. Vielmehr habe er Monate später dem Friedensrichteramt Winterthur mitgeteilt, das Verfahren sei durch Klagerückzug als erledigt abzuschreiben. Dieser Klagerückzug habe zur Folge, dass das Gesuch um Durchführung einer Friedensrichterverhandlung als nicht erfolgt zu betrachten sei. Die gegen den Beklagten erhobene Entschädigungsforderung sei vom Kläger nicht innert Frist geltend gemacht worden, weshalb ein allfälliger Leistungsanspruch verwirkt sei (act. 33 S. 29 ff.).

2. Der Kläger hält den Ausführungen der Beklagten zusammengefasst entgegen, nach der zur Diskussion stehenden Klausel in den Allgemeinen Vertragsbedingungen müsse der Anspruchsberechtigte, wenn die X. die Entschädigungsforderung ablehne, diese zwei Jahre nach Eintritt des Ereignisses gerichtlich geltend machen. Das genannte "Ereignis" beziehe sich in der grammatikalischen Auslegung auf das vorangegangene Objekt im selben Absatz, nämlich auf die Ablehnung der Ersatzforderung des Klägers durch das Schreiben der Beklagten am 20. Oktober 2008. Die Verwirkungsfrist habe demnach frühestens am 22. Oktober 2010 geendet (act. 39 S. 11 ff.).

Die Klage sei im Übrigen auf jeden Fall vor Ablauf der von der Beklagten behaupteten Verwirkungsfrist, nämlich bereits im August 2009, in Winterthur angehoben worden. Die Klage sei alsdann "angebrachtermassen" zurückgezogen worden, nämlich zu einem Zeitpunkt, als das Vermittlungsbegehren am neuen Gerichtsstand in Wohlen/AG bereits eingereicht gewesen sei. Eine Unterbrechung des Verfahrens sei zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Ab August 2009 habe der Kläger immer und ununterbrochen den Richter um den Schutz seiner streitgegenständli-

chen Ersatzforderung angerufen, womit die Verwirkungsfrist eingehalten worden sei (act. 39 S. 16 ff.).

Auch hätte die Beklagte die Verwirkungseinrede spätestens mit der Klageantwort geltend machen müssen, damit das Gericht das Verfahren zunächst auf Prozessreden, resp. später materielle Vorfragen hätte beschränken können. Mit der erstmaligen Behauptung der angeblichen Verwirkung in der Duplik sei die Verwirkungseinrede verwirkt, weshalb nicht darauf eingetreten werden könne. Die Beklagte habe sich sodann auf die Klage eingelassen, weshalb die Einrede der Verwirkung in der Duplik rechtsmissbräuchlich sei (act. 39 S. 9).

3. Der Übersicht halber ist nachfolgend zunächst der chronologische Ablauf der diversen Sühnverfahren darzulegen, welcher der vorliegenden Klage vorangingen:

Am 24. August 2009 leitete der Kläger beim Friedensrichteramt Winterthur eine Klage gegen die Beklagte über eine Forderung von Fr. 294'140.90 ein, welche sich auf die Police Nr. \_\_\_\_\_ abstützte. Die Parteien wurden in der Folge auf den 12. Oktober 2009 zur Sühnverhandlung vorgeladen (act. 40/37 u. 40/43).

Mit Schreiben vom 26. Januar 2010 teilte der Kläger der Beklagten mit, er werde die Forderung gerichtlich geltend machen, wolle jedoch die Angelegenheit durch die Gerichte im Kanton Aargau beurteilt haben, weshalb er die Klage angebrachtermassen beim Friedensrichteramt Winterthur zurückziehen werde (act. 40/44). Die Beklagte teilte dem Kläger daraufhin mit Schreiben vom 25. Februar 2010 mit, sie müsse es ihm überlassen, welche weiteren Schritte er einleiten wolle, bitte aber um Kenntnisnahme, dass die Beklagte dem Verzicht auf ein Vermittlungsverfahren ausdrücklich nicht zustimme (act. 40/47).

Am 8. März 2010 stellte der Kläger beim Friedensrichteramt Kreis Wohlen/AG ein Vermittlungsgesuch, wobei er eine Forderung über Fr. 280'543.60 nebst Zins geltend machte (act. 40/40).

Mit Schreiben vom 31. März 2010 teilte der Kläger dem Friedensrichteramt Winterthur mit, er habe sich entschieden, die Klage an seinem Wohnsitz gerichtlich

beurteilen zu lassen. Die Klage sei zwischenzeitlich beim zuständigen Friedensrichter im Kanton Aargau eingereicht worden, weshalb er gerne die Abschreibungsverfügung erwarte (act. 40/39). Mit Verfügung vom 9. April 2010 wurde das Sühnverfahren vor dem Friedensrichteramt Winterthur als durch Rückzug erledigt abgeschrieben (act. 40/43)

Der Weisungsschein des Friedensrichteramtes Kreis Wohlen/AG wurde am 22. April 2010 nach einer ergebnislos verlaufenen Vermittlungsverhandlung ausgestellt (act. 40/40).

Am 21. Mai 2010 reichte der Kläger seine Klage beim Bezirksgericht Bremgarten/AG ein, wobei er beantragte, es sei die Beklagte zu verpflichten, Fr. 280'418.– nebst Zins zu bezahlen (act. 40/41). Die Beklagte erhob in der Folge die Unzuständigkeitseinrede, worauf der Kläger seine Klage mit Eingabe vom 2. August 2010 wieder zurückzog. Mit Beschluss vom 26. August 2010 wurde das Verfahren durch das Bezirksgericht Bremgarten als erledigt abgeschrieben (act. 40/41).

Am 13. September 2010 machte der Kläger erneut eine Klage beim Friedensrichteramt Winterthur anhängig, wobei er eine Forderung von Fr. 280'543.60 nebst Zins geltend machte (act. 1).

4.a) Die vorliegend zur Diskussion stehenden AVB lauten wie folgt:

*"F11 Verjährung und Verwirkung*

- 1 *Die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag verjähren in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet.*
- 2 *Lehnt die X. die Entschädigungsforderung ab, muss sie der Anspruchsberechtigte innert 2 Jahren nach Eintritt des Ereignisses gerichtlich geltend machen, andernfalls er seine Rechte verliert (Verwirkung).*
- 3 *(...)"*

b/aa) Nach Art. 46 VVG verjähren Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Vertragsabreden, die den Anspruch gegen den Versicherer einer kürzeren Verjährung oder einer zeitlich kürzeren Beschränkung unterwerfen, sind ungültig.

Nach herrschender Lehre und ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung können aufgrund der Bestimmung von Art. 46 VVG nicht nur längere Verjährungsfristen, sondern eigentliche Präklusions- oder Verwirkungsfristen gültig vereinbart werden, sofern sie nicht kürzer als die zweijährige Verjährungsfrist nach Art. 46 Abs. 1 VVG sind (Graber in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, N. 39 zu Art. 46 VVG; BGE 74 II 99; BGE 4A\_200/2008 vom 18. August 2008). Eine mit Verwirkungsfolge ausgestattete Klagefrist wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch im Lichte der Rechtsprechung zu allgemeinen Vertragsbestimmungen nicht als ungewöhnlich qualifiziert (siehe BGE 4A\_200/2008 vom 18. August 2008).

Verjährung und Verwirkung schliessen sich nicht aus, sondern bestehen nebeneinander. Der Anspruchsberechtigte muss daher gegebenenfalls die für die Wahrung der Verwirkungsfrist vertraglich vorgesehene Rechtshandlung vornehmen und die Verjährung unterbrechen (Graber in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, a.a.O., N. 42 zu Art. 46 VVG).

bb) Die Vereinbarung einer zweijährigen Verwirkungsfrist ist damit grundsätzlich zulässig und bildet Bestandteil des zwischen den Parteien abgeschlossenen Versicherungsvertrages (act. 3/1 i.V.m. act. 34/1).

c/aa) Der Kläger will den in F11/2 der AVB erwähnten Begriff des "Eintritts des Ereignisses" als Zeitpunkt der Ablehnung der Entschädigungsforderung durch die X. (20. Oktober 2008) verstanden haben (act. 39 S. 12).

bb) Der mutmassliche Parteiwille ist nach dem Vertrauensgrundsatz zu ermitteln (BGE 119 II 368 E. 4b S. 372); danach sind Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 111 II 276 E. 2b S. 279). Seit Aufgabe der Eindeutigkeitsregel

(Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 1998 4C.24/1997 E. 1c; zur alten Praxis: BGE 111 II 284 E. 2 S. 287) kann nicht mehr ausschliesslich auf den klaren Wortlaut abgestellt werden. Aus Art. 18 OR folgt, dass ein klarer Wortlaut für die Auslegung nicht unbedingt entscheidend und eine reine Wortauslegung verboten ist. Selbst wenn eine Vertragsbestimmung auf den ersten Blick klar erscheint, kann sich aus den anderen Vertragsbestimmungen, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck und aus weiteren Umständen ergeben, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt (BGE 127 III 444 E. 1b). Zu berücksichtigen ist schliesslich auch, was sachgerecht erscheint (BGE 122 III 118 E. 2a S. 121; 126 III 388 E. 9d S. 391; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts vom 28. Februar 2001, 5C.305/2001).

cc) Bei der zwischen den Parteien abgeschlossenen Versicherung handelt es sich um eine Sachversicherung (act. 3/1 S. 1).

Bei einer derartigen Versicherung bildet eine Sache Gegenstand des Versicherungsvertrages. Dieser deckt (je nach Versicherungsart) sog. Sachschäden, die durch Beschädigung, Zerstörung oder Verlust eines Gegenstandes entstehen.

Der Versicherer haftet, soweit das VVG nichts anderes bestimmt, für alle Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst (Art. 33 VVG).

dd) Das Versicherungsvertragsgesetz knüpft in unzähligen Bestimmungen an den Begriff des "Ereignisses" oder "befürchteten Ereignisses" an:

So findet sich (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) die entsprechende Terminologie in den allgemeinen Bestimmungen des VVG in den Art. 8, 9, 10 Abs. 3, 14 Abs. 1, 3 und 4, 15, 17, 29, 32, 33, 38 und 39 und in den besonderen Bestimmungen des VVG über die Schadenversicherung in den Art. 48, 61, 62, 64, 66 und 71.

ee) Die Beklagte hat in ihren AVB die Terminologie des Versicherungsvertragsgesetzes übernommen. Sie hält unter Punkt E der AVB die Obliegenheiten fest, welche den Versicherungsnehmer bei Eintritt eines versicherten Ereignisses treffen und verwendet den Begriff des Ereignisses in den Punkten E1, E1.5 und E1.2. Unter Punkt F (Entschädigung) findet sich der Begriff des Ereignisses unter F2/1, F2/2.1, F3/1, F5/1, F7/1, F8/1.2, F9/3.2 und F11/2.

ff) Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Grundlage im VVG und aufgrund des Gesamtzusammenhangs der einzelnen Bestimmungen in den AVB besteht kein Anlass dafür, den in F11/2 der AVB genannten Begriff des "Eintritts des Ereignisses" als Ablehnung der Ersatzforderung zu verstehen. Vielmehr ist aus der Gesetzessystematik und der Terminologie in den AVB klar ersichtlich, dass mit dem Begriff des "Ereignisses" - unabhängig davon, ob im Einzelfall von "versichertem Ereignis", "Schadensereignis", etc. gesprochen wird - klar jenes Ereignis gemeint ist, welches die Leistungspflicht des Versicherers begründet. Nur dieses Ergebnis ist sachgerecht und auch der Kläger als Versicherungsnehmer musste in guten Treuen die entsprechende Bestimmung in der dargelegten Weise verstehen. Es besteht keinerlei Anlass, den Begriff des "Eintritts des Ereignisses" ausgerechnet in F11/2 der AVB anders zu verstehen als in sämtlichen übrigen gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen.

Auch verfängt das Argument des Klägers nicht, wonach (vernünftiger) Sinn und Zweck von F11/1 AVB offensichtlich die Offenhaltung der Möglichkeit sei, dass die Parteien ohne Zeitdruck auf eine gütliche Lösung hinarbeiten könnten, ohne die Gerichte vorzeitig bemühen zu müssen (act. 39 S. 14). Denn Sinn und Zweck von Verwirkungsfristen ist es, dass der Versicherungsnehmer innert der Verwirkungsfrist zu einem vertragsgemässen Handeln (vorliegend: "gerichtlich geltend machen") gezwungen wird. Die Verwirkungsfrist schützt den Versicherer davor, dass der Anspruchsberechtigte lediglich die Verjährung immer wieder unterbricht und den Versicherer letztlich im Unklaren lässt, ob der Versicherungsnehmer den vermeintlichen Anspruch gerichtlich durchsetzen will (Graber, a.a.O., N. 40 zu Art. 46 VVG).

gg) Mit "Eintritt des Ereignisses" im Sinne von F11/2 der AVB ist demnach der Einbruchdiebstahl vom 3./4. Dezember 2007 zu verstehen.

Mit diesem Datum begann die zweijährige Verwirkungsfrist.

In der Folge ist zu prüfen, ob die Forderung, wie von der Beklagten geltend gemacht, verwirkt ist, oder ob der Kläger innert der Verwirkungsfrist jene Handlung vorgenommen hat, welche der Versicherungsvertrag vorsieht (vgl. Graber in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, a.a.O., N. 40 zu Art. 46 VVG), nämlich, ob er die Entschädigungsforderung innert zwei Jahren seit Beginn der Verwirkungsfrist gerichtlich geltend gemacht hat.

5.a) Grundsätzlich ist die Frist zur "gerichtlichen Geltendmachung" bei fristgerechter Einreichung eines Sühnbegehrens, mithin bei Anhebung der Klage beim zuständigen Friedensrichteramt, gewahrt, was von der Beklagten anerkannt wird (act. 33 S. 30, N. 102; Frank / Sträuli / Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N. 1 zu § 94 ZPO ZH). Die Anrufung des Friedensrichters hat indessen nur dann verwirkungsfristwahrende Wirkung, wenn die klagende Partei die Streitsache innert der dreimonatigen Verfallsfrist der Weisung gemäss § 101 ZPO ZH beim Gericht rechtshängig macht (Karin Fischer, Vom Friedensrichteramt zur Schlichtungsbehörde, ZStV Band Nr. 153, § 7 B2).

Von der Klageanhebung zu unterscheiden ist die Rechtshängigkeit einer Klage. Sie bestimmt sich nach kantonalem Recht (§ 102 ff. ZPO ZH) und bildet nicht Voraussetzung für die Einhaltung einer Verwirkungsfrist (Frank / Sträuli / Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N. 4 zu § 101 ZPO ZH). Rechtshängigkeit wird nach den Bestimmungen der Zürcherischen Zivilprozessordnung durch Einreichung der Weisung beim Gericht begründet (§ 102 ZPO ZH).

b) Wird eine mangels örtlicher Zuständigkeit zurückgezogene oder zurückgewiesene Klage binnen 30 Tagen beim zuständigen Gericht neu angebracht, gilt nach Art. 34 Abs. 2 aGestG als Zeitpunkt der Klageanhebung das Datum der ersten Einreichung.

Zu beachten ist, dass es sich um einen berechtigten Rückzug handeln muss, wobei auf die tatsächlichen Gegebenheiten und nicht auf die Begründung der Partei abzustellen ist. Art. 34 Abs. 2 aGestG kommt demnach nicht zur Anwendung, wenn sich der Kläger nach Klageeinreichung für einen alternativen Gerichtsstand entscheidet und die Klage zurückzieht. Denn diesfalls wäre das zuerst angerufene Gericht nicht unzuständig gewesen (vgl. dazu analog, Sutter-Somm / Hedinger, in Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, Kommentar zur eidgenössischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, N. 9 zu Art. 63 ZPO, mit Hinweis auf D. Infanger, Basler Komm. Gerichtsstandsgesetz, Art. 34 N. 29).

Voraussetzung für den Fortbestand der Rechtshängigkeit nach Art. 34 Abs. 2 a GestG ist sodann, dass es sich um die gleiche Klage handelt. Identität der Klagen im Sinne von Art. 35 aGestG genügt nicht (Orelli, in: Müller / Wirth, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2001, N. 52 zu Art. 34 aGestG; Sutter-Somm / Hedinger, a.a.O., N. 16 zu Art. 63 ZPO).

Wird eine Klage beim zuständigen Friedensrichteramt erhoben, indessen nicht an der Klage festgehalten, gilt sie nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als nicht erfolgt (BGE 50 II 543; Roelli / Keller, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2.A., Bern 1968, S. 656).

c) Vorliegend hat der Kläger am 24. August 2009 und damit innerhalb der Verwirklichungsfrist beim Friedensrichteramt Winterthur eine Klage über den Betrag von Fr. 294'140.90 nebst Zins erhoben (act. 40/43). Diese Klage zog er mit Schreiben vom 31. März 2010 zurück (act. 40/39). Der Kläger beruft sich nunmehr auf einen "Rückzug angebrachtermassen", mithin um einen Rückzug, bei welchem der Fehler in der Zuständigkeit von der ansprechenden Partei bemerkt und mittels Rückzug der Eingabe behoben worden sei (Sutter-Somm / Hedinger, a.a.O., N. 9 zu Art. 63 ZPO).

d) Ein "Rückzug angebrachtermassen" liegt indessen vorliegend nicht vor.

aa) So hat der Kläger zwar gegenüber der Beklagten angekündigt, er werde die Klage angebrachtermassen beim Friedensrichteramt Winterthur zurückziehen

(act. 40/44), gegenüber dem Friedensrichteramt Winterthur aber - und allein dies ist massgebend - teilte er einzig und letztlich bedingungslos mit, sein Klient habe sich entschieden, seine Forderung an seinem Wohnsitz gerichtlich beurteilen zu lassen und er habe die Klage zwischenzeitlich bereits beim zuständigen Friedensrichter im Kanton Aargau eingereicht, weshalb er die entsprechende Abschreibungsverfügung erwarte (act. 40/39). Von einem "Rückzug angebrachtermassen" war im Klagerückzug nicht die Rede.

bb) Selbst wenn der Kläger mit dem Schreiben an das Friedensrichteramt Winterthur vom 31. März 2010 dem Inhalt nach aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten einen "Rückzug angebrachtermassen" hätte zum Ausdruck bringen wollen, könnte ein derartiger Rückzug mit der Wirkung der fortbestehenden Rechtshängigkeit nur erklärt werden, wenn er berechtigt wäre. Entscheidet sich die klagende Partei indessen aus freien Stücken für einen alternativen Gerichtsstand, gilt als Zeitpunkt der Klageanhebung oder Rechtshängigkeit nicht das Datum der ersten Einreichung.

Das Schreiben des Klägers vom 31. März 2010 lässt an Klarheit nichts zu wünschen übrig. Der Kläger nennt als Grund für seinen Klagerückzug nicht etwa, dass er bemerkt habe, dass er zunächst einem Irrtum über die örtliche Zuständigkeit unterlegen sei, sondern vielmehr, dass er sich entschieden habe, seine Forderung an seinem Wohnsitz gerichtlich beurteilen zu lassen (act. 40/39). Mithin hat er sich aus freien Stücken für einen (vermeintlich) alternativen Gerichtsstand entschieden. Dies ergibt sich auch daraus, dass der Kläger die Klage beim Friedensrichteramt Kreis Wohlen/AG am 5. März 2010 ohne jegliche Bezugnahme auf das beim Friedensrichteramt Winterthur eingeleitete Verfahren und damit gleichsam unabhängig von diesem eingereicht hatte (act. 40/38).

Der Rückzug beim Friedensrichteramt Winterthur erwies sich sodann klarerweise nicht als berechtigt, war doch genau dieses Friedensrichteramt Winterthur nicht etwa unzuständig, sondern zuständig. Unzuständig dagegen war das nunmehr vom Kläger angerufene Friedensrichteramt Kreis Wohlen/AG, was der Kläger im Verfahren vor dem Bezirksgericht Bremgarten/AG selber einräumte (vgl. act. 40/41).

Ein "Rückzug angebrachtermassen" (mit der Wirkung, dass die Rechtshängigkeit erhalten bleibt) konnte damit später gegenüber dem unzuständigen Friedensrichteramt Kreis Wohlen/AG, resp. dem unzuständigen Bezirksgericht Bremgarten/AG erklärt werden, nicht aber gegenüber dem von Anbeginn an stets zuständigen Friedensrichteramt Winterthur.

Der vorliegende Fall ist damit nicht vergleichbar mit dem vom Kläger zitierten (act. 39 S. 18), im Bundesgerichtsentscheid 75 III 73 abgehandelten Sachverhalt, liegt doch genau die umgekehrte Konstellation vor. In jenem Verfahren ging es darum, eine Klage beim zuständigen Richter einzureichen, bevor sie beim unzuständigen Richter zurückgezogen wurde. Vorliegend hat der Kläger indessen aus freien Stücken sich entschieden, die Klage beim zuständigen Friedensrichteramt Winterthur zurück zu ziehen, um sie alsdann bei einem anderen (vermeintlich) zuständigen Friedensrichteramt einzureichen, weil er seine Forderung an seinem Wohnsitz beurteilt haben wollte (act. 40/39).

Diese freiwillige Rückzugserklärung gegenüber dem zuständigen Friedensrichteramt Winterthur aber hat zur Folge, dass die Klage vor dem Friedensrichteramt Winterthur als nicht erhoben gilt. Der Anrufung des Friedensrichteramtes Winterthur kommt demnach keine verwirkungsfrihwahrende Wirkung zu, hat der Kläger doch die Weisung weder verlangt, geschweige denn innert Frist beim Gericht eingereicht (Karin Fischer, a.a.O., § 7 B2). Vielmehr hat er die Klage gegenüber dem Friedensrichteramt Winterthur zurückgezogen und andernorts, ohne dort in irgendeiner Weise auf die in Winterthur eingereichte Klage Bezug zu nehmen, wieder eingereicht.

cc) Schliesslich fehlt es auch an der Voraussetzung, wonach für den Fortbestand der Rechtshängigkeit die gleiche Klage vorliegen muss, machte der Kläger doch beim Friedensrichteramt Winterthur eine Klage über Fr. 294'140.90 anhängig (act. 40/37), während dessen er in Wohlen/AG Fr. 280'543.60 einklagte (act. 40/40).

e) Entgegen der Argumentation des Klägers ist damit nicht von beständiger Rechtshängigkeit der Klage auszugehen. Der Kläger hatte zwar zunächst mit der

ersten Klageanhebung vor dem Friedensrichteramt Winterthur vom 24. August 2009 die Ausschlussfrist für die Verwirkung gewahrt. Diese Wirkung fiel aufgrund des nachmaligen, aus freien Stücken und nicht "angebrachtermassen" erfolgten Rückzuges der Klage indessen dahin.

Die am 24. August 2009 beim Friedensrichteramt Winterthur eingeleitete Klage mit einer Forderungssumme von Fr. 294'140.90 (act. 40/43) gilt damit als nicht erfolgt.

Erfolgt ist dagegen die am 8. März 2010 beim Friedensrichteramt Kreis Wohlen/AG eingegangene Klage über Fr. 280'543.60 (act. 40/40). Diese Klage wurde indessen nach Ablauf der zweijährigen Verwirkungsfrist und damit in einem Zeitpunkt eingeleitet, in welchem die Forderung des Klägers bereits untergegangen war.

6. Der Kläger beruft sich sodann auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 139 OR (BGE 136 III 545 E. 3.2, act. 39 S. 19). Auch in jenem Entscheid wurde indessen ein Fall abgehandelt, in welchem das Verfahren zunächst fehlerhaft eingeleitet worden war und der Kläger seine Klage angebrachtermassen zurückgezogen hatte, was vorliegend nicht gegeben ist.

Der Kläger zitiert im Übrigen den entsprechenden Entscheid unvollständig. So hielt das Bundesgericht nicht fest, "Zweck von Art. 139 OR sei, den Ansprecher vor einem Rechtsverlust zu schützen, wenn dadurch keine schutzwürdigen Interessen der Gegenpartei tangiert würden" (act. 39 S. 16). Vielmehr hielt das Bundesgericht fest, Zweck von Art. 139 OR sei es, "den Ansprecher, der die Klage - innerhalb der Verjährungs- bzw. Verwirkungsfrist - fehlerhaft eingeleitet hat, vor einem Rechtsverlust zu schützen, wenn dadurch keine schutzwürdigen Interessen der Gegenpartei tangiert werden" (BGE 136 III 550 E. 3.2; Hervorhebung durch Gericht).

Von einer fehlerhaften Einleitung der Klage beim Friedensrichteramt Winterthur aber kann nach dem Gesagten nicht die Rede sein. Vielmehr hat der Kläger seine

Klage zurückgezogen, weil er sie durch die Gerichte an seinem Wohnsitz beurteilt haben wollte (act. 40/39).

7. Der Kläger bringt vor, die von der Beklagten in der Duplik erstmals erhobene Verwirkungseinrede sei verwirkt (act. 39 S. 6).

Dies trifft nicht zu. Mit der Einrede der Verwirkung erhebt die Beklagte nicht eine "Prozesseinrede", sondern eine Einrede materiellrechtlicher Natur, welche im Rahmen des Hauptverfahrens uneingeschränkt und auch nach Einlassung auf die Klage vorgebracht werden kann.

Die verwirkte Forderung ist untergegangen und besteht nicht mehr. Der Untergang ist im Übrigen von Amtes wegen und nicht nur auf Einrede hin zu beachten (Koller in: Guhl, das Schweizerische Obligationenrecht, 9.A., Zürich 2000, S. 316, N. 53).

8. Abschliessend ist auf die Frage einzugehen, ob allenfalls laufende Vergleichsverhandlungen es dem Kläger unzumutbar gemacht hatten, vor Ablauf der Verwirkungsfrist seine Klage einzureichen.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt ein Fristversäumnis als unverschuldet im Sinne von Art. 45 Abs. 3 VVG, wenn Umstände, welche der Versicherungsnehmer nicht zu verantworten hat, die Wahrung der Frist verunmöglichen. Es gilt aber auch als unverschuldet, wenn es dem Versicherungsnehmer zwar möglich, aber im Hinblick auf die gegebenen Umstände nach Treu und Glauben nicht zumutbar war, die in Frage stehende Handlung vor Ablauf der Frist vorzunehmen. Klage zu erheben ist dem Gläubiger in der Regel nicht zuzumuten, solange die Parteien ernsthaft über einen Vergleich verhandeln. Während der Dauer von Verhandlungen, die auf eine aussergerichtliche Erledigung des Streits abzielen, muss die Einreichung einer Klage dem Gläubiger als unnötig, ja sogar als unratsam erscheinen, kann sie doch geradezu als unfreundlicher Akt wirken und die Verhandlungen stören (BGE 74 II 101; BGE 4A\_200/2008).

Vorliegend hatte die Beklagte die Entschädigungspflicht unter Hinweis auf Art. 40 VVG mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 unmissverständlich abgelehnt und trat

gleichzeitig vom Versicherungsvertrag zurück (act. 2 S. 7; act. 3/8). Dass nach diesem Datum und vor Einleitung der Klage beim Friedensrichter Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien gelaufen wären, wurde durch den Kläger nicht geltend gemacht (act. 2 S. 7) und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Gegenteil machte die Beklagte mit Schreiben vom 25. Mai 2009 gegenüber dem mittlerweile vom Kläger beigezogenen Rechtsvertreter klar, dass sich an ihrem im Schreiben vom 20. Oktober 2008 geäusserten Standpunkt nichts geändert hatte (act. 3/24 u. 3/25).

Es liegen damit keine Umstände vor, welche es dem Kläger nach Treu und Glauben unzumutbar gemacht hätten, die in F11/2 der AVB statuierte Verwirkungsfrist rechtzeitig wahrzunehmen.

Dass ihm die Wahrung der Frist tatsächlich nicht unzumutbar war, zeigt sich sodann auch darin, dass der Kläger am 24. August 2009 seine erste Klage beim Friedensrichteramt Winterthur erhob (act. 40/43). Allfällige im Nachgang zur Sühnverhandlung vom 12. Oktober 2009 aufgenommene Gespräche zwischen den Parteien (act. 40/43) können nicht als Vergleichsverhandlungen gelten, welche die rechtzeitige Erhebung einer Klage nach Treu und Glauben unzumutbar gemacht hätten. Sie ergingen zu einem Zeitpunkt, in welchem der Kläger bereits ein Sühnbegehren gestellt und damit zunächst die Handlung vorgenommen hatte, welche zur Vermeidung der Verwirkung erforderlich war.

Es war damit nicht so, dass es dem Kläger aufgrund aussergerichtlicher Vergleichsverhandlungen nach Treu und Glauben nicht zumutbar gewesen wäre, vor Ablauf der Verwirkungsfrist diejenige Handlung vorzunehmen, welche die Bestimmung F11/2 der AVB von ihm verlangte.

Dass die Klage vom 24. August 2009 letztlich als nicht erfolgt gilt und ihr damit auch keine Verwirkungsfrist wahrende Wirkung mehr zukommt, ist - wie vorstehend aufgezeigt - direkte Folge des nicht angebrachtermassen erfolgten Rückzugs. Dass er die Klage beim Friedensrichteramt Wohlen nach Ablauf der Verwirkungsfrist einleitete, hat sodann keinen Zusammenhang mit allfälligen, nach der Sühnverhandlung vom 12. Oktober 2009 aufgenommenen Vergleichsgesprächen,

sondern lediglich damit, dass der Kläger die Klage durch die Gerichte im Kanton Aargau beurteilt haben wollte (act. 40/44). Eine Berufung auf Treu und Glauben zielt daher ins Leere. Allfällige im Verlaufe des Sühnverfahrens aufgenommene Vergleichsgespräche waren nicht Grund für die Nichteinhaltung der Verwirkungsfrist. Es liegt damit kein unverschuldetes Fristversäumnis im Sinne von Art. 45 Abs. 3 VVG vor.

9. Die Klage ist demnach infolge Verwirkung der Forderung abzuweisen.

#### IV. (Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Ausgangsgemäss wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2, 68 u. 69 ZPO ZH).

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf Fr. 10'000.–.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 20'215.– (inkl. 8 % MWSt.) zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Winterthur, 4. Oktober 2012

BEZIRKSGERICHT WINTERTHUR

Der Gerichtspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. B. Sager

lic. iur. T. Sprenger

versandt am: