

11 08 55

I. Kammer

als Appellationsinstanz

Mitwirkend Oberrichter Boesch (Präsident), Oberrichterin Wüest-Schwegler und Oberrichterin Peyer-Egli, Gerichtsschreiberin Jozic

**Urteil vom 16. Oktober 2008**

in Sachen

X., vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Matthias Fricker, Klägerin und Appellantin,

gegen

A. Versicherungsgesellschaft, vertreten durch Rechtsanwältin lic.iur. Carmen Hool-Helfenstein, Beklagte und Appellatin,

betreffend

Forderung (Versicherungsvertrag),

worüber

das Amtsgericht Willisau, I. Abteilung, am 11. Dezember 2007 erstinstanzlich geurteilt hat (10 06 21).

## Sachverhalt

### **A.**

Am 8. Mai 2003 schloss der Sohn der Klägerin, Y., mit der M. einen Leasingvertrag über das Auto Subaru Impreza 2.0 WRX Turbo. Der Barkaufpreis betrug Fr. 47'100.--. Lieferant des Fahrzeuges war die O. AG in P. Gestützt auf den Antrag der Klägerin vom 23. Mai 2003 schlossen die Parteien eine Vollkaskoversicherung für den Subaru ab. Am 28. Mai 2004 erfolgte eine Prämienanpassung. In beiden Versicherungsanträgen erklärte die Klägerin, die häufigste Lenkerin zu sein. Am 19. November 2004 fuhren der Sohn und der Ehemann der Klägerin mit dem Subaru nach Zürich. Dort wurde das Auto gestohlen. Am 25. Januar 2005 teilte die Beklagte der Klägerin mit, gemäss Polizeiakten sei der Sohn ausschliesslich den Subaru gefahren. Demzufolge habe die Klägerin in den Anträgen wissentlich falsche Angaben gemacht. Die Beklagte trete deshalb gestützt auf Art. 6 VVG rückwirkend vom Vertrag zurück. Damit entfalle auch ihre Leistungspflicht aus diesem Schadensereignis.

### **B.**

Mit Klage vom 3. November 2006 verlangte die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung von Fr. 43'567.50 nebst Zins zu 5 % seit dem 19. Juli 2006 als Versicherungsleistung für den gestohlenen rund 1,5 jährigen Subaru.

Die Beklagte beantragte in ihrer Klageantwort vom 30. Januar 2007 die Abweisung der Klage.

In der Replik vom 14. März 2007 und der Duplik vom 15. Mai 2007 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

### **C.**

In seinem Urteil vom 11. Dezember 2007 (Versand am 28.03.2008) wies das Amtsgericht die Klage ab. Es stellte fest, dass die Beklagte ihren Rücktritt vom Versicherungsvertrag innert der gesetzlich vorgeschriebenen Frist von vier Wochen erklärt habe. Nach Prüfung der verschiedenen Vorbringen der Parteien zum Hauptthema des häufigsten Lenkers dieses Fahrzeuges kam es zum Schluss, aufgrund der Gesamtheit der Indizien bestünden keine Zweifel, dass der Sohn Y. der häufigste Lenker des Subarus gewesen sei. Damit habe die

Klägerin wahrheitswidrige Angaben in ihren Versicherungsanträgen gemacht, womit die Beklagte gemäss Art. 6 VVG zu Recht rückwirkend vom Vertrag zurückgetreten sei. Damit entfalle auch die Leistungspflicht der Beklagten.

**D.**

Am 21. April 2008 appellierte die Klägerin gegen dieses Urteil und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 43'567.50 nebst Zins zu 5 % seit dem 19. Juli 2006 zu bezahlen (OG amtl.Bel. 1 S. 2).

Die Beklagte beantragte in ihrer Appellationsantwort vom 30. Juni 2008 die Abweisung der Appellation und damit sinngemäss die Abweisung der Klage (OG amtl.Bel. 10.1. S. 2).

**E.**

Die Beklagte trug in ihrer Appellationsantwort neu vor, der als gestohlen gemeldete Subaru sei im Dezember 2007 von der Polizei in Portugal im Zusammenhang mit Autoschiebereien aufgefunden worden. Das Auto befinde sich immer noch in Portugal und sei offenbar in gutem Zustand. Zur Schadensberechnung halte der Versicherungsvertrag fest, dass sich die Entschädigung um den Wert der Überreste des unreparierten Fahrzeuges vermindere. Dieser Restwert könnte aber erst festgestellt werden, wenn das Fahrzeug in die Schweiz überführt würde. Deshalb sei im jetzigen Zeitpunkt der durch das Diebstahlereignis möglicherweise entstandene Schaden nicht quantifiziert.

Infolge dieser neuen Behauptung wurden die Parteien zur Appellationsverhandlung vorgeladen, welche am 9. September 2008 stattfand.

Die Klägerin anerkannte an dieser Verhandlung, dass das Auto in Portugal im Zusammenhang mit Autoschiebereien aufgefunden worden sei. Sie habe aber keine Gelegenheit gehabt, das Auto in die Schweiz zurückzuholen. Sie hätte sich allenfalls an den Kosten für die Rückführung beteiligt, die Gegenpartei sei aber damit nicht einverstanden gewesen. Auf die Berechnung der Schadenshöhe habe dies jedoch keine Auswirkungen. Eine Rücknahmepflicht des Versicherten sei nur vorgeschrieben, falls das Fahrzeug innert 30 Tagen seit Entwendung wieder zum Vorschein komme (OG VP S. 1 und S. 5 zu Ziff. 4).

## **Erwägungen**

### **1.**

Die neu aufgelegten Urkunden werden zu den Akten genommen (OG kläg.Bel. 1-26, bekl. Bel. 1-4). Unbeachtlich bleiben jedoch die unzulässigen Zeugenbescheinigungen (OG kläg. Bel. 4-5, 18-19 und 22). Die vorinstanzlichen Akten werden von Amtes wegen beigezogen (§ 65 Abs. 2 ZPO). Y. nahm an der Instruktionsverhandlung der Vorinstanz trotz Hinweis auf den Verlust seiner Zeugenfähigkeit teil. Die Vorinstanz befragte ihn deshalb nicht als Zeuge. Da die Klägerin diese vorinstanzliche Feststellung nicht angefochten hat, bleibt die fehlende Zeugenfähigkeit auch vor Obergericht bestehen. Ebenfalls nicht als Zeuge einzuvernehmen ist Z., da er zu Sachverhalten aussagen sollte, die unbestritten oder mit Urkunden bewiesen sind. Zudem ist fragwürdig, wie glaubhaft seine Aussagen als Ehemann der Klägerin wären. Die Zeugen R., S., T. und U. sind mangels Relevanz ihrer möglichen Aussagen zum eigentlichen Streitpunkt, ob die Klägerin häufigste Lenkerin des Subarus gewesen sei, nicht einzuvernehmen. Dem an der Appellationsverhandlung gestellten Antrag auf Edition einer Anstellungsbestätigung durch das Konkursamt ist mangels Relevanz ebenfalls nicht Folge zu leisten. Im Übrigen wäre dieser Antrag auch sonst abzuweisen, weil die Klägerin nicht behauptet, sie könne die Anstellungsbestätigung beim Konkursamt nicht selber beschaffen (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 2 zu § 152 ZPO). Weitere Beweise sind nicht beantragt.

### **2.**

Die Klägerin kritisiert die Beweiswürdigung der Vorinstanz als unzutreffend. Sie führt nochmals detailliert viele Indizien an, aus denen hervorgehen soll, weshalb entgegen der vorinstanzlichen Feststellung doch sie die häufigste Lenkerin gewesen sein soll. Es ist sehr zweifelhaft, ob diese Vorbringen geeignet wären, die vorinstanzliche Schlussfolgerung umzustossen. Sie brauchen indes nicht geprüft zu werden, da sich mit der Anerkennung des Autofundes eine neue Rechtslage ergeben hat.

### **3.**

Auch die Frage, ob die Klägerin die Versicherungsleistungen überhaupt hätte einklagen können, da sie nicht Eigentümerin des versicherten Fahrzeuges gewesen sei (OG amtl.Bel. 12

Ziff. 3, OG amtl.Bel. 10.1 S. 26 f. zu 4), braucht infolge der neuen Rechtslage nicht geprüft zu werden.

#### **4.**

##### **4.1.**

Die Klägerin fordert aufgrund des Versicherungsvertrages die Entschädigung für das gestohlene Auto. Vor erster Instanz gingen beide Parteien noch davon aus, dass das Auto unauffindbar sei und deshalb – die Gültigkeit des Versicherungsvertrages vorausgesetzt – das abhandengekommene Fahrzeug zu entschädigen wäre. An der Appellationsverhandlung anerkannte die Klägerin nun, dass das Auto gefunden worden sei und sich offenbar in gutem Zustand befinde (OG amtl.Bel. 10.1 S. 3 Ziff. 1 und S. 26 zu Ziff. 4; OG VP S. 1 und S. 5 zu 4). Die Beklagte macht geltend, dass sich in diesem Falle gemäss Versicherungsvertrag (AVB C 6 Ziff. 5) die Entschädigung um den Wert der Überreste reduziere. Da aber dieser Überrestwert nicht bestimmt sei, sei auch die Klageforderung nicht quantifiziert (OG amtl. Bel. 10.1 S. 27). Dagegen wendet die Klägerin ein, dass das Auffinden des Autos keine Auswirkungen auf die Berechnung der Schadenshöhe habe, da eine Rücknahmepflicht des Versicherten nur bestehe, falls das Fahrzeug innert 30 Tagen seit Entwendung wieder zum Vorschein komme, was aber hier nicht der Fall sei (OG VP S. 5 zu Ziff. 4).

##### **4.2.**

Unbestrittenermassen haben die Parteien einen Versicherungsvertrag abgeschlossen und die Allgemeinen Bedingungen "aa" übernommen. Demnach ist bei Diebstahl eines Autos das abhandengekommene Fahrzeug grundsätzlich zu entschädigen (AG kläg.Bel. 8 C 2 und C 5 Ziff. 1). Wie diese Entschädigung berechnet wird, ist in den Allgemeinen Bedingungen unter C 6 aufgeführt. In Ziff. 5 1. Satz dieses Abschnittes wird dann ausdrücklich ausgeführt, dass die Entschädigung um den Wert der Überreste des unreparierten Fahrzeuges reduziert werde. Dass die Klägerin diesen Vertragsbestimmungen nicht zugestimmt habe oder dass die Parteien diesbezüglich etwas anderes vereinbart hätten, macht sie nicht geltend. Ihr Einwand, dass sie das Fahrzeug nur hätte zurücknehmen müssen, wenn es innert 30 Tagen gefunden worden sei, hat auf diese primäre Entschädigungsbemessung keinen Einfluss. Denn erst als Option haben die Parteien die Möglichkeit zu vereinbaren, dass der Überrestwert zwar nicht von der Entschädigung abgezogen wird, dass dann aber das Fahrzeug mit der Auszahlung der Entschädigung ins Eigentum der Beklagten übergehe (AG kläg.Bel. 8 C 6 Ziff. 5 2. Satz). Da sich die Beklagte aber weigert, die volle Entschädigung zu bezahlen,

ist eben gerade keine Einigung über diese Option zustande gekommen. Demnach kann die Klägerin nur die um den Überrestwert reduzierte Entschädigung verlangen. Da sie trotz der neuen Rechtslage an der Appellationsverhandlung ihren Antrag nicht änderte, keine konkreten Angaben zur (neuen) Schadenshöhe vortrug und auch keine entsprechenden Beweise beantragte, ist ihre Klage abzuweisen.

**5.**

Bei diesem Prozessausgang hat die Klägerin sämtliche Prozesskosten zu tragen. Vor zweiter Instanz werden die Gerichtskosten auf Fr. 1'800.-- festgesetzt. Die Kostennote von Rechtsanwältin lic. iur. Carmen Hool-Helfenstein wird auf Fr. 5'300.-- (Fr. 5'220.-- Honorar und [mangels Detaillierung pauschal] Fr. 80.-- Auslagen) festgesetzt. Eine juristische Person wird ohne gegenteiligen Nachweis als Mehrwertsteuerpflichtig betrachtet; ihr wird die Anwaltskostenentschädigung ohne Mehrwertsteuer zugesprochen (LGVE 2006 I Nr. 43). Der erstinstanzliche Kostenspruch wird diesbezüglich abgeändert und die Parteientschädigung an die Beklagte auf Fr. 8'961.80 (Fr. 8'700.-- Honorar und Fr. 261.80 Auslagen) festgesetzt.

**6.**

Der Streitwert nach Art. 51 Abs. 1 BGG beträgt Fr. 43'567.50.

## Urteilsspruch

**1.**

Die Klage wird abgewiesen.

**2.**

Die Klägerin hat sämtliche Prozesskosten zu tragen. Die erstinstanzlichen Gerichts- und Beweiskosten von Fr. 3'500.-- (inkl. Fr. 340.-- Zeugenlöhne) sowie die zweitinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 1'800.-- sind mit den Kostenvorschüssen der Parteien (Klägerin: Fr. 3'400.-- und Fr. 1'800.--, Beklagte Fr. 100.--) bezahlt.

Die Klägerin hat der Beklagten die vorgeschossenen Beweiskosten von Fr. 100.--, eine Anwaltskostenentschädigung für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 8'961.80 (inkl. Fr. 261.80 Auslagen) und eine solche für das zweitinstanzliche Verfahren von Fr. 5'300.-- (inkl. Fr. 80.-- Auslagen) zu bezahlen, insgesamt somit Fr. 14'361.80.

**3.**

Gegen Urteile und Entscheide letzter kantonalen Instanzen ist die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. und Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) zulässig. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten muss der Streitwert mindestens 15 000 Franken in arbeits- und mietrechtlichen Fällen und mindestens 30 000 Franken in allen übrigen Fällen betragen. Wird dieser Streitwert nicht erreicht, ist die Beschwerde zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt.

Die Beschwerde ist nach den Vorschriften von Art. 42 und Art. 99 BGG innert 30 Tagen beim Bundesgericht einzureichen. Gerügt werden können die Beschwerdegründe von Art. 95 ff. BGG.

**4.**

Dieses Urteil ist den Parteien und dem Amtsgericht Willisau, I. Abteilung, zuzustellen.

Luzern, 16. Oktober 2008

Für die I. Kammer des Obergerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: