



Z 05/066/ks

### Urteil vom 4. November 2010

---

Besetzung

Kantonsgerichtspräsident I lic.iur. Lorenz Burch  
Kantonsrichterin Trudi Abächerli-Halter  
Kantonsrichter Gianni Theler  
Gerichtsschreiberin lic.iur. Kathrin Sigrist

---

Kläger

**A.**, vertreten durch lic.iur. Karl Vogler, Rechtsanwalt, Sar-  
nerstrasse 3, 6064 Kerns

---

Beklagte

**X. AG**, vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Olivier Dollé, Kapell-  
gasse 26, Postfach 2604, 6002 Luzern

---

Gegenstand

Forderung aus Versicherungsvertrag

## Sachverhalt

A.

Mit Klage vom 24. Oktober 2005 (Bel. 1) stellte der Kläger folgende Anträge:

1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte vom Versicherungsvertrag (Police Nr. xyxy) nicht zurücktreten kann und demzufolge das beklagte Schreiben vom 28. Juli 2004 keine Rechtswirkung entfaltet.
2. Die Beklagte sei zur Zahlung von Fr. 77'574.40, nebst 5 % Zins seit dem 28. August 2004 zu verpflichten.
3. Die Beklagte sei anzuweisen, von obgenannter Forderung über Fr. 77'574.40, nebst 5 % Zins seit dem 28. August 2004, eine noch zu bestimmende Teilsumme direkt an die Q. AG, und die Differenz zwischen obgenannter Forderung nebst Zinsen und dieser Teilsumme an den Kläger zu leisten; wobei die Höhe der direkt an die Q. AG zu leistenden Teilsumme der Höhe der vom Kläger der Q. AG geschuldeten restlichen Kaufpreisforderung gemäss Finanzierungskaufvertrag (Select-Vertrag Nr. abab) zu entsprechen hat.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Er macht im Wesentlichen was folgt geltend: Am 26. März 2004 hätten er und seine Lebenspartnerin sich der Hauptagentur der Beklagten in G. mit dem Versicherungsagenten H. getroffen. Unter der Anleitung von H. habe er den Versicherungsantrag für eine Haftpflicht- und Kaskoversicherung ausgefüllt. H. habe ihn davon abgehalten, die Frage, ob der häufigste Fahrzeugführer in den letzten 5 Jahren einen Schaden an selbstgelenkten oder eigenen Motorfahrzeugen gehabt habe (Kaskoschaden), mit "ja" zu beantworten. H. habe ihm erklärt, dass zwischen relevanten und nicht relevanten Schäden unterschieden werden müsse. Der Kläger habe dann sämtliche Schäden der vergangenen Jahre aufgezählt. Da er nicht mehr genau gewusst habe, wann der Selbstunfall passiert sei, habe H. versprochen, beim Agenten des Vorversicherers noch den Zeitpunkt des Selbstunfalles nachzufragen. H. habe ihn dann angewiesen, die erwähnte Frage mit "nein" zu beantworten. Die Beklagte habe daraufhin mit ihm auf den 25. März 2004 eine Motorfahrzeugversicherung abgeschlossen. Am 1. Juli 2004 sei seiner Lebenspartnerin das von der Beklagten versicherte Fahrzeug BMW M5 in Polen gestohlen worden. Er habe den Schaden bei der Beklagten angezeigt. Mit Schreiben vom 28. Juli 2004 habe die Beklagte ihm mitgeteilt, dass sie vom Versicherungsvertrag zurücktrete.

Er bestreite, dass er im Versicherungsantrag vom 26. März 2004 eine erhebliche Gefahrstatsache unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen habe. Selbst wenn er nicht auf die Belehrungen des Versicherungsagenten gehört und beim Ausfüllen des An-

trags sowohl den Selbstunfall vom 19. Dezember 1999 als auch die unverschuldete Kollision in Hooikade vom 2. Mai 2003 bei der Frage nach Schäden während der vergangenen fünf Jahren angezeigt hätte, wäre nämlich der Versicherungsvertrag zu den gleichen Konditionen abgeschlossen worden. Sollte das Gericht wider Erwarten zum Ergebnis kommen, dass er seine Anzeigepflicht hinsichtlich erheblicher Gefahrstatsachen verletzt habe, so bleibe diese Anzeigepflichtverletzung auch aufgrund der Ausnahmetatbestände von Art. 8 Ziff. 2 und 3 VVG ohne Folgen und die Beklagte bleibe an den Versicherungsvertrag gebunden. Ohne die mehrfache Intervention von H. hätte er die genannte Frage mit "ja" beantwortet. H. habe dabei als Agent der Beklagten gehandelt, welche sich gemäss Art. 34 Abs. 1 VVG das Verhalten ihrer Agenten als ihr eigenes anrechnen lassen müsse. Die angeblich verschwiegenen Gefahrstatsachen seien H. bekannt gewesen. H. habe auch freiwillig eine Nachfragepflicht beim Vorversicherer übernommen. Die Beklagte hätte die im Versicherungsantrag nicht aufgeführten Schäden kennen müssen. H. sei nach Treu und Glauben als Abschlussagent der Beklagten zu qualifizieren. Auch wenn H. als Vermittlungsagent qualifiziert werden sollte, wäre sowohl sein Verhalten, als auch sein Wissensstand trotzdem der Beklagten zuzurechnen. H. habe nämlich die Aufgabe der Risikoprüfung übernommen.

B.

Mit Klageantwort vom 17. Februar 2006 (Bel. 9) stellte die Beklagte folgende Anträge:

1. Die Klage sei vollumfänglich und in allen Punkten abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers.

Die Beklagte macht im Wesentlichen Folgendes geltend: Sämtliche Ausführungen des Klägers, wonach er H. über Unfälle in der Vergangenheit informiert und dieser abgewunken und den Kläger geradezu gedrängt habe, die Frage nach Kaskoschäden in den letzten fünf Jahren mit "nein" zu beantworten, gehörten ins Reich der Fantasie. Die Aussage, wonach ihr Vertreter zugesagt habe, er werde sich beim Vorversicherer erkundigen, werde zurückgewiesen.

Sie bestreite die Ausführungen des Klägers zum angeblichen Diebstahl des Fahrzeuges. Ihre Nachforschungen zum mutmasslichen Geschehensablauf rund um den angeblichen Fahrzeugdiebstahl hätten erhebliche Zweifel an der Schilderung des Klägers respektive seiner Lebenspartnerin zu Tage gebracht. Alles zusammen genommen würden diese Unstimmigkeiten das Mass normaler Irrtümer überschreiten und die Glaubwürdigkeit und damit den Beweis der Wahrscheinlichkeit des Klägers betr. Diebstahl umzustossen vermögen.

Dem Kläger gelinge es nicht, die gesetzliche Vermutung der Erheblichkeit der Frage nach Kaskoschäden umzustossen, indem er irgendeinen anderen fiktiven Versicherungsantrag auflege, welcher überdies auch zeitlich rund neun Monate später erfolgt sei. Von einem Nachweis für die Unerheblichkeit der Frage für den konkreten Vertragsabschluss vom 26. März 2004 könne daher keine Rede sein. Dem Kläger sei es nicht gelungen und könne es nicht gelingen, den geforderten objektiven Nachweis zu erbringen, dass sie im konkreten Fall mit den konkreten Verhältnissen gleich gehandelt hätte, wenn sie über die verschwiegenen Unfälle informiert gewesen wäre. Es stehe demnach fest, dass der Kläger eine Anzeigepflichtverletzung im Sinne von Art. 6 VVG begangen habe. Dem Kläger bleibe der Ausweg über die Ausnahmetatbestände des Art. 8 VVG verwehrt. Er habe H. mit keinem Wort über Schadenfälle in der Vergangenheit informiert. Sie müsse, selbst wenn ihr Vermittlungsagent von den Unfällen der Vergangenheit gewusst haben sollte - was bestritten werde - dieses Wissen nicht gegen sich gelten lassen.

C.

Mit Replik vom 7. Juli 2006 (Bel. 16) hielt der Kläger an seinen in der Klageschrift gestellten Rechtsbegehren fest. Er machte geltend, dass die Beklagte den objektiven und subjektiven Tatbestand eines Versicherungsbetruges (vgl. Art. 40 VVG) nachweisen müsste, um nicht mehr an den Versicherungsvertrag gebunden zu sein. Die Beklagte könne die Versicherungsleistung nicht unter Anrufung von Art. 8 ZGB und 39 VVG verweigern, da es ihr nicht gelinge, den Hauptbeweis des Klägers zu erschüttern.

D.

Mit Eingabe vom 13. Oktober 2006 (Bel. 20) erhob die Beklagte die Verjährungseinrede. Sie machte geltend, der angebliche "Diebstahl" habe am 1. Juli 2004 stattgefunden. In Anwendung von Art. 46 VVG sei die Forderung aus Versicherungsvertrag demnach am 1. Juli 2006 verjährt. Das Einklagen einer nicht dem Kläger zustehenden Forderung könne keine Unterbrechung der Verjährung bewirken.

E.

In der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 (Bel. 25) bestritt der Kläger, dass im vorliegenden Fall die Verjährung eingetreten sei. Er habe die Verjährung spätestens mit Einreichung der Klage am 24. Oktober 2005 sowie mit jeder weiteren darauf folgenden Prozesshandlung unterbrochen.

F.

Die Aktivlegitimation des Klägers wurde mit Urteil des Kantonsgerichts vom 12. November 2007 bejaht (Bel. 75). Eine dagegen erhobene Appellation wurde vom Obergericht mit Urteil vom 9. Dezember 2009 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Bel. 83).

G.

Das Gesuch der Beklagten, das Prozessthema vorfrageweise auf die Frage der Verjährung der Forderung zu beschränken (Bel. 84), wurde mit Verfügung vom 22. Februar 2010 (Bel. 87) abgewiesen.

H.

Mit Duplik vom 7. Juni 2010 (Bel. 91) hielt die Beklagte an den Anträgen zur Klageabweisung fest. Die Leistungsansprache scheitere primär wegen der Anzeigepflichtverletzung. Die Einrede der Verjährung werde ausdrücklich wiederholt und aufrecht erhalten. Die Genehmigung der Rückzession an den Kläger sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem die Forderung bereits seit knapp sieben Monaten verjährt gewesen sei. Eine solche nachträgliche Genehmigung hätte - wenn überhaupt - nur bis zum Ablauf der Verjährung am 2. Juli 2006 erfolgen können. Selbst wenn die Genehmigung ex tunc wirken würde, also rückwirkend auf den 18. Januar 2005, so wäre die Forderung zufolge Zeitablaufs zwischenzeitlich bereits verjährt.

I.

Anlässlich der Verhandlung vom 4. November 2010 beantragte der Kläger Folgendes:

1. Die Beklagte sei zur Zahlung von Fr. 77'574.40 nebst 5 % Zinsen seit dem 28. August 2004 zu verpflichten.
2. Die Ausführungen in den nachfolgend aufgeführten Randziffern in der Duplik vom 7. Juni 2010 seien aus dem Recht zu weisen:
  - Rz. 04 und 11-18 (auf S. 4-6);
  - Rz. 50-51 und 53 (auf S. 14-15); sowie
  - Rz. 79-83 (auf S. 21-22).
3. Die Beklagte sei zur Zahlung sämtlicher Prozess- und Parteikosten zu verpflichten, die im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation/Verjährungseinrede und insbesondere dem Vorurteil des Kantonsgerichts vom 12. November 2007 stehen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Die Beklagte hielt an ihren Anträgen fest (Bel. 101).

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen Bezug genommen.

## **Erwägungen**

### I. Prozessuales und Aktivlegitimation

#### 1.1

Mit Eingabe vom 22. Juni 2010 stellte der Kläger den prozessualen Antrag, die Ausführungen in den Randziffern 4, 11-18, 50-51, 53 sowie 79-83 der Duplik vom 7. Juni 2010 seien aus dem Recht zu weisen (Bel. 93; vgl. auch Bel. 105, S. 2). Die Beklagte beantragte, diese Eingabe des Klägers aus dem Recht zu weisen, eventualiter die darin enthaltenen Anträge abzuweisen (Bel. 96).

Nach Art. 131 Abs. 2 ZPO ist eine Duplik zulässig, sofern sie sich auf die Entgegnung zu den Ausführungen der Replik beschränkt. Gemäss Art. 132 Abs. 1 ZPO kann jede Partei ausnahmsweise bis zum Beginn des ersten klägerischen Parteivortrages an der Hauptverhandlung neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorbringen. Die Bestimmung wurde in der Praxis bisher insofern grosszügig angewendet, als - soweit ersichtlich - noch nie angenommen wurde, es liege keine Ausnahme im Sinne der Bestimmung vor. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel können demnach grundsätzlich bis zum Beginn des ersten klägerischen Parteivortrages vorgebracht werden (vgl. auch Art. 190 ZPO; AbR 1994/95 Nr. 15).

Die Beklagte bzw. der Kläger hätten ihre Ausführungen auch an der Hauptverhandlung vorbringen können. Die Duplik vom 7. Juni 2010 und die Eingabe des Klägers vom 22. Juni 2010 sind daher nicht aus dem Recht zu weisen.

#### 1.2

Die Aktivlegitimation des Klägers wurde mit Urteil des Kantonsgerichts vom 12. November 2007 bejaht (Bel. 75). Eine dagegen erhobene Appellation wurde vom Obergericht mit Urteil vom 9. Dezember 2009 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Bel. 83).

### II. Intertemporales Recht

#### 2.1

Der Versicherungsantrag des Klägers bei der Beklagten erfolgte am 26. März 2004

(KB 10). Die Police der Beklagten datiert vom 30. März 2004 (KB 2). Der Kläger macht geltend, der Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründen sollte, also der Diebstahl seines Fahrzeugs, sei am 1. Juli 2004 erfolgt. Seit dem Jahr 2004 wurde das VVG (Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag; SR 221.229.1) mehrmals geändert. Es ist demnach zu prüfen, welche Fassung des VVG anwendbar ist.

## 2.2

Die Beklagte hält ausdrücklich fest, dass das VVG in der Fassung vom Juni 2004 zur Anwendung gelange (Bel. 9, S. 11). Der Kläger bestreitet dies nicht, führt aber aus, dass die intertemporale Abgrenzung des anwendbaren Rechts von Amtes wegen vorzunehmen sei (Bel. 16, S. 12). In seinem Plädoyer ging er ebenfalls von der Anwendbarkeit des VVG in der bis 31. Dezember 2005 gültigen Fassung aus.

## 2.3

Art. 102 VVG regelt das intertemporale Recht des VVG nach dessen Inkraftsetzung am 1. Januar 1910. Für die seither erfolgten Teilrevisionen des VVG ist diese Bestimmung nicht anwendbar. Die zeitliche Geltung der später eingefügten Bestimmungen richtet sich allein nach Art. 1 und 2 SchIT ZGB, auf die Art. 102 Abs. 4 VVG verweist (Rolf Nebel, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, N 1 zu Art. 102 OR; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_381/2008 vom 24. November 2008, E. 2.1).

## 2.4

Art. 1 SchIT ZGB stellt den allgemeinen Grundsatz der Nichtrückwirkung der Gesetze auf: Die rechtlichen Wirkungen der Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingetreten sind, werden weiterhin durch die Bestimmungen des Rechts beurteilt, die zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten haben (Abs. 1). Dieser Grundsatz wird in Abs. 2 in Bezug auf die rechtlichen Wirkungen der Handlungen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts vorgenommen worden sind, wiederholt, während die nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingetretenen Tatsachen nach diesem beurteilt werden (Abs. 3). Die Anknüpfung eines Vertragsverhältnisses an das im Zeitpunkt seiner Entstehung geltende Recht, wie sie Art. 1 Abs. 1 SchIT ZGB vorsieht, bezweckt den Schutz des subjektiven Vertrauens der Parteien, die ihr Verhältnis einem ihnen bekannten materiellen Recht unterstellt haben, und ist auch darauf gerichtet zu verhindern, dass die durch einen Rechtsakt gültig erworbenen Rechte ihrem Inhaber allein durch die Wirkungen des Gesetzes entzogen werden.

In Abweichung vom allgemeinen Grundsatz der Nichtrückwirkung gemäss Art. 1 SchIT ZGB sieht Art. 2 SchIT ZGB vor, dass die Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind, mit ihrem Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung finden, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat (Abs. 1); demgemäss - oder um dasselbe negativ auszudrücken - können die Bestimmungen des alten Rechts, die nach neuem Recht der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit widersprechen, nicht mehr zur Anwendung gelangen (Abs. 2).

Für die Bejahung des ordre public-Charakters einer Gesetzesbestimmung i.S.v. Art. 2 SchIT ZGB genügt es nicht, dass sie zwingender Natur ist. Im Gegenteil rechtfertigen die öffentliche Ordnung und die Sittlichkeit die rückwirkende Anwendung einer Gesetzesbestimmung nur dann, wenn diese zu den grundlegenden Prinzipien der geltenden Rechtsordnung gehören, wenn sie mit anderen Worten die grundsätzlichen sozialpolitischen und ethischen Anschauungen verkörpern. Für den Entscheid, ob Grund für die Anwendung des neuen Rechts gemäss Art. 2 SchIT ZGB besteht, muss der Richter daher prüfen, ob im konkret zu beurteilenden Fall die sich aus dem alten Recht - welches an sich kraft des allgemeinen Grundsatzes der Nichtrückwirkungen anwendbar wäre - ergebenden rechtlichen Wirkungen der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit gemäss den Auffassungen des neuen Rechts widersprechen, oder - anders gesagt - ob die Anwendung des alten Rechts mit der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit unvereinbar geworden ist. Der Richter muss auch die auf dem Spiel stehenden Interessen vergleichen und prüfen, ob das neue Recht einem öffentlichen Interesse entspricht, welches die gegenüber stehenden privaten Interessen überwiegt, namentlich dasjenige, in seinem Vertrauen auf die Anwendung des bisherigen Rechts geschützt zu werden, so dass es ihn zu Letzterem führen muss (Pra 96 [2007] Nr. 115 = BGE 133 III 105, E. 2.1).

## 2.5

Die Forderung aus einem Versicherungsvertrag, der im März 2004 abgeschlossen worden ist, aufgrund eines Diebstahls, der im Juli 2004 erfolgt ist, richtet sich nach der damals geltenden Fassung des VVG, da die neuen Bestimmungen nicht um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen im Sinne von Art. 2 SchIT ZGB aufgestellt worden sind. Hier ist demnach das VVG in der bis Ende 2005 gültig gewesenen Fassung anwendbar (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_163/2010 vom 2. Juli 2010). Weiter ist entgegen der Auffassung des Klägers (Bel. 105, Ziff. 97) auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich der alten Fassung des VVG zu berücksichtigen.

### III. Verjährung

#### 3.1

Mit Duplik vom 7. Juni 2010 (Bel. 91, S. 4 ff.) führt die Beklagte aus, die Einrede der Verjährung werde ausdrücklich wiederholt und aufrecht erhalten. Die in Frage stehende Forderung sei am 2. Juli 2006 verjährt. Die Genehmigung der Rückzession sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, in welchem die Forderung bereits seit knapp sieben Monaten verjährt gewesen sei. Eine solche nachträgliche Genehmigung hätte - wenn überhaupt - nur bis zum Ablauf der Verjährung am 2. Juli 2006 erfolgen können. Selbst wenn die Genehmigung ex tunc wirken würde, also rückwirkend auf den 18. Januar 2005, so wäre die Forderung zufolge Zeitablaufs zwischenzeitlich bereits verjährt.

In der Eingabe vom 15. Dezember 2006 (Bel. 25) bestritt der Kläger, dass im vorliegenden Fall die Verjährung eingetreten sei. Er habe die Verjährung spätestens mit Einreichung der Klage am 24. Oktober 2005 sowie mit jeder weiteren darauf folgenden Prozesshandlung unterbrochen.

#### 3.2

Einreden, die der Forderung des Abtretenden entgegenstanden, kann der Schuldner auch gegen den Erwerber geltend machen, wenn sie schon zu der Zeit vorhanden waren, als er von der Abtretung Kenntnis erhielt (Art. 169 Abs. 1 OR). Verjährung ist unter diesem Gesichtspunkt einwendbar. Der Gläubigerwechsel berührt den Lauf der Verjährung nicht (Eugen Spirig, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V1k, 3. Aufl., Zürich 1993, N 32 zu Art. 169 OR).

#### 3.3

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob die geltend gemachte Forderung bereits verjährt ist. Gemäss Art. 46 Abs. 1 VVG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrage in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Während das VVG den Beginn der Verjährungsfrist abweichend von den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts geregelt hat, gelten für die Dauer der Verjährungsfrist, namentlich ihren Stillstand und ihre Unterbrechung, die Bestimmungen von Art. 132-142 OR (mit Ausnahme von Art. 141 Abs. 1 OR; Christoph Graber, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, N 22 zu Art. 46 VVG).

#### 3.4

Gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR kann der Gläubiger die Verjährung durch Schuldbetreibung, durch Klage oder Einrede vor einem Gericht oder Schiedsgericht sowie durch

Eingabe im Konkurs und Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch unterbrechen. Das Bundesgericht hat festgehalten, damit die in Art. 135 Ziff. 2 OR aufgezählten Handlungen die Verjährung unterbrechen würden, müssten sie grundsätzlich vom Forderungsgläubiger ausgehen. Gehe die Handlung nicht vom Gläubiger, sondern von einem nicht berechtigten Dritten aus, rechtfertige es sich, die Unterbrechungswirkung ebenfalls eintreten zu lassen, sofern der Schuldner nach dem Vertrauensprinzip erkennen könne, um welche Forderung es gehe. Auch in diesem Fall habe der Schuldner nämlich die Möglichkeit, sich auf die Situation einzustellen, so dass er nicht in seinen schutzwürdigen Interessen verletzt werde, wenn trotz der fehlenden Berechtigung des Dritten der Eintritt der Verjährungsunterbrechung bejaht werde (Urteil des Bundesgerichtes 4C.185/2005 vom 19. Oktober 2006, E. 3.2; Baurecht 2/2007, S. 58). Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht kurz darauf bestätigt (Urteil des Bundesgerichtes 4C.363/2006 vom 13. März 2007, E. 4.2). Das Obergericht des Kantons Obwalden stützt sich im Übrigen auch auf diese Rechtsprechung (Vgl. ZA 08/028, E. 1b).

### 3.5

Der vorliegende Fall ist mit den erwähnten Präjudizien vergleichbar. Für die Beklagte war eindeutig erkennbar, um welche Forderung es geht. Die Verjährung wurde demnach durch die Klageeinreichung des Klägers unterbrochen. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Genehmigung der Rückzession ex tunc wirkt. Die Genehmigung soll ihre Kraft rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses entfalten. Rückwirkend kann nur bedeuten, dass sich ab Genehmigungszeitpunkt die Rechtsfolgen ergeben, die gelten würden, wenn das genehmigte Geschäft von Anfang an wirksam gewesen wäre (Georges Violand, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, Bern 1988, S. 138).

## IV. Anzeigepflichtverletzung beim Vertragsschluss (Art. 4 VVG)

### 4.1

Der Kläger beantwortete die Frage der Beklagten: "Hat der häufigste Fahrzeugführer in den letzten 5 Jahren einen Schaden an selbstgelenkten oder eigenen Motorfahrzeugen gehabt (Kaskoschaden)?" mit "nein". Als häufigster Fahrzeugführer führte er sich selber auf (KB 10). Es ist zu prüfen, ob der Kläger dadurch seine Anzeigepflicht verletzt hat.

### 4.2

Gemäss Art. 4 VVG hat der Antragsteller dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt

sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen (Abs. 1). Erheblich sind diejenigen Gefahrstatsachen, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben (Abs. 2).

#### 4.3

Gefahrstatsachen im Sinne des Art. 4 VVG sind alle Tatsachen, die bei der Beurteilung der Gefahr in Betracht fallen und den Versicherer demzufolge über den Umfang der zu deckenden Gefahr aufklären können; dazu sind nicht nur jene Tatsachen zu rechnen, welche die Gefahr verursachen, sondern auch solche, die bloss einen Rückschluss auf das Vorliegen von Gefahrenursachen gestatten (BGE 134 III 511, E. 3.3.2). Vergangene Schäden an Motorfahrzeugen sind für die Beklagte als Kaskoversichererin bei der Beurteilung der Gefahr von Bedeutung. Es liegen demnach Gefahrstatsachen vor.

#### 4.4

Der Antragsteller ist gehalten, auf die Fragen des Versicherers richtig, d.h. wahrheitsgetreu zu antworten. Vom Antragsteller wird eine klare und eindeutige Aussage erwartet. Das Gesetz legt in Art. 4 Abs. 1 VVG ausdrücklich fest, dass der Antragsteller die Auskünfte dem Versicherer schriftlich mitzuteilen hat. Im Gegensatz zur Schriftlichkeit der Fragestellung durch den Versicherer unterliegt die Mitteilung der Gefahrstatsachen durch den Antragsteller den Formvorschriften von Art. 13-15 OR. Eine mündliche Deklaration der Gefahrstatsachen erfüllt die Anzeigepflicht nicht. Da der Versicherer aus einer Anzeigepflichtverletzung Rechte zu seinen Gunsten ableitet, obliegt ihm der Beweis dafür, dass der Antragsteller die Gefahrstatsachen kannte oder hätte kennen müssen (Art. 8 ZGB; Urs Ch. Nef, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, N 24 ff. zu Art. 4 VVG).

Wann die Anzeigepflicht verletzt ist, beurteilt sich verschuldensunabhängig nach subjektiven wie auch nach objektiven Kriterien. Denn nach dem Wortlaut von Art. 4 VVG und 6 aVVG hat der Antragsteller dem Versicherer in Beantwortung entsprechender Fragen nicht nur die ihm tatsächlich bekannten (von seinem positiven Wissen erfassten) erheblichen Gefahrstatsachen mitzuteilen, sondern auch diejenigen, die ihm bekannt sein müssen. Damit stellt das Gesetz ein objektives (vom tatsächlichen Wissen des Antragstellers über den konkreten Sachverhalt unabhängiges) Kriterium auf, bei dessen Anwendung jedoch die Umstände des einzelnen Falles, insbesondere die persönlichen Eigenschaften (Intelligenz, Bildungsgrad, Erfahrung) und die persönlichen Verhältnisse des Antragstellers, zu berücksichtigen sind. Entscheidend ist somit, ob und inwieweit ein Antragsteller nach seiner Kenntnis der

Verhältnisse und gegebenenfalls nach den ihm von fachkundiger Seite erteilten Aufschlüssen eine Frage des Versicherers in guten Treuen verneinen durfte. Er genügt seiner Anzeigepflicht nur, wenn er ausser den ihm ohne weiteres bekannten Tatsachen auch diejenigen angibt, deren Vorhandensein ihm nicht entgehen kann, wenn er über die Fragen des Versicherers ernsthaft nachdenkt (BGE 134 III 511, E. 3.3.3).

Der Kläger hat die massgebliche Frage schriftlich mit "nein" beantwortet und den Antrag am 26. März 2004 eigenhändig unterzeichnet. Seine allfälligen mündlichen Ausführungen betreffend Schäden sind somit irrelevant in Bezug auf die Anzeigepflichtverletzung. Inwieweit allfällige mündliche Mitteilungen an die Beklagte zur Folge hatten, dass diese die verschwiegene Tatsache gekannt hat und demnach nicht vom Vertrage zurücktreten kann, wird nachfolgend unter Erwägung 7 geprüft. Gemäss Schreiben des Vorversicherers vom 22. Juli 2004 (BB 2) hatte der Kläger am 19. Dezember 1999 in Engelberg einen Selbstunfall. Der Vorversicherer zahlte ihm deswegen Fr. 3'130.90. Am 2. Mai 2003 hatte er in Hooikade (NL) eine normale Kollision, weswegen der Vorversicherer Fr. 277.10 leistete. Diese Schäden waren dem Kläger bekannt. Der Zeitpunkt des Selbstunfalls in Engelberg hätte ihm zumindest bekannt sein müssen.

#### 4.5

Gemäss Art. 4 Abs. 3 VVG gilt eine Vermutung dafür, dass die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers "in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind", erheblich sind. Damit stellt das Gesetz eine widerlegbare Rechtsvermutung für die Erheblichkeit derjenigen Tatsachen auf, über die der Versicherer mit den schriftlichen Fragen Auskunft verlangt. Der Sinn und die Tragweite der gestellten Fragen sind jedoch nach denselben Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln, wie sie für Verträge gelten, somit normativ nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) sowie unter Berücksichtigung der speziell für den Versicherungsvertrag im Gesetz (Art. 4 Abs. 3 VVG) statuierten Erfordernisse der Bestimmtheit und Unzweideutigkeit der Fragenformulierung (BGE 134 III 511, E. 3.3.4).

Im vorliegenden Fall erfüllt die Formulierung der massgeblichen Frage auch das Bestimmtheits- und Eindeutigkeitserfordernis des Art. 4 Abs. 3 VVG. Die Frage erscheint hinsichtlich der Schäden als objektiv klar und einfach verständlich. Der in Klammern gesetzte Begriff "Kaskoschaden" wird in der Frage selber erklärt mit "Schaden an selbstgelenkten oder eigenen Motorfahrzeugen". Im Gegensatz zur vorangehenden Antragsfrage ["Hat der häufigste Fahrzeugführer in den letzten 5 Jahren mit einem Motorfahrzeug anderen einen Schaden über CHF Fr. 1'000.-- zugefügt (Haftpflichtscha-den)"] wurde der zu deklarierende Schaden gerade nicht auf "über

CHF 1'000.--" eingegrenzt. Davon ging auch der Kläger aus. Wie er selber angibt, wollte er die Frage mit "ja" beantworten (Bel. 1, S. 5). Es war demnach für ihn klar, dass alle Schäden anzugeben sind und keine Unterscheidung zwischen "relevanten" und "nicht relevanten" Schäden gemacht wird. Für ihn war die Frage verständlich ohne zusätzliche Erklärungen des Versicherungsagenten. Der Kläger musste nach Treu und Glauben davon ausgehen, alle Schäden seien von der Frage erfasst. Und wenn bereits ein einziger Schaden zu deklarieren ist, müssen erst recht mehrere Schäden deklariert werden. Frühere Verkehrsunfälle wurden im Übrigen auch in der Rechtsprechung als erhebliche Gefahrstatsachen in der Motorfahrzeug-Kaskoversicherung anerkannt (Nef, a.a.O., N 55 zu Art. 4 VVG mit Hinweisen).

#### 4.6

Indessen ist es dem Versicherungsnehmer unbenommen, den Nachweis zu führen, eine nicht wahrheitsgemäss angegebene Tatsache sei nicht erheblich, weil der Versicherer den Vertrag zu denselben Konditionen auch abgeschlossen hätte, wenn er den zutreffenden Sachverhalt gekannt hätte. Anders als durch Schlüsse, die insbesondere aus dem Verhalten des Versicherers gezogen werden, lässt sich dieser Beweis in der Regel nicht erbringen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_191/2007 vom 22. August 2007, E. 3.5). Die Unerheblichkeit muss für den *konkreten* Vertragsabschluss nachgewiesen werden. Doktrin und Rechtsprechung stellen hohe Anforderungen an den Beweis (Nef, a.a.O., N 56 zu Art. 4 VVG). Diesen Beweis hat der Kläger nicht erbracht. Sein zu Beweiszwecken erstellter Versicherungsantrag vom 9. Dezember 2004 (KB 15) für einen BMW *M3* stellt noch keinen Beweis dar für die Unerheblichkeit für den konkreten Vertragsabschluss vom 30. März 2004 für den BMW *M5* (KB 2). Dabei handelte es sich ohnehin lediglich um einen anonymen und online ausgefüllten Antrag, dessen effektive Annahme zu den gleichen Konditionen durch die Beklagte nicht erwiesen ist.

#### 4.7

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Kläger seine Anzeigepflicht verletzt hat.

## V. Folgen der verletzten Anzeigepflicht (Art. 6 aVVG)

### 5.1

Wenn der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat, so ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden, wenn er binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, vom Vertrage zurücktritt (Art. 6 aVVG). Nach der Rechtsprechung beginnt die vierwöchige Frist ab dem Zeitpunkt zu laufen, ab welchem der Versicherer vollständig über die Anzeigepflichtverletzung orientiert ist, d.h. darüber sichere, zweifelsfreie Kenntnis erlangt hat (Urteil des Bundesgerichts 5C.104/2001 vom 21. August 2001, E. 4.b). Der Beweis, dass die vierwöchige Frist eingehalten wurde, obliegt dem Versicherer (Nef, a.a.O., N 26 zu Art. 6 aVVG).

### 5.2

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 28. Juli 2004 dem Kläger unter Hinweis auf die zwei verschwiegenen Schadensfälle mitgeteilt, dass sie vom Vertrag zurücktritt (KB 13). Dieses Schreiben ist dem Kläger zugegangen, wie aus seinem Schreiben vom 10. August 2004 des klägerischen Rechtsvertreters hervorgeht (KB 14). Die Beklagte hat durch des Vorversicherers vom 22. Juli 2004 (BB 2) von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten. Die Frist von vier Wochen ist demnach eingehalten. Dies ist unbestritten (vgl. Bel. 16, S. 12, Ad 6).

## VI. Nichteintritt der Folgen der verletzten Anzeigepflicht (Art. 8 aVVG)

### 6.1

Der Versicherer kann, auch wenn die Anzeigepflicht verletzt ist, vom Vertrage nicht zurücktreten, wenn der Versicherer die Verschweigung oder unrichtige Angabe veranlasst hat (Art. 8 Ziff. 2 aVVG).

### 6.2

Über die Vertretungsbefugnis des Versicherungsagenten enthält Art. 34 aVVG eine Sonderregelung, die erheblich von den allgemeinen Bestimmungen der Art. 32 ff. OR abweicht. Gemäss Art. 34 aVVG gilt der Versicherungsagent dem Versicherungsnehmer gegenüber als ermächtigt, für den Versicherer alle diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche die Verrichtung eines solchen Agenten gewöhnlich mit sich bringen, oder die der Agent mit stillschweigender Genehmigung des Versicherers vorzunehmen pflegt. Zur Frage, welche Funktionen ein Agent gewöhnlich ausübt, unterscheidet die hier massgebliche Praxis zwischen Abschluss- und Vermittlungsagent (Pra 87 [1998] Nr. 74, E. 2.c/bb). Der Abschlussagent ist ermächtigt, für den Versicherer Anträge des Versicherungsnehmers anzunehmen oder abzulehnen,

Versicherungsverträge selbst abzuschliessen sowie bestehende Verträge abzuändern, aufzuheben oder wieder in Kraft zu setzen (Nef, a.a.O., N 13 zu Art. 8 aVVG). Bedient sich der Versicherer eines Abschlussagenten, muss er den Vertrag grundsätzlich so gelten lassen, wie ihn dieser abgeschlossen hat. Wird demgegenüber ein Vermittlungsagent für den Versicherer tätig, muss sich der Versicherer das Wissen und das Verhalten des Vermittlungsagenten nur in beschränktem Umfang als eigenes zurechnen lassen. Die Funktion des Vermittlungsagenten besteht darin, dem Kunden das Antragsformular zu erläutern, ihn über erklärungsbedürftige Punkte - insbesondere unklare oder technisch schwierige Fragen - zu belehren und allfällige Missverständnisse zu beseitigen. Diesbezüglich darf sich der Antragsteller darauf verlassen, dass die Erläuterungen des Agenten zutreffend sind, und dem Versicherer sind die durch den Agenten erteilten Auskünfte zuzurechnen; umgekehrt wird der Versicherer nicht gebunden, wenn der Vermittlungsagent zu einer klaren, einfachen und verständlichen Frage, die der Kunde ohne weiteres verstehen kann, unrichtige Belehrungen abgibt (Pra 87 [1998] Nr. 74, E. 2.c/bb).

Die Kenntnis, die ein blosser Vermittlungsagent von dem Versicherer selbst verborgenen Gefahrstatsachen besitzt, muss sich der Versicherer nicht zurechnen lassen. Auch befreit selbst die Ausfüllung des Fragebogens durch einen Vermittlungsagenten den Antragsteller grundsätzlich nicht von der Verantwortung für die im Fragebogen eingetragenen Antworten. Es gehört jedoch zu den Aufgaben des Vermittlungsagenten, den vom Versicherer aufgestellten Fragebogen mit dem Antragsteller durchzubesprechen, ihn über erläuterungsbedürftige Punkte zu belehren und Missverständnisse zu beseitigen. Auch die Mithilfe bei der Abfassung der Antworten fällt in den Kreis der Verrichtungen eines solchen Agenten. Diese Belehrungs- und Aufklärungspflicht besteht nicht nur soweit, als es sich um objektiv unverständliche, unklare, schwerverständliche oder an besondere Sachkunde appellierende Fragen handelt, sondern auch soweit, als subjektiv, vom Standpunkt des Antragstellers aus, eine Frage nicht als klar und zweifelsfrei oder die Erheblichkeit einer Gefahrstatsache nicht als unzweifelhaft erscheint. Für die Erklärungen, die der Vermittlungsagent in Erfüllung dieser Pflicht abgibt, muss der Versicherer nach Art. 34 aVVG einstehen, auch wenn sie unrichtig sind. Der Antragsteller darf sich dagegen auf die Belehrungen und Ratschläge des Vermittlungsagenten nicht verlassen, wenn sie vom auch für ihn klaren Sinn einer Frage des Versicherers abweichen oder eine von ihm mündlich gemeldete Tatsache, die nicht bloss objektiv, sondern auch von seinem Standpunkt aus unzweifelhaft von einer solchen Frage erfasst wird, als unerheblich bezeichnen. Der Antragsteller kann den Versicherer für eine solche Auskunft des Vermittlungsagenten nicht verantwortlich machen, selbst wenn er die ihm erkennbar

unrichtigen Antworten nicht arglistig, sondern in blindem Vertrauen auf die Erklärungen des Agenten unterzeichnet hat (BGE 96 II 204, E. 6).

### 6.3

Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass H. von der Beklagten ausdrücklich oder stillschweigend zum Vertragsabschluss ermächtigt worden ist. Vielmehr ging der Kläger selber davon aus, dass die Beklagte und nicht H. den Antrag überprüft (vgl. KB 14).

Der Antrag selbst enthält ebenfalls den Hinweis, dass die Beklagte den Antrag prüfen werde (vgl. KB 10: "Dieser Antrag erfolgt ohne Verbindlichkeit [...] Der Versicherungsnehmer [...] ist damit einverstanden, dass die X. AG die für die Antragsprüfung und Vertragsabwicklung notwendigen Daten beschafft [...]"). Bereits daraus ergibt sich klar, dass H. nicht ermächtigt war, den Versicherungsvertrag selber abzuschliessen, sondern dass er den Antrag der Beklagten zu übermitteln hatte. Auch für die Risikoprüfung war demnach nicht H. zuständig.

Der Antrag des Klägers wurde denn auch der Beklagten unterbreitet, die ihn prüfte und die Police ausstellte (vgl. KB 2). Dies bestätigte H. anlässlich der Zeugeneinvernahme (Bel. 102, Ziff. 16). Er sagte aus, der Antrag des Klägers sei auf die Direktion gegangen. Er würde den Antrag nur aufnehmen. Der Antrag werde dann anderweitig geprüft. Er habe beim Kläger nicht entscheiden können, ob der Antrag so angenommen werde. Es handelt sich bei H. demnach um einen Vermittlungsagenten. Von etwas Anderem durfte der Kläger nach Treu und Glauben nicht ausgehen. Daran ändert auch nichts, dass H. als Leiter einer Hauptagentur der Beklagten auftrat.

### 6.4

Der Kläger beantwortete die Frage der Beklagten: "Hat der häufigste Fahrzeugführer in den letzten 5 Jahren einen Schaden an selbstgelenkten oder eigenen Motorfahrzeugen gehabt (Kaskoschaden)?" mit "nein" (KB 10). Es handelt sich wie bereits ausgeführt (vgl. vorne Erwägung 4.5) um eine klare, einfache und verständliche Frage, die der Kläger auch tatsächlich verstanden hat. Auf allfällige Belehrungen des Vermittlungsagenten H. hätte sich der Kläger somit nicht verlassen dürfen.

### 7.1

Der Versicherer kann zudem, auch wenn die Anzeigepflicht verletzt ist, vom Vertrage nicht zurücktreten, wenn der Versicherer die verschwiegene Tatsache gekannt hat oder gekannt haben muss (Art. 8 Ziff. 3 aVVG).

## 7.2

Wie erwähnt (vgl. vorne Erwägung 6.2) muss sich der Versicherer die Kenntnis, die ein blosser Vermittlungsagent von dem Versicherer selbst verborgenen Gefahrstat-sachen besitzt, nicht zurechnen lassen (vgl. auch Nef, a.a.O., N 26 zu Art. 8 aVVG mit Hinweisen). Der Beklagten kann demnach allfälliges Wissen von H. nicht entgegengehalten werden, ebenso wenig der Umstand, dass H. allenfalls die Informatio-nen beim Vorversicherer nicht beschafft hat.

## 8.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Voraussetzungen für den Nichteintritt der Folgen der verletzten Anzeigepflicht gemäss Art. 8 aVVG nicht erfüllt sind und die Beklagte vom Verträge zurücktreten kann.

## VII. Wirkungen des Rücktritts

### 9.1

Durch die Rücktrittserklärung fällt der Vertrag rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dahin. Die Auflösung des Vertragsverhältnisses ex tunc hat zur Folge, dass der Versicherer aus dem dahingefallenen Vertrag nicht leistungspflichtig wird; der Versicherungsanspruch des Versicherungsnehmers geht unter (Nef, a.a.O., N 31 zu Art. 6 aVVG). Die Klage ist demnach abzuweisen.

### 9.2

An diesem Ausgang des Prozesses hätte die Durchführung der vom Kläger bean-tragten Parteibefragung nichts geändert, da einerseits Aussagen, welche die befrag-te Partei in der persönlichen Befragung zu eigenen Gunsten macht, keinen Beweis bilden (Art. 181 Abs. 2 ZPO), und andererseits die Klage aufgrund der vorstehenden Ausführungen trotzdem abzuweisen wäre, selbst wenn der Kläger seine Sachver-haltdarstellung nochmals wiederholt hätte.

## VIII. Kosten

### 10.

Mit Vorurteil vom 12. November 2007 (Bel. 75) hat das Kantonsgericht entschieden, dass die Kosten im Endurteil verlegt werden. Eine dagegen erhobene Appellation der Beklagten wurde vom Obergericht mit Urteil vom 9. Dezember 2009 (Bel. 83) abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Das Obergericht hat die Kosten des Appellationsverfahrens der Beklagten auferlegt und diese verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung zu bezahlen.

### 11.1

Der Kläger beantragt, die Beklagte sei zur Zahlung sämtlicher Prozess- und Parteikosten zu verpflichten, die im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation/Verjährungseinrede und insbesondere dem Vorurteil des Kantonsgerichts vom 12. November 2007 stehen (Bel. 105, S. 2). Dazu gehörten insbesondere sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Nachweis der Gültigkeit der Zessionserklärung vom 18. Januar 2005 (Bel. 105, S. 26). Die Beklagte macht geltend, die Zession sei erst im Prozess aufgetaucht und habe Anlass zu Fragen gegeben (Bel. 106, S. 2).

### 11.2

Als Regel bestimmt die ZPO, dass die Gerichts- und Parteikosten von jener Partei zu tragen sind, die unterliegt (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Von dieser Regel kann der Richter in einer Reihe von Ausnahmen abweichen (Art. 93 Abs. 2 ZPO), so unter anderem, wenn eine Partei durch ihr Verhalten die Prozesskosten unnötig vermehrt hat (lit. a). Ein solches Verhalten liegt nicht schon dann vor, wenn sich ein von einer Partei erhobener Einwand oder eine Einrede als unzutreffend erweist. Nach der Eventualmaxime sind die Parteien gehalten, alle zur Stützung ihres Antrages in Frage kommenden Vorbringen rechtzeitig ins Verfahren einzubringen. Replik und Duplik haben sich grundsätzlich auf Entgegnungen zur Rechtsantwort bzw. Replik zu beschränken (Art. 131 Abs. 2 ZPO). Das spätere Vorbringen neuer Behauptungen und Beweismittel ist nur ausnahmsweise zulässig (Art. 132 ZPO). Mit diesen Anforderungen an das prozessuale Verhalten der Parteien wäre es nicht zu vereinbaren, wenn sie praktisch mit jedem Vorbringen, das sich im Nachhinein als unzutreffend erweist, losgelöst vom Ausgang des Prozesses, ein Kostenrisiko eingehen. Dies kann nicht der Sinn der Ausnahmebestimmung von Art. 93 Abs. 2 lit. a ZPO sein. Als unnötig haben vielmehr Kosten und Umtriebe zu gelten, die nicht durch den Prozess als solchen, sondern innerhalb des Prozesses durch schuldhaftes oder ordnungswidriges Verhalten einer Partei verursacht werden. Die zürcherische Praxis nennt etwa Umtriebe wegen vermeidbarer Teil- oder Einzelklagen, Verkomplizierung eines Prozesses wegen mangelhafter Buchhaltung oder ungenügender Führung der Krankengeschichte. Ebenso hat eine Partei für den aus mutwillig erhobenen Einreden und Einwendungen entstandenen Mehraufwand einzustehen und zwar unabhängig vom Ausgang des Prozesses (AbR 1984/85 Nr. 20 E. 3).

### 11.3

Vorliegend kann nicht davon ausgegangen werden, die Beklagte habe mutwillig Einreden und Einwendungen erhoben. Die Kosten sind durch den Prozess als solchen entstanden und nicht innerhalb des Prozesses durch schuldhaftes oder ordnungswidriges Verhalten der Beklagten. Die Ausnahmebestimmung von Art. 93 Abs. 2

lit. a ZPO ist hier nicht anwendbar, weshalb der unterliegende Kläger sämtliche Kosten zu tragen hat.

12.

Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 4'000.-- festgesetzt (Art. 12 GebOR). Die Gerichtskosten von total Fr. 5'042.-- (Gerichtsgebühr Fr. 4'000.--, Zeugenentschädigungen Fr. 361.--; Schreibgebühren Fr. 360.--; Kanzleikosten, Spesen und Porti Fr. 321.-- [inkl. Vorurteil]) hat der Kläger zu bezahlen. Sie werden mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- verrechnet. Der Kläger hat der Gerichtskasse demnach noch Fr. 2'042.-- zu bezahlen.

13.1

Die Beklagte reichte anlässlich der Verhandlung keine Kostennote ein. Sie beantragte die Festlegung ihrer Parteientschädigung nach Ermessen (Bel. 101).

13.2

Nach Art. 88 ZPO erfolgt die Festsetzung der Parteientschädigung nach den kantonalen oder eidgenössischen Gebührenvorschriften unter Berücksichtigung der notwendigen Zeitversäumnisse, der Art der geleisteten Arbeit und der Höhe des Wertes oder Bedeutung des Streitgegenstandes nach freiem richterlichen Ermessen. Ist eine Partei anwaltlich vertreten, richtet sich die Festsetzung der Parteientschädigung nach den Bestimmungen der Artikel 31 ff. GebOR (Art. 30a GebOR). Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der in der Gebührenordnung vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die persönliche und wirtschaftliche Bedeutung der Sache für die Partei, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 32 Abs. 1 GebOR). Gemäss Art. 35 Abs. 1 GebOR beträgt die ordentliche Anwaltsgebühr im Zivilprozess vor erster Instanz beim hier massgeblichen Streitwert Fr. 3'000.-- bis Fr. 11'000.--.

13.3

Aufgrund der Verfassung umfangreicher Rechtsschriften, diverser Eingaben und Stellungnahmen, der Teilnahme an zwei Verhandlungen sowie separaten Zeugen- einvernahmen wird die Parteientschädigung der Beklagten, welche der Kläger zu bezahlen hat, ermessensweise auf Fr. 11'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festgelegt.

## Urteilsspruch

1.

Die Klage wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von total Fr. 5'042.-- (Gerichtsgebühr Fr. 4'000.--, Zeugenentschädigungen Fr. 361.--; Schreibgebühren Fr. 360.--, Kanzleikosten, Spesen und Porti Fr. 321.-- [inkl. Vorurteil]) hat der Kläger zu bezahlen. Sie werden mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- verrechnet. Der Kläger hat der Gerichtskasse demnach noch Fr. 2'042.-- zu bezahlen.

3.

Der Kläger hat der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 11'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

Zustellung an:

- Kläger (Rechtsvertreter)
- Beklagte (Rechtsvertreter)

Sarnen, 4. November 2010

Im Namen des Kantonsgerichts des Kantons Obwalden

Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 20 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Urteilsbegründung an das Obergericht Obwalden **appelliert** werden (Art. 263 Abs. 1 ZPO).

Die Appellation ist schriftlich beim Kantonsgericht Obwalden, Poststrasse 6, 6060 Sarnen, zu erklären. In der Appellationserklärung ist anzuführen, welche Punkte des Urteils angefochten werden (Art. 263 Abs. 2 ZPO).

versandt am: