



Kass.-Nr. AA090081/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Reinhard Oertli sowie die juristische Sekretärin Alexandra Meyer-Känel

Zirkulationsbeschluss vom 3. August 2010

in Sachen

X.,

_____,

Klägerin, Widerbeklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Fürsprecher _____

gegen

Y. Versicherungs-Gesellschaft,

_____,

Beklagte, Widerklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt _____

betreffend

Forderung / Rückweisung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. April 2009 (NE080031/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Unter der Police-Nr. _____ hatte die Beschwerdeführerin (Klägerin, Widerbeklagte und Appellantin) bei der Beschwerdegegnerin (Beklagte, Widerklägerin und Appellatin) einen Oldtimer Jahrgang 1970 Alfa Coupé 1750 GTV („Alfa Coupé“) versichert. Ab dem Jahre 2000 liess Ersterer neben diesem Alfa Coupé weitere Fahrzeuge unter der Wechselnummer ZH _____ versichern. Ab dem 14. Juni 2000 war dies ein Alfa Romeo 166 3.0 V6 24 V Super („Alfa 166“). Mit Änderungsantrag vom 22. Juni 2001 (BG act. 4/10 = 9/2) liess die Beschwerdeführerin neu einen Alfa Romeo Spider 3.0 V6 L („Alfa Spider“) versichern. Dieser Alfa Spider wurde am 20. November 2001 durch einen BMW M3 Cabrio („BMW“) ersetzt (BG act. 9/17), nachdem die Police bereits auf Ende Dezember 2001 gekündigt worden war (BG act. 9/3).

In der Nacht vom 24. auf den 25. Dezember 2001 wurde der BMW in der Blauen Zone _____ in Zürich zerkratzt. Die Beschwerdeführerin verlangte von der Beschwerdegegnerin gestützt auf die Police Nr. _____ die Übernahme der Reparaturkosten in Höhe von Fr. 9'639.10. Die Beschwerdegegnerin bestritt eine diesbezügliche Übernahmepflicht ihrerseits wegen wahrheitswidriger Angaben im Änderungsantrag der Beschwerdeführerin vom 22. Juni 2001 und forderte aus dem nämlichen Grund bereits geleistete Zahlungen für frühere Schäden zurück.

2. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich wies in einem ersten Entscheid in der vorliegenden Streitsache die Klage der Beschwerdeführerin mit Urteil vom 21. Februar 2003 ab und hiess die seitens der Beschwerdegegnerin erhobene Widerklage auf Rückzahlung erhaltener Versicherungsleistungen im Betrag von Fr. 2'388.10 (nebst Zins) gut (BG act. 10 [FO020709] = OG act. 16). Nachdem dieser Entscheid auf Berufung der Beschwerdeführerin hin durch die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Rückweisungsbeschluss vom 9. Juli 2004 aufgehoben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Erstinstanz zurückgewiesen worden war (OG act. 42

[NE030013]), wies die Erstinstanz (Einzelrichter des Bezirksgerichts Zürich) nach Durchführung eines Beweisverfahrens die Klage der Beschwerdeführerin mit Urteil vom 27. April 2006 (erneut) ab und hiess die Widerklage der Beschwerdegegnerin (erneut) gut (OG act. 71 [FO040583]). Die Berufungsinstanz (II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich) wies in der Folge (nachdem die Beschwerdeführerin auch gegen den zweiten Entscheid der Erstinstanz Berufung erhoben hatte) die Hauptklage der Beschwerdeführerin mit Urteil vom 8. Mai 2007 ab und hiess die Widerklage der Beschwerdegegnerin gut (OG act. 96 [NE060019]). Die dagegen seitens der Beschwerdeführerin mittels kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde angerufene hiesige Instanz (Kassationsgericht) hob diesen zweiten Berufungsentscheid mit Beschluss vom 30. Oktober 2008 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Berufungsinstanz zurück (OG act. 108 [AA070098]). Diese wies in der Folge die Hauptklage der Beschwerdeführerin mit Urteil vom 21. April 2009 (erneut) ab und hiess die Widerklage der Beschwerdegegnerin (erneut) gut (KG act. 2 S. 18 Disp.-Ziff. 1 und 2 [NE080031] = im vorliegenden Verfahren [zweites Kassationsverfahren] angefochtenes Urteil).

3. Gegen dieses Urteil der Berufungsinstanz vom 21. April 2009 richtet sich die vorliegende (rechtzeitig eingereichte) Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin vom 28. Mai 2009, mit welcher dessen Aufhebung und die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Zahlung von Fr. 9'639.10 (nebst Zins) sowie die vollumfängliche Abweisung der Widerklage beantragt wird (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin; KG act. 1 S. 2). Die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 29. Mai 2009 auferlegte Prozesskaution in Höhe von Fr. 4'000.-- ging rechtzeitig ein (KG act. 5 und 10). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit (rechtzeitig [innert erstreckter Frist] eingegangener [KG act. 5, 11 und 12] und der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellter [KG act. 15]) Beschwerdeantwort vom 9. Juli 2009 vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin; KG act. 14 S. 2). Die Vorinstanz ihrerseits hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9).

II.

1. Die Vorinstanz hielt zusammenfassend fest, das Beweisverfahren habe ergeben, dass A (Sohn der Beschwerdeführerin) die versicherten Fahrzeuge immer wieder und damit regelmässig benutzt habe. Ausgehend davon (so die Vorinstanz weiter) sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die Frage nach dem regelmässigen oder häufigsten Lenker im Antragsformular (gemeint: Antragsformular vom 22. Juni 2001 [BG act. 4/10 resp. 9/2]) unrichtig ausgefüllt habe. Damit habe sie ihre Anzeigepflicht nach Art. 4 VVG verletzt, was die Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 6 VVG zum Rücktritt vom Vertrag und zur Verweigerung der einverlangten Versicherungsleistung berechtige (KG act. 2 S. 18).

2.1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2.2. Zu prüfen ist im Kassationsverfahren, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.).

3. Da der für eine zivilrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht geforderte Streitwert (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) in casu nicht erreicht wird (KG act. 2 S. 2), ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO klares materielles Recht verletzt, grundsätzlich einzutreten. Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) ist jedoch nur dann gegeben, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar ist und ein grober Verstoss oder Irrtum bei der Anwendung des materiellen Rechts vorliegt. Eine Aufhebung des angefochtenen Entscheides kann deshalb nur erfolgen, wenn über die Auslegung einer Rechtsregel kein begründeter Zweifel bestehen kann (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 51 zu § 281; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69).

Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt sodann (auch) nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine vertretbare Beweiswürdigung ist daher noch nicht willkürlich, auch wenn die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 28).

4. Es rechtfertigt sich, zunächst auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin unter Ziff. II/B der Beschwerdeschrift (KG act. 1 Rz 55 ff.) einzugehen, wo geltend gemacht wird, der angefochtene Entscheid verletze – in mehreren Punkten – klares materielles Recht im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO:

4.1. Unter diesem Titel (Verletzung klaren materiellen Rechts) rügt die Beschwerdeführerin zunächst eine unzulässige Umkehr der Beweislast seitens der Vorinstanz, indem diese noch immer (gemeint: wie in ihrem [vom Kassationsgericht

aufgehobenen] Entscheid vom 8. Mai 2007) auf den Umstand abstelle, dass die Beschwerdeführerin keine eigenen Fahrten mit den versicherten Fahrzeugen nachgewiesen habe. Zwar (so die Beschwerdeführerin) fänden sich im neuen Entscheid der Berufungsinstanz keine expliziten Hinweise auf eine Beweislastumkehr mehr, was aber nicht über den Umstand hinwegtäuschen dürfe, dass die Beweislast faktisch immer noch auf die Beschwerdeführerin verschoben worden sei. Darin liege ein klarer Verstoss gegen Art. 8 ZGB (KG act. 1 Rz 55-61).

Wenn die Vorinstanz (allenfalls auch anlässlich der mündlichen Urteilsberatung; vgl. dazu KG act. 1 Rz 57) erwog, dass – ohne dass dies etwas über die Qualität der von der Beschwerdegegnerin bezeichneten Beweismittel besage, namentlich deren Überzeugungskraft nicht verstärke – es der Beschwerdeführerin zufolge Unmöglichkeit der Erbringung des Gegenbeweises nicht möglich sei, den (der Beschwerdegegnerin obliegenden) Hauptbeweis (dass A der häufigste resp. der regelmässige Lenker der fraglichen Fahrzeuge gewesen war) allenfalls ins Wanken zu bringen oder gar scheitern zu lassen (KG act. 2 S. 13), so ist dies mit Blick auf die behauptete Beweislastumkehr nicht zu beanstanden.

Die Beschwerdeführerin bringt ihrerseits vor, im angefochtenen Entscheid fänden sich keine *expliziten* Hinweise auf die geltend gemachte Beweislastumkehr (KG act. 1 Rz 56). Sie macht sodann nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) geltend, einzelnen konkreten Erwägungen des angefochtenen Entscheids müsse *implizit* entnommen werden, dass die Vorinstanz letztlich (immer noch) darauf abgestellt habe, dass die Beschwerdeführerin keine eigenen Fahrten mit den fraglichen Fahrzeugen nachgewiesen habe.

Die Beschwerdeführerin macht jedoch geltend, die faktische Beweislastumkehr zeige sich im Umstand, dass die Vorinstanz gestützt auf die genau gleichen Indizien, die gemäss deren früherem Entscheid keinen Schluss auf die Häufigkeit und Regelmässigkeit der Fahrzeugnutzung durch den Sohn der Beschwerdeführerin zuliessen, nun plötzlich zum Schluss komme, dass A die Autos regelmässig genutzt habe (KG act. 1 Rz 58 ff.). In diesem Zusammenhang moniert die Beschwerdeführerin auch ein widersprüchliches Verhalten seitens der Vorinstanz und bringt vor, das Kassationsgericht habe in seinem Entscheid vom 30. Oktober

2008 (erste Nichtigkeitsbeschwerde in vorliegender Streitsache) zum Ausdruck gebracht, dass die Berufungsinstanz aufgrund der von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Indizien keine Schlussfolgerung auf die Häufigkeit bzw. Regelmässigkeit der Fahrzeugnutzungen durch A gezogen habe, und habe dies als zutreffend bestätigt. Die Berufungsinstanz weiche nun plötzlich von dieser Würdigung ab und komme gestützt auf die genau gleichen Indizien zum Schluss einer regelmässigen Lenkerschaft durch A. Bereits dieses widersprüchliche Verhalten zeige, dass es der Vorinstanz nur darum gegangen sei, den Standpunkt der Beschwerdegegnerin zu schützen. Der plötzliche Meinungsumschwung der Berufungsinstanz habe erst stattgefunden, nachdem das Kassationsgericht die frühere Argumentation zu Recht für unzulässig erklärt habe, was zeige, dass die Vorinstanz nicht gewillt gewesen sei, von der bereits vorgefassten Meinung abzuweichen (KG act. 1 Rz 20/21 und 58 f.).

Bei Rückweisungen ist die untere Instanz (etwa die Berufungsinstanz nach Rückweisung durch das Kassationsgericht) an die dem Rückweisungsentscheid zugrunde liegende Rechtsauffassung gebunden (§ 104a Abs. 1 GVG). Wird ein Entscheid im Beschwerdeverfahren vollumfänglich aufgehoben und der Fall zur Neuurteilung an die untere Instanz zurückgewiesen, so ist diese indessen weder an die Erwägungen gebunden, mit denen die Kassationsinstanz eine Rückweisung abgelehnt hat, noch an die Erwägungen ihres eigenen Entscheides, die nicht Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde waren. Daher wird allein mit dem Vorbringen, die Berufungsinstanz habe in einem zweiten Entscheid eine vom Ersten abweichende Würdigung der (gleichen) Umstände vorgenommen und/oder eine abweichende Rechtsauffassung vertreten, kein widersprüchliches Verhalten und/oder kein Verstoss gegen § 50 Abs. 1 ZPO seitens der Vorinstanz dargetan. Allerdings kann mittels erneuter kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde eine neue Beweiswürdigung als willkürlich (im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO) und/oder eine Rechtsauffassung (bei entsprechendem Streitwert) als Verletzung klaren materiellen Rechts (im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO) gerügt werden. Dass die Vorinstanz in Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (namentlich in Verletzung von § 104a Abs. 1 GVG) verbindlichen Anweisungen der Rückweisungsinstanz (in casu des Kassationsgerichts) nicht nachgekommen sei, namentlich dass

das Kassationsgericht *für die Vorinstanz verbindlich* festgestellt hätte, die seitens der Beschwerdegegnerin offerierten Beweise sagten über die Häufigkeit oder Regelmässigkeit der Fahrten durch A noch nichts aus, macht die Beschwerdeführerin vorliegend nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) geltend (weshalb auf diese Problematik nicht weiter eingegangen zu werden braucht). Nach dem Gesagten ist vorliegend daher kein widersprüchliches Verhalten seitens der Vorinstanz dargetan. Im Übrigen begründete diese den vorliegend zu beurteilenden Entscheid (im Unterschied zum ersten Entscheid vom 8. Mai 2007) auch mit der allgemeinen Lebenserfahrung (KG act. 2 S. 16).

Nach dem Gesagten erweist sich auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend eine (faktische) Umkehr der Beweislast als unbegründet.

4.2. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts sieht die Beschwerdeführerin sodann im Umstand, dass die Vorinstanz beim Fahrzeugwechsel vom Alfa Spider zum BMW von einer Änderung des bestehenden Versicherungsvertrages (und nicht vom Abschluss eines neuen Vertrages) ausging. Gemäss Praxis und Lehre (so die Beschwerdeführerin) sei der Wechsel des Versicherungsobjektes in der Vollkaskoversicherung als Abschluss eines neuen Vertrages zu qualifizieren. Dementsprechend sei beim Fahrzeugwechsel vom Alfa Spider zum BMW vom Abschluss eines neuen Vertrages auszugehen, so dass seitens der Beschwerdegegnerin die Pflicht zur Vorlage des Fragebogens bestanden hätte, um sich überhaupt auf eine Anzeigepflichtverletzung berufen zu können. Es sei sodann bekannt, dass die Versicherer bei jedem Fahrzeugwechsel standardmässig und immer die Antragsfragen neu stellten. Wenn es die Beschwerdegegnerin unterlassen habe, die Fragen abzuklären, so könne sie sich nachher weder darauf berufen, dass die Beschwerdeführerin ihre Deklarationspflichten verletzt habe, noch frühere Deklarationen für andere Policen heranziehen (KG act. 1 Rz 62 ff.).

Dass (und an welcher Stelle des angefochtenen Entscheids) die Vorinstanz der Beschwerdeführerin anlässlich des Wechsels vom Alfa Spider zum BMW das Unterlassen einer Deklaration vorgeworfen hätte, wird in der Beschwerdeschrift nicht dargetan (und wäre im Übrigen auch nicht ersichtlich). Dem angefochtenen Entscheid liegt jedoch zugrunde, dass der Wechsel vom Alfa Spider zum BMW als

Vertragsänderung (und nicht als Abschluss eines neuen Vertrags) zu qualifizieren sei (mit der Folge, dass die Beschwerdeführerin aufgrund des Antrages der Beschwerdeführerin verpflichtet worden sei, ohne dass diese eine neue Gefahrsdeklaration abgegeben habe; KG act. 2 S. 11 f.). Dabei hat die Vorinstanz nicht übersehen, dass ein Fahrzeugwechsel in der Kaskoversicherung für sich allein betrachtet zufolge Vornahme eines Objektwechsels als Neuabschluss zu werten ist (KG act. 2 S. 11 f. mit Verweis auf OG act. 42 S. 4-8, insb. S. 8). Sie erwog indessen, die in casu gegebenen Umstände führten gesamthaft betrachtet dazu, den Einbezug des BMW nicht als Abschluss eines neuen Vertrages, sondern als Vertragsänderung zu qualifizieren. In diesem Zusammenhang verwies sie insbesondere darauf, (1) dass es sich in casu um eine kombinierte Versicherung (und nicht um eine reine Kaskoversicherung) handle, (2) dass in casu nur ein teilweiser Fahrzeugwechsel stattgefunden habe (der BMW nur den Alfa Spider ersetzt habe und der Alfa Coupé in der Versicherung verblieben sei), (3) dass die Ausstellung des Versicherungsnachweises für den BMW in einem gekündigten Vertragsverhältnis erfolgt sei und (4) dass die verbleibende Versicherungsdauer rund 40 Tage betragen habe (KG act. 2 S. 10 ff. mit Verweis auf OG act. 42 S. 4-8). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift nicht (genügend substantiiert) auseinander. Sie vermag daher von vorneherein keinen Nichtigkeitsgrund, namentlich keine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO darzutun (daran ändert im Übrigen auch der Grundsatz „iura novit curia“ [§ 57 ZPO] nichts; dieser vermag einen Beschwerdeführer nur hinsichtlich des Nachweises von Rechtsgrundlagen, nicht aber von einer [genügend substantiierten] Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid zu entbinden). Im Übrigen enthielte das VVG keine Bestimmung zur Frage, in welchen Fällen vom Abschluss eines neuen Vertrages und in welchen von einer Vertragsänderung auszugehen ist. Die Abgrenzung zwischen Abschluss eines neuen Versicherungsvertrages und blosser Änderung eines bestehenden Vertrages kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen (vgl. auch BGE 132 III 164 E. 2.1). Eine Verletzung *klaren* materiellen Rechts wäre jedenfalls angesichts dessen sowie aufgrund der in casu gegebenen Umstände, insbesondere aufgrund des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin die Police Nr. _____ am 19. September 2001 per Ende

2001 gekündigt hatte (OG act. 42 S. 7 mit Verweis auf BG act. 9/3), ohnehin zu verneinen.

4.3. Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz verstosse gegen klares materielles Recht, indem sie den Begriff des „regelmässigen Lenkers“ als erheblich im Sinne von Art. 4 VVG qualifiziere. Art. 4 Abs. 3 VVG bestimme, dass nur die Gefahrentatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet seien, als erheblich vermutet würden. Es sei aber unklar, wann von einem „regelmässigen Lenker“ im Sinne der Antragsfrage auszugehen sei; es bleibe unklar, welche Regel gelten solle, wie die Aufeinanderfolge ausgestattet sein müsse, wie häufig etwas wiederkehre. Es wäre der Beschwerdegegnerin ein Leichtes gewesen (so die Beschwerdeführerin weiter), die Fragen zu präzisieren, bspw. mit der Frage „mehr als sechs Fahrten pro Monat“. Wegen seiner Untauglichkeit verwendeten nur wenige der grossen Versicherungsunternehmen den Begriff des „regelmässigen Lenkers“. Einige verzichteten auf dessen Anwendung, weil sie ihn als zu wenig „griffig“ erachteten, andere würden den Begriff zwar verwenden, aber nur zusammen mit einer klaren Definition, bspw. dass „regelmässig“ bedeute, wenn jemand im Durchschnitt ein Fahrzeug mehr als zwei Mal pro Woche lenke (KG act. 1 Rz 67 ff.).

Dem angefochtenen Entscheid liegt zugrunde, dass die interessierende Fragestellung im Antragsformular („Hatten Sie oder eine regelmässige Lenkerin bzw. ein regelmässiger Lenker Ihrer Fahrzeuge innerhalb der letzten 5 Jahre Schadenfälle oder war ein Führerausweisentzug wirksam?“; BG act. 4/10) klar und eindeutig resp. nicht unbestimmt und zweideutig im Sinne von Art. 4 Abs. 3 VVG ist (OG act. 42 S. 8 ff.). Der Beschwerdeführerin ist insoweit zuzustimmen, als dass der Begriff der „Regelmässigkeit“ und mithin der Begriff des „regelmässigen Lenkers“ auslegungsbedürftig ist. Dies allein führt jedoch nicht dazu, dass er zwingend als unbestimmt und/oder zweideutig im Sinne von Art. 4 Abs. 3 VVG qualifiziert werden müsste. In diesem Sinne wird etwa auch der (ebenfalls auslegungsbedürftige) Begriff „kürzlich“ (im Rahmen der Fragestellung: „Haben sie kürzlich einen Arzt zu Rate gezogen?“) nicht als unbestimmt und/oder zweideutig erachtet (VVG-Nef,

Kasuistik zu Art. 4, S. 109 mit Verweis auf BGE 52 II 297, 299 f.). Ob es dem Begriff des „regelmässigen Lenkers“ an der Bestimmtheit im Sinne von Art. 4 Abs. 3 VVG mangelt (ob eine Konkretisierung dieses Begriffs bspw. mit der Umschreibung „mehr als sechs Fahrten pro Monat“ [wie sie die Beschwerdeführerin vorschlägt; KG act. 1 Rz 70] angebracht und/oder notwendig wäre resp. ob mit einer solchen Fragestellung den verschiedenen in der Praxis möglichen Konstellationen betreffend die Nutzungsverhältnisse an Fahrzeugen auch tatsächlich Rechnung getragen werden könnte [was die Beschwerdegegnerin ihrerseits bezweifelt; KG act. 14 Rz 84]), kann vorliegend angesichts der beschränkten Kognition der hiesigen Instanz offenbleiben. Dass der Begriff des „regelmässigen Lenkers“ nach bewährter Lehre und Überlieferung *klarerweise* als unbestimmt (und/oder zweideutig) im Sinne von Art. 4 Abs. 3 VVG qualifiziert werden müsste, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Im Zweifelsfall ist durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Frage den gesetzlichen Anforderungen der „Bestimmtheit“ genügt (VVG-Nef, N 50 zu Art. 4). Bei Vorliegen eines Zweifelsfalles kann indessen von vorneherein nicht von einer Verletzung *klaren* materiellen Rechts (im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO) gesprochen werden. Dass die Vorinstanz im Rahmen der Frage, ob der Begriff des „regelmässigen Lenkers“ genügend bestimmt (im Sinne von Art. 4 Abs. 3 VVG) sei oder nicht, eine falsche Methode, insbesondere dass sie zu Unrecht nicht das Vertrauensprinzip angewandt habe, macht die Beschwerdeführerin nicht (genügend substantiiert) geltend. Von einer Verletzung *klaren* materiellen Rechts kann jedenfalls dadurch, dass der Begriff des „regelmässigen Lenkers“ von der Vorinstanz nicht als unbestimmt (und/oder zweideutig) im Sinne von Art. 4 Abs. 3 VVG erachtet wurde, nicht die Rede sein.

Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang – mit Verweis auf diverse mit der Beschwerdeschrift eingereichte Beilagen (KG act. 3) – vorbringt, viele Versicherungen erachteten den Begriff „regelmässig“ als zu wenig bestimmt und gebrauchten ihn deshalb in ihren Antragsformularen nicht, so zeigt sie weder auf, dass diese Beilagen bereits der Vorinstanz vorgelegen haben, noch setzt sie sich mit den Erwägungen der Vorinstanz zu den im ersten kassationsgerichtlichen Verfahren eingereichten Ergebnissen einer Umfrage zum Begriff des „regelmässigen Lenkers“ (KG act. 2 S. 16) auseinander, weshalb auf das Vorbringen nicht

weiter einzutreten ist. Im Übrigen vermöchte am obgenannten Schluss (keine Verletzung *klaren* materiellen Rechts) ohnehin nichts zu ändern, wenn gewisse Versicherungen die Auffassung vertreten würden, der Begriff des „regelmässigen Lenkers“ sei nicht (genügend) griffig. Betreffend die Erwägungen der Vorinstanz zum Begriff „regelmässig“ kann schliesslich auf die diesbezüglichen nachfolgenden Erwägungen verwiesen werden.

Allein mit dem Vorbringen, zufolge Unbestimmtheit (und/oder Zweideutigkeit) des Begriffs des „regelmässigen Lenkers“ könne nicht von einer erheblichen Gefahrstatsache ausgegangen werden, wäre im Übrigen auch aus einem weiteren Grund keine Verletzung klaren materiellen Rechts dargetan: Zwar wird in der Lehre die Auffassung vertreten, **erheblich und damit von rechtlicher Relevanz** seien nach richtigem Verständnis nur Gefahrstatsachen, auf welche die Fragen des Versicherers „*in bestimmter und unzweideutiger Fassung gerichtet sind*“. Die Bestimmtheit und Unzweideutigkeit der Fragen werde denn auch nach dem richtigen Verständnis von Art. 4 Abs. 3 VVG in Art. 4 Abs. 2 VVG stillschweigend vorausgesetzt. Die Fragen des Versicherers müssten sich auf klar umrissene Tatsachen beziehen, sodass der Anzeigepflichtige über den Inhalt und den Umfang der von ihm verlangten Auskünfte nicht im Zweifel sein könne (VVG-Nef, N 49 zu Art. 4 [Hervorhebungen gemäss Kommentarstelle]). Allerdings wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die herrschende Lehre und mit ihr die langjährige Gerichtspraxis der „Bestimmtheit“ und „Unzweideutigkeit“ der Fragestellung *keinen absoluten, unwiderlegbaren* Stellenwert im Rahmen der Prüfung der Erheblichkeit der Gefahrstatsachen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 VVG einräume. Demgemäss könnten auch Gefahrstatsachen, nach denen **unbestimmt** oder **zweideutig** gefragt werde, **erheblich** sein, sofern sie den Entschluss des Versicherers zum Vertragsabschluss beeinflusst hätten (VVG-Nef, N 44 zu Art. 4 [Hervorhebungen gemäss Kommentarstelle]). Von *klarem* materiellen Recht (im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO) könnte in diesem Zusammenhang daher nicht gesprochen werden.

5. Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, der Schluss, A habe die versicherten Fahrzeuge immer wieder und damit regelmässig benutzt, sei nicht haltbar

und stelle das Ergebnis einer einseitigen, willkürlichen und auf irrelevante Tatsachen abstellenden Beweiswürdigung dar (KG act. 1 Rz 19 ff., insb. Rz 22 ff.):

5.1. In diesem Zusammenhang hält die Beschwerdeführerin zunächst die vorinstanzlichen Erwägungen zum Begriff des „regelmässigen Lenkers“ für ungenügend resp. unzutreffend (KG act. 1 Rz 22 ff.):

Der im Änderungsantrag vom 22. Juni 2001 (BG act. 4/10) verwendete Begriff des „regelmässigen Lenkers“ ist (wie bereits erwogen) auslegungsbedürftig. Es ist im Folgenden (im Rahmen der Vorbringen der Beschwerdeführerin) zu prüfen, ob dem angefochtenen Entscheid diesbezüglich Willkür (resp. eine willkürliche Rechtsanwendung) zugrunde liegt. Hinsichtlich des Begriffs der „Regelmässigkeit“ verwies die Vorinstanz auf die diesbezüglichen Erwägungen im Rückweisungsbeschluss vom 9. Juli 2004 (KG act. 2 S. 14 unten mit Verweis auf OG act. 42 S. 9). Dort wurde erwogen, „regelmässig“ bedeute gemäss Duden: einer Regel, einer Ordnung folgend, die durch gleichmässige Wiederkehr, Aufeinanderfolge gekennzeichnet sei. Anders ausgedrückt (so die Berufungsinstanz im besagten Rückweisungsentscheid weiter) heisse „regelmässig“ im Sprachgebrauch: immer wieder, stets, ständig, gleich, gleichmässig, einer Regel folgend (OG act. 42 S. 9). Letztlich stellte die Vorinstanz im vorliegend angefochtenen Entscheid darauf ab, dass A die fraglichen Fahrzeuge „immer wieder“ benutzt habe. Eine abstrakte Grösse oder Anzahl Fahrten lasse die Frage der Regelmässigkeit nicht bestimmen oder beantworten; vielmehr sei im konkreten Einzelfall anhand der konkret gegebenen Umstände zu entscheiden, ob ein Lenker ein Fahrzeug regelmässig lenke oder nicht (KG act. 2 S. 15 und 18).

Die Beschwerdeführerin moniert, aus den Erwägungen der Vorinstanz gehe nicht hervor resp. es bleibe unklar, wie die zeitliche Aufeinanderfolge ausgestaltet sein resp. wie gross der zeitliche Abstand sein müsse, um von einem regelmässigen Lenker ausgehen zu können (KG act. 1 Rz 22 ff.). Der Beschwerdeführerin ist insoweit zuzustimmen, als dass nicht jeder, der ein Fahrzeug in regelmässigen Abständen benutzt (etwa der Garagist, der alle drei Jahre das Fahrzeug eines Kunden zur Fahrzeugkontrolle bringt; vgl. dazu KG act. 1 Rz 23), als regelmässiger

Lenker (im Sinne der Antragsfragen) zu qualifizieren ist. Beruht die Fahrzeugnutzung einzig auf einer (sich allenfalls mit etwa gleichen Zeitabständen wiederholenden) Ausnahmesituation (wie etwa im obgenannten Beispiel des Garagisten), ist wohl kaum von einer regelmässigen Nutzung (im Sinne der Antragsfragen) auszugehen. Dass dem angefochtenen Entscheid das Gegenteil zugrunde läge, ist jedoch nicht ersichtlich (dies auch zumal dieser nicht nur auf einzelne Fahrten, sondern auch auf übrige Umstände wie bspw. die Halter- und Eigentümereigenschaft abstellt). Wenn die Vorinstanz das Bestimmen einer abstrakten Grösse oder Anzahl Fahrten (als Voraussetzung für das Vorliegen einer regelmässigen Nutzung) angesichts der Vielfältigkeit der in Bezug auf die konkrete Nutzung eines Fahrzeuges denkbaren Konstellationen für nicht sachgemäss erachtete, so erscheint dies (mindestens) vertretbar. Letztlich hängt die Frage, ob die Vorinstanz in casu (ohne Festlegung eines zwischen einzelnen Fahrten liegenden zeitlichen Abstandes) zu Recht (d.h. ohne dabei in Willkür zu verfallen) von einer regelmässigen Fahrzeugnutzung durch A ausging, von der Überzeugungskraft der im angefochtenen Entscheid aufgeführten Umstände im Einzelnen und als Gesamtheit ab; mit anderen Worten ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin diesbezüglich eine willkürliche Beweiswürdigung seitens der Vorinstanz darzulegen vermag (vgl. dazu nachgehend). Nicht als unhaltbar zu bezeichnen ist es jedenfalls, wenn die Vorinstanz für das Bejahen einer regelmässigen Fahrzeugnutzung (mindestens implizit) nicht voraussetzte, dass zwischen einzelnen Fahrten notwendigerweise immer etwa der gleiche zeitliche Abstand zu liegen habe.

Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, der Nachweis einer regelmässigen Fahrzeugnutzung durch A hätte ausschliesslich mittels Nachweises konkreter, in regelmässigen Abständen erfolgter Fahrten von A geführt werden können (KG act. 1 vgl. etwa Rz 25/26 und 48), ist dem in prozessualer Hinsicht jedenfalls entgegenzuhalten, dass es nicht von vorneherein unzulässig ist, nicht nur auf einzelne konkrete Fahrten durch A, sondern zusätzlich (da der Hauptbeweis alleine mit den nachgewiesenen konkreten Fahrten nicht als erbracht erachtet wird) auf weitere Umstände wie bspw. die Halter- und Eigentümereigenschaften abzustellen. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, dass es nebst den seitens der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen weitere und allenfalls bessere Be-

weismittel gäbe (bspw. Befragung von A), möge durchaus sein; die Unmöglichkeit, diese zu erheben (A [sowie B] habe sich als Sohn [resp. als Ehemann] der Beschwerdeführerin auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen), lasse jedoch die angebotenen und abgenommenen Beweismittel nicht wertlos oder unbrauchbar werden. Zu prüfen sei, ob die vorhandenen und abgenommenen Beweismittel ausreichend überzeugend seien, um den der Beschwerdegegnerin auferlegten Beweis als erbracht zu erachten (KG act. 2 S. 13). Eine Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO) ist diesbezüglich nicht ersichtlich. Daran vermag auch der Verweis der Beschwerdeführerin auf Frank/Sträuli/Messmer (a.a.O.) N 2 zu § 133 ZPO (wo ausgeführt wird, dass Indizien nicht genügten, wenn ein direkter Beweis möglich ist; vgl. dazu KG act. 1 Rz 48) nichts zu ändern. Der an dieser Stelle genannte Entscheid RB 1979 Nr. 25 ist nicht einschlägig, zumal darin ausgeführt wird, es sei nicht zulässig, lediglich gestützt auf ein Indiz zu entscheiden, *solange nicht abgeklärt sei, ob sich nicht ein direkter Haupt- oder Gegenbeweis führen lasse* (zu beurteilen war im konkreten Fall die Zulässigkeit der Nichtabnahme eines beantragten direkten Gegenbeweises unter Abstellen auf ein für den Hauptbeweis sprechendes Indiz; Kass.-Nr. 274/78 i.S. J.c.H. v. 22.1.1979 Erw. 5).

Wenn die Beschwerdeführerin der Vorinstanz schliesslich vorwirft, trotz Hinweis auf die angebliche Bedeutung des Einzelfalls keine auf den vorliegenden Fall bezogenen Anhaltspunkte für die Begründung der Regelmässigkeit vorzubringen (KG act. 1 Rz 24), scheint sie zu übersehen, dass die Vorinstanz im Zusammenhang mit ihrer Erwägung (zur Bestimmung, wer ein Fahrzeug regelmässig lenke, könne ein Anhaltspunkt sein, wie intensiv ein Fahrzeug von wie vielen Personen in welchem Umfang gefahren werde) explizit auf in casu gegebene Umstände (so bspw. auf die intensive Nutzung der drei Fahrzeuge [Alfa 166, Alfa Spider und BMW]) verwies (KG act. 2 S. 15).

5.2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die Nutzungsverhältnisse am Alfa 166 zu Unrecht als erheblich betrachtet. Dieses Auto sei vor dem vorliegend zu beurteilenden Versicherungsverhältnis bei der Beschwerdegegnerin versichert gewesen. Indem Rückschlüsse vom Alfa 166 auf die späteren

bei der Beschwerdegegnerin versicherten Fahrzeuge gemacht würden, werde davon ausgegangen, dass sämtliche Fahrzeuge immer im gleichen Umfang genutzt worden seien. Dabei werde verkannt, dass Nutzungsverhältnisse sich im Verlauf der Zeit verändern könnten. Die im Antrag vom 22. Juni 2001 gemachten Angaben bezögen sich eindeutig nur auf die im Antrag deklarierten Fahrzeuge. Wer früher mit welchen Fahrzeugen mit welcher Regelmässigkeit herumgefahren war, sei dabei unbedeutend, denn frühere Benutzungen erlaubten keine Aussage, wer mit den neu zu versichernden Fahrzeugen in welchem Umfang herumfahre. Bei Fahrzeugwechseln rechneten die Autoversicherer routinemässig mit einer Änderung der Nutzungsverhältnisse. Ein Fahrzeugwechsel beeinflusse die Risikobeurteilung und die Gefahrentatsachen. Es sei somit zu folgern, dass selbst wenn – was bestritten sei – der Sohn der Beschwerdeführerin mit dem Alfa 166 am häufigsten gefahren wäre, dies keinen Schluss darauf erlaube, dass er dies auch mit den später von der Beschwerdeführerin bei der Beschwerdegegnerin versicherten Personenwagen getan habe. Es könne sodann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin die Antragsfragen im Juni 2001 vor dem Hintergrund der Nutzung des Alfa 166 beantwortet habe (KG act. 1 Rz 27 ff.).

Dass der Alfa 166 im Änderungsantrag vom 22. Juni 2001 nicht als versichertes Fahrzeug aufgeführt ist (resp. dass dieser vor dem vorliegend zu beurteilenden Versicherungsverhältnis versichert war), ist der Vorinstanz nicht entgangen (KG act. 2 S. 4 und 12). Sie erwog indessen, auch wenn an sich über die Frage, wer häufigster oder wenigstens regelmässiger Lenker des Alfa 166 war, nicht Beweis zu erheben gewesen sei, könne vergangenes Verhalten für die (im Antragsformular vom 22. Juni 2001 gestellte) in die Zukunft gerichtete Fragestellung, wer das zu versichernde Fahrzeug künftig am häufigsten oder wenigstens regelmässig lenken werde, durchaus Anhaltspunkt bilden. Dabei liegt dem angefochtenen Entscheid massgebend zugrunde, dass der Alfa 166 durch den (im Antragsformular vom 22. Juni 2001 aufgeführten) Alfa Spider (später durch den BMW) *ersetzt* worden sei (KG act. 2 S. 12). Mit Letzterem setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift nicht auseinander (darin wird nicht etwa geltend gemacht, die fraglichen Fahrzeuge seien nebeneinander zur Verfügung gestanden). Angesichts dessen vermag die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen nicht darzu-

tun, dass es willkürlich wäre, die in Bezug auf den Alfa 166 gegebenen Nutzungsverhältnisse – neben anderen Umständen – mit zu berücksichtigen.

5.3. Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, die im Änderungsantrag vom 22. Juni 2001 gemachten Angaben hätten sich gar nicht auf den BMW bezogen. Die Vorinstanz verkenne Art und Natur der Anzeigepflicht, wenn sie davon ausgehe, dass die mit Antrag vom 22. Juni 2001 durch die Beschwerdeführerin gemachten Angaben der Gefahrentatsachen sich auch auf den BMW bezogen hätten. Die Deklaration der Gefahrentatsachen beinhalteten keinerlei Zusicherung der Antragsstellerin über den künftigen Gefahrenzustand, weder bezüglich der Personen noch der Eigenschaften des Fahrzeugs. Massgeblich sei lediglich, dass die Gefahrensituation, so wie sie zur Zeit des Vertragsabschluss bestanden habe, richtig angezeigt werde. Die Beschwerdegegnerin habe es beim Wechsel zum BMW unterlassen, der Beschwerdeführerin mit dem Versicherungsantrag auch die entsprechenden Fragen vorzulegen. Da sie nicht aufgefordert worden sei, bezüglich des BMW etwas zu deklarieren, habe die Beschwerdeführerin gar nichts falsch deklarieren können, und der Versicherer habe sein Recht auf Geltendmachung einer Falschdeklaration verwirkt (KG act. 1 Rz 32 ff.).

Zutreffend ist, dass die Gefahrsdeklaration (i.d.R.) keine Zusicherung des Antragsstellers über den künftigen Gefahrzustand bildet (VVG-Nef, N 8 zu Art. 4). Die Beschwerdeführerin vermag in der Beschwerdeschrift indessen weder darzulegen noch wäre ersichtlich, dass die Vorinstanz vom Gegenteil ausgegangen wäre. Dem angefochtenen Entscheid liegt lediglich zugrunde, dass auch die Nutzung des – den Alfa Spider bereits wenige Monate nach dessen Aufnahme in Police-Nr. _____ ersetzenden – BMW Rückschlüsse auf die Korrektheit der Angaben der Beschwerdeführerin im Änderungsantrag vom 22. Juni 2001 hinsichtlich der Nutzung der versicherten Fahrzeuge (namentlich des Alfa Spider) zur Zeit des Änderungsantrags vom 22. Juni 2001 zuließen. Weder ist in diesem Zusammenhang eine Verletzung klaren materiellen Rechts ersichtlich noch vermag die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift darzutun, dass dies eine willkürliche Beweisminderung darstellte. Im Übrigen (vorliegend aber nicht von massgebender Bedeutung) hielt auch die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz die Nutzungsverhält-

nisse am BMW für relevant (KG act. 2 S. 10 f. unten; OG act. 87 S. 4 N 9). Sodann kann im vorliegend interessierenden Zusammenhang auf die vorgehenden Erwägungen II/4.2 verwiesen werden.

5.4. Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, weder die Haltereigenschaft noch die Frage, wer ein Fahrzeug gekauft resp. geleast habe, erlaube einen Rückschluss darauf, wer ein Fahrzeug tatsächlich lenke. Das Gleiche gelte etwa für die Umstände, dass der Sohn der Beschwerdeführerin im Polizeirapport als Geschädigter aufgeführt worden sei, dass die Familie _____ noch weitere Fahrzeuge besessen habe und dass der Sohn zu einer Besprechung mit der Beschwerdegegnerin erschienen sei (KG act. 1 Rz 37).

Die Vorinstanz erwog, der erstinstanzliche Einzelrichter habe nicht (wie seitens der Beschwerdeführerin sinngemäss vorgetragen) allein oder vorrangig aus der formellen Haltereigenschaft von A auf seine hauptsächliche Benützung der Fahrzeuge geschlossen. Die Erstinstanz habe vielmehr eine ganze Reihe an soweit unbestrittenen und ausgewiesenen Elementen aufgelistet und in einer Gesamtbeurteilung geschlossen, A sei der häufigste oder zumindest regelmässige Lenker der drei Fahrzeuge gewesen. Dabei habe der Einzelrichter richtigerweise auch auf die Haltereigenschaft, soweit gegeben, oder die Eigentumsverhältnisse hingewiesen. Er habe aber nicht allein oder vorrangig aus der formellen Haltereigenschaft von A auf seine hauptsächliche Benützung der Fahrzeuge geschlossen (KG act. 2 S. 14). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin nicht genügend substantiiert auseinander. Gleiches gilt etwa hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägung, es sei weder ersichtlich noch nachvollziehbar, aus welchen Gründen A als materieller Halter der beiden Alfa's und des BMW diese Fahrzeuge nicht auch benützt haben sollte (KG act. 2 S. 16). Die Beschwerdeführerin liefert in der Beschwerdeschrift keinerlei anderweitige Erklärung(en) für die im angefochtenen Entscheid aufgeführten Umstände (A als Halter aller drei Fahrzeuge, Umstände bei der Reparatur, Ausgabe als Besitzer, Abschluss des Leasingvertrags für den Alfa Spider, Eigentümer des BMW etc; KG act. 2 S. 9). Damit vermag sie nicht darzutun, dass es willkürlich wäre, die fraglichen Umstände als Indizien für eine Fahrzeugnutzung durch A zu werten.

5.5. Die Vorinstanz stellte u.a. darauf ab, dass die einzig belegten Fahrten mit den betreffenden Fahrzeugen feststelltermassen von A unternommen worden seien. Dabei sei es immer zu einem besonderen Vorfall gekommen, sei dies eine Panne, ein sonstiges Schadensereignis oder sei es eine damit zusammenhängende Fahrt. Dass es bei sämtlichen Fahrten von A mit den betreffenden Fahrzeugen zu einem Zwischenfall gekommen sein solle resp. alle Fahrten damit in Verbindung gestanden sein sollen, widerspreche jeglicher Lebenserfahrung. Vielmehr sei nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge anzunehmen, dass A vor dem Hintergrund der intensiven Nutzung der Fahrzeuge weitaus mehr Fahrten mit den fraglichen Personenwagen ausgeführt habe, insbesondere auch in den Zeiten zwischen den aktenkundigen Ereignissen, als konkret durch das Beweisergebnis feststehe, zumal in keiner Weise ersichtlich und auch nicht nachvollziehbar sei, aus welchen Gründen er als materieller Halter der beiden Alfa's und des BMW diese Fahrzeuge nicht auch benützt haben sollte (KG act. 2 S. 13 f. mit Verweis auf OG act. 71 S. 11/12 und KG act. 2 S. 16). Mit ihrem diesbezüglichen Vorbringen (KG act. 1 Rz 51 f.) vermag die Beschwerdeführerin keine Willkür darzutun (wie bereits erwogen fehlt es auch an einer Auseinandersetzung mit der Erwägung, es sei nicht ersichtlich und auch nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen A als materieller Halter der beiden Alfa's und des BMW diese Fahrzeuge nicht auch benützt haben sollte). Wenn die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang von nur gerade zwei Fahrten mit Schadenfällen spricht (KG act. 1 Rz 51), ist sie auf die Darstellung verschiedener im Zusammenhang mit Zwischenfällen stehenden Fahrten von A im einzelrichterlichen Entscheid vom 27. April 2006 (OG act. 71 S. 11 f.) zu verweisen (auf welche die Vorinstanz ihrerseits verwies [KG act. 2 S. 13 f. unten]).

5.6. Dass A in der Zeit von Juli 2001 bis Februar 2002 bei der ____ (____) als Kurierfahrer/Chauffeur beschäftigt war und das ihm überlassene Geschäftsfahrzeug für private Fahrten benutzen durfte und/oder benutzte, hat die Vorinstanz mitberücksichtigt (KG act. 2 S. 17 f.; KG act. 1 Rz 53). Gleichwohl (so die Vorinstanz) stehe fest, dass er in der nämlichen Zeitspanne verschiedentlich mit einem der beiden Fahrzeuge Alfa Spider oder BMW unterwegs gewesen sei. Daneben sei unbestritten, dass der BMW in der Nacht vom 24. auf den 25. Dezember 2001

an der Strasse am Wohnort von A in _____ stehend beschädigt worden sei, dieses Fahrzeug jedenfalls nicht am Wohnort der Eltern in _____ in der Tiefgarage parkiert gewesen sei (KG act. 2 S. 17 f.). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift nicht auseinander. Sie vermag daher mit ihrem Vorbringen (es dürfte kaum wahrscheinlich sein, dass A oft zu seinen Eltern nach _____ gefahren sei, um sich ein Auto zu holen, wenn ihm vor seiner Haustür ein fahrbarer Untersatz zur Verfügung gestanden sei; KG act. 1 Rz 53) nicht darzutun, dass es aufgrund des Umstandes, dass A dieses Geschäftsfahrzeug zur Verfügung stand, willkürlich resp. unhaltbar wäre, von einem Gebrauch des Alfa Spider resp. des BMW durch A auszugehen.

5.7. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin richtet sich sodann gegen die Würdigung der Aussagen der Zeugen C und D. Aus deren Aussagen (so die Beschwerdeführerin) liessen sich keinerlei weiteren Erkenntnisse ableiten. Dass A die versicherten Fahrzeuge gar nie benutzt habe, sei nie behauptet worden, einzig bestritten sei, dass er die Fahrzeuge am „häufigsten“ oder „regelmässig“ benutzt habe (KG act. 1 Rz 38 ff.).

Was die Aussage des Zeugen C betrifft, moniert die Beschwerdeführerin die Erwägung der Vorinstanz, der erstinstanzliche Einzelrichter habe diese Aussage verkürzt, aber nicht unkorrekt wiedergegeben. Die Vorinstanz unterschlage dabei (so die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift), dass der Zeuge zunächst ganz klar gesagt und explizit nochmals wiederholt habe, dass er zur Häufigkeit der Nutzung keine Aussage machen könne. Im Übrigen nehme das relativierende Wort „wahrscheinlich“ in Verbindung mit „regelmässig“ der Zeugenaussage jede Beweiskraft. Indem der Einzelrichter sodann ausführe, dass der Sohn der Beschwerdeführerin „diese ‚wahrscheinlich regelmässig‘ nahm“, werde die Aussage verfälscht wiedergegeben, denn mit dieser Wiedergabe werde der Eindruck erweckt, dass A **sämtliche** Fahrzeuge „wahrscheinlich regelmässig“ benutzt habe und eben nicht – wie der Zeuge ausgesagt habe – „wahrscheinlich regelmässig **das eine oder andere** Fahrzeug nahm“. Die Aussage „das eine oder andere Fahrzeug“ mache es unmöglich, auf die Häufigkeit der Benutzung der Fahrzeuge

zu schliessen. Aus der Zeugenaussage C könne demgemäss nichts Neues abgeleitet werden (KG act. 1 Rz 38 ff. [Hervorhebungen gemäss Beschwerdeschrift]).

Die Vorinstanz habe im Weiteren verkannt (so die Beschwerdeführerin weiter), dass sich der Zeuge D in Widersprüche verstrickt habe. Dieser habe nämlich zu einem späteren Zeitpunkt ausgeführt, dass er, nachdem der Zeuge C nicht mehr bei der Beschwerdegegnerin tätig gewesen sei (also bevor die fragliche Police im Juni 2001 abgeschlossen worden sei), mit A nur noch einmal telefonisch gesprochen habe. Wenn er ihn während des relevanten Zeitraumes, d.h. von Juni 2001 bis Ende 2001 gar nicht mehr gesehen habe, so könne er auch nicht beobachtet haben, wie der Sohn mit dem Alfa Spider oder dem BMW herumgefahren sei (KG act. 1 Rz 42 f.).

Die Beschwerdeführerin vermag mit diesen Vorbringen hinsichtlich der Würdigung der Aussagen der Zeugen C und D keine unvertretbare Beweiswürdigung im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO durch die Vorinstanz darzutun. Dass die Vorinstanz aus der Aussage des Zeugen C „etwas Neues“ abgeleitet hätte (KG act. 1 Rz 41), ist nicht ersichtlich. Diese erwog explizit, dass der Zeuge C zur Häufigkeit der Fahrten der drei fraglichen Fahrzeuge durch A nichts habe ausführen können (KG act. 2 S. 17). Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass die Vorinstanz diesbezüglich (betreffend die Häufigkeit der Fahrten durch A) massgebend auf die Aussagen der beiden Zeugen C und D abgestellt hätte resp. der angefochtene Berufungsentscheid darauf basierte, dass sich aus den Aussagen der beiden Zeugen betreffend Häufigkeit der Fahrzeugnutzung durch A etwas Neues ergebe. Im Gegenteil erwog die Vorinstanz, dass die Angaben der beiden Zeugen zur Häufigkeit der Fahrzeugbenutzung durch A wenig ergiebig gewesen seien, sei auch dem erstinstanzlichen Einzelrichter nicht entgangen resp. habe dieser darauf kein besonderes Gewicht gelegt, sondern die Äusserungen zusammen mit weiteren Elementen korrekterweise als weitere Erkenntnis aus dem Beweisverfahren dargelegt (KG act. 2 S. 17). Schliesslich ist dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, der Zeuge D, der A nach dem Abgang des Zeugen C nicht mehr gesehen haben wolle, könne gar nicht beobachtet haben, wie der Sohn mit dem Alfa Spider oder dem BMW herumgefahren sei (KG act. 1 Rz 42 f.), entgegenzuhalten, dass der

Zeuge D zuvor nicht nur betreffend diese beiden Fahrzeuge, sondern auch hinsichtlich des Alfa 166 gefragt wurde (ER Protokoll S. 143 f.; wobei dies wie erwogen ebenfalls ohne Willkür berücksichtigt werden konnte [vgl. vorstehend Erw. II/5.2]).

5.8. Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin hinsichtlich der einzelnen im angefochtenen Entscheid angeführten tatsächlichen Umstände (welche nach Ansicht der Vorinstanz für eine stetige Benutzung der betreffenden Fahrzeuge durch A sprechen) keine Willkür im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO darzutun. Schliesslich kann nicht als unhaltbar bezeichnet werden, wenn die Vorinstanz in einer Gesamtwürdigung der in casu gegebenen Umstände – insbesondere der einzelnen konkret nachgewiesenen Fahrten von A (KG act. 2 S. 13 f. mit Verweis auf OG act. 71 S. 11 f.) in Verbindung mit den Umständen, dass A Halter aller drei Fahrzeuge (des Alfa 166, des Alfa Spider und des BMW) war, dass A in Bezug auf den Alfa Spider Leasingnehmer war, dass A den BMW gekauft hatte und damit dessen Eigentümer war, dass A bei erlittenen Schäden die Fahrzeuge in Reparatur brachte, sich dabei als Besitzer ausgab und die Rechnungen auf sich ausstellen liess – zum Schluss kommt, es sei davon auszugehen, dass A die versicherten Fahrzeuge immer wieder benutzt habe und deren regelmässiger Lenker gewesen sei. Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, angesichts der (gemäss Vorinstanz) intensiven Nutzung der Fahrzeuge hätte es der Beschwerdegegnerin leicht gelingen müssen, anhand von konkreten Fahrten eine häufige resp. regelmässige Nutzung durch A nachzuweisen (KG act. 1 Rz 52), ist dem entgegenzusetzen, dass der Umstand, dass sich A (sowie der Ehemann der Beschwerdeführerin) auf sein (ihr) Zeugnisverweigerungsrecht stützte(n), den Nachweis konkreter Fahrten selbstredend erheblich erschwerte. Jedenfalls erscheint die vorinstanzliche Würdigung der in casu gegebenen Umstände (auch unter Mitberücksichtigung des Umstandes, dass letztlich nur wenige Fahrten von A konkret nachgewiesen sind) nicht geradezu als unhaltbar. Schliesslich kann auch nicht von einer geradezu unhaltbaren Auslegung des Begriffs des „regelmässigen Lenkers“ ausgegangen werden. Nochmals festzuhalten ist, dass im vorliegenden Verfahren nicht entscheidend ist, ob die hiesige Instanz an Stelle des Sachrichters zum gleichen Ergebnis gekommen wäre.

6. Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde keinen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO darzutun. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 2'200.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Ferner ist nach Massgabe von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG (Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung) allenfalls die ordentliche Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig. Werden beide Beschwerden erhoben, sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 9'639.10.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und den Einzelrichter für Zivil- und Strafsachen des Bezirkes Zürich (Proz.-Nr. FO040583), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: