



---

Geschäfts-Nr. NE060019/Uanonymisiert

**II. Zivilkammer**

Mitwirkend: Obergerichter Dr. O. Kramis, Vorsitzender, die Obergerichterrinnen lic. iur. A. Katzenstein und Dr. L. Hunziker Schndier sowie der juristische Sekretär lic. iur. T. Fleischer

**Urteil vom 8. Mai 2007**

in Sachen

A., geboren ..., von ..., ...,  
Klägerin, Widerbeklagte und Appellantin

vertreten durch Fürsprecher ...  
substituiert durch Rechtsanwalt ...

gegen

X., ...,  
Beklagte, Widerklägerin und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters für Zivil- und Strafsachen des  
Bezirktes Zürich vom 27. April 2006; Proz. FO040583**

**Rechtsbegehren:**

Hauptklage (act. 1 S. 1)

Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 9'639.10 nebst 5% Zins seit 21. Juni 2002 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Widerklage (act. 8 S. 2)

Es sei die Widerbeklagte zu verpflichten, der Widerklägerin CHF 2'388.10 nebst 5% Zins seit 22. Januar 2003 zu bezahlen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 27. April 2006:**

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der Widerklage wird die Klägerin und Widerbeklagte verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin CHF 2'388.10 nebst 5% Zins ab 22. Januar 2003 zu bezahlen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
CHF 2'800.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
CHF 1'859.00 Schreibgebühren  
CHF 589.00 Zustellgebühren  
CHF 540.00 Vorladungsgebühren  
CHF 337.50 Kosten für Barauslagen

4. Die Kosten werden der Klägerin und Widerbeklagten auferlegt. Ausserdem werden ihr die Kosten des Berufungsverfahrens Nr. NE030013 von insgesamt CHF 1'414.00 auferlegt.
5. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine Prozessentschädigung von CHF 7'200.00 zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

#### 6./7. Mitteilung/Rechtsmittel

(act. 71 S. 15f.)

### **Berufungsanträge:**

#### Der Klägerin (act. 77 S. 2):

"Das Urteil des Einzelrichters für Zivil- und Strafsachen des Bezirks Zürich vom 27. April 2006, Proz. Nr. FO040583, sei aufzuheben;

die Beklagte, Widerklägerin und Appella[n]tin sei zu verpflichten, der Klägerin, Widerbeklagten und Appella(n)tin Fr. 9'639.10 nebst Zins zu 5% seit 21. Juni 2002 zu bezahlen;

die Widerklage sei vollumfänglich abzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten, Widerklägerin und Appellatin."

#### Der Beklagten (act. 82 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und es sei in Bestätigung des Urteils des Einzelrichters für Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichts Zürich vom 27. April 2006, Proz. Nr. FO040583,

- die Hauptklage vollumfänglich abzuweisen;
- hinsichtlich der Widerklage die Klägerin, Widerbeklagte und Appellantin zu verpflichten, der Beklagten, Widerklägerin und Appellatin den Betrag von CHF 2'388.10 inkl. Zins von 5% ab 22. Januar 2003 zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin, Widerbe-  
klagten und Appellantin."

### Das Gericht zieht in Betracht:

#### I. Sachverhalt

1. Die Familie der Klägerin hatte bis Ende 2001 bei der Beklagten wechselnd mehrere Fahrzeuge haftpflicht- und kaskoversichert. So hatte die Klägerin während mehreren Jahren einen Mercedes und einen Golf sowie unter der Police-Nr. ... einen Oldtimer Jahrgang 1970 Alfa Coupé 1750 GTV ("Alfa Coupé") versichert. Ab dem Jahre 2000 liess die Klägerin neben diesem Alfa Coupé weitere Fahrzeuge unter der Wechselnummer ... 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 (act. 4/10 = 9/2) liess die Klägerin neu einen Alfa Romeo Spider 3.0 V6 L ("Alfa Spider") versichern. Dieser Alfa Romeo Spider wurde am 20. November 2001 durch einen BMW M3 Cabrio ("BMW") ersetzt (act. 9/17), nachdem die Police bereits auf Ende Dezember 2001 gekündigt worden war (act. 9/3).
2. In der Nacht vom 24. auf den 25. Dezember 2001 wurde der BMW in der Blauen Zone ... in ... zerkratzt. Die Klägerin verlangt von der Beklagten gestützt auf die Police Nr. ... die Übernahme der Reparaturkosten in Höhe von Fr. 9'639.10.

#### II. Prozessverlauf

1. Da die Beklagte die Begleichung dieser Reparaturrechnung verweigerte, reichte die Klägerin nach erfolglosem Sühnversuch die vorliegende Klage am 13. November 2002 beim zuständigen Bezirksgericht Zürich ein (act. 2). An der Hauptverhandlung vom 22. Januar 2003 erhob die Beklagte Widerklage. Sie ver-

langt von der Klägerin die Rückzahlung erhaltener Versicherungsleistungen im Betrag von Fr. 2'388.10 (act. 8 S. 2).

2. Gegen das die Hauptklage abweisende und die Widerklage gutheissende Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Zürich vom 21. Februar 2003 (act. 10) erhob die Klägerin Berufung. Mit Beschluss vom 9. Juli 2004 hob die Kammer das vorinstanzliche Urteil auf und wies die Akten zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (act. 15).

3. Nach gescheiterten aussergerichtlichen Vergleichsgesprächen (Prot. VI S. 14) hielt der Vorderrichter zunächst die Klägerin (Prot. VI S. 15-17) und hernach die Beklagte zur Präzisierung ihrer tatsächlichen Behauptungen an (Prot. VI S. 20). An der abschliessenden mündlichen Hauptverhandlung wurde die Klägerin nichtförmlich befragt (Prot. VI S. 25 ff.). Mit Verfügung vom 8. Juni 2005 erfolgte die Beweisaufgabe (Prot. VI S. 61 f.). Die Parteien benannten zu den insgesamt 45 Beweissätzen mehrere Zeugen und reichten zahlreiche Dokumente ein (act. 42 und act. 45). Der Ehemann und der Sohn der Klägerin beriefen sich allerdings auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht (act. 54/1 und /2). Die Beweisverhandlungen fanden am 5. Dezember 2005 und 9. Februar 2006 statt (Prot. VI S. 117 ff.; Prot. VI S. 133 ff.) statt. Mit Eingaben vom 25. April 2006 äusserten sich die Parteivertreter zum Beweisergebnis (act. 63 und 64). Die Vorinstanz fällte ihren Entscheid am 27. April 2006. Darin wies sie wiederum die Hauptklage ab und hiess die Widerklage gut (act. 71 S. 15). Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin (act. 77).

4. Nach durchgeführtem doppeltem Schriftenwechsel (act. 77 und 87 bzw. 82 und 92) erweist sich das Verfahren als spruchreif.

### **III. Anspruchsgrundlagen**

1. Einigkeit besteht über das Quantitativ von Hauptklage und Widerklage. Die Beklagte anerkennt, dass die Klägerin Fr. 9'639.10 an Reparaturkosten für die Instandstellung des BMW bezahlt hat (act. 4/11). Die Klägerin ihrerseits anerkennt,

von der Beklagten für Schäden am Alfa Spider aus der Police Nr. ... Fr. 2'388.10 erhalten zu haben (act. 9/13 und 9/15).

2. Die Klägerin stützt ihre Hauptklage auf die Police Nr. .... Die Beklagte bestreitet ihre Leistungspflicht wegen wahrheitswidriger Angaben im Änderungsantrag der Klägerin vom 22. Juni 2001. Aus dem nämlichen Grund fordert sie bereits geleistete Zahlungen für frühere Schäden zurück. Vor Vorinstanz strittig blieben die Fragen nach dem regelmässigen Lenker der bei der Beklagten durch die Klägerin versicherten Fahrzeuge und nach der Kenntnis der Beklagten über die ihrer Ansicht nach unrichtig deklarierten Gefahrstatsachen im genannten Änderungsantrag (act. 15 S. 8 ff.). Zu diesen beiden Themenbereichen hat die Vorinstanz detaillierte Beweissätze formuliert (Prot. VI S. 61-64). Kurz zusammengefasst wurde der Klägerin der Hauptbeweis für ihre Behauptung auferlegt, dass die Kundenberater der Beklagten über ihre persönlichen Verhältnisse bestens informiert gewesen waren, und der Beklagten wurde für ihre Behauptung Beweis auferlegt, dass der Sohn der Klägerin, D., häufigster Lenker der drei bei ihr versicherten Fahrzeuge war.

3. Kein Thema (mehr) ist die Frage nach der Rechtzeitigkeit der Rücktrittserklärung der Beklagten vom Versicherungsvertrag (Prot. VI S. 10).

#### **IV. Beweisergebnis**

##### 1. Hauptbeweis der Klägerin

Die Klägerin ist hauptbeweispflichtig für ihre Behauptung, dass sie den Mitarbeitenden der Beklagten ihre Verhältnisse offengelegt hatte resp. dass diesen ihre Verhältnisse bestens bekannt waren, sie insbesondere wussten, dass und in welchem Umfang D. die Fahrzeuge benützen würde, diesem gegenüber Fahrausweisentzüge ausgesprochen worden wären, dass dieser nicht als regelmässiger Lenker zu qualifizieren war und dass D. sich als Halter der fraglichen Fahrzeuge registrieren liess, beim Erwerb der Fahrzeuge die Verhandlungen führte und auf dem Papier als Käufer resp. Leasingnehmer auftrat (vgl. Prot. VI S. 61). Zu diesen

Beweissätzen berief sich die Klägerin auf die Aussagen der Zeugen D., Q. und R. und zahlreiche schriftliche Dokumente (Prot. VI S. 69 ff.).

a) Die Vorinstanz hat als Ergebnis des Beweisverfahrens erwogen, die Klägerin habe den ihr obliegenden Beweis nicht erbringen können, wonach die Kundenberater der Beklagten bestens über ihre Verhältnisse informiert gewesen seien und dass diese ihre Formulare gestützt auf die ihnen offengelegten Angaben ausgefüllt hätten. Insbesondere müsse anhand der einvernommenen Kundenberater Q. und R. offen bleiben, wer den Änderungsantrag vom 22. Juni 2001 bearbeitet habe. Als Folge davon müsse sich die Beklagte allfälliges Wissen dieser beiden Kundenberater über die Verhältnisse in der Familie der Klägerin nicht anrechnen lassen bzw. diese habe bei Abschluss des Änderungsantrages kein besonderes Wissen über Gefahrstatsachen besessen (act. 71 S. 8 f., S. 10). Für nicht erbracht erachtete die Vorinstanz sodann den der Klägerin obliegenden Beweis, dass die Beklagte gewusst habe, dass D. Halter des Alfa Spider sei (act. 71 S. 10).

b) In der Berufungsbegründung beanstandet die Klägerin die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz nicht (act. 77 S. 3 ff.); hierauf verweist die Beklagte in ihrer Berufungsantwort, in der sie ausdrücklich festhält, die Klägerin behaupte nicht mehr, sie habe die wahren Verhältnisse (innerhalb der Familie der Klägerin) gekannt bzw. kennen müssen (act. 82 S. 14 Rz 45). In der Berufungsreplik geht die Klägerin auf diesen Punkt nicht weiter ein; sie lässt einzig beanstanden, dass die Vorinstanz die Zeugenaussagen von R. nicht angemessen gewürdigt habe, wobei sie sich dabei auf den Aspekt der Häufigkeit oder Regelmässigkeit von Fahrten durch D. bezieht, nicht aber auf die Frage, welches Wissen R. bei Unterzeichnung des Änderungsantrages über die Verhältnisse in der Familie der Klägerin besass (act. 87 S. 14 Rz 39 und 40). Bei dieser Sachlage erübrigen sich weitere Ausführungen zu der im Rückweisungsbeschluss der Kammer vom 9. Juli 2004 als beweismässig zu klären aufgegebenen Behauptung der Klägerin, Agenten der Beklagten hätten ihr beim Ausfüllen des Änderungsantrages vom 22. Juni 2001 geholfen bzw. diesen ihr vorbereitet übergeben, so dass sie ihn nur noch habe unterzeichnen müssen, wobei diesen die konkreten Umstände bekannt gewesen

seien, weshalb die Beklagte die Verschweigung resp. die unrichtige Angabe veranlasst habe (act. 15 S. 10-12 lit. 3). Vielmehr kann auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (act. 71 S. 6-10; § 161 GVG), welche nicht zu beanstanden sind. Danach ist erstellt, dass die beiden Agenten der Beklagten, die Herren Q. und R. mit dem Änderungsantrag vom 22. Juni 2001 und damit auch mit den darin enthaltenen Angaben nichts zu tun hatten. Deren allfälliges Wissen um die konkreten Verhältnisse in der Familie der Klägerin bindet die Beklagte daher nicht. Gescheitert ist damit namentlich auch der Beweis für die Behauptung der Klägerin, der Beklagten seien die Führerausweisentzüge gegenüber D. bekannt gewesen.

## 2. Hauptbeweis der Beklagten

Der Beklagten ist für ihre Darstellung, dass entgegen den Angaben im Antragsformular (act. 4/10) nicht die Klägerin, sondern D. häufigster bzw. zumindest regelmässiger Lenker der versicherten Fahrzeuge ist (war), Beweis auferlegt worden (Prot. VI S. 62: Beweissätze 12 und 13). Die Beklagte hat hierfür zahlreiche Dokumente als Beweismittel genannt; ferner berief sie sich auf D. als Zeugen und die persönliche Befragung der Klägerin (Prot. VI S. 76 ff.). Die Klägerin offerierte als Gegenbeweismittel ebenfalls die Befragung ihres Sohnes und zusätzlich ihres Ehemannes als Zeugen (Prot. VI S. 77 und 79). Beide haben in der Folge von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht (act. 54/1 und /2). Zur allfälligen Entkräftung der von der Beklagten vorgelegten Hauptbeweismittel stehen demnach keine Gegenbeweismittel zur Verfügung.

a) Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen zunächst detailliert auf die unbestritten gebliebenen Fakten hingewiesen. Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen kann auf die entsprechende Darstellung im angefochtenen Urteil verwiesen werden (act. 71 S. 11-13 Ziffer 6.2.; § 161 GVG). Weiter führte die Vorinstanz eine Reihe zusätzlicher Erkenntnisse an, die sich insbesondere aus den Befragungen der Zeugen Q. und R. ergaben (act. 71 S. 13/14). Das Beweisergebnis zusammenfassend hielt die Vorinstanz fest, die Fahrzeuge Alfa Spider und BMW seien in erster Linie D. zur Verfügung gestanden, der damit als regelmässiger bzw. als häufigster Lenker im Sinne der Fragen zur Person im Versicherungsan-

trag und damit auch als materieller Halter im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu betrachten sei. Diese Tatsache habe die Klägerin beim Ausfüllen des Formulars verschwiegen. Dies stelle eine Verletzung der Anzeigepflicht im Sinne von Art. 4 VVG dar. Die Beklagte sei daher zum Rücktritt vom Versicherungsvertrag und zur Verweigerung von Versicherungsleistungen berechtigt gewesen (act. 71 S. 15).

b) aa) Die Klägerin beanstandet die vorinstanzliche Beweiswürdigung resp. Urteilsfindung als einseitig, willkürlich und sich auf irrelevante Tatsachen abstützend. So hält sie der Vorinstanz entgegen, diese habe unzulässigerweise auch darauf abgestellt, wer regelmässiger resp. häufigster Lenker des Alfa 166 gewesen sei, um gestützt hierauf eine Prognose abzugeben bezüglich der Regelmässigkeit und Häufigkeit des Lenkens des Alfa Spider (act. 77 S. 4 f.). Dies widerspreche den Gefahrsdeklarationsfragen der Beklagten im Antragsformular, bei dem es einzig um die zu versichernden Fahrzeuge Alfa Spider und Alfa Coupé gegangen sei. Zudem lasse sich aus der regelmässigen oder häufigsten Nutzung des Alfa 166 durch den Sohn der Klägerin nicht herleiten, das Gleiche gelte auch für die Nutzung der später versicherten Fahrzeuge, da sich Nutzungsverhältnisse im Verlaufe der Zeit ändern könnten. Die Klägerin ist der Auffassung, die Vorinstanz habe sich in ihrem Beweisauftragsentscheid nicht an die Vorgabe der Kammer im Rückweisungsbeschluss vom 9. Juli 2004 gehalten, sondern das Beweisthema zeitlich unzulässigerweise ausgeweitet (act. 77 S. 4-6 Rz 9-14).

Die Beklagte hält diesen Vorbringen in der Berufungsantwort entgegen, die Kammer habe in ihrem Rückweisungsbeschluss verbindlich festgestellt, dass es sich beim Einbezug des BMW in die Police Nr. 5.187.589 nicht um den Abschluss eines neuen Vertrages, sondern um eine Vertragsänderung gehandelt habe. Darauf abstützend habe die Kammer die Frage nach der Anzeigepflichtverletzung durch die Klägerin im Änderungsantrag als relevant erachtet (act. 82 S. 4 Rz 11, S. 6 f. Rz 15 f.).

In der Berufungsreplik hält die Klägerin an ihrem Standpunkt fest, für die behauptete Anzeigepflichtverletzung sei einzig massgeblich, wie sich die Nutzungsverhältnisse an den Fahrzeugen Alfa Spider und Alfa Coupé darstellten, welche

die Beklagte gemäss Antrag vom Juni 2001 versichert hatte, sowie ebenfalls des BMW, der im November 2001 in die Versicherung aufgenommen worden sei. Mit dem Antrag vom Juni 2001 hätten die Parteien einen neuen Versicherungsvertrag abgeschlossen. Demzufolge sei zu diesem Zeitpunkt eine neue Gefahrendeklaration erfolgt (act. 87 S. 4 Rz 9 und 10).

In der Berufungsduplik wiederholt die Beklagte ihre bereits in der ersten Berufungsschrift gemachten Ausführungen (act. 92 S. 3 Rz 8 und 9).

bb) Die Kammer befasste sich im Rahmen des Rückweisungsbeschlusses eingehend mit der rechtlichen Einordnung des Vertrages vom 20. November 2001. Unter Darstellung eines möglichen Rahmenvertrages, eines Neuabschlusses oder einer Vertragsänderung ging die Kammer unter Berücksichtigung der konkreten Umstände bezüglich des BMW M3 von einer Vertragsänderung aus mit der Folge, dass die Beklagte aufgrund des Antrages der Klägerin verpflichtet worden ist, ohne dass die Klägerin eine neue Gefahrsdeklaration abgab (act. 15 S. 4-8). Davon ausgehend erhielt die Frage nach der Anzeigepflichtverletzung durch die Klägerin im Änderungsantrag vom 21. Juni 2001 entscheidende Bedeutung, wozu die Vorinstanz angehalten wurde, Beweis zu erheben (act. 15 S. 8 ff.).

Gemäss § 104a Abs. 1 GVG ist - vorbehältlich eines veränderten Sachverhaltes und veränderter gesetzlicher Grundlagen oder Rechtsprechung durch übergeordnete Gerichte - bei Rückweisung die untere Instanz und, bei erneuter Befassung mit dem Fall, die rückweisende Instanz an die Rechtsauffassung gebunden, welche dem Rückweisungsentscheid zu Grunde liegt.

Nach der Rückweisung und den ergänzenden tatsächlichen Vorbringen der Parteien (act. 22 und 28 Prot. VI S. 25-60 und act. 32) präsentiert sich heute kein veränderter Sachverhalt; dementsprechend ergeben sich bezüglich der Frage nach der rechtlichen Einordnung des Vertrages vom 20. November 2001 keine neuen oder veränderten Gesichtspunkte. Dieser ist als Änderung des damals bereits bestehenden Vertrages aufzufassen. Entscheidend bleibt daher die Frage nach der Anzeigepflichtverletzung durch die Klägerin im Antragsformular vom 20. Juni 2001.

c) aa) Die Vorinstanz hat in ihrer Beweisaufgabe der Beklagten dafür Beweis auferlegt, dass D. häufigster oder zumindest regelmässiger Lenker der drei Fahrzeuge [gemeint: Alfa Coupé 166, Alfa Spider und BMW M3] war (Prot. VI S. 62, Beweissätze 12 und 13). Für die Frage, ob eine Anzeigepflichtverletzung seitens der Klägerin in ihrem Antragsformular vom 20. Juni 2001 vorliegt oder nicht, ist entscheidend, wer das zu versichernde Fahrzeug künftig am häufigsten oder wenigstens regelmässig lenken werde. Für diese in die Zukunft gerichtete Fragestellung kann vergangenes Verhalten durchaus Anhaltspunkt bilden, auch wenn an sich über die Frage, wer häufigster oder wenigstens regelmässiger Lenker des Alfa Coupé 166 war, nicht Beweis zu erheben war, da bezüglich der Versicherung jenes Fahrzeuges keine Anzeigepflichtverletzung zur Diskussion steht. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz erwog, die Frage nach dem häufigsten oder regelmässigen Lenker sei auch vor dem Hintergrund der Nutzung des Alfa Coupé 166, welcher später durch den Alfa Spider resp. BMW M3 ersetzt wurde, zu beurteilen (act. 71 S. 10). Entgegen der Auffassung der Klägerin sind daher die im vorinstanzlichen Urteil aufgeführten Vorkommnisse betreffend Alfa Coupé 166 (act. 71 S. 11/12), die grundsätzlich anerkannt sind, nicht irrelevant (act. 77 S. 6). Vielmehr dokumentieren diese Umstände, dass D. zunächst der Alfa Coupé 166 und später der Alfa Spider bzw. der BMW M3 zur Verfügung gestanden waren und er diese Fahrzeuge bei verschiedenen Gelegenheiten auch tatsächlich gefahren war. Damit ist zwar über die Häufigkeit oder Regelmässigkeit noch nichts gesagt. Die Klägerin führte anlässlich ihrer persönlichen Befragung (Prot. VI S. 121 ff., S. 126/7) aus, sie habe hauptsächlich die fraglichen drei Fahrzeuge gelenkt, jedenfalls häufiger als ihr Sohn D., wobei sie nur ungenaue und vage Angaben zu machen vermochte resp. sich nicht mehr erinnerte (Prot. VI S. 128). Gleichzeitig räumte sie ein, dass D. sich jeweils um die Servicearbeiten an diesen Fahrzeugen gekümmert habe (Prot. VI S. 126/7). Ihre Aussagen, die ohnehin nicht beweisbildend sind, sind insgesamt sehr unpräzise und unspezifisch, lassen alle denkbaren Möglichkeiten der Nutzung der Fahrzeuge durch Familienmitglieder offen und ergeben insbesondere keine konkreten Anhaltspunkte dafür, wer (ausser ihrem Sohn) wann und wie oft die betreffenden Fahrzeuge benutzt hat. Anhand der Angaben der Klägerin lässt sich auch nicht ausmachen, wie re-

regelmässig die fraglichen Fahrzeuge überhaupt benutzt worden sind, was vor dem Hintergrund der mehreren eingelösten Fahrzeuge - der Klägerin stand für ihren Alltagsgebrauch seit jeher ein VW Golf und ihrem Ehemann ein Mercedes zur Verfügung - nicht erstaunt. Als konkrete Fahrten mit den betreffenden Fahrzeugen sind einzig diejenigen belegt, die wegen ihrer Besonderheiten bekannt sind, und die von der Vorinstanz richtigerweise aufgeführt werden (act. 71 S. 11/12). Dabei ist immer D. als Lenker in Erscheinung getreten. Demgegenüber ist keine einzige Fahrt mit dem Alfa Coupé, Alfa Spider und BMW M3 konkret bekannt und belegt, die von einer anderen Person als D. ausgeführt worden wäre. Daran ändert auch nichts, dass Schäden an den Fahrzeugen D. passiert sind und sich dieser deswegen, wie der Vertreter der Klägerin ausführt (act. 77 S. 9), zu deren Behebung verpflichtet gefühlt haben mag und aus diesem Grund das betreffende Fahrzeug benutzt hat. Wenn die Klägerin in diesem Zusammenhang moniert, sie habe ihre Fahrten nicht zu beweisen (act. 77 S. 15/16), ist ihr entgegenzuhalten, dass ihr nur aber immerhin der Gegenbeweis zur Behauptung der Beklagten geöffnet wurde, ihr Sohn D. sei häufigster oder zumindest regelmässiger Lenker dieser drei Fahrzeuge gewesen (Prot. VI S. 62 Beweissätze 25 und 26). Damit wurde ihr die Möglichkeit eingeräumt, die Beweismittel der Beklagten zu entkräften. Dies zu tun oder zu unterlassen, oblag einzig ihr, allerdings mit den entsprechenden Konsequenzen, falls sich die Hauptbeweismittel als genügend überzeugend darstellen sollten. Eine Umkehr der Beweislast hat damit nicht stattgefunden.

bb) Die Klägerin beanstandet im Weiteren, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf die formelle Halterschaft an den betreffenden Fahrzeugen abgestellt. Die Haltereigenschaft besage jedoch nichts über die Nutzungsverhältnisse (act. 77 S. 6 f. Rz 16 f.). Die Vorinstanz hat in ihren Erwägungen eine ganze Reihe an soweit unbestrittenen und ausgewiesenen Elementen aufgelistet und in einer Gesamtbeurteilung geschlossen, D. sei der häufigste oder zumindest regelmässige Lenker der drei Fahrzeuge gewesen. Dabei hat sie richtigerweise auch auf die Haltereigenschaft, soweit gegeben, oder die Eigentumsverhältnisse hingewiesen (act. 71 S. 1-13). Sie hat aber nicht, wie dies der Vertreter der Klägerin sinngemäss vorträgt, allein oder vorrangig aus der formellen Haltereigenschaft von D. auf seine hauptsächliche Benützung der Fahrzeuge geschlossen.

cc) Entgegen der Auffassung des Vertreters der Klägerin (act. 77 S. 8) ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die ihr vorgetragenen und eingereichten Beweismittel je für sich und in ihrer Gesamtheit geprüft und gewürdigt hat. Richtig ist, dass die Beklagte zu beweisen hat, ob D. häufigster oder zumindest regelmässiger Lenker der betreffenden Fahrzeuge gewesen ist. Ebenso trifft zu, dass die Beklagte die Folgen der Beweislosigkeit dieser Behauptung zu tragen hat. Allerdings hat die Beklagte wie ausgeführt zahlreiche Dokumente eingereicht, welche ihrer Ansicht nach ihre Behauptung belegen sollen. Dass es nebst diesen Unterlagen weitere und allenfalls bessere (Gegen)-Beweismittel gäbe (z.B. Befragung von D.), mag durchaus sein. Die Unmöglichkeit, diese zu erheben, lässt jedoch die angebotenen und abgenommenen Beweismittel nicht wertlos oder unbrauchbar werden. Desgleichen kann die Klägerin nichts für sich ableiten, wenn die beiden als Zeugen benannten D. und E. von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen. Zwar steht es der Klägerin frei, den ihr offenstehenden Gegenbeweis zu erbringen und damit den Hauptbeweis allenfalls ins Wanken zu bringen oder gar scheitern zu lassen. Unterlässt sie dies, fehlt es an belegten Beweismitteln, die den Hauptbeweis zu erschüttern vermöchten, so dass dieser als misslungen zu betrachten wäre. Dies ist keine Umkehr der Beweislast (act. 77 S. 15), sondern Folge des nicht angetretenen Gegenbeweises.

dd) Die Klägerin beanstandet, die Vorinstanz habe sich nicht dazu geäußert, was der Begriff "regelmässig" bedeute (act. 77 S. 9; S. 12 f.). Wie die Beklagte zu Recht anführt (act. 82 S. 16 f. Rz 52), hat sich die Kammer in ihrem Rückweisungsbeschluss zu diesem Begriff bereits abschliessend geäußert (act. 42 S. 9). Hierauf zurückzukommen besteht kein Anlass, zumal in diesem Beschluss ausgeführt worden war, es sei anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu prüfen, ob jemand ein Fahrzeug regelmässig benutze. Dies hat die Vorinstanz getan. Unerheblich ist dabei die konkret feststellbar gewordene Zahl an Fahrten durch D., seien es mindestens 21, wie der Vertreter der Beklagten ausführt (act. 82 S- 16) oder nur deren 5, wie der Vertreter der Klägerin vorträgt (act. 77 S. 12); weitaus entscheidender ist der Umstand, dass Fahrten mit dem Alfa Coupé, Alfa Spider und BMW M3 nur durch D. nachgewiesen sind, nicht aber durch eine bestimmte andere Person. Nur wenn auch Fahrten durch andere Per-

sonen nachgewiesen wären, könnte die Anzahl der von den jeweiligen Personen unternommenen Fahrten eine Rolle spielen für die Beurteilung der Frage, wer als regelmässiger und/oder häufigster Lenker zu gelten hat. Eine abstrakte Grösse oder Anzahl Fahrten lässt die Frage der Regelmässigkeit nicht bestimmen oder beantworten, wie dies der Klägerin vorschwebt (act. 77 S. 12/13); vielmehr ist im konkreten Einzelfall anhand der konkret gegebenen Umstände zu entscheiden, ob ein Lenker ein Fahrzeug regelmässig lenkt oder nicht.

ee) Die Klägerin wirft der Vorinstanz weiter vor, sie habe die Aussagen der beiden früheren Agenten der Beklagten, der Herren Q. und R. unkorrekt wiedergegeben (act. 77 S. 9 f.) bzw. deren Aussagen stützten den Standpunkt der Beklagten nicht. Q. gab als Zeuge an, zu wissen, dass D. mit allen normalen Familienfahrzeugen etwas fahren konnte, nicht aber mit den ganz teuren, d.h. den Ferraris des Vaters. Zur Häufigkeit der Fahrten der drei fraglichen Fahrzeuge durch D. konnte Q. nichts ausführen (Prot. VI S. 137 f.). R. seinerseits gab an, gewusst zu haben, dass D. mit den beiden Alfa's und dem BMW gefahren sei (Prot. VI S. 144). Die Darstellung der Aussagen dieser beiden Zeugen durch die Vorinstanz erfolgte verkürzt, aber nicht unkorrekt beschreibend (act. 71 S. 14). Dass die Angaben der beiden Zeugen zur Häufigkeit der Benutzung dieser drei Fahrzeuge durch D. wenig ergiebig waren, ist auch der Vorinstanz nicht entgangen resp. diese hat hierauf kein besonderes Gewicht gelegt, sondern diese Äusserungen zusammen mit weiteren Elementen korrekterweise als weitere Erkenntnis aus dem Beweisverfahren dargelegt. Dies ist nicht zu beanstanden. Insbesondere hat die Vorinstanz entgegen der Darlegung in der Berufungsbegründung (act. 77 S. 10) nicht unterstellt, D. habe ein bestimmtes Fahrzeug regelmässig benutzt (act. 71 S. 14).

ff) Die Klägerin bringt weiter vor, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass D. ein Geschäftsfahrzeug für private Zwecke habe benutzen dürfen und daher gar nicht auf die versicherten Fahrzeuge angewiesen gewesen sei (act. 77 S. 17). Der Zeuge P., welcher Inhaber der ... (GmbH) war, führte aus, D. habe das Geschäftsfahrzeug auch nach Hause nehmen und damit wieder zur Arbeit fahren dürfen. Er habe es auch mal in den Ausgang mitnehmen dürfen. Für längere

Fahrten hätten sie aber orientiert werden wollen. D. habe das Fahrzeug auf Vertrauen zum Gebrauch überlassen erhalten (Prot. VI S. 134). D. war offenbar in der Zeit vom Juli 2001 bis Februar 2002 bei der ... als Kurierfahrer/Chauffeur beschäftigt (act. 9/21). Auch wenn er das ihm überlassene Geschäftsfahrzeug für private Fahrten benutzen durfte und/oder benutzte, steht gleichwohl fest, dass er in der nämlichen Zeitspanne verschiedentlich mit einem der beiden Fahrzeuge Alfa Spider oder BMW M3 unterwegs war. Daneben ist unbestritten, dass der BMW M3 in der Nacht vom 24. auf den 25. Dezember 2001 an der Strasse am Wohnort von D. in ... stehend beschädigt wurde, dieses Fahrzeug jedenfalls nicht am Wohnort der Eltern in ... in der Tiefgarage parkiert war.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die Beweiswürdigung korrekt vorgenommen hat. Im Ergebnis führt das dazu, dass D. nach Aussehen als Verantwortlicher für die drei Fahrzeuge, insbesondere den Alfa Spider und BMW M3, aufgetreten ist, diese - allenfalls nebst dem Geschäftsfahrzeug - regelmässig benützt hat, währenddem keine einzige Fahrt mit einem dieser Fahrzeuge durch eine andere Person oder die Klägerin dargetan resp. belegt ist.

3. Ausgehend von diesem Beweisergebnis ist festzustellen, dass die Klägerin die Frage nach dem regelmässigen oder häufigsten Lenker im Antragsformular unrichtig ausgefüllt hat. Damit hat sie ihre Anzeigepflicht nach Art. 4 VVG verletzt. Dies berechtigte die Beklagte gestützt auf Art. 6 VVG zum Rücktritt vom Vertrag und zur Verweigerung der einverlangten Versicherungsleistung.

Die Vorinstanz hat daher zu Recht die Hauptklage abgewiesen und die Widerklage gutgeheissen.

#### **V. Kosten- und Entschädigungsfolge**

Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen.

Die Klägerin hat sodann die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens zu tragen. Ferner hat sie die Beklagte für das zweite Berufungsverfahren zu entschädigen.

**Das Gericht erkennt:**

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. In Gutheissung der Widerklage wird die Klägerin und Widerbeklagte verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 2'388.10 nebst 5% Zins seit 22. Januar 2003 zu bezahlen.
3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 3-5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'100 --	die weiteren Kosten betragen:
Fr. 626 --	Schreibgebühren
Fr. 380 --	Zustellgebühren
Fr. 60 --	Vorladungsgebühren
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das zweite Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 2'100.-- zu bezahlen.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
8. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden.

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 9'639.10.

Die Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:

Der juristische Sekretär:

versandt am: