



Kass.-Nr. AA070161/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Matthias Brunner und Mathis Zimmermann sowie die juristische Sekretärin Alexandra Meyer-Känel

Zirkulationsbeschluss vom 11. November 2008

in Sachen

X,

...

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...,

...

gegen

Y,

...

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ...

...

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. September 2007 (HG050177/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Gemäss Auftragsbestätigung vom 31. Oktober / 4. November 2001 beauftragte die Z AG (in der Folge Z), vertreten durch ... vom Architekturbüro ..., die Beschwerdeführerin (Klägerin) mit der Erstellung von Trennwänden mit Glaseinsatz im 2. Obergeschoss der Liegenschaft ... (HG act. 2/2/4), deren Eigentümerin die Beschwerdegegnerin (Beklagte) ist. Die Beschwerdeführerin führte die vereinbarten Arbeiten aus, die Werklohnforderung blieb indessen unbezahlt.

Das Grundbuchamt ... trug auf Anweisung der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (als Rekursinstanz; Beschluss vom 31. Oktober 2002) auf der fraglichen Liegenschaft der Beschwerdegegnerin (Kat.-Nr. ..., Grundbuchblatt ...) für eine Forderung von SFr. 29'158.50 nebst Zins zu 7 3/8% seit 21. Januar 2002 ein Pfandrecht im Sinne von Art. 961 ZGB vorläufig ein. Der Beschwerdeführerin wurde sodann Frist zur Klage auf Feststellung von Bestand und Umfang des Bauhandwerkerpfandrechts angesetzt (HG act. 10/13).

b) Am 13. Januar 2003 reichte die Beschwerdeführerin beim Bezirksgericht ... Klage u.a. auf Feststellung von Bestand und Umfang des Bauhandwerkerpfandrechts sowie auf definitive Eintragung dieses Pfandrechts im Grundbuch ein. Gleichzeitig verlangte die Beschwerdeführerin die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Zahlung von SFr. 29'158.50 (nebst Zins; HG act. 2/1). Die Sache wurde in der Folge an das Handelsgericht Zürich überwiesen (HG act. 1). Dieses wies die Klage mit Urteil vom 5. Juli 2004 ab, soweit es darauf eintrat (HG act. 18). Mit Urteil vom 12. April 2005 hob das Bundesgericht dieses Urteil auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an das Handelsgericht zurück (HG act. 23).

Nach Durchführung eines Beweisverfahrens wies das Handelsgericht des Kantons Zürich die Klage, soweit darauf eingetreten wurde, mit Urteil vom 10. September 2007 erneut ab und wies das zuständige Grundbuchamt an, das auf der fraglichen Liegenschaft der Beschwerdegegnerin für eine Forderung von SFr.

29'158.50 (nebst Zins) provisorisch eingetragene Pfandrecht im Sinne von Art. 961 ZGB zu löschen (KG act. 2 S. 29 Disp.-Ziff. 1 und 2).

2. Gegen dieses handelsgerichtliche Urteil vom 10. September 2007 richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher im Wesentlichen dessen Aufhebung und vollumfängliche Gutheissung der Klage (eventualiter Rückweisung der Sache an die Vorinstanz) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin beantragt wird (KG act. 1 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 19. Oktober 2007 wurde der Beschwerde (antragsgemäss; KG act. 1 S. 2) aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 4 Disp.-Ziff. 5). Die der Beschwerdeführerin mit obgenannter Präsidialverfügung sowie mit Präsidialverfügung vom 21. November 2007 auferlegte Prozesskaution von total Fr. 7'000.-- (KG act. 4 Disp.-Ziff. 4 und act. 17 Disp.-Ziff. 2) ging innert (teilweise erstreckter) Frist ein (KG act. 11, 13, 19 und 21). Die Beschwerdegegnerin liess innert (erstreckter; KG act. 17) Frist eine Beschwerdeantwort mit Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde und Bestätigung des angefochtenen handelsgerichtlichen Urteils vom 10. September 2007 unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin einreichen (KG act. 23). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 8). Gegen das angefochtene Urteil des Handelsgerichts vom 10. September 2007 wurde ebenfalls Beschwerde beim Bundesgericht erhoben, wobei das bundesgerichtliche Verfahren für die Dauer des Verfahrens vor dem Kassationsgericht des Kantons Zürich suspendiert wurde (KG act. 9).

II.

1. Ziff. II der Beschwerdeschrift enthält eine zusammenfassende Wiedergabe des Sachverhalts, ohne dass damit Nichtigkeitsgründe gerügt werden (KG act. 1 S. 3 ff.). Es braucht daher nicht weiter darauf eingegangen zu werden.

Die Beschwerdeführerin rügt sodann im ersten Teil ihrer Vorbringen zum Rechtlichen, die Vorinstanz habe ihrem Entscheid in diversen Punkten aktenwidrige und willkürliche tatsächliche Annahmen im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO zugrundegelegt (KG act. 1 S. 5 ff. Ziff. III. lit. a). Die Vorinstanz habe - so die Beschwerdefüh-

rerin - das Gerichtsprotokoll widersprüchlich wiedergegeben, und, obwohl sie alle Zeugen für gleich glaubwürdig gehalten habe, willkürlich nur auf ausgewählte Zeugenaussagen abgestellt, welche sie dann willkürlich zu Lasten der Beschwerdeführerin ausgelegt habe (KG act. 1 S. 5 f. Ziff. III.a.1).

1.1. Zunächst ist die Beschwerdeführerin auf die Anforderungen an die Begründung einer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde hinzuweisen: 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 (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288 ZPO; 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.).

1.2. Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt 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).

Eine Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO liegt dagegen (nur dann) vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, die Urkunde zum Beispiel nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als blanker Irrtum erweist. Eine der Partei ungünstige Auslegung einer in ihrem richtigen Text dem angefochtenen Entscheid zugrunde gelegten Urkunde kann ebenso wenig wie die Beweiswürdigung überhaupt oder die unrichtige Subsumtion von Tatsachen unter Rechtsnormen mit der Rüge der Aktenwidrigkeit angefochten werden, wohl aber ein Widerspruch zwischen Gerichtsprotokoll und Urteil (von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO).

Ob im Einzelfall Aktenwidrigkeit oder aber eine willkürliche Beweiswürdigung gerügt wird, hängt nicht von der Bezeichnung ab, die der Beschwerdeführer verwendet. Die Subsumtion der beschwerdeführerischen Vorbringen unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ist Aufgabe des Gerichts. Eine irrtümliche Bezeichnung seitens des Beschwerdeführers schadet diesem nicht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO und N 4 zu § 288 ZPO).

1.3. Zunächst rügt die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Beweiswürdigung in Bezug auf die Frage der aktiven Beteiligung der Beschwerdegegnerin an den fraglichen Umbauarbeiten im 2. OG der beschwerdegegnerischen Liegenschaft (KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 2/3).

1.3.1. In rechtlicher Hinsicht erwog die Vorinstanz, dass durch den Mieter bestellte Bauarbeiten einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts zulasten des Grundeigentümers nur dann bewirken könnten, wenn der Vermieter und Grundeigentümer seine Zustimmung erteilt habe. Gemäss Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts - so die Vorinstanz - genüge im Sinne des Schutzes des (berechtigten) guten Glaubens des Handwerkers auch eine stillschweigende Einwilligung oder konkludente Hinnahme der Arbeiten durch den Grundeigentümer. Der Handwerker könne jedoch aus einem rein passiven Verhalten (Schweigen, Dulden) des Grundeigentümers an sich noch keine Zustimmung ableiten. Es habe von der Beschwerdegegnerin nicht verlangt werden kön-

nen, alles zu unternehmen, um die Z und die Werkunternehmer an weiteren Umbauarbeiten zu hindern. Die Beschwerdeführerin habe nicht aufgrund des Schweigens bzw. Duldens der Vertreter der Beschwerdegegnerin allein gutgläubig von deren Zustimmung zu den Umbauarbeiten ausgehen dürfen. Als ausreichend (für die Annahme einer Zustimmung) hielt die Vorinstanz (in rechtlicher Hinsicht) indessen ein aktives Verhalten der Beschwerdegegnerin respektive deren (aktive) Beteiligung an den fraglichen Umbauarbeiten im 2. OG, wofür die Beschwerdeführerin (haupt-)beweispflichtig sei (KG act. 2 S. 6 ff. Ziff. 4 und 5 mit Verweis auf Beweisauflagebeschluss HG act. 24 S. 2 Ziff. 1.1 - 1.3).

Diese Erwägungen der Vorinstanz werden in der Beschwerde nicht gerügt, weshalb darauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

1.3.2. Die Vorinstanz setzte sich nachfolgend zunächst mit den Aussagen derjenigen Zeugen auseinander, welche direkt ins Geschehen involviert sein mussten und kam zum Schluss, dass keiner dieser Zeugen auch nur annähernd die behaupteten Beteiligungshandlungen bestätigt habe (KG act. 2 S. 11 f. Ziff. 5.3.4).

a) Bezüglich der Aussagen des Zeugen A (der externen Verwaltung der Beschwerdegegnerin angehörig; KG act. 2 S. 10) erwog die Vorinstanz, dieser habe klar verneint, mit dem Architekten ... an Sitzungen betreffend 2. OG teilgenommen oder mit ihm darüber korrespondiert zu haben (KG act. 2 S. 11 Ziff. 5.3.4.1 mit Verweis auf HG Prot. S. 66). Damit bezieht sie sich (implizit) auf Sitzungen betreffend den in casu interessierenden Ausbau des 2. OG (namentlich die Arbeiten der Beschwerdeführerin). Der Vorinstanz ist nicht entgangen, dass der Zeuge auf Nachfragen korrigiert habe, dass doch einmal eine Sitzung betreffend 2. OG stattgefunden habe; dies aber erst - so der Zeuge gemäss Vorinstanz - als die Trennwände bereits gestanden seien; Thema sei vor allem gewesen, dass vielleicht doch noch ein Mietvertrag zustande komme (KG act. 2 S. 11 Ziff. 5.3.4.1 mit Verweis auf HG Prot. S. 67 ff.). Angesichts dieser Ausführungen des Zeugen betreffend Zeitpunkt und Thema dieser erst nachträglich erwähnten Sitzung (hinsichtlich welcher (mindestens nicht genügend substantiiert) keine Aktenwidrigkeit geltend gemacht wird) ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz letztlich erwog, der Zeuge habe klar verneint, mit dem Architekten ... an Sitzungen betreffend 2.

OG (implizit: betreffend den in casu interessierenden Ausbau des 2. OG) teilgenommen zu haben. Die Beschwerdeführerin vermag sodann nicht darzutun, weshalb davon ausgegangen werden müsste (ansonsten man in Willkür verfallen würde), dass der Zeuge A die fragliche Sitzung zuerst absichtlich verschwiegen, diesbezüglich mithin – wie die Beschwerdeführerin meint – gelogen haben sollte. Der beschwerdeführerische Hinweis auf HG Prot. S. 70, wo der Zeuge ausgeführt habe, dass man den fraglichen Raum als Kinderparadies habe nutzen wollen, ist diesbezüglich jedenfalls unbehelflich. Dies bereits deshalb, weil allein diese Aussage nichts über den Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Umbaus und dessen Zweck seitens der Beschwerdegegnerin (und schon gar nichts betreffend eine angebliche Vereinbarung über die Nutzung) aussagt. Im Weiteren ist festzuhalten, dass der Zeuge anfänglich nicht Sitzungen mit ... an sich verneinte, sondern (lediglich) davon ausging, dass diese das 3. OG betrafen (HG Prot. S. 66). Es ist nach dem Gesagten (auch angesichts des Zeitablaufs zwischen dem Geschehen und der Zeugeneinvernahme) nicht dargetan, dass es willkürlich wäre, nicht von einer absichtlichen Falschaussage des Zeugen auszugehen.

Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen zur vorinstanzlichen Würdigung der Aussagen des Zeugen A keinen Nichtigkeitsgrund (weder Willkür noch eine Aktenwidrigkeit) darzutun.

b) Im Zuge der Würdigung der Aussagen des Zeugen B (Architekt und Vertreter der Beschwerdegegnerin; KG act. 2 S. 10) erwog die Vorinstanz, dass sich der Zeuge nicht sicher gewesen sei, ob er mit dem Architekten ... an Sitzungen betreffend Ausbau des 2. OG teilgenommen habe. Sie erwog weiter, dass der Zeuge mit der Planung der Fluchtwege zu tun gehabt haben wolle und ausgeführt habe, dass Diskussionen sicher auch bezüglich des 2. OG geführt worden seien. Weiter hielt sie fest, dass der Zeuge an der bau- und feuerpolizeilichen Begehung dabei gewesen sei und dabei auch die Trennwände gesehen habe (KG act. 2 S. 12 mit Verweis auf HG Prot. S. 83, 84 und S. 86 f.). Allein der Umstand, dass der Zeuge mit der Planung der Fluchtwege beauftragt gewesen sei (KG act. 1 S. 6 unten), muss keine aktive Beteiligung des Zeugen respektive der Beschwerdegegnerin an den fraglichen Umbauten bedeuten. Soweit die Beschwerdeführerin

geltend macht, der Zeuge B habe bestätigt, dass er (im Zusammenhang mit seiner Funktion bei der Planung der Fluchtwege) den fraglichen Umbau des 2. OG aktiv begleitet habe, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie nicht aufzeigt, welcher Protokollstelle solches zu entnehmen wäre. Im Übrigen wäre festzuhalten, dass der Zeuge explizit verneinte, in Ausübung seiner Funktion mit den Trennwänden irgend etwas zu tun gehabt zu haben (HG Prot. S. 84). Wenn die Beschwerdeführerin sodann vorbringt, der Zeuge B habe bestätigt, mit ... und ... zusammen an Sitzungen teilgenommen zu haben (KG act. 1 S. 7 oben mit Verweis auf HG Prot. S. 81 f.), ist ihr entgegenzuhalten, dass den Aussagen des Zeugen an der von ihr in diesem Zusammenhang erwähnten Protokollstelle (S. 81 f.) zu entnehmen ist, dass sich seine (des Zeugen) Mitwirkung im Wesentlichen auf den Ausbau des 3. OG bezog (HG Prot. S. 81 ff.). Die in HG Prot. S. 81 f. thematisierte Sitzung des Zeugen mit ..., an der auch der Zeuge ... teilgenommen habe, bezog sich - gemäss den Aussagen des Zeugen B - mindestens im Wesentlichen auf den Ausbau des 3. OG.

Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin auch hinsichtlich der vorinstanzlichen Würdigung der Zeugenaussagen B keinen Nichtigkeitsgrund (weder Willkür noch eine Aktenwidrigkeit) darzutun.

c) Damit ist in der Beschwerdeschrift hinsichtlich des vorinstanzlichen Zwischenfazits betreffend die Aussagen der an den entscheidenden Handlungen direkt Beteiligten kein Nichtigkeitsgrund (weder Willkür noch eine Aktenwidrigkeit) dargelegt.

1.3.3. Als nächstes setzte sich die Vorinstanz mit den Aussagen derjenigen Zeugen auseinander, die auf Seite der Beschwerdeführerin oder der Z von aktiven Einwilligungshandlungen der Vertreter der Beschwerdegegnerin direkt Kenntnis haben konnten und kam zum Schluss, dass nur gerade der Zeuge ... gewisse Hinweise auf Mitwirkungshandlungen von Vertretern der Beschwerdegegnerin gegeben habe, aber doch mit Ausnahme der Teilnahme an der feuerpolizeilichen Begehung zu wenig gesicherte, als dass sich eine entsprechende richterliche Überzeugung zu bilden vermöchte (KG act. 2 S. 12 ff. Ziff. 5.3.5).

a) Mit ihren Vorbringen betreffend die Aussagen des Zeugen C (KG act. 1 S. 7 Absatz 2) vermag die Beschwerdeführerin zufolge ungenügender Substantiierung ihres Vorbringens keinen Nichtigkeitsgrund darzutun. Zum einen zeigt sie nicht auf, auf welche konkreten Protokollstellen sich ihre Vorbringen beziehen. Im Weiteren setzt sie sich nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 13 f. Ziff. 5.3.5.1) auseinander. Dass der Zeuge von gewissen Sitzungen respektive Begebenheiten gesprochen habe, hat die Vorinstanz nicht übersehen. Sie erwog indessen, dass der Zeuge bezüglich ... ausser der Teilnahme an einer Sitzung betreffend weiteren Ausbaus nichts gesagt habe, was auf eine Mitwirkungshandlung schliessen lasse, und dass sich der Zeuge bezüglich ... in erster Linie an Begebenheiten bezüglich des weiteren Ausbaus mit Nasszellen, aber an nichts erinnere, was mit den Arbeiten der Beschwerdeführerin zusammenhängen könne (KG act. 2 S. 14). Damit setzt sich die Beschwerdeführerin nicht genügend substantiiert auseinander, weshalb auf ihr diesbezügliches Vorbringen nicht weiter einzutreten ist.

b) Mit der vorinstanzlichen Würdigung der Aussagen der weiteren Zeugen, die auf Seite der Beschwerdeführerin oder der Z von aktiven Einwilligungshandlungen der Vertreter der Beschwerdegegnerin direkt Kenntnis haben konnten (KG act. 2 S. 14 ff.), setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht auseinander.

c) Nach dem vorstehend Gesagten vermag die Beschwerdeführerin hinsichtlich des vorinstanzlichen Zwischenfazits betreffend die weiteren Zeugen (KG act. 2 S. 16 Ziff. 5.3.5.6) keinen Nichtigkeitsgrund (weder Willkür noch eine Aktenwidrigkeit) darzutun.

1.3.4. Schliesslich prüfte die Vorinstanz die verbleibenden Zeugenaussagen auf ihre Relevanz und kam zum Schluss, dass auch diese die bestrittene Sachdarstellung der Beschwerdeführerin nicht zu stützen vermöchten (KG act. 2 S. 16 ff. Ziff. 5.3.6).

a) Dass - wie in der Beschwerdeschrift vorgebracht - die Zeugin D ... und ... im 2. OG gesehen haben wolle und ausgesagt habe, dass der Ausbau von ..., ... und ... gesehen worden sei, hat die Vorinstanz mitberücksichtigt. Sodann ist ihr nicht

entgangen, dass die Zeugin aussagte, Kopien von Korrespondenz zwischen ... und Vertretern der Beschwerdegegnerin betreffend Ausbau erhalten zu haben. Sie (die Vorinstanz) hielt denn auch fest, dass daraus deutlich werde, dass die Zeugin überzeugt sei, dass die Beschwerdegegnerin in den Ausbau des 2. OG involviert gewesen sei. Die Vorinstanz erwog indessen, dass die Zeugin aus eigenem Wissen doch keine Details habe nennen können, welche geeignet wären, zur Überzeugung zu führen, dass die Beschwerdegegnerin am Umbau im 2. OG aktiv mitbeteiligt war. Was in der Beschwerdeschrift dagegen vorgebracht wird (KG act. 1 S. 7 Abschnitt 3), vermag diesbezüglich keinen Nichtigkeitsgrund (keine Willkür und keine Aktenwidrigkeit) darzutun.

b) Mit der vorinstanzlichen Würdigung der Aussagen des weiteren, noch verbleibenden Zeugen E (KG act. 2 S. 16 f. Ziff. 5.3.6.1) setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht auseinander.

c) Nach dem vorstehend (unter Ziff. 1.3.4) Gesagten vermag die Beschwerdeführerin auch hinsichtlich des vorinstanzlichen Zwischenfazits betreffend die verbleibenden Zeugenaussagen keinen Nichtigkeitsgrund (weder Willkür noch eine Aktenwidrigkeit) darzutun.

1.3.5. Aufgrund der vorliegenden Beweismittel, namentlich der Aussagen aller zu dieser Frage einvernommenen Zeugen hielt es die Vorinstanz für nicht bewiesen, dass sich die Beschwerdegegnerin an den Umbauarbeiten im 2. OG entsprechend den Behauptungen der Beschwerdeführerin aktiv beteiligt habe (KG act. 2 S. 18 Ziff. 5.3.7). Nach dem vorgehend (unter Ziff. 1.3) Gesagten vermag die Beschwerdeführerin diesbezüglich weder Willkür noch Aktenwidrigkeiten darzutun. Daran vermag auch das weitere Vorbringen auf S. 7 Ziff. 3 der Beschwerde nichts zu ändern. Soweit die Beschwerdeführerin an dieser Stelle der Beschwerde zur Begründung der Willkürklage Weiteres vorbringt, ist ihr auch diesbezüglich mangelnde Substantiierung (mangelnder Verweis auf konkrete Stellen des angefochtenen Entscheides sowie des Protokolls) entgegenzuhalten.

Damit vermag die Beschwerde die vorinstanzliche Beweiswürdigung im Hinblick auf die Frage der Zustimmung respektive der aktiven Mitwirkung der Beschwer-

degegnerin hinsichtlich der fraglichen Umbauarbeiten im 2. OG nicht als willkürlich darzutun. Auch eine Aktenwidrigkeit ist nicht dargetan.

1.4. a) Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Beweiswürdigung in Bezug auf den ihr auferlegten Beweis im Zusammenhang mit der behaupteten objektiven Wertvermehrung der beschwerdegegnerischen Liegenschaft durch die ihrerseits ausgeführten Arbeiten (Erstellung von Trennwänden mit Glaseinsatz; KG act. 1 S. 7 f. Ziff. 4).

Der Beschwerdeführerin oblag in diesem Zusammenhang insbesondere der (Haupt-)Beweis, dass der mit Holztrennwänden mit Glaseinsätzen unterteilte Raum als Büroraum genutzt werden kann (Beweisauflagebeschluss HG act. 24 S. 2). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der entsprechende Beweis misslungen sei respektive die Beschwerdeführerin die Nutzungsmöglichkeit des durch die ihrerseits eingebauten Trennwände geschaffenen Raumes als Büroraum nicht zu beweisen vermochte (KG act. 2 S. 20).

b) Der beschwerdeführerische Einwand (und mit ihm der in diesem Zusammenhang erfolgte Verweis auf die Aussage des Zeugen A in HG Prot. S. 70), die fraglichen Einbauten seien im Zusammenhang mit einem Fitness- und Gesundheitszentrum vorgenommen worden (KG act. 1 S. 8 oben), vermag hinsichtlich des angefochtenen vorinstanzlichen Schlusses keinen Nichtigkeitsgrund (weder Willkür noch eine Aktenwidrigkeit) darzutun. In der Beschwerdeschrift wird sodann (mit Verweis auf HG Prot. S. 70) vorgebracht, die Vorinstanz habe sich über den aktenkundigen Umstand hinweggesetzt, dass genau der von der Beschwerdeführerin abgetrennte Teil von der ... gemietet worden sei (KG act. 1 S. 8 Abschnitt 1 a.E.). Dass dem angefochtenen Entscheid zugrunde liegen würde, dass der fragliche Teil des 2. OG unvermietet sei, ist nicht ersichtlich. Eine diesbezügliche Aktenwidrigkeit ist daher zu verneinen. Allein der (angebliche) Umstand der erfolgreichen Vermietung vermag die vorinstanzliche Beweiswürdigung sodann nicht als willkürlich darzutun. Wenn in der Beschwerdeschrift im Weiteren - ohne Verweis auf entsprechende Protokollstellen - vorgebracht wird, auch sämtliche anderen Zeugen hätten die Wertvermehrung der Arbeiten bestätigt (KG act. 1 S. 8 Abschnitt 2), ist darauf mangels genügender Substantiierung dieses Vorbringens

nicht weiter einzutreten. Gleiches gilt schliesslich hinsichtlich des (unklar formulierten) Vorbringens, die Vorinstanz habe sich auf die sachverständigen Aussagen der in der Baubranche tätigen Zeugen abstützen müssen (KG act. 1 S. 8 2. Abschnitt a.E.).

Ein Nichtigkeitsgrund (Willkür oder Aktenwidrigkeit) im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen betreffend eine objektive Wertvermehrung der beschwerdegegnerischen Liegenschaft durch die Arbeiten der Beschwerdeführerin ist nach dem Gesagten nicht dargetan.

1.5. a) Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin auch die vorinstanzliche Beweiswürdigung in Bezug auf den ihr auferlegten (Haupt-)Beweis, dass sie am 21. Dezember 2001 noch die behaupteten Arbeiten (Montage, Einsatz Scheibe, Sockelleiste montieren, Abdichtungen erstellen und Wandkanäle anpassen, Schild und Drücker montieren; Beweisaufgabebeschluss HG act. 24 S. 3 Ziff. 3) erbrachte, als willkürlich (KG act. 1 S. 8 Ziff. 5).

b) Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass aufgrund der Zeugenaussagen nicht erstellt sei, dass die Beschwerdeführerin am 21. Dezember 2001 noch die behaupteten Arbeiten ausgeführt habe (KG act. 2 S. 22 f. Ziff. 7.3.1-3). Ein Anerbieten weiterer Beweismittel, auf welche sich die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme zum Beweisverfahren zu berufen schien (diverse Urkunden sowie die Einvernahme eines weiteren Zeugen) hielt die Vorinstanz für nicht zulässig respektive für verspätet (KG act. 2 S. 24 Ziff. 7.3.4.1). Sie erwog indessen nachfolgend, dass auch eine Zulassung der verspätet offerierten Beweismittel am Beweisergebnis nichts zu ändern vermöchte (KG act. 2 S. 24 f. Ziff. 7.3.4.2).

c) Die Beschwerdeführerin bringt zum einen vor, die Vorinstanz setze sich zu Unrecht über die Aussagen des Zeugen E, den sie (die Vorinstanz) als glaubwürdig taxiere, hinweg (KG act. 1 S. 8 Ziff. 5 a.A.). Richtig ist, dass die Vorinstanz vorab ihrer Würdigung der Zeugenaussagen betreffend die Frage der aktiven Beteiligung der Beschwerdegegnerin am fraglichen Umbau im 2. OG festhielt, dass sich keinerlei Anhaltspunkte ergeben hätten, die gegen die Glaubwürdigkeit der einvernommenen Zeugen, insbesondere auch des Zeugen E, sprächen (KG act. 2 S.

10 f. Ziff. 5.3.3). Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass die Vorinstanz auf jeden Fall und unabhängig von einer Würdigung der konkreten Aussagen dieses Zeugen auf diese abzustellen hätte. Im Rahmen der Würdigung der konkreten Aussagen des Zeugen E betreffend die Frage der Fristwahrung erwog die Vorinstanz, dass der Zeuge nichts aus eigener Wahrnehmung habe wiedergeben, sondern nur erklären können, was sich für ihn aus bestimmten Unterlagen ergeben habe. Ohne diese Unterlagen – so die Vorinstanz – bildeten diese Zeugenaussagen somit keinen Beweis (KG act. 2 S. 22 f. Ziff. 7.3.1 und S. 23 Ziff. 7.3.3). Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift indessen nicht auseinander, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist (vgl. vorne Erw. II.1.1).

Die Beschwerdeführerin moniert weiter insbesondere die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend das Rapportblatt vom 14. März 2002, das – so die Vorinstanz – für den 21. Dezember 2001 noch zweimal zwei Stunden Kundenschreiner ausweise (KG act. 2 S. 24 Ziff. 7.3.4.2 mit Verweis auf HG act. 2/2/6). Die Vorinstanz erwog zunächst, dass, auch wenn die Weitererfassungsrapporte mittels Strichcode automatisch im Computer und Zeitsystem erfasst würden, immer noch offenbleibe, ob die Mitarbeiter die Geräte richtig und korrekt bedienten (KG act. 2 S. 25 oben). Die Beschwerdeführerin hält diese Begründung für „lapidar“ (KG act. 1 S. 8 Ziff. 5 Mitte). Entscheidend ist, dass im Vordergrund der vorinstanzlichen Würdigung des Rapportblattes vom 14. März 2002 explizit etwas anderes steht; nämlich der Umstand, dass – gemäss Vorinstanz - offenbleibe, welche Arbeiten ausgeführt worden seien (KG act. 2 S. 25 oben). In diesem Zusammenhang bringt die Beschwerdeführerin lediglich vor, die Art der ausgeführten Arbeiten gehe aus der Aussage des Zeugen E hervor (KG act. 1 S. 8 Ziff. 5 mit Verweis auf Prot. S. 34). Mit den Aussagen dieses Zeugen hat sich die Vorinstanz indessen auseinandergesetzt (vgl. oben), wobei sich die Beschwerdeführerin – wie bereits erwogen - damit nicht auseinandersetzt. Willkür ist damit nicht dargetan, und es erscheint auch der (gerügte) vorinstanzliche Hinweis auf die Möglichkeit einer unrichtigen Bedienung der Geräte durch die Mitarbeiter nicht als unhaltbar.

Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen in der Beschwerdeschrift auch in Bezug auf die vorinstanzlichen Erwägungen zur Fristwahrung keinen Nichtigkeitsgrund (weder Willkür noch eine Aktenwidrigkeit) darzutun.

2. Schliesslich stützt sich die Beschwerdeführerin auf den Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 3 ZPO und rügt im Zusammenhang mit der vorinstanzlichen Verneinung eines Entschädigungsanspruchs gestützt auf Art. 672 ZGB eine Verletzung klaren materiellen Rechts (KG act. 1 S. 9 f. lit. b).

a) Bei dem in casu vorliegenden Streitwert von SFr. 29'158.50 (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG; KG act. 2 S. 2 und 29) ist vorliegend eine Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG grundsätzlich nicht gegeben. Auf die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts ist daher im vorliegenden Verfahren einzutreten (§ 281 Ziff. 3 und § 285 ZPO).

b) Der Kassationsgrund der Verletzung klaren materiellen Rechts (§ 281 Ziff. 3 ZPO) ist 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 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Spühler/Vock, a.a.O., S. 69).

c) Die Vorinstanz verneinte in casu einen der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 672 ZGB zustehenden Anspruch auf eine Entschädigung für den von dieser durchgeführten Umbau des 2. OG der Liegenschaft der Beschwerdegegnerin. Dies mangels Nachweis einer durch die Arbeiten erfolgten objektiven Wertvermehrung der beschwerdegegnerischen Liegenschaft einerseits sowie mangels Nachweis, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin zu den fraglichen Arbeiten begründeten Anlass gegeben hätte (KG act. 2 S. 28 Ziff. 9.4).

d) Verwendet jemand zu einem Bau eigenes Material auf fremdem Boden (oder auf seinem Boden fremdes Material), so wird es Bestandteil des Grundstückes (Art. 671 Abs. 1 ZGB). Findet in der Folge keine Trennung von Material und Bo-

den statt, wird der Bodeneigentümer - zufolge Akzession (vgl. auch KG act. 1 S. 9) - Eigentümer des Baumaterials. Diesfalls schuldet der Grundeigentümer dem Materialeigentümer für das Material eine angemessene Entschädigung (Art. 672 Abs. 1 ZGB). Während der Wortlaut von Art. 672 Abs. 1 ZGB lediglich eine Entschädigung für das Material vorsieht, hat das Bundesgericht entschieden, dass grundsätzlich auch der übrige Bauaufwand mitzuberechnen sei (BGE 82 II 283, 290 f. E.5; BK-Meier-Hayoz, N 9 zu Art. 672 ZGB; BSK ZGB II - Rey, N 7 zu Art. 672; KG act. 1 S. 9 1. Abschnitt). Bei Abs. 1 von Art. 672 ZGB handelt es sich um eine Grundregel; die Höhe der im Einzelfall geschuldeten Entschädigung ist indessen abhängig von der Bösgläubigkeit der Parteien und liegt im Ermessen des Richters, der unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falles nach Billigkeit zu entscheiden hat (Art. 672 Abs. 2 und 3 ZGB; BSK ZGB II - Rey, N 3 zu Art. 672 ZGB; BK-Meier-Hayoz, N 8 zu Art. 672 ZGB).

e) aa) Indem der vorinstanzliche Entscheid einerseits darauf abstellt, dass nicht nachgewiesen sei, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin begründeten Anlass zu den fraglichen (Umbau-)Arbeiten gegeben habe, verneint die Vorinstanz (implizit) eine Bösgläubigkeit der Beschwerdegegnerin als Grundeigentümerin (und damit (ebenfalls implizit) die Anwendung von Art. 672 Abs. 2 ZGB, welcher dem Materialeigentümer für den Fall des bösen Glaubens des Grundeigentümers vollen Schadenersatz zuhält). Sie bezog sich in diesem Zusammenhang auf die vorgängig (anlässlich der Prüfung des Anspruchs auf definitive Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts) erfolgte Beweiswürdigung hinsichtlich der Frage einer beschwerdegegnerischen Zustimmung zu den fraglichen Umbauarbeiten (KG act. 2 S. 6 ff. Ziff. 5). Das Vorliegen einer solchen Zustimmung wurde seitens der Vorinstanz mit der Begründung verneint, dass einerseits der Handwerker aus einem rein passiven Verhalten (Schweigen/Dulden) des Grundeigentümers an sich noch keine Zustimmung ableiten könne, und dass im Weiteren eine aktive Beteiligung der Beschwerdegegnerin an den fraglichen Arbeiten nicht erstellt sei (KG act. 2 S. 7 ff. Ziff. 5.2 und S. 9 ff. Ziff. 5.3).

Es stellt sich die Frage, ob im vorliegend interessierenden Zusammenhang (Entschädigungsanspruch aus Art. 672 ZGB) der Umstand, dass sich die Beschwerdegegnerin an den Umbauarbeiten nicht aktiv beteiligt hat, tatsächlich bereits deren Gutgläubigkeit (im Sinne des Art. 672 ZGB) begründet. Hinsichtlich der Frage, wann (im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 672 ZGB) guter Glaube vorliege, wird in der jüngeren Lehre ausgeführt, als guter Glaube werde das Fehlen eines (subjektiven) Unrechtsbewusstseins trotz Vorliegens eines (objektiven) Rechtsmangels bezeichnet. Dabei vermöge nach bundesgerichtlicher Praxis allein das Wissen um einen Rechtsmangel den guten Glauben noch nicht zu zerstören (Rey, Sachenrecht I, a.a.O., N 492 m.w.H. und Hinweis auf BGE 99 II 131, 147 E. 6.d). Das Bundesgericht erwog in diesem Zusammenhang, dass an der ursprünglichen Umschreibung des Begriffs des guten Glaubens, wonach der Richter diesen immer dann gelten zu lassen habe, wenn die betreffende Person in guten Treuen gehandelt hat, d.h. wenn "unredliches, moralisch verwerfliches Verhalten ausgeschlossen erscheint", im Wesentlichen festzuhalten sei. Von Gutgläubigkeit könne jedenfalls ausgegangen werden, wenn sich ergebe, dass den Parteien nicht vorgeworfen werden könne, die Frage der Rechtmässigkeit ihres Verhaltens mangelhaft überlegt zu haben (BGE 99 II 131, 147 f. E. 6.d). In einer älteren Entscheidung erwog das Bundesgericht, dass ausserhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs von einem weiten Begriff des guten Glaubens auszugehen sei (BGE 95 II 221, 227 E.2.c). Ob für die Annahme der Gutgläubigkeit der Beschwerdegegnerin tatsächlich ausreichend ist, dass sich diese an den fraglichen Arbeiten nicht aktiv beteiligte (vgl. dazu KG act. 1 S. 9 2. Abschnitt), kann in casu dahingestellt bleiben. Das Vorliegen *klaren* materiellen Rechts dahingehend, dass eine solche Annahme als nicht gerechtfertigt erachtet werden müsste, ist jedenfalls zu verneinen. Es ist demnach (als Zwischenfazit) festzuhalten, dass die Vorinstanz ohne *klares* materielles Recht zu verletzen, von der Gutgläubigkeit der Beschwerdegegnerin respektive von der Nichtanwendung von Abs. 2 des Art. 672 ZGB ausgehen durfte.

bb) Wie erwogen ist die Höhe der Entschädigung abhängig von der Bös- respektive der Gutgläubigkeit der Parteien und liegt im Ermessen des Richters, der unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einzelnen Falles, nach Billigkeit zu ent-

scheiden hat. Das Gesetz regelt explizit den Fall der (ausschliesslichen) Bösgläubigkeit des Grundeigentümers sowie jenen der (ausschliesslichen) Bösgläubigkeit des Materialeigentümers (Art. 672 Abs. 2 und 3 ZGB; für verschiedene Tatbestände der Gut- bzw. Bösgläubigkeit der Parteien, so etwa der Gutgläubigkeit beider Parteien, enthält das Gesetz keine Regelung). Während bei Bösgläubigkeit des Grundeigentümers voller Schadenersatz zuzusprechen ist, beschränkt sich die Entschädigung im Falle der Bösgläubigkeit des Materialeigentümers auf den subjektiven Wert des Baus für den Grundeigentümer (Art. 672 Abs. 2 und 3 ZGB). Bei Gutgläubigkeit beider Parteien (den vorinstanzlichen Erwägungen zum Ersatzanspruch nach Art. 672 ZGB (KG act. 2 S. 28 Ziff. 9.4) kann nicht entnommen werden, dass die Vorinstanz von einer Bösgläubigkeit der Beschwerdeführerin ausgeht; KG act. 1 S. 10 oben) steht gemäss jüngerer Lehre sowie bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Materialeigentümer ein Bereicherungsanspruch (Art. 62 ff. OR) in der Höhe des durch den Einbau dem Grundeigentümer angefallenen Mehrwertes zu (BSK ZGB II - Rey, N 10 zu Art. 672 mit Verweis auf BGE 99 II 131, 145 E. 6c; differenzierend Rey, Sachenrecht I, a.a.O., N 498). Andere Lehrmeinungen scheinen von einer deliktischen Anspruchsgrundlage auszugehen (BK-Meier-Hayoz, N 15 zu Art. 672 ZGB). Die Vorinstanz hat in casu darauf abgestellt, dass die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Frage der definitiven Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts keine objektive Wertvermehrung der Liegenschaft der Beschwerdegegnerin durch die Arbeiten der Beschwerdeführerin nachzuweisen vermochte (die Beschwerdeführerin vermochte diesbezüglich mit dem Verweis auf den Umstand, dass die fraglichen Räumlichkeiten vermietet worden seien, keinen Nichtigkeitsgrund darzutun; vgl. vorne Erw. II.1.4.b [KG act. 1 S. 9]). Ob sich mit Verweis auf das Fehlen einer objektiven Wertvermehrung der beschwerdegegnerischen Liegenschaft (durch die Arbeiten der Beschwerdeführerin) eine vollumfängliche Verneinung des Entschädigungsanspruches nach Art. 672 ZGB rechtfertigt (oder ob nicht für das Material und allenfalls den Bauaufwand eine gewisse Entschädigung zuzusprechen wäre), kann in casu offenbleiben. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts durch die Vorinstanz ist jedenfalls nicht ersichtlich.

cc) Soweit sich die Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Anspruchs gestützt auf Art. 672 ZGB auf BGE 95 II 221 ff. beruft und vorbringt, ein Entschädigungsanspruch sei immer geschuldet, wenn es nicht zur Trennung des eingebauten Materials komme (KG act. 1 S. 9 oben), ist ihr im Weiteren entgegenzuhalten, dass es sich in diesem durch das Bundesgericht beurteilten Fall um einen (wie das Bundesgericht festhielt) für die in casu involvierte Hotelliegenschaft nützlichen Ausbau handelte (S. 227 f. E. 2c des Entscheids).

f) Nach dem Gesagten verletzt die Vorinstanz kein *klares* materielles Recht, wenn sie mit Verweis auf den fehlenden Nachweis einer objektiven Wertvermehrung sowie auf die fehlende aktive Beteiligung der Beschwerdegegnerin an den fraglichen Arbeiten einen Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführerin unter dem Titel von Art. 672 ZGB verneint. Das diesbezügliche beschwerdeführerische Vorbringen (KG act. 1 S. 9 f. lit. b) erweist sich daher als unbegründet. Eine Verletzung klaren materiellen Rechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO ist weder dargetan noch ersichtlich.

3. Zusammenfassend vermag die Beschwerdeführerin mit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde keinen Nichtigkeitsgrund darzutun. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird. Damit wird die ihr verliehene aufschiebende Wirkung entfallen.

III.

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

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die ihr verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- 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 Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Der Streitwert beträgt Fr. 29'158.50.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Handelsgericht des Kantons Zürich sowie an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die jur. Sekretärin: