



---

Kass.-Nr. AA080159/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie die juristische Sekretärin Alexandra Meyer-Känel

## Zirkulationsbeschluss vom 14. Oktober 2009

in Sachen

**W.**,

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ...

sowie

**X.**,

...,

Streitberufene

gegen

1. **Y.**,

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin 1

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ...

2. **Z.**,

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin 2

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ...

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Teilurteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 9. September 2008 (HG050325/U1/dz)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Beschwerdeführerin (Klägerin) betreibt ein Kleidergeschäft \_\_\_ in Zürich. Eigentümerin der betreffenden Liegenschaft ist die Streitberufene. Bei der Beschwerdegegnerin 1 (Beklagte 2) handelt es sich um die für die betreffenden Mieträumlichkeiten zuständige Liegenschaftsverwaltung. Die Beschwerdegegnerin 2 (Beklagte 3) erstellte um die betreffende Liegenschaft ein Baugerüst zwecks Ausführung baulicher Arbeiten. Die Beschwerdeführerin macht geltend, in der Nacht vom 19. auf den 20. Oktober 2004 sei eine unbekannte Täterschaft über das oben genannte Baugerüst in ihr Geschäft eingedrungen und habe rund 2000 Kleidungsstücke entwendet (KG act. 2 S. 4).

2. Mit Eingabe vom 21. Oktober 2005 machte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Forderungsklage gegen (1) ihren Sachversicherer, (2) die Beschwerdegegnerin 1 sowie gegen (3) die Beschwerdegegnerin 2 anhängig. Gleichzeitig verkündete sie der Eigentümerin der fraglichen Liegenschaft den Streit (HG act. 1). Die Beschwerdeführerin verlangt von den Beschwerdegegnerinnen (sowie der Beklagten 1 [unter solidarischer Haftung]) Schadenersatz für die abhanden gekommene Ware im Betrag von Fr. 648'365.-- (nebst Zins) und für weiteren Schaden im Betrag von Fr. 4'000.-- (nebst Zins). Als Betriebsunterbrechungs-Schaden macht sie insgesamt eine Summe von Fr. 232'919.-- geltend (KG act. 2 S. 3). Nach Abschluss des Hauptverfahrens erachtete die Vorinstanz den Prozess gegenüber den Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 als spruchreif und wies die Klage gegen diese mit Teilurteil vom 9. September 2008 ab (KG act. 2 S. 6 Ziff. III und S. 39 Disp.-Ziff. 1).

3. Gegen dieses (Teil-)Urteil des Handelsgerichts vom 9. September 2008 richtet sich die vorliegende (rechtzeitig eingereichte) Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin, mit welcher (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen 1 und 2) dessen Aufhebung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens und Neuentscheid beantragt wird (KG act. 1 S. 3). Mit Präsidialverfügung vom 16. Ok-

tober 2008 wurde der Beschwerde – antragsgemäss (KG act. 1 S. 3) – aufschiebende Wirkung verliehen (KG Prot. S. 2). Die der Beschwerdeführerin gleichentags auferlegte Prozesskaution in Höhe von Fr. 50'000.-- ging rechtzeitig ein (KG Prot. S. 2; KG act. 10). Die Beschwerdegegnerin 2 beantragt mit (rechtzeitig eingereichter und der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellter [KG Prot. S. 4]) Beschwerdeantwort vom 17. November 2008 vollumfängliche Abweisung der Beschwerde soweit Eintreten (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin; KG act. 11 S. 2). Die Beschwerdegegnerin 1 beantragt mit (rechtzeitig eingereichter und der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellter [KG Prot. S. 4]) Beschwerdeantwort vom 19. November 2008 ebenfalls vollumfängliche Abweisung der Beschwerde soweit Eintreten (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen [zuzüglich Mehrwertsteuer] zu Lasten der Beschwerdeführerin; KG act. 12 S. 2). Nachdem die Beschwerdeführerin um Ansetzung einer Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zu den Beschwerdeantworten ersucht hatte (KG act. 16), wurde ihr mit Präsidialverfügung vom 3. Dezember 2008 für eine Stellungnahme zu den Beschwerdeantworten eine einmalige, nicht erstreckbare Frist bis 15. Dezember 2008 angesetzt, mit dem Hinweis darauf, dass weitere Vorbringen nur insoweit zulässig seien, als die Beschwerdeantworten dazu Anlass gäben, und dass die Beschwerdeführerin insbesondere mit Anträgen in der Sache, Rügen und/oder Ergänzungen der Beschwerde, die bereits in der Beschwerdebegründung hätten erhoben werden können, ausgeschlossen sei (KG Prot. S. 5). Innert Frist reichte die Beschwerdeführerin schliesslich eine (den Beschwerdegegnerinnen zur Kenntnisnahme zugestellte [KG Prot. S. 6]) Stellungnahme zu den Beschwerdeantworten ein (KG act. 20). Die Vorinstanz ihrerseits hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 7).

## II.

1.1. Einleitend ist auf die Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, hinzuweisen. Daraus 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 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. Die Nichtigkeitsgründe sind ihrer tatsächlichen Grundlage nach anzugeben. Die Subsumtion unter den zutreffenden Nichtigkeitsgrund von § 281 ZPO ist Aufgabe des Gerichts. Dem Nichtigkeitskläger schadet auch nicht, wenn er sich in der Begründung seiner Beschwerde nicht auf die zutreffende gesetzliche Bestimmung berufen hat. Dagegen kann die Kassationsinstanz den Entscheid nicht wegen eines anderen Sachverhalts als dem vom Nichtigkeitskläger geltend gemachten aufheben (§ 290 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288 ZPO).

1.3. Wenn die Beschwerdegegnerin 2 in ihrer Beschwerdeantwort darauf hinweist, dass auf Aktenwidrigkeitsrügen (§ 281 Ziff. 2 ZPO) vorliegend gestützt auf § 285 ZPO von vorneherein nicht eingetreten werden könne (KG act. 11 S. 3), rechtfertigt sich, einleitend darauf hinzuweisen, dass die Aktenwidrigkeitsrüge unter der Herrschaft des BGG – anders als im Geltungsbereich des OG und der BStP – im Kassationsverfahren sowohl in Zivil- wie auch in Strafsachen stets zulässig ist (ZR 107 Nr. 21).

Die Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ist nur am Platz, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt, die Urkunde bspw. nicht mit dem richtigen Wortlaut in die Beweiswürdigung einbezogen ist und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als blanker Irrtum erweist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO).

2. Das (einleitende) beschwerdeführerische Vorbringen zur Beweislastverteilung im Rahmen einer Haftung aus unerlaubter Handlung (vgl. KG act. 1 S. 7 unten) stellt keine – genügend bestimmte und substantiierte – Rüge dar, weshalb darauf nicht weiter eingetreten werden muss. Welche Partei (im Rahmen einer Haftung aus Bundesprivatrecht) die Beweislast trägt, ergäbe sich im Übrigen aus der allgemeinen (Art. 8 ZGB) und den besonderen Regeln des materiellen Rechts (Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Nr. 103). Ob der kantonale Richter die Beweislast richtig verteilt hat, wäre daher ohnehin nicht im kantonalen Beschwerdeverfahren überprüfbar (§ 285 ZPO; vgl. dazu KG act. 1 S. 7 unten; KG act. 11 S. 4 und KG act. 20 S. 8).

3. Einleitend bringt die Beschwerdeführerin vor, ein Nichtigkeitsgrund liege grundsätzlich schon im Umstand, dass sie gar nicht in der Lage gewesen sei, sämtliche Beweismittel vorzubringen. Eine Partei könne Beweisanträge grundsätzlich bis und mit dem Zeitpunkt stellen, in welchem sie die Beweismittel zu dem vom Gericht erlassenen Beweisaufgabebeschluss zu nennen habe. Ein Nichtigkeitsgrund sei gegeben, wenn das Gericht trotz Fehlens jedes Beweises auf eine behauptete aber bestrittene Tatsache abstelle, eine nicht behauptete Tatsache als bewiesen annehme und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens sofort den Endentscheid fälle (KG act. 1 S. 8 [u.a.] mit Verweis auf § 137 ZPO, vgl. auch S. 6).

Im Hauptverfahren ist das Streitverhältnis darzustellen und das Begehren zu begründen. Die Parteien sind grundsätzlich (Ausnahmen [§ 115 ZPO] vorbehalten) mit Anträgen zur Sache, Tatsachenbehauptungen, Einreden und Bestreitungen ausgeschlossen, die sie mit ihrem letzten Vortrag oder in ihrer letzten Rechtschrift nicht vorgebracht haben (§§ 113 ff. ZPO). Sie haben ihre (grundsätzlich im Hauptverfahren vorzubringenden) Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen

(§ 113 ZPO). Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozesstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; die Durchführung eines solchen setzt entsprechende - genügend substantiierte – Behauptungen des Beweisführers voraus (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 113 ZPO).

Beweis ist (nur aber immerhin) zu erheben über erhebliche streitige Tatsachen, über Gewohnheitsrecht sowie über Handelsübungen und Ortsgebräuche (§ 133 ZPO). Ein Nichtigkeitsgrund ist gegeben, wenn das Gericht trotz Fehlens jedes Beweises auf eine behauptete, aber bestrittene Tatsache abstellt bzw. eine nicht-behauptete Tatsache als bewiesen annimmt und ohne Durchführung eines Beweisverfahrens sofort den Endentscheid fällt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 38 zu § 281 ZPO).

Nach dem Gesagten liegt allein im Umstand, dass der Richter (nach durchgeführtem Schriftenwechsel) ohne Durchführung eines Beweisverfahrens einen Entscheid fällt, nicht von vorneherein ein Nichtigkeitsgrund. Insbesondere setzt die Durchführung eines Beweisverfahrens entsprechende genügend substantiierte Parteibehauptungen voraus.

4. Die Beschwerdeführerin rügt diverse (angebliche) Nichtigkeitsgründe im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Erwägungen betreffend einen Auftrag zum Treffen von Einbruchschutzmassnahmen (KG act. 1 S. 9-12 Ziff. 4.1 mit Verweis auf KG act. 2 S. 25 ff. Ziff. 3). Dem angefochtenen Entscheid liegt im Ergebnis - gestützt auf zwei Alternativbegründungen - kein solcher Auftrag zugrunde. Der Vorinstanz mangelte es dabei an genügend substantiierten Vorbringen seitens der Beschwerdeführerin einerseits (KG act. 2 S. 27 f.) sowie an einem Konsens über den Verpflichtungswillen andererseits (KG act. 2 S. 28 f.).

4.1. Das beschwerdeführerische Vorbringen richtet sich zunächst gegen die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend die (nach Ansicht der Vorinstanz) mangelnde Substantiierung der Vorbringen der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz hielt in diesem Zusammenhang dafür, von den Beschwerdegegnerinnen sei ein gewisser Einbruchschutz sichergestellt worden. So sei lediglich ein einziger Gerüstaufgang vorgesehen worden und das Gerüst sei durch ein Eisengitter abgesperrt gewe-

sen. Um die Beschwerdegegnerinnen in die Pflicht nehmen zu können, hätte die Beschwerdeführerin diesen mitteilen müssen, was für konkrete weitere Massnahmen sie hätten ergreifen sollen. Dass sie solches getan habe, habe die Beschwerdeführerin aber nicht rechtsgenügend behauptet (KG act. 2 S. 27 f.).

4.1.1. Zunächst macht die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang geltend, das Handelsgericht habe aktenwidrig erwogen, dass die Beschwerdegegnerinnen gewisse Sicherheitsmassnahmen getroffen hätten. Dies sei unzutreffend. Das Eisengittertor sei nicht durch die Beschwerdegegnerinnen aufgestellt worden. Ein dies bestätigendes Schreiben des \_\_\_geschäftes „\_\_\_“ sei nicht berücksichtigt worden. Sodann sei nicht das Baugerüst selber, sondern lediglich das Eisentor des \_\_\_geschäftes abgesperrt gewesen. Zusätzliche Sicherungen seien seitens der Beschwerdegegnerinnen nicht angebracht worden. Diese hätten somit selber keine einzige Sicherheitsvorkehrung getroffen. Es habe nicht nur an der Absicherung des Aufgangs zum Baugerüst gefehlt, es seien auch keine Bewegungsmelder installiert worden und das Baugerüst sei auch nicht beleuchtet gewesen. Die vorinstanzliche Feststellung, das Baugerüst sei genügend abgesperrt gewesen, erweise sich somit als Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. In der Nichtberücksichtigung des Schreibens des \_\_\_geschäftes liege zudem eine Verletzung der §§ 56 und 136 ZPO, weshalb auch der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 1 ZPO gegeben sei (KG act. 1 S. 9 Ziff. 4.1.1 mit Verweis auf KG act. 2 S. 25 ff. Ziff. 3 und HG act. 45/110).

Dass dem angefochtenen Entscheid zugrunde läge, die Beschwerdegegnerin 2 habe das betreffende Eisengitter (1) *selber* und (2) *anlässlich der fraglichen Renovationsarbeiten* aufgestellt, geht aus den vorinstanzlichen Erwägungen (namentlich aus jenen betreffend einen Auftrag zum Treffen von Einbruchschutzbestimmungen) nicht hervor: Die Vorinstanz hielt lediglich (aber immerhin) fest, dass sich der Zugang zum Baugerüst hinter einem Eisengitter befunden habe resp. dass das Gerüst durch ein Eisengitter abgesperrt gewesen sei (KG act. 2 S. 27 und 28). Daran vermag auch nichts zu ändern, wenn die Vorinstanz unter Hinweis auf die Existenz des obgenannten Eisengitters sowie nach Feststellung des Umstandes, dass die Beschwerdegegnerin 2 das Gerüst aus Sicherheitsgründen lediglich mit nur einem Aufgang versehen habe, von getroffenen Sicherheits-

massnahmen resp. davon sprach, dass ein gewisser Einbruchschutz sichergestellt worden sei. Die Vorinstanz hielt nämlich zum Einen nicht primär für entscheidend, wer die bestehenden Sicherungen wann getroffen hatte, sondern vielmehr den Umstand, dass sie gegeben waren. Wenn die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift sodann vorbringt, die Beschwerdegegnerinnen hätten selber keine einzige Sicherheitsvorkehrung getroffen, ist dem entgegenzuhalten, dass gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen (hinsichtlich welcher in der Beschwerdeschrift kein Nichtigkeitsgrund geltend gemacht wird) die Beschwerdegegnerin 2 (anerkanntermassen) das Gerüst aus Sicherheitsgründen lediglich mit nur einem Aufgang versehen hatte. Die Beschwerdeführerin legt sodann in der Beschwerdeschrift nicht dar, welcher anderen Stelle des angefochtenen Entscheides entnommen werden müsste, dass dieser darauf basieren würde, dass die Beschwerdegegnerin 2 das betreffende Eisengitter *selber anlässlich der fraglichen Renovationsarbeiten* aufgestellt hat. Ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO ist in diesem Zusammenhang zu verneinen.

Für die Vorinstanz war (wie bereits erwogen) nicht entscheidend, *wer* das betreffende Eisengitter *wann* erstellte resp. erstellen liess, sondern der Umstand, dass es zum Zeitpunkt der hier interessierenden Renovationsarbeiten vorhanden war. Damit erweist sich das beschwerdeführerische Vorbringen, die Vorinstanz habe ein diesbezügliches Schreiben des \_\_\_geschäftes „\_\_\_“ zu Unrecht nicht berücksichtigt, als unbegründet.

Aus den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt sich sodann nicht, dass das Baugerüst an sich abgesperrt gewesen sei; diese sind (lediglich aber immerhin) dahin gehend zu verstehen, dass sich der *Zugang* zum Baugerüst hinter einem Eisengitter befunden habe (KG act. 2 S. 27).

Dass den vorinstanzlichen Erwägungen betreffend einen Auftrag zum Treffen von Einbruchschutzmassnahmen zugrunde läge, dass Bewegungsmelder und/oder Beleuchtungsanlagen installiert wurden, ist sodann nicht ersichtlich. Auch vermag die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift nicht darzutun, welcher anderen Stelle des angefochtenen Entscheides solches entnommen werden müsste.

Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz im Rahmen ihrer hier interessierenden Erwägungen betreffend einen Auftrag zum Treffen von Einbruchschutzmassnahmen dafür gehalten hätte, dass die getroffenen Sicherheitsvorkehrungen ausreichend gewesen wären; neben dem Umstand, dass seitens der Beschwerdegegnerinnen ein *gewisser* Einbruchschutz sichergestellt worden sei, hielt sie für entscheidend, dass sich aus den Angaben der Beschwerdeführerin nicht ableiten lasse, dass und welche weiteren Massnahmen von den Beschwerdegegnerinnen hätten vorgekehrt werden müssen (KG act. 2 S. 27 f. Ziff. 3.3.).

4.1.2. Mit Letzterem (dass sich aus den Angaben der Beschwerdeführerin nicht ableiten lasse, dass und welche weiteren Massnahmen von den Beschwerdegegnerinnen hätten vorgekehrt werden müssen) setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift insoweit auseinander, als sie geltend macht, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf die beschwerdegegnerische Behauptung abgestellt, wonach die klägerischen Vorbringen betreffend Auftragserteilung zum Treffen von Einbruchschutzmassnahmen ungenügend substantiiert seien. Sie (die Beschwerdeführerin) habe dies bestritten und dazu Beweismittel offeriert. Eine Einvernahme der angebotenen Zeugen sei nicht erfolgt, was in Verletzung der §§ 56 und 136 ZPO einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO bedeute (KG act. 1 S. 10 f. Ziff. 4.1.3).

Die Frage, ob ein tatsächliches Parteivorbringen hinsichtlich eines Anspruchs aus materiellem Bundesrecht genügend substantiiert ist oder nicht, ist rechtlicher Natur. Sie wird vom Richter in Anwendung des materiellen Bundesrechts - unabhängig vom diesbezüglichen Vorbringen der Parteien - beurteilt. Es ist in casu weder dargetan noch ersichtlich, dass die Vorinstanz dies verkannt hätte (vgl. dazu auch HG act. 34). Ob sie die beschwerdeführerischen Vorbringen zu Recht als nicht genügend substantiiert erachtete (die Beschwerdeführerin jedenfalls hält dies für falsch; KG act. 20 S. 5), ist als Frage des materiellen Bundesrechts nicht im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfen (§ 285 ZPO; Messmer/Imboden, a.a.O., Nr. 87).

Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, so ist ihr Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, insbesondere durch richterli-

che Befragung (§ 55 ZPO). Gestützt darauf kann eine Partei im kantonalen Beschwerdeverfahren grundsätzlich geltend machen, der Richter, der ein Vorbringen als zu wenig substantiiert erachtete, habe ihr zu Unrecht keine (oder nur ungenügend) Gelegenheit eingeräumt, das Vorbringen zu konkretisieren resp. zu substantiieren (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 36 zu § 281 ZPO). Ein solches Vorbringen lässt sich der Beschwerdeschrift im vorliegend interessierenden Zusammenhang (Auftrag zum Treffen von Einbruchschutzmassnahmen) nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) entnehmen, weshalb auf diese Thematik nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

Da das an dieser Stelle interessierende beschwerdeführerische Vorbringen in der Beschwerdeschrift (S. 10 f. Ziff. 4.1.3) aus den vorstehenden Gründen unbehelflich ist, braucht sowohl auf das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdegegnerin 1 in der Beschwerdeantwort (die Beschwerdeführerin habe im Kassationsverfahren unzulässige Noven vorgebracht; KG act. 12 S. 7) als auch auf die diesbezügliche Stellungnahme der Beschwerdeführerin (vgl. KG act. 20 S. 6 f.) nicht weiter eingegangen zu werden.

4.2. Der Beschwerdeschrift sind sodann Vorbringen betreffend das Protokoll einer Sitzung von Vertretern der Parteien vom 1. Juli 2004 zu entnehmen. Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, das Handelsgericht ziehe gestützt auf das fragliche Protokoll den unhaltbaren Schluss, dass nicht klar ersichtlich sei, wer für die Sicherheitsvorkehrungen verantwortlich sein sollte (KG act. 1 S. 10 Ziff. 4.1.2 mit Verweis auf KG act. 2 S. 28 und Klagebeilage 11).

In diesem Zusammenhang erwog das Handelsgericht, schon allein aufgrund der Protokollierung der Sitzung vom 1. Juli 2004 habe die Beschwerdeführerin nicht ernsthaft auf einen Verpflichtungswillen seitens der Beschwerdegegnerinnen (im Hinblick auf das Treffen von Sicherheitsmassnahmen) schliessen dürfen. Mehr als auf eine Entgegennahme des Hinweises (betreffend Einbruchproblematik) könne aus dem fraglichen Protokoll nicht geschlossen werden. Zudem wäre aufgrund der erkennbaren Vertreterfunktion der Beschwerdegegnerin 1 (diese sei unstrittig als Vertreterin der Bauherrschaft aufgetreten) nur eine qua Vertretung eingegangene Verpflichtung der Bauherrschaft (Streitberufene) denkbar gewesen

und hätte eine allfällige Verpflichtungserklärung der Beschwerdegegnerin 2 alleine gegenüber der Bauherrschaft Gültigkeit gehabt. Schliesslich – so die Vorinstanz abschliessend – gehe der erkennbarerweise fehlende Verpflichtungswille auch aus den Kurzanmerkungen der (blosser) Kenntnisnahme („z.K.“) und der allseitigen Verantwortlichkeit („Alle“) hervor (KG act. 2 S. 28 f. mit Verweis auf HG act. 5/11).

Die Vorinstanz hielt im vorliegend interessierenden Zusammenhang (Auftrag zum Treffen von Einbruchschutzmassnahmen) weder für massgebend, wen die Beschwerdeführerin zum Treffen von Sicherungsmassnahmen als zuständig erachtete noch stellte sie auf die fachlichen Kompetenzen der Parteien ab (was zu überprüfen nicht in den Kompetenzbereich der kantonalen Kassationsinstanz fällt; § 285 ZPO); sie stützte sich vielmehr auf einen (ihrer Ansicht nach) mangelnden *Verpflichtungswillen auf Seiten der Beschwerdegegnerinnen*. Mit den vorinstanzlichen Erwägungen betreffend den (nicht erkennbaren) Verpflichtungswillen der Beschwerdegegnerinnen (auch mit jenen betreffend deren Vertreterfunktionen) setzt sich die Beschwerdeführerin weiter – mindestens an der hier interessierenden Stelle der Beschwerdeschrift (S. 10 Ziff. 4.1.2) – nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) auseinander, weshalb darauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht. Das beschwerdeführerische Vorbringen zur vorinstanzlichen Alternativbegründung (fehlender Konsens über den Verpflichtungswillen) geht daher fehl.

4.3. Die Beschwerdeführerin rügt in Ziff. 4.1.4 der Beschwerdeschrift die Nichtabnahme weiterer, ihrerseits angebotener Beweismittel (Schreiben des Architekturbüros \_\_\_\_, Einvernahme der Herren \_\_\_\_ und \_\_\_\_ als Zeugen), mittels welcher (so die Beschwerdeführerin) gezeigt worden wäre, dass es in der Verantwortung des Bauunternehmens und nicht der Beschwerdeführerin gelegen habe, für geeignete Sicherheitsmassnahmen während der Bauphase zu sorgen (KG act. 1 S. 11 f. Ziff. 4.1.4).

In der Beschwerdeschrift wird nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) dargelegt, gegen welche vorinstanzlichen Erwägungen (erste und/oder zweite Alternativbegründung betreffend einen Auftrag zum Treffen von Einbruchschutz-

massnahmen) sich das entsprechende Vorbringen richtet. Es ist daher darauf nicht weiter einzutreten.

Mit dem Vorbringen vermöchte die Beschwerdeführerin im Übrigen – selbst wenn darauf eingetreten würde – ohnehin keinen Nichtigkeitsgrund darzutun. Mit den von der Beschwerdeführerin an dieser Stelle genannten Beweismitteln sollte gemäss dem beschwerdeführerischen Vorbringen nachgewiesen werden, dass Sicherheitsvorkehrungen während der Bauphase zu den Sorgfaltspflichten eines Bauunternehmers gehören. Diese Thematik (Sorgfaltspflichten eines Bauunternehmers) hielt die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Frage eines Auftrages zum Treffen von Einbruchschutzmassnahmen jedoch (mindestens implizit) für nicht massgebend (und zwar im Rahmen beider Alternativbegründungen), weshalb eine Rüge der Verletzung des Anspruchs auf ein Beweisverfahren fehl ginge. Ob die Vorinstanz (im Zusammenhang mit der Frage eines Auftrags zum Treffen von Einbruchschutzbestimmungen) die Frage der Sorgfaltspflichten eines Bauunternehmers zu Recht für nicht entscheidend erachtete, wäre als Frage des materiellen Bundesrechts nicht im vorliegenden Verfahren zu prüfen (§ 285 ZPO). Nur ergänzend (nicht massgebend) wäre sodann darauf hinzuweisen, dass die Frage nach den Sorgfaltspflichten eines Bauunternehmers an sich eine rechtliche wäre, welche – mindestens grundsätzlich - einem Beweisverfahren nicht zugänglich wäre.

4.4. Nach dem Gesagten vermag die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift hinsichtlich der vorinstanzlichen Erwägungen zur Frage des Bestehens eines Auftrags zum Treffen von Einbruchschutzmassnahmen (KG act. 2 S. 25-29 Ziff. 3) keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

5. Im Weiteren richtet sich das beschwerdeführerische Vorbringen gegen die vorinstanzlichen Erwägungen hinsichtlich der Frage des Bestehens eines Auftrages zum Bestellen von zusätzlichem Versicherungsschutz. Die Beschwerdeführerin rügt auch in diesem Zusammenhang die Nichtabnahme diverser angebotener Beweismittel (KG act. 1 S. 12 f. Ziff. 4.2 mit Verweis auf KG act. 2 S. 29 f. Ziff. 4).

Die Vorinstanz hielt das beschwerdeführerische Vorbringen auch in diesem Zusammenhang für nicht genügend substantiiert. Sie erwog, die Beschwerdeführerin

(welche geltend gemacht habe, den Beschwerdegegnerinnen wegen erhöhter Einbruchsrissen den Auftrag erteilt zu haben, einen zusätzlichen Versicherungsschutz sicherzustellen) habe es trotz Hinweisen sowohl seitens der Beschwerdegegnerin 1 als auch seitens des Gerichts unterlassen, nähere Angaben zur geltend gemachten Auftragserteilung anzuführen. Aus ihren Angaben sei insbesondere nicht ersichtlich, wer als Parteien des Versicherungsvertrages aufzuführen gewesen wäre, und auf welchen Betrag der Versicherungsschutz hätte festgelegt werden sollen. Der Inhalt des fraglichen Auftrags lasse sich somit nicht feststellen. Entsprechend könne darüber, ob ein solcher erteilt worden sei, auch kein Beweis abgenommen werden, und es sei nicht von einem Auftrag zum Treffen von zusätzlichem Versicherungsschutz an die Beschwerdegegnerinnen auszugehen (KG act. 2 S. 29 f. Ziff. 4).

Zunächst ist auch in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Frage, ob das beschwerdeführerische Vorbringen genügend substantiiert sei, auf das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdegegnerinnen abgestellt hätte (vgl. dazu vorne Erw. II.4.1.2).

Auch in diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin im Weiteren nicht, dass ihr keine oder nur ungenügend Gelegenheit zur Substantiierung ihres Vorbringens eingeräumt worden sei (es braucht demzufolge auch in diesem Zusammenhang auf diese Thematik nicht eingegangen zu werden). Weiter rügt sie nicht (mindestens nicht genügend substantiiert), dass die Vorinstanz beschwerdeführerisches Vorbringen zu Unrecht aus prozessualen Gründen (etwa weil nur aus Beilagen zur Klageschrift ersichtlich) nicht berücksichtigt habe (weshalb auch auf diese Thematik nicht eingegangen zu werden braucht). Die Beschwerdeführerin macht jedenfalls weder geltend noch zeigt sie auf, dass sich aus den genannten Klagebeilagen (10 und 31) etwas betreffend die seitens der Vorinstanz beanstandeten Lücken im beschwerdeführerischen Vorbringen (Parteien des Versicherungsvertrages / Höhe des Versicherungsschutzes) entnehmen liesse. Das beschwerdeführerische Vorbringen geht vielmehr dahin, dass die Vorinstanz es zu Unrecht unterlassen habe, über einen Auftrag zum Bestellen von zusätzlichem Versicherungsschutz ein Beweisverfahren durchzuführen. Nachdem die Vorinstanz das beschwerdeführerische Vorbringen (auch) in diesem Zusammenhang

für ungenügend substantiiert erachtete (was die Beschwerdeführerin als falsch erachtet; vgl. dazu auch KG act. 20 S. 9 Ziff. 18), kann bezüglich dieses Vorbringens der Beschwerdeführerin auf die vorgehenden Erwägungen II.3 verwiesen werden. Dass die Vorinstanz einen Auftrag zum Bestellen von zusätzlichem Versicherungsschutz in Würdigung von Akten verneint hätte, trifft nicht zu; die Vorinstanz ging von einem solchen lediglich (aber immerhin) mangels genügend substantiiertes Behauptungen seitens der Beschwerdeführerin nicht aus. Ob die Vorinstanz dabei zu Recht von einem ungenügend substantiiertem Vorbringen ausging, ist als Frage des materiellen Bundesrechts nicht im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfen (§ 285 ZPO).

Mit der (auch im Zusammenhang mit der Frage eines Auftrags zum Bestellen von zusätzlichem Versicherungsschutz vorhandenen) vorinstanzlichen Alternativbegründung (fehlendes Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend den Umfang einer Unterversicherung) setzt sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) auseinander, weshalb darauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

6. Sodann verneinte die Vorinstanz einen Anspruch der Beschwerdeführerin aus Vertrauenshaftung. Dem beschwerdeführerischen Vorbringen, die Beschwerdegegnerinnen hätten erklärt, für Einbruchschutz besorgt zu sein, hielt sie entgegen, dass sich aus den behaupteten Zusagen der Beschwerdegegnerinnen betreffend Einbruchschutz nicht ergebe, welche Massnahmen hätten ergriffen werden sollen. Die Angaben seien zu unbestimmt, als dass daraus bei der Beschwerdeführerin konkrete und bestimmte Erwartungen hätten entstehen können. Jedenfalls lasse sich nicht sagen, letztere hätte berechtigten Anlass gehabt, auf derart unbestimmte Äusserungen abzustellen, um in der Folge auf jegliche selbst zu treffenden Massnahmen zu verzichten. Hätte die Beschwerdeführerin einen besseren Einbruchschutz erzielen wollen, so hätte sie vielmehr selbst entsprechende Vorkehrungen treffen müssen (KG act. 2 S. 30 ff. Ziff. 5).

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen in der Beschwerdeschrift vor, das Handelsgericht verkenne, dass es im Verantwortungsbereich des Bauunternehmers liege, die entsprechenden Vorkehrungen für einen genügenden Einbruchschutz

zu treffen, und es folglich für das Zustandekommen eines schutzwürdigen Vertrauens durchaus genüge, wenn die Beschwerdegegnerinnen versprochen hätten, sich um den Einbruchschutz zu kümmern. Die Vorinstanz habe zudem diverse Umstände nicht mitberücksichtigt und angebotene Beweismittel nicht abgenommen (KG act. 1 S. 13 Ziff. 4.3).

Ob die Vorinstanz – insbesondere auch im Hinblick auf die Sorgfaltspflichten eines Bauunternehmers - zu Recht erwog, dass die Beschwerdeführerin keinen berechtigten Anlass gehabt habe, auf die behaupteten Zusagen der Beschwerdegegnerinnen betreffend Einbruchschutz abzustellen, ist eine Frage des materiellen Bundesrechts, welche nicht im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfen ist (§ 285 ZPO). Gleiches gilt für die Frage, ob die Vorinstanz in diesem Zusammenhang Vorbringen der Beschwerdeführerin zu Unrecht für nicht entscheidend gehalten (und dementsprechend diesbezüglich auch kein Beweisverfahren durchgeführt) hat. Dass dem angefochtenen Entscheid im Zusammenhang mit den (von der Vorinstanz letztlich für zu unbestimmt erachteten) behaupteten Zusagen der Beschwerdegegnerinnen betreffend Einbruchschutz eine Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO zugrunde läge, wird in der Beschwerdeschrift jedenfalls nicht (mindestens nicht genügend substantiiert) geltend gemacht.

Auf die (auch im Zusammenhang mit der Frage einer Haftung aus Vertrauen vorhandene) vorinstanzliche Alternativbegründung (Wegfall eines allfälligen relevanten Vertrauens; vgl. KG act. 2 S. 32) nimmt die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift keinen (mindestens keinen ausreichenden Bezug), weshalb darauf nicht weiter eingegangen zu werden braucht.

7. Im Weiteren verneinte die Vorinstanz eine Haftung der Beschwerdegegnerin 1 aus Garantievertrag (KG act. 2 S. 32-35 Ziff. 6). Dem diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift (S. 14 Ziff. 4.4) ist vorerst entgegenzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, dass der vorinstanzliche Entscheid (u.a.) auf dem Nichteinhalten von Formvorschriften für den Abschluss eines Garantievertrages beruht. Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch der Beschwerdeführerin aus Garantievertrag primär mangels genügender Substantiierung; es bleibe – so die Vorinstanz – aufgrund der Behauptungen der Beschwerdeführerin unklar,

was für eine Garantie die Beschwerdegegnerin 1 zugunsten der Beschwerdeführerin übernommen haben solle (KG act. 2 S. 34). Ob die Vorinstanz das beschwerdeführerische Vorbringen zu Recht als nicht genügend substantiiert erachtete, ist (wie bereits erwogen) eine Frage des Bundesrechts. Darauf wäre im vorliegenden Verfahren von vorneherein nicht einzutreten (§ 285 ZPO). Dass die Vorinstanz ihrer Fragepflicht (§ 55 ZPO) nicht oder nur ungenügend nachgekommen sei, wird auch in diesem Zusammenhang nicht gerügt (weshalb sich diesbezügliche Erwägungen erübrigen). Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich auch in diesem Zusammenhang vorbringt, die Vorinstanz habe zu Unrecht kein Beweisverfahren durchgeführt, kann wiederum auf die Erwägungen unter Ziff. II.3 verwiesen werden.

8. Einen Anspruch der Beschwerdeführerin aus unerlaubter Handlung verneinte die Vorinstanz mangels Widerrechtlichkeit. Es sei vorliegend keine aus dem Gefahrensatz sich ergebende Handlungspflicht der Beschwerdegegnerinnen gegenüber der Beschwerdeführerin erkennbar (KG act. 2 S. 35-38 Ziff. 7). Die Beschwerdeführerin moniert auch bezüglich dieser Erwägungen diverse Nichtigkeitsgründe (KG act. 1 S. 14 ff. Ziff. 4.5/1-3).

Wenn die Beschwerdeführerin (auch) in diesem Zusammenhang zunächst vorbringt, das Handelsgericht verkenne, dass die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2 selber gar keine Sicherungsmassnahmen getroffen sondern bloss das seit Jahren bereits vorhandene Eisentor des \_\_\_geschäftes „\_\_\_“ benützt hätten (und ein diesbezügliches Schreiben des \_\_\_geschäftes sei zu Unrecht nicht gewürdigt worden; KG act. 1 S. 14 f. Ziff. 4.5.1), kann auf die diesbezüglichen, vorgehenden Erwägungen verwiesen werden (Ziff. II.4.1.1). Gleiches gilt für das Vorbringen, es sei bloss das Eisentor des \_\_\_geschäftes und nicht der Aufgang zum Baugerüst abgesperrt gewesen, das Baugerüst sei nicht beleuchtet und es seien auch keine Bewegungsmelder am Baugerüst angebracht gewesen (KG act. 1 S. 15).

Dass dem angefochtenen Entscheid im Übrigen (im Zusammenhang mit einer Haftung aus unerlaubter Handlung) Aktenwidrigkeiten im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO zugrunde lägen (zum Begriff der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO vgl. vorgehend Erw. II.1.3), wird in der Beschwerdeschrift nicht (mindestens

nicht genügend substantiiert) vorgebracht. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf das beschwerdeführerische Vorbringen zur Höhe des angebrachten Baugerüsts. Zwar spricht die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang von einer Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (KG act. 1 S. 15 f. Ziff. 4.5.2). Sie rügt indessen nicht (mindestens nicht genügend substantiiert), dass die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht aktenwidrig davon ausgegangen sei, dass das Baugerüst *nicht* auf Höhe der Fenstersimse angebracht worden sei (im Übrigen wäre auch gar nicht ersichtlich, dass dem vorinstanzlichen Entscheid [namentlich den Erwägungen betreffend eine Haftung aus unerlaubter Handlung] solches zugrunde läge). Das Vorbringen der Beschwerdeführerin geht vielmehr dahin, dass die Vorinstanz den Begriff der Schaffung eines gefährlichen Zustandes verkannt habe (vgl. dazu nachgehend).

Ob die Vorinstanz im vorliegend interessierenden Zusammenhang eine einschlägige bundesrechtliche Norm mit Schutzfunktion zu Gunsten der Beschwerdeführerin übersah, ist nicht im kantonalen Beschwerdeverfahren zu prüfen (§ 285 ZPO; dass der angefochtene Entscheid in Bezug auf die Sicherungspflichten eines Bauunternehmers gegen kantonales materielles Recht verstossen würde, wird in der Beschwerdeschrift nicht [mindestens nicht genügend substantiiert] vorgebracht). Ebenfalls als Fragen des Bundesrechts sind zu erachten, ob die Vorinstanz die aus dem Gefahrensatz fliessenden Sicherungspflichten und/oder den in diesem Zusammenhang interessierenden Begriff der Schaffung eines gefährlichen Zustandes verkannte. Das Bundesgericht überprüft dabei grundsätzlich auch die Fragen der Verhältnismässigkeit und der Zumutbarkeit von Sicherungsmassnahmen (BGE 130 III 193, 201; 121 III 358, 361 f.). Gleiches gilt für die Fragen, ob die Vorinstanz in casu gewisse Umstände allenfalls zu Unrecht für nicht entscheidend hielt resp. nicht mitberücksichtigte und/oder ob sie es zu Unrecht unterlassen hat, die Meinung von Experten einzuholen (vgl. dazu KG act. 1 S. 15 f. Ziff. 4.5.2/3).

9. Nach dem Gesagten erweist sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 1 und KG act. 20) in sämtlichen Punkten (soweit darauf eingetreten werden kann) als unbegründet (die Beschwerdeführerin wurde bereits mit Präsidialverfügung vom 3. Dezember 2008 darauf hingewiesen, dass [weitere] Vorbringen in

einer Stellungnahme zu den Beschwerdeantworten nur insoweit zulässig seien, als die Beschwerdeantworten dazu Anlass gäben, und dass sie insbesondere mit Anträgen in der Sache, Rügen und/oder Ergänzungen der Beschwerde, die bereits in der Beschwerdebegründung hätten erhoben werden können, ausgeschlossen sei [KG Prot. S. 6]). Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit wird die ihr verliehene aufschiebende Wirkung entfallen.

### III.

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

**Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 20'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin 1 für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 15'064.-- (inkl. MWST) und der Beschwerdegegnerin 2 für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 14'000.-- 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 Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des (Teil-)Urteils des Handelsgerichtes vom 9. September 2008 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die jur. Sekretärin: