



Kass.-Nr. AA060080/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Sitzungsbeschluss vom 5. Februar 2007

in Sachen

X. AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y. AG,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. _____

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 24. April 2006 (HG040010/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 12. Januar 2004 machte die X. AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) am Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Y. AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) eine Forderungsklage über den Betrag von Fr. 467'857.05 nebst Zins zu 5% seit 1. Mai 2003 anhängig (HG act. 1). Die Beschwerdeführerin stützt ihre Forderungen auf einen Werkvertrag, mit welchem sie sich als Bauunternehmerin gegenüber der Beschwerdegegnerin als Generalunternehmerin zur Leistung von Baumeisterarbeiten im Rahmen der Einfamilienhausüberbauung A. in Z. verpflichtet hatte.

Mit Urteil vom 24. April 2006 wies das Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) die Klage ab (HG act. 38 bzw. KG act. 2).

2. Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende, rechtzeitig eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde. Die Beschwerdeführerin beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zur Zahlung von Fr. 467'857.05 nebst Zins zu verpflichten; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung sowie Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 6. Juni 2006 auferlegte Prozesskaution in der Höhe von Fr. 21'000.-- (KG act. 4) wurde durch Hinterlegung einer Bankgarantie fristgerecht geleistet (KG act. 9). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (KG act. 6). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit ihrer Beschwerdeantwort, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne (KG act. 11 S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 12, 13/1).

3. Die Beschwerdeführerin hat gegen das Urteil des Handelsgerichts auch Berufung ans Bundesgericht erklärt (HG Prot. S. 19).

II.

1. Im Sinne einer Vorbemerkung ist auf Folgendes 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. 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. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 16 ff.).

2. a) Die Beschwerdeführerin sieht zunächst eine Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör darin, dass die Vorinstanz die Eingabe (Triplik) der Beschwerdeführerin vom 21. Februar 2005 nicht zugelassen bzw. aus dem Recht gewiesen habe (KG act. 1 S. 5).

b) Am 18. Januar 2005 verfügte der Instruktionsrichter, die Duplik werde der Beschwerdeführerin zugestellt und das Hauptverfahren damit als geschlossen erklärt. Zur Stellungnahme zu allfälligen neuen Behauptungen bzw. Beilagen der

Duplik werde überdies - wenn nötig - nach erfolgter Bearbeitung mit entsprechenden konkreten Hinweisen Frist angesetzt werden (HG Prot. S. 13). Am 22. Februar 2005 erging eine weitere Verfügung des Instruktionsrichters, womit die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 21. Februar 2005 samt Beilagen unter Hinweis auf die Verfügung vom 18. Januar 2005 aus den Akten gewiesen wurde. Sämtliche Ausfertigungen der Eingabe vom 21. Februar 2005 sowie der Beilagen wurden der Beschwerdeführerin zurückgeschickt (HG Prot. S. 14). Entsprechend erwog die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid, die ungebetene Eingabe der Beschwerdeführerin vom 21. Februar 2005 sei samt Beilagen am 22. Februar 2005 aus dem Recht gewiesen worden (KG act. 2 S. 3).

c) Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zum Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör in verschiedenen neueren Entscheiden - unter Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 EMRK - konkretisiert. Nach dieser Rechtsprechung, so das Bundesgericht, verleihe der in Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthaltene Anspruch auf ein faires Verfahren den Parteien das Recht, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis zu erhalten und zu diesen Stellung zu nehmen. Unerheblich sei, dass eine Vernehmlassung der Vorinstanz weder Tatsachen noch Begründungen enthalte, die nicht bereits im angefochtenen Urteil aufgeführt gewesen seien und es komme auch auf den möglichen tatsächlichen Einfluss von Bemerkungen der Parteien auf das Urteil nicht an. Ebenso wenig sei von Belang, ob nach (kantonalem) Verfahrensrecht ein zweiter bzw. weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei (vgl. zuletzt Entscheide des Bundesgerichts 5P.385/2005 vom 17. Januar 2006 Erw. 2; 5P.398/2005 vom 23. Dezember 2005 Erw. 2; 1A.92/2005 vom 22. November 2005 Erw. 3.3=BGE 132 I 42, je mit Hinweisen; vgl. auch Christoph Leuenberger, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2004, in: ZBJV, Band 142, S. 25 ff.). Weiter hielt das Bundesgericht fest, die gebotene Fairness lasse es nicht zu, die Partei zwar vom Aktenzuwachs in Kenntnis zu setzen, ihr aber die Äusserungsmöglichkeit dazu gänzlich abzuschneiden. Wenn das Verfahrensrecht allerdings einen einfachen Schriftenwechsel als Regelfall vorsehe, müsse es einem Gericht weiterhin gestattet sein, sich bei der Zustellung der Vernehmlassungen in einem ersten Schritt

auf die entsprechende Information, ohne förmliche Aufforderung zur Stellungnahme, zu beschränken. Dadurch werde die Partei hinreichend in die Lage versetzt, die Notwendigkeit einer Stellungnahme von ihrer Seite zu prüfen und ein derartiges Anliegen wahrzunehmen; andernfalls sei davon auszugehen, dass sie darauf verzichte. Ein derartiges Vorgehen setze Art. 6 Ziff. 1 EMRK pragmatisch um. Halte eine Partei somit eine Stellungnahme von ihrer Seite zu einer zur Kenntnisnahme zugestellten Vernehmlassung für erforderlich, so habe sie diese unverzüglich zu beantragen bzw. einzureichen (Urteil des Bundesgerichts 1A.276/2004 vom 12. Juli 2005, Erw. 2; BGE 132 I 42, Erw. 3.3.3 f.).

d) Nach dem vorstehend Gesagten ist es zwar grundsätzlich unzulässig, der Beschwerdeführerin die Duplik zuzustellen, ihre Stellungnahme dazu jedoch lediglich unter Hinweis auf die Verfügung, wonach das Hauptverfahren geschlossen sei, aus dem Recht zu weisen. Hingegen wirkt sich dies im vorliegenden Verfahren nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus. Zu beachten ist nämlich, dass die Beschwerdeführerin gehalten gewesen wäre, unverzüglich auf die Zustellung der Duplik zu reagieren. Sollte es der Beschwerdeführerin nicht möglich gewesen sein, ihre Rechtschrift umgehend zu verfassen und einzureichen, hätte sie unverzüglich beim Gericht eine entsprechende Fristansetzung beantragen können. Indessen hat sie die Verfügung der Vorinstanz vom 18. Januar 2005 gemäss Empfangsschein (HG act. 32/1) am 19. Januar 2005 entgegen genommen, die (ungebetene) Eingabe der Beschwerdeführerin datiert jedoch erst vom 21. Februar 2005. Diese Reaktion nach rund einem Monat kann nicht mehr als "unverzüglich" erfolgt betrachtet werden, sie erweist sich als verspätet. Damit hätte die Eingabe der Beschwerdeführerin als verspätet zu gelten und könnte aus diesem Grund keine Beachtung mehr finden. Die Vorinstanz hat demnach, indem sie die Eingabe aus dem Recht wies, keinen Nichtigkeitsgrund gesetzt.

e) Wenn die Beschwerdeführerin zudem geltend machen wollte, die Vorinstanz habe zu Unrecht die von ihr in der Eingabe vom 21. Februar 2005 vorgebrachten Ausführungen zu den Noven der Duplik nicht berücksichtigt, so genüge die Beschwerdeschrift den Anforderungen an die Begründung eines Nichtigkeitsgrundes nicht. Weder werden in der Beschwerdeschrift die konkreten Stellen der

Duplik, welche Noven beinhalten sollten, angegeben, noch ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin auf diese Noven im Verfahren vor Vorinstanz hingewiesen hätte. Die fragliche Eingabe vom 21. Februar 2005 befindet sich - wie bereits erwähnt - nicht mehr in den vorinstanzlichen Akten, sondern diese wurde der Beschwerdeführerin mit der Verfügung vom 22. Februar 2005 zurückgeschickt (HG Prot. S. 14; HG act. 36/1). Es wäre Sache der Beschwerdeführerin gewesen, zum Nachweis eines von ihr geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes die notwendigen Grundlagen vorzulegen, mithin die Eingabe vom 21. Februar 2005 im kantonalen Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren einzureichen. In diesem Punkt genügte die Beschwerde den vorstehend dargelegten Anforderungen (Ziff. II.1.) nicht.

3. Was die Beschwerdeführerin sodann unter Ziffer 2 der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 6-8) vortragen lässt, geht an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei. Das Handelsgericht hat an der angefochtenen Stelle (KG act. 2 S. 4) lediglich wiedergegeben, was die Beschwerdeführerin *in ihren Rechtsschriften* vorgebracht bzw. eben nicht vorgebracht hat, ohne dies irgendwie zu werten. Der Beschwerdeschrift lässt sich auch nicht entnehmen, an welcher Stelle das Handelsgericht zum Ausdruck gebracht haben sollte, die Schlussabrechnung entspreche nicht den SIA-Normen 118 (vgl. KG act. 1 S. 7). Inwiefern diesbezüglich ein Nichtigkeitsgrund vorliegen sollte, ist nicht ersichtlich.

Da die Beschwerdeführerin eine Aktenwidrigkeit behauptet, ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass gemäss § 285 Abs. 1 und 2 ZPO die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses den geltend gemachten Mangel mit freier Kognition überprüfen kann. Dies gilt in Zivilfällen - wie vorliegend - für die Berufung gemäss Art. 43 ff. OG. Das Bundesgericht überprüft auf eidgenössische Berufung (Art. 43 ff. OG) hin eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (vgl. Art. 43 OG; Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, N 72 ff.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 123 ff.). Als Bundesrecht gilt (im Rahmen der Berufung) jeder Rechtsatz, der sich ausdrücklich oder sinngemäss aus eidgenössischen Erlassen ergibt (Art. 43 Abs. 2 OG), unabhängig davon, ob diese der Verfassungs-, Gesetzes-

oder Verordnungsstufe angehören (Messmer/Imboden, a.a.O., N 73). Ist in berufungsfähigen Fällen die Rüge der Verletzung materiellen Bundesrechts somit vor Bundesgericht zu erheben, so kann auf diese im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (RB 1980 Nr. 29; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 und 15 zu § 285 ZPO). Demzufolge ist in diesen Fällen im kantonalen Beschwerdeverfahren auch die Rüge der Verletzung klaren materiellen Bundesrechts im Sinne von § 281 Ziff. 3 ZPO nicht zulässig.

Weiter ist zu beachten, dass nach Art. 55 Abs. 1 lit. d OG im eidgenössischen Berufungsverfahren im Zusammenhang mit einer behaupteten Verletzung von Bundesrecht auch vorgebracht werden kann, die Feststellung einer nach dem Bundesrecht zu beurteilenden Tatsache durch die kantonale Instanz beruhe auf einem offensichtlichen Versehen (vgl. Messmer/Imboden, a.a.O., Ziff. 100; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz 4.59 und 4.65 f.; s.a. Art. 63 Abs. 2 OG). Inhaltlich entspricht die Versehensrüge nach Art. 55 Abs. 1 lit. d und Art. 63 Abs. 2 OG, welche sich auch auf Parteivorbringen beziehen kann, der Rüge der Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO. Eine solche liegt dann vor, wenn ein Bestandteil der Akten gar nicht oder nicht in seiner wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden ist und sich die angefochtene Feststellung deshalb als "blanker Irrtum" erweist (ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67/68; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281 ZPO). Demzufolge könnte das Kassationsgericht in berufungsfähigen Fällen grundsätzlich nicht auf den Aktenwidrigkeitseinwand eintreten; ein diesbezüglicher Mangel wäre ebenfalls vor Bundesgericht zu rügen (ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; 55 Nr. 115; von Rechenberg, a.a.O., S. 42; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 14 zu § 285 ZPO, N 44 a.E. zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, a.a.O., S. 68).

4. a) Die Vorinstanz äusserte sich im angefochtenen Entscheid unter Ziffer 2 ausführlich zu den Grundsätzen der Substanziierungspflicht und - damit zusammenhängend - der richterlichen Fragepflicht bei ungenügender Substanziierung (KG act. 2 S. 5 ff.). Das Handelsgericht wies dabei insbesondere darauf hin, dass hinsichtlich der Tatsachen, welche sich aus Beilagen zu den Rechtsschriften er-

gäben, nach der massgeblichen zürcherischen Praxis ein Hinweis auf die Beilagen ebenso wenig genüge wie eine allgemeine Erklärung, dass die eingereichten Beilagen integrierender Bestandteil der Rechtsschrift bildeten. Durch Verweis auf die eingelegten Akten könnten Sachverhaltselemente nur dann als prozessgenügend behauptet gelten, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nenne und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar werde, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstückes als Parteibehauptung gelten solle. Eine Fragepflicht werde ausdrücklich verneint, wenn z.B. in einem (Rekurs-)Verfahren betreffend Abänderung von Unterhaltsbeiträgen der Rekurrent eine Urkunde als Beilage zu seiner Rekurschrift beilege, aus welcher sich zwar eine Änderung der Verhältnisse ergebe, die Beilage aber insoweit nicht zum Bestandteil seines Vortrages erkläre. Nur wenn rechtszeitig gemachte Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt blieben, entstehe die richterliche Fragepflicht mit der Folge, dass Ergänzungen der Parteien nach § 115 Ziff. 5 ZPO im Prozess noch zu berücksichtigen seien (KG act. 2 S. 7).

Weiter äusserte sich die Vorinstanz zur Frage, ob die richterliche Fragepflicht gemildert werden könne, wenn bereits die Gegenpartei auf den betreffenden Mangel hingewiesen hat. Dabei vermerkte das Handelsgericht, dass nach der kassationsgerichtlichen Praxis eine Anmerkung durch die Gegenpartei auf ungenügende Substanziierung von Parteivorbringen einen Hinweis bzw. eine Befragung seitens des Gerichts nicht entbehrlich mache, weil sich aus dem Hinweis der Gegenseite nicht schliessen lasse, dass der Richter bezüglich des Umfangs der Substanziierungspflicht die gleiche Ansicht vertrete wie die Gegenseite. Das Gericht habe sich zumindest darüber auszusprechen, ob es die Meinung der Gegenpartei teile. Dieser Auffassung schloss sich das Handelsgericht an und hielt zusätzlich fest, beziehe sich die Hinweispflicht hingegen auf eine rechtliche Frage, dann könne sich die richterliche Fragepflicht erübrigen, soweit bereits die Gegenpartei diesen Rechtsstandpunkt eingenommen habe und die Partei ausreichend Gelegenheit gehabt habe, sich zum klaren Vorbringen des Gegners zu äussern (KG act. 2 S. 8).

b) Soweit sich die Beschwerdeführerin zu diesen allgemeinen Bemerkungen der Vorinstanz äussert (KG act. 1 S. 8 ff.), ist ein Nichtigkeitsgrund nicht dargetan. Entgegen dem offensichtlichen Verständnis der Beschwerdeführerin beschreibt die Vorinstanz allgemeine Grundsätze, ohne sich zum konkreten, zu beurteilenden Verfahren zu äussern. Entsprechend liegt auf der Hand, dass die Vorinstanz mit den (in der Beschwerdeschrift bezeichneten) Stellen nicht zum Ausdruck bringt, der Forderungsbetrag gemäss Rechtsbegehren sei weder andeutungsweise noch in rudimentärer Form behauptet worden (KG act. 1 S. 11). Die Einwände der Beschwerdeführerin gehen insoweit an den vorinstanzlichen Ausführungen vorbei. Gleich verhält es sich mit den Vorbringen auf den Seiten 12 bis 15 der Beschwerdeschrift.

Die Kritik an der vom Handelsgericht dargestellten zürcherischen Rechtspraxis (KG act. 1 S. 13 f.) erweist sich sodann als zu pauschal, als dass darauf eingetreten werden könnte. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit den konkreten Ausführungen im angefochtenen Entscheid nicht auseinander und legt auch nicht dar, aus welchen Gründen die geschilderte Praxis (vgl. auch nachfolgend Ziff. II.5.c.cc) sowie die vom Handelsgericht geäusserte Auffassung (insbesondere KG act. 2 S. 8) unhaltbar wäre. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die von der Vorinstanz angeführten Überlegungen unzutreffend wären.

5. a) In Bezug auf die zwischen den Parteien umstrittene Entschädigung für Regiearbeiten hielt die Vorinstanz zunächst fest, die Beschwerdeführerin sei gehalten gewesen, in der Replik im Einzelnen darzutun, dass sie für die in Rechnung gestellten und Gegenstand des Prozesses bildenden Regierechnungen jeweils einen entsprechenden Auftrag gehabt habe, dass sie diesen Auftrag ausgeführt und für die Regiearbeiten je einzeln einen Rapport erstellt und der Beschwerdegegnerin fristgerecht zur Kontrolle unterbreitet habe (KG act. 2 S. 9). Das Handelsgericht kam sodann zusammengefasst zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin einerseits die Regiearbeiten als solche unzureichend behauptet habe, und andererseits, dass aufgrund gänzlich fehlender Behauptungen der Beschwerdeführerin zur ihr bekannten vertraglichen Voraussetzung für die Anerkennung von Regiearbeiten - der rechtzeitigen Vorlage der Regierapporte - davon

auszugehen sei, diese Voraussetzung zur Geltendmachung der Regierapporte sei nicht erfüllt. Der Entschädigungsanspruch für geleistete (und bestrittene) Regiearbeiten sei damit einer Überprüfung nicht zugänglich, was zu dessen Verneinung führen müsse (KG act. 2 S. 11).

b) Die Beschwerdeführerin bringt im Zusammenhang mit der Auftragserteilung zunächst vor, sie habe im Verfahren dargelegt, dass die Aufträge jeweils mündlich erteilt worden seien, wozu von der Beschwerdeführerin auch der Zeugenbeweis angerufen worden sei. Insofern sei der Einwand der Vorinstanz unverständlich, man habe (aber immerhin) pauschal behauptet, es seien für die Regiearbeiten Aufträge erteilt worden (KG act. 1 S. 16). Es bleibt unklar, ob und welchen konkreten Nichtigkeitsgrund die Beschwerdeführerin geltend machen will. Ein solcher wäre auch nicht ersichtlich, ging die Vorinstanz ja gerade nicht davon aus, die Beschwerdeführerin habe die Auftragserteilung nur ungenügend substantiiert behauptet (KG act. 2 S. 9 f. Ziff. 3.2.1).

c) aa) Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin, dass über die Frage der Ausführung der Regiearbeiten kein Beweisverfahren durchgeführt worden ist, obwohl sie entsprechende Beweismittel offeriert habe (KG act. 1 S. 17-19).

bb) In Bezug auf die Ausführung der Regiearbeiten erwog das Handelsgericht, die Beschwerdeführerin habe auf Beilagen verwiesen, was nach der zürcherischen Rechtspraxis nicht genüge. Sie habe es insbesondere unterlassen, die Regiearbeiten in der Rechtsschrift im Totalbetrag überhaupt auch nur zu nennen, geschweige denn betragsmässig im Einzelnen darzulegen. Nachdem in der Klageantwort ausdrücklich auf diese Praxis hingewiesen worden sei, habe der (anwaltlich vertretenen) Beschwerdeführerin ohne weiteres klar sein müssen, unter welchen Voraussetzungen ein Verweis in der Rechtsschrift auf Beilagen als genügend betrachtet würde. Habe die Beschwerdeführerin in der Replik trotz entsprechender Möglichkeit die ihr zur Kenntnis gebrachten Anforderungen nicht erfüllt, sei für die Beurteilung auf ihre ungenügenden Vorbringen abzustellen. Weil sich die in Rechnung gestellten Regiearbeiten aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin in den Rechtsschriften selbst in keiner Weise überprüfen lie-

ssen, könne sie hierfür auch keine Entschädigung geltend machen (KG act. 2 S. 10 Ziff. 3.2.2).

cc) Gemäss der – im vorliegenden Verfahren geltenden – Verhandlungsmaxime (§ 54 Abs. 1 ZPO) ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreits darzulegen, wobei dieses seinem Verfahren (bzw. Entscheid) nur behauptete Tatsachen zugrunde legt. Wie von der Vorinstanz erwähnt, hat das Kassationsgericht in seinem Entscheid vom 29. September 1997 (publiziert in ZR 97 Nr. 87) festgehalten, durch Verweis auf die eingelegten Akten könnten Sachverhaltselemente nur dann als prozessgenügend behauptet gelten, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nenne und aus dem Verweis in der Rechtsschrift selbst klar werde, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstückes als Parteibehauptung gelten sollen. Eine bloss allgemeine Bezugnahme auf eingereichte Aktenstücke und die allgemeine Erklärung eingereicherter Akten zum integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift genüge nicht. In Konkretisierung der (bei Ansprüchen des Bundesprivatrechts durch Art. 8 ZGB verteilten) Behauptungslast bestimmt § 113 ZPO sodann, dass im Hauptverfahren das Streitverhältnis darzustellen und das Rechtsbegehren zu begründen ist, wobei die Parteien ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen haben; überdies sollen Beweismittel schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden (wobei der diese Obliegenheit statuierende Satz 3 von § 113 ZPO im ordentlichen Verfahren eine bloss Ordnungsvorschrift darstellt; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 113 ZPO).

Mit der Behauptungslast in engem Zusammenhang steht die Substanziierungslast. Sie besagt, dass diejenige Partei, die Rechte geltend macht, die relevanten Tatsachen so umfassend (detailliert, "substanziert") und klar darlegen (behaupten) muss, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (vgl. Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Zürich 2001, Rz 455; Hausheer/
Jaun, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Stämpfli-

Skripten zum schweizerischen Privatrecht, 2. A., Bern 2001, Rz 7.26 und 7.58; BGE 108 II 338 ff., insbes. 341).

Nach § 133 ZPO wird (unter anderem) Beweis erhoben über erhebliche streitige Tatsachen. Das damit angesprochene, durch die genannte Vorschrift gewährte und bei Ansprüchen des Bundes(privat)rechts bereits aus Art. 8 ZGB folgende Recht auf Beweisführung (vgl. BGE 126 III 317; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 vor §§ 133 ff. ZPO; Messmer/Imboden, a.a.O., Rz 104; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Stämpflis Handkommentar, Bern 2003, N 36 und 76 zu Art. 8-10 ZGB; Schmid, a.a.O., Rz 464 m.w.Hinw.; Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 221 m.w.Hinw.) stellt einen Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs (§ 56 Abs. 1 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV) dar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 56 ZPO und N 1 vor §§ 133 ff. ZPO). Es gibt der beweisbelasteten Partei einen Anspruch auf Abnahme form- und fristgerecht anbotener Beweise zu rechtlich erheblichen strittigen Behauptungen (vorab tatsächlicher Natur).

Aus der Vorschrift von § 134 ZPO, wonach die Beweiserhebung (auch dann, wenn sie in Anwendung von § 142 Abs. 2 ZPO ausnahmsweise von Amtes wegen erfolgt) in der Regel nach Abschluss des Hauptverfahrens durchgeführt wird, erhellt ferner, dass – was das kantonale Prozessrecht vorsehen kann (vgl. BGE 108 II 341 f.) – nur im Hauptverfahren behauptete, d.h. genügend substantiiert aufgestellte Tatsachenbehauptungen Gegenstand des Beweisverfahrens sein können. Letzteres darf mithin nicht dazu dienen, eine im Rahmen der Parteivorträge ungenügend gebliebene Sachdarstellung nachträglich zu vervollständigen, sondern dessen Durchführung setzt gegenteils genügend konkrete, zum Beweis verstellbare tatsächliche Behauptungen des Beweisführers voraus (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 113 ZPO und N 8 zu § 133 ZPO m.w.Hinw.; Lieber, a.a.O., S. 225 mit Anm. 22; s.a. Hausheer/Jaun, a.a.O. [Handkommentar], N 81 zu Art. 8-10 ZGB; dies., a.a.O. [Skriptum], Rz 7.58; Brönnimann, Die Behauptungslast, in: Leuenberger [Hrsg.], Der Beweis im Zivilprozessrecht, Bern 2000, S. 53 und 64 f.; ders., Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivil-

prozessrecht, Bern 1989, S. 14, 197 ff.). Dabei richtet sich das Ausmass der erforderlichen Substanziierung der betreffenden Behauptungen bei Rechtsverhältnissen, die dem Bundesprivatrecht unterstehen – um ein solches dreht sich der vorliegende Rechtsstreit –, ausschliesslich nach materiellem Bundeszivilrecht (Art. 8 ZGB); dies unabhängig davon, ob es um die Subsumtion des Sachverhalts unter die betreffende Norm des materiellen Rechts oder um die Schaffung der Voraussetzungen für die beweismässige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts geht (ZR 102 Nr. 8; RB 1988 Nr. 44; s.a. BGE 127 III 368; 123 III 188; 108 II 338 ff.; 98 II 117; ZR 93 Nr. 19, Erw. 5/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 113 ZPO, N 13d zu § 285 ZPO und N 6 zu § 54 ZPO; Schmid, a.a.O., Rz 455; Hausheer/Jaun, a.a.O. [Skriptum], Rz 7.26 und 7.58; dies., a.a.O. [Handkommentar], N 81 zu Art. 8-10 ZGB; Messmer/Imboden, a.a.O., Rz 87; Münch, in: Geiser/Münch [Hrsg.], Prozessieren vor Bundesgericht, 2. A., Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz 4.57; Brönnimann, a.a.O. [Behauptungs- und Substanziierungslast], S. 226 und 227). Ebenfalls nach Bundesrecht beurteilt sich, ob hinreichend substantiiert bestritten wurde. Auf die Thematik der genügenden Substanziierung kann somit im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden.

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist schliesslich der bundesrechtliche Anspruch auf Beweisführung tangiert, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in Festschrift 125 Jahre Kasationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 223; Vogel, Das Recht auf den Beweis, in recht 1991, S. 43; BGE 126 III 317, 123 III 40, 114 II 290 f., 105 II 145, ZR 95 Nr. 73). Auch diesbezüglich fehlt eine Prüfungsbefugnis im kantonalen Beschwerdeverfahren.

dd) Wenn nun die Vorinstanz das Vorliegen genügender Behauptungen verneinte, weil sich die in Rechnung gestellten Regiearbeiten aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerin in den Rechtsschriften nicht überprüfen lasse, mithin diesbezüglich keine genügenden Behauptungen vorlägen, vermag die Beschwer-

deführerin mit ihren Vorbringen keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Sie setzt sich mit dem Kern der vorinstanzlichen Argumentation, ein Verweis auf Beilagen genüge nach zürcherischer Praxis nicht, nicht auseinander. Die Vorinstanz hat nicht festgehalten, mit den von der Beschwerdeführerin offerierten Beweismitteln lasse sich der Beweis der Ausführung der Regiearbeiten nicht erbringen. Die im kantonalen Beschwerdeverfahren überprüfbare Kritik der Beschwerdeführerin geht deshalb an den vorinstanzlichen Erwägungen vorbei.

ee) Anzumerken ist, dass auch die Ausführungen auf Seite 18 der Beschwerdeschrift am Gesagten nichts ändern. Auch diese Vorbringen sind nicht geeignet, die Argumentation des Handelsgerichts, die Beschwerdeführerin habe es unterlassen, die Regiearbeiten in der Rechtsschrift im Totalbetrag zu nennen oder betragsmässig im Einzelnen darzulegen, zu entkräften. Nichts anderes ergibt sich aus der bezeichneten Aktenstelle, nämlich der Replik Seite 4 bzw. Ziffer 10 1. Absatz (HG act. 18).

d) Ebenfalls nicht durchzudringen vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen zur Thematik des behaupteten Zeitpunktes der rechtzeitigen Vorlage der Regierapporte (KG act. 1 S. 19 f.). Auch diesbezüglich ging die Vorinstanz davon aus, es fehle der Klage an rechtsgenügenden Behauptungen der Beschwerdeführerin zur Frage, ob die Regierapporte rechtzeitig zur Kontrolle vorgelegt worden seien (KG act. 2 S. 11). Damit ist auch hier das Handelsgericht nicht davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin könnte die Rechtzeitigkeit der Vorlage nicht beweisen, weshalb der Einwand der Beschwerdeführerin ins Leere zielt.

6. Auch hinsichtlich der Ausmassarbeiten gelangte die Vorinstanz zum Schluss, eine Überprüfung sei mangels hinreichender Behauptungen nicht möglich, weshalb der Entschädigungsanspruch entfallen müsse. Die Beschwerdeführerin habe - so die Vorinstanz - zwar mit der Klagebegründung die Schlussrechnung und mit der Replik auch die Ausmassprotokolle eingereicht und in der Rechtsschrift darauf verwiesen. Indes habe sie in der Rechtsschrift nicht einmal wenigstens konkrete Beträge genannt, weder für die Ausmassarbeiten insgesamt

noch im Einzelnen aufgeteilt auf die verschiedenen Arbeiten und bezogen auf die einzelnen Häuser. Aufgrund der konkreten Einwendung der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Klageantwort sei die Beschwerdeführerin gehalten gewesen, ihre Behauptungen in der Replik zu konkretisieren. Eines zusätzlichen richterlichen Hinweises habe es nicht mehr bedurft (KG act. 2 S. 12).

6.1 Was die Beschwerdeführerin unter Ziffer 5.a der Beschwerdeschrift vorträgt (KG act. 1 S. 20-26), genügt den vorerwähnten Anforderungen an die Begründung eines Nichtigkeitsgrundes nicht bzw. geht an den vorinstanzlichen Ausführungen vorbei. Wenn die Beschwerdeführerin auf Vorbringen in ihrer Replikschrift verweist (KG act. 1 S. 22), ist daraus nicht ersichtlich, dass und an welchen genauen Stellen die Beschwerdeführerin - wie von der Vorinstanz gefordert (KG act. 2 S. 12) - konkrete Beträge genannt hätte. Mithin weist die Beschwerdeführerin nicht nach, dass sie in ihren Rechtsschriften die notwendigen Behauptungen aufgestellt hätte.

6.2 a) Soweit die Beschwerdeführerin sodann erneut darlegt, die Vorinstanz habe die Triplik zu Unrecht zurückgewiesen, kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden. Angesichts der Formulierung in der Verfügung vom 18. Januar 2005, wonach zur Stellungnahme zu allfälligen Behauptungen bzw. Beilagen der Duplik wenn nötig noch Frist angesetzt werde (HG Prot. S. 13), und dem Umstand, dass eine solche Fristansetzung nicht erfolgte, geht ohne weiteres hervor, dass die Vorinstanz der Auffassung war, weitere Eingaben könnten am Verfahrensausgang nichts mehr ändern. Eine Verletzung der Begründungspflicht, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht (KG act. 1 S. 27), liegt nicht vor.

b) Unerfindlich ist, inwiefern das Handelsgericht mit folgender Erwägung: "Weitere Ausführungen "vor Schranken" wie sie sich die Klägerin wiederholt vorbehält, sind somit grundsätzlich nicht vorgesehen", eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen haben sollte (vgl. KG act. 1 S. 27 unten). Mit der Hervorhebung brachte die Vorinstanz lediglich zum Ausdruck, dass im - wie vorliegend - schriftlichen Verfahren in der Regel der Ausdruck "vor Schranken" nicht gebraucht wird, sondern damit die mündlichen Ausführungen der Parteien (im mündlichen Verfahren) gemeint sind. Insofern wird eben bei den Rechtsschriften im schriftli-

chen Verfahren nicht von Ausführungen "vor Schranken" gesprochen. Dass aber die Vorinstanz - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - das Vorbringen der Beschwerdeführerin dazu benützt hätte, ihr Argumentarium zu untermauern, wonach in der Rechtsschrift der Sachverhalt darzulegen sei, und nicht vor Schranken (KG act. 1 S. 27 letzter Absatz), ist nicht ersichtlich.

c) Ebenfalls keinen konkreten Nichtigkeitsgrund macht die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen auf den Seiten 28 bis 31 geltend, vielmehr stellt die Beschwerdeführerin ihre Sichtweise zu den offerierten Beweismitteln dar. Die Vorinstanz hat aber auch hier nicht auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichtet, weil sie die Beweismittel für untauglich hielt, sondern weil es mangels genügender Behauptungen *in den Rechtsschriften* am notwendigen Klagefundament fehle.

7. Schliesslich gehen auch die Vorbringen unter dem Titel "Schlussbemerkungen" (KG act. 1 S. 31 f.) nicht über die Darstellung der eigenen Sichtweise der Beschwerdeführerin zur richterlichen Fragepflicht hinaus, ohne sich mit den entsprechenden konkreten Erwägungen des Handelsgerichts auseinander zu setzen. Weiterungen hiezu erübrigen sich.

8. Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund nachzuweisen vermag. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

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

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 6'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 416.-- Schreibgebühren,
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 7'000.-- zu entrichten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich sowie an das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.
6. 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 beträgt Fr. 467'857.05.

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

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: