



---

Kass.-Nr. AA070079/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Lukas Künzli

## Zirkulationsbeschluss vom 27. Februar 2008

in Sachen

A.,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt [...]

gegen

B.,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt [...]

betreffend

**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil und Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. April 2007 (HG050070/U/ei)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Personalverleihfirma A.P. vermittelte der X.-AG J.L.. Dieser erlitt am 28. Juli 1998 einen Unfall, als er bei der Isolation eines Kamins vom Dachaufbau stürzte und sich schwere Verletzungen zuzog.

Die Klägerin erbrachte als obligatorische Unfallversicherung von J.B. die gesetzlich geschuldeten Versicherungsleistungen (Taggelder, Heilungskosten, Integritätsentschädigung).

Der damalige Einsatzbetrieb von J.L., die X.-AG, war bei der Beklagten betriebshaftpflichtversichert.

Mit der am 8. März 2005 beim Handelsgericht anhängig gemachten Klage verlangte die Klägerin von der Beklagten den Ersatz der für J.L. erbrachten Versicherungsleistungen im Betrag von Fr. 317'833.90.

Die Parteien konnten aussergerichtlich einen Teilvergleich schliessen, indem sie den Schaden im Quantitativen auf einen Betrag von Fr. 182'330.- festsetzten. In der Folge wurde das Verfahren zu den noch offenen bzw. strittigen Punkten fortgesetzt. Konkret ging es darum, ob die X.-AG für den J.L. entstandenen Schaden (aus Art. 55 OR, Art. 41 OR oder Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) haftet und – falls dies bejaht wird - die Beklagte als Betriebshaftpflichtversicherung der X.-AG für die Haftung bzw. die Deckung des Schadens einzustehen habe.

Mit Beschluss vom 17. April 2007 schrieb das Handelsgericht die Klage im Umfang von Fr. 135'503.90 nebst 5 % Zins auf Fr. 169'471.60 seit dem 11. August 2000 und auf Fr. 148'362.30 seit dem 28. Januar 2005 als durch Rückzug erledigt ab. Mit Urteil gleichen Datums verpflichtete es die Beklagte, der Klägerin Fr. 182'330.– zu bezahlen (vgl. KG act. 2).

2. Dagegen legte die Beklagte (nachfolgend Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 25. Mai 2007 rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein, mit welcher sie die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangt (vgl. KG act. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (vgl. KG act. 9). Die der Beschwerdeführerin auferlegte Prozesskaution von Fr. 14'000.– wurde innert Frist geleistet (vgl. KG act. 10). In ihrer Beschwerdeantwort verlangt die Klägerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. KG act. 11 S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. KG act. 13).

3. Die Beschwerdeführerin legte gegen das handelsgerichtliche Urteil gleichzeitig Beschwerde in Zivilsachen ein, worauf das Bundesgericht das Verfahren bis zum Entscheid des Kassationsgerichts sistierte (vgl. KG act. 6).

## II.

1. In der Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. KG act. 1 S. 5-12, Ziff. 8-23) geht es hauptsächlich um die Fragen, ob die Vorinstanz nach der Feststellung eines faktischen Vertragsverhältnisses zwischen der X.-AG und J.L. die Anwendbarkeit von Art. 44 Abs. 2 aUVG (Haftung des Arbeitgebers nur für absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführte Berufsunfälle) hätte prüfen bzw. bejahen müssen.

2. a) Nach § 285 Abs. 1 und ZPO ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses mit freier Kognition überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt.

Der vorinstanzliche Entscheid erging nach dem 1. Januar 2007, weshalb sich die Weiterzugsmöglichkeiten für bundesrechtliche Rechtsmittel nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz [BGG], SR 173.110) richten (vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG). Konkret unterliegt der vorinstanzliche Entscheid der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG (vgl. Art. 90 und Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG und vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung nach Disp.-Ziff. 6/b). Im Rahmen dieses Rechtsmittels überprüft das Bundesge-

richt insbesondere eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG; vgl. SEILER, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 10 zu Art. 95; vgl. SCHOTT, Basler Kommentar BGG, Basel 2008, N 3 zu Art. 95). Eine Verletzung von Bundesrecht liegt auch vor, wenn solche Normen zu Unrecht nicht angewendet werden (vgl. SEILER, a.a.O., N 9 zu Art. 95). Da Art. 44 aUVG zu den Normen des Bundesrechts zählt, überprüft das Bundesgericht auf Beschwerde in Zivilsachen hin frei, ob der vorinstanzliche Sachrichter diese Bestimmung zu Unrecht nicht angewendet hat (vgl. beispielhaft die unter Herrschaft des OG auf eidgenössische Berufung hin ergangenen BGE 127 III 580 und 123 III 280).

Die in der Beschwerde erhobene (Haupt-)Rüge, die Vorinstanz hätte ("zwingend und von Amtes wegen") Art. 44 Abs. 2 aUVG anwenden müssen (vgl. insb. KG act. 1 S. 7/8, Ziff. 14), erweist sich daher im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde als unzulässig (§ 285 ZPO).

b) Mit Blick auf die weiteren Beschwerdevorbringen drängen sich darüber hinaus die nachfolgenden Erwägungen auf.

aa) Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin gleichzeitig ihren Gehörsanspruch (nach Art. 6 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV und § 56 Abs. 1 ZPO) verletzt sieht, weil die Vorinstanz auf die von ihr in diesem Zusammenhang in der Duplik (HG act. 20 S. 17 unten) vorgebrachten Argumente nicht eingegangen bzw. diese übersehen habe (vgl. KG act.1 S. 6, Ziff. 10; insb. S. 6-7, Ziff. 11-13; S. 12, Ziff. 23), vermag an der Unzulässigkeit der Rüge nichts zu ändern. Die Frage, ob die Vorinstanz auf die rechtliche Argumentation zur Anwendbarkeit von Art. 44 Abs. 2 aUVG hätte eingehen müssen oder nicht, hängt von der richtigen Anwendung von Bundesrecht ab. Mit anderen Worten geht die Rüge der Gehörsverletzung in der Rüge der zu Unrecht nicht angewendeten bundesrechtlichen Norm auf, weshalb ihr keine selbstständige Bedeutung zukommt. Zum anderen ist es nach der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung generell nicht möglich, in Fällen, in welchen ein bestimmter Mangel beim Bundesgericht gerügt werden kann, gleichzeitig noch an das Kassationsgericht zu gelangen mit der Begründung, es sei dadurch indirekt auch eine kantonale Vorschrift – z.B. der in § 56 Abs. 1 ZPO

statuierte Gehörsanspruch - verletzt worden (vgl. statt vieler: RB 1980 Nr. 29, Kass.-Nr. 96/026 Z Beschluss vom 2. Juni 1997, in Sachen A., E. II/3/b/dd, m.w.H.).

bb) Weiter kann sich die Beschwerdeführerin vorliegend auch nicht auf eine Verletzung klaren materiellen Rechts (nach § 281 Ziff. 3 ZPO) berufen, indem sie in der Nichtanwendung von Art. 44 Abs. 2 aUVG durch die Vorinstanz eine qualifiziert fehlerhafte Rechtsanwendung sieht (vgl. KG act. 1 S. 7-9, Ziff. 14-16; S. 12, Ziff. 23). Die Spezialbestimmung von § 285 ZPO geht § 281 ZPO vor (vgl. etwa: AA050141, Beschluss vom 18. Juli 2006, in Sachen T., E. II/2) und es bleibt dabei, dass es der Sache nach um die vorliegend nicht überprüfbare Frage der richtigen Anwendung von Bundesrecht geht.

cc) Die weitere Rüge, die Vorinstanz habe den Beweisführungsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt, weil sie die Frage der Absicht bzw. Grobfahrlässigkeit (der X.-AG) nicht geklärt habe, knüpft an die Begründetheit der Rüge an, wonach die Vorinstanz Art. 44 Abs. 2 aUVG hätte (zwingend) direkt anwenden müssen (vgl. KG act. 1 S. 8-9, Ziff. 15-16). Da letztere Rüge – wie gezeigt – im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist, kann auch auf die daran anknüpfende Rüge der Verletzung des Beweisführungsanspruches nicht eingetreten werden. Das Gleiche gilt, soweit die Beschwerdeführerin im gleichen Kontext eine willkürliche tatsächliche Annahme sieht (vgl. KG act. 1 S. 10, Ziff. 17-18 [insb. Ziff. 18 a.E.]). Auch diese Rüge hängt von der Begründetheit der Rüge ab, wonach die Vorinstanz Art. 44 Abs. 2 aUVG hätte (zwingend) direkt anwenden müssen.

Diesbezüglich ist anzumerken, dass als Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG mit der bundesrechtlichen Beschwerde in Zivilsachen auch geltend gemacht werden kann, der kantonale Sachrichter habe nicht alle relevanten Tatsachen ermittelt, welche zur Rechtsanwendung nötig seien. Ein Entscheid, welcher nicht die zur Subsumtion notwendigen tatsächlichen Grundlagen enthält, ist folglich bundesrechtswidrig. Soweit es um die Anwendung von Bundesrecht geht, ist die unvollständige oder lückenhafte Sachverhaltsfeststellung (auch rechtsfehlerhafte Sachverhaltsfeststellung genannt) somit nach Art. 97

Abs. 1 BGG mittels Beschwerde in Zivilsachen geltend zu machen (vgl. SEILER, Bundesgerichtsgesetz [BGG], a.a.O, N 24 zu Art. 97; vgl. 9C\_309/2007, Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2007, E. 1; vgl. auch VON WERDT, Bundesgerichtsgesetz [BGG], a.a.O, N 3f. zu Art. 105; vgl. auch BGE 133 IV 293, E. 3.4; vgl. weiter zur altrechtlichen Regelung Art. 64 Abs. 1 OG; MESSMER/IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, Rz 101; MÜNCH, in Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Auflage, Basel 1998, Rz 4.67 m.w.H.). Wollte die Beschwerdeführerin darüber hinaus auch eine lückenhafte Sachverhaltsfeststellung hinsichtlich der Frage der Absicht bzw. Grobfahrlässigkeit der X.-AG bemängeln, wäre die entsprechende Rüge im vorliegenden Beschwerdeverfahren daher nicht zulässig (§ 285 ZPO; vgl. insb. KG act. 1 S. 10, Ziff. 17-18; S. 12, Ziff. 23).

dd) Soweit die Beschwerdeführerin der Vorinstanz unter dem Titel "willkürliche tatsächliche Annahme" bzw. "Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör" und unter Hinweis "Erw. 4.6.2, S. 30 unten" die Annahme eines Dissens hinsichtlich der Deckungsausschlüsse vorwirft, "ohne entsprechend Beweis abzunehmen, insbesondere ohne Herrn B. als Zeuge zu befragen" (vgl. KG act. 1 S. 10, Ziff. 19; S. 11, Ziff. 20), kann auf die Beschwerde mangels ausreichender Substantiierung nicht eingetreten werden. Die Beschwerdeführerin weist nicht im Sinne von § 288 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO nach, wo bzw. dass die Vorinstanz im fraglichen Kontext überhaupt eine tatsächliche Annahme getroffen hat, die mit eigenen tatsächlichen Behauptungen der Beschwerdeführerin in Widerspruch stünden. Der blosser Verweis auf Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren ist vor Kassationsgericht nicht zulässig (vgl. zu den Begründungsanforderungen etwa: GULDENER, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; VON RECHENBERG, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar ZPO ZH, Zürich 1997, N 4 f. zu § 288 ZPO).

ee) Nicht eingetreten werden kann schliesslich auf die Rüge, die Vorinstanz habe in "Erw. 4.6.2, S. 29" und "E. 4.6.4, S. 33" widersprüchliche Erwägungen

angestellt (vgl. KG act. 1 S. 11-12, Ziff. 21-22). Zum einen bleibt unklar, inwiefern die Beschwerdeführerin einen kantonalrechtlichen Nichtigkeitsgrund als gegeben erachtet, und zum anderen sind sachrichterliche Überlegungen im Rahmen der Auslegung von Allgemeinen Versicherungsbedingungen nach der Ungewöhnlichkeits- und/oder Unklarheitenregel rechtlicher Natur und können – da es vorliegend um bundesrechtliche Ansprüche geht – im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde nicht überprüft werden (vgl. § 285 ZPO).

3. Weitere Vorbringen, welche hinreichend konkret die Geltendmachung eines kantonalrechtlichen Nichtigkeitsgrundes erkennen lassen, können der Beschwerde nicht entnommen. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass auf die Beschwerde in allen Punkten nicht eingetreten werden kann.

### III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung des Urteils und des Beschlusses des Handelsgerichts, weshalb sich der Gesamtstreitwert des vorliegenden Beschwerdeverfahrens an sich auf Fr. 317'833.90 beläuft. Der Sache nach richten sich die Beschwerdevorbringen indessen nur gegen das vorinstanzliche Urteil, weshalb von einem Streitwert von Fr. 182'330.– entsprechend der gutgeheissenen Klage auszugehen ist.

Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren bemisst sich nach der am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (vgl. § 19 GerGebVO).

Nach der neueren bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 100 Abs. 6 BGG beginnt mit der Eröffnung des kassationsgerichtlichen Beschlusses grundsätzlich auch die Frist zur (Mit-)Anfechtung des handelsgerichtlichen Urteils vom 17. April 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht zu laufen (vgl. Urteile des Bundesge-

richts 5A\_86/2007 vom 3. September 2007, E. 1.3, und 6B\_51/2007 vom 3. September 2007, E. 1).

**Das Gericht beschliesst:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 9'000.–.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 7'500.– zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt 182'330.–.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichtes vom 17. April 2007 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, an das Handelsgericht des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: