



Kass.-Nr. AA100069-P/U/Np

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 24. Mai 2011

in Sachen

X.,

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

gegen

Y.,

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Mai 2010 (HG080163/U/dz)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin (Klägerin), eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Zürich, betreibt in Zürich ein Delikatessengeschäft (HG act. 4/3). Bei der Beschwerdegegnerin (Beklagte) handelt es sich um eine ebenfalls in Zürich domizilierte Versicherungsgesellschaft (HG act. 4/4), mit der die Beschwerdeführerin einen Geschäftsversicherungsvertrag für KMU (Police Nr. XXX) für die Risiken Feuer/Elementar, Diebstahl, Wasser, Glas, Betriebsunterbrechung und Hygiene abgeschlossen hatte (HG act. 4/6). Gestützt darauf macht die Beschwerdeführerin Ansprüche auf Versicherungsleistungen aus insgesamt sieben, zwischen dem 8. Januar 2005 und dem 8. April 2005 eingetretenen Schadenereignissen geltend, darunter einem Einbruchdiebstahl vom 18./19. Januar 2005 und einem Brand vom 27./28. März 2005. Die Beschwerdegegnerin bestreitet eine Leistungspflicht und stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin durch Falschangaben versuche, eine wesentlich höhere Leistung zu erwirken, als vertraglich geschuldet wäre, soweit überhaupt von unfreiwilligen (und damit erst leistungsbegründenden) Ereignissen ausgegangen werden könne. Damit sei der Tatbestand der betrügerischen Anspruchs begründung im Sinne von Art. 40 VVG erfüllt, weshalb die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 3. Dezember 2007 per Schadensdatum 19. Januar 2005 vom Vertrag zurücktrat (HG act. 4/28).

2. Mit Einreichung der friedensrichteramtlichen Weisung vom 22. April 2008 (HG act. 3) und Klageschrift vom 3. Juli 2008 (HG act. 1) machte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) gegen die Beschwerdegegnerin eine Forderungsklage (aus Versicherungsvertrag) über Fr. 96'403.30 nebst Zins anhängig. Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 17. Oktober (recte: November) 2008, in der die Beschwerdegegnerin den Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Klage stellte (HG act. 7, insbes. S. 1), fand am 10. Februar 2009 eine Referentenaudienz mit Vergleichsverhandlung statt (vgl. HG Prot. S. 4). Dabei schlossen die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbe-

halt (HG Prot. S. 4 f.), den die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. Februar 2009 innert Frist widerrief (HG act. 12). Die in Fortsetzung des (schriftlichen) Verfahrens erstattete Replik datiert vom 28. April 2009 (HG act. 17), die Duplik vom 31. August 2009 (HG act. 21). Darin eröffnete die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin ein Vergleichsangebot (HG act. 21 S. 6, Ziff. 10), zu dem sich Letztere auf gerichtliche Fristansetzung hin nicht vernehmen liess (vgl. HG Prot. S. 9 und HG act. 23).

Ohne Durchführung eines Beweisverfahrens erging am 4. Mai 2010 das vorinstanzliche Urteil, mit dem die Beschwerdegegnerin in teilweiser Gutheissung der Klage verpflichtet wurde, der Beschwerdeführerin Fr. 29'436.80 nebst 3,8% Zins vom 3. Dezember 2007 bis 27. März 2008 sowie 5% Zins seit 28. März 2008 zu bezahlen; im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Die Kosten auferlegte die Vorinstanz zu 30% der Beschwerdegegnerin und zu 70% der Beschwerdeführerin, welche überdies verpflichtet wurde, der Beschwerdegegnerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 6'400.-- zu bezahlen (HG act. 25 = KG act. 2).

3. Gegen das den Parteien am 12. Mai 2010 zugestellte (HG act. 26/A-B) handelsgerichtliche Urteil richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde vom 9. Juni 2010 (KG act. 1). Darin beantragt die Beschwerdeführerin, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Fällung eines neuen Entscheids an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter sei mit einer Entscheidung zuzuwarten, bis das Bundesgericht im Rahmen der gegen das vorinstanzliche Erkenntnis ebenfalls erhobenen Beschwerde in Zivilsachen (vgl. KG act. 3) über den Anspruch oder zumindest über die Beweislastverteilung bzw. Beweiserleichterung sowie über die Abnahme rechtserheblicher Beweise zugunsten der Beschwerdeführerin entschieden habe (KG act. 1, insbes. S. 2).

Die Vorinstanz hat ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 9). Demgegenüber hat die Beschwerdegegnerin unter dem 16. August 2010 innert gebotener Frist (vgl. KG act. 5 und 6/2) eine Beschwerdeantwort eingereicht, in der sie auf formelle Antragstellung zur Sache selbst verzichtet und lediglich verlangt, die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin

aufzuerlegen oder auf die Gerichtskasse zu nehmen (KG act. 16, insbes. S. 4). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 17. August 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 17 und 18/1). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Gemäss deren Übergangsbestimmungen gilt für (auch Rechtsmittel-)Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechts-hängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffen-den Instanz weiter (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das vorliegende Beschwerdeverfah-ren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufge-hobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) sowie des Gerichts-verfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Eben-so ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozess-recht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der ange-fochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO/ZH be-zeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Damit richten sich auch die Neben-folgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Ver-ordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (aGGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenver-ordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Ver-ordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

2. Als Endentscheid im Sinne von § 281 ZPO/ZH ist das angefochtene Urteil ohne Weiteres beschwerdefähig (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürche-rischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 9 zu § 281; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 4; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zü-richt und im Bund, Zürich 1999, S. 62), zumal auch kein Ausschlussgrund gemäss § 284 ZPO/ZH vorliegt. Ferner wurde die Beschwerde rechtzeitig erhoben (vgl.

§ 287 ZPO/ZH und §§ 191-193 GVG) und die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 10. Juni 2010 in Anwendung von § 75 Abs. 1 ZPO/ZH auferlegte Prozesskaution von Fr. 8'500.-- innert (erstreckter) Frist geleistet (vgl. KG act. 11 und 13). Schliesslich besteht im Lichte der bundesgerichtlichen Praxis, welche (insbesondere auch mit Blick auf Art. 100 aAbs. 6 und Art. 105 BGG) mit der Behandlung einer Beschwerde in Zivilsachen regelmässig zuwartet, bis die gegen den angefochtenen Entscheid ebenfalls erhobenen kantonalen Rechtsmittel erledigt sind, auch keine Veranlassung, das Kassationsverfahren zu sistieren (vgl. KG act. 1 S. 2, Antrag 2). Die Beschwerde ist daher anhand zu nehmen.

3.a) Die Vorinstanz bejahte in ihrer Urteilsbegründung zunächst ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit (KG act. 2 S. 3 f., Erw. II/2) und gab die Parteivorbringen zu den streitgegenständlichen Schadenereignissen wieder (KG act. 2 S. 4 ff., Erw. III/1). Alsdann widmete sie sich deren Würdigung (KG act. 2 S. 12 ff., Erw. III/2), wobei sie vorweg das (teilweise herabgesetzte) Beweismass und die Beweislast für den Eintritt des Versicherungsfalls erörterte (KG act. 2 S. 12 f., Erw. III/2.1 m.Hinw. auf BGE 130 III 321 ff.). In Anwendung dieser Grundsätze kam sie zum Schluss, dass sich die Ereignisse so zugetragen hätten, wie die Beschwerdeführerin behauptet habe und wie sie in den entsprechenden Polizeiprotokollen festgehalten seien, d.h. dass der Eintritt der verschiedenen Schadenereignisse mit der zu deren Nachweis notwendigen überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststehe (KG act. 2 S. 14 ff., Erw. III/2.2).

Anders – so die Vorinstanz weiter – verhalte es sich bezüglich des Eintritts und der Höhe des behaupteten Schadens, für den die Beschwerdeführerin voll (und ohne Beweiserleichterung) beweispflichtig sei. Diesbezüglich könne der (volle) Beweis mit den angerufenen Beweismitteln in der Mehrzahl der Fälle nicht gelingen, weshalb auf eine (formelle) Beweisabnahme zum Vornherein verzichtet werden könne (KG act. 2 S. 17 f., Erw. III/2.3.2). Zur Begründung dieser Ansicht würdigte die Vorinstanz einerseits die bereits vorhandenen Akten; andererseits unterzog sie die von der Beschwerdeführerin für die einzelnen Schadenereignisse anbotenen Beweise (insbes. Zeugenaussagen) einer antizipierten Würdigung, wobei sie jeweils annahm, die Beschwerdeführerin verfüge über keine weiteren

Unterlagen, die zum Beweis der abhanden gekommenen Waren dienlich wären. Gestützt darauf gelangte sie zur Auffassung, es könne ohne Willkür angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin den Schadensbeweis mit Bezug auf die Schadenereignisse vom 8. Januar 2005, vom 18./19. Januar 2005, vom 10./11. März 2005, vom 24./26. März 2005, vom 4. April 2005 und teilweise auch vom 27./28. März 2005 nicht erbringen können. Demgegenüber sei der im Zusammenhang mit dem Schadenereignis vom 27./28. März 2005 (Brand) behauptete Schaden im Umfang von Fr. 27'854.-- substantiiert und ausgewiesen, weshalb die Forderung in diesem Umfang zuzusprechen sei (KG act. 2 S. 18 ff., Erw. III/2.3.3-2.3.6). Nicht ausreichend seien sodann die Beweismittel zum Nachweis des angehrten Betriebsunterbruchschadens, weshalb die Klage auch diesbezüglich abzuweisen sei (KG act. 2 S. 22 ff., Erw. III/2.3.7). Als ausgewiesen zu betrachten sei jedoch der geltend gemachten Sachschaden am Mobiliar (KG act. 2 S. 24 ff., Erw. III/2.3.8). Daraus ergebe sich eine ausgewiesene Forderung der Beschwerdeführerin von Fr. 27'854.-- für abhanden gekommene oder zerstörte Ware sowie eine Forderung aus entstandenen Sachschäden am Mobiliar, welche unter Berücksichtigung des vertraglich festgelegten Selbstbehalts Fr. 1'582.80 betrage. In diesem Umfang (Fr. 29'436.80) sei die eingeklagte Forderung somit zu bejahen. Im Mehrbetrag sei sie zufolge fehlenden Nachweises eines Schadens zu verneinen (KG act. 2 S. 26, Erw. III/2.3.9).

Schliesslich prüfte die Vorinstanz, ob die Beschwerdegegnerin zu Recht wegen betrügerischer Anspruchsbegründung vom Vertrag zurückgetreten sei, was ihre Leistungspflicht aufheben würde. Dabei erwog sie, die Beschwerdegegnerin müsse beweisen, dass die Angaben der Beschwerdeführerin betreffend die durch den Einbruchdiebstahl vom 18./19. Januar 2005 abhanden gekommenen Waren tatsächlich falsch gewesen seien, und dass die Beschwerdeführerin beabsichtigt habe, die Versicherung mit diesem Vorgehen zu täuschen. Dieser Beweis werde der Beschwerdegegnerin zufolge Fehlens jeglicher geeigneter Unterlagen aber nicht gelingen, womit es an der Grundlage für einen Vertragsrücktritt fehle. Könne sich die Beschwerdegegnerin aber nicht auf einen Vertragsrücktritt berufen, seien die festgestellten Leistungen geschuldet. Somit ergebe sich ein ausgewiesener Betrag von Fr. 29'436.80 zuzüglich Zins, den die Beschwerdegegnerin der Be-

schwerdeführerin zu bezahlen verpflichtet sei (KG act. 2 S. 26 ff., Erw. III/2.4 und III/3).

b) In ihrer hiegegen geführte Beschwerde bemängelt die Beschwerdeführerin (nur) die vorinstanzlichen Erwägungen zum Schaden (KG act. 2 S. 17-26, Erw. III/2.3). Dabei wirft sie der Vorinstanz vor, zu Unrecht kein Beweisverfahren durchgeführt zu haben und statt dessen in willkürlicher antizipierter Beweiswürdigung angenommen zu haben, sie vermöge den behaupteten Schaden nicht rechtsgenügend zu beweisen (KG act. 1 S. 4, Ziff. 6 f.).

4. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorausschickt (KG act. 1 S. 3, Ziff. 5), richtet sich die Frage der Zulässigkeit der erhobenen Rügen bzw. die Abgrenzung der Prüfungsbefugnisse des Kassationsgerichts von denjenigen des Bundesgerichts nach § 285 ZPO/ZH. Danach 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 (Grundsatz der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber den Rechtsmitteln ans Bundesgericht).

a) Der vorinstanzliche Beschluss hat einen Rechtsstreit über ein dem Bundesprivatrecht unterstehendes Rechtsverhältnis (Versicherungsvertrag) zum Gegenstand und unterliegt der (ordentlichen) Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht (vgl. hinten, Erw. IV). Im Rahmen dieses Rechtsmittels überprüft das Bundesgericht (unter anderem) eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG). Folglich ist die Rüge der Verletzung von (formellem oder materiellem) Bundesrecht, zu welchem insbesondere auch die Bestimmung von Art. 8 ZGB gehört, nicht im kantonalen Kassationsverfahren, sondern mittels Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht zu erheben (ZR 107 Nr. 79, Erw. 3/b; 107 Nr. 59, Erw. 3.1; 107 Nr. 21, Erw. II/5/b m.w.Hinw.; Kuhn/Nietlispach, Bundesrechtsmittel und kantonale Rechtsmittel – Die Perspektiven kantonalen Gerichte am Beispiel des Kantons Zürich, ZZZ 2008/09, S. 300 und 302; Reetz, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, SJZ 2007, S. 37). (Richtigerweise liess die Beschwerdeführerin die Rüge, der vorinstanzliche Entscheid

verstosse in verschiedener Hinsicht gegen die aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Grundsätze, denn auch mit Beschwerde in Zivilsachen vor Bundesgericht erheben; vgl. KG act. 3.) Im Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren zulässig sind hingegen die Rügen der Verletzung wesentlicher kantonalrechtlicher Verfahrensgrundsätze (§ 281 Ziff. 1 ZPO/ZH) und der aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO/ZH und dazu ZR 107 Nr. 21, Erw. II/5).

Im vorliegend besonders interessierenden Zusammenhang mit dem Recht auf Beweis(führung) beurteilen sich die Fragen der Beweislastverteilung, des Beweismasses und des Beweisführungsanspruchs als solchem nach Art. 8 ZGB, womit diese Aspekte der kassationsgerichtlichen Prüfung entzogen sind. Demgegenüber richten sich (unter der Herrschaft des hier massgeblichen bisherigen Rechts) Ablauf und Durchführung des Beweisverfahrens (d.h. die Frage, wie und mit welchen Mitteln ein Beweis zu erbringen sei) nach kantonalem Recht (§§ 133 ff. ZPO/ZH). Diesbezügliche Fehler sowie Mängel in der Beweiswürdigung (einschliesslich antizipierter Beweiswürdigung) sind daher im kantonalen Beschwerdeverfahren geltend zu machen (vgl. hiezu ZR 106 Nr. 32, Erw. 2.3; Kuhn/Nietlis-pach, a.a.O., S. 302 und 304 m.w.Hinw.; s.a. ZR 95 Nr. 73; Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 221 ff. [je betreffend die insoweit identische Abgrenzung zwischen eidgenössischer Berufung gemäss Art. 43 ff. aOG und kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde]).

b) Der Umstand, dass die vorinstanzliche Anwendung des Bundesrechts vom Kassationsgericht nicht überprüft werden kann, hat zur Konsequenz, dass sie im Kassationsverfahren als verbindlich hinzunehmen ist und die vor Kassationsgericht erhobenen Rügen auf der Grundlage dieser Rechtsanwendung zu beurteilen sind – sei Letztere nun richtig oder falsch (worüber das Bundesgericht zu entscheiden hat). Damit besteht kein Raum, "die Erwägungen" in der Beschwerdeschrift an das Bundesgericht in die Beurteilung der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde "einzubeziehen und zu berücksichtigen", wie die Beschwerdeführerin verlangt (KG act. 1 S. 4, Ziff. 5). Vielmehr ist die (vorliegend zentrale) Frage, ob die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung an einem Nichtigkeits-

grund leide, unter Zugrundelegung der im angefochtenen Urteil vorgenommenen Beweislastverteilung und des von der Vorinstanz definierten Beweismasses zu beantworten.

5.a) Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass über rechts-erhebliche strittige Tatsachen ein Beweisverfahren durchzuführen sei, wobei Art. 8 ZGB die vorweggenommene Würdigung von Beweisen nicht grundsätzlich ausschliesse. Gemäss § 136 ZPO/ZH seien die Parteien aber zunächst mittels eines Beweisauflagebeschlusses aufzufordern, ihre Beweismittel zu nennen. Am Anspruch auf Beweisauflage vermöge auch die blossе Ordnungsvorschrift von § 113 ZPO/ZH nichts zu ändern. Weil die Parteien im ordentlichen Verfahren somit keinen Rechtsverlust befürchten müssten, wenn sie ihre Beweismittel nicht bereits im Rahmen des Hauptverfahrens nennen, könne der Richter vor Eingang der Beweisantretungsschrift gar nicht abschliessend wissen, welche Beweismittel überhaupt ins Feld geführt würden. Ohne deren Kenntnis könne aber auch deren Beweiskraft nicht gewürdigt werden. Es gehe deshalb nicht an, einen umstrittenen Sachverhalt (hier: die Schadenshöhe) vor diesem Zeitpunkt im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung bereits aufgrund eines im Hauptverfahren genannten Beweismittels abschliessend zu beurteilen. Anders verhalte es sich nur, wenn feststehe, dass eine behauptete Tatsache objektiv gar nicht mehr bewiesen werden könne. Letzteres treffe vorliegend jedoch nicht zu. Vielmehr seien verschiedene Beweismittel denkbar, welche die strittige Schadenshöhe belegen oder zumindest indizieren könnten. Zu denken sei (neben den in den Parteivorträgen an-erbotenen Beweismitteln) etwa an weitere Zeugen wie die vormalige Besitzerin des Geschäfts bzw. des Warenlagers oder den Buchhalter der Beschwerdeführerin, an Bestelllisten von Lieferanten oder an Dokumente des Buchhalters (KG act. 1 S. 5, Ziff. 8-10).

b) Damit beanstandet die Beschwerdeführerin die vorinstanzliche Auffassung, wonach sie (als beweispflichtige Partei) den ihr obliegenden Schadensbeweis (mit Ausnahme der als erwiesen erachteten Schadenspositionen im Umfang von Fr. 29'436.80) nicht erbracht habe und auch nicht werde leisten können. Die Rüge richtet sich somit gegen die Art und Weise, wie die Vorinstanz die in den

klägerischen Rechtsschriften offerierten Beweise betreffend Eintritt und Höhe des behaupteten und bestrittenen Schadens (teilweise antizipiert) gewürdigt hat. Konkret geht es darum, ob die Vorinstanz ohne Durchführung des prozessrechtlich vorgesehenen (formellen) Beweisverfahrens zu ihrer Beweiswürdigung gelangen durfte. Dabei handelt es sich um Fragen des kantonalen Prozessrechts und der Beweiswürdigung. Auf die Rüge ist daher einzutreten.

c) Beim vorinstanzlichen Verfahren handelt es sich um ein ordentliches erstinstanzliches (Erkenntnis-)Verfahren vor Handelsgericht. Zwar bestimmt § 113 Satz 3 ZPO/ZH, dass die Parteien ihre Beweismittel schon im Hauptverfahren vorlegen oder bezeichnen sollen. Nach der Praxis stellt diese Bestimmung im ordentlichen Verfahren jedoch eine blosser Ordnungsvorschrift dar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 113 und N 1 zu § 136; Kass.-Nr. AA050126 vom 13.7.2006 i.S. K.c.I., Erw. II/2/b), weshalb ihre Missachtung keine Beschränkung der zugelassenen Beweismittel nach sich zieht. Für das Beweisverfahren massgeblich sind vielmehr die allgemeinen Bestimmungen von §§ 133 ff. ZPO/ZH und damit insbesondere auch § 136 ZPO/ZH. Nach dieser Vorschrift ist das Beweisverfahren (unter Vorbehalt der in § 141 ZPO/ZH aufgeführten, in casu jedoch nicht gegebenen Ausnahmen) durch einen Beweisaufgabebeschluss zu eröffnen, mit welchem den Parteien Gelegenheit gegeben wird, die Beweismittel zu den ihnen auferlegten Hauptbeweisen bzw. zu den ihnen offenstehenden Gegenbeweisen einzureichen oder zu bezeichnen. Einen solchen hat die Vorinstanz aber nicht erlassen. Statt dessen hat sie direkt nach Abschluss des Hauptverfahrens gestützt auf die bereits in dessen Rahmen eingereichten und anbotenen Beweismittel entschieden, den Beweis für die behauptete und bestrittene Schadenshöhe für gescheitert zu erachten.

Mit diesem Vorgehen wurde der Beschwerdeführerin in Verletzung der Vorschriften über das Beweisverfahren verunmöglicht, sämtliche Beweismittel für ihre tatsächlichen Behauptungen betreffend Schadenseintritt und -höhe einzureichen oder zu bezeichnen. Im Gegensatz zur neuen eidgenössischen Zivilprozessordnung, nach welcher die Beweismittel bereits im Schriftenwechsel, in der Instrukti- ons- oder allenfalls Hauptverhandlung bezeichnet werden müssen (vgl. Art. 221

Abs. 1 lit. e, Art. 222 Abs. 2 und Art. 229 ZPO), sieht die zürcherische Zivilprozessordnung nämlich zwingend vor, dass das (gemäss § 134 ZPO/ZH grundsätzlich im Anschluss an das Hauptverfahren durchzuführende) Beweisverfahren über erhebliche streitige Tatsachen (im ordentlichen Verfahren) mit einem Beweisaufgabebeschluss im Sinne von § 136 ZPO/ZH zu eröffnen ist. Dieser gibt den Parteien (erst) die Möglichkeit, in ihrer Beweisantrittungsschrift (§ 137 ZPO/ZH) abschliessend ihre Haupt- und Gegenbeweismittel für die behaupteten streitigen Tatsachen zu nennen.

Das Kassationsgericht hat in diesem Zusammenhang bereits mehrfach entschieden, dass es nicht zulässig ist, aufgrund einer Würdigung der bereits im Hauptverfahren eingereichten Beweismittel behauptete streitige Tatsachen abschliessend als erwiesen oder als unbeweisbar zu erachten und aus diesem Grund auf die Durchführung eines eigentlichen (formellen) Beweisverfahrens zu verzichten, bevor den Parteien durch einen Beweisaufgabebeschluss die Möglichkeit zur abschliessenden Nennung ihrer Beweismittel gegeben wurde. Denn ohne Beweisaufgabebeschluss und darauf gestützter Beweisantrittung kann dem Gericht noch gar nicht bekannt sein, welche Beweis- und Gegenbeweismittel die Parteien abschliessend vorbringen werden. Das gilt insbesondere auch für eine antizipierte Beweiswürdigung, wie sie von der Vorinstanz in casu vorgenommen wurde. Eine abschliessende – und damit auch eine antizipierte – Beweiswürdigung ist vielmehr frühestens dann möglich (und rechtlich zulässig), wenn die Parteien ihre Haupt- und Gegenbeweismittel abschliessend genannt haben (vgl. ZR 95 Nr. 73, Erw. c; Kass.-Nr. AA050126 vom 13.7.2006 i.S. K.c.I., Erw. II/2/b; AA080039 vom 20.2.2009 i.S. K.c.G., Erw. II/5; Lieber, a.a.O., S. 229 und 244/245; Frank, Ergänzungsband zu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., Zürich 2000, N 8 f. zu § 281). Anders verhält es sich lediglich dann, wenn feststeht, dass eine behauptete Tatsache objektiv gar nicht mehr bewiesen werden kann. Im vorliegenden Fall kann jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass ein Beweis für die bestrittenen Behauptungen der Beschwerdeführerin bezüglich des Schadensquantitativs (z.B. mit den in der Beschwerdeschrift genannten Beweismitteln) möglich ist. Dass aus heutiger (verfrühter) Sicht im Lichte der aktuellen

(unvollständigen) Akten- und Beweislage allenfalls gewisse Zweifel am Gelingen dieses Beweises bestehen mögen, ändert daran nichts.

Hinsichtlich der antizipierten Würdigung der von der Beschwerdeführerin (bereits im Hauptverfahren) anbotenen Zeugenbeweise kommt hinzu, dass regelmässig ungewiss ist, was und wie ein Zeuge aussagen wird. Deshalb darf nach der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung der Antrag auf Einvernahme eines Zeugen grundsätzlich nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dessen Aussagen würden sich ohnehin als unglaubhaft erweisen. Denn ob eine Person unglaubwürdig oder deren Aussage als unglaubhaft zu qualifizieren ist, lässt sich in aller Regel erst nach deren Anhörung beurteilen. Auch unter diesem Gesichtspunkt weckt das Vorgehen der Vorinstanz (Nichterhebung der anbotenen Zeugenbeweise aufgrund einer antizipierten Würdigung) somit gewichtige Bedenken (vgl. Lieber, a.a.O., S. 244 f. mit Anm. 130 und 134; RB 1976 Nr. 33; 1999 Nr. 87; Kass.-Nr. 94/109 Z vom 4.7.1994 i.S. Z.c.Z., Erw. II/1/e; ferner auch RB 2004, Nr. 96 [zu § 149 aStPO/ZH]; 1990 Nr. 77 [zu § 30 aStPO/ZH]).

d) Indem die Vorinstanz, statt den Parteien mittels des gesetzlich vorgesehenen Beweisaufgebots Gelegenheit zur abschliessenden Nennung ihrer Haupt- und Gegenbeweismittel zu geben, ohne formelle Eröffnung eines Beweisverfahrens den der Beschwerdeführerin obliegenden Beweis für den Eintritt des behaupteten und bestrittenen, Fr. 29'436.80 übersteigenden Schadens allein in (teilweise antizipierter) Würdigung der bereits im Hauptverfahren eingereichten bzw. anbotenen Beweismittel als gescheitert erachtete, hat sie die einschlägigen kantonalrechtlichen Vorschriften über das Beweisverfahren (§§ 133 ff., insbes. § 136 ZPO/ZH) und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO/ZH verletzt (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 38 f. zu § 281; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67 mit Anm. 345; von Rechenberg, a.a.O., S. 27). Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet. Sie ist daher gutzuheissen, das vorinstanzliche Urteil vom 4. Mai 2010 antragsgemäss aufzuheben und die Sache zur Wahrung des Beweisführungsrechts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 291 ZPO/ZH). Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 6 ff., Ziff. 11 ff.) einzugehen.

III.

1. Entsprechend der auch im Rechtsmittelverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO/ZH sind die Gerichtskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 aGGebV). Deren Höhe richtet sich nach § 4 Abs. 1 aGGebV (s.a. § 13 Abs. 1 und 2 aGGebV), basierend auf einem (Verfahrens-)Streitwert von rund Fr. 67'000.-- (Umfang der Klageabweisung).

Die Beschwerdeführerin obsiegt mit ihrem Rechtsmittelantrag und ist folglich nicht kostenpflichtig. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits verzichtet in ihrer Beschwerdeantwort zwar ausdrücklich darauf, einen formellen Rechtsmittelantrag zu stellen (KG act. 16 S. 4, Ziff. 6). Zudem weist sie darauf hin, dass sie im Verfahren vor Vorinstanz nie gegen die Durchführung eines Beweisverfahrens opponiert habe (KG act. 16 S. 3, Ziff. 3). Gleichzeitig betont sie aber, dass daraus nicht gefolgert werden dürfe, sie "plädiere nun vorbehaltlos für die Gutheissung der Kassationsbeschwerde", zumal nach wie vor völlig unklar bleibe, wie die Beschwerdeführerin den ihr obliegenden Beweis führen wolle (und der Schadensnachweis auch nicht gelingen werde), und dass sie – die Beschwerdegegnerin – an Weiterungen grundsätzlich nicht interessiert sei (KG act. 16 S. 3 f., Ziff. 4 f.). In Anbetracht dieser Äusserungen kann nicht gesagt werden, die Beschwerdegegnerin nehme nicht am Kassationsverfahren teil, sondern distanzieren sich davon. Vielmehr identifiziert sie sich mit ihren Ausführungen in der Beschwerdeantwort im Ergebnis mit dem (fehlerhaften) vorinstanzlichen Entscheid. Gemäss gefestigter kassationsgerichtlicher Praxis hat sie deshalb die Verfahrenskosten zu tragen (RB 1981 Nr. 19; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 66; RB 2000 Nr. 60; 2007 Nr. 92).

2. Zudem ist die (für kostenpflichtig erklärte) Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin für die im Zusammenhang mit der Beschwerdeerhebung entstandenen Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Deren Höhe ist im Rahmen der §§ 3 ff. aAnwGebV (insbes. § 3 Abs. 1 aAnwGebV in Verbindung mit

§ 12 Abs. 1 und 3 aAnwGebV) nach Ermessen festzusetzen (§ 69 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 und N 13 zu § 68), wobei mangels eines entsprechenden Antrags (vgl. KG act. 1 S. 2) kein Mehrwertsteuerzusatz hinzuzuschlagen ist (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

IV.

Der vorliegende (Rückweisungs-)Beschluss schliesst den Prozess (als solchen) nicht ab. Es handelt sich (in der Terminologie des BGG) somit um einen Zwischenentscheid (BGE 134 II 127, Erw. 1.3; 135 III 216, Erw. 1.2) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache weder miet- noch arbeitsrechtlicher Natur, deren (Rechtsmittel-)Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG und BGE 133 III 648, Erw. 2.3). Damit – und weil der (bundesrechtliche) Rechtsweg gegen Zwischenentscheide dem in der Hauptsache zulässigen Rechtsmittel folgt (vgl. statt vieler BGer 5A_85/2007 vom 17.4.2007, Erw. 1.2; 5A_464/2007 vom 25.10.2007, Erw. 1.2; 5A_531/2007 vom 9.11.2007, Erw. 1.2; 5D_119/2007 vom 11.3.2008, Erw. 2.2; s.a. BGE 133 III 647 f., Erw. 2.2) – unterliegt er der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Er ist jedoch nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG selbstständig anfechtbar. Ob diese erfüllt sind, hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. Mai 2010 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 6'900.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. (insbes. Art. 93) 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 liegt über Fr. 30'000.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Vorinstanz, die eidgenössische Finanzmarktaufsicht (finma) und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: