



Kass.-Nr. AA100101-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 8. Januar 2012

in Sachen

X. AG in Liquidation,

...,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. _____

sowie

Z. AG,

...,

Streitberufene

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 21. Juni 2010 (HG070126/U/ho)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin (Klägerin) ist eine (heute in Liquidation begriffene) Aktiengesellschaft mit Sitz in A.___, deren Zweck die Tätigkeit im Bautreuhand-, Architektur- und Ingenieurwesen sowie der An- und Verkauf, die Vermittlung von Immobilien und die Überbauung von Grundstücken ist bzw. war. Bei der Beschwerdegegnerin (Beklagte) handelt es sich um eine in B.___ domizilierte Aktiengesellschaft, die ein Ingenieurunternehmen, namentlich für Grund- und Tiefbau, Hydrogeologie, Hydrologie, angewandte Geologie, Abfallbewirtschaftung und Umweltschutztechnik, betreibt.

2. Die als Streitberufene am vorliegenden Prozess beteiligte Z.___ AG plante als Bauherrin im Jahr 2000 in C.___ den Bau von Mehrfamilienhäusern. Zur Realisierung dieses Vorhabens schloss sie mit der Beschwerdeführerin als Generalunternehmerin am 26. Juli 2000 einen Generalunternehmer-Werkvertrag (GU-Vertrag; HG act. 9/3 = HG act. 56/1), der in zwei Stufen aufgeteilt war. Die erste Stufe befasste sich mit der Projektierung, die zweite mit dem Bau der Häuser, welcher zu einem nach der Projektierung zu vereinbarenden Pauschalpreis erfolgen sollte. Bevor die Beschwerdeführerin (auch) den Zuschlag für die Arbeiten der zweiten Stufe erhielt, liess sie den Baugrund untersuchen. Hierfür beauftragte sie die Beschwerdegegnerin, die am 18. Oktober 2000 ihr geologisches Gutachten erstattete (HG act. 3/2 = HG act. 9/12). Nach Beginn der Aushubarbeiten kam es zu unerwarteten Problemen mit dem Grundwasser, deren Beseitigung mit zusätzlichen Aufwendungen verbunden war.

Die Beschwerdeführerin wirft der Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang im Wesentlichen vor, in Verletzung vertraglicher Sorgfaltspflichten ein falsches Baugrundgutachten erstellt zu haben. Dadurch seien ihr beim Bau der Häuser Mehraufwendungen (für Aushubarbeiten etc.) entstanden, für welche die Beschwerdegegnerin einstehen müsse. Hätte Letztere nämlich – so die klägerische Argumentation – ein korrektes Gutachten abgeliefert, wären die angefallene

nen Mehraufwendungen beim Abschluss des Werkvertrags mit der Streitberufenen im Sinne der Festsetzung eines höheren Pauschalpreises mitberücksichtigt worden. Insofern habe die Beschwerdeführerin aufgrund des fehlerhaften Gutachtens einen für sie nachteiligen Vertrag mit der Bauherrin abgeschlossen. Die Beschwerdegegnerin bestreitet die geltend gemachten Ansprüche.

3. Mit Einreichung der friedensrichteramtlichen Weisung vom 12. Dezember 2002 (HG act. 2) und Eingabe vom 12. März 2003 (HG act. 1) machte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) gegen die Beschwerdegegnerin eine Forderungsklage (mit ausdrücklichem Klageerweiterungs- bzw. Nachklagevorbehalt) über Fr. 413'340.35 nebst Zins anhängig. Mit Eingabe vom 8. Juli 2004 verkündete sie der Bauherrin den Streit (HG act. 25). Nach abgeschlossenem Schriftenwechsel (vgl. HG act. 8, 17, 32 und 38) wies die Vorinstanz die Klage (ohne Durchführung eines Beweisverfahrens) mit Urteil vom 12. Januar 2006 ab (HG act. 41). Hiegegen erhob die Beschwerdeführerin kantonale Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht, welches die Beschwerde mit Zirkulationsbeschluss vom 25. April 2007 guthiess, das vorinstanzliche Erkenntnis aufhob und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückwies (HG act. 48). Gestützt darauf schrieb das Bundesgericht die von der Beschwerdeführerin ebenfalls erklärte eidgenössische Berufung mit Beschluss vom 22. Juni 2007 als gegenstandslos geworden ab (HG act. 49A).

4. In der Folge führte die Vorinstanz ein Beweisverfahren zur Frage durch, ob beim Vertragsschluss zwischen der Beschwerdeführerin und der Streitberufenen (Bauherrin) ein übereinstimmender tatsächlicher Wille des Inhalts bestanden habe, dass die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko tragen solle, wobei der Beschwerdeführerin der Hauptbeweis hiefür auferlegt und der Beschwerdegegnerin der Gegenbeweis offengelassen wurde (vgl. HG act. 50, 54, 55 und 57). Anlässlich der Beweisverhandlung vom 25. Januar 2008 wurden L.____ und S.____, die seinerzeit die Vertragsverhandlungen geführt und den Vertrag (für die Beschwerdeführerin bzw. die Streitberufene) geschlossen hatten, als Zeugen einvernommen (HG Prot. II S. 5 ff.). Nachdem das Verfahren zufolge des am 26. Februar 2008 über die Beschwerdeführerin eröffneten Konkurses zwischenzeitlich sistiert und

nach dessen Einstellung mangels Aktiven am 26. Mai 2009 wieder aufgenommen und fortgesetzt worden war (vgl. HG Prot. II S. 27 ff. und HG act. 80, 85-86, 88 und 90), fällte die Vorinstanz am 21. Juni 2010 ein neues Urteil, mit dem die Klage (wiederum) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin abgewiesen wurde (HG act. 91 = KG act. 2).

5. Gegen dieses der Beschwerdeführerin am 24. Juni 2010 zugestellte (HG act. 92) (zweite) handelsgerichtliche Erkenntnis richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde vom 3. September 2010 mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 7. September 2010 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 4 und 9) und der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 75 ZPO/ZH eine Prozesskaution von Fr. 30'000.-- auferlegt (KG act. 6). Die Vorinstanz hat ausdrücklich auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 10). Demgegenüber liess die Beschwerdegegnerin die Beschwerde unter dem 15. November 2010 innert erstreckter Frist (vgl. KG act. 16 und 20) beantworten, wobei sie verlangt, die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 22, insbes. S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin mit Datum vom 17. November 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 23 und 24/1). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Damit stellt sich zunächst die (intertemporalrechtliche) Frage des anwendbaren (Prozess-)Rechts.

Gemäss den Übergangsbestimmungen der eidgenössischen ZPO gilt für (auch Rechtsmittel-)Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen In-

stanz weiter (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) sowie des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt seiner Fällung mit einem der in § 281 ZPO/ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war (s.a. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 17; ZR 110 Nr. 6, Erw. 3; BJM 2011, S. 224, Erw. 2; BGer 5A_405/2011 vom 27.9.2011, Erw. 4.1.2). Dabei liegt die sachliche Zuständigkeit zur Beurteilung der Beschwerde weiterhin beim Kassationsgericht (§ 69a Abs. 1 GVG/ZH und § 211 Abs. 1 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010).

2. Als Endentscheid im Sinne von § 281 ZPO/ZH ist das angefochtene Urteil (nach bisherigem Recht) ohne Weiteres beschwerdefähig, zumal auch kein Ausschlussgrund gemäss § 284 ZPO/ZH vorliegt. Ferner wurde die Beschwerde rechtzeitig erhoben (vgl. § 287 ZPO/ZH sowie § 140 Abs. 1 und §§ 191-193 GVG/ZH) und die der Beschwerdeführerin auferlegte Prozesskaution innert Frist geleistet (vgl. KG act. 7/1 und 12). Schliesslich ist die Beschwerdeführerin durch den ihre Klage abweisenden vorinstanzlichen Entscheid beschwert und deshalb zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Die Beschwerde ist somit anhand zu nehmen.

3. Zu beachten ist, dass gegen das vorinstanzliche Urteil die (ordentliche) Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offensteht (vgl. Art. 90, Art. 74 Abs. 1 lit. b und Art. 75 BGG; s.a. hinten, Erw. V). Im Rahmen dieses Rechtsmittels überprüft das Bundesgericht (unter anderem) eine behauptete Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG). Das hat gemäss § 285 ZPO/ZH zur Folge, dass die Rüge der Missachtung von (formellem oder materiellem) Bundesrecht im kantonalen Kassationsverfahren unzulässig ist; sie ist mittels Beschwerde in Zivilsachen vor 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 kantonaler Gerichte am Beispiel des Kantons Zürich, ZZZ 2008/09, S. 300; Reetz, Das neue Bundesgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Beschwerde in Zivilsachen, SJZ 2007, S. 37).

III.

1.a) Die Vorinstanz stellte in ihrer Entscheidungsbegründung zunächst fest, dass die Beschwerdegegnerin die klägerische Behauptung, wonach sich die Beschwerdeführerin und die Bauherrin (Streitberufene) am 27. Februar 2002 auf die Pauschalwerksumme von Fr. 30'380'000.-- geeinigt hätten, nicht substantiiert bestritten habe, weshalb die Vereinbarung eines Pauschalpreises als zugestanden gelte (KG act. 2 S. 8, Erw. III/1.9). Weiter habe sich die Beschwerdegegnerin (werk)vertraglich verpflichtet, bei verschuldeter fehlerhafter Ausführung des ihr erteilten Gutachterauftrags der Beschwerdeführerin den entstandenen direkten Schaden zu ersetzen. Einen solchen direkten Schaden mache die Beschwerdeführerin mit der Klage geltend (KG act. 2 S. 12 f., Erw. III/2.1-2.2). In Anbetracht des Kausalitätserfordernisses (zwischen Vertragsverletzung und Schaden) komme eine Schadenersatzpflicht jedoch nur dann in Betracht, wenn die schlechten Bodenverhältnisse in dem Sinne Teil des abgeschlossenen Werkvertrags (über den Bau der Häuser) seien, dass die Beschwerdeführerin das volle Baugrundrisiko als im vereinbarten Pauschalpreis mitenthalten übernommen habe. Andernfalls sei die Generalunternehmerin (Beschwerdeführerin) ohne vorgängigen Abschluss einer ergänzenden vertraglichen Vereinbarung mit der Bauherrin nicht verpflichtet gewesen, den (unerwartet) schlammigen Boden auszubaggern. Habe sie dies dennoch getan, habe sie ihren Schaden (Mehraufwand bei den Aushubarbeiten) durch eigene Entscheidung herbeigeführt und sei ein Zurechnungszusammenhang zwischen dem mangelhaften Gutachten und dem bei ihr eingetretenen Schaden (Mehraufwand) zu verneinen. Im vorliegenden Prozess komme es somit zunächst darauf an, ob die Beschwerdeführerin oder die Streitberufene (Bauherrin) das Baugrundrisiko zu tragen habe (KG act. 2 S. 13 ff., Erw. III/2.3).

In der Folge prüfte die Vorinstanz die zwischen den Parteien strittige Frage, ob die Beschwerdeführerin (als Generalunternehmerin) das Baugrundrisiko übernommen habe (KG act. 2 S. 15 ff., Erw. III/3). Dabei kam sie in einlässlicher Würdigung der Beweislage, insbesondere der Zeugenaussagen von L.___ und S.___, zunächst zum Schluss, dass der Beschwerdeführerin der (Haupt-)Beweis für die von ihr behauptete Tatsache nicht gelungen sei, zwischen ihr und der Bauherrin habe ein übereinstimmender tatsächlicher Wille des Inhalts bestanden, dass Erstere das volle Baugrundrisiko tragen solle (KG act. 2 S. 16 ff., Erw. III/3.3). Gegen diese Beweiswürdigung richtet sich die vorliegende Beschwerde (dazu im Einzelnen hinten, Erw. III/2-5). Weiter schloss die Vorinstanz aus einer normativen Auslegung des Generalunternehmer-Werkvertrags, dass die Beschwerdeführerin und die Bauherrin vereinbart hätten, dass schlechte Bodenverhältnisse nicht von der Pauschalwerksumme erfasst würden, weshalb die Bauherrin für das Baugrundrisiko eintreten müsse. Demzufolge hätte gemäss vorinstanzlicher Ansicht die Beschwerdeführerin die verschlammte Grube nicht ohne neue Vereinbarung mit der Bauherrin ausbaggern (lassen) müssen. Eine Haftung der Beschwerdegegnerin sei daher abzulehnen und die Klage demnach abzuweisen (KG act. 2 S. 22 ff., Erw. III/3.4 und III/4). Bezüglich der eingeklagten Forderung für entgangenen Mietzins sei die Klage überdies auch deshalb abzuweisen, weil die Beschwerdeführerin diese Schadensposition nicht genügend substantiiert habe (KG act. 2 S. 33 f., Erw. III/5).

b) Mit Bezug auf die (vorliegend allein interessierende) Würdigung der Beweise zur Behauptung, zwischen den Vertragsparteien des Werkvertrags (betreffend die Überbauung) habe ein übereinstimmender tatsächlicher Wille bezüglich der Übernahme des vollen Baugrundrisikos durch die Beschwerdeführerin bestanden, führte die Vorinstanz in Wiedergabe der Zeugenaussagen (zusammengefasst) aus, dass der Zeuge L.___ die Frage bejaht habe, ob aus seiner Sicht klar gewesen sei, dass er und S.___ aufgrund des konkreten Gesprächs vom 27. Februar 2002 davon ausgegangen seien, dass im Ergebnis die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko trage. Demgegenüber habe sich der Zeuge S.___ nicht mehr konkret an ein Meeting vom 27. Februar 2002 und an Details der Gespräche erinnern können; er habe aber ausgesagt, dass man sich im Februar 2002 über den

Werklohn geeinigt habe und dieser seiner Meinung nach eindeutig in Stein gemeisselt gewesen sei. Auf die Frage, ob es gemäss seiner Überzeugung keine Umstände gegeben habe, welche die Gegenseite zu einer Abweichung legitimiert hätten, habe er geantwortet: "Ganz klarer Fall. Die Vereinbarung eines pauschalen Werklohnes bedeutet Unveränderbarkeit." Die Haltung der Vertragspartner anlässlich der Diskussion zum Thema Baugrund, an die sich der Zeuge S.___ erinnern könne, sei gewesen, dass sämtliche Baugrundrisiken im Werklohn enthalten sein müssten, wobei der Zeuge den genauen Zeitpunkt, wann er diese Haltung gegenüber der Beschwerdeführerin bzw. L.___ geäußert habe, nicht mehr wisse. Auch habe S.___ erklärt, sich nicht mehr erinnern zu können, dass man über den Wegfall von Ziffer 6.2 des im Jahr 2000 geschlossenen Werkvertrags verhandelt habe (KG act. 2 S. 16 ff., Erw. III/3.3.1).

Mit Blick auf die allgemeine Glaubwürdigkeit der Zeugen legte die Vorinstanz im Folgenden dar, dass und inwiefern L.___ als Inhaber und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin nicht neutral sei, da er ein direktes persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens habe und dieses durch seine Aussage beeinflussen könne. Gleiches gelte für S.___, der seinerzeit als verantwortlicher Sachbearbeiter der Streitberufenen (Bauherrin) den Werkvertrag betreffend die Überbauung mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen habe und noch heute für die Streitberufene arbeite. Auch er habe aus den im Entscheid näher erörterten Gründen ein direktes persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens und könne dieses durch seine Aussage beeinflussen, weshalb auch er als Zeuge nicht neutral sei. Dieser Sachlage sei im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen (KG act. 2 S. 18 ff., Erw. III/3.3.2.2-3.3.2.3).

Alsdann erwog die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin den ihr obliegenden Beweis, dass in ihrem Vertragsverhältnis zur Streitberufenen ein übereinstimmender Wille des Inhalts bestanden habe, dass sie, die Beschwerdeführerin, das Baugrundrisiko tragen solle, mittels der beiden Zeugenaussagen nicht zu erbringen vermöge. Ein übereinstimmender tatsächlicher Wille (Konsens) bedeute, dass die ausgetauschten Willenserklärungen der Parteien beim Vertragsabschluss übereinstimmten. Genau diesen Austausch hätten aber weder L.___ noch

S.____ beschreiben können. Zwar würden beide aussagen, man habe über den Baugrund diskutiert und der sei auch Inhalt der Pauschale gewesen. Was das aber für die einzelnen Parteien bedeutet habe, darin unterschieden sich die Aussagen der Zeugen.

L.____ äussere sich wiederholt dahingehend, dass man beim Abschluss des Vertrags bzw. der Vereinbarung der Pauschale das Baugrundrisiko gekannt habe. Man habe eine Pauschale vereinbart, da man ja genaue Kenntnis über das *Bauwerk* gehabt habe. Damit sage der Zeuge eigentlich nichts anderes, als auch in Ziffer 6.2.6 des GU-Vertrags vom 26. Juli 2000 (HG act. 9/3) stehe; nämlich, dass man den Baugrund gekannt habe, als die Pauschale vereinbart worden sei. Er sage aber nicht aus, dass mit Kenntnis des Baugrundes auch gemeint gewesen sei, dass die Beschwerdeführerin das volle Baugrundrisiko übernehme. Aus der Zeugenaussage von L.____, welche allgemein als zurückhaltend erscheine, gehe hervor, dass die Bereitschaft der Beschwerdeführerin zur Risikoübernahme zwar wohl auf der Kenntnis des Baugrundes auf der Grundlage der Baugrunduntersuchung der Beschwerdegegnerin beruht habe. Dies schliesse aber nicht aus, dass es darüber hinaus zu Mehraufwendungen infolge schlechter Bodenverhältnisse habe kommen können, die man zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eben noch nicht *gekannt* habe. Jedenfalls liessen die Aussagen des Zeugen L.____ eher darauf schliessen, dass eben (nur) Aufwendungen aufgrund des Baugrundes, wie man ihn zur Zeit des Vertragsschlusses gekannt habe, in der Pauschale enthalten sein sollten, die Beschwerdeführerin aber nicht das *volle* Baugrundrisiko habe übernehmen wollen. Nur so lasse sich auch erklären, weshalb Ziffer 6.2.6 in diesem Wortlaut im Vertrag stehen geblieben sei, obwohl es ein Leichtes gewesen wäre, eine Formulierung zu wählen, die das Baugrundrisiko in vollem Umfang der Beschwerdeführerin übertragen hätte.

Demgegenüber sage S.____ aus, die Vereinbarung eines pauschalen Werklohnes bedeute Unveränderbarkeit, weshalb auch alle Baugrundrisiken im Werklohn enthalten sein sollten. Dies sei die "Haltung" gewesen. Dass und mit welchen Worten er diese "Haltung" aber auch gegenüber der Beschwerdeführerin bzw. gegenüber L.____ geäussert habe oder dass die Beschwerdeführerin diese Haltung

auch geteilt und worauf diese gegründet habe, sage er nicht. Vielmehr erinnere er sich nicht einmal mehr konkret an das Treffen oder an Details davon. Seine Aussage stimme überdies nicht mit dem Wortlaut des schriftlichen GU-Vertrags überein, gemäss dessen Ziffer 6.2 gewisse Kosten explizit ausgenommen würden. Damit relativiere er aber gleichzeitig auch seine Aussage, wonach er davon ausgegangen sei, dass sämtliche Baugrundrisiken im Werklohn enthalten seien. Die Frage, weshalb die Ziffer 6.2.6 im Vertrag so stehen geblieben sei, hätten beide Zeugen nicht beantworten können. S.___ sage zudem aus, er könne sich nicht erinnern, dass man über den Wegfall von Ziffer 6.2 verhandelt habe. Genau das hätte nach vorinstanzlicher Ansicht aber Inhalt des Gesprächs bilden müssen, wenn ein tatsächlicher Konsens im Sinne des Beweissatzes vereinbart worden wäre.

Dass S.___ – so die Vorinstanz weiter – im Nachhinein das Gespräch vom 23. (recte: 27.) Februar 2002 derart interpretiere, dass das volle Baugrundrisiko Inhalt der Pauschale gewesen sein solle, sei – aus heutiger Sicht der Streitberufenen – nachvollziehbar und auch mit dem zwischen ihr und der Beschwerdeführerin vorangegangenen Streit zu erklären. Die Streitberufene stelle sich ja auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin Folgekosten zufolge schlechter Bodenverhältnisse zu tragen habe. Dass am 27. Februar 2002 – und nur darauf komme es an – aber auch ein tatsächlicher Konsens dieses Inhalts bestanden habe, das sage weder der Zeuge L.___ noch der Zeuge S.___ aus. Nur am Rande vermerkte die Vorinstanz ausserdem, dass zwischen der Beschwerdeführerin und der Streitberufenen wohl kein (später durch Vergleich beigelegter) Streit darüber entstanden wäre, wer die Mehrkosten des Aushubes übernehme, wenn die Abmachung betreffend die Risikoübernahme des Baugrundes so klar gewesen wäre. Offenbar habe die Beschwerdeführerin damals nicht die eindeutige Ansicht vertreten, dass die Beschwerdegegnerin alle Schuld tragen solle.

Zusammenfassend – so das vorinstanzliche Fazit – könne jedenfalls gesagt werden, dass beide Zeugen keine konkreten Aussagen darüber gemacht hätten, was damals, am 27. Februar 2002, genau besprochen worden sei, und dass sich damit aus ihren Aussagen ein übereinstimmender tatsächlicher Wille nicht erge-

be. Ein solcher ergebe sich auch aus keiner der zum Beweis angerufenen Urkunden (HG act. 21/1 = HG act. 56/2, HG act. 33/1 = HG act. 56/3 und HG act. 61). Die Beschwerdeführerin habe den ihr auferlegten Hauptbeweis somit nicht zu erbringen vermocht (KG act. 2 S. 20 ff., Erw. III/3.3.2.4-3.3.3).

2.a) Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, in willkürlicher und aktenwidriger Weise entschieden zu haben, im Vertragsverhältnis zwischen ihr (der Beschwerdeführerin) und der Bauherrin (Streitberufene) habe kein übereinstimmender tatsächlicher Wille des Inhalts bestanden, dass die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko zu tragen habe. Gegenteil hätten die beiden befragten Zeugen, besonders deutlich S.____, übereinstimmend und eindeutig bestätigt, dass das Baugrundrisiko im Pauschalpreis enthalten gewesen sei, woraus folge, dass die Beschwerdeführerin dasselbe trage. Bei willkürfreier Würdigung des Beweisergebnisses (insbesondere der Zeugenaussagen) hätte die Vorinstanz den Beweis eines tatsächlichen Konsenses für erbracht erachten müssen. Insofern leide der angefochtene Entscheid am Nichtigkeitsgrund gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO/ZH (KG act. 1 S. 4 f., Ziff. 9, und S. 11, Ziff. 26).

Diese Rüge ist – wie in der Beschwerdeschrift zutreffend festgehalten wird (KG act. 1 S. 5, Ziff. 10) – unter dem Aspekt von § 104a Abs. 2 GVG/ZH zulässig, nachdem sich die Vorinstanz im ersten, mit kassationsgerichtlichem Beschluss vom 25. April 2007 aufgehobenen Urteil vom 12. Januar 2006 mit der Frage des Vorliegens eines tatsächlichen Konsenses hinsichtlich der Übernahme des Baugrundrisikos (noch) nicht befasst, sondern diese erst im hier angefochtenen (zweiten) Urteil geprüft hat. Auch der Grundsatz der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde (vgl. § 285 ZPO/ZH und vorne, Erw. II/3) steht einer Beurteilung der erhobenen Rügen nicht entgegen; denn das Bundesgericht kann im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen Feststellungen zum Sachverhalt, wozu die Frage des Vorliegens eines tatsächlichen Konsenses gehört, nicht frei überprüfen (vgl. Art. 97 Abs. 1 BGG; s.a. Kuhn/Nietlispach, a.a.O., S. 300, 301 und 307; Reetz, a.a.O., S. 37; ZR 107 Nr. 21, Erw. II/5; BGE 133 III 681, Erw. 3.3; BGer 4A_465/2009 vom 9.11.2009, Erw. 1.4.1).

b) Im Einzelnen bringt die Beschwerdeführerin (im Anschluss an die Wiedergabe der beiden Zeugenaussagen und der sie würdigenden Erwägungen der Vorinstanz [KG act. 1 S. 6 ff., Ziff. 16 ff. und 20 ff.], in welchen Ausführungen keine Nichtigkeitsgründe geltend gemacht werden) vor, aufgrund der unter der strengen Strafdrohung von Art. 307 StGB abgegebenen ausdrücklichen Bestätigung durch den Zeugen L.____ sei nachgewiesen, dass aus dessen Sicht klar gewesen sei, dass er und S.____ aufgrund des Gesprächs vom 27. Februar 2002 davon ausgegangen seien, dass im Ergebnis die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko trage, wobei deren Bereitschaft zur Risikoübernahme auf der (vermeintlichen) Kenntnis des Baugrundes beruht habe. Ungeachtet dieser uneingeschränkten Aussage führe die Vorinstanz "am Rande zur Aktenwidrigkeit" eine Unterscheidung zwischen einem "vollen" und einem "eingeschränkten" Baugrundrisiko ein, für welche die protokollierte Zeugenaussage von L.____, die im Übrigen keineswegs als zurückhaltend erscheine, sondern klar und deutlich sei, keinen Anlass gebe. Auch sei der Beizug von Ziffer 6.2.6 des GU-Vertrags abzulehnen und könne Letztere entgegen dem vorinstanzlichen Vorgehen "nicht als Massstab für die Beurteilung einer Zeugenaussage gelten", weil die Prozessparteien (nicht aber die Vertragsparteien) über das zutreffende Verständnis dieser Bestimmung stritten und sich dasselbe zunächst nach dem – durch Würdigung der beiden Zeugenaussagen zu eruierenden – übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Vertragsparteien richte und erst dann, wenn dieser beweislos bleibe, in einem zweiten Schritt eine normative Auslegung von Ziffer 6.2.6 des GU-Vertrags zulässig sei. Ungeachtet dessen messe die Vorinstanz die Aussage von L.____ aber an dieser Vertragsbestimmung, indem sie schon bei der vorgelagerten Frage nach dem tatsächlichen Konsens implizit ihr eigenes Verständnis dieser Klausel zugrunde lege, wonach die Beschwerdeführerin vertraglich nur erklärt habe, dass sie den Baugrund kenne, nicht aber, dass sie etwaige Mehrkosten auch übernehme. Durch die Brille dieses Verständnisses betrachte und würdige die Vorinstanz dann die (bezüglich des übernommenen Baugrundrisikos nicht differenzierende) Aussage des Zeugen in einschränkendem Sinne, was nicht angehe. Für eine solche normative Auslegung und darauf gestützte Folgerungen sei an dieser Stelle, wo es um den tatsächlichen Konsens gehe, kein Platz. Ausserdem habe eine Ände-

zung von Ziffer 6.2.6. des GU-Vertrags nicht zwingend der Schriftform bedurft, sondern vielmehr auch mündlich vereinbart und per Handschlag besiegelt werden können, wie das gemäss den Aussagen des Zeugen L.____ denn auch geschehen sei. Hinzu komme, dass zwischen den beiden Vertragsparteien (Beschwerdeführerin und Streitberufene) im vorliegenden Verfahren Einigkeit bezüglich der Übernahme des Baugrundrisikos herrsche. Nur die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz als vertragsfremde Dritte wollten nun von aussen her einen anderen Vertragsinhalt sehen, obwohl selbst Erstere vor dem Prozess noch den Standpunkt der beiden Vertragsparteien vertreten habe, wie aus zwei von ihr verfassten Schreiben vom 12. April 2002 (HG act. 9/24 und 9/26) hervorgehe. Insofern beruhe das angefochtene Urteil auf einem Standpunkt, der vor Anhebung des Prozesses von keiner der beteiligten Personen vertreten worden sei. Angesichts der klaren Bestätigung des Zeugen L.____, wonach die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko tatsächlich (vollumfänglich) übernommen habe, sei der Standpunkt der Vorinstanz willkürlich (KG act. 1 S. 12 ff., Ziff. 27-36).

Auch der Zeuge S.____ habe – so die Beschwerdeführerin weiter – unter der strengen Strafdrohung von Art. 307 StGB erklärt, dass die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko übernommen habe. Zwar habe die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass S.____ ausgesagt habe, die Haltung sei gewesen, dass die Vereinbarung eines pauschalen Werklohns Unveränderbarkeit und damit auch bedeute, dass alle Baugrundrisiken im Werklohn enthalten seien. Schlicht aktenwidrig und willkürlich sei jedoch die vorinstanzliche Behauptung, dass der Zeuge nicht sage, er habe diese Haltung auch gegenüber der Beschwerdeführerin bzw. L.____ geäussert. Gegenteilig habe der Zeuge S.____ gemäss Protokoll (HG Prot. II S. 20) ausdrücklich bestätigt, dass "man", womit der Zeuge offensichtlich nur die Verhandlungen über den Werklohn führenden Personen, d.h. L.____ und sich selbst, habe meinen können, im Zusammenhang mit diesen Gesprächen (im Februar 2002) das Thema Baugrund diskutiert und er die diesbezüglich definierte Haltung gegenüber der Beschwerdeführerin geäussert habe. Nachdem S.____ davon ausgehe, dass in der Folge eine Einigung über die Pauschale von Fr. 30,38 Mio. zustande gekommen sei, müsse es sich bei der von ihm beschriebenen Haltung letztlich um die gemeinsame Haltung der beiden Werkvertragsparteien handeln.

Dass sich der Zeuge an den genauen Zeitpunkt, die verwendeten Worte und die weiteren Details der Diskussion nicht mehr genau zu erinnern vermocht habe, sei angesichts des langen Zeitablaufs von sechs Jahren verständlich und spreche nicht gegen, sondern für seine Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit seiner Aussage.

Aktenwidrig und willkürlich sei im Weiteren die vorinstanzliche Feststellung, dass S. __ selber seine Aussage relativiere, wonach sämtliche Baugrundrisiken im pauschalen Werklohn enthalten seien. Solches könne dem Protokoll an keiner Stelle entnommen werden. Vielmehr entspringe diese Auffassung dem unzulässigerweise beigezogenen vorinstanzlichen Verständnis von Ziffer 6.2.6 des GU-Vertrags. Zudem treffe es zwar zu, dass der Zeuge S. __ ausgesagt habe, sich nicht daran erinnern zu können, dass über den Wegfall dieser Vertragsziffer verhandelt worden sei. In der Sache habe er indessen nichts anderes als eine Neuverhandlung (und konsensuale mündliche Abänderung) dieser Klausel bestätigt, weshalb sich aus dieser Aussage nichts zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ableiten lasse. Nicht nachvollziehbar sei sodann die Erwägung, wonach keiner der beiden Zeugen die Frage habe beantworten können, weshalb Ziffer 6.2.6 des GU-Vertrags so stehen geblieben sei, nachdem diese Frage laut Protokoll den Zeugen gar nie gestellt worden sei. Im Weiteren gehe auch der Versuch der Vorinstanz fehl, die Ansicht des Zeugen S. __ bzw. dessen heutige Interpretation des Gesprächs vom 27. Februar 2002, wonach die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko zu tragen habe, als Folge des zwischen den Vertragsparteien vergleichsweise erledigten Streits zu erklären. Dies stehe nämlich im Widerspruch zum Standpunkt der Beschwerdegegnerin, wie er von dieser am 12. April 2002 und damit lange vor jenem Zeitpunkt zu Papier gebracht worden sei, zu dem die Vertragsparteien die Bauabrechnung untereinander bereinigt hätten. Läge die Vorinstanz mit ihrer Annahme richtig, dass S. __ aufgrund der Interessenlage der Streitberufenen im Nachhinein tatsachenwidrig ausgesagt habe, so ginge dies nach beschwerdeführerischer Ansicht mit dem ernsthaften Verdacht einher, der Zeuge habe im Sinne von Art. 307 StGB falsch ausgesagt. Das widerspreche indessen der allgemeinen Lebenserfahrung. Zudem sei das wirtschaftliche Wohlergehen des Zeugen S. __ wohl kaum davon abhängig, ob aufgrund des Vergleichs,

der nicht ihn, sondern die Streitberufene berechtigte und verpflichtete, ein Teil eines allfälligen positiven Prozessergebnisses künftig vielleicht an seine Arbeitgeberin als börsenkotiertes Grossunternehmen fliessen. Hingegen würde ihn eine Strafe wegen falschen Zeugnisses ganz direkt und sehr massiv treffen, weshalb nicht anzunehmen sei, dass er das Risiko eingegangen sei, tatsachenwidrig zugunsten der Streitberufenen auszusagen.

Schliesslich sei klarzustellen, dass die Beschwerdeführerin und die Streitberufene im Vorfeld des Vergleichs vom 23. September 2005 entgegen der unbegründeten Annahme der Vorinstanz nicht über die Frage gestritten hätten, wer das Baugrundrisiko und damit die Mehrkosten für den Aushub zu tragen habe; darüber habe seit der Vereinbarung einer Pauschale Ende Februar 2002 immer in dem Sinne Einigkeit bestanden, dass dies die Beschwerdeführerin sei. Bei der dem Vergleich zugrunde liegenden Auseinandersetzung sei es vielmehr um die Regelung von Ausständen der Beschwerdeführerin gegangen, welche diese wegen schwerwiegender Liquiditätsprobleme nicht zu begleichen in der Lage gewesen sei, was die Streitberufene und die Beschwerdeführerin gegenüber allen am vorliegenden Prozess beteiligten Personen offen gelegt habe (KG act. 1 S. 14 ff., Ziff. 37-47).

Daraus erhelle (als Fazit), dass die Vorinstanz in unhaltbarer Weise schliesse, dass die beiden Zeugen keine konkreten Aussagen darüber gemacht hätten, was am 27. Februar 2002 besprochen worden sei, und dass sich aus ihren Aussagen der zum Beweis verstellte übereinstimmende Wille nicht ergebe. Gegenteil hätten beide Zeugen übereinstimmend bestätigt, dass im Rahmen ihrer Verhandlungen das Baugrundrisiko in den Pauschalpreis eingeschlossen worden sei. Wenn die Vorinstanz trotzdem meine, die Beschwerdeführerin habe den ihr obliegenden Beweis eines tatsächlichen Konsenses hinsichtlich der Übernahme des Baugrundrisikos nicht erbracht, habe sie aktenwidrig und willkürlich entschieden (KG act. 1 S. 18 f., Ziff. 48).

3.a) Eine willkürliche tatsächliche Annahme bzw. willkürliche Beweiswürdigung im Sinne des Nichtigkeitsgrundes von § 281 Ziff. 2, 2. Variante ZPO/ZH liegt (nur) dann vor, wenn der richtig wiedergegebene Akteninhalt im Zusammenhang

mit der Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse in qualifiziert unrichtiger, d.h. unvertretbarer Weise gewürdigt wurde. Das trifft nicht schon dann zu, wenn die Kassationsinstanz bei freier Prüfung eventuell anders entscheiden würde; vielmehr muss der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheinen (ZR 81 Nr. 88, Erw. 6; von Rechenberg, a.a.O., S. 28; Lieber, Die neuere kassationsgerichtliche Rechtsprechung zum Beweisrecht im Zivilverfahren, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 243 [und 247]; RB 2002 Nr. 11). Es reicht für den Willkürvorwurf mit anderen Worten nicht aus, wenn in tatsächlicher Hinsicht auch ein anderer Schluss als der von der Vorinstanz gezogene denkbar ist (oder gar sachgerechter erscheint). Eine substantiierte Willkürklage bedingt deshalb, dass im Einzelnen erklärt wird, inwiefern welche im angefochtenen Entscheid effektiv angestellten Überlegungen tatsächlicher Natur nicht nur unzutreffend, sondern willkürlich, d.h. unvertretbar sein sollen. Dabei sind in der Beschwerdebegründung sowohl die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheids wie auch diejenigen Stellen in den vorinstanzlichen Akten, aus denen sich der geltend gemachte Mangel ergeben soll, genau zu bezeichnen (vgl. zu den formellen Anforderungen an eine Beschwerdebegründung auch Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 1. A., Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; statt vieler z.B. auch Kass.-Nr. AA090137 vom 8.3.2010 i.S. T.c.R. et al., Erw. II/3.1).

Demgegenüber liegt Aktenwidrigkeit im Sinne von § 281 Ziff. 2, 1. Variante ZPO/ZH vor, wenn Bestandteile der Akten, die im Zeitpunkt des fraglichen Entscheids dem Gericht vorlagen, überhaupt nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen wurden und sich deshalb die angefochtene tatsächliche Feststellung als "blanker Irrtum" erweist (von Rechenberg, a.a.O., S. 27; Spühler/Vock, a.a.O., S. 67 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 zu § 281; ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88, Erw. 6). Die Auslegung prozessualer Erklärungen stellt ebenso wenig wie die Würdigung des Beweisergebnisses eine aktenwidrige tatsächliche Annahme dar.

Die Unterscheidung zwischen Aktenwidrigkeit und Willkür war unter der Herrschaft des (per 1. Januar 2007 aufgehobenen) OG insbesondere für die Abgrenzung der Prüfungszuständigkeit zwischen dem Kassationsgericht und dem Bundesgericht von Bedeutung (vgl. ZR 81 Nr. 88, Erw. 6). Seit der Inkraftsetzung des BGG hat sie ihre Relevanz jedoch weitestgehend verloren, sind nunmehr doch sowohl die Willkür- als auch die Aktenwidrigkeitsrüge im kantonalen Kassationsverfahren stets zulässig (vgl. ZR 107 Nr. 21; Kuhn/Nietlispatch, a.a.O., S. 307).

b) Nach vorinstanzlicher Auffassung trägt die Beschwerdeführerin die Beweislast für den behaupteten tatsächlichen Konsens bezüglich der Übernahme des Baugrundrisikos (vgl. KG act. 2 S. 16, Erw. III/3.2; HG act. 50 S. 2), wobei die Vorinstanz mit Bezug auf die notwendige Beweisintensität (implizit) vom Regelbeweismass ausging, d.h. den vollen (strikten) Beweis für erforderlich hielt. Diese Prämissen sind bei der Überprüfung der vorinstanzlichen Beweiswürdigung für das Kassationsgericht verbindlich und zu beachten. Denn bei bundesprivatrechtlichen Ansprüchen (wozu die vorliegend zur Debatte stehenden Ansprüche aus Werkvertrag gehören) werden sowohl die Beweislastverteilung als auch das erforderliche Beweismass vom Bundesrecht (Art. 8 ZGB) geregelt (BGE 128 III 273 ff., Erw. 2; 130 III 323 ff., Erw. 3.1 und 3.2; 130 III 601, Erw. 5.4; BGer 4A_293/2011 vom 23.8.2011, Erw. 2.1.1; RB 2002 Nr. 11; Lieber, a.a.O., S. 242; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Stämpflis Handkommentar, Bern 2003, N 33 und 34 zu Art. 8-10 ZGB). Folglich kann das Bundesgericht die Fragen der Beweislastverteilung und des Beweismasses im Rahmen der (gegen den angefochtenen Entscheid offenstehenden) Beschwerde in Zivilsachen mit freier Kognition beurteilen (Art. 95 lit. a BGG), womit sie der kassationsgerichtlichen Überprüfung entzogen sind (§ 285 ZPO/ZH und vorne, Erw. II/3). Die Beschwerdeführerin stellt diese Prämissen denn auch nicht in Frage.

c) Nach dem (dem Urteil zugrunde liegenden) Regelbeweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht, dem in der Beweiswürdigung ein breiter Ermessensspielraum zusteht, nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht

verlangt werden. Die Verwirklichung der zum Beweis verstellten Tatsache braucht mit anderen Worten nicht mit Sicherheit festzustehen. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als unerheblich erscheinen. Es muss mithin ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit bestehen, dass vernünftigerweise nicht mehr mit der Möglichkeit des Gegenteils zu rechnen ist. Stellt sich eine solche Überzeugung nicht ein, ist der Beweis misslungen. Nicht ausreichend ist dagegen, wenn bloss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sich die behauptete Tatsache verwirklicht hat (BGE 128 III 275, Erw. 2/b/aa; 130 III 324, Erw. 3.2; Hausheer/Jaun, a.a.O., N 34 und 67 zu Art. 8-10 ZGB; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 148).

d) Vor diesem (bundesrechtlich vorgegebenen) Hintergrund ist die vorinstanzliche Beweiswürdigung im vorliegenden Fall nur dann als willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO/ZH zu betrachten und die Beschwerde demnach nur dann begründet, wenn es aufgrund der abgenommenen Beweise nicht nur unzutreffend, sondern geradezu unvertretbar erscheint, dass sich die Vorinstanz von der Richtigkeit der zum Beweis verstellten Tatsachenbehauptung nicht in besagtem Sinne überzeugt zeigte. Dies ist dann der Fall, wenn die der Vorinstanz gebliebenen (rechtserheblichen) Zweifel an der Verwirklichung der behaupteten Tatsache vernünftigerweise nicht nachvollziehbar bzw. unhaltbar sind, was voraussetzt, dass sich die Annahme, es habe ein tatsächlicher Konsens bezüglich der vollen Übernahme des Baugrundrisikos durch die Beschwerdeführerin bestanden, aufgrund der erhobenen Beweise nachgerade zwingend aufdrängt. Der Umstand allein, dass man den Beweis in abweichender Würdigung der Beweismittel mit Fug und Recht auch als erbracht hätte betrachten können (oder sogar sollen), reicht demgegenüber nicht. Diese (erhebliche) Kognitionsbeschränkung, die der Vorinstanz im Ergebnis einen recht weitreichenden Beurteilungsspielraum bei der freien Würdigung der erhobenen Beweise (§ 148 ZPO/ZH) belässt, in den die Kassationsinstanz nicht eingreifen kann (s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 12 zu § 148 sowie N 38a und 45 zu § 281), ist bei der Beurteilung der in der Beschwerdeschrift vorgetragene Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung im Auge zu behalten.

4. Die Beschwerdeführerin stellt mit ihren Einwänden und Ausführungen zunächst ihre eigene Würdigung der Beweise, insbesondere der beiden Zeugenaussagen, derjenigen der Vorinstanz gegenüber. Dabei gelangt sie zu einem gegenteiligen Ergebnis, indem sie den ihr auferlegten Beweis eines tatsächlichen Konsenses bezüglich der Übernahme des Baugrundrisikos für erbracht hält (vgl. KG act. 1 S. 11, Ziff. 26, und S. 18, Ziff. 48). Ihre – mitunter allerdings nur ungenügend mit präzisen Aktenhinweisen (insbesondere auf die jeweils beanstandeten Stellen im angefochtenen Entscheid) dokumentierte – Kritik und die damit einhergehende abweichende Würdigung der Beweislage mögen zwar geeignet sein, die von der Vorinstanz geäusserten Bedenken, ob zwischen den Vertragsparteien eine tatsächliche Einigung hinsichtlich der Tragung des Baugrundrisikos zustande gekommen sei, zu relativieren. Sie lassen die vorinstanzliche Ansicht, wonach nicht überwindbare Zweifel am Vorliegen des behaupteten tatsächlichen Konsenses beständen und ein solcher folglich nicht rechtsgenügend erstellt resp. bewiesen sei, zwar als diskutabel, aber nicht als unhaltbar und damit willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO/ZH erscheinen.

a) So scheint insbesondere der Zeuge S.____ zu bestätigen, dass sich die Vertragsparteien einig gewesen seien, dass das volle Baugrundrisiko im pauschalen Werklohn enthalten sei und demnach von der Beschwerdeführerin übernommen werde (vgl. insbes. HG Prot. II S. 19/20). Dabei erklärt er zwar, dass die "Haltung", wonach "sämtliche Baugrundrisiken im Werklohn enthalten sein müssen", anlässlich der Verhandlungen über den Pauschalpreis definiert und gegenüber der Beschwerdeführerin bzw. deren Organ L.____ auch geäussert worden sei (HG Prot. II S. 20). Soweit die Vorinstanz dies in Abrede stellt (KG act. 2 S. 21), erweisen sich ihre Ausführungen somit als aktenwidrig. Dieser Mangel hat sich im Ergebnis jedoch nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt, was gemäss § 281 ZPO/ZH aber Voraussetzung für eine Gutheissung der Beschwerde bzw. eine Aufhebung des angefochtenen Entscheids wäre (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13 zu § 281; von Rechenberg, a.a.O., S. 23 f.; Spühler/Vock, a.a.O., S. 65). Entscheidend ist (auch nach vorinstanzlicher Ansicht) nämlich allein, ob es sich bei der geäusserten Haltung um die *gemeinsame* Haltung der beiden Vertragsparteien gehandelt habe (vgl. insbes. auch KG act. 2 S. 21 unten/22

oben). Dass dem so sei oder dass (und in welcher Form) L.____ seinerseits diese Ansicht geteilt, d.h. diese Forderung der Bauherrin tatsächlich als Vertragsbestandteil *akzeptiert* habe, geht – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (KG act. 2 S. 21) – aus den in der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 15, Ziff. 39) bezeichneten Stellen der Zeugenaussage S.____ (HG Prot. II S. 20 und 21) jedoch nicht hervor. Insbesondere impliziert auch der in der Beschwerde (a.a.O.) genannte, aber nicht rechtsgenügend (mittels Verweisung auf die betreffende Aktenstelle) dokumentierte blosse Umstand, dass S.____ "davon ausgeht, dass in der Folge eine Einigung über die Pauschale von CHF 30,38 Mio. zustande kam", keine dahingehende Aussage des Zeugen (und erst recht kein tatsächliches Einverständnis von L.____ zur Haltung/Forderung der Bauherrin). Die – im vorliegenden Kontext entscheidende – vorinstanzliche Feststellung, wonach der Zeuge S.____r nicht erklärt habe, dass L.____ seine Haltung geteilt, d.h. die von ihm geäußerte Forderung (nach einer umfassenden Übernahme sämtlicher Baugrundrisiken) auch tatsächlich akzeptiert habe, erweist sich somit weder als aktenwidrig noch als willkürlich. Diesbezüglich (KG act. 1 S. 15, Ziff. 39) vermag die Beschwerde nicht durchzudringen.

Daran ändert auch der Einwand nichts, wonach der Umstand, dass sich der Zeuge S.____ nach so langer Zeit nicht mehr an Details der Diskussionen um das Baugrundrisiko erinnern konnte, nicht gegen, sondern vielmehr für dessen Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit seiner Aussage spreche (KG act. 1 S. 15/16, Ziff. 40). Das mag zwar zutreffen. Die Vorinstanz hat aber nicht erwogen, der Zeuge S.____ sei wegen seiner Erinnerungslücken nicht glaubwürdig bzw. seine Aussage deswegen nicht glaubhaft. Vielmehr hat sie an der fraglichen Stelle (KG act. 2 S. 21 Mitte) nur (und willkürfrei) festgestellt, dass er mangels Erinnerung nicht plausibel darlegen konnte, dass und in welcher Form die Beschwerdeführerin (bzw. L.____) seine Forderung ("Haltung") nach einer Übernahme des vollen Baugrundrisikos tatsächlich geteilt und akzeptiert habe, weshalb seine Aussage sich in diesem Punkt nicht verifizieren lasse und daher nicht beweisbildend sei. Wenn die Vorinstanz seiner Äusserung, man sei sich bezüglich der Tragung des vollen Baugrundrisikos einig gewesen sei, mangels hinreichender Schilderung von Einzelheiten resp. schlüssiger Darlegung des Einigungsvorgangs keine (für

die richterliche Überzeugung) genügende Beweiskraft zumass, liegt darin keine Willkür.

Fehl geht im Weiteren die beschwerdeführerische Kritik an der vorinstanzlichen Erwägung, der Zeuge S.___ relativiere selber seine Aussage, wonach er davon ausgegangen sei, die ermittelte und vereinbarte Werklohnpauschale sei eindeutig in Stein gemeisselt, stimme dies doch nicht mit dem Wortlaut des schriftlichen Vertrags überein, in dessen Ziffer 6.2 gewisse separat verrechenbare Kosten explizit ausgenommen würden (s. KG act. 2 S. 21). So hat der Zeuge S.___ – entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift (KG act. 1 S. 16, Ziff. 41) – nach seiner Erklärung, die Vereinbarung eines pauschalen Werklohnes bedeute Unveränderbarkeit desselben (HG Prot. II S. 19/20), auf Vorhalt von Ziffer 6.2 des schriftlichen GU-Vertrags (HG act. 9/3) explizit eingeräumt, dass der schriftliche Vertrag gewisse Kosten von der Pauschale ausnehme und er sich nicht daran erinnern könne, dass die Vertragsparteien über den Wegfall dieser Ziffer verhandelt hätten (HG Prot. II S. 21). Wenn die Vorinstanz in diesem Eingeständnis, mit dem der Zeuge S.___ seine kategorische Aussage, die vereinbarte Werklohnpauschale sei unveränderlich bzw. in Stein gemeisselt gewesen, selber korrigiert und abschwächt, gleichzeitig auch eine Relativierung seiner Aussage sieht, er sei davon ausgegangen, dass sämtliche Baugrundrisiken im vereinbarten Werklohn enthalten seien (vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere auch HG act. 9/3 S. 7, Ziff. 6.2.5, und HG Prot. II S. 10 unten), liegt darin weder eine Aktenwidrigkeit noch Willkür in der Beweiswürdigung.

Schliesslich sind in Anbetracht der im angefochtenen Urteil dargelegten (und unbestritten gebliebenen) Interessenlage auch die von der Vorinstanz geäusserten Vorbehalte bezüglich der Glaubwürdigkeit des Zeugen S.___ keineswegs unhaltbar (KG act. 2 S. 19 f., Erw. III/3.3.2.3). Es mag zwar zutreffen, dass das wirtschaftliche Wohlergehen von S.___ kaum davon abhängen dürfte, ob seiner Arbeitgeberin, der Streitberufenen, aufgrund des mit der Beschwerdeführerin geschlossenen Vergleichs ein Teil des Prozessergebnisses zufliesst oder nicht (KG act. 1 S. 17, Ziff. 45). Dennoch ist die Annahme keineswegs abwegig, als Arbeitnehmer der Streitberufenen, die aufgrund des mit der Beschwerdeführerin ge-

schlossenen Vergleichs (unbestrittenermassen) ein eigenes Interesse am Ausgang des Prozesses hat (vgl. HG act. 71/1 S. 7, lit. f), sei der Zeuge aus den im Entscheid genannten Gründen nicht neutral. So bergen insbesondere die Tatsachen, dass der Vertrag für die Streitberufene, die mit dem Wunsch nach einem pauschalen Werklohn offenbar eine möglichst fixe Kostenbegrenzung anstrebte (vgl. HG Prot. II S. 10), von S.____ ausgehandelt und abgeschlossen wurde, dass dessen Arbeitgeberin der Meinung gewesen ist, die Beschwerdeführerin trage die Verantwortung für die Kosten inklusive der (unerwartet hohen) Aushubkosten, und dass die Vertragsparteien vereinbart haben, dass die Beschwerdeführerin die zusätzlichen Aufwendungen auf dem Rechtsweg gegen die Beschwerdegegnerin geltend machen solle (vgl. KG act. 2 S. 19), eine gewisse Gefahr, dass der Zeuge versucht sein könnte, seine Arbeitgeberin durch seine Aussagen nicht zu schädigen und sein eigenes (damaliges) Verhalten in einem für ihn günstigen (d.h. den Erwartungen seiner Arbeitgeberin entsprechenden) Licht erscheinen zu lassen, bzw. dass er das Gespräch vom 27. Februar 2002 im Nachhinein (subjektiv) im von ihm (und der Beschwerdeführerin) behaupteten Sinne interpretiert, ohne dass darin eine (vorsätzliche) tatsachenwidrige Falschaussage im Sinne von Art. 307 StGB zu liegen braucht (vgl. KG act. 1 S. 17, Ziff. 45). Die von der Vorinstanz geäusserten, der Sache nach zumindest nachvollziehbaren Vorbehalte hinsichtlich der Glaubwürdigkeit des Zeugen S.____ erscheinen jedenfalls nicht unvertretbar und lassen deshalb keine Willkür in der Beweiswürdigung erkennen.

Unter Berücksichtigung all dieser Aspekte ist es nicht unhaltbar resp. willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO/ZH, wenn sich die Vorinstanz durch die Aussagen des Zeugen S.____ nicht (im Sinne der notwendigen Beweisintensität) davon überzeugen liess, dass der behauptete und zu beweisende tatsächliche Konsens bestand, sondern diesbezügliche Zweifel behielt.

b) Auch der Zeuge L.____ bestätigt, dass wegen der Einigung, wonach "pauschal" "pauschal" heisse, aus seiner Sicht klar gewesen sei, dass die Vertragsparteien bzw. die für sie handelnden natürlichen Personen aufgrund des konkreten Gesprächs vom 27. Februar 2002 davon ausgegangen seien, dass im Ergebnis die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko trage (HG Prot. II S. 10/11). Ferner

enthält die Aussage dieses Zeugen – wie die Beschwerdeführerin mit Recht moniert (KG act. 1 S. 12, Ziff. 28) – keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge zwischen einer vollen und einer bloss beschränkten Risikoübernahme differenzieren würde. Dennoch ist nicht zu übersehen, dass er die Aussage, die Beschwerdeführerin habe das Baugrundrisiko übernommen, jeweils mit dem Hinweis verband resp. mit dem Umstand rechtfertigte, man habe das Werk bzw. den Baugrund (aufgrund des geologischen Gutachtens und dessen Verifizierung auf dem Feld) ja gekannt (was in Wahrheit offenbar gerade nicht zutraf) (vgl. HG Prot. II S. 10 und 11). Im Lichte dieses (wiederholten) Hinweises und der weiteren vom Zeugen erwähnten Vorbehalte (archäologische Funde, Schlechtwettertage, Gebühren, Naturkatastrophen "und solche Sachen"; vgl. HG Prot. II S. 10 unten), muss man zwar nicht zwingend, darf man aber, ohne damit in Willkür zu verfallen, Zweifel hegen, ob der Zeuge L.____ damit auch bestätigt habe, dass sich die einvernehmliche Übernahme des gesamten kostenmässigen Risikos des Baugrundes durch die Beschwerdeführerin auch auf unerwartete Schwierigkeiten erstreckte, die klar ausserhalb der (vermeintlich) bekannten Baugrundbeschaffenheit liegen (was er so nicht konkret gefragt wurde und was er so auch nirgends bejaht hat). Insoweit sind die von der Vorinstanz geäusserten Bedenken, ob der Zeuge L.____ tatsächlich gemeint habe, die Vertragsparteien seien einvernehmlich davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführerin das volle (kostenmässige) Baugrundrisiko (also auch für unvorhergesehen bzw. unerwartet schlechte Bodenverhältnisse) überbunden werde, zumindest nicht unhaltbar. Vielmehr erscheint statt dessen auch die (vorinstanzliche) Auffassung vertretbar, dass aus seinen Aussagen, auch wenn er selber keine entsprechende Differenzierung trifft (wofür er mangels einer dahingehenden Fragestellung auch keinen Anlass hatte), eher nur hervorgeht, dass nach übereinstimmender Auffassung der Vertragsparteien eben lediglich Aufwendungen in der Pauschale enthalten sein sollten, die im Rahmen des zur Zeit der Vereinbarung des Werklohns (aufgrund des geologischen Gutachtens) präsumierten Baugrundes liegen, solche für einen vollkommen unerwartet schlechten Baugrund davon aber nicht erfasst seien. Eine Aktenwidrigkeit liegt darin schon deshalb nicht, weil die Vorinstanz die Ausführungen des Zeugen L.____

in ihrem Entscheid richtig erfasst und wiedergegeben (vgl. KG act. 2 S. 16 f. und 20 f.), diese aber anders gewürdigt hat als die Beschwerdeführerin.

Im Übrigen lässt sich der Vorinstanz auch keine Willkür vorwerfen, wenn sie die Darstellung des Zeugen L.____ wegen der von ihr dargelegten Vorbehalte bezüglich dessen Neutralität und damit Glaubwürdigkeit mit einer gewissen Zurückhaltung gewürdigt hat; umso weniger, als sich die Beschwerdeführerin mit diesen Erwägungen (KG act. 2 S. 18 f., Erw. III/3.3.2.2) nicht näher auseinandersetzt und in dieser Hinsicht auch keine Einwände erhebt. Und schliesslich ist weder ersichtlich noch rechtsgenügend dargetan, was die Beschwerdeführerin für ihren Standpunkt ableiten will, indem sie (in rein appellatorischer Weise) rügt, für einen verständigen Leser des Protokolls ergebe sich, dass die Aussagen des Zeugen L.____ entgegen vorinstanzlicher Auffassung keinesfalls "allgemein als zurückhaltend" erschienen, sondern der Zeuge klar und deutlich ausgesagt und dabei bestätigt habe, dass die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko trage (vgl. KG act. 1 S. 12, Ziff. 29). Mit dieser Rüge ist bezüglich der vorinstanzlichen Beweiswürdigung jedenfalls kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen.

c) Soweit die Beschwerdeführerin sodann sinngemäss einwendet, die Vorinstanz habe mit ihrem Vorgehen Art. 18 OR verletzt, indem sie – statt sich zur Bestimmung des Inhalts der Vereinbarung zunächst allein auf die Zeugenaussagen zu stützen – Ziffer 6.2 des schriftlichen GU-Vertrags vom 26. Juli 2000 (HG act. 9/3) normativ ausgelegt und in ihre Beweiswürdigung (insbesondere in die Beurteilung der Zeugenaussagen) miteinbezogen hat (vgl. KG act. 1 S. 12/13, Ziff. 30 f.), kann unter Hinweis auf § 285 ZPO/ZH nicht auf die Beschwerde eingetreten werden: Mit diesem Einwand wird die Verletzung von Bundesrecht gerügt, dessen richtige Anwendung das Bundesgericht im Rahmen der gegen das angefochtene Urteil zulässigen Beschwerde in Zivilsachen mit freier Kognition überprüfen kann (Art. 95 lit. a BGG). Damit ist die Rüge im Kassationsverfahren unzulässig (vgl. vorne, Erw. II/3).

d) Auch mit Bezug auf die Erstellung des zu beweisenden Sachverhalts ist (unter dem beschränkten Blickwinkel von § 281 Ziff. 2 ZPO/ZH) nicht zu bemän-

geln, dass die Vorinstanz den schriftlichen GU-Vertrag vom 26. Juli 2000 (HG act. 9/3) in die Beweiswürdigung miteinbezogen hat (KG act. 2 S. 20 ff.).

Diesbezüglich verkennt die Beschwerdeführerin (KG act. 1 S. 12 f., Ziff. 30 f.) einerseits, dass beide Parteien in ihren Beweisantragungsschriften neben den beiden Zeugen L.___ und S.___ auch den schriftlichen GU-Vertrag (sowie weitere Urkunden) als Beweis- bzw. Gegenbeweismittel für die zum Beweis verstellte Tatsache (tatsächlicher Konsens bezüglich der Tragung des Baugrundrisikos) genannt haben (HG act. 54 S. 2 und HG act. 55 S. 3) und der GU-Vertrag im Beweisabnahmebeschluss vom 8. November 2007 als Beweismittel auch zugelassen wurde (HG act. 57 S. 2, Disp.-Ziff. 2). Da sich die Vorinstanz ihre Meinung zum Beweisthema aufgrund einer (freien) Würdigung sämtlicher zugelassener Beweismittel (Gesamtwürdigung) zu bilden hatte (§ 148 ZPO/ZH) – eine Ausklammerung einzelner zugelassener Beweismittel wäre einer Gehörsverweigerung sowie einer Missachtung des Rechts auf Beweis gleichgekommen –, durfte (und musste) sie bei der Beweiswürdigung somit auch den GU-Vertrag mitberücksichtigen und dabei dem Umstand Beachtung schenken, dass trotz des behaupteten abweichenden tatsächlichen Konsenses dessen Ziffer 6.2.6 stehen blieb und keiner der beiden Zeugen hiefür eine schlüssige Erklärung gab (wofür zumindest für den Zeugen S.___ im Zusammenhang mit dem Vorhalt dieser Vertrags-Ziffer [HG Prot. II S. 20 f.] auch ohne explizite Frage Gelegenheit bestanden hätte [vgl. KG act. 1 S. 16 f., Ziff. 43]). Demgegenüber wurden – im Unterschied zur GU-Vertragsurkunde – die beiden Schreiben vom 12. April 2002 (HG act. 9/24 und 9/26) in den Beweisantragungsschriften nicht als Beweismittel offeriert und daher auch nicht als solche abgenommen (vgl. HG act. 57; s.a. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 54, N 1 zu § 142); sie dürfen bei der Beweiswürdigung deshalb nicht mitberücksichtigt werden und die Beschwerdeführerin kann daraus nichts zur Begründung ihres Standpunktes ableiten. Die klägerische Argumentation ist daher unbehelflich, soweit sie sich auf diese beiden Schreiben und das damit untermauerte Argument stützt, dass vor Anhebung des vorliegenden Prozesses selbst die Beschwerdegegnerin den Standpunkt vertreten habe, dass die Beschwerdeführerin das Baugrundrisiko übernommen habe (vgl. KG act. 1 S. 14, Ziff. 34-36).

Andererseits hat die Vorinstanz im vorliegenden Zusammenhang (noch) keine normative Auslegung des GU-Vertragstextes vorgenommen und die Zeugenaussagen an deren Ergebnis gemessen (welches – als vom Bundesrecht beherrschte Rechtsfrage – im Kassationsverfahren nicht überprüft werden könnte [vgl. § 285 ZPO/ZH und vorne, Erw. II/3; BGE 132 III 27 f., Erw. 4; 132 III 274 f., Erw. 2.3.2; Kuhn/Nietlispatch, a.a.O., S. 301]). Vielmehr hat sie – ausgehend von der (nicht beanstandeten und zutreffenden) Feststellung, dass der Zeuge L.____ bezüglich Kenntnis des Baugrundes nur wiederholt habe, was auch im Vertrag stehe – neben der Aussage der Zeugen lediglich den Umstand mitberücksichtigt und gewürdigt, dass Ziffer 6.2.6 des Vertrags, welche sich ebenfalls mit der zum Beweis stehenden Frage der Tragung des Baugrundrisikos befasst, von den Vertragsparteien nicht (formell) angepasst oder gestrichen wurde, obwohl ihr Wortlaut nicht explizit von einer vollumfänglichen Übertragung des Baugrundrisikos auf die Beschwerdeführerin spricht (sondern gegenteils einen ausdrücklichen Vorbehalt für schlechte Bodenverhältnisse statuiert) und insoweit inhaltlich nicht mit der behaupteten tatsächlichen Vereinbarung korreliert. (Wie der Vertragstext nach Treu und Glauben auszulegen sei bzw. dass er nicht per se im Sinne einer Übernahme des vollen Baugrundrisikos durch die Beschwerdeführerin verstanden werden dürfe, lässt sich den vorinstanzlichen Erwägungen zur Würdigung der Zeugenaussagen hingegen nicht entnehmen. Die normative Auslegung des schriftlichen GU-Vertrags erfolgt gemäss dem klaren Aufbau der Urteilsbegründung vielmehr erst in Erwägung II/3.4 des angefochtenen Entscheids [KG act. 2 S. 22 ff.].) Wenn dieser Umstand (unveränderter Fortbestand von Vertragsziffer 6.2.6) die Würdigung der zum Beweisthema abgenommenen Beweise insofern beeinflusste, als er bei der Vorinstanz gewisse Zweifel an der Schlüssigkeit und Überzeugungskraft der Zeugenaussagen auslöste oder bereits vorhandene Zweifel verstärkte, kann darin keine Willkür in der Beweiswürdigung erblickt werden. Vielmehr durfte die Vorinstanz zur Überprüfung und Beurteilung der Zuverlässigkeit der Zeugenaussagen ohne Willkür auch die Nichtanpassung resp. den unveränderten Fortbestand dieser Ziffer im schriftlichen GU-Vertrag (sowie den Umstand, dass sich der Zeuge S.____ nicht daran erinnern konnte, dass man über deren Wegfall verhandelt habe) heranziehen und als Indiz betrachten, das geeignet ist, rechtserhebliche Zweifel

am behaupteten tatsächlichen Konsens zu begründen (vgl. BGE 132 III 632, Erw. 3.1 a.E. m.w.Hinw.; BGer 4A_465/2009 vom 9.11.2009, Erw. 1.5.2). Das würde im Lichte der von der Vorinstanz willkürfrei geäusserten Vorbehalte bezüglich der Überzeugungskraft der Zeugenaussagen (vgl. dazu vorstehende Erw. III/4/a und b) selbst dann gelten, wenn – wie die Beschwerdeführerin einwendet – L.___ und S.___ mit ihren Depositionen (HG Prot. II S. 10 und S. 19 ff.) der Sache nach bestätigt haben sollten, dass anlässlich des Gesprächs vom 27. Februar 2002 die Ziffer 6.2.6 des GU-Vertrags durch mündliche Vereinbarung abgeändert und die Änderung per Handschlag besiegelt worden sei (vgl. KG act. 1 S. 13, Ziff. 32, und S. 16, Ziff. 42). Nachdem die Beschwerdeführerin aber nicht dartut, dass (und wo) sie eine solche Behauptung bereits vor Vorinstanz aufgestellt habe, muss darin jedoch eine erstmals vor Kassationsgericht vorgetragene neue Tatsachenbehauptung erblickt werden, die wegen des im Beschwerdeverfahren geltenden Novenverbots, welches auch neue Vorbringen im Sinne von § 115 ZPO/ZH umfasst (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 [und N 7b zu § 115]; Spühler/Vock, a.a.O., S. 75; von Rechenberg, a.a.O., S. 17/18; ZR 76 Nr. 26; RB 1996 Nr. 121), unzulässig und somit nicht zu hören ist.

e) Der Beschwerdeführerin hilft auch der Einwand nicht weiter, dass im vorliegenden Verfahren zwischen den beiden Vertragsparteien (Beschwerdeführerin und Streitberufene) Einigkeit bezüglich der Tragung des Baugrundrisikos herrsche und nur die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz als vertragsfremde Dritte "von aussen her nun einen anderen Vertragsinhalt sehen" wollten, obwohl selbst die Beschwerdegegnerin vor dem Prozess noch die Auffassung der Vertragsparteien geteilt habe; dass das Urteil mithin auf einem Standpunkt beruhe, der vor Anhebung des Prozesses von keiner der beteiligten Personen vertreten worden sei (KG act. 1 S. 14, Ziff. 33-36). Abgesehen davon, dass die zur Untermauerung dieser Rüge genannten Schreiben vom 12. April 2002 (HG act. 9/24 und 9/26) bei der Beweiswürdigung nicht mitberücksichtigt werden können (vgl. vorstehende lit. d), ist nämlich ohne Belang, welche Meinung die Streitberufene im und die Beschwerdegegnerin vor dem Prozess vertreten haben. Entscheidend ist allein, dass die Beschwerdegegnerin (als beklagte Prozesspartei) die (sinngemässe) klägerische Behauptung, im Vertragsverhältnis zwischen den Werkvertragspartei-

en habe ein tatsächlicher Konsens vorgelegen, *im Hauptverfahren* (Behauptungsstadium) des Prozesses bestritten und damit zum Gegenstand der Beweisführung gemacht hat (vgl. HG act. 17 S. 6 und HG act. 38 S. 14 f.). In deren Rahmen oblag es der beweisbelasteten Beschwerdeführerin gerade, mit den zugelassenen Beweismitteln den Beweis zu erbringen, dass zwischen den Vertragsparteien im Zeitpunkt der Werklohnvereinbarung Einigkeit bezüglich der Übernahme des Baugrundrisikos herrschte. Wenn die Vorinstanz in Würdigung der hiezu abgenommenen Beweise zum Schluss gelangte, dieser Beweis sei nicht erbracht, und wenn sie eine entsprechende tatsächliche Einigung deshalb verneinte, wollte sie nicht als vertragsfremde Dritte "von aussen her einen anderen Vertragsinhalt sehen". Vielmehr zog sie damit lediglich die Konsequenzen aus der die Beweislast und deren Verteilung regelnden Vorschrift von Art. 8 ZGB, welche verbietet, dem Urteil bestrittene, aber unbewiesen gebliebene Tatsachen zugrunde zu legen, und die vom Richter verlangt, die Folgen der Beweislosigkeit einer beweisbedürftigen Tatsache der beweisbelasteten Partei aufzubürden (vgl. BGE 130 III 601 f., Erw. 5.4; 114 II 290 f., Erw. 2/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 und 3 vor §§ 133 ff.; Hausheer/Jaun, a.a.O., N 26 und 33 zu Art. 8-10 ZGB). Diesbezüglich ist ebenfalls kein (der kassationsgerichtlichen Prüfung zugänglicher) Mangel im Sinne von § 281 ZPO/ZH ersichtlich.

f) Schliesslich ist auch mit der bloss appellatorischen Kritik an den vorinstanzlichen Erwägungen zum vergleichsweise beigelegten Streit zwischen der Beschwerdeführerin und der Streitberufenen (KG act. 1 S. 17 f., Ziff. 44 und 46) kein Nichtigkeitsgrund bezüglich der Beweiswürdigung dargetan. So bezeichnet die Beschwerdeführerin (auch) in diesem Zusammenhang nicht näher, gegen welche konkreten Stellen bzw. Feststellungen im angefochtenen Urteil sie sich damit wendet, und sie legt auch nicht mittels Hinweisen auf bestimmte Stellen in ihren Rechtsschriften dar, dass und wo sie ihre in der Beschwerdeschrift gemachten Ausführungen zu Hintergrund und Zweck des geschlossenen Vergleichs bereits vor Vorinstanz vorgetragen habe. (Die beiden Verweisungen auf Stellen im Vergleich selbst [KG act. 1 S. 18, Ziff. 46] sind diesbezüglich unbehelflich [vgl. ZR 97 Nr. 87].) Insoweit genügt die Beschwerde den formellen Anforderungen an die Begründung einer solchen nicht (vgl. dazu vorne, Erw. III/3/a) bzw. haben die be-

treffenden Vorbringen als im Kassationsverfahren unzulässige Noven zu gelten. Zudem ist auch in inhaltlicher Hinsicht nur schwer nachvollziehbar, inwiefern das Argument, selbst die Beschwerdegegnerin habe schon lange vor Bereinigung der Bauabrechnung durch die Beschwerdeführerin und die Streitberufene die Auffassung vertreten und zu Papier gebracht, dass die Folgekosten schlechter Bodenverhältnisse von der Beschwerdeführerin zu tragen seien (vgl. KG act. 1 S. 17, Ziff. 44), die vorinstanzliche Würdigung der Aussage des Zeugen S.____ und den in diesem Zusammenhang erfolgten Hinweis der Vorinstanz auf den dem Vergleich vorangegangenen Streit zwischen den Vertragsparteien als willkürlich erscheinen lassen sollte.

Im Übrigen geht aus den einleitenden Ausführungen im Vergleich hervor, dass die Beschwerdeführerin gegenüber der Streitberufenen Mehrforderungen für (Mehr-)Aufwendungen in der Höhe von über Fr. 1 Mio. geltend gemacht (und teilweise mit der Eintragung von provisorischen Bauhandwerkerpfandrechten abgesichert) hat, die grösstenteils wegen eines mutmasslich falschen geologischen Gutachtens entstanden seien (HG act. 71/1 S. 2 Mitte). Daraus abzuleiten, dass zwischen den Vertragsparteien zunächst strittig gewesen sei, wer die finanziellen Folgen des unerwartet schlechten Baugrundes zu tragen habe, was indiziell eher gegen das Vorliegen eines tatsächlichen Konsenses im Zeitpunkt des Zustandekommens der Werklohnabrede spreche (KG act. 2 S. 22), ist nachvollziehbar und jedenfalls nicht willkürlich.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin nicht nachweist, dass die Vorinstanz bei der Beweismwürdigung zu ihrem Nachteil aktenwidrige Annahmen getroffen hat oder in Willkür verfallen ist. Insbesondere erscheint es (unter Berücksichtigung des dem Sachrichter bei der freien Beweismwürdigung nach § 148 ZPO/ZH eingeräumten Ermessensspielraums) jedenfalls nicht als unhaltbar, wenn die Vorinstanz in Würdigung der abgenommenen Beweise nicht (im Sinne des Regelbeweismasses) zur richterlichen Überzeugung gelangte, es habe zwischen den Parteien des GU-Werkvertrags ein tatsächlicher Konsens in dem Sinne bestanden, dass die Beschwerdeführerin das volle Baugrundrisiko trage; vielmehr lässt sich die Auffassung durchaus vertreten, aus den im angefochtenen

Entscheid angeführten, der kassationsgerichtlichen Überprüfung standhaltenden Gründen blieben rechtserhebliche Zweifel an der Verwirklichung dieser Tatsache, weshalb der Beweis als gescheitert zu betrachten sei. (Ob das Kassationsgericht als Sachrichter ebenso entschieden oder ob es aufgrund der Aktenlage diesen Beweis für erbracht erachtet hätte, ist wegen der auf Willkür beschränkten Kognition der Kassationsinstanz bei der Prüfung von Tatfragen [nach § 281 Ziff. 2 ZPO/ZH] ohne Belang.)

Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit sie den formellen Begründungsanforderungen entspricht und unter dem Gesichtspunkt von § 285 ZPO/ZH auf sie eingetreten werden kann.

IV.

1. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Kassationsverfahrens, deren Bemessung sich nach der obergerichtlichen Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (aGGebV) richtet (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und vorne, Erw. II/1), der mit ihren Rechtsmittelanträgen unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 Satz 1 ZPO/ZH). Sie bestehen in einer sämtliche Kosten abdeckenden Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 aGGebV), die – ausgehend von einem (Verfahrens-)Streitwert von Fr. 413'340.35 – in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 aGGebV in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und 2 aGGebV auf Fr. 15'000.-- festzusetzen ist.

2. Zudem hat die (für kostenpflichtig erklärte) Beschwerdeführerin der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin für die im Zusammenhang mit der Beantwortung der Beschwerde verursachten Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Deren Höhe bestimmt sich nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010 und vorne, Erw. II/1) und ist im Rahmen der §§ 3 ff. aAnwGebV (insbes. § 3 Abs. 1 aAnwGebV in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 3 aAnwGebV) nach Ermes-

sen 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. 22 S. 2) kein Mehrwertsteuerzusatz hinzuzuschlagen ist (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1 [abrufbar unter <http://www.obergericht-zh.ch>, "Kreisschreiben"]).

V.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Endentscheid (im Sinne von Art. 90 BGG) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache weder miet- noch arbeitsrechtlicher Natur, deren (Rechtsmittel-)Streitwert Fr. 413'340.35 beträgt (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG). Damit steht gegen ihn aus den in Art. 95 ff. BGG genannten (Rüge-)Gründen die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (Art. 74 Abs. 1 lit. b und Art. 75 BGG).

Ferner beginnt – worauf in Anbetracht der unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid (vgl. KG act. 2 S. 35, Disp.-Ziff. 6/b) besonders hinzuweisen ist – mit der Zustellung des Beschlusses des Kassationsgerichts (als ausserordentlicher Rechtsmittelinstanz) auch die dreissigtägige Frist zur (direkten) Anfechtung des handelsgerichtlichen Urteils mittels Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) an das Bundesgericht wegen Mängeln, deren Prüfung dem Kassationsgericht (zumal wegen der Vorschrift von § 285 ZPO/ZH) entzogen ist, (neu) zu laufen (Art. 100 Abs. 1 und aAbs. 6 BGG; s.a. BGE 135 III 339, Erw. 1.3; BGer 4A_398/2008 vom 18.12.2008, Erw. 1.3; 4A_141/2008 vom 8.12.2009, Erw. 13.1).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 15'000.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 11'000.-- 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 beträgt Fr. 413'340.35.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichts vom 21. Juni 2010 mit Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheids (Art. 100 Abs. 1 und aAbs. 6 BGG).

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

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

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: