



Kass.-Nr. AA110012-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei und Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2011

in Sachen

X. AG,

...,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ____ und Rechtsanwalt Dr. iur. ____

gegen

Y.,

...,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. ____ und Rechtsanwalt lic. iur. ____

betreffend

Forderung / Beweissicherung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. März 2011 (HG050150-O/Z40)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 17. Mai 2005 machte die Beschwerdegegnerin (Klägerin) beim Handelsgericht des Kantons Zürich (Vorinstanz) gegen die Beschwerdeführerin (Beklagte) eine Forderungsklage mit Nachklagevorbehalt anhängig (HG act. 1). Damit verlangt sie von dieser die Bezahlung von Fr. 50'000.-- Genugtuung, wobei damit nur ein Teil der gesamten Genugtuung eingeklagt werde (HG act. 1 S. 2). Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, am 7. März 2001 beim Verlassen des Bürogebäudes der Beschwerdeführerin den rechten Arm in einer Zylinderdrehtüre eingeklemmt und dadurch eine schwere Verletzung erlitten zu haben, die zu einer "dauernden Invalidität" geführt und ihre "Erwerbsfähigkeit im Beruf ... dauerhaft 100% eingeschränkt" habe. Als Folge davon habe sie sich zurückgezogen und gesellschaftlich isoliert, da sie keiner Sportart mehr nachgehen und keine gesellschaftlichen oder kulturellen Anlässe mehr besuchen könne, die länger als eine Stunde dauerten. Für diese Einschränkungen hafte ihr die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 58, 41 und 55 OR (HG act. 1 S. 3 ff., insbes. Ziff. 5, 11 ff., 16).

Die Beschwerdeführerin bestreitet den eingeklagten Anspruch vollumfänglich und schliesst auf Abweisung der Klage (HG act. 14 S. 2). Insbesondere stellt sie in Abrede, dass die Beschwerdegegnerin eine dauerhafte Invalidität erlitten habe und als Folge des Unfalls zu 100% arbeitsunfähig sei. Dabei behauptete sie in ihrer Klageantwort vom 19. September 2005, dass die Beschwerdegegnerin nach dem Unfall nicht nur eine intensive Tätigkeit als alleinige Geschäftsführerin einer neu gegründeten Vermögensverwaltungsgesellschaft aufgenommen habe, sondern auch verschiedentlich bei Fachveranstaltungen in der Öffentlichkeit aufgetreten sei, was dem von ihr gezeichneten Bild einer zu 100% arbeitsunfähigen, gesellschaftlich isolierten Person widerspreche. In diesem Zusammenhang legte die Beschwerdeführerin unter anderem dar, dass die Beschwerdegegnerin in ihrer Eigenschaft als geschäftsführende Gesellschafterin der genannten Vermögens-

verwaltungsgesellschaft am 18. Februar 2003 ein aufwändiges Seminar in London organisiert und dort das Eingangsreferat gehalten habe. Schliesslich brachte die Beschwerdeführerin vor, dass gestützt auf die Erwerbstätigkeit, die Mitgliedschaft der Beschwerdegegnerin in verschiedenen Organisationen und deren öffentliche Auftritte anzunehmen sei, dass die Beschwerdegegnerin auch nach dem Unfall eine rege Reisetätigkeit entfaltet habe, die im Widerspruch zu ihrer eigenen Darstellung stehe (HG act. 14 S. 8 ff., insbes. Ziff. 11, 39 ff., 45 ff., 49, 100, 131). Letzteres bestritt die Beschwerdegegnerin in ihrer Replik vom 26. Juni 2006 und behauptete, sie sitze faktisch nur noch zu Hause herum und habe keine Kraft mehr, zu arbeiten und sich irgendwie fortzubilden und fortzuentwickeln (HG act. 36 S. 33 f., Ziff. 51). Zum Beweis dafür, dass dies nicht zutrefte, bzw. zum Beweis der regen Reisetätigkeit der Beschwerdegegnerin offerierte die Beschwerdeführerin in ihrer Duplik vom 3. November 2006 die zu edierenden Abrechnungen der Kreditkarten "Diners Club Suisse" und "Visa Corner/Finalba" der Beschwerdegegnerin (HG act. 40 S. 40 f., Ziff. 92).

2. Im vorinstanzlichen Beweisaufgabebeschluss vom 10. Oktober 2007 wurde der Beschwerdegegnerin (unter anderem) der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass sie seit dem Unfall nicht mehr gearbeitet habe, ihr früher beruflich und gesellschaftlich reges Leben massiv habe einschränken müssen und nur noch zu Hause herumsitze (HG Prot. S. 27, Beweissätze 16 und 17). Der Beschwerdeführerin ihrerseits wurde dazu der Gegenbeweis offengehalten, insbesondere dafür, dass die Beschwerdegegnerin seit dem Unfall wiederholt gearbeitet habe, vor allem im Zusammenhang mit dem genannten Seminar in London am 18. Februar 2003 (HG Prot. S. 29, Beweissatz 30). Hiefür offerierte die Beschwerdeführerin in ihrer Beweisantrittungsschrift vom 21. November 2007 unter anderem die Abrechnungen zweier genau bezeichneter Kreditkarten der Beschwerdegegnerin seit März 2001, die, da sie der Beschwerdeführerin nicht vorlägen, durch die entsprechenden Kreditkartenunternehmen zu edieren seien (HG act. 53 S. 10 f. und 16 f.). Mit Beschluss vom 30. Januar 2008 beschränkte die Vorinstanz das Beweisverfahren einstweilen auf die Beweissätze 1-7 und 23-29, womit die Abnahme der Beweise zu den Beweissätzen 16, 17 und 30 – soweit dazumal noch

notwendig – auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wurde (HG Prot. S. 35 ff., insbes. S. 44).

3. Am 6. August 2010 reichte die Beschwerdeführerin mit Bezug auf die von ihr offerierte Edition der Kreditkartenabrechnungen ein Gesuch um vorsorgliche Beweisabnahme ein, das die Vorinstanz mit Beschluss vom 22. Oktober 2010 abwies, weil es in seiner zu weitgehenden Formulierung einer unzulässigen Beweisausforschung gleichkomme (vgl. HG act. 124 und 136). In der Folge stellte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 26. Januar 2011 ein weiteres, gegenüber dem ersten in zeitlicher und sachlicher Hinsicht eingeschränktes Gesuch um Sicherstellung gefährdeter Beweise im Sinne von § 135 ZPO/ZH (HG act. 161). Mit Beschluss vom 29. März 2011 wies die Vorinstanz auch das zweite Gesuch ab (HG act. 171 = KG act. 2).

4. Gegen diesen den Parteien am 4. April 2011 zugestellten (HG act. 172A-B) handelsgerichtlichen (Zwischen-)Entscheid richtet sich die vorliegende kantonale Nichtigkeitsbeschwerde vom 4. Mai 2011 (KG act. 1). Darin beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Fällung eines neuen Sachentscheids im Sinne ihrer vor Vorinstanz gestellten Rechtsbegehren, d.h. den Erlass der beantragten Beweissicherungs-massnahme; eventualiter sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2 f.). Neben der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde hat die Beschwerdeführerin gegen den vorinstanzlichen Beschluss auch Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht erhoben, welche zur Zeit noch hängig ist (vgl. KG act. 1 S. 7, Ziff. 10, und KG act. 9).

Mit Verfügung vom 6. Mai 2011 (KG act. 6) wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (s.a. KG act. 5 und 18) und der Beschwerdeführerin eine Prozesskaution von Fr. 7'000.-- auferlegt, welche rechtzeitig geleistet wurde (vgl. KG act. 7/1 und 8). Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 17), beantragt die Beschwerdegegnerin in ihrer fristwahrend erstatteten (vgl. KG act. 6 und 7/2) Beschwerdeantwort vom 7. Juni 2011, die der Beschwerdeführerin unter dem 8. Juni 2011 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (vgl. KG act. 15 und 16/1), die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie ein-

zutreten sei (KG act. 13, insbes. S. 2). Weitere Stellungnahmen sind nicht eingegangen.

II.

1. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO/CH) in Kraft. Diese kennt das von der Beschwerdeführerin (bewusst und irrtumsfrei; vgl. KG act. 1 S. 6 f., Ziff. 2 ff.) ergriffene Rechtsmittel (Nichtigkeitsbeschwerde) nicht. Es stellt sich deshalb zunächst die Frage, ob aus intertemporalrechtlicher Sicht gegen den angefochtenen vorinstanzlichen Entscheid die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde überhaupt (noch) zulässig sei, wobei die sachliche Zuständigkeit zu deren Beurteilung weiterhin beim Kassationsgericht liegt (vgl. § 211 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010 in Verbindung mit § 69a Abs. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH)).

2. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH gilt für Verfahren, die bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens der eidgenössischen Zivilprozessordnung hängig waren, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz weiter. Der im Jahre 2005 anhängig gemachte Forderungsprozess vor Vorinstanz, in dessen Rahmen der angefochtene Entscheid erging, untersteht somit (weiterhin) dem bisherigen (kantonalen) Prozessrecht, d.h. den Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) und des GVG/ZH. In solchen Verfahren sind die erforderlichen prozessleitenden Anordnungen und Zwischenentscheide daher nach Massgabe des bisherigen (kantonalen) Rechts zu fällen. Das gilt auch für Entscheide, mit denen im Rahmen eines hängigen Prozesses über den Antrag einer Partei auf Sicherstellung gefährdeter Beweise im Sinne von § 135 ZPO/ZH entschieden wird.

Fraglich und zu prüfen bleibt indessen, ob ein (wie hier) nach Inkrafttreten der ZPO/CH eröffneter Zwischenentscheid in einem dem bisherigen Recht unterstehenden Verfahren bereits der neuen Rechtsmittelordnung der ZPO/CH unter-

liegt oder ob er (weiterhin) mit den altrechtlichen Rechtsmitteln des kantonalen Rechts anfechtbar sei. Diese durch Auslegung von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH zu entscheidende Frage wird von der Lehre und der (kantonalen) Rechtsprechung kontrovers beantwortet. Das Kassationsgericht selbst hat sich mangels eines höchstrichterlichen Präjudizes in einem (zur Publikation bestimmten) Entscheid vom 8. Juni 2011 (Kass.-Nr AA110010 i.S. N. c. S. und K.) zwar einlässlich mit der Frage nach der für die Anfechtung von Zwischenentscheiden massgeblichen Rechtsmittelordnung befasst, sie mangels Entscheidrelevanz aber letztlich offengelassen. Dabei wurde Folgendes erwogen:

"II/3. Diese besondere intertemporalrechtliche Vorschrift für Rechtsmittel [sc. Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH] kann auf zwei verschiedene Arten interpretiert werden:

3.1. Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH differenziert (auch in der französischen und italienischen Textfassung) nicht nach der Art des anzufechtenden Entscheids. Daraus liesse sich einerseits ableiten, dass die Bestimmung die Frage des für die Rechtsmittel massgeblichen Rechts für alle Entscheide und Entscheidungsarten einheitlich regelt. Nach dem Gesetzeswortlaut allein unterlägen somit nicht nur End-, sondern auch Zwischenentscheide, die nach dem 31. Dezember 2010 eröffnet wurden, der Rechtsmittelordnung des neuen Rechts, das sowohl die Art des zulässigen Rechtsmittels als auch das Rechtsmittelverfahren bestimmt.

Folgt man dieser (aufgrund des Gesetzestextes naheliegenden) Ansicht, ist (insbesondere auch) die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde gegen Zwischenentscheide, die im Rahmen eines nach bisherigem Recht weiterzuführenden Verfahrens nach dem 31. Dezember 2010 eröffnet wurden, unzulässig. Damit wäre auch dem – allerdings schon vom Gesetz selbst (Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH) durchbrochenen – Grundsatz Rechnung getragen, dass neues Prozessrecht (unter Vorbehalt abweichender Übergangsbestimmungen) sofort anwendbar sein soll (vgl. BGE 112 V 306, Erw. 4/a; 115 II 101; 126 III 435, Erw. 2/b m.w. Hinw.; 129 V 115, Erw. 2.2; 136 I 48, Erw. 2; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, N 1 zu Art. 404 ZPO/CH; Schwander, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Dike Online-Kommentar, Zürich 2010, N 104 zu Art. 404 ZPO/CH [Stand 16.12.2010]; Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. A., Bern 2010, Kap. 1 Rz 82; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, S. 14).

In der *Lehre* wird diese Auffassung ausdrücklich von Hofmann/Lüscher (Le Code de procédure civile, Bern 2009, S. 236), Domej (in: Oberhammer [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Basel 2010, N 3 zu Art. 405 ZPO/CH), Gasser (Schweizerische ZPO: Checkliste für Tag 1, AnwRev 2010, S. 256) und Walther (Das Übergangsrecht zur neuen ZPO – offene Fragen und mögliche Antworten, SZP 2010, S. 414) vertreten. [Neuerdings pflichtet ihr auch von Werdt, Das Bundesgericht und die ZPO, Unterlagen zur ZPO-Tagung 'Fallstricke und Chancen' des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen vom 23. Mai 2011, S. 19 ff., insbes. S. 21, bei.]

Daneben dürften ihr stillschweigend wohl auch jene Autoren folgen, die sich nicht explizit zur hier aufgeworfenen Frage äussern, sondern mit Bezug auf die Rechtsmittelordnung lediglich allgemein und ohne Differenzierung hinsichtlich der Art des anzufechtenden Entscheids auf Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH hinweisen (so etwa Spühler/Vock, a.a.O., S. 12; Gasser/Rickli, a.a.O., N 1 zu Art. 405 ZPO/CH und N 1 zu Art. 404 ZPO/CH; Spühler/Dolge/Gehri, a.a.O., Kap. 1 Rz 83 f.; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 430; Fischer, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Stämpfli Handkommentar, Bern 2010, N 1 zu Art. 405 ZPO/CH; Urbach, in: Gehri/Kramer [Hrsg.], ZPO Kommentar, Zürich 2010, N 1 f. zu Art. 405 ZPO/CH; Brönnimann, Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 – ein Überblick, recht 2009, S. 96; Vock, Veränderungen im Rechtsmittelverfahren, Unterlagen zur Einführungstagung zur Schweizerischen ZPO des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen vom 7. September 2010, S. 19; Diggelmann, Rechtsmittel, Unterlagen zur ZPO-Tagung des Instituts für zivilgerichtliches Verfahren der Universität Zürich vom 5. Oktober 2010, S. 28; Freiburghaus, Die Rechtsmittel der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Unterlagen zur ZPO-Tagung der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter vom 27. August und 3. September 2010, S. 13).

Die *Praxis des Zürcher Obergerichts* folgt ebenfalls dieser Auffassung, nachdem sich dessen I. und II. Zivilkammer in einem Gedankenaustausch darauf verständigt haben, auf nach dem 31. Dezember 2010 eröffnete (erstinstanzliche) Zwischenentscheide die Rechtsmittel des neuen (eidgenössischen) Rechts anzuwenden (vgl. Verfügung der I. Zivilkammer vom 17. Februar 2011, publiziert in ZR 110 Nr. 32). Eine nähere Begründung oder vertiefte Erwägungen zur Auslegung von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH bleibt das Obergericht (bis anhin) allerdings schuldig. Daneben liesse sich allenfalls auch der Hinweis auf Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH in einem *Entscheid des Bundesgerichts* vom 11. April 2011 (BGer 4A_20/2011, Erw. 1), wo – allerdings unter einem anderen Aspekt – ebenfalls die Zulässigkeit der Anfechtung eines Zwischenentscheids geprüft wurde, in diesem Sinne interpretieren.

3.2. Nach anderer Ansicht ... darf Art. 405 ZPO/CH nicht isoliert betrachtet, sondern muss als logische Fortsetzung von Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH gelesen werden. Danach geht aus diesen beiden Vorschriften hervor, dass der Wechsel zum neuen Verfahrensrecht zwischen den Instanzen stattfindet. Gemäss dem in letztgenannter Vorschrift statuierten Übergangsrechtlichen Grundsatz setze ein Rechtswechsel aber voraus, dass das Verfahren vor der betroffenen Instanz 'zum Abschluss' gebracht wurde; bis zu diesem Zeitpunkt gelte das bisherige Verfahrensrecht (umfassend) weiter. Da ein prozessleitender bzw. Zwischenentscheid der betroffenen Instanz nicht verfahrensabschliessend wirke, sondern (ex definitione) noch vor dem Abschluss des Verfahrens ergehe, werde ein solcher von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH nicht erfasst. Denn ungeachtet einer allfälligen Anfechtung des Zwischenentscheids bleibe das Verfahren vor der betroffenen Instanz hängig, was einen Rechtswechsel verhindere. So betrachtet, spricht die Berücksichtigung des systematischen Zusammenhangs, in dem die besondere Vorschrift über die Rechtsmittel steht, gegen eine Unterstellung von Zwischenentscheiden unter Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH (in diesem Sinne Frei/Willisegger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 7 f. zu Art. 405 ZPO/CH [unter Anführung weiterer Argumente]; Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, JdT 2010 III, S. 36 ff., m.Hinw. auf Haldy, La nouvelle procédure civile suisse,

Basel 2009, S. 3, Anm. 7; Schwander, a.a.O., N 107 zu Art. 405 ZPO/CH [Stand 16.12. 2010]). Im Unterschied zum Zürcher Obergericht pflichtet auf Seiten der *Rechtsprechung* die Zivilabteilung des *Obergerichts des Kantons Bern* in ihrem Kreisschreiben 'Übergangsrecht ZPO' vom 30. September 2010 (... abrufbar unter <http://www.be.ch/Obergericht> [Stichworte Zivilverfahren / Kreisschreiben] und abgedruckt in SZPP 2011, S. 163 ff.) dieser Ansicht bei.

Die Auffassung, wonach in den fraglichen Fällen weiterhin die bisherige kantonale Rechtsmittelordnung massgeblich und die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde unter den Voraussetzungen von § 282 Abs. 1 ZPO/ZH folglich (weiterhin) zulässig sei (...), dürfte auch den Ausführungen in der Botschaft zur ZPO/CH zugrunde liegen und lässt sich daher allenfalls auch darauf stützen. Zwar thematisieren die dortigen Erörterungen zu Art. 401/402 des bundesrätlichen Entwurfs, die inhaltlich unverändert als Art. 404/405 ZPO/CH ins Gesetz überführt wurden (Sutter-Somm/Seiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 3 zu Art. 404 ZPO/CH), die Frage der Unterstellung von Zwischenentscheiden unter die Vorschrift betreffend das auf die Rechtsmittel anwendbare Recht nicht explizit. Immerhin wird dort aber Folgendes festgehalten: 'Prozesse, die bei Inkrafttreten der vereinheitlichten ZPO hängig sind, schliessen die Instanz nach bisherigem (kantonalem) Prozessrecht ab (Art. 401 Abs. 1). Für ein *anschliessendes* innerkantonales Rechtsmittel gilt dann aber die ZPO (Art. 402).' (BBI 2006, S. 7407 [ohne Hervorhebung im Original]; ebenso Votum Wicki, Amtl. Bull. SR 2007, S. 644; Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], a.a.O., N 4 zu Art. 405 ZPO/CH; im gleichen Sinne auch die französische Fassung der bundesrätlichen Botschaft: 'Les procès en cours à l'entrée en vigueur du code de procédure civile unifiée sont régis par le droit de procédure [cantonal] en vigueur jusqu'à la clôture de la procédure [art. 401, al. 1]. Cependant, une fois la décision rendue, les voies de recours cantonales se déterminent selon le CPC [art. 402].' [FF 2006, S. 6778]). Daraus könnte in subjektiv-historischer Auslegung der Schluss gezogen werden, dass die Botschaft (und mit ihr auch der Gesetzgeber) implizit davon ausgeht, der Rechtswechsel greife erst bezüglich eines Rechtsmittels, das an den Verfahrensabschluss vor der betroffenen Instanz (im Sinne von Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH) anschliesst (und Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH erfasse mithin nur End- oder Teilentscheide), währenddem sich der Rechtsmittelweg gegen einen Zwischenentscheid, den die betroffene Instanz vor Abschluss ihres Verfahrens gefällt hat, weiterhin nach bisherigem (kantonalem) Recht richtet.

Dem stünde auch die ratio legis von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH nicht entgegen, die verhindern will, dass sich der Übergang zum neuen Recht wegen innerkantonalen Rechtsmittel übermässig verzögert; denn dieser Übergang findet in einem unter bisherigem Recht durchzuführenden Verfahren ohnehin erst nach Abschluss desselben vor der betroffenen Instanz statt, und zwar unabhängig vom Rechtsmittelweg gegen darin ergangene Zwischenentscheide. Überdies wäre damit auch der gesetzgeberische Entscheid verwirklicht, den Rechtswechsel (erst) zwischen den (mit der Sache als solcher befassten) Instanzen stattfinden zu lassen. Und schliesslich liesse sich damit ein (an anderer Stelle) als unerwünscht und den Parteien nicht zumutbar bezeichnetes Hin und Her zwischen den Rechtsordnungen vermeiden (vgl. Spühler/Vock, a.a.O., S. 14; Vock, a.a.O., S. 20; Diggelmann, a.a.O., S. 31), bleibt auf ein dem bisherigen Recht unterstehendes Verfahren doch so oder anders weiterhin das bisherige (kantonale) Recht anwendbar (Art. 404 Abs. 1 ZPO/CH). Auf der

anderen Seite kann diese Lösung dazu führen, dass für die Anfechtung eines Zwischenentscheids unter Umständen mehr Rechtsmittel oder Instanzen offenstehen als für die Anfechtung des (späteren) Endentscheids. Das läuft zwar dem Grundsatz der Einheit des Prozesses zuwider (vgl. BGE 133 III 647 f., Erw. 2.2; 134 II 195, Erw. 1.3; 119 Ib 412 ff.; statt vieler ferner auch BGer 4A_220/2009 vom 17.6.2009, Erw. 1.1; 4A_131/2009 vom 26.6.2009, Erw. 1.1), trifft aufgrund der übergangsrechtlichen Vorschriften jedoch auch auf andere Fälle zu; nämlich auf diejenigen, in denen gegen einen vor dem 1. Januar 2011 eröffneten Zwischenentscheid, nicht aber auch gegen den erst nach diesem Zeitpunkt ergehenden Endentscheid noch ein zusätzliches kantonales Rechtsmittel oder eine zusätzliche Instanz zur Verfügung standen resp. stehen.

3.3. Für beide der vorstehend dargelegten, in gleicher Weise vertretbaren Auslegungsvarianten von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH lassen sich gute Gründe anführen. Währenddem für die erstgenannte (Erw. II/3.1) vor allem der Umstand spricht, dass das Gesetz eine vom Wortlaut her scheinbar klare (Spezial-)Bestimmung zum anwendbaren Recht für Rechtsmittel enthält, führt die zweitgenannte (Erw. II/3.2) zu sachlich stimmigeren Ergebnissen. Insbesondere verhindert sie fremdartig anmutende (und möglicherweise problemträchtige) Eingriffe des neuen Verfahrensrechts in ein von der befassten Instanz nach bisherigem Recht abzuschliessendes Verfahren bzw. stellt sie sicher, dass das Verfahren vor einer bestimmten Instanz bis zu dessen Abschluss nach denselben, bei Prozesseinleitung in Kraft stehenden Verfahrensregeln durchgeführt wird. Insofern trägt sie auch zur Rechtssicherheit bei (vgl. dazu Frei/Willisegger, a.a.O., N 8 zu Art. 405 ZPO/CH). Gesamthaft betrachtet mag die Auffassung, der Rechtswechsel könne erst nach Abschluss des Verfahrens vor derjenigen Instanz stattfinden, vor der es am 1. Januar 2011 rechtshängig war, und (auch) die Rechtsmittelordnung gegen Zwischenentscheide, die im Rahmen eines nach bisherigem Recht geführten Verfahrens ergehen, richte sich folglich nach bisherigem Recht, aufgrund der Gesetzessystematik und der Materialien als überzeugender und sachgerechter und deshalb als vorzugswürdig erscheinen."

Ergänzend anzufügen bleibt, dass sich auch in den übrigen Kantonen keine einheitliche Praxis zu etablieren vermochte: So sprachen sich beispielsweise das Kantonsgericht Graubünden (vgl. Verfügung der I. Zivilkammer vom 15. Februar 2011, Ref. ZK1 11 2, sowie Urteil der I. Zivilkammer vom 18. Februar 2011, Ref. ZK1 11 5, Erw. 1) und offenbar auch das Obergericht des Kantons Luzern (vgl. BGer 5A_379/2011 vom 17.6.2011) für die Massgeblichkeit des bisherigen (kantonalen) Rechts aus, währenddem das Kantonsgericht Basel-Landschaft das neue (eidgenössische) Recht für massgeblich hält (vgl. Entscheid KGE Z vom 1. März 2011 i.S. V.N. c. U.M., Verfahrens-Nr. 410 2011 4, Erw. 1 [abrufbar unter <http://www.baselland.ch>, Stichworte Gerichte / Kantonsgericht / Rechtsprechung, und abgedruckt in BJM 2011, S. 222 ff.]).

3. In der Zwischenzeit ist das bundesgerichtliche Urteil 4A_116/2011 vom 6. Mai 2011 (im Internet) veröffentlicht worden, das die Frage nach der Zulässigkeit der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde höchstrichterlich klärt (ohne dabei allerdings auch nur ansatzweise auf die in Lehre und Rechtsprechung vertretenen kontroversen Meinungen einzugehen). Danach kommt – entgegen der vom Kassationsgericht favorisierten Auffassung – auch für Zwischenentscheide (dort: betreffend unentgeltliche Rechtspflege), die im Rahmen eines nach bisherigem (kantonalem) Verfahrensrecht durchzuführenden Verfahrens ergangen und nach dem 31. Dezember 2010 eröffnet worden sind, die Rechtsmittelordnung der ZPO/CH bereits zur Anwendung. Demzufolge steht die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (auch) gegen solche Entscheide nicht mehr offen (a.a.O., Erw. 1). Vielmehr sind sie – als kantonal letztinstanzliche Entscheide (im Sinne von Art. 75 Abs. 1 BGG) – unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG (insbes. Art. 92 f. BGG) direkt beim Bundesgericht anzufechten. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Gerichtsstanz, die den anzufechtenden Zwischenentscheid erlassen hat, (wie im Fall, der dem Urteil 4A_116/2011 zugrunde lag) als Rechtsmittelinstanz oder (wie hier) in bundesrechtskonformer Weise (vgl. Art. 75 Abs. 2 lit. b BGG und § 63 GVG/ZH bzw. § 44 lit. b GOG) als einzige kantonale Instanz entschieden hat.

4. Von diesem einschlägigen bundesgerichtlichen Präjudiz abzuweichen bestehen angesichts des Wortlauts von Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH und der nahezu gleichwertigen sachlichen Überzeugungskraft der beiden kontroversen Auffassungen keine hinreichenden Gründe. Dementsprechend ist gestützt auf die bundesgerichtliche Praxis davon auszugehen, dass sich die gegen den angefochtenen Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel nach neuem (eidgenössischem) Prozessrecht richten. Dieses kennt die Nichtigkeitsbeschwerde nicht, und es stellt auch kein anderes innerkantonales Rechtsmittel zur Anfechtung eines handelsgerichtlichen Entscheids zur Verfügung, in welches die vorliegende Beschwerde allenfalls konvertiert werden könnte. Damit erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde aber als unzulässig (und die im angefochtenen Entscheid erteilte Rechtsmittelbelehrung [KG act. 2 S. 14, Disp.-Ziff. 4] entgegen beschwerdeführender Ansicht [vgl. KG act. 1 S. 6, Ziff. 2] als zutreffend). Folglich fehlt es an

einer von Amtes wegen zu prüfenden Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung, weshalb auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann (vgl. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 491, 494 und 504; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 4 vor §§ 259 ff.; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 1. A., Zürich 1999, S. 79).

III.

1. Gemäss der auch im Kassationsverfahren geltenden allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO/ZH werden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Als solche ist auch der (Rechtsmittel-)Kläger zu behandeln, auf dessen Klage (resp. Rechtsmittel) nicht eingetreten wird (Guldener, a.a.O., S. 406, Anm. 6/a; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 18 zu § 64; s.a. Art. 106 Abs. 1 ZPO/CH). Da die Beschwerdeführerin in diesem Sinne unterliegt, hat sie die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen.

Deren betragsmässige Festsetzung richtet sich unter den gegebenen Umständen nach bisherigem Recht, d.h. nach der obergerichtlichen Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (aGGebV). Dies deshalb, weil die Beschwerdeführerin bewusst und irrtumsfrei ein Rechtsmittel des bisherigen (kantonalen) Rechts erhoben hat, dessen Erledigung konsequenterweise nach diesem (bisherigen) Recht zu erfolgen hat (s.a. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010). Der Umstand, dass mit Bezug auf die gegen den angefochtenen Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel bereits die ZPO/CH zur Anwendung gelangt, führt mithin zwar zur Unzulässigkeit der Beschwerde, nicht aber auch zu einem Wechsel der Bestimmungen, nach denen das anhängig gemachte, durch Nichteintreten zu erledigende Kassationsverfahren (im Sinne von §§ 281 ff. ZPO/ZH) durchzuführen ist. (Im Übrigen kennt die revidierte GebV OG vom 8. September 2010 gar keine Kostenansätze für die der ZPO/CH fremde Nichtigkeitsbeschwerde.) Im Einzelnen bestehen die Kosten in einer pauschalen Gerichtsgebühr (§ 2 Abs. 3 aGGebV), die, ausgehend von einem (Verfahrens-)Streitwert von Fr. 50'000.--, nach § 4 Abs. 1 aGGebV zu be-

messen und in Anwendung von § 7 aGGebV (praxisgemäss) und § 10 Abs. 1 aGGebV (analog) zu reduzieren ist (s.a. § 13 Abs. 1 und 2 aGGebV).

2. Überdies ist die (für kostenpflichtig erklärte) Beschwerdeführerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin für die im Zusammenhang mit der Beantwortung der Beschwerde (vgl. KG act. 13) entstandenen Kosten und Umtriebe eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Auch deren Höhe bestimmt sich aus den vorstehend genannten Gründen nach den bisherigen Ansätzen, d.h. nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010), und ist in Anwendung von § 3 Abs. 1 aAnwGebV in Verbindung mit § 8 aAnwGebV (praxisgemäss) sowie § 12 Abs. 1 und 3 aAnwGebV ermessensweise auf Fr. 3'000.-- 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. 13 S. 2 und 11) 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"]; s.a. ZR 102 Nr. 25 a.E.).

IV.

Der vorliegende Beschluss schliesst den Prozess (als solchen) nicht ab. Es handelt sich (in der Terminologie des BGG) somit um einen Zwischenentscheid (über die vorsorgliche Beweisführung) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache, deren (Rechtsmittel-)Streitwert Fr. 50'000.-- beträgt (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_531/2007 vom 9.11.2007, Erw. 1.2; 4A_116/2011 vom 6.5.2011, Erw. 1; s.a. BGE 133 III 647 f., Erw. 2.2) – steht gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 74 Abs. 1 BGG), wobei die Beschwerdegründe auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt sind (Art. 98 BGG und BGE 133 III 639, Erw. 2). Er ist jedoch nur unter

den Voraussetzungen von Art. 92 f. BGG selbstständig anfechtbar. Ob diese erfüllt sind, hätte gegebenenfalls das Bundesgericht zu entscheiden.

Letzteres gilt auch für die (mangels Zulässigkeit der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde wohl zu verneinende) Frage, ob und inwieweit unter den vorliegenden Umständen allenfalls die Vorschrift von Art. 100 aAbs. 6 BGG (betreffend Neubeginn der Frist zur direkten Anfechtung des handelsgerichtlichen Beschlusses vom 29. März 2011 beim Bundesgericht oder zur Ergänzung der dort bereits eingereichten Beschwerde) zur Anwendung gelangen kann (vgl. dazu BGE 134 III 92 ff., Erw. 1.2 und 1.4; BGer 5A_651/2007 vom 27.11.2007).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. (insbes. Art. 92 f.) 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. 50'000.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und das Schweizerische Bundesgericht (Geschäfts-Nr. 4A_269/2011), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: