



Kass.-Nr. AA070129/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig und Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei und Yvona Griesser sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 5. August 2008

in Sachen

X.

Klägerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z.

Beklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und ein Teilurteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Juni 2007 (HG040317/U2/dz) sowie einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Juli 2007 (VV070015/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin wurde am 28. Oktober 1998 Opfer eines Verkehrsunfalls (HG act. 4/13 = 17/2). Der Unfallverursacher war bei der Beschwerdegegnerin obligatorisch haftpflichtversichert (KG act. 2/1 S. 4). Am 2. September 2004 reichte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein (HG act. 1). Damit beantragte sie, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr als Schadenersatz und Genugtuung für aus dem Unfall vom 28. Oktober 1998 erlittene materielle und immaterielle Beeinträchtigungen rund Fr. 5'113'000.-- zu bezahlen (HG act. 12 S. 4; HG act. 1 S. 58 f. [ungedeckter vorübergehender Erwerbsschaden vom 28.10.{recte:}1998 - 31.12.2004 inkl. Zins Fr 427'638.--], S. 63 [ungedeckter zukünftiger Erwerbsschaden Fr. 3'076'061.--], S. 84 f. [vorübergehender Haushaltführungsschaden vom 28.10.1998 - 31.12.2004 inkl. Zins Fr. 290'191.--], S. 89 [zukünftiger Haushaltführungs- und Kinderbetreuungsschaden Fr. 875'985.--], S. 94 [ungedeckte Kosten Fr. 12'200.95], S. 95 [zukünftige Heilungskosten Fr. 83'300.--], S. 97 [Kosten Gutachten Fr. 1'290.-- + Fr. 1'829.20], S. 99 [vorprozessuale Anwaltskosten A. Rechtsanwälte Fr. 61'409.80], S. 100 [vorprozessuale Anwaltskosten RA B. Fr. 65'851.20], S. 104 [Genugtuung Fr. 250'000.-- abzüglich Integritätsentschädigung Fr. 32'040.--]).

2. Am 9. März 2007 erstattete der Handelsrichter C. auf entsprechende Fragen der Referentin (HG act. 38) ein Fachrichtervotum (HG act. 41). Darauf stellte die Beschwerdeführerin ein Ablehnungsbegehren gegen C. (HG act. 45). Mit Eingabe vom 3. Mai 2007 stellte die Beschwerdeführerin überdies auch ein Ablehnungsbegehren gegen die Handelsrichter D. und E. (HG act. 49 = KG act. 9/1). Die drei abgelehnten Handelsrichter gaben die gewissenhafte Erklärung ab, nicht befangen zu sein (HG act. 57 - 59 = KG act. 9/3/57 - 59). Das Ablehnungsbegehren wurde am 25. Mai 2007 an die Verwaltungskommission des Obergerichts zur Behandlung überwiesen (HG 60 = KG act. 9/2). Mit Beschluss und Teilurteil vom 18. Juni 2007 schrieb das Handelsgericht das Verfahren im

Betrag von Fr. 12'200.95 als durch Rückzug der Klage erledigt ab (Beschluss) und wies die Klage auf Bezahlung von Schadenersatz ab ([Teil-]Urteil) (KG act. 2/1 S. 80). Mit Beschluss vom 4. Juli 2007 wies die Verwaltungskommission das Ablehnungsbegehren ab (KG act. 2/2).

3. Sowohl gegen das handelsgerichtliche Urteil vom 18. Juni 2007 als auch gegen den Beschluss der Verwaltungskommission vom 4. Juli 2007 reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien) mit einer einzigen Eingabe eine Nichtigkeitsbeschwerde ein (HG act. 65A, KG act. 1). Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils des Handelsgerichts und des angefochtenen Beschlusses der Verwaltungskommission (KG act. 1 S. 2). Die ihr nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 70'000.-- (KG act. 6) leistete die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist (KG act. 15, act. 20). Das Handelsgericht und die Verwaltungskommission des Obergerichts verzichteten auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 12 und act. 13). Mit ihrer ebenfalls innert erstreckter Frist (KG act. 18) eingereichten Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (KG act. 21 S. 2). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (KG act. 23, act. 24/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

1. Gegen einen Entscheid der obergerichtlichen Verwaltungskommission über ein Ablehnungsbegehren in einem Zivilprozess ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde zulässig (vgl. BGE 132 I 92, Kass.-Nr. AA050098 vom 24.8.2005 Erw. 3 mit Hinweisen und auch das Urteil des Bundesgerichts vom 13. August 2007 4A_112/2007 = HG act. 69).

2. Die Beschwerdeführerin wiederholt bzw. zitiert einen Teil der Begründung ihres Ablehnungsbegehrens vom 3. Mai 2007 im handelsgerichtlichen Verfahren (Beschwerde KG act. 1 S. 5 - 13 Ziff. 8 - 15 = HG act. 49 [= KG act. 9/1] S. 2 - 10 Ziff. 1 - 9). Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger

konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 - 18). Eine Wiederholung des vor Vorinstanz Vorgetragenen bedeutet keine Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid und kann nicht nachweisen, dass dieser auf einem Nichtigkeitsgrund beruht. Darauf kann nicht eingetreten werden.

3. Vor dem Handelsgericht hatte die Beschwerdeführerin zur Begründung des Ausstandsbegehrens im Wesentlichen geltend gemacht, die abgelehnten Handelsrichter erweckten wegen ihrer Verbindungen zu Versicherungsgesellschaften und zum Schweizerischen Versicherungsverband (SVV) den Anschein der Befangenheit. D. sei in seiner hauptberuflichen Tätigkeit Verbandssekretär des SVV. E. sei das für Recht und Compliance zuständige Mitglied des SVV. C. sei Mitinhaber und Partner der F. Gruppe, welche von der Beschwerdegegnerin in den Jahren 1989 - 1998 ein Gesamtmandat gehabt habe, auch nachher für die Beschwerdegegnerin tätig gewesen sei und auch den SVV in ihrer Kundenliste habe. Der SVV führe eine Hetzkampagne gegen Schleudertraumaopfer mit dem Ziel, keine Entschädigungen für solche leisten zu müssen. Wegen ihrer Beziehungen zu diesem Verband seien die Handelsrichter nicht in der Lage, die Ansprüche eines Schleudertraumaopfers objektiv, unbefangen und unvoreingenommen zu beurteilen (KG act. 9/1).

a) Die Verwaltungskommission erwog dazu im angefochtenen Beschluss, das Kassationsgericht habe zur Frage der Unparteilichkeit von Handelsrichtern in einem Entscheid vom 5. Februar 1996 erwogen, die Mitwirkung von hauptberuflich in leitenden Stellungen bei Bankinstituten tätigen Handelsrichtern in Prozessen, in denen die Beklagte eine Bank sei, genüge nicht, um sie wegen Befangenheit abzulehnen. Diese Handelsrichter würden zwar wegen ihrer Sachkenntnisse notwendigerweise aus dem Bankensektor rekrutiert, erhielten aber von ihren Arbeitgebern keine Anweisungen. Solange keine Verbindung zwischen den Ban-

kinstituten, für welche die Handelsrichter tätig seien, und der beklagten Partei bestehe, könne das Verfahren objektiv besehen als fair im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 58 BV bezeichnet werden (KG act. 2/2 S. 5 f. mit Verweisung auf ZR 96 Nr. 20). D. sei bei keiner Versicherungs-Gesellschaft angestellt. Die G., für welche E. tätig sei, stehe in keiner Beziehung zur Beschwerdegegnerin, und C. sei seit Ende 2002 nicht mehr für die F. Gruppe tätig (KG act. 2/2 S. 6). Der SVV sei nicht Prozesspartei und habe kein unmittelbares Interesse am Prozessausgang. Das Bundesgericht habe in einem ähnlich gelagerten Fall (gemeint: wie bezüglich D. als Sekretär des SVV und Handelsrichter im vorliegenden Fall) entschieden, dass der von einem Mieterverband angestellte beisitzende Richter nicht in den Ausstand treten müsse, wenn ein anderer Angestellter des Mieterverbands eine der Parteien berate. Ausgenommen blieben Fälle, in denen der Mieterverband ein *unmittelbares* Interesse am Verfahrensergebnis hätte (KG act. 2/2 S. 9 f. mit Verweisung auf BGE 126 I 235). Der SVV habe kein unmittelbares und schon gar nicht ein erhebliches finanzielles Interesse am Ausgang des hier vorliegenden Haftpflichtprozesses. Es beständen keine Anhaltspunkte, wonach D. im vorliegenden Prozess als Handelsrichter nicht unabhängig und unparteilich zu urteilen vermöchte (KG act. 2/2 S. 10). Zur Bestellung des Handelsgerichts fügte die Verwaltungskommission bei, dass die Gesuchsteller (neben der Beschwerdeführerin ihr Ehemann und die beiden Kinder; KG act. 2/2 S. 1) bereits vor der Prozesseinleitung gewusst hätten, wie die Mitglieder des Handelsgerichts im Kanton Zürich bestellt werden. Es hätte ihnen im Sinne von § 63 Ziff. 1 GVG freigestanden, den vorliegenden Prozess nicht beim Handelsgericht, sondern beim zuständigen Bezirksgericht anhängig zu machen. Wenn sie das gleichwohl nicht getan und sich bewusst für das Handelsgericht entschieden hätten, so hätten sie sich auch mit der Art der Bestellung der Mitglieder des Handelsgerichts im Kanton Zürich abgefunden (KG act. 2/2 S. 12).

b) Die Beschwerdeführerin erklärt, sich damit abzufinden, dass Fachrichter nicht schon allein wegen ihrer beruflichen Stellung befangen seien und sich aus der beruflichen Stellung in einer Versicherungsgesellschaft oder einer Interessenvereinigung der Schweizerischen Versicherungen allein kein selbständiger Befangenheitsgrund ableiten lasse. Trotzdem sei sie der Meinung, dass gewisse

Bedenken bei der vorliegenden Richterkonstellation insofern beständen, als ihre Ansprüche als Konsumentin von Versicherungen von zwei Versicherungsangestellten beurteilt würden, ohne dass zum Beispiel einer der in der Abteilung Versicherung ebenfalls tätigen Fachrichter ohne Anstellungsvertrag mit einer Versicherungsgesellschaft eingesetzt worden sei, um wenigstens dem Anschein nach den Eindruck einer weniger einseitigen und paritätsähnlichen Richterbesetzung aufkommen zu lassen (Beschwerde KG act. 1 S. 13 f. Ziff. 16). Die Beschwerdeführerin mache nicht so sehr die Befangenheit wegen der Zugehörigkeit zu einer Versicherung als Ausstandsgrund geltend als vielmehr die besondere Verflechtung und Abhängigkeit der Fachrichter sowie deren Interesse an einem Urteil mit möglichst wenig weitgehenden Schadenersatzfolgen zulasten der Beschwerdeführerin (Beschwerde KG act. 1 S. 14 Ziff. 17). In der Folge behauptet die Beschwerdeführerin spezielle Ausstandsgründe bei D. (Beschwerde KG act. 1 S. 14 - 17) und C. (Beschwerde KG act. 1 S. 17 - 20).

c) Wenn die Beschwerdeführerin erklärt, sich in Übereinstimmung mit ZR 96 Nr. 20 und Ziff. 2 (offensichtlich gemeint: Erw. III.2) des angefochtenen Beschlusses der Verwaltungskommission damit abzufinden, dass Fachrichter nicht schon allein wegen ihrer beruflichen Stellung befangen seien, findet sie sich damit ab, dass diesbezüglich kein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Wenn sie trotzdem "gewissen Bedenken" ihrerseits Ausdruck verleiht, macht sie offenbar keinen Nichtigkeitsgrund geltend. Darauf ist deshalb nicht weiter einzugehen.

d) Bezüglich D. rügt die Beschwerdeführerin, die Verwaltungskommission habe seine berufliche Position verkannt. Er sei in besonders intensiver Weise mit der Schadenerledigungspolitik eines Verbandes verbunden und leite die sogenannte Schadenleiterkommission (Beschwerde KG act. 1 S. 14 Ziff. 17).

aa) Die Rüge trifft nicht zu. Die Verwaltungskommission verkannte die mit dem Ablehnungsbegehren geltend gemachte berufliche Position von D. nicht (vgl. KG act. 9/1 S. 3 f., S. 6 f. mit KG act. 2/2 S. 6 - 10). Einen anderen Nichtigkeitsgrund bei den Erwägungen der Verwaltungskommission zu D. zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, und ein solcher ist auch nicht ersichtlich. Mit dem Hinweis auf Aussagen von anderen Personen (vgl. z.B. KG act. 1 S. 15 Mitte) und, wiederum, auf die berufliche Stellung von D. (vgl. KG act. 1 S. 16 zweiter Absatz), kann offensichtlich kein solcher Nichtigkeitsgrund dargelegt werden. Insbesondere erfolgt keine Auseinandersetzung mit den Erwägungen unter lit. e auf S. 9 f. des angefochtenen Beschlusses der Verwaltungskommission.

bb) Abgesehen davon versties das Ablehnungsbegehren gegen Treu und Glauben (wie bereits die Verwaltungskommission unter Erw. III.6 des angefochtenen Beschlusses sinngemäss festgestellt hatte, worauf die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht eingeht): Ein Ablehnungsbegehren muss nach Treu und Glauben (§ 50 Abs. 1 ZPO) unverzüglich nach Kenntnis des Ablehnungsgrundes gestellt werden, ansonsten ist das Ablehnungsrecht verwirkt bzw. wird Verzicht auf dasselbe angenommen (vgl. [im Internet unter: entscheide.gerichte-zh.ch] Kass.-Nr. AA060192 vom 25. Juli 2007, Erw. III.2.5 mit weiteren Hinweisen). D. wirkte bereits am Beschluss des Handelsgerichts vom 6. Oktober 2004 mit (HG act. 8). Hätte ihn die Beschwerdeführerin aus den Gründen ablehnen wollen, welche sie im Ablehnungsbegehren an das Handelsgericht vom 3. Mai 2007 und in der Beschwerde geltend machte, nämlich insbesondere wegen seiner beruflichen Tätigkeit, hätte sie das schon lange vorher tun müssen. Mit der Unterlassung verwirkte sie das Ablehnungsrecht.

e) Bezüglich C. macht die Beschwerdeführerin geltend, seine gewissenhafte Erklärung, im vorliegenden Verfahren nicht befangen zu sein, er sei Ende 2002 aus allen Funktionen bei der F. Gruppe ausgeschieden (KG act. 9/3/59), sei falsch oder unvollständig. C. sei zumindest immer noch Partner oder Teilhaber der F. Gruppe und profitiere auch heute noch von deren wirtschaftlichem Wohlergehen (Beschwerde KG act. 1 S. 17 - 19).

aa) Das Beschwerdeverfahren stellt keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter dar. Zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO leidet. Daher sind neue tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweise, die eine Vervollständigung des Prozessstoffes bezwecken, über welchen der erkennende Richter zu entscheiden hatte, im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (vgl. Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 67; von Rechenberg, a.a.O., S. 16 ff.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4a zu § 288 mit Hinweisen).

bb) Die gewissenhafte Erklärung von C. vom 22. Mai 2007 war der Beschwerdeführerin zur freigestellten Stellungnahme zugestellt worden (KG act. 9/4 und 9/5). Sie verzichtete explizit auf eine Stellungnahme (KG act. 9/6). Damit verzichtete sie auch auf die Ausführungen, welche sie nun in der Beschwerde dazu vorträgt (KG act. 1 S. 17 - 19), und auf die Einreichung der Unterlagen, welche sie mit der Beschwerde dazu einreichte (KG act. 4/4 - 15). Diese stellen mithin unzulässige Noven dar. Darauf und auf die darauf gestützte Rüge kann nicht eingegangen werden.

4. Zusammenfassend wies die Beschwerdeführerin keinen Nichtigkeitsgrund beim Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 4. Juli 2007 zum Ablehnungsbegehren nach. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das angefochtene Teilurteil sei schon deshalb aufzuheben, weil ein Ausstandsgrund gemäss § 94 Ziff. 4 GVG und damit kein ordentlich bestelltes Gericht vorliege (Beschwerde KG act. 1 S. 20 Ziff. 20).

Die Beschwerdeführerin hat den Beschluss der Verwaltungskommission vom 4. Juli 2007 selbständig angefochten. Vorstehend wurde darüber befunden. Die diesbezügliche Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit bleibt es beim Beschluss der Verwaltungskommission, d.h. bei der Abweisung des Ablehnungsbegehrens der Beschwerdeführerin. Wird ein prozessleitender Beschluss im Sinne von § 282 ZPO selbständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten und wird darüber entschieden, kann die gleiche Frage nicht mehr noch einmal mit einer Beschwerde gegen den Endentscheid aufgeworfen werden. Auf diese Rüge ist nicht einzutreten.

2. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass das Handelsgericht das angefochtene Teilurteil gefällt habe, bevor über das gestellte Ablehnungsbegehren entschieden worden war. Dieses Vorgehen verletze §§ 188 und 108 ZPO (Beschwerde KG act. 1 S. 20 f. Ziff. III.1.).

a) Das Handelsgericht erwog dazu, nach der kassationsgerichtlichen Rechtsprechung (ZR 81 Nr. 97) sei es zulässig, das Verfahren auch nach Stellung eines Ablehnungsbegehrens bis und mit der Urteilsberatung weiterzuführen. Ein abgelehnter Richter dürfe also vor der Erledigung des Ausstandsbegehrens weiterhin amten; allerdings mit dem Risiko, dass der Endentscheid nachträglich angefochten werden könne, wenn das Ausstandsbegehren geschützt werde. So vorzugehen sei im vorliegenden Fall deshalb gerechtfertigt, weil das Gericht für die beförderliche Prozesserledigung zu sorgen habe, die Beschwerdeführerin bereits die lange Verfahrensdauer beklagt habe und überdies C. altershalber nur noch bis Ende Juni 2007 als Handelsrichter zur Verfügung stehe und die Einarbeitung eines neu gewählten Handelsrichters aus der Werbebranche in den vorliegenden Prozess wesentliche Verzögerungen mit sich bringen würde (KG act. 2/1 S. 6 f.).

b) Die Beschwerdeführerin moniert, ZR 81 Nr. 97 habe einen Strafprozess betroffen. Diese Rechtsprechung könne nicht *tel quel* in den Zivilprozess übernommen werden. Dem ständen die §§ 188 und 108 ZPO entgegen. Die ordentliche Besetzung des Gerichts sei eine Prozessvoraussetzung. Diese müsse im

Zeitpunkt des Endentscheids erfüllt sein. Das sei vorliegend nicht der Fall gewesen (Beschwerde KG act. 1 S. 20 f.).

c) Im in RB 1985 Nr. 19 zitierten Entscheid hat das Kassationsgericht, insoweit in Bestätigung des in ZR 81 Nr. 97 publizierten Beschlusses, festgehalten, dass es zulässig ist, ein Ablehnungsbegehren erst nach der Fällung des Entscheides in der Sache zu behandeln, und dass dies zur Vermeidung von Verzögerungen sogar angezeigt sein kann (Kass.-Nr. 173/85 vom 12.9.1985). Dabei handelte es sich um einen Entscheid in einer Zivilsache (Erbteilung). Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von § 102 Abs. 1 GVG, wonach das Verfahren vor einem mit Erfolg abgelehnten Justizbeamten und jeder Entscheid, an welchem er seit dem Ablehnungsbegehren teilgenommen hat, anfechtbar ist. Dies impliziert (seitens des Gesetzgebers bewusst; vgl. Kass.-Nr. 173/85 vom 12.9.1985 Erw. I.5.a) die Möglichkeit, dass ein Justizbeamter auch nach gestelltem Ablehnungsbegehren an einem Entscheid teilnimmt; allerdings unter dem Risiko der Anfechtbarkeit des Entscheides bei erfolgreicher Ablehnung (vgl. auch Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 9 zu § 101, mit Hinweisen). Dies folgt aus dem GVG, welches gleichermassen für Straf- wie auch für Zivilverfahren gilt. Die Rüge geht fehl.

Am Problem vorbei geht die Verweisung der Beschwerdeführerin auf die Prozessvoraussetzungen im Sinne von § 108 ZPO. Die Wahrung der gesetzlichen Prozessformen durch das Gericht (so explizit die gehörige Besetzung des Gerichtes) gehört nicht zu den Prozessvoraussetzungen (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 222 Ziff. II.2). Das Vorgehen bei der Stellung eines Ablehnungsbegehrens wird in den §§ 95 GVG abschliessend geregelt. Demnach setzte das Handelsgericht, wie vorstehend aufgezeigt, mit seinem Vorgehen keinen Nichtigkeitsgrund.

3. Vor Handelsgericht hatte die Beschwerdeführerin geltend gemacht, sie habe am 22. November 1999 Rechtsanwalt H. resp. I. von K. Partner und A. Rechtsanwälte mit ihrer Interessenwahrung beauftragt. Diese hätten nicht nur im Zusammenhang mit der versuchten beruflichen Eingliederung ihrerseits sehr viele Arbeitsstunden aufgewendet, sondern sich auch mit dem UVG-Versicherer,

der Eidgenössischen Invalidenversicherung, der Krankentaggeldversicherung sowie der Pensionskasse auseinandersetzen müssen. Alle diese Bemühungen seien nicht prozessuale Anwaltskosten. Die von den Rechtsanwälten A. geltend gemachte Rechnung vom 30. Januar 2004 in der Höhe von Fr. 61'409.80 sei deshalb als rein haftpflichtrechtliche Schadensposition zu behandeln, zu deren Ersatz die Beschwerdegegnerin zu verpflichten sei (KG act. 2/1 S. 12 erster Absatz). Weiter hatte die Beschwerdeführerin gemäss den handelsgerichtlichen Erwägungen geltend gemacht, sie habe Rechtsanwalt B. mandatiert, um Leistungen aus Unfallversicherungen zu erwirken, die ebenfalls ausserhalb des Zivilprozesses geltend gemacht worden seien. Die Beschwerdegegnerin sei zum Ersatz des entsprechenden Honorars von RA B. von Fr. 65'851.20 zu verpflichten (KG act. 2/1 S. 12 zweiter Absatz).

a) Das Handelsgericht erwog dazu, vorprozessuale Anwaltskosten bildeten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann einen haftpflichtrechtlichen Bestandteil des Schadens, wenn sie notwendig und angemessen gewesen seien, der direkten Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienten und nicht durch die nach kantonalem Recht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt seien. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen des gerichtlichen Verfahrens bestimmten sich wegen des engen Zusammenhanges mit dem Prozess grundsätzlich nach dem Prozessrecht, also ausschliesslich nach kantonalem Recht. Seien die zu ersetzenden vorprozessualen Kosten und Umtriebe als Prozessentschädigung zuzusprechen, so bleibe für deren Geltendmachung als selbständige Klageposten kein Raum (KG act. 2/1 S. 13). Nach zürcherischer Praxis würden vorprozessuale Anwaltskosten bei der Bemessung der Prozessentschädigung berücksichtigt. Sie flössen in die Prozessentschädigung ein und seien daher im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis von der Prozessentschädigung nach kantonalem Recht erfasst. Als haftpflichtrechtlicher Teil des Schadens und ausserhalb der Prozessentschädigung könnten somit bloss jene Kosten geltend gemacht werden, welche nicht mehr als vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten qualifiziert werden könnten. Vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten seien Kosten, die den Parteien durch ihre Bemühungen im Kampf ums Recht zwar vor Einleitung eines Zivilprozesses erwachsen, aber Prozesscharakter hätten. Solchen Charakter hätten

sie dann, wenn sie im Zeitpunkt des Endentscheids, retrospektiv betrachtet, in Bezug auf die Vorbereitung oder auch die versuchte Verhinderung des Prozesses notwendig oder nützlich und angemessen gewesen seien und eine adäquate Folge des schliesslich zum Prozess führenden Ereignisses darstellten. Der Beschwerdeführerin sei aufgegeben worden, im Einzelnen darzutun, durch welche Bemühungen welche Kosten entstanden seien, damit beurteilt werden könne, ob es sich um vor- oder um ausserprozessuale Anwaltskosten handle. Die Beschwerdeführerin habe das nicht getan. Eine hinreichende Präzisierung ergebe sich auch nicht aus den Kostennoten von A. Rechtsanwälten und RA B. Indem die Beschwerdeführerin hinreichend spezifizierte und detaillierte Behauptungen trotz expliziter Aufforderung dazu unterlassen habe, verunmögliche sie eine exakte Aufteilung zwischen den vorprozessualen und ausserprozessualen Aufwendungen und die Überprüfung der vorprozessualen Bemühungen auf ihre Notwendigkeit, Nützlichkeit und Angemessenheit. Deshalb sei die Schadenersatzforderung im Umfang von Fr. 61'409.80 (Kostennote A. Rechtsanwälte) und Fr. 65'851.20 (Honorarvereinbarung mit RA B.) mangels rechtsgenügender Substantiierung abzuweisen (KG act. 2/1 S. 14 f.).

b) Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich eine Verletzung klaren materiellen (kantonalen) Rechts, nämlich von § 68 ZPO (Beschwerde KG act. 1 S. 22 ff. Ziff. IV). Sie, die Beschwerdeführerin, habe behauptet, dass die (unter diesem Titel geltend gemachten) Bemühungen von RA H. resp. I. und von RA B. keine prozessualen Anwaltskosten, sondern rein haftpflichtrechtliche Schadenspositionen seien. Sie habe nur ausserprozessuale Bemühungen behauptet. Die handelsgerichtliche Aufforderung, genau anzugeben, welche Kosten vorprozessual resp. ausserprozessual seien, verstosse gegen den in § 68 ZPO enthaltenen Begriff der Kosten und Umtriebe. Da die Kosten- und Entschädigungsregeln kantonales Privatrecht darstellten, liege ein Verstoss gegen klares materielles Recht vor (KG act. 1 S. 22 f.). Aus § 68 Abs. 1 ZPO und der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) ergebe sich klar, dass aussergerichtliche Kosten nur dann zu entschädigungsberechtigten vorprozessualen Anwaltskosten würden, wenn sie in einem sachlich und wohl auch zeitlichen Zusammenhang mit dem Prozess ständen. Wenn das Handelsgericht im Gegensatz zur

Behauptung der Beschwerdeführerin davon ausgehe, dass diese mit den Rechnungen von RA H. und I. sowie von RA B. auch vorprozessuale und von § 68 ZPO erfasste Kosten geltend mache, missachte es klares kantonales Zivilrecht, weil die rechtliche Qualifikation der von der Beschwerdeführerin behaupteten Bemühungen klarerweise aussergerichtliche Bemühungen und damit keine Kosten im Sinne von § 68 ZPO seien (Beschwerde KG act. 1 S. 23 f.). Hätte das Handelsgericht - so die Beschwerdeführerin weiter - die geltend gemachten Bemühungen unter dem Gesichtspunkt des § 68 ZPO und der AnwGebV richtig qualifiziert, hätte es die Substantiierungshinweise auf eine Aufteilung in vor- oder ausserprozessuale Anwaltskosten nicht machen dürfen resp. bei einer Nichtbeachtung dieses Hinweises nicht deswegen eine ungenügende Substantiierung annehmen dürfen (Beschwerde KG act. 1 S. 24 f.).

c) Das Handelsgericht stellte im Gegensatz zur Behauptung der Beschwerdeführerin nicht fest, dass die Beschwerdeführerin auch vorprozessuale und von § 68 ZPO erfasste Kosten geltend mache. Insoweit geht die Rüge am angefochtenen Urteil vorbei und damit fehl. Das Handelsgericht hielt vielmehr fest, dass es die behaupteten Kosten mangels Substantiierung gar nicht prüfen könne. Diesen geltend gemachten Anspruch stützte und stützt die Beschwerdeführerin, wie sie betont, gerade nicht auf kantonales Recht bzw. die Kosten- und Entschädigungsbestimmungen der Zivilprozessordnung, sondern auf Bundesrecht. Der geltend gemachte Anspruch der Beschwerdeführerin auf Ersatz dieser "ausserprozessualen" Kosten beurteilt sich nach Bundesrecht, nämlich nach Art. 41 ff. OR. Das Handelsgericht wies ihn mangels rechtsgenügender Substantiierung ab. Ob die Sachvorbringen einer Partei einen von ihr geltend gemachten bundesrechtlichen Anspruch ausreichend substantiieren, entscheidet sich auch nach Bundesrecht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 13d zu § 285, mit Hinweisen; BGE 123 III 183, 188 Erw.3.e mit Verweisung auf BGE 108 II 337).

d) Gegen Entscheide, die dem Weiterzug ans Bundesgericht unterliegen, ist die Nichtigkeitsbeschwerde (von vorliegend nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) bezüglich Rügen nicht zulässig, welche das Bundesgericht frei überprüfen kann (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Gegen das angefochtene (Teil-)Urteil ist eine

Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig (Art. 72 ff. BGG; vgl. auch die Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Urteil KG act. 2/1 S. 81). Mit dieser kann die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Ob eine solche Verletzung vorliegt, prüft das Bundesgericht auf entsprechende Rüge frei (vgl. z.B. Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Bern 2007, N 10 zu Art. 95; Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 3 zu Art. 95; Urteil des Bundesgerichts vom 7.1.2008 5A_560/2007 Erw. 1.4). Auf solche Rügen kann deshalb im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden (vgl. auch Kass.-Nr. AA070023 vom 2.3.2007 Erw. 3.c, Kass.-Nr. AA070025 vom 4.6.2007 Erw. II.2., Kass.-Nr. AA070045 vom 5.6.2007 Erw. II.2.b).

e) Das Handelsgericht wies die Forderung der Beschwerdeführerin auf Ersatz der als ausserprozessuale geltend gemachten Kosten von A. Rechtsanwälte und von RA B. mangels rechtsgenügender Substantiierung ab. Ob dies richtig war oder nicht, ist eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, welche das Bundesgericht auf entsprechende Rüge mit freier Kognition prüft. Auf die dagegen gerichteten Rügen (Beschwerde KG act. 1 S. 22 - 25 Ziff. IV) kann deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

4. Die Beschwerdeführerin hat vor Handelsgericht auch einen sogenannten Haushaltschaden (vgl. zu diesem Begriff KG act. 2/1 S. 16 Erw. 2.4.1 erster Absatz) geltend gemacht. Das Handelsgericht erwog dazu, zur Substantiierung des Haushaltschadens seien konkrete Vorbringen zum Haushalt, in dem der Geschädigte lebe, und zu den Aufgaben, die ihm darin ohne den Unfall zugefallen wären, unerlässlich (KG act. 2/1 S. 17). Die Beschwerdeführerin behauptete, sie habe mit ihrem Ehemann die Haushalts- und Kinderbetreuungsarbeiten vor dem Unfall nicht nach dem statistischen Durchschnitt von ca. 2/3 zu 1/3 bei beidseits erwerbstätigen Personen, sondern in etwa zu 50 % aufgeteilt. Sie behauptete verschiedene prozentuale Einschränkungen bei verschiedenen Haushaltarbeiten. In der Folge behauptete und schätzte sie den Haushaltschaden nach der sog. SAKE-Methode bzw. in Anlehnung an die (zum integrierenden Bestandteil der eigenen Angaben erklärten) Ausführungen der diplomierten Hauswirtschaftslehrerin L.

vom 8. April 2004 (KG act. 2/1 S. 18 f.). Sie stelle sich auf den Standpunkt, es sei ihr nicht zumutbar, konkret nachzuweisen, wie viele Stunden sie im Haushalt gearbeitet habe. Dementsprechend habe sie auch nicht genauer zu behaupten, was und wie viele Stunden sie vor dem Unfall im Haushalt gearbeitet habe. Vielmehr sei auf die repräsentativen Werte der SAKE-Daten von 1997 abzustellen (KG act. 2/1 S. 21 f.). Die Beschwerdeführerin bestreite sodann für den künftigen Haushaltschaden, dass sie sich ohne den Unfall weiterhin vollumfänglich auf den Beruf konzentriert hätte und die Eheleute ihre bisherige Rollenteilung weitergelebt hätten. Es bestehe auch hier kein Grund, von der statistischen Zahl als Ausdruck des gewöhnlichen Laufs der Dinge gemäss Art. 42 Abs. 2 OR abzuweichen (KG act. 2/1 S. 22 f.).

Das Handelsgericht hielt fest, die Ansicht der Beschwerdeführerin, das Bundesgericht habe festgestellt, dass es dem Geschädigten generell nicht zumutbar sei, konkret nachzuweisen, wie viele Stunden er im Haushalt gearbeitet habe, gehe fehl (KG act. 2/1 S. 23 Erw. 2.4.2.2). Das Handelsgericht pflege den Haushaltschaden insbesondere dann konkret zu ermitteln, wenn die konkrete Berechnung den tatsächlichen Verhältnissen besser entsprechende Beweisresultate erwarten lasse. Dies sei der Fall, wenn Indizien dafür vorlägen, dass die Haushaltssituation Besonderheiten aufweise, welche vom statistischen Durchschnitt abwichen (KG act. 2/1 S. 24 dritter Absatz). Vorliegend habe die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerin aufgefordert, stundenmässig und auf einzelne Arbeitsgattungen aufgegliedert darzutun, wie viel sie vor dem Unfall im Haushalt gearbeitet habe, wie viel sie ohne den Unfall im Haushalt arbeiten würde und wie viel sie heute tatsächlich im Haushalt arbeite. Dieser Aufforderung sei die Beschwerdeführerin nicht nachgekommen. Sie begründe indes mit keinem Wort, weshalb ihr die konkrete Darstellung ihrer Verhältnisse nicht zumutbar sei. Solche Gründe seien auch nicht ersichtlich (KG act. 2/1 S. 24 f.). Vorliegend hätte sich aber eine konkrete Schadensberechnung aufgedrängt, da verschiedene gewichtige Indizien dafür vorlägen, dass der Haushalt der Geschädigten deutlich vom statistischen Durchschnitt abweiche (KG act. 2/1 S. 25; in der Folge nennt das Handelsgericht einzelne solche Indizien aus den Akten; KG act. 2/1 S. 25 - 31). Indem die Beschwerdeführerin ohne hinreichende Begründung für eine allfällige

Unzumutbarkeit unterlassen habe, konkret (das heisse stundenmässig und auf einzelne Arbeitsgattungen aufgegliedert) darzutun, wie viel sie vor dem Unfall im Haushalt gearbeitet habe, wie viel sie ohne den Unfall im Haushalt arbeiten würde und wie viel sie heute tatsächlich im Haushalt arbeite, sei sie ihrer Substantiierungsobliegenheit nicht nachgekommen. Die notwendige konkrete Berechnung des Haushaltschadens könne daher nicht vorgenommen werden. Dementsprechend sei die Forderung auf Ersatz des Haushaltschadens mangels rechtsgenügender Substantiierung abzuweisen (KG act. 2/1 S. 31 zweiter Absatz).

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, im Gegensatz zur Erwägung des Handelsgerichts habe sie durchaus konkret behauptet, wie viel sie vor und nach dem Unfall im Haushalt gearbeitet habe. Sie habe zwei Haushaltsparteigutachten eingereicht. Das Gutachten der Fachstelle M. vom 13. April 2000 enthalte den Umfang der Arbeitsleistungen vor dem Unfall, die Tätigkeiten der Beschwerdeführerin in den einzelnen Haushaltsbereichen vor dem Unfall, den prozentualen Eigenleistungsanteil seit dem Unfall und die Einschränkungen resp. die nach dem Unfall nicht mehr möglichen Arbeiten bezüglich der einzelnen Haushaltstätigkeiten (Beschwerde KG act. 1 S. 26 f.). Das zweite Parteigutachten von L. beruhe auf einem Besuch und Interviews der Gutachterin im Haushalt der Beschwerdeführerin. Dabei sei zuerst die Situation vor dem Unfall ermittelt worden. Daraus sei der Aufwand für Haushalt und Kinderbetreuung der geschädigten Person pro Monat und die Aufteilung dieser Leistungen unter die verschiedenen Haushaltstätigkeiten ermittelt worden. Nachher sei die Situation nach dem Unfall ermittelt worden (Beschwerde KG act. 1 S. 27 Ziff. 28). Die Beschwerdeführerin habe die gesamte Haushaltssituation vor und nach dem Unfall samt den Einschränkungen auf den S. 64 bis 78 der Klagebegründung detailliert und konkret behauptet (Beschwerde KG act. 1 S. 28). Mit dem Parteigutachten L. seien bezüglich der konkreten "Vorunfalltätigkeit" wie auch bezüglich der Einschränkungen nach dem Unfall der Beschwerdeführerin im Haushalt und für die Betreuungsarbeit für jede der einzelnen Tätigkeiten die entsprechenden Stunden behauptet worden (Beschwerde KG act. 1 S. 29 f.). Wenn das Handelsgericht diese Behauptungen übersehen habe, habe es die Verhandlungsmaxime des § 113 ZPO missachtet

und den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (Beschwerde KG act. 1 S. 31 f.).

b) Das Handelsgericht verlangte für eine genügende Substantiierung, dass die Beschwerdeführerin stundenmässig und auf einzelne Arbeitsgattungen aufgegliedert dartue, wie viel sie vor dem Unfall im Haushalt gearbeitet habe, wie viel sie ohne den Unfall im Haushalt arbeiten würde und wie viel sie heute tatsächlich im Haushalt arbeite. Ob diese Substantiierungsanforderungen zu hoch sind, insbesondere ob die Behauptungen der Beschwerdeführerin auf den Seiten 64 - 89 der Klagebegründung (HG act. 1), welche in weiten Teilen mit den Ausführungen von L. in der "Berechnung des Haushaltschadens auf der Grundlage der SAKE-Daten" vom 16. April 2004 übereinstimmen (vgl. HG act. 1 S. 65 - 78 mit HG act. 4/98 S. 6 - 14), den Anforderungen, welche an die Substantiierung eines Haushaltschadens gestellt werden dürfen, genügen, ist eine Rechtsfrage, eine Frage der Anwendung des materiellen Bundesrechts (vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 113). Darauf kann im vorliegenden Verfahren mangels einer entsprechenden Zuständigkeit des Kassationsgerichts nicht eingegangen werden (vorstehend Erw. 3.d). Die von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde zitierten Akten und Stellen enthalten keine stundenmässige und auf einzelne Arbeitsgattungen aufgegliederte Darlegung der tatsächlichen Haushaltarbeiten der Beschwerdeführerin vor dem Unfall, ohne Unfall und heute. Der Bericht der "Fachstelle" M. vom 13. April 2000 enthält keine Stundenangaben über tatsächliche Haushaltstätigkeiten der Beschwerdeführerin vor dem Unfall und heute, sondern Umschreibungen der Haushaltarbeiten, welche die Beschwerdeführerin vor dem Unfall ausübte, und der Arbeiten, die sie nach dem Unfall (teilweise) nicht mehr vornehmen könne, eine "Festlegung des prozentualen Eigenleistungsanteils" sowie eine Zuordnung zu einem Modellhaushalt und daraus abgeleitete Berechnungen (HG act. 4/97). Auch die "Berechnung des Haushaltschadens auf der Grundlage der SAKE-Daten" von L. vom 16. April 2004 enthält keine Stundenangaben über tatsächliche Haushaltstätigkeiten der Beschwerdeführerin vor dem Unfall und heute. Vielmehr sieht diese Berechnung explizit "von der Individualisierung der Haushalte ab" und arbeitet mit Statistiken und Tabellen (HG act. 4/98 S. 2 letzter Absatz). Der "Anteil des Hausfrauenschadens ... für jede

Haushaltstätigkeit in Stunden pro Monat" (HG act. 4/98 S. 3 Ziff. III.3) wird dabei nicht aufgrund tatsächlicher Feststellungen über tatsächlich im Haushalt geleistete Stunden berechnet, sondern anhand sogen. "SAKE-Daten" (vgl. HG act. 4/98 S. 2, S. 3 oben, S. 5 oben) anhand prozentual bewerteter (im Einzelnen dargestellter) Behinderungen bei den Haushaltstätigkeiten nach dem Unfall, ausgehend von einem statistischen "Mittelwert/Monat" umgerechnet (HG act. 4/98).

c) Weder übersah noch überging das Handelsgericht die von der Beschwerdeführerin angeführten Dokumente und Aktenstellen (Bericht der "Fachstelle" M. vom 13. April 2000 [HG act. 4/97]; "Berechnung des Haushaltschadens auf der Grundlage der SAKE-Daten" von L. vom 16. April 2004 [HG act. 4/98]; Behauptungen der Beschwerdeführerin in der Klagebegründung [HG act. 1 S. 64 - 89]; vgl. KG act. 2/1 S. 11, S. 18 f., S. 21 f., S. 25), erachtete sie aber als rechtlich nicht relevant, weil seinen Substantiierungsanforderungen nicht genügend. Dies gilt insbesondere auch für die Behauptungen der Beschwerdeführerin auf den S. 83 und 84 der Klagebegründung und den S. 15 - 17 der Berechnung von L. (vgl. Beschwerde KG act. 2 S. 28 f. und S. 31). Im Gegensatz zur Darstellung in der Beschwerde behauptete die Beschwerdeführerin an diesen Stellen nicht die von ihr konkret geleisteten Arbeitsstunden vor dem Unfall und die tatsächlich nach dem Unfall geleisteten Stunden. Vielmehr behauptete sie ihren Haushaltschaden explizit nach der sog. SAKE-Methode (vgl. HG act. 1 S. 82 unten) und bedeuten die auf S. 83 der Klagebegründung genannten Stundenzahlen (85 Stunden Hausarbeiten, 87 Stunden Betreuungsarbeit) nicht die vom Handelsgericht als erforderlich erachtete Behauptung konkreter, stundenmässig auf einzelne Arbeitsgattungen aufgegliederten Darlegungen von tatsächlichen Haushaltarbeiten der Beschwerdeführerin vor dem Unfall, sondern Schlussfolgerungen aus Durchschnittswerten bzw. Mittelwerten gemäss SAKE-Daten (vgl. HG act. 4/98 S. 16 und HG act. 1 S. 83). Die Rügen der Verletzung der Verhandlungsmaxime, des Gehörsanspruchs und der willkürlichen tatsächlichen Annahme gehen fehl (dass das Handelsgericht in diesem Zusammenhang eine antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen hätte [vgl. Beschwerde KG act. 1 S. 33], ist nicht ersichtlich). Auf die Rügen, die Behauptungen der Beschwerdeführerin zu Unrecht nicht als

genügend gewertet und zu hohe Anforderungen an die Substantiierungspflicht (bzw. -obliegenheit) gestellt zu haben, kann nicht eingetreten werden.

5. Die Beschwerdeführerin hatte vor dem Handelsgericht behauptet, ohne Unfall hätte sie zukünftig ein Jahreseinkommen von Fr. 160'000.-- bis Fr. 270'000.-- mit einem jährlichen Reallohnwachstum von 1 % auf Fr. 250'000.-- verdient. Die Beschwerdegegnerin hatte diese Behauptungen bestritten (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 35 - 44). Das Handelsgericht stellte im angefochtenen Urteil verschiedene Erwägungen zur Ausbildung, den Lebensumständen, der bisherigen Berufstätigkeit und Karriere der Beschwerdeführerin und unter Einbezug eines Fachrichtervotums zu ihren Möglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt an (KG act. 2/1 S. 44 - 50) und gelangte gestützt auf ein Fachrichtervotum zu den Schlüssen, dass sich die Beschwerdeführerin noch längere Zeit mit einem Salär von rund Fr. 120'000.-- hätte begnügen müssen (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 52 f.; Salär bei der Firma N. S. 57 unten). Nach dem Fachrichtervotum sei nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ohne den Unfall die von ihr behauptete Karriere in der Werbebranche gemacht hätte und ab 1. September 1999 ein Jahresbruttoeinkommen von Fr. 170'000.-- und ab 1. Januar 2001 ein solches von Fr. 260'000.-- erzielt hätte. Vielmehr sei im Lichte der vorangehenden Erwägungen und in Anwendung des Massstabs, dass Anzeichen vorliegen müssten, welche eine Veränderung als annähernd sicher erscheinen liessen, davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin vom 1. September 1999 bis zum 31. Dezember 2004 bei der Firma N. geblieben wäre und dort das gleiche Jahresbruttoeinkommen erzielt hätte wie im Jahre 1998, nämlich Fr. 119'575.--. Auch an einer allfälligen neuen Stelle hätte sie ein solches Jahresbruttoeinkommen von Fr. 119'575.-- erzielt (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 57 lit. I).

a) Die Beschwerdeführerin rügt, das Handelsgericht habe in diesem Zusammenhang § 136 ZPO verletzt, indem es zwar eine Beweiswürdigung vorgenommen, das Beweisverfahren aber nicht durch einen Beweisaufgebefbeschluss eröffnet habe (Beschwerde KG act. 1 S. 36 Ziff. 35).

b) Diese Rüge ist begründet. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie hätte ohne Unfall ab 1. September 1999 ein Jahreseinkommen von Fr. 160'000.-- und mehr verdient, ist eine erhebliche streitige Tatsache. Grundsätzlich war darüber Beweis abzunehmen (§ 133 ZPO). War Beweis abzunehmen, hätte das Beweisverfahren durch einen Beweisaufgabebeschluss eröffnet werden müssen (§ 136 ZPO). Das hat das Handelsgericht aber nicht gemacht und damit der Beschwerdeführerin die Möglichkeit der abschliessenden Nennung sämtlicher Beweismittel, welche sie dafür hätte offerieren wollen, genommen. Dies verletzt grundsätzlich § 136 ZPO und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz.

c) Das Handelsgericht erklärte zwar, dass der Prozess hinsichtlich des Schadenersatzanspruchs der Beschwerdeführerin spruchreif sei, ohne dass ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsse (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 7). Das Handelsgericht erklärte aber nicht explizit, weshalb über das streitige sogenannte Valideneinkommen der Beschwerdeführerin (Einkommen, welches die Beschwerdeführerin ohne den Unfall verdient hätte oder hätte verdienen können) kein Beweisverfahren durchgeführt werden müsse. Es erwog, derjenige, der Schadenersatz geltend machen wolle, habe diesen Schaden zu beweisen. Das gelte auch für künftigen Schaden (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 44 Erw. 2.5.3.2.a). Es erklärte aber nicht, weshalb es denn kein förmliches, durch einen Beweisaufgabebeschluss eingeleitetes Beweisverfahren gemäss §§ 136 ff. ZPO durchführte.

d) Führt das Gericht überhaupt kein Beweisverfahren durch, stellt sich vorab die Frage einer Verletzung von Art. 8 ZGB. Dies wäre eine Frage der Anwendung des Bundesrechts. Darauf könnte im vorliegenden Beschwerdeverfahren mangels Zuständigkeit des Kassationsgerichts nicht eingetreten werden (vorstehend Erw. 3.d). Wo aber der Richter in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist Art. 8 ZGB nicht tangiert. Vielmehr stellt sich die im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfende Frage der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (vgl. ZR 95 [1996] Nr. 73).

e) Das Handelsgericht erwog, vorliegend hätten sich sämtliche relevanten Fragestellungen zur hypothetischen beruflichen Zukunft der Beschwerdeführerin als für die Einholung eines Fachrichtervotums geeignet erwiesen. Das Fachrichtervotum ersetze demgemäss die Expertise. "Weitere" Beweiserhebungen, insbesondere Zeugenbefragungen, erübrigten sich, da im Übrigen rechtsgenügende Behauptungen fehlten. Das Fachrichtervotum trete an die Stelle einer Expertise (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 56).

Das Handelsgericht nahm damit also tatsächlich und explizit (und im Gegensatz zur Auffassung der Beschwerdegegnerin; Beschwerdeantwort KG act. 21 S. 21) eine Beweiswürdigung (Beweiserhebung) vor und führte somit (entgegen der Bemerkung auf der Seite 7 des angefochtenen Urteils, wonach der Prozess hinsichtlich des Schadenersatzanspruches der Beschwerdeführerin spruchreif sei, ohne dass ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsste) ein Beweisverfahren durch. Es verzichtete nicht aus bundesrechtlichen Gründen auf die Durchführung eines Beweisverfahrens. Das Beweisverfahren führte das Handelsgericht aber nicht in der dafür prozessual zwingend vorgeschriebenen Weise durch. Indem es keinen Beweisaufgabebeschluss erliess und indem es damit der Beschwerdeführerin die Möglichkeit nahm, abschliessend ihre Beweismittel zu nennen, verletzte es einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz (vgl. ZR 95 Nr. 73).

f) Das Handelsgericht scheint, ohne dies explizit zu sagen, davon ausgegangen zu sein, dass das Fachrichtervotum ein solches förmliches Beweisverfahren entbehrlich machte (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 56 erster Absatz; so auch die Beschwerdeantwort KG act. 21 S. 21). Das ist indes nicht der Fall. Nur dann, wenn das Gericht von einer Tatsache sichere Kenntnis hat, kann diesbezüglich auf eine Beweisabnahme (und damit auf ein Beweisverfahren) verzichtet werden (§ 133 Satz 2 ZPO). Eine solche sichere Kenntnis in diesem Sinn ist auch das vorliegende Fachrichtervotum nicht. Das Handelsgericht hielt selber ausdrücklich fest, dass der höchst wahrscheinliche Karriereverlauf der Beschwerdeführerin auch für einen Fachrichter schwierig einzuschätzen sei (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 53 5. Absatz). Bezüglich der vom Fachrichter erwähnten Hypothesen für die berufliche Zukunft der Beschwerdeführerin (vgl. angefochtenes

Urteil KG act. 2/1 S. 53 zwei eingeschobene Absätze) sei noch eine weitere Unsicherheit zu berücksichtigen (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 56 unten). Von einer sicheren Kenntnis kann dabei keine Rede sein. Auch gab das vorliegende Fachrichtervotum entgegen der Beschwerdeantwort (KG act. 21 S. 21) nicht nur branchenmässig bekannte Erfahrungssätze wieder, sondern nahm Schätzungen zu Anstellungs- und Einkommensmöglichkeiten der Beschwerdeführerin vor (HG act. 41). Hätte es nur branchenmässig bekannte Erfahrungssätze wiedergegeben, hätte ohnehin über die konkreten Behauptungen der Beschwerdeführerin zu ihrem Valideneinkommen ein Beweisverfahren durchgeführt werden müssen. Selbst wenn ein Fachrichtervotum eine Expertise ersetzen könnte - dazu braucht hier nicht Stellung genommen zu werden -, kann das vorliegende Fachrichtervotum über den schwierig einzuschätzenden Karriereverlauf der Beschwerdeführerin nicht sicherer Kenntnis im Sinne von § 133 zweiter Satz ZPO gleichgesetzt werden, sondern ist als Ersetzung einer Expertise Teil des Beweisverfahrens. Auf ein solches und auf einen Beweisaufgabebeschluss durfte schon deshalb nicht verzichtet werden, weil die Möglichkeit nicht auszuschliessen ist, dass die Beschwerdeführerin weitere Beweismittel nennt (vgl. ZR 95 Nr. 73 S. 226 re.Sp.; i.c. beispielsweise Zeugen für eine Anstellung bei der Firma O. für ein Salär von Fr. 160'000.-- ohne HWS-Trauma [KG act. 2/1 S. 36 erster Absatz, S. 50 f.] und/oder bei der Firma P. für einen Anfangslohn von Fr. 170'000.-- [KG act. 2/1 S. 36 zweiter Absatz, S. 52] oder allfällige Urkunden [vgl. KG act. 1 S. 40]).

g) Das (bezüglich Schadenersatzforderung für Erwerbsausfall) auf dieser Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes beruhende angefochtene Urteil ist aus diesem Grund aufzuheben, und die Sache ist zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne dieser Erwägungen, d.h. vorab zum Erlass eines Beweisaufgabebeschlusses, und zu neuem Entscheid an das Handelsgericht zurückzuweisen.

6. Da das angefochtene Urteil schon aus dem vorgenannten Grund aufzuheben ist und das Handelsgericht ein förmliches Beweisverfahren durchzuführen

ren haben wird, ist die weitere Rüge der Verletzung von § 147 ZPO (Beschwerde KG act. 1 S. 36 Ziff. 35) obsolet.

7. Das Handelsgericht würdigte (auch das unterstreicht, dass das Handelsgericht eine Beweiswürdigung vornahm, also ein Beweisverfahren durchführte) ein der Beschwerdeführerin von der Firma N. ausgestelltes Arbeitszeugnis vom 31. August 1999 (HG act. 4/78) und gelangte dabei u.a. zum Schluss, es sei davon auszugehen, dass die Firma N. mit der Leistung und dem Verhalten der Beschwerdeführerin nicht in allen Teilen zufrieden gewesen sei (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 45). Die Beschwerdeführerin sieht darin eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs und der Verhandlungsmaxime sowie eine willkürliche tatsächliche Feststellung. Die Beschwerdegegnerin habe nie behauptet, dass die Firma N. mit der Beschwerdeführerin nicht voll zufrieden gewesen sei (Beschwerde KG act. 1 S. 37 - 39). Zwar habe die Beschwerdegegnerin die Sozial- und Führungskompetenz als Schwachpunkte der Beschwerdeführerin behauptet. Dies habe die Beschwerdeführerin ihrerseits bestritten. Auch dazu habe das Handelsgericht keinen Beweisaufgebefschluss erlassen (Beschwerde KG act. 1 S. 37 f.).

a) Die Beschwerdegegnerin weist in der Beschwerdeantwort darauf hin, dass das Arbeitszeugnis nur eine Hilfstatsache für die von der Beschwerdeführerin behauptete mögliche Karriere darstelle, die als solche (Hilfstatsache) nicht geeignet gewesen sei, einen eigentlichen Beweis für das Behauptete zu erbringen (Beschwerdeantwort KG act. 21 S. 22 f.).

b) Die Beschwerdeführerin hatte das Arbeitszeugnis der Firma N. vom 31. August 1999 vor Handelsgericht zu den Behauptungen eingereicht, dass die grösste und renommierteste schweizerische Werbeagentur an sie herangetreten sei und ihr eine Anstellung als Beratungsgruppenleiterin und Leiterin der Direktmarketingabteilung offeriert habe, sie in der Folge in verschiedenen Bereichen und mit verschiedenen Verantwortlichkeiten vom 30. September 1996 bis zu ihrem Unfall für diese Firma tätig gewesen sei, diese Arbeitgeberin ihr ein breites Fachwissen und professionelles Auftreten, methodische und durchdachte Arbeitsweise sowie grossen Einsatz bestätigt habe, sie sowohl intern wie auch bei den Kunden den Ruf einer zuverlässigen und kompetenten Direktmarketing-Fachfrau

genossen habe und für diese Arbeitgeberin die Kundin Q. gewonnen habe (HG act. 1 S. 46 f., S. 54). Dies sollte als (ein) Beleg (neben anderen) dafür dienen, dass die Beschwerdeführerin bis zum Unfall schon eine beeindruckende berufliche Karriere hinter sich gebracht habe (HG act. 1 S. 48), eine feste Position im Personalgefüge der schweizerischen und internationalen Werbebranche gehabt habe (HG act. 1 S. 49) und ohne Unfall die von ihr behaupteten Einkommen erzielt hätte (HG act. 1 S. 52 ff.). Der Hinweis der Beschwerdegegnerin ist richtig, dass dieses Arbeitszeugnis (nur) als ein Indiz für die von der Beschwerdeführerin behauptete berufliche Karriere dienen sollte. Diese Karriere sollte wiederum ein Indiz für das von der Beschwerdeführerin behauptete Valideneinkommen sein. Da das Handelsgericht diesbezüglich von Grund auf, d.h. mit Erlass eines Beweisaufgebateschlusses ein neues Beweisverfahren durchzuführen haben wird, dessen Ergebnis wie auch der Einfluss dieses Arbeitszeugnisses darauf mithin völlig offen sind, ist die gerügte bisherige diesbezügliche handelsgerichtliche Würdigung obsolet und an dieser Stelle nicht mehr zu prüfen.

c) Im Hinblick auf das neue Beweisverfahren und den neuen Entscheid des Handelsgerichts erscheint es aber als sinnvoll, auf folgende Aspekte hinzuweisen:

Innerhalb einer Würdigung der Beweismittel nach vollständig durchgeführtem Beweisverfahren inklusive Stellungnahme der Parteien zum Beweisergebnis ist es dem Gericht unbenommen, bei einer Prüfung eines von einer Partei eingereichten Beweismittels festzustellen, weshalb dieses nach der Überzeugung des Gerichts nicht zum Beweis des Behaupteten führt, ohne dass die Gegenpartei den gerichtlichen Grund dafür hätte behauptet haben müssen. Bezüglich der vorliegenden Frage dürfte das Handelsgericht also (nach formell korrekt durchgeführtem Beweisverfahren) ohne Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes feststellen, dass das Arbeitszeugnis der Firma N. vom 31. August 1999 die Behauptung der beruflichen Karriere der Beschwerdeführerin (und mit dieser schliesslich das behauptete Valideneinkommen) nicht stütze, weil aufgrund des Inhalts bzw. der Formulierung des Zeugnisses davon auszugehen sei, dass die Firma N. mit der Leistung und dem Verhalten der Beschwerdeführerin nicht in allen Teilen zufrieden gewesen sei. Hingegen dürfte das Handelsgericht diese An-

nahme - dass die Firma N. mit der Leistung und dem Verhalten der Beschwerdeführerin nicht in allen Teilen zufrieden gewesen sei - nicht als selbständige Feststellung zum Ausgangspunkt weiterer Feststellungen (neben der Würdigung des Arbeitszeugnisses) machen (vgl. z.B. KG act. 2/1 S. 46 unten f., S. 51 unten), ohne dass die Beschwerdegegnerin solches behauptet hätte, die Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt hätte und eine solche Behauptung bei Bestreitung durch die Beschwerdeführerin zum Beweis verstellt worden wäre.

8. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, sie habe vor Handelsgericht behauptet, dass sie ca. im Oktober 1999 ohne den Unfall bei der Firma O. eine Anstellung mit einem Anfangslohn von ca. Fr. 160'000.-- zuzüglich Bonus gehabt hätte. Das Handelsgericht habe auch darüber kein Beweisverfahren durchgeführt (Beschwerde KG act. 1 S. 39 f.).

a) Das Handelsgericht erwog dazu, es fehlten hinreichend substantiierte Angaben zur geplanten Anstellung der Beschwerdeführerin bei der Firma O., welche es als annähernd sicher erscheinen liessen, dass sie die Stelle als Beratungsgruppenleiterin zu einem Salär von Fr. 160'000.-- erhalten hätte. Hinzu komme, dass die Firma O. gemäss Fachrichtervotum unbedingt noch Referenzauskünfte eingeholt hätte, wobei nicht mit einer günstigen Referenzauskunft zu rechnen gewesen wäre (angefochtenes Urteil KG act. 2/1 S. 51 zweiter Absatz).

b) Das Handelsgericht erachtete die diesbezügliche Behauptung der Beschwerdeführerin nicht aus bundesrechtlichen Gründen ungenügend substantiiert (bei den Substantiierungshinweisen in der Verfügung vom 19. April 2005 wurde auch kein diesbezüglicher Hinweis vorgenommen; HG Prot. S. 9 f.) (vgl. auch insoweit zutreffend die Beschwerdeantwort KG act. 21 S. 24). Die Beschwerdeführerin hatte, worauf sie in der Beschwerde hinweist (KG act. 1 S. 40 oben), vor Handelsgericht behauptet, ca. im Oktober 1999 habe der CEO der Firma O., R., eine Beratungsgruppenleiterin gesucht. Auf dem Arbeitsmarkt sei es schwierig gewesen, eine geeignete Person zu finden. R. habe seinen Kreativ-Direktor S. nach einer Person gefragt. S. habe die Beschwerdeführerin empfoh-

len. R. habe die Unterlagen gesichtet und sei zum Ergebnis gekommen, dass die Beschwerdeführerin die Anforderungen an diese Stelle erfülle. Man habe der Beschwerdeführerin diese Anstellung offerieren wollen. Man habe aber wieder abgesagt, als man von ihrem HWS-Trauma und ihrer eingeschränkten Leistungsfähigkeit erfahren habe. Als Beratungsgruppenleiterin bei der Firma O. hätte sie von Anfang an ein Salär von Fr. 160'000.-- erhalten (HG act. 1 S. 49 f.).

Die

Beschwerdeführerin hatte damit behauptet - wovon auch das Handelsgericht im angefochtenen Urteil ausging (KG act. 2/1 S. 51) -, ohne HWS-Trauma und eingeschränkte Leistungsfähigkeit, d.h. ohne Unfall, hätte sie Ende 1999 bei der Firma O. eine Stelle als Beratungsgruppenleiterin mit einem Jahreseinkommen von Fr. 160'000.-- erhalten können. Mit der Erwägung, es fehlten hinreichend substantiierte Angaben zu dieser Anstellung, "welche es als annähernd sicher erscheinen" liessen, dass die Beschwerdeführerin diese Stelle erhalten hätte, nahm das Handelsgericht eine (antizipierte) Beweiswürdigung vor (wie auch die Beschwerdegegnerin auf S. 23 der Beschwerdeantwort KG act. 21). Eine solche war aber verfrüht. Auch diesbezüglich ist das Beweisverfahren mit einem Beweisaufgabebeschluss zu eröffnen. Auch insofern verletzte das Handelsgericht einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, indem es kein förmliches, mit einem Beweisaufgabebeschluss eröffnetes Beweisverfahren durchführte. Ohne solches ist auch die Feststellung nicht zulässig, dass die Firma O. Referenzauskünfte eingeholt hätte, welche nicht günstig gewesen wären.

9. Das Gleiche wie bezüglich Anstellung bei der Firma O. zu einem Anfangslohn von Fr. 160'000.-- jährlich (vorstehend Erw. 8) gilt bezüglich Anstellung bei der Firma P. zu einem Anfangslohn von Fr. 170'000.- jährlich (KG act. 2/1 S. 52; HG act. 1 S. 50 f.).

10. Zusammenfassend verletzte das Handelsgericht einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz, indem es zur Frage des Valideneinkommens der Beschwerdeführerin (und zu den verschiedenen behaupteten diesbezüglichen Indizien) kein förmliches, durch einen Beweisaufgabebeschluss eröffnetes Beweisverfahren durchführte, sondern die Schadenersatzforderung der Beschwerdeführerin auf

Ersatz von Erwerbsausfall allein gestützt auf das Fachrichtervotum und verschiedene weitere Beweisüberlegungen abwies. Das angefochtene Urteil ist aus diesem Grund aufzuheben, und die Sache ist zur allfälligen Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an das Handelsgericht zurückzuweisen (nur eine *allfällige* Ergänzung des Verfahrens wird deshalb erwähnt, weil das Kassationsgericht im vorliegenden Verfahren nicht über das Vorliegen anderer Klagevoraussetzungen [gesundheitliche Beeinträchtigungen, Unfallkausalität etc.] zu befinden hat). Die Rügen zu den anderen Fragen (Ausstand/Befangenheit, ausserprozessuale Kosten, Haushaltschaden) gehen fehl, soweit darauf eingetreten werden kann.

IV.

Bezüglich beantragter Aufhebung des Beschlusses der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Juli 2007 unterliegt die Beschwerdeführerin und obsiegt die Beschwerdegegnerin. Bezüglich beantragter Aufhebung des (Teil-)Urteils des Handelsgerichts vom 18. Juni 2007 obsiegt die Beschwerdeführerin und unterliegt die Beschwerdegegnerin. Anbetrachts des Umfangs, den die Beschwerde der Anfechtung des Beschlusses der Verwaltungskommission einräumte, und anbetrachts des Umstandes, dass die Rügen zu den Erwägungen des Handelsgerichts betreffend ausserprozessuale Kosten und Haushaltschaden fehl gehen, rechtfertigt es sich, die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO) und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, d.h. keine Prozessentschädigungen zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO). Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr gelangt bereits die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) zur Anwendung (§ 19 GGebV).

V.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 f. BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in

Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht bezüglich das Ausstandsbegehren ohne weiteres zulässig (Art. 92 BGG), im Übrigen aber nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Juli 2007 wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das (Teil-)Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Juni 2007 wird dieses Teilurteil aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an das Handelsgericht zurückgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 69'700.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
5. Für das Kassationsverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 4'895'564.10.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juli 2007 mit Beschwerde an das Bundesgericht neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich, an das Handelsgericht des Kantons Zürich und an das Bundesamt für Privatversicherungen in 3003 Bern, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: