



Kass.-Nr. AA090164-P/U0002/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig,
die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul
Baumgartner und Matthias Brunner sowie der Generalsekretär
Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 23. Dezember 2010

in Sachen

X.

...

...,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur...

...

gegen

Y. SA.

...,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. ...

...

betreffend

Forderung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss und Urteil des Handels-
gerichts des Kantons Zürich vom 14. Oktober 2009 (HG050248/U/ei)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer war Mitfahrer in einem bei der Beschwerdegegnerin versicherten Fahrzeug, dessen Halter und Lenker am 15. September 2002 bei einem Überholmanöver in Winterthur mit massiv übersetzter Geschwindigkeit die Herrschaft über das Fahrzeug verlor und einen schweren Unfall verursachte. Der Lenker und die beiden anderen Mitfahrer wurden tödlich verletzt; der Beschwerdeführer erlitt diverse Verletzungen. Umstritten sind die Auswirkungen dieser Verletzungen auf seine Arbeitsfähigkeit.

Mit Klageschrift vom 22. August 2005 an das Handelsgericht klagte der Beschwerdeführer gegen die Beschwerdegegnerin als Haftpflichtversicherung des Lenkers auf Schadenersatz und Genugtuung. Er verlangt, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm insgesamt Fr. 968'028.-- zuzüglich Zins zu bezahlen; die Hauptpositionen betreffen Erwerbsausfall, Haushaltschaden, Betreuungsschaden, medizinische Behandlungskosten, Genugtuung sowie vorprozessuale Anwaltskosten. Im Verlauf des Verfahrens beantragte der Beschwerdeführer eine Klageänderung (im Sinne einer Erhöhung der Position "Erwerbsausfall"); gleichzeitig verzichtete er auf die Geltendmachung der Positionen "Haushaltschaden" und "Betreuungsschaden" und reduzierte zwei weitere Positionen (zum Ganzen KG act. 2 S. 5 f.).

2. Mit Beschluss und Urteil vom 14. Oktober 2009 liess das Handelsgericht die vom Beschwerdeführer beantragte Klageänderung nicht zu und schrieb die Klage im Betrage von Fr. 454'409.15 als durch Rückzug erledigt ab; gleichzeitig wies es die (Rest-)Klage vollumfänglich ab, unter Regelung der Nebenfolgen zu lasten des Beschwerdeführers (KG act. 2).

3. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beantragt (KG act. 1 S. 2), es seien Beschluss und Urteil vom 14. Oktober 2009 aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Regelung der Nebenfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Die Beschwerdegegnerin beantragt Abweisung der Beschwerde (KG act. 13), die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 12).

4. Mit Verfügung vom 1. Dezember 2009 (Dispositiv-Ziff. 4) war dem Beschwerdeführer aufgegeben worden, für das Beschwerdeverfahren eine Prozesskaution von Fr. 46'000.-- zu leisten, andernfalls auf die Beschwerde nicht eingetreten werde. Dabei war übersehen worden, dass der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde das Gesuch gestellt hatte, es sei ihm für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen. Mit Verfügung vom 7. Dezember 2009 wurde Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung vom 1. Dezember 2009 betreffend Verpflichtung zur Kautionsleistung ersatzlos aufgehoben (KG act. 10).

Nachdem die Beschwerdegegnerin ihre Beschwerdeantwort erstattet hat, entfällt die Notwendigkeit der vorgängigen Sicherstellung einer allfälligen Prozessentschädigung (§ 81 ZPO); insofern rechtfertigt es sich, über das Gesuch des Beschwerdeführers betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung nicht vorab, sondern zusammen mit dem Beschwerdeentscheid zu befinden (nachfolgend Ziff. II.9.2).

5. Mit Verfügung vom 1. Dezember 2009 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen.

II.

1. Einleitend (Beschwerde S. 4 bis 11) gibt der Beschwerdeführer den Sachverhalt und Prozessverlauf aus seiner Sicht wieder, ohne dabei ausdrücklich

bzw. in einer den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Form einen Nichtigkeitsgrund zu benennen bzw. zu belegen. Auf diese Vorbringen ist lediglich insoweit einzugehen, als darauf im nachfolgenden Teil (Beschwerde S. 11) zur Begründung der konkreten Rügen Bezug genommen wird.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich das Kassationsgericht zur hier erneut gestreiften Frage der Verwertbarkeit der von der Beschwerdegegnerin veranlassten Videoaufnahmen (Beschwerde S. 8 f., Ziff. 5) bereits in seinem Beschluss vom 18. Juli 2007 im Rahmen der Beurteilung eines Armenrechtsgesuches geäußert und unter Hinweis auf BGE 129 V 323 ausgeführt hatte, Überwachungen im Verhältnis zwischen privater Haftpflichtversicherung und Privaten seien nicht widerrechtlich, sondern durch ein überwiegendes privates und öffentliches Interesse gerechtfertigt im Sinne von Art. 28 Abs. 2 ZGB und insofern auch prozessual verwertbar (HG act. 46, Erw. II.7.2; zur Zulässigkeit von Überwachungsmassnahmen auch BGer 5A_57/2010 v. 2. Juli 2010, in SJZ 2010, S. 523).

2. Als erstes macht der Beschwerdeführer die Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO geltend (Beschwerde Ziff. III.1, S. 11 ff.).

2.1a) Der Beschwerdeführer beanstandet (Ziff. 1.1 der Beschwerde), dass es die Vorinstanz ablehnte, seinem wiederholt gestellten und ausführlich begründeten Antrag stattzugeben, wonach ein medizinisches Fachgutachten über die von ihm anlässlich des Unfalls vom 15. September 2002 erlittenen Verletzungen und deren Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit einzuholen sei. Stattdessen habe die Vorinstanz den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Videoaufnahmen "herausragende Bedeutung" beigemessen.

Der in der Instruktionsverhandlung betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung befragte Dr. S. habe sich als Neurologe zum Vorliegen einer post-traumatischen Belastungsstörung nicht äussern können; zudem sei ihm keine Akteneinsicht gewährt worden und habe er auch keine körperliche Untersuchung durchführen können, weshalb er irrtümlich von einem Verletzungsbild aus-

gegangen sei, welches überhaupt nie vorgebracht worden sei und auch sonst nicht Gegenstand des Verfahrens gebildet hatte. Eine Ergänzungsfrage an ihn betreffend die Notwendigkeit einlässlicher medizinischer Untersuchungen sei sodann aus prozessualen Gründen nicht zugelassen worden.

Die Weigerung, ein medizinisches Fachgutachten zuzulassen, entspreche – so der Beschwerdeführer – insofern der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, als § 171 ZPO den Beizug eines Sachverständigen fordere, wenn es zur Beweiserhebung besonderer Kenntnisse bedürfe, über welche weder das Gericht noch einzelne seiner Mitglieder verfügten. Seien subjektive Schmerzangaben zu beurteilen, müssten diese nach bundesgerichtlicher Praxis zuverlässiger medizinischer Überprüfung zugänglich sein. Das Ausmass der durch eine somatoforme Schmerzstörung bewirkten Arbeitsunfähigkeit werde grundsätzlich durch ein psychiatrisches Gutachten festgelegt (u.H.a. BGE 130 V 353 E. 2.2.2).

b) Zu dem vom Beschwerdeführer u.a. im Rahmen seiner Replik gestellten Antrag auf Beizug eines medizinischen Fachgutachtens zur Frage der Verletzungen und deren Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hat die Vorinstanz zusammengefasst erwogen (Urteil S. 4, Ziff. 3.2 sowie S. S. 9 ff., Ziff. 4.3.4.2 ff.), die entsprechenden Behauptungen des Beschwerdeführers seien – auch angesichts der Bestreitungen der Beschwerdegegnerin, welche diese durch die Eingabe von Videoaufnahmen untermauert habe, welche den Beschwerdeführer bei lange andauernden, teils anstrengenden (Isolations-)Arbeiten zeigten – nicht genügend substantiiert gewesen, weshalb der Beschwerdeführer in Nachachtung von § 55 ZPO angehalten worden sei, die behaupteten Beeinträchtigungen und Behinderungen (und eine sich daraus ergebende Medikation) zeitlich einzuordnen und darzulegen, inwiefern und in welchem Umfang diese ihm eine Arbeitstätigkeit verunmöglichten. Dieser Auflage sei der Beschwerdeführer mit seiner ergänzenden Eingabe vom 27. April 2009 nicht nachgekommen, sondern habe sich mit einem Verweis auf die (vom Gericht offensichtlich als nicht genügend substantiiert erachteten) Ausführungen in der Klagebegründung und der Feststellung, dass sich daran nichts geändert habe, begnügt. Nur zur Frage einer schweren immateriellen Unbill habe er konkrete Ausführungen gemacht.

Damit – so die Vorinstanz weiter (Urteil S. 10) – seien die klägerischen Behauptungen hinsichtlich der Folgen des Unfalls vom 15. September 2002 schon in grundsätzlicher Hinsicht nach wie vor nicht hinreichend substantiiert; sie genügten nicht, um die Folgen eines beinahe sieben Jahre zurückliegenden Ereignisses beurteilen zu können. Es sei nicht Sache des Gerichts, anhand der eingereichten Arztberichte die Beeinträchtigungen und Behinderungen selber einzuordnen und festzustellen, inwiefern und in welchem Umfang sie dem Beschwerdeführer eine Arbeitstätigkeit verunmöglichten. Solches wäre von ihm darzulegen gewesen und könne auch nicht im Rahmen eines Gutachtens nachgeholt werden: Das Beweisverfahren sei nicht dazu da, eine ungenügende Sachdarstellung zu vervollständigen (u.H.a. FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, § 133 N 5 m.H.).

Auch in zeitlicher (Zeitpunkt der Einnahme sowie der Folgen von Medikamenten) sowie quantitativer Hinsicht (u.a. Umfang des künftigen Erwerbsausfalls) seien die klägerischen Vorbringen trotz entsprechender Aufforderung durch das Gericht zu wenig substantiiert geblieben (Urteil S. 11). Lediglich am Rande fügte die Vorinstanz in diesem Zusammenhang bei, dass dem Beschwerdeführer aufgrund seines Asylbewerberstatus in der Schweiz die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich untersagt war (Urteil S. 12).

c) Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Handelsgericht dem Antrag auf Beizug eines medizinischen Gutachten deshalb nicht gefolgt ist, weil es davon ausging, das Beweisthema (verletzungsbedingte Arbeitsunfähigkeit und deren Auswirkungen) sei vom Beschwerdeführer im Rahmen des Hauptverfahrens trotz konkreter Substantiierungshinweise seitens des Gerichts nicht in hinreichender Weise substantiiert worden (so auch ausdrücklich Urteil S. 19 Ziff. 4.5: Abweisung der Klage mangels Substantiierung). Es wird vom Beschwerdeführer zu Recht nicht in Abrede gestellt, dass Beweis nur über prozessrechtskonform behauptete (oder bestrittene) Tatsachen zu führen ist und dass das Beweisverfahren nicht dazu dient, eine ungenügende Sachdarstellung zu vervollständigen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 8 vor §§ 133 ff. und N 5 zu § 133, je mit Hinweisen auf die Praxis). Damit kann sich einzig die Frage stellen, ob die Vorinstanz davon

ausgehen durfte, der Beschwerdeführer habe die entsprechenden Behauptungen nicht hinreichend substantiiert. Auch dies bestreitet der Beschwerdeführer vorliegend zu Recht nicht, denn es ist eine Frage des materiellen Bundeszivilrechts (und somit nicht im vorliegenden Verfahren zu überprüfen), ob die Annahme ungenügender Substantiierung zutrifft (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a. O., N 1 zu § 113 und N 13d zu § 285; vgl. etwa BGer 4A_144/2009 vom 6. Oktober 2009, E. 3.2). Unter der Prämisse, die Vorbringen des Beschwerdeführers seien nicht hinreichend substantiiert, wurde die Beweisofferte somit zu recht abgelehnt.

2.2a) Der Beschwerdeführer beanstandet (Beschwerde Ziff. 1.2, S. 14), dass während des ganzen, mehr als vier Jahre dauernden Verfahrens vor Handelsgerecht entgegen § 136 ZPO nie ein Beweisauflagebeschluss ergangen sei. Indem die Vorinstanz seine sämtlichen Beweisanträge ignoriert habe, habe sie gesetzliche Prozessvorschriften bzw. den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Diese Rüge genügt schon den formellen Anforderungen insofern nicht, als der Beschwerdeführer nicht konkret ausführt, um welche Beweisanträge zu welchen Themen es sich hier handelt. Der Vorwurf, es sei kein Beweisauflagebeschluss ergangen, scheidet im Übrigen daran, dass die Vorinstanz zufolge nicht hinreichend substantiiertes Vorbringen zum Sachverhalt (vgl. oben Ziff. 3.1) kein Beweisverfahren durchführte und daher ein solches auch nicht formell eröffnet werden konnte.

b) In diesem Zusammenhang beanstandet der Beschwerdeführer weiter, die Vorinstanz habe ein von ihm eingereichtes Gutachten der Integrierten Psychiatrie Winterthur ignoriert bzw. sogar aus dem Recht gewiesen; darauf ist nachfolgend (Ziff. 3.4) näher einzugehen.

2.3 Der Beschwerdeführer rügt weiter (Ziff. 1.3, S. 14 f.), die Vorinstanz habe zu Unrecht ausschliesslich und einseitig auf die von der Gegenseite erstellten und eingereichten Videoaufnahmen abgestellt, obschon deren Zuverlässigkeit wiederholt und begründet in Zweifel gezogen worden sei. Sie habe es unterlassen, zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes Beweise abzunehmen und habe ein "verkürztes Beweisverfahren" durchgeführt, was eine Verletzung kantonalen

Rechts darstelle. In diesem Zusammenhang wird auch aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme geltend gemacht.

Erneut ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz die tatsächlichen Vorbringen des Beschwerdeführers als zu wenig substantiiert erachtet und aus diesem Grund von einem Beweisverfahren abgesehen hat, was hier nicht zu beanstanden ist. Insofern stellt sich die Frage nach willkürlichen oder aktenwidrigen tatsächlichen Annahmen zum Sachverhalt von vornherein nicht. Was das Abstellen auf die von der Gegenseite eingereichten Videoaufnahmen betrifft, unterlässt es der Beschwerdeführer darzulegen, an welcher Stelle des angefochtenen Urteils dies der Fall sein soll, weshalb schon aus diesem Grund darauf nicht weiter einzugehen ist. Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Videoaufnahmen zwar für die seinerzeitige Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung eine tragende Rolle gespielt hatte (HG act. 31, insbes. S. 7 ff.), im angefochtenen Urteil jedoch nur am Rande (und unter gleichzeitigem Hinweis auf die ohnehin ungenügend substantiierten Sachvorbringen des Beschwerdeführers) erwähnt werden (Urteil S. 9 unten). Was die hier abermals gerügte Nichteinholung eines Gutachtens betrifft, kann auf das oben Ausgeführte verwiesen werden.

2.4a) Mit seinen Vorbringen unter Ziff. 1.4 bis 1.6 (Seite 15 bis 18 der Beschwerde) wiederholt der Beschwerdeführer im Wesentlichen seine bereits vorstehend behandelten Rügen betreffend Nichtdurchführung eines Beweisverfahrens, insbesondere Nichteinholung eines medizinischen Gutachtens. Auf die damit erhobene Rüge der Überbindung übertriebener Substantiierungsaufgaben (Beschwerde S. 16 sowie insbesondere Ziff. 1.6, S. 17 f. oben) ist nach dem bereits Gesagten nicht einzutreten.

b) Der Beschwerdeführer hatte nach Abschluss des Hauptverfahrens mit Eingabe vom 22. Februar 2008 (HG act. 47) gestützt auf § 115 ZPO ein von der Integrierten Psychiatrie Winterthur am 20. Februar 2008 erstelltes medizinisches Gutachten zum Beweis für die Richtigkeit seiner Sachdarstellung eingereicht; gleichzeitig beantragte er wiedererwägungsweise die Bewilligung der (bereits im Jahr 2006 verweigerten) unentgeltlichen Prozessführung. Mit Beschluss vom 6.

Mai 2008 (HG act. 53) wies das Handelsgericht das Gutachten, bei welchem es sich um ein Privatgutachten handle, aus dem Recht und wies das Gesuch um Wiedererwägung des Beschlusses vom 14. November 2006 ab. Zur Begründung des ersten Punktes führte es aus (HG act. 53 S. 3 f.), die Voraussetzungen von § 115 Ziff. 2 ZPO (oder einer anderen Ziffer dieser Bestimmung) seien nicht erfüllt.

Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang geltend (Beschwerde Ziff. 1.5, S. 16 f.), die Begründung der Vorinstanz sei "unhaltbar, einseitig und willkürlich" und das Gutachten erfülle "offensichtlich" die Voraussetzungen von § 115 ZPO (ohne zu sagen, welche der verschiedenen Varianten zutreffen soll). Dass das genannte Gutachten nicht früher angerufen bzw. eingereicht werden konnte, weil es nicht früher existierte, mag zutreffen, ändert aber nichts daran, dass es erst nach Abschluss des Hauptverfahrens eingereicht und deshalb nur unter einer der in § 115 ZPO genannten Voraussetzungen zuzulassen war. Die Vorinstanz führte in ihrem Beschluss vom 6. Mai 2008 aus, die bisherigen Sachdarstellungen des Beschwerdeführers würden durch das eingereichte Gutachten nicht sofort bewiesen. Soweit er geltend machen wolle, dass seine Arbeitsunfähigkeit auf unfallkausale psychische Gründe zurückzuführen sei und es sich dabei um eine neue Behauptung handle, werde diese durch die Eingabe ebenso wenig sofort bewiesen; es handle sich, obschon offenbar nicht vom Beschwerdeführer selbst veranlasst, beim Gutachten lediglich um eine Parteibehauptung (und damit nicht um ein Beweismittel), womit die Voraussetzungen von § 115 Ziff. 2 ZPO nicht gegeben seien (HG act. 53 S. 3).

Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang geltend macht, es handle sich um ein amtliches Gutachten und nicht um ein von ihm veranlassenes Privatgutachten, kann ihm nicht gefolgt werden: Nach insoweit unbestrittener Feststellung der Vorinstanz war das Gutachten jedenfalls nicht vom Gericht nach den insoweit massgebenden Bestimmungen der Prozessordnung (§§ 172 ff. ZPO) in Auftrag gegeben worden und ist somit als Privatgutachten zu betrachten, dies ungeachtet des Umstandes, dass es von einer anderen Behörde (Departement Soziales der Stadt Winterthur, vgl. HG act. 47 S. 2 oben sowie Beschwerde S. 10; ferner KG act. 3/1) und in anderem Zusammenhang in Auftrag gegeben und nicht

auf Veranlassung des Beschwerdeführers erstattet wurde, was die Vorinstanz auch ausdrücklich festhält.

c) Der Beschwerdeführer beanstandet in diesem Zusammenhang auch, dass das Gutachten nicht nur "aus dem Recht gewiesen", sondern physisch aus den Akten entfernt wurde, was gesetzliche Prozessvorschriften verletze.

In einem Entscheid vom 12. Februar 2008 hat das Kassationsgericht erwo-gen, solange Eingaben nicht physisch aus dem Dossier entfernt, sondern lediglich symbolisch "aus dem Recht gewiesen" würden, sei dieses Vorgehen unter dem Aspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Überprüfung im Rechtsmittelverfahren) nicht zu beanstanden (ZR 107 Nr. 22 Erw. III.1). In einem älteren Entscheid aus dem Jahre 1968 hatte es das Obergericht als "prozessökonomisch wenig sinnvoll" erachtet, Eingaben, die das Gericht (namentlich wegen Verspätung) für nicht verwertbar erachtet, nicht nur aus dem Recht, sondern aus den Akten zu weisen, d.h. physisch zu entfernen, weil diese dann allenfalls im Rechtsmittelverfahren wieder einzuverlangen seien (ZR 68 Nr. 106 Erw. 9 m.H.). In der Tat erscheint es als wenig sinnvoll, unverwertbare, insbesondere verspätete Eingaben physisch aus den Akten zu entfernen. Ein Nichtigkeitsgrund liegt jedoch nur dann und insoweit vor, als die betreffende Partei durch dieses Vorgehen effektiv benachteiligt wird. Dies wäre dann der Fall, wenn als Folge der physischen Aussonderung aus dem Dossier in einem anschliessenden Rechtsmittelverfahren die Rügemöglichkeiten, insbesondere eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der Aussonderung selbst, verunmöglicht würde. Im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren erhebt der Beschwerdeführer keine Rügen, für deren Beurteilung die Einsichtnahme in das fragliche Gutachten erforderlich ist. Der Beschwerdeführer macht im Übrigen auch nicht geltend, dass es in einem allfälligen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht auf den Inhalt des Gutachtens ankommen könnte; sollte dies dennoch der Fall sein, hätte er zumindest die Möglichkeit, das Gutachten dort (mit dem Hinweis, dass er es bereits im kantonalen Verfahren eingereicht hatte) wieder einzureichen, ohne dass ihm damit das Novenverbot entgegen gehalten werden könnte. Insofern hat sich das Vorgehen der Vorinstanz nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers ausgewirkt.

3. Der Beschwerdeführer erhebt weiter die Rüge der aktenwidrigen und willkürlichen tatsächlichen Annahme im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (Beschwerde Ziff. III.2, S. 19 ff.). Dabei qualifizieren sich die erhobenen (Teil-)Rügen allerdings über weite Strecken als solche der Gehörsverweigerung, was dem Beschwerdeführer jedoch nicht schadet.

3.1 Es ist an dieser Stelle nochmals festzuhalten, dass die Vorinstanz die Klage wegen ungenügender Substantiierung des Sachverhaltes und deshalb ohne Durchführung eines Beweisverfahrens abgewiesen hat (oben Ziff. 3.1c). Wurden keine Beweise erhoben, so liegt auch keine Beweiswürdigung vor; die Rüge der willkürlichen (oder aktenwidrigen) Beweiswürdigung geht insofern ins Leere. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch, dass sich die Vorinstanz nicht näher mit den vom Beschwerdeführer mit der Klagebegründung eingereichten Arztberichten auseinandersetzte, was dieser beanstandet (Beschwerde Ziff. 2.2); waren schon die Behauptungen zu wenig substantiiert, um ein formelles Beweisverfahren durchzuführen, so konnten auch die vom Beschwerdeführer im Hauptverfahren eingereichten Beweismittel (§ 113 Satz 3 ZPO) nicht Gegenstand einer Beweiswürdigung bilden.

3.2 Die Vorinstanz hält fest, die Beschwerdegegnerin bestreite die behaupteten gesundheitlichen Beschwerden des Beschwerdeführers (Urteil S. 6 Ziff. 4.2). Dies wird mit dem Hinweis darauf (Beschwerde Ziff. 2.3, S. 19 f.), die Beschwerdegegnerin habe geltend gemacht, es bestehe beim Beschwerdeführer der Verdacht von Medikamentenabusus, nicht widerlegt.

3.3 Zur Rüge der unterbliebenen Auseinandersetzung mit dem Gutachten der Integrierten Psychiatrie Winterthur (Beschwerde Ziff. 2.4, S. 20), kann auf das oben (Ziff. 3.4b) Ausgeführte verwiesen werden.

3.4 Nachdem der Beschwerdeführer von der Vorinstanz gemäss § 55 ZPO mittels detaillierter Hinweise zur Vervollständigung seiner Vorbringen angehalten worden war (Prot. HG S. 63 ff.), reichte er mit Eingabe vom 27. April 2009 diverse Berichte ein (HG act. 60, 61). Soweit er in der Beschwerde rügt (Ziff. 2.5 und 2.6), die Vorinstanz setze sich damit nicht näher auseinander, gilt sinngemäss das un-

ter 4.1 Ausgeführte. Die Vorinstanz hat die Vorbringen des Beschwerdeführers auch nach erfolgtem Substantiierungshinweis weiterhin als ungenügend substantiiert erachtet, was nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahren ist.

3.5 Das Gesagte gilt ebenso bezüglich der Rüge (Beschwerde Ziff. 2.7), die Vorinstanz habe sich nicht mit den Vorbringen zum Quantitativen auseinandergesetzt und kein Beweisverfahren durchgeführt. Zur Vermeidung von Wiederholungen ist auf das bereits Ausgeführte zu verweisen.

Unter Ziff. 2.8 und 2.9 (Beschwerde S. 22) wird kein Nichtigkeitsgrund behauptet.

4. Der Beschwerdeführer beanstandet (Beschwerde Ziff. 2.10., S. 22 f.), dass die Vorinstanz die von ihm beantragte Klageänderung nicht zulies.

Die Vorinstanz begründete die Nichtzulassung der Klageänderung damit (Urteil S. 5), dass eine solche nur im Rahmen von §§ 114 und 115 ZPO zulässig sei. Die vom Beschwerdeführer mit der Klageänderung angestrebte Erhöhung der Schadenersatzposition "Erwerbsausfall" sei aber einzig darauf zurückzuführen, dass er erstmals vom Szenario ausgehe, er wäre (auch) ohne den Unfall in der Schweiz geblieben, ohne dass er gleichzeitig dartue, inwiefern es sich dabei um ein echtes Novum handle. Mit seinen Ausführungen zu Sinn und Zweck einer Klageänderung und zur Regelung seines ausländerrechtlichen Status widerlegt der Beschwerdeführer nicht, dass die Vorinstanz davon ausgehen durfte, dass es ihm möglich gewesen wäre, das Szenario eines regulären Verbleibs in der Schweiz bereits früher (nämlich im Rahmen des Hauptverfahrens) ins Auge zu fassen. Die Rüge ist unbegründet.

5. Hinsichtlich des geltend gemachten Genugtuungsanspruchs hat die Vorinstanz erwogen (Urteil S. 17 f.), massgebend sei, ob der Beschwerdeführer unter unfallsbedingten Beeinträchtigungen/Behinderungen gelitten habe oder leide; die entsprechenden Behauptungen dazu seien jedoch, wie schon mehrfach erwähnt, nicht genügend substantiiert. Im Sinne einer *Eventualbegründung* hält das Gericht fest, selbst unter der Annahme genügender Substantiierung und gelungener Be-

weisführung wäre der eingeklagte Anspruch zufolge der durch die Beschwerdegegnerin erhobenen (und vom Beschwerdeführer akzeptierten) Verrechnungseinrede im Zusammenhang mit den bereits geleisteten Akonto-Zahlungen von Fr. 45'000.-- getilgt. Das Gericht führt sodann näher aus, weshalb es eine höhere Genugtuung als nicht angemessen erachtet (Urteil S. 18 f.).

Bei den vorinstanzlichen Erwägungen zur (hypothetischen) Bemessung der Genugtuung handelt es sich nicht um Beweiswürdigung, sondern um die rechtliche Würdigung von Tatsachen, die Bundesrecht beschlagen. Auf die dagegen erhobene Kritik (Beschwerde Ziff. 2.11, S. 24) kann daher nicht eingetreten werden.

6. Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine ungehörige Besetzung des Gerichts (Beschwerde Ziff. III.3, S. 24 f.).

6.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Wahl einzelner, am angefochtenen Entscheid mitwirkender Handelsrichter sei nicht verfassungskonform erfolgt. Der als Referent agierende Handelsrichter Weber-Krauer sei in Verletzung des Wohnsitzprinzips gewählt worden, da er seinen Wohnsitz nicht im Kanton Zürich habe. Weiter halte die Wahl dieses und der beiden anderen Fachrichter, die aus der Versicherungsbranche stammten, insofern nicht vor der Verfassung stand, als gemäss Art. 75 KV eine vom Kantonsrat bestimmte Kommission diese Kandidaturen zu prüfen habe; eine solche Kommission sei bis heute nicht bestellt worden. Drei der fünf urteilenden Handelsrichter (gemeint: Mitglieder des Spruchkörpers) arbeiteten hauptberuflich für Versicherungen, ohne dass ihre Interessenbindung, namentlich die beruflichen und finanziellen Abhängigkeiten, offen gelegt worden seien, wie dies § 3a GVG vorsehe. Dadurch seien Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Glaubwürdigkeit des Gerichts, welche durch Gesetz und Verfassung gewährleistet seien, in einem hohen Mass beeinträchtigt.

Der Anspruch des Beschwerdeführers auf ein gehörig besetztes Gericht sei aus all diesen Gründen nicht erfüllt worden, weshalb das Urteil aufzuheben und die Sache an ein gesetzeskonform konstituiertes Gericht zurückzuweisen sei.

6.2 Gemäss Art. 75 Abs. 1 Satz der auf den 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 prüft eine vom Kantonsrat bestimmte Kommission die Kandidaturen der vom Kantonsrat zu wählenden Mitglieder und Ersatzmitglieder der für das gesamte Kantonsgebiet zuständigen Gerichte. Gemäss der dazu geltenden Übergangsbestimmung (Art. 142 KV) bleiben Mitglieder von Behörden bis zum Ablauf der Amtsdauer nach bisherigem Recht im Amt; gemäss Art. 142 Abs. 2 KV erfolgt sodann eine Erneuerungswahl nach bisherigem Recht, wenn sie innert zwei Jahren nach Inkrafttreten der Verfassung stattfindet.

Die Erneuerungswahlen für die Amtsdauer 2007–2013, auf Grund welcher die drei hier mitwirkenden Handelsrichter im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils ihr Amt ausübten, fanden am 20. August 2007 statt (Amtsblatt 2007, S. 1547). Demnach fand Art. 75 KV darauf noch keine Anwendung. Die entsprechende Rüge geht somit fehl.

6.3 Die Rüge der Verletzung der in § 3a GVG statuierten Pflicht zur Offenlegung von Interessenbindungen ist schon deshalb unbegründet, weil das hier vorgesehene öffentlich zugängliche Register (Abs. 3) der im jährlichen Rechenschaftsbericht des Obergerichts (zuletzt Rechenschaftsbericht 2009, S. 184 ff.) publizierten detaillierten Auflistung aller Handelsrichter samt jeweiligem Arbeitgeber oder sonstiger beruflicher Stellung entspricht. Ob eine Verletzung von § 3a GVG im Übrigen überhaupt prozessuale Konsequenzen (im Sinne einer Anfechtbarkeit) hätte, braucht damit an dieser Stelle nicht geprüft zu werden.

6.4 Hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung der gesetzlichen Wohnsitzpflicht durch Handelsrichter Weber-Krauer ergibt sich folgendes:

a) Der Beschwerdeführer dokumentiert in der Beschwerde die behauptete Verletzung der Wohnsitzpflicht seitens des genannten Richters nicht; jedoch ist dem Gericht aus einem anderen Verfahren (Kass.-Nr. AA090161; Entscheid vom 9. Februar 2010) bekannt, dass der genannte Handelsrichter sowohl im Zeitpunkt seiner Wahl wie auch Wiederwahl in den Jahren 2001 und 2007 nicht im Kanton Wohnsitz hatte. Zuzufolge Gerichtsnotorietät kann diese Tatsache (die im Übrigen

weder von der Vorinstanz noch von der Beschwerdegegnerin in Abrede gestellt wird) dem vorliegenden Verfahren zugrunde gelegt werden.

b) Im erwähnten Entscheid vom 9. Februar 2010 hat das Kassationsgericht zur Frage allfälliger prozessualer Konsequenzen einer Verletzung der richterlichen Wohnsitzpflicht folgendes erwogen:

"Immerhin ist festzustellen, dass selbst im Falle einer Verletzung der gesetzlichen Wohnsitzpflicht im Zeitpunkt der Wahl- bzw. Erneuerungswahl die Wahl des betreffenden Richters zunächst als solche formell zustande gekommen wäre und der Wahlakt mangels formeller Anfechtung entsprechend den Bestimmungen des GPR (§§ 146 ff.) Bestand hätte. Der Auffassung, ein solche Wahl sei *ex tunc* nichtig (BSK BGG-KIENER, Art. 5 N 20; diese Stelle bezieht sich aber auf die Wahl ins Bundesgericht, wo es um die ungleich wichtigeren Wählbarkeitsvoraussetzungen der Handlungsfähigkeit und des Schweizerbürgerrechts geht), könnte nur in dem Sinn gefolgt werden, dass *im Falle der erfolgreichen Anfechtung des Wahlaktes* dessen Ungültigkeit als von Anfang (d.h. rückwirkend) gegeben zu betrachten wäre. Abzulehnen wäre vorliegend die Annahme absoluter Nichtigkeit der Wahl, da es einerseits am *besonders* schwer wiegenden Mangel fehlt (was sich schon aus der Möglichkeit der nachträglichen Bewilligung zur Weiterführung des Richteramtes bis zum Ablauf der Amtszeit, § 24 GPR, ergibt) und zudem durch die Annahme von absoluter Nichtigkeit der Wahl die Rechtssicherheit ernsthaft gefährdet wäre (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.A., Bern 2009, § 31 N 15). Ob darüber hinaus eine *vorfrageweise* Überprüfung der Rechtmässigkeit der Wahl durch die zivilgerichtlichen (Rechtsmittel-)Instanzen in Erwägung zu ziehen wäre, und welches gegebenenfalls die Folgen wären, muss und kann hier nicht entschieden werden, da eine solche Überprüfung nach dem Gesagten jedenfalls nicht im Rahmen des vorliegenden Ablehnungsverfahrens vorzunehmen ist."

c) Das Bundesgericht hat in seinem auszugsweise veröffentlichten (BGE 136 I 207) Urteil vom 19. April 2010, welches auf eine gegen den kassationsgerichtlichen Entscheid vom 9. Februar 2010 gerichtete Beschwerde hin erging, zunächst den Grundsatz festgehalten, dass die Wahl einer Person, die die gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt, rechtlich ausgeschlossen ist (E. 5.5 am Ende, u.a. mit Hinweis auf BGE 128 I 34 E. 1d), wobei (wie sich aus dem unmittelbar vorangehenden Passus ergibt) sich diese Feststellung auch auf diejenige Konstellationen bezieht, wo die Wählbarkeitsvoraussetzung nicht die eigentliche Fähigkeit zur Amtsausübung betrifft, sondern anderen, untergeordneten Anliegen dient, wie das Wohnsitzerfordernis der Verbundenheit mit dem Kanton. Anschliessend hat es sich wie folgt geäussert (E. 5.6):

"Die Ungültigkeit der Wahl eines Richters, der bei der Wahl die gesetzlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen nicht erfüllte, führt aus Rechtssicherheitsgründen nicht zur Nichtigkeit sämtlicher Entscheide, an denen er mitgewirkt hat. Jedoch sind solche Entscheide anfechtbar mit der Rüge, der Anspruch auf ein auf Gesetz beruhendes Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei verletzt. Die genannten Bestimmungen garantieren den Parteien insbesondere den Anspruch auf eine ordnungsgemässe Besetzung des Gerichts. Diese muss den gesetzlichen Vorschriften entsprechen. Der Anspruch auf ein auf Gesetz beruhendes Gericht ist namentlich verletzt, wenn ein Richter an einem Entscheid mitwirkt, nachdem er aus seinem Richteramt ausgeschieden ist (Urteil 1C_235/2008 vom 13. Mai 2009 E. 3.2.1 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR; Urteil 2A.575/2005 vom 17. Januar 2006 E. 2.1.3). Das Gleiche muss gelten, wenn ein Richter mitwirkt, dessen Wahl wegen Fehlens einer Wählbarkeitsvoraussetzung ungültig ist. Auch in diesem Fall ist der Spruchkörper nicht in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften besetzt, indem ein de lege nicht gültig gewählter Richter mitwirkt."

Im damals zu beurteilenden Fall blieb freilich der Beschwerdeführerin der Erfolg verwehrt, weil sie die Wohnsitzfrage nicht mittels Anfechtung des Urteils, sondern im Rahmen eines Ablehnungsverfahrens aufgeworfen hatte, womit sie insofern das falsche Verfahren beschritten hatte (E. 5.7).

d) Im vorliegenden Fall wird die Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter mit dem Rechtsmittel gegen den Sachentscheid geltend gemacht. Die funktionelle Zuständigkeit zur Prüfung und Entscheidung der Frage ist daher gegeben. Da nach dem Gesagten feststeht, dass Handelsrichter Weber-Krauer weder im Zeitpunkt seiner Wahl noch seiner Wiederwahl Wohnsitz im Kanton hatte, erweisen sich diese als ungültig. Damit ist zufolge Mitwirkung eines nicht gültig gewählten Richters am angefochtenen Urteil der Anspruch auf den gesetzlichen Richter nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt worden.

7. In Gutheissung der Beschwerde ist das Urteil des Handelsgerichts vom 14. Oktober 2009 aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung durch einen den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Spruchkörper an die Vorinstanz zurückzuweisen.

8.1 Die Beschwerdegegnerin hat die Abweisung der Beschwerde beantragt. Damit ist sie als im Kassationsverfahren unterliegend zu betrachten, dies ungeachtet der Tatsache, dass sie sich zum Punkt, der zur Gutheissung der Be-

schwerde führt, nicht geäußert hat und dass die Beschwerde über weite Teile erfolglos geblieben ist. Sie wird daher für das Kassationsverfahren vollumfänglich kostenpflichtig. Ferner hat sie den Beschwerdeführer für dieses Verfahren zu entschädigen.

Hinsichtlich des Streitwertes des vorliegenden Verfahrens ist von der ursprünglichen Klage (Fr. 968'028.--) auszugehen. Dazu kommt der mit der Klageänderung (von der vor Vorinstanz nicht zugelassen, was angefochten ist) geltend gemachte Betrag von Fr. 465'111.--; abzüglich teilweiser Klagerückzug in der Höhe von Fr. 454'409.-- ergibt sich ein Streitwert von Fr. 978'730.--.

8.2a) Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege (Erlass der Gerichtskosten) wird nach dem Gesagten gegenstandslos.

b) Hingegen ist das Begehren um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters im Hinblick auf § 89 Abs. 1 ZPO zu behandeln.

Angesichts des Obsiegens im Kassationsverfahren ist die Frage der Aussichten im Sinne von § 84 Abs. 1 ZPO obsolet. Hinsichtlich der vorausgesetzten Mittellosigkeit kann auf die Vorbringen und Belege des Beschwerdeführers (Beschwerde Ziff. IV., S. 25 f. sowie KG act. 3/3-4) verwiesen werde, aus denen sich die Mittellosigkeit ohne weiteres ergibt. Somit ist dem Beschwerdeführer für das Kassationsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person von RA lic.iur. _____ zu bestellen, und es ist die Beschwerdegegnerin dementsprechend zu verpflichten, die Prozessentschädigung direkt dem unentgeltlichen Rechtsvertreter zu entrichten.

Das Gericht beschliesst:

1. Dem Beschwerdeführer wird für das Kassationsverfahren ein unentgeltlicher Rechtsvertreter in der Person von RA lic.iur. _____ bestellt.

2. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Handelsgerichts vom 14. Oktober 2009 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 30'320.--.
4. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
5. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, RA lic.iur. _____, für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 14'500.-- (inkl. MWST) zu entrichten.
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. 978'730.--.

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

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Generalsekretär: