



---

Kass.-Nr. AA100043-P/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Christof Tschurr

## **Zirkulationsbeschluss vom 27. Juli 2011**

in Sachen

**X. AG,**

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt  
substituiert durch Rechtsanwältin,

gegen

**Z. AG (vormals Y. AG),**

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

sowie

**A. in Liquidation,**

Nebenintervenientin

vertreten durch Konkursamt

betreffend  
**Forderung**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Februar 2010 (HG000265/U/dz)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Beschwerdeführerin wurde von den drei Grundeigentümern und Bauherren als Generalunternehmung mit dem Neubau der B.-strasse \_\_\_ bis \_\_\_ in Zürich beauftragt. Als Generalunternehmerin schloss sie am 8./10. Februar 1995 mit der C. AG einen Werkvertrag über die Baumeisterarbeiten ab (KG act. 2 S. 8).

Die C. AG ging durch Fusion mit weiteren Bauunternehmungen in der Y. AG auf. Später wurde die Y. AG aufgespalten. Die D. AG übernahm bei dieser Aufspaltung die Aktiven und Passiven der Y. AG betreffend Bauunternehmung (Bauproduktion). Zu diesem Teil gehörten auch die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag über das Bauprojekt B.-strasse \_\_\_ bis \_\_\_ in Zürich. Die D. AG wurde am 7. Juni 2006 in Z. AG umfirmiert (KG act. 2 S. 7). Die Z. AG ist die Beschwerdegegnerin. Für die Beurteilung der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde sind die vorstehend dargestellte Firmengeschichte und die Bezeichnung der einzelnen Firmen auf der Seite der Beschwerdegegnerin nicht relevant. Als Beschwerdegegnerin werden die unternehmerische Vertragspartnerin der Beschwerdeführerin aus dem vorgenannten Werkvertrag vom 8./10. Februar 1995, die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren und die Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren bezeichnet.

2. Am 11. August 2000 reichte die Beschwerdegegnerin als Klägerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage gegen die Beschwerdeführerin als Beklagte ein. Mit dieser beantragte sie, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr (für noch nicht entschädigte Leistungen aus dem Werkvertrag vom 8./10. Februar 1995) Fr. 2'384'865.65 nebst Zins zu bezahlen (HG act. 1). Im Laufe des Prozesses änderte sie das Rechtsbegehren und verlangte schliesslich, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 2'408'470.70 zu bezahlen (KG act. 2 S. 3 mit Verweisung auf HG act. 149 S. 5). Die Beschwerdeführerin beantragte die vollumfängliche Abweisung dieser Klage und erhob eine Widerklage

mit dem Rechtsbegehren, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr (für Schäden durch die Arbeiten aufgrund des Werkvertrages vom 8./10. Februar 1995) Fr. 1'770'850.25 nebst Zins zu bezahlen (KG act. 2 S. 3 mit Verweisung auf HG act. 13 S. 2 und HG act. 145 S. 2). Die Kommanditgesellschaft A. (mittlerweile in Liquidation) trat dem Prozess als Nebenintervenientin auf der Seite der Klägerin (Beschwerdegegnerin) bei (KG act. 2 S. 7 mit Verweisung auf HG act. 9; HG Prot. S. 4).

3. Mit Urteil vom 23. Februar 2010 verpflichtete das Handelsgericht die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin Fr. 2'014'070.-- nebst Zins zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 1 Abs. 1), wies die Hauptklage im Übrigen ab, soweit darauf einzutreten sei (Dispositiv-Ziffer 1 Abs. 2), verpflichtete die Beschwerdegegnerin, der Beschwerdeführerin Fr. 275'786.90 zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 2 Abs. 1), wies die Widerklage im Übrigen ab (Dispositiv-Ziffer 2 Abs. 2), setzte die Gerichtsgebühr auf Fr. 125'000.-- fest (Dispositiv-Ziffer 3), auferlegte diese zu 16 % der Beschwerdegegnerin und zu 84 % der Beschwerdeführerin (Dispositiv-Ziffer 4) und verpflichtete diese, der Beschwerdegegnerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 85'300.-- zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 5) (KG act. 2 S. 145).

4. Gegen dieses ihr am 26.2.2010 (HG act. 168B) zugestellte Urteil reichte die Beschwerdeführerin am 29. März 2010 und damit innert Frist beim Kassationsgericht eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ein (KG act. 1). Mit dieser beantragt sie in erster Linie, die Dispositiv-Ziffern 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 sowie 3 - 5 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben. Zusätzlich beantragt sie Sachentscheide des Kassationsgerichts zur Hauptklage, zu einem Schiedsgutachten und zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen des angefochtenen Urteils (KG act. 1 S. 2 f.). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 3) wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 5 Ziff. 5). Die ihr nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 85'000.-- (KG act. 5 Ziff. 4) leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht mittels Bankgarantie (KG act. 7). Die Vorinstanz verzichtete explizit auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Mit ihrer ebenfalls rechtzeitigen (KG act. 5, 6/2, 11) Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerde-

gegnerin die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde (KG act. 11 S. 3). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 13). Die Nebenintervenientin, welcher die Beschwerde ebenfalls zugestellt wurde (KG act. 6/3), äusserte sich im Beschwerdeverfahren nicht. Weitere Eingaben der Parteien gingen im vorliegenden Verfahren nicht ein.

## II.

Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

### III.

1. Der Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde sind folgende allgemeinen Erwägungen vorzuschicken:

1.1. 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 ZH). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 [1982] Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, S. 16 ff.).

1.2. Vom Kassationsgericht zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid auf Grund des bei der Vorinstanz gegebenen Aktenstandes an einem Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 281 ZPO ZH 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. Gemäss § 290 ZPO ZH werden lediglich die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe überprüft. Diese sind nach § 288 Ziff. 3 ZPO ZH in der Beschwerde nachzuweisen; die blosser Verweisung auf frühere Vorbringen genügt daher nicht (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 4 f. zu § 288 mit Hinweisen; Spühler/Vock, a.a.O., S. 56 f., 72 f.).

1.3. Das angefochtene handelsgerichtliche Urteil unterliegt auch dem Weiterzug an das Bundesgericht mittels Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG; vgl. auch die zutreffende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung in KG act. 2 S. 146 lit. b). Im Rahmen einer solchen Beschwerde prüft das Bundesgericht eine geltend gemachte Verletzung von Bundesrecht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG). Entsprechende Rügen sind deshalb im vorliegenden kantonalen Nichtigkeitsbeschwerdeverfahren nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO ZH; vgl. ZR 107 [2008] Nr. 59).

2. Auf den Seiten 4 - 21 ihrer Nichtigkeitsbeschwerde äussert sich die Beschwerdeführerin zum Formellen des Beschwerdeverfahrens, zur Vorgeschichte und zur Prozessgeschichte vor Vorinstanz aus ihrer Sicht und fasst das angefochtene Urteil kurz zusammen, ohne dabei konkrete Nichtigkeitsgründe anzuführen. Auf diese Ausführungen ist nur einzugehen, soweit die Beschwerdeführerin im Rahmen späterer konkreter und genügend substantiierter Rügen darauf zurückgreift.

3. Vor Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin geltend gemacht, dass die Beschwerdegegnerin ihrer Substantiierungspflicht nicht nachgekommen und die Forderung schon aus diesem Grunde abzuweisen sei (KG act. 2 S. 11 Erw. 1.1.1). Die Vorinstanz erwog dazu, grundsätzlich habe der Kläger die die Klage begründenden Tatsachen zu behaupten. Es könne aber Fälle geben, in denen eine Partei gar nicht in der Lage sei, den vollständigen Sachverhalt zu ermitteln. Im gleichen Sinne könne es für eine Partei unzumutbar sein, ihre gesamte Forderung im Einzelnen konkretisieren zu müssen, wenn es der Gegen-

partei ohne Weiteres möglich sei, konkrete Behauptungen vorzubringen. Es sei nicht bundesrechtswidrig, vom Beklagten zu verlangen, dass dieser substantiiert geltend zu machen habe, was von ihm bestritten werde. Vorliegend betrage die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Bausumme nach Ausmass Fr. 1'585'492.60 und nach Regie Fr. 530'315.25. Der Leistungskatalog umfasse über 100 Seiten und die Schlussabrechnung über 200 Seiten. Im Recht lägen zudem mehrere Ausmassbücher. Die Regierechnungen füllten zusammen mit den jeweiligen Rapporten einen ganzen Ordner. In einem solch umfangreichen Prozess sei es der Klägerin nicht zuzumuten, jede einzelne Ausmassposition bzw. jede einzelne Regieleistung ohne entsprechende Bestreitung durch die Beklagte konkret und in ausführlicher Weise darzulegen, zumal die Beklagte über die entsprechende Beweislage verfüge. Die Darlegung jeder einzelnen Position gemäss Ausmass-Schlussrechnung bzw. den Regierechnungen hätte eine Klageschrift von weit über 1'000 Seiten verursacht. Ein solcher Aufwand sei einer klagenden Partei nicht zumutbar und auch der Prozessökonomie nicht zuträglich. Die Beschwerdegegnerin habe sich somit damit begnügen dürfen, ihre Werklohnforderung bzw. die in Rechnung gestellten Regieleistungen zunächst in allgemeiner Form geltend zu machen. In der Folge sei es der Beschwerdeführerin obliegen, aufgrund ihrer unbestrittenen Kenntnis des Bauumfanges sowie der einzelnen Leistungspositionen diejenigen Positionen zu bestreiten, welche ihrer Ansicht nach nicht gerechtfertigt seien. Dies habe sie auch getan. In der Folge habe die Beschwerdegegnerin zu den bestrittenen Ausmass-Positionen zulässigerweise eigene Behauptungen aufgestellt (KG act. 2 S. 11 - 13 Erw. 1.1.2).

3.1. In der Nichtigkeitsbeschwerde führt die Beschwerdeführerin aus, zwar sei die vorinstanzliche Erwägung korrekt, dass es nicht bundesrechtswidrig sei, wenn kantonale Prozessvorschriften vom Beklagten verlangten, er habe substantiiert geltend zu machen, was von ihm bestritten werde. Die Frage der Bundesrechtswidrigkeit stelle sich jedoch nur, falls die Sachvorbringen und Beweisangebote nach kantonalem Prozessrecht form- und fristgemäss erfolgt seien. Dies sei im vorliegenden Verfahren gerade nicht der Fall, da nach ständiger zürcherischer Praxis eine Partei mit einer blossen Verweisung auf Beilagen ihrer Behauptungslast nicht genüge. Dass diese kantonalrechtlichen Anforderun-

gen an die Behauptungslast bundesrechtswidrig wären, z.B. weil sie die Anwendung des materiellen Bundesrechts verunmöglichten oder übermässig erschwerten, lasse sich dem von der Vorinstanz zitierten BGE 117 II 113 nicht entnehmen (KG act. 1 S. 26 f.). Die Beschwerdeführerin habe vorprozessual in einem Prüfungsbescheid (Stellungnahme zur Schlussabrechnung; vgl. KG act. 1 S. 7 Ziff. 14) vom 23. Februar 1998 im Einzelnen dargetan, welche Ausmasspositionen sie aus welchen Gründen nicht akzeptiere. Darauf habe sie in ihrer Klageantwort hingewiesen (KG act. 2 S. 27). Entgegen der Grundannahme der Vorinstanz hätte die Beschwerdegegnerin somit im Prozess nicht unbesehen jede Ausmassposition begründen müssen, sondern nur diejenigen Positionen, die im Prüfungsbescheid zurückgewiesen worden seien. Dies habe sie auch getan, nachdem die Beschwerdeführerin subeventualiter zu all diesen Positionen noch einmal (wenn auch erstmals im Prozess) Stellung genommen habe. In den ersten zwei Rechtsschriften habe die Beschwerdegegnerin ihre angeblichen Mehraufwendungen lediglich pauschal und beispielhaft begründet. Konkret sei sie lediglich in denjenigen Fällen geworden, in denen sie schriftliche Nachtrags-offerten habe ins Recht legen und damit den Rechtsgrund für den Mehraufwand dartun können. In allen übrigen Fällen habe sie nicht den geringsten Versuch unternommen, die behaupteten, lediglich beispielhaft erwähnten Ursachen für die Mehraufwendungen konkret darzutun und sie einzelnen Leistungen gemäss Schlussabrechnung zuzuweisen. Trotz ausführlicher Substantiierungshinweise der Beschwerdeführerin in ihrer Klageantwort habe die Beschwerdegegnerin auch in der Replikschrift keine konkreten Behauptungen zur Frage aufgestellt, wer von der Beschwerdeführerin wann wo und zu welchen Bedingungen gegenüber der Beschwerdegegnerin vertragskonform zusätzliche Leistungen bestellt oder durch sein konkretes Verhalten einen Mehraufwand verursacht habe. Damit habe die Beschwerdegegnerin den formellrechtlichen Substantiierungsanforderungen an die Behauptungen in den Rechtsschriften nicht genügt (KG act. 1 S. 28 f.). Indem die Vorinstanz davon ausgegangen sei, es sei zulässig, dass die Beschwerdegegnerin für die angeblichen Bestellungenänderungen und die durch die angeblich mangelnde Bauorganisation der Beschwerdeführerin verursachten Mehraufwendungen lediglich auf die Beilagen verwiesen habe, ohne entsprechende Behaup-

tungen in ihren Rechtsschriften aufzustellen, habe sie die Verhandlungsmaxime gemäss § 54 ZPO ZH verletzt (KG act. 1 S. 29).

3.2. Diese Rüge ist im Sinne der vorstehend (Erw. 1.1) dargelegten Anforderungen ungenügend substantiiert. Um die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime im Sinne von § 54 Abs. 1 ZPO ZH prüfen zu können, hätte die Beschwerdeführerin im Einzelnen dartun müssen, welche Tatsachen zu ihrem Nachteil die Vorinstanz ihrem Urteil zugrundegelegt habe, die von der Beschwerdegegnerin nicht oder ungenügend behauptet worden seien. Das unterliess die Beschwerdeführerin zumindest bei dieser Rüge (KG act. 1 S. 26 - 31). Auf diese kann deshalb nicht eingetreten werden.

3.3. Des Weiteren kann Folgendes festgehalten werden:

a) Ob ein bundesrechtlicher Anspruch durch die von einer Partei nach kantonalem Prozessrecht form- und fristgerecht vorgebrachten tatsächlichen Vorbringen genügend substantiiert worden ist, beurteilt sich nach dem materiellen Bundeszivilrecht (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 1 zu § 113). Der kantonale Richter verletzt daher Bundesrecht, wenn er eine Klage zu Unrecht mit der Begründung abweist, sie sei ungenügend substantiiert worden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O.). Auch im umgekehrten Fall verletzt der kantonale Richter Bundesrecht, nämlich wenn er eine Klage zu Unrecht gutheisst, obwohl sie ungenügend substantiiert worden ist. In diesem Fall fehlt es nämlich an tatsächlichen Behauptungen und damit (wenn nicht eine Verletzung der Verhandlungsmaxime vorliegt; dazu gleich anschliessend) an tatsächlichen gerichtlichen Feststellungen, welche den (zugesprochenen) bundesrechtlichen Anspruch zu begründen vermöchten. Dies bedeutete eine Verletzung von Art. 8 ZGB. Ein Urteil ohne die zur Subsumption notwendigen tatsächlichen Grundlagen ist bundesrechtswidrig. Ist ein Sachverhalt in diesem Sinne lückenhaft und kann deshalb die Gesetzesanwendung nicht nachgeprüft werden, kann das Bundesgericht das angefochtene Urteil aufheben und die Sache zur ergänzenden Tatsachenfeststellung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückweisen (BGE 133 IV 293 mit Verweisungen auf Art. 105 und 107 BGG).

b) Macht die Beschwerdeführerin mithin geltend, die Vorinstanz habe die Klage gutgeheissen, obwohl (bzw. die Vorinstanz habe die Klage zu Unrecht gutgeheissen, weil) die Beschwerdeführerin ihre geltend gemachten Ansprüche ungenügend substantiiert habe, hat sie dies vor Bundesgericht vorzubringen. Im vorliegenden kantonalen Verfahren kann darauf nicht eingetreten werden (§ 285 ZPO ZH; vorstehend Erw. 1.3).

c) Eine Frage des kantonalen Rechts ist hingegen, ob die Vorinstanz zu Unrecht tatsächliche Feststellungen getroffen habe, obwohl solche von der Beschwerdeführerin gar nicht prozesskonform vorgebracht worden seien. Dies bedeutete eine Verletzung der Verhandlungsmaxime im Sinne von § 54 Abs. 1 ZPO ZH (oder ggfs. bei prozessual verspäteter Geltendmachung eine Verletzung des Novenverbots im Sinne von § 114 ZPO ZH). Eine solche Verletzung fällt nur in Betracht, wenn die Vorinstanz überhaupt tatsächliche Feststellungen getroffen hat bzw. auf Tatsachenbehauptungen einer Partei abstellte.

d) Hiess die Vorinstanz die Klage der Beschwerdegegnerin gut, ohne tatsächliche Feststellungen zu treffen, hätte die Beschwerdeführerin diesbezügliche Rügen vor Bundesgericht vorzubringen. Im vorliegenden Verfahren kann darauf nicht eingetreten werden. Auch die vorinstanzliche Erwägung, im vorliegenden Fall sei es der Beschwerdegegnerin nicht zuzumuten gewesen, jede einzelne Ausmassposition bzw. jede einzelne Regieleistung ohne entsprechende Bestreitung durch die Beschwerdeführerin konkret und in ausführlicher Weise darzulegen (KG act. 2 S. 12), ist eine solche bundesrechtlicher Natur. Verpflichtete die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Entschädigungen für Ausmasspositionen und Regieleistungen, welche die Beschwerdegegnerin nicht konkret und in ausführlicher Weise darlegte, weil die Beschwerdeführerin diesbezügliche Bestreitungen unterliess, hat die Beschwerdeführerin diesbezügliche Rügen vor Bundesgericht vorzubringen. Im vorliegenden Verfahren sind sie nicht zulässig. Möchte die Beschwerdeführerin hingegen rügen, die Vorinstanz habe in Verletzung der Verhandlungsmaxime, der Eventualmaxime oder des Novenverbots auf nicht (genügend) behauptete Tatsachen abgestellt, hat sie diese Tatsachen in

Befolgung der dargelegten Substantiierungsanforderungen im vorliegenden Verfahren genau zu bezeichnen.

e) Die vorstehenden Grundsätze sind auch bezüglich des prozessualen Zeitpunkts, bis zu welchem tatsächliche Behauptungen der Beschwerdegegnerin zur Begründung ihrer Forderungen zulässig waren, zu beachten. Erachtete die Vorinstanz konkrete, ausführliche (= substantiierte) Behauptungen der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Verfahren dann nicht für erforderlich, weil im vorliegenden umfangreichen Prozess nicht zumutbar, wenn die Beschwerdeführerin nicht ihrerseits substantiierte Bestreitungen vorbrachte, schadete es der Beschwerdegegnerin aus diesem (bundesrechtlichen) Grund nicht, wenn sie in Klagebegründung und Replik keine solchen Behauptungen vortrug. Wandte die Beschwerdeführerin erst in der Duplik oder noch später substantiierte Bestreitungen ein, welche nach der vorinstanzlichen Rechtsauffassung erst entsprechende Substantiierungsobliegenheiten der Beschwerdegegnerin auslösten, war es der Beschwerdegegnerin nach zürcherischem Prozessrecht schon in Anwendung von § 115 Ziff. 1 ZPO ZH erlaubt, darauf die bestrittenen Positionen konkret und in ausführlicher Weise darzulegen. Beachtete die Vorinstanz solche Behauptungen, verletzte sie damit nicht kantonales Recht.

f) Die Darlegung der Beschwerdeführerin, bei korrekter Anwendung von Verhandlungs- und Eventualmaxime hätte die Vorinstanz die Forderung der Beschwerdegegnerin auf Bezahlung von Fr. 1'585'492.60 mangels ausreichender Substantiierung abweisen müssen (KG act. 1 S. 30), betrifft einerseits Bundesrecht (Klageguthetung trotz [behaupteter] mangelhafter Substantiierung) und ist andererseits ungenügend substantiiert, indem die Beschwerdeführerin nicht darlegt, welche Tatsachen die Vorinstanz ihrem Urteil zu Unrecht zugrundegelegt habe (Verletzung der Verhandlungs- und Eventualmaxime). Unter beiden Aspekten kann auf die Rüge nicht eingetreten werden.

g) An der vorstehend geprüften Rechtslage ändert die Behauptung der Beschwerdeführerin nichts, sie habe (mit ihrem Prüfungsbescheid vom 23. Februar 1998 [vgl. KG act. 1 S. 27 Ziff. 74 mit Verweisung auf Ziff. 14 und 20.4]) vorprozessual im Einzelnen dargetan, welche Ausmasspositionen sie nicht

akzeptiere und aus welchen Gründen (KG act. 1 S. 27 Ziff. 74). Einerseits erübrigen vorprozessuale Standpunkte Vorbringen im Prozess selber nicht und ändern grundsätzlich nichts an den prozessualen Obliegenheiten. Andererseits ist es auch diesbezüglich eine (bundes-)rechtliche Frage der Rechtsanwendung, ob die Beschwerdegegnerin deshalb, weil die Beschwerdeführerin mit ihrem Prüfungsbescheid vorprozessual dargelegt habe, welche Positionen sie nicht akzeptiere, bzw. weil sie mit ihrem Prüfungsbescheid vorprozessual detailliert konkrete Positionen beanstandet habe, die behaupteten Grundlagen ihrer Klage (ohne bzw. unabhängig von einer prozessualen Bestreitung seitens der Beschwerdeführerin) substantiiert hätte darlegen müssen und ob die Vorinstanz die Klage der Beschwerdegegnerin zu Unrecht guthiess, obwohl diese ihre Grundlagen (nach Auffassung der Beschwerdeführerin) ungenügend substantiierte. Deshalb kann auch auf die Ausführungen dazu nicht eingetreten werden, wie die Klage zu behandeln gewesen wäre, wenn man annehmen wollte, die Beschwerdegegnerin habe ihre Substantiierungsobliegenheit lediglich in dem Umfang verletzt, in dem sie die von der Beschwerdeführerin im Prüfungsbescheid beanstandeten Positionen in ihren Rechtsschriften nicht substantiiert begründet habe (KG act. 2 S. 30 Ziff. 85 - S. 31).

4. In einer zweiten Rüge beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Gehörsanspruch verletzt, indem sie ihr mit Verfügung vom 20. Januar 2009 Frist angesetzt habe, um sich zu den neuen Beilagen in HG act. 149 und nur zu diesen zu äussern. Die Beschwerdegegnerin habe in ihrer "Hauptklage triplik" neue Behauptungen aufgestellt. (Auch) Zu diesen hätte sich die Beschwerdeführerin gemäss ihrer Rüge äussern dürfen. Dieses Recht habe ihr die Vorinstanz aber mit der Verfügung vom 20. Januar 2009 verwehrt (KG act. 1 S. 32) (Die Beschwerdeführerin bezeichnet die Eingabe der Beschwerdegegnerin an die Vorinstanz vom 16. Januar 2009 in der Beschwerde als "Hauptklage triplik". Im vorinstanzlichen Verfahren wurde diese Eingabe von der Beschwerdegegnerin [HG act. 149] wie auch von der Vorinstanz [HG Prot. S. 39] als "Widerklageduplik" bezeichnet. So wird sie auch vom Kassationsgericht bezeichnet).

4.1. Mit Verfügung vom 20. Januar 2009 stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Widerklageduplik (HG act. 149) zu, setzte der Beschwerdeführerin unter der Säumnisandrohung der Annahme des Verzichts auf Stellungnahme Frist an, um sich zu den neuen Beilagen in HG act. 149 "und *nur zu diesen*" zu äussern, und erwähnte, dass neues Vorbringen vorbehalten § 115 ZPO ZH nicht mehr zulässig sei (HG Prot. S. 39).

4.2. Die Beschwerdegegnerin wendet zu dieser Rüge ein, diese hänge vollumfänglich von der unzutreffenden Prämisse der Beschwerdeführerin ab, die Klage sei nicht hinreichend substantiiert gewesen. Da dies aber nicht zutrefte, sei es auch nicht richtig, wenn die Beschwerdeführerin annehme, sie hätte einen Anspruch auf eine Stellungnahme gehabt, die sie bereits in ihrer Duplik (HG act. 145) hätte vortragen können und sollen. Eine Gehörsverletzung sei daher nicht ersichtlich, weil es die Beschwerdeführerin ihrem eigenen taktierenden Prozessverhalten zuzuschreiben habe, dass sie es versäumt habe, sich schon in der Klageantwort Gehör zu verschaffen. Im Übrigen seien die von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde in diesem Zusammenhang vorgetragene Behauptungen gänzlich unbewiesen, vermöchten also gerade nicht aufzuzeigen, dass sie den Ausführungen der Beschwerdegegnerin in HG act. 149 Stichhaltiges entgegenzuhalten gehabt hätte (HG act. 11 S. 12 f.).

4.3. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst das Recht, von jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob diese neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag (BGE 133 I 100). Wird dem Beschwerdeführer keine Möglichkeit eingeräumt, zu den Bemerkungen des Beschwerdegegners Stellung zu nehmen, ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch das Prinzip der Waffen-gleichheit verletzt, das Bestandteil des Rechts auf ein faires Gerichtsverfahren ist (BGE 133 I 100, 103 Erw. 4.3).

4.4. Zwar muss eine Partei, welche eine Stellungnahme zu einer ihr zur Kenntnisnahme zugestellten Eingabe der Gegenpartei für erforderlich hält, diese grundsätzlich unverzüglich einreichen oder beantragen; andernfalls ist davon

auszugehen, dass sie auf eine Stellungnahme verzichtet (BGE 133 I 100, 105 Erw. 4.8 mit Verweisung auf BGE 132 I 42 und 133 I 98). Die Widerklageduplik der Beschwerdegegnerin vom 16. Januar 2009 (HG act. 149) wurde der Beschwerdeführerin am 22. Januar 2009 zugestellt (HG act. 151). Sie äusserte sich dazu nicht, bis zu einem Fristerstreckungsgesuch vom 16. Februar 2009 (HG act. 156/1) und einer Eingabe vom 9. März 2009 (HG act. 157). Dies waren keine unverzüglichen Stellungnahmen bzw. Anträge im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Gleichwohl kann im vorliegenden Fall nicht von einem Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine Stellungnahme zur Widerklageduplik ausgegangen werden. Mit der vorinstanzlichen Verfügung vom 20. Januar 2009 wurde der Beschwerdeführerin nicht einfach die Widerklageduplik zugestellt, sondern es wurde ihr gleichzeitig Frist angesetzt, um sich zu den neuen Beilagen zu dieser Widerklageduplik "und *nur zu diesen*" zu äussern (HG Prot. S. 39). Die Beschwerdeführerin verstand dies so, dass ihr damit nicht gestattet wurde, sich zur Widerklageduplik (sondern nur zu den neuen Beilagen dazu) zu äussern (HG act. 157 S. 2). Offenbar verstand auch die Vorinstanz die Präsidialverfügung vom 20. Januar 2009 in der gleichen Weise. Sonst hätte sie den in der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9.3.2009 zum Ausdruck gebrachten diesbezüglichen Irrtum der Beschwerdeführerin korrigieren und ihr erklären müssen, dass sie entgegen ihrem Verständnis nach Zustellung der Widerklageduplik Gelegenheit (gehabt) habe, (auch) zu dieser Stellung zu nehmen. Das hat die Vorinstanz aber nicht gemacht. Im Gegenteil hat sie auf die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 9.3.2009, mit welcher die Beschwerdeführerin dieses ihr Verständnis der Präsidialverfügung zum Ausdruck brachte, sich darüber beklagte und explizit erklärte, eigentlich zur Widerklageduplik Stellung nehmen zu wollen, das Hauptverfahren mit Verfügung vom 19. März 2009 als geschlossen erklärt (HG Prot. S. 41). Auch die Beschwerdegegnerin verstand die vorinstanzliche Präsidialverfügung vom 20. Januar 2009 in der gleichen Weise, wenn sie in der Beschwerdeantwort erklärt, die Vorinstanz habe es der Beschwerdeführerin mit dieser Verfügung zu Recht verwehrt, sich zu mehr als zu den Beilagen in der Widerklageduplik zu äussern (KG act. 11 S. 8 Ziff. 22). Es handelt sich um einen analogen

Fall wie derjenige, den das Bundesgericht im Urteil vom 11. Januar 2007 (BGE 133 I 100) prüfte, bei welchem den Beschwerdeführern eine Beschwerdeantwort mit dem Vermerk zugestellt worden war, es sei kein 2. Schriftenwechsel angeordnet worden, womit die Beschwerdeführer davon ausgehen mussten, dass eine ungebetene Stellungnahme ihrerseits unerwünscht sei, und woraus das Bundesgericht schloss, dass kein Verzicht auf das Recht zur Stellungnahme angenommen werden konnte (BGE 133 I 100, 105 Erw. 4.8).

4.5. Der Beschwerdeführerin stand grundsätzlich das Recht zu, sich zur Widerklageduplik der Beschwerdegegnerin äussern zu können (BGE 133 I 100). Mit der Präsidialverfügung vom 20. Januar 2009 (zusammen mit derjenigen vom 19. März 2009) verwehrte ihr die Vorinstanz dieses Recht. Indem sie der Beschwerdeführerin keine Möglichkeit gab, sich zur Widerklageduplik HG act. 149 zu äussern, verletzte sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin, das Prinzip der Waffengleichheit und damit das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren. Das angefochtene Urteil muss deshalb aufgehoben werden.

4.6. Am Recht auf Stellungnahme zur Widerklageduplik und an der Verletzung des Gehörsanspruchs durch die Verwehrung dieses Rechts ändert nichts, ob sich die Beschwerdeführerin vor der Widerklageduplik hätte äussern können (KG act. 11 S. 8 Ziff. 22, S. 13 Ziff. 43) und ob ihre allfälligen Äusserungen unbewiesen (KG act. 11 S. 13 Ziff. 49) oder widerlegt (KG act. 1 S. 13 f. Ziff. 47 - 49) oder unerheblich (KG act. 1 S. 14 Ziff. 14) sind. Überdies änderte die Beschwerdegegnerin in der Widerklageduplik ihr Rechtsbegehren (HG act. 149 S. 5), führte die Vorinstanz in ihrem Urteil dieses abgeänderte Rechtsbegehren als solches und als Erhöhung der Klagesumme auf (KG act. 2 S. 3, S. 9 unten, S. 10 Erw. III.1, S. 12; allerdings erklärte sie die Klageänderung als unzulässig [KG act. 2 S. 99 f.]), erklärte, die Beschwerdegegnerin habe in dieser Eingabe zu bestrittenen Ausmass-Positionen zulässigerweise eigene Behauptungen aufgestellt (KG act. 2 S. 13 oben), stellte verschiedentlich darauf ab (KG act. 2 S. 22 f. S. 23, S. 24 etc.) und berechnete die zugesprochene Werklohnforderung auch ausgehend von den in der Widerklageduplik genannten Summen (vgl. OG act. 149 S. 112 mit KG act. 2 S. 27 "Fazit", S. 36 "Fazit", S. 36 Erw. 1.3.2.3 i.V.

mit S. 40 "Fazit", S. 40 Erw. 1.3.2.4 i.V. mit S. 50 "Fazit", S. 50 Erw. 1.3.2.5 i.V. mit S. 63 "Fazit", S. 63 Erw. 1.3.2.6, S. 66). Es ist eine prozessuale Selbstverständlichkeit, dass der Beschwerdeführerin hätte Gelegenheit zur Stellungnahme dazu gegeben werden müssen und dass ihr Gehörsanspruch verletzt wurde, indem ihr eine solche Gelegenheit verwehrt wurde.

5. In einer dritten Rüge macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe sich für ihre Schlüsse ausschliesslich auf vorläufig eingereichte Beweismittel gestützt, insbesondere auf eingereichte Ausmassprotokolle (KG act. 1 S. 36 Ziff. 100). Das sei nicht zulässig (KG act. 1 S. 37 Ziff. 102).

5.1. Diese Rüge ist ungenügend substantiiert (zu den Substantiierungsanforderungen im Beschwerdeverfahren vgl. vorstehend Erw. 1.1). Zur genügenden Substantiierung hätte die Beschwerdeführerin vorab dartun müssen, welche konkreten tatsächlichen Feststellungen über welche erheblichen streitigen Tatsachen (denn nur über solche ist Beweis zu erheben; § 133 ZPO ZH) die Vorinstanz denn getroffen habe. Das hat die Beschwerdeführerin nicht getan. Der Hinweis auf die Seiten 21 - 66 des angefochtenen Urteils genügt dazu nicht. Auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden, soweit sie in dieser Unbestimmtheit bleibt.

5.2. Konkreter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz sei zum Schluss gekommen, diverse Zeichen wie Strich oder Haken auf Ausmassprotokollen seien als Unterschrift und damit als Anerkennung des Ausmasses zu werten (KG act. 1 S. 36 Ziff. 100 mit Verweisung auf KG act. 2 S. 19 f.).

a) An der von der Beschwerdeführerin zitierten Stelle erwog die Vorinstanz, es sei unbestritten, dass nicht sämtliche Ausmassblätter von der Bauleitung unterschrieben bzw. mit einem Zeichen versehen worden seien. Dies betreffe indes nur einen kleinen Teil der bestrittenen Ausmasse. In sämtlichen Ausmassbüchern fänden sich Unterschriften und Zeichen der Bauleitung. Die Ausmassbücher seien somit der Bauleitung zur Kontrolle zur Verfügung gestanden und seien von ihr auch eingesehen und geprüft worden. Die in den Ausmassbüchern festgehaltenen Leistungen gälten somit im heutigen Zeitpunkt als anerkannt, selbst wenn

nicht jede Seite mit einer Unterschrift bzw. Zeichen versehen sei. Eine gegenteilige Behauptung der Beschwerdeführerin wäre im Lichte des äusserst umfangreichen Bauprojekts sowie des langen Zeitablaufs seit der Bauausführung unter dem Aspekt der rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung zu würdigen, da der beweisbelasteten Partei unter diesen Umständen die Beweisführung gar nicht mehr möglich wäre. Die Beschwerdeführerin habe aber zu Recht gar nicht behauptet, dass die Ausmassblätter von der Bauleitung nicht anerkannt worden seien, sondern sie habe lediglich geltend gemacht, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht auf die Ausmassbücher berufen könne. Eine solche pauschale Einwendung sei jedoch nicht zu hören. Zu einer rechtsgenügend substantiierten Bestreitung hätte die Beschwerdeführerin nämlich - so die Vorinstanz weiter - konkret ausführen müssen, dass tatsächlich einzelne, hinreichend genau beschriebene Leistungen in genau bezeichneten Ausmassblättern von der Bauleitung nicht anerkannt worden seien bzw. dass die Bauleitung bezüglich genau bestimmter Ausmasse konkrete Vorbehalte angebracht habe und deshalb keine Unterschrift bzw. Visierung erfolgt sei. Solches habe die Beschwerdeführerin indes nicht geltend gemacht (KG act. 2 S. 19 f.).

b) Mit diesen Erwägungen traf die Vorinstanz keine tatsächlichen Feststellungen über streitige tatsächliche Behauptungen. Vielmehr erklärte sie, die in den Ausmassbüchern festgehaltenen Leistungen "gelten" als anerkannt, weil die Ausmassbücher der Bauleitung zur Kontrolle zur Verfügung gestanden und von ihr auch eingesehen und geprüft worden seien und eine gegenteilige Behauptung der Beschwerdeführerin rechtsmissbräuchlich wäre. Dies ist wiederum eine rechtliche Würdigung der Vorinstanz, eine Anwendung von Bundesrecht (die Vorinstanz nahm diese Erwägungen denn auch explizit unter dem Titel "1.3.1.2 Rechtliches" vor; KG act. 2 S. 18). Auf dagegen gerichtete Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. Das betrifft auch die Rüge der Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, indem die Vorinstanz auf eine behauptete, aber bestrittene Tatsache abgestellt habe (KG act. 1 S. 37 Ziff. 103). Auch diese ungenügend substantiierte Rüge (insbesondere zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, wo sie bestritten habe, dass die Unterschriften auf den Aus-

massblättern die Regieleistungen bestätigt hätten) bezieht sich auf die vorinstanzliche Rechtsanwendung auf S. 19 f. des angefochtenen Urteils.

6. In einer vierten Rüge bezieht sich die Beschwerdeführerin auf die vorinstanzlichen Erwägungen zur Frage der Vertretungsbefugnis der Bauleitung auf S. 19 des angefochtenen Urteils (KG act. 1 S. 37 Ziff. 105). Auch mit diesen Erwägungen wandte die Vorinstanz Bundesrecht an. Deshalb sind auch dagegen gerichtete Rügen im vorliegenden Verfahren nicht zulässig und ist nicht darauf einzutreten. Es kann auf die vorstehende Erwägung verwiesen werden.

6.1. In diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin weiter eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht. Sie habe vor Vorinstanz dargetan, dass sie gegenüber der Beschwerdegegnerin jede Erweiterung der Vertretungsvollmacht der Bauleitung abgelehnt habe. Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz diese Ausführungen nicht zur Kenntnis genommen habe, lasse sich der Schluss ziehen, dass sie sie nicht für ausreichend substantiiert gehalten habe. In diesem Fall hätte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin darauf hinweisen müssen, dass sie substantiiert darzutun habe, wer wann gegenüber wem eine solche Ausdehnung der Vertretungsvollmacht abgelehnt habe (KG act. 1 S. 38 Ziff. 106).

6.2. Dazu, wo sie vor Vorinstanz dargetan habe, jede Erweiterung der Vertretungsvollmacht der Bauleitung abgelehnt zu haben, verwies die Beschwerdeführerin auf die Ziff. 20.5 ihrer Beschwerde (KG act. 1 S. 38 Ziff. 106). In dieser Ziffer befasste sie sich mit Forderungen aus Regie. Die Vorinstanz unterteilte ihre Erwägungen (u.a.) in solche zum Ausmass (Erw. III.1.3 S. 17 - 72) und in solche zu Regiearbeiten (Erw. III.1.4 S. 72 - 99) (vgl. auch das vorinstanzliche Inhaltsverzeichnis KG act. 2 S. 4). In ihren Erwägungen zu den Regiearbeiten ging die Vorinstanz durchaus davon aus, dass die Beschwerdeführerin bestritten hatte, dass die Bauleitung ermächtigt gewesen sei, der Beschwerdegegnerin in ihrem Namen irgendwelche Aufträge zu erteilen (KG act. 2 S. 73). Die Vorinstanz nahm die Ausführung der Beschwerdeführerin zur Kenntnis und ging nicht davon aus, dass sie ungenügend substantiiert sei, sondern dass sie fehl gehe (KG act. 2 S. 74). Die Rüge geht am angefochtenen Urteil vorbei und damit fehl.

7. In einer fünften Rüge macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs geltend, indem die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht mit Bezug auf die Bestreitungslast der Beschwerdeführerin nicht ausgeübt habe. Die Vorinstanz sei ohne Ankündigung von der Praxis abgewichen, dass eine Klägerin im Zusammenhang mit Abrechnungsprozessen ihre Behauptungen vollständig in den Rechtsschriften aufzustellen habe. Die Vorinstanz wäre gehalten gewesen, die Beschwerdeführerin an der Referentenaudienz darauf hinzuweisen, dass sie die geltend gemachten Leistungen gemäss Ausmassbüchern substantiiert zu bestreiten habe (KG act. 1 S. 38).

Die Vorinstanz erwog, es sei der Beschwerdeführerin obliegen, aufgrund ihrer unbestrittenen Kenntnis des Bauumfanges sowie der einzelnen Leistungspositionen diejenigen Positionen zu bestreiten, welche ihrer Ansicht nach nicht gerechtfertigt seien. Dies habe die Beschwerdeführerin auch getan (KG act. 2 S. 12 f. mit Verweisung auf HG act. 145 S. 16 ff. und act. 146/2). Hat die Beschwerdeführerin gemäss dieser vorinstanzlichen Feststellung das getan, wozu sie in Ausübung der geltend gemachten Fragepflicht hätte aufgefordert werden sollen, bestand kein Anlass mehr für die Ausübung dieser Fragepflicht. Die Rüge geht fehl.

8. Auch im Zusammenhang mit den von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Leistungen in Regie rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Verhandlungsmaxime. Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, die Beststellungsänderungen, insbesondere die Regieaufträge, die zu den in den Rapporten aufgeführten Leistungen geführt hätten, seien durch die Beschwerdegegnerin ausreichend dargetan worden. Damit habe die Vorinstanz auf Behauptungen abgestellt, die verfahrensrechtlich nicht korrekt in den Prozess eingeführt worden seien (KG act. 1 S. 40 "Erste Rüge").

8.1. Die Vorinstanz erwog, in einem solch umfangreichem Prozess wie dem vorliegenden sei es der Klägerin nicht zuzumuten, jede einzelne Regieleistung ohne entsprechende Bestreitung durch die Beklagte konkret und in ausführlicher Weise darzulegen, zumal die Beschwerdeführerin über die entsprechende Beweisnähe verfüge. Die Beschwerdegegnerin habe sich damit begnügen dürfen,

die in Rechnung gestellten Regieleistungen zunächst in allgemeiner Form geltend zu machen. In der Folge sei es der Beschwerdeführerin oblegen, aufgrund ihrer unbestrittenen Kenntnis des Bauumfanges sowie der einzelnen Leistungspositionen diejenigen Positionen zu bestreiten, welche ihrer Ansicht nach nicht gerechtfertigt seien (KG act. 2 S. 12). Im vorliegenden Bauprozess bestehe zudem die Besonderheit, dass die Beschwerdeführerin erst über ein Jahrzehnt nach Rechnungsstellung konkrete Einwendungen gegen die Regierapporte erhebe. Im heutigen Zeitpunkt sei der Nachweis der Tatsache der Anordnung von Regiearbeit sowie die Ermittlung der geleisteten Regiestunden und des verwendeten Materials nicht mehr möglich. Aus diesem Grunde sehe Art. 47 SIA-Norm 118 denn auch vor, dass die Regierapporte von der Bauleitung zu prüfen und zu unterzeichnen seien, gerade um solche Beweisprobleme des Unternehmers zu verhindern. Substantiierungsobliegenheiten in einer Ausführlichkeit, wie sie die Beschwerdeführerin fordere, seien an den Unternehmer nicht zu stellen. Gerade wegen der Beweisproblematik begründe nämlich der unterzeichnete Regierapport, welcher keine angemerkte Differenzen von Seiten der Bauleitung enthalte, die Vermutung der Richtigkeit. Nur konkrete und substantiierte Einwendungen gegen solche Rapporte vermöchten ein Beweisverfahren des Gegenteils auszulösen (KG act. 2 S. 74 f.).

8.2. Damit begründete die Vorinstanz, dass und weshalb die Beschwerdegegnerin die Forderung für die geltend gemachten Leistungen in Regie ausreichend dargetan habe. Dabei handelt es sich um Anwendung von Bundesrecht. Auf dagegen gerichtete Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden (vgl. vorstehend Erw. 3.3 und 1.3). Die Rüge, die Vorinstanz habe auf Tatsachen abgestellt, die nicht behauptet worden seien, ist ungenügend substantiiert (vgl. auch vorstehend Erw. 3.2 und 3.3.c - 3.3.e).

9. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe geltend gemacht, die Bauleitung sei nicht bevollmächtigt gewesen, der Beschwerdegegnerin irgendwelche Aufträge zu erteilen (KG act. 2 S. 73). Regiearbeit könne - so die Vorinstanz in ihrer rechtlichen Würdigung - im Werkvertrag vorgesehen sein oder durch die Bauleitung angeordnet werden. Wenn Arbeiten in Regie ausgeführt

würden, so habe der Unternehmer einen Regierapport zu erstellen. Die Bauleitung überprüfe jeden Rapport unverzüglich und gebe ihn innert 7 Tagen unterzeichnet zurück. Differenzen seien von der Bauleitung auf den Rapporten zu vermerken und innert Monatsfrist zu bereinigen. Indem die Bauleitung den Rapport des Unternehmers unterzeichne, handle sie als Vertreterin des Bauherrn. Die SIA-Norm 118 enthalte eine Kundgabe der Vollmacht, wonach die Bauleitung befugt sei, den Rapport im Namen des Bauherrn zu unterzeichnen (KG act. 2 S. 73 mit Verweisung auf die SIA-Norm 118). Aus dem Gesagten ergebe sich, dass die Bauleitung der Beschwerdeführerin zur Vergabe von Regieaufträgen namens der Bauherrschaft und zur Unterzeichnung der entsprechenden Regierapporte berechtigt und hierzu gegenüber dem Unternehmer auch befugt gewesen sei. Das Beiblatt zum Werkvertrag halte denn auch ausdrücklich fest, dass Regiearbeiten vergütet würden, wenn sie von der *Bauleitung* bestellt worden seien. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass die Bauleitung nicht bevollmächtigt gewesen sei, der Beschwerdegegnerin in ihrem Namen irgendwelche Aufträge zu erteilen, gehe somit fehl (KG act. 2 S. 74).

9.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz sei zu diesem Schluss unbekümmert um die tatsächlichen Ausführungen der Beschwerdeführerin zu diesem Thema gekommen. Auch dazu hätte die Vorinstanz ihr mittels Beweisauflagebeschlusses die Möglichkeit geben müssen, ihre Beweismittel abschliessend zu nennen. Indem sie dies unterlassen habe, habe sie ihren Gehörsanspruch verletzt (KG act. 1 S. 41 Ziff. 119).

9.2. Für ihre tatsächlichen Ausführungen verweist die Beschwerdeführerin auf Ziff. 20.5 der Beschwerde. An dieser Stelle verweist sie bezüglich der Frage der Vertretungsbefugnis der Bauleitung einzig darauf, sie habe vor Vorinstanz die Forderungen aus Regie mit der Begründung bestritten, die Bauleitung sei gemäss Werkvertrag nicht ermächtigt gewesen, in Abänderung des Werkvertrages mündliche Regieaufträge zu erteilen. Dies sei anlässlich eines Baurundganges vom 30. Mai 1996 gegenüber der Beschwerdegegnerin noch einmal festgehalten und von der Beschwerdegegnerin auch so verstanden worden, wie die Abwicklung tatsächlich erteilter Regieaufträge zeige (KG act. 1 S. 10 Ziff. 20.5).

9.3. Die Vorinstanz gelangte ausschliesslich aufgrund einer Rechts- und Vertragsauslegung, mithin in Anwendung von Bundesrecht, zur Würdigung, dass die Bauleitung der Beschwerdeführerin zur Vergabe von Regieaufträgen namens der Beschwerdeführerin berechtigt gewesen sei. Dagegen gerichtete Rügen sind deshalb im vorliegenden Verfahren nicht zulässig (vgl. vorstehend Erw. 1.3). Dies gilt auch für die allfällige Rüge, die Vorinstanz hätte die Vertretungsbefugnis der Bauleitung nicht allein aufgrund der vertraglichen Grundlagen (Werkvertrag, Beiblatt, SIA-Norm 118) feststellen dürfen, sondern die Behauptung der Beschwerdeführerin prüfen müssen, die Parteien hätten tatsächlich ein anderes Verständnis gehabt (nämlich dass Regiearbeiten nur ausgeführt werden dürften, wenn sie vorgängig offeriert und von der Beschwerdeführerin selber bewilligt worden seien und somit die blosser Zustimmung der Bauleitung nicht genüge [HG act. 13 S. 41 Zu Ziff. 58 i.V. mit KG act. 2 S. 10 Ziff. 20.5]). Und dies gilt auch für die Rüge, die Vorinstanz habe auf die bestrittene Tatsache abgestellt, die Unterschriften der Bauleitung hätten die Regieleistungen (statt bloss die Leistungen gemäss Tagesrapport) bestätigt (KG act. 1 S. 41 Ziff. 120 und S. 41 f. "Dritte Rüge").

10. Zur vorinstanzlichen Erwägung, die Beschwerdeführerin erhebe erst über ein Jahrzehnt nach Rechnungsstellung konkrete Einwendungen gegen die Regierapporte (KG act. 2 S. 74 unten), macht die Beschwerdeführerin geltend, soweit die Vorinstanz damit befunden haben sollte, die mit der Klageantwort vorgebrachten Ausführungen der Beschwerdeführerin betreffend Zurückweisung der Regierechnungen seien nicht ausreichend substantiiert, hätte sie (die Vorinstanz) der Beschwerdeführerin anlässlich der Referentenaudienz in Ausübung der richterlichen Fragepflicht entsprechende Substantiierungshinweise geben müssen. Indem sie das unterlassen habe, habe sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt (KG act. 1 S. 42 Ziff. 129).

Die richterliche Fragepflicht schreibt vor, einer Partei Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben, wenn ihr Vorbringen unklar, unvollständig oder unbestimmt bleibt (§ 55 ZPO ZH). Bereits aus diesem Wortlaut ("*Bleibt* das Vorbringen einer Partei unklar ... ") ergibt sich, dass das Gericht grundsätzlich nicht verpflichtet war, diese Fragepflicht an einer Referentenaudienz nach Klage-

begründung und -antwort, noch vor Replik und Duplik auszuüben. Es war zulässig, damit bis zur Erstattung aller Parteivorträge zuzuwarten mit der Möglichkeit, dass die Parteien eventuelle Mängel im Sinne von § 55 ZPO ZH selbständig ohne Ausübung einer Fragepflicht beheben. Gemäss vorinstanzlicher Feststellung hat die Beschwerdeführerin das auch getan, indem sie in der Duplik HG act. 145 solche konkreten Einwendungen vortrug (KG act. 2 S. 13 oben, S. 74, S. 75 ff.). Damit war insoweit keine richterliche Fragepflicht mehr nötig. Die Rüge geht fehl.

11. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe vor Vorinstanz dargetan, dass sie die Regierechnungen der Beschwerdegegnerin von Anfang an als unberechtigt zurückgewiesen habe (KG act. 1 S. 42 Ziff. 127). Zum Beleg für diese Behauptung verwies die Beschwerdeführerin auf Ziff. 20.5 der Beschwerde. An dieser Stelle verwies sie diesbezüglich auf HG act. 13 S. 49 zu Ziff. 76. Hier hatte sie behauptet, alle sogenannten Regierapporte der Beschwerdegegnerin seien nicht vertragskonform erstellt worden. Die Beschwerdegegnerin habe vielmehr eine Art Baustellenrapport geführt, wo sie alle ausgeführten Arbeiten notiert habe. In unregelmässigen Zeitabständen habe sie aus diesem Rapportbuch einen Auszug gemacht und davon eine Regierechnung erstellt. Alle diese "Regierechnungen" seien von der Beschwerdeführerin nie bezahlt, sondern von allem Anfang an konsequent zurückgewiesen worden (HG act. 13 S. 49 Zu Ziff. 76).

11.1. Diese Ausführungen beinhalteten zwar die Behauptung, dass die Beschwerdeführerin alle Regierechnungen konsequent zurückgewiesen habe, nicht aber konkrete Einwendungen gegen die Regierapporte. Die Rüge der Aktenwidrigkeit (KG act. 2 S. 43 Ziff. 131) geht fehl.

11.2. In diesem Zusammenhang macht die Beschwerdeführerin weiter geltend, die Beschwerdegegnerin habe ihre zitierte Darstellung - dass sie die Regierechnungen von allem Anfang an konsequent zurückgewiesen habe - im vorinstanzlichen Verfahren nicht bestritten. Die Vorinstanz hätte deshalb in Anwendung der Verhandlungsmaxime davon ausgehen müssen (und, sinngemäss, die Verhandlungsmaxime verletzt, indem sie nicht davon ausgegangen sei) (KG act. 1 S. 43 Ziff. 132).

11.3. Die Vorinstanz prüfte die Einwendungen der Beschwerdeführerin, dass die Bauleitung nicht zur Vertretung der Beschwerdeführerin legitimiert gewesen sei, und gelangte zum Ergebnis, dass die Bauleitung dazu legitimiert war (KG act. 2 S. 74). Ferner erwog sie, ein beidseitig unterzeichneter Regierapport begründe eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sein Inhalt der Wahrheit entspreche und der ausgewiesene Aufwand nötig gewesen sei (KG act. 2 S. 73). Differenzen bzw. Einwendungen der Bauleitung gegen den Regierapport seien konkret zu bezeichnen (KG act. 2 S. 74). Nur konkrete und substantiierte Einwendungen gegen solche Rapporte vermöchten ein Beweisverfahren des Gegenteils auszulösen (KG act. 2 S. 75). In der Folge prüfte die Vorinstanz einzelne Regierechnungen aufgrund der Einwendungen der Beschwerdeführerin (KG act. 2 S. 75 ff.).

Daraus zeigt sich, dass für die Vorinstanz (nach der Unterzeichnung der Regierapporte durch die Bauleitung) offenkundig irrelevant war, ob die Beschwerdeführerin ihrerseits in der Folge die Regierechnungen zurückgewiesen hatte. Die Frage der Relevanz ist eine solche des Bundesrechts. Darauf kann nicht eingetreten werden, sondern es ist für das vorliegende Verfahren von der vorinstanzlichen Annahme der Irrelevanz auszugehen. War diese Behauptung irrelevant, hatte die Vorinstanz nicht abzuklären, ob sie bestritten war oder nicht, und sie tat das auch nicht. Insbesondere stellte sie nicht fest, dass diese Behauptung nicht zutrifft. Die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime geht fehl.

12. Mit ihrer Klageantwort hatte die Beschwerdeführerin eine Widerklage eingereicht (HG act. 13). Unter anderem machte sie verschiedene Mängel der Arbeiten der Beschwerdegegnerin geltend, insbesondere betreffend Wasserdichtigkeit (HG act. 13 S. 11 ff.). An der vorinstanzlichen Referentenaudienz vom 8. November 2001 erklärten die Parteien ihre Absicht, die Tatfragen im Zusammenhang mit der Wasserdichtigkeit in einem Schiedsgutachten im Sinne von § 258 ZPO ZH zu klären. Sie wurden seitens des Gerichts aufgefordert, Vorschläge für Gutachterfragen und Experten einzureichen (HG Prot. S. 16). Die Beschwerdegegnerin schlug als Gutachter Prof. E., F. und G. vor (HG act. 36), die Beschwerdeführerin H. und I. (HG act. 41). Nachdem die Beschwerdeführerin

zwei der von der Beschwerdegegnerin vorgeschlagenen drei Experten abgelehnt und die fachliche Eignung des dritten in Zweifel gezogen und die Beschwerdegegnerin gegen die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Experten keine Einwendungen geäussert hatte (vgl. HG act. 51 S. 4 oben), fragte die Vorinstanz I. an, ob er sich als Schiedsgutachter zur Verfügung stelle. Dieser bejahte unter dem Vorbehalt, dass die Beschwerdeführerin keine Einwendungen dagegen habe, dass er geschäftlich schon mit der Beschwerdegegnerin zusammengearbeitet habe. Die Vorinstanz orientierte den Vertreter der Beschwerdeführerin über die geschäftlichen Verbindungen von I.. Der Vertreter der Beschwerdeführerin erklärte, dass ihn RA K. bereits darüber orientiert habe. Er werde die Beschwerdeführerin sowie die Streitberufene orientieren (HG Prot. S. 19). Am 11. November 2002 teilte der Vertreter der Beschwerdeführerin mit, dass diese mit der Person des Schiedsgutachters (I.) einverstanden sei (HG Prot. S. 20).

Am 31. (bzw. 30.; HG act. 116) März 2007 erstattete I. das Schiedsgutachten (Teil A, HG act. 117 A, und Teil B, HG act. 117 B).

12.1. In der Beschwerde macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe erst aufgrund aktueller Zeitungsberichte zum (Bauwerk L.) erfahren, dass der Schiedsgutachter nicht nur in der Zeit vor der Erteilung des Gutachterauftrages (wovon sie aufgrund der vorinstanzlichen Mitteilung ausgegangen sei), sondern während der ganzen Dauer des Schiedsgutachtens mit der Beschwerdegegnerin zusammengearbeitet habe. Über diese äusserst enge vertragliche, zumindest aber tatsächliche Beziehung zwischen dem Schiedsgutachter und der Beschwerdegegnerin sei die Beschwerdeführerin nicht in Kenntnis gesetzt worden (KG act. 1 S. 44). Der Schiedsgutachter wecke damit Misstrauen in seine Unparteilichkeit. Sein Gutachten leide deshalb an einem schweren Verfahrensmangel und sei unverbindlich (KG act. 1 S. 45).

12.2. Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die Beschwerdeführerin kenne die Tatsache der Involvierung der M. AG einerseits und der O. AG (welche Generalunternehmerin des Baus des [Bauwerks L.] gewesen sei) spätestens seit dem Jahr 2005. Sie stütze den Befangenheitsvorwurf auf verschiedene Medienberichte von Anfang 2010. Bereits am 13.5.2005 sei im Tages-Anzeiger berichtet

worden, dass zum Planerteam der P. (als Bauherrin des [Bauwerks L.]) die M. AG gehört habe. In der NZZ vom 13.8.2005 sei berichtet worden, dass die P. den Zuschlag an die D. AG (die spätere Z. AG) erteilt habe (KG act. 11 S. 24). Die Beschwerdeführerin habe ab dem 16. November 2005 alles gewusst, was sie heute zur Untermauerung des Befangenheitsvorwurfs vortrage. Im Tages-Anzeiger vom 31.8.2007 sei zudem berichtet worden, dass die Z. AG als Generalunternehmerin des (Bauwerks L.) aufgetreten war und dass die M. AG bzw. I. zu den Planern gehört hatten (KG act. 11 S. 25). Trotzdem habe sie diesen behaupteten Befangenheitsgrund erst nach dem vorinstanzlichen Urteil vortragen. Ihr Vorbringen sei deshalb verwirkt (KG act. 11 S. 26).

12.3. Für Schiedsgutachter gelten die Ausschluss- und Ablehnungsgründe der §§ 95 ff. GVG sowie sinngemäss die für Schiedsrichter geltenden Grundsätze. Eine Ablehnung ist sofort nach Kenntnis des Grundes ausdrücklich zu verlangen, andernfalls ist Verzicht auf Ablehnung anzunehmen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6.a zu § 258) und das Ablehnungsrecht verwirkt (vgl. auch Frank/Sträuli/Messer, a.a.O., N 52 vor § 238 bezüglich der Regelung nach dem Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit [KSG; aufgehoben per 1.1.2011] und dem IPRG; Art. 20 KSG; statt vieler: Kass.-Nr. AA090022 vom 5.7.2010 Erw. II.4.4.a mit Verweisung auf ZR 103 Nr. 31 Erw. 3.2 mit weiteren Hinweisen, ZR 101 Nr. 13 Erw. III.8.b, ZR 89 Nr. 94 Erw. IV; RB 2001 Nr. 51, Kass.-Nr. AA060072 vom 8.9.2006 Erw. II.3.1 mit weiteren Hinweisen; BGE 124 I 123; 128 V 85; 130 III 75; 132 V 112 Erw. 7.4.2; Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 4 zu § 98, N 2 zu § 99 und N 11 vor §§ 95 ff.).

12.4. Die Beschwerdeführerin äusserte sich nicht zu den Behauptungen der Beschwerdegegnerin, dass sie bereits im Jahre 2005 alles gewusst habe, was sie heute als Ablehnungsgrund geltend mache. Aus den Beilagen der Beschwerdegegnerin zeigt sich, dass im Tages-Anzeiger bereits im Jahre 2005 publiziert wurde, dass M. am (Bauwerk L.) mitwirkten (KG act. 12/7), dass in der NZZ im Jahre 2005 publiziert wurde, dass die D. bzw. die Z. das (Bauwerk L.) bauen werde (KG act. 12/9, 12/10, 12/11) und dass im Tages-Anzeiger im Jahre 2007 publiziert wurde, dass Z. Generalunternehmerin war und I. Ingenieur (KG

act. 12/15). Aus der Beilage 8 der Beschwerdeführerin zu ihrer Beschwerde, einem Auszug aus dem SchweizerBauJournal SBJ 5/07, ergibt sich, dass dies bereits im Jahre 2007 auch in dieser Fachzeitschrift publiziert wurde (KG act. 3/8). Mithin waren tatsächlich spätestens seit dem Jahre 2007 die Umstände bekannt, welche die Beschwerdeführerin nun zur Begründung ihres Ablehnungsbegehrens anruft. Einerseits ist dieses deshalb verwirkt. Andererseits handelt es sich bei diesem Vorbringen der Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren um ein unzulässiges Novum (vorstehend Erw. 1.2). Unter beiden Aspekten (Verwirkung, unzulässiges Novum) kann auf diese Rüge nicht eingetreten werden.

13. Vor Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin geltend gemacht, das Gutachten sei unvollständig und mangelhaft, weshalb es im Sinne von § 258 Abs. 2 ZPO ZH unverbindlich sei (HG act. 122). In einem Fachrichter-Votum vom 25. April 2008 gelangten die Handelsrichter Werner Furrer und Michael Küttel zu den Feststellungen, das Schiedsgutachten sei ohne erkennbare falsche Grundlagen und ohne erkennbare Lücken, die das Gesamtergebnis beeinflussen könnten, erstellt worden. Es sei sorgfältig und umfassend ausgefertigt. Willkürliche oder leicht erkennbare grobe Fehler oder Unrichtigkeiten seien aus fachrichterlicher Sicht nicht erkennbar (HG act. 135 S. 7).

13.1. Die Beschwerdeführerin rügt, das Fachrichtervotum stelle lapidar und ohne jede Begründung fest, das Gutachten sei vollständig und inhaltlich nicht zu beanstanden. Weder die Vorinstanz noch die Fachrichter hätten sich aber in erkennbarer und nachvollziehbarer Weise mit den Beanstandungen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt. Dadurch sei die Begründungspflicht verletzt worden (KG act. 1 S. 46).

13.2. Zur Substantiierung der Beanstandungen, mit welchen sich die Fachrichter im Fachrichter-Votum und die Vorinstanz im Urteil nicht genügend auseinandergesetzt hätten, verweist die Beschwerdeführerin einzig darauf, dass die nach ihrer Auffassung im Gutachten nicht beantworteten Fragen insbesondere die Wasserdichtigkeit der Unterniveauekonstruktion an genau bezeichneten Stellen am Bau betroffen hätten (mit Verweisung auf HG act. 122 S. 4 - 7, Fragen A.1. lit. a.aa - a.ee). Dasselbe gelte für die 14 Ergänzungsfragen, welche die

Beschwerdeführerin dem Schiedsgutachter unterbreitet habe, und für die Fragen B.4.2 und B.4.3, welche ebenfalls das Abdichtungssystem betreffen. Die Beschwerdeführerin habe ausserdem zahlreiche weitere Fragen aufgelistet, die unbeantwortet geblieben seien. Ausserdem habe sie detailliert und substantiiert konkrete inhaltliche Mängel aufgezeigt (Verweisung auf HG act. 122 S. 9 - 31), die ihrer Auffassung nach als schwere inhaltliche Mängel zu bezeichnen seien (KG act. 1 S. 46 Ziff. 142 und 143).

13.3. Die Behauptungen, die Beschwerdeführerin habe zahlreiche weitere Fragen aufgelistet, die unbeantwortet geblieben seien, und die Verweisung auf die Seiten 9 - 31 von HG act. 122 für konkrete inhaltliche Mängel (des Gutachtens), welche sie detailliert und substantiiert aufgezeigt habe, genügen den Substantiierungsanforderungen im Beschwerdeverfahren (vorstehend Erw. 1.1) klarerweise nicht. Zur genügenden Substantiierung hätte die Beschwerdeführerin dartun müssen, welche weiteren Fragen sie an welchen spezifiziert bezeichneten Stellen aufgelistet habe, die vom Gutachten nicht beantwortet worden seien, und an welchen spezifiziert bezeichneten Stellen (die pauschale Verweisung auf 24 Seiten [S. 9 - 31] ihrer Eingabe vom 7.6.2007 an die Vorinstanz [HG act. 122] genügt nicht) sie welche konkreten Mängel des Gutachtens aufgezeigt habe. Das hat sie nicht getan. Auf diese Behauptungen kann nicht weiter eingegangen werden.

13.4. Aber auch die Darstellung, die nach Auffassung der Beschwerdeführerin nicht beantworteten Fragen hätten insbesondere die Wasserdichtigkeit der Unterniveaunkonstruktion an genau bezeichneten Stellen am Bau betroffen, ist mit der Verweisung auf "die ersten drei Seiten des Fragenkatalogs, act. 122 S. 4 - 7, Fragen A.1. lit. a) sublit. aa) bis sublit. ee)" (KG act. 1 S. 46 Ziff. 142), kaum genügend substantiiert, soweit sie überhaupt nachvollziehbar ist. Die Seiten 4 - 7 von HG act. 122 (dies ist die Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Gutachten vom 7.6.2007) umfassen verschiedenste mehr oder weniger konkrete (z.B. "massiv unvollständig", "zahlreiche Fragen" unbeantwortet gelassen) Ausführungen. Ein solcher pauschaler Verweis auf mehrere Seiten einer Eingabe vor Vorinstanz ist grundsätzlich nicht zulässig.

13.5. Immerhin finden sich die in der Beschwerde als vorinstanzlich gerügt behaupteten Mängel (KG act. 1 S. 46 Ziff. 142) auf S. 5 von HG act. 122. Die Rüge, die Vorinstanz habe sich ungenügend damit auseinandergesetzt, geht aber fehl:

13.6. Einerseits machte die Beschwerdeführerin in HG act. 122 S. 5 nicht geltend, der Gutachter habe die Fragen A.1.a.aa - ee nicht beantwortet, wie sie in der Beschwerde ausführt, sondern lediglich, er habe die Fragen "nicht konkret" beantwortet. Die Rüge, die Fachrichter und die Vorinstanz hätten sich nicht mit dem Einwand der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, der Gutachter habe diese Fragen nicht beantwortet, geht schon deshalb fehl.

Überdies ist Folgendes festzustellen: Die Fragen A.1.a.aa - ee des Fragenkatalogs an den Gutachter enthielten zahlreiche einzelne konkrete Stellen auf den Ebenen 04 - 01 und einer Rampe mit der Frage, ob die Unterniveauekonstruktion an diesen Stellen Mängel, insbesondere undichte Stellen aufweise (HG act. 66 S. 4 - 7). Die Fachrichter hielten nach den Hinweisen, dass ihnen die detaillierten Einwendungen der Beschwerdeführerin in HG act. 122 bekannt seien und sie (lediglich, gemäss § 258 Abs. 2 ZPO ZH) zu prüfen hätten, ob das Gutachten mit Bezug auf den Sachverhalt offensichtlich unrichtig erstattet worden sei (HG act. 135 S. 2), unter dem diesbezüglichen Titel "Schadensgruppe 2 Undichtigkeiten in den Untergeschossen" zum Gutachten fest, dass das Eingehen auf die gestellte Aufgabenstellung, der Einbezug der zusätzlichen Fragestellungen, Vorgehen und Dokumentation sowie die daraus gezogenen Schlüsse verständlich, klar und plausibel seien. Die Auflistung der schadhaften Bauteile sei genügend umfangreich mittels Fotos, Beschrieb, Erklärungen und Feststellung der Ursachen sorgfältig dokumentiert und umfasse die wesentlichen Schadstellen. Das dargestellte Vorgehen zur Behebung der Mängel (Sanierung in Etappen oder Teilschritten) sei zweckmässig und praxisgerecht. Die vollzogenen Massnahmen (Dichten der Bauteile mittels Injektionen) erschienen weitgehend erfolgreich, um das Bauwerk dauerhaft vor Wassereintritten zu schützen. Mit den durchgeführten Bewässerungsversuchen sei ein extremer Gebrauchszustand des Bauwerks simuliert worden, um zusätzliche im Normalzustand nicht sichtbare Mängel am

Bauwerk aufzuzeigen. Es seien keine offensichtliche Unrichtigkeit oder leicht erkennbare Fehler festzustellen (HG act. 135 S. 4 mit Verweisung auf "Dokumente Nr. 3156-124, Nr. 3156-125"). Diese Ausführungen der Fachrichter - und in ähnlicher Form weitere zu anderen Themen des Gutachtens (HG act. 135 S. 3 ff.) - gehen wesentlich über das hinaus, was die Beschwerdeführerin als ungenügende Begründung rügt - nämlich dass das Fachrichtervotum lapidar und ohne jede Begründung festgehalten habe, das Gutachten sei vollständig und inhaltlich nicht zu beanstanden (KG act. 1 S. 46 Ziff. 144). Insbesondere zeigt sich aus diesen Ausführungen der Fachrichter auch, dass sie die Rüge der Beschwerdeführerin geprüft (und aufgrund dieser Prüfung als unzutreffend verworfen) hatten, das Gutachten habe die Fragen betreffend Wasserdichtigkeit der Unterniveauekonstruktion gar nicht beantwortet. Mit diesen Ausführungen der Fachrichter setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander und kann auch deshalb keinen Nichtigkeitsgrund nachweisen. Abgesehen davon stimmt diese Behauptung der Beschwerdeführerin nicht. Das Dokument 3156-124 zum Gutachten - welches die Fachrichter geprüft haben (HG act. 135 S. 4) - enthält auf rund 50 Seiten Schadenaufnahmen über die geprüften Undichtigkeiten auf den Ebenen 01 - 04 Stand 2003 mit späteren Kontrollen mit Resultaten von spezifizierten Feuchtstellen auf der Ebene 01 im Juni 2003 und der Feststellung des Fehlens von Feuchtstellen auf den Ebenen 02 - 04 im Juni 2003, von spezifizierten Feuchtstellen auf den Ebenen 01 und 03 sowie des Fehlens von Feuchtstellen auf den Ebenen 02 und 04 im September 2003 sowie des Fehlens von Feuchtstellen auf allen Ebenen 01 - 04 im Mai 2005 (HG act. 117A/5 S. 3 unten, S. 4). Das Dokument 3156-125 zum Gutachten - welches die Fachrichter ebenfalls geprüft haben (HG act. 135 S. 4) - enthält auf mehr als 30 Seiten Aufnahmen von Feuchtstellen auf den Ebenen 01 - 04 und deren gutachterliche Bewertung und Beurteilung Stand 2007 nach Bewässerungsversuchen (HG act. 117A/6). Das Gutachten verweist zur Beantwortung der Frage A.1.a ("Weist die Unterniveauekonstruktion an den folgenden Stellen Mängel, insbesondere undichte Stellen auf?") auf diese Beilagen 3156-124 und 3156-125, hält fest, dass die Konstruktion undichte Stellen aufwies und führte dies weiter aus (HG act. 117 A S. 5 f.). Unter diesen Umständen sind die Feststellungen der Fachrichter dazu nachvollziehbar

und auch unter den Aspekten der Beachtung der Parteivorbringen und der Begründungspflicht genügend. Die Rüge geht auch deshalb fehl.

13.7. Ist das Fachrichtervotum, wie vorstehend festgestellt, unter den Aspekten der Beachtung der Parteivorbringen und der Begründungspflicht genügend, geht auch die Rüge fehl, falsch sei die vorinstanzliche Erwägung, die Fachrichter seien nicht verpflichtet gewesen, sämtliche von der Beschwerdeführerin vorgebrachten inhaltlichen Einwände im Einzelnen zu behandeln (KG act. 1 S. 47 Ziff. 148).

14. Weiter rügt die Beschwerdeführerin, das Schiedsgutachten sei deshalb nicht ordnungsgemäss zustandegekommen, weil der zwingend ad personam erteilte Gutachterauftrag zu lediglich 3 % vom Gutachter selbst erfüllt worden sei. Sämtliche Arbeiten habe der Gutachter an Mitarbeiter seines Ingenieurbüros delegiert (KG act. 1 S. 48 f.).

14.1. Die Vorinstanz erwog zu dieser bereits ihr vorgetragenen Rüge (vgl. KG act. 2 S. 108), die Tatsache, dass ein Gutachter für die Erstellung des Schiedsgutachtens Hilfspersonen hinzuziehe, führe nur dann zu dessen Unverwertbarkeit, wenn dadurch der Gutachtensauftrag verletzt werde. Das sei vorliegend nicht der Fall. Ziffer 3 der Schiedsvereinbarung halte explizit fest, dass der Schiedsgutachter ermächtigt sei, Dritte unter seiner Verantwortung mit der Aufgabe von Teilen des Schiedsgutachtens zu betrauen. Angesichts des notwendigen Zeitaufwandes von nahezu fünf Jahren und des enormen Umfangs des zu begutachtenden Sachverhalts hätten die Parteien vernünftigerweise nicht davon ausgehen können, dass der eingesetzte Gutachter das Schiedsgutachten hauptsächlich alleine erstelle. Dies Tatsache habe auch der Beschwerdeführerin klar gewesen sein müssen. In ihrer Stellungnahme zur 1. Fassung des Schiedsgutachtens habe sie denn auch nicht gerügt, dass diese nicht hauptsächlich durch den Gutachter I. persönlich erstellt worden sei. Zudem mache sie nicht geltend, dass das Gutachten nicht unter der Leitung des Schiedsgutachters zustandegekommen sei. Ein schwerer Verfahrensmangel sei somit nicht ersichtlich (KG act. 2 S. 109 f.).

14.2. Die Beschwerdeführerin rügt vorab, der zweite Einwand der Vorinstanz (die Beschwerdeführerin habe in ihrer Stellungnahme zur ersten Fassung des Schiedsgutachtens keine entsprechende Rüge vorgebracht) sei nicht stichhaltig. Zum damaligen Zeitpunkt hätten erst zwei Rechnungen von M. vorgelegen. Diese hätten zwar auch auf einen zeitlich geringeren Einsatz des Gutachters persönlich schliessen lassen. Im Rechnungszeitraum sei es jedoch wesentlich um Datenaufnahme gegangen. Die Beschwerdeführerin habe daher zu jenem Zeitpunkt ohne weiteres davon ausgehen dürfen, dass die eigentliche Auswertung der Daten durch den Gutachter persönlich vorgenommen würde (KG act. 1 S. 48 Ziff. 153).

14.3. Dieser Einwand der Beschwerdeführerin trifft nicht zu. Die von der Vorinstanz als solche bezeichneten ersten Fassungen des Gutachtens (Teil A vom 15.9.2003 HG act. 71 und Teil B vom 22.12.2003 HG act. 77) enthielten keineswegs blosse Datenaufnahmen, sondern im Wesentlichen auch Ergebnisse derselben und gutachterliche Feststellungen dazu, Bewertungen und insbesondere Fragenbeantwortungen. Die Beschwerdeführerin äusserte sich in ihrer Stellungnahme zu dieser ebenfalls von ihr als solchen bezeichneten 1. Fassung des Schiedsgutachtens keineswegs nur zu Datenaufnahmen, sondern (auch) zu gutachterlichen Schlussfolgerungen (HG act. 123/2).

Die diesbezüglich (zu Unrecht) beanstandete vorinstanzliche Erwägung hat indes keine entscheidungswesentliche, sondern lediglich ergänzende Funktion.

14.4. Mit den entscheidungswesentlichen vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander, nämlich dass der Gutachtensauftrag nicht verletzt wurde, sondern der Schiedsgutachter demnach explizit ermächtigt war, Dritte zu betrauen, dass die Parteien damit rechnen mussten und dass die Beschwerdeführerin nicht geltend mache, das Gutachten sei nicht *unter der Leitung* des Schiedsgutachtens zustande gekommen (vorstehend Erw. 14.1). Die Beschwerdeführerin weist deshalb auch keinen Nichtigkeitsgrund nach. Sie zeigt auch nicht auf, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz behauptet hätte, der Gutachter habe sich schlicht und einfach nicht mit dem Auftrag befasst, sondern dies vollumfänglich an Mitarbeiter seines Büros übertragen. Diese Behauptung gilt als

neu und kann nicht beachtet werden. Auch diese Rüge im Zusammenhang mit dem Schiedsgutachten geht fehl, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

15. Die Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz Verzögerungsschäden von insgesamt Fr. 1'865'850.-- geltend gemacht (vgl. KG act. 2 S. 131 Erw. 2.5.1). Die Vorinstanz wies diese Forderung vollumfänglich ab, und zwar aus verschiedenen Gründen (KG act. 2 S. 133 - 144). Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihre diesbezüglichen Ansprüche mit der Begründung abgewiesen, sie (die Beschwerdeführerin) habe ihre Ansprüche nicht ausreichend substantiiert. Auch in diesem Zusammenhang habe die Vorinstanz den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt, indem sie ihre richterliche Fragepflicht nicht ausgeübt und keine Substantierungshinweise gemacht habe (KG act. 1 S. 49 lit. D).

15.1. Im Gegensatz zur Darstellung der Beschwerdeführerin wies die Vorinstanz diese Ansprüche nicht allein deswegen ab, weil die Beschwerdeführerin sie nicht ausreichend substantiiert habe. Vielmehr wies die Vorinstanz diese Forderungen u.a. auch deshalb ab, weil die Beschwerdeführerin keinen eigenen Schaden geltend mache. Allfällig entgangene Mietzinseinnahmen und erhöhte Baukosten träfen nämlich den Vermieter bzw. den Eigentümer einer Liegenschaft. Die Beschwerdeführerin habe nicht geltend gemacht, dass sie tatsächlich Schadenersatzzahlungen an die Bauherrschaft geleistet habe. Ein Drittschaden sei nicht zu ersetzen (KG act. 2 S. 135 Erw. 2.5.3.1, so auch S. 136 lit. b, S. 137 lit. b, S. 138 lit. b, S. 143 lit. b, S. 144 lit. b).

15.2. Mit diesen vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Waren diese Forderungen (auch) schon deshalb abzuweisen, weil die Beschwerdeführerin damit nicht ihr zu ersetzenden Drittschaden geltend machte (m.a.W. weil ihr die Aktivlegitimation fehlte), musste die Vorinstanz sie schon deshalb nicht zu einer (bei der fehlenden Aktivlegitimation von vornherein unnützen) Substantierung einzelner Forderungspositionen anhalten. Die pauschale Rüge geht schon deshalb fehl.

16. Mit der Klage hatte die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 2'384'865.65 zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Mit ihrer Klageantwort beantragte die Beschwerdeführerin die vollumfängliche Abweisung der Klage und erhob eine Widerklage mit dem Antrag, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 1'770'850.25 zu bezahlen (HG act. 13 S. 2). An der Referentenaudienz vom 8. November 2001 erklärte der vorinstanzliche Referent zum Streitwert, seines Erachtens seien die Beträge von Klage und Widerklage nicht zusammenzuzählen, weil sie auf dem gleichen Rechtsgrund beruhten und je nach Ergebnis des Beweisverfahrens weite Teile der Widerklage in sich zusammenfielen oder im umgekehrten Fall erst relevant würden. Die Parteien erklärten sich damit einverstanden, worauf der Referent festhielt, demzufolge entspreche der Streitwert der revidierten Klagesumme (Fr. 2'355'248.75 [KG act. 2 S. 3]) (HG Prot. S. 10 f.). Im angefochtenen Urteil erwog die Vorinstanz demgegenüber, die mit der Klage geforderte Summe (Fr. 2'408'470.70) sei zur Berechnung des Streitwerts mit der mit der Widerklage geforderten Summe (Fr. 1'770'850.25) zusammenzurechnen, da sie sich nicht gegenseitig ausschlossen. Somit sei von einem Gesamtstreitwert von Fr. 4'179'321.-- auszugehen (KG act. 2 S. 144 Erw. IV). Die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung berechnete die Vorinstanz basierend auf diesem Streitwert von Fr. 4'179'321.-- (KG act. 2 S. 145).

16.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei der Feststellung eines Streitwerts von Fr. 4'179'321.-- habe die Vorinstanz klares materielles (kantona-les) Recht verletzt. Sie habe ihre Gegenforderungen mit der Klageantwort widerklageweise und nicht verrechnungsweise geltend gemacht. Dies habe sich deshalb aufgedrängt, weil sie im Umfang des anerkannten Zirkapreises grundsätzlich einen Teil der Forderungen der Beschwerdegegnerin im Umfang von Fr. 1'202'489.-- anerkannt habe, gleichzeitig aber gestützt auf Art. 82 OR ein Rückbehaltungsrecht geltend gemacht und damit die Fälligkeit der Forderung bestritten habe. In der Duplik habe sie dann auch noch Verrechnung erklärt für den Fall, dass das Gericht die Hauptklage ganz oder teilweise gutheissen sollte. Eine durch Widerklage geltend gemachte verrechenbare Forderung sei bis zu dem vom Beklagten anerkannten Betrag der Hauptforderung nur ein Verteidi-

gungsmittel des Beklagten und daher nicht zum Streitwert hinzuzurechnen. Der von der Beschwerdeführerin (wenn auch nur eventualiter) anerkannte Betrag der Hauptforderung (Fr. 1'202'489.--) habe den widerklageweise geltend gemachten Betrag (Fr. 1'770'850.25) überstiegen. Da der Saldo nur zugunsten einer Partei habe lauten können, hätten sich Hauptklage und Widerklage gegenseitig ausgeschlossen. Der Streitwert der Widerklage habe deshalb nicht mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet werden dürfen (KG act. 1 S. 50).

16.2. Die Beschwerdegegnerin forderte mit ihrer Klage Werklohn für geleistete Arbeiten. Die Beschwerdeführerin beantragte mit ihrer Klageantwort und Widerklage nicht nur die vollumfängliche Abweisung dieser Klage, sondern forderte ihrerseits für behaupteterweise von der Beschwerdegegnerin verursachte Schäden von dieser Fr. 1'770'850.25. Die Beschwerdeführerin verlangte damit, dass alles in allem nicht sie der Beschwerdegegnerin etwas zu bezahlen habe, sondern im Gegenteil die Beschwerdegegnerin ihr Fr. 1'770'850.25 bezahlen müsse. Die Beschwerdegegnerin ihrerseits hielt in der Folge (mit untergeordneten Modifikationen) an ihrer Klage vollumfänglich fest und beantragte die vollumfängliche Abweisung der Widerklage (HG act. 28 S. 6). Haupt- und Widerklage schliessen sich damit nicht aus. Vielmehr wäre es nach den Parteibegehren und deren Begründungen sowohl möglich, dass die Hauptklage vollumfänglich gutgeheissen und die Widerklage vollumfänglich abgewiesen wird, als auch, dass die Hauptklage vollumfänglich abgewiesen und die Widerklage vollumfänglich gutgeheissen wird. Lediglich dann, wenn sowohl Haupt- als auch Widerklage mindestens teilweise gutgeheissen würden, stellte sich die Frage der Verrechnung. Das mögliche Spektrum für die Parteien reicht mithin von plus Fr. 2'408'470.70 (vollumfängliche Guttheissung der Hauptklage, vollumfängliche Abweisung der Widerklage) bis minus Fr. 1'770'850.25 (vollumfängliche Abweisung der Hauptklage, vollumfängliche Guttheissung der Widerklage) aus Sicht der Beschwerdegegnerin bzw. umgekehrt aus Sicht der Beschwerdeführerin. Tatsächlich beträgt der gesamte Streitwert im vorinstanzlichen Verfahren damit Fr. 4'179'320.95, wie aus der Zusammenrechnung der Streitwerte der Haupt- und der Widerklage resultiert. Das dementsprechende vorinstanzliche Vorgehen verletzt kein klares Recht.

Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin ein Werklohn Guthaben der Beschwerdegegnerin grundsätzlich in der Höhe von Fr. 1'202'489.-- anerkannte (KG act. 1 S. 50 Ziff. 162 i.V. mit S. 9 Ziff. 20.1 und HG act. 13 S. 57). Sie anerkannte damit nicht etwa die Hauptklage in diesem Umfang, sondern beantragte nichtsdestotrotz deren vollumfängliche Abweisung in der Auffassung, auch dieses anerkannte Guthaben nicht bezahlen zu müssen (aber gleichwohl die Widerklageforderung von Fr. 1'770'850.25 vollumfänglich zugute zu haben), weil und solange die Beschwerdeführerin noch Nachbesserungs- bzw. Mängelbeseitigungsarbeiten (im von der Beschwerdeführerin bezifferten Umfang von rund Fr. 1.4 Mio.; vgl. HG act. 13 S. 87 bzw. S. 71 - 88) vorzunehmen habe (welche nicht in der Widerklageforderung enthalten sind).

Diese Rüge geht fehl.

17. Zusammenfassend ist die Rüge begründet, die Vorinstanz habe der Beschwerdeführerin zu Unrecht eine Stellungnahme zur Eingabe der Beschwerdegegnerin HG act. 149 verwehrt. Aufgrund dieser Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerin ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist nicht spruchreif. Der Beschwerdeführerin muss vorab die Gelegenheit gegeben werden, zu HG act. 149 Stellung zu nehmen. Schon deshalb kann entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin nicht das Kassationsgericht ein neues Urteil in der Sache fällen, sondern diese ist zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die übrigen Rügen der Beschwerdeführerin sind unbegründet, soweit sie vorstehend geprüft wurden.

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 sowie 3 - 5 des angefochtenen Urteils (KG act. 1 S. 2). Dieser Antrag beinhaltet den Antrag, Absatz 2 von Dispositiv-Ziffer 1 ("Im Übrigen wird die Hauptklage abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist") und Absatz 1 von Dispositiv-Ziffer 2 ("Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin den Betrag von Fr. 275'786.90 zu bezahlen") nicht aufzuheben. Absatz 2 von Dispositiv-Ziffer 1 wird indes ohne deren Absatz 1 sinnlos ("Im Übrigen" bezieht sich auf nichts mehr). Dringt die Beschwerdegegnerin mit einem Teil ihrer Hauptklage bei der neuen Beurteilung durch die Vorinstanz wiederum durch, wird sie diese Forderung mit derjenigen der Beschwerdeführerin aus der Widerklage verrechnen können. Beim Zusammenspiel von Hauptklage und Widerklage rechtfertigt es sich nicht, die Verpflichtung der Beschwerdegegnerin aus der Widerklage gemäss Dispositiv-Ziffer 2 Abs. 1 des angefochtenen Urteils stehen zu lassen, bevor über die Hauptklage entschieden wird. Vielmehr ist das angefochtene Urteil als gesamtes aufzuheben.

#### IV.

Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 11 S. 3). Das Urteil wird in Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde aufgehoben. Die Beschwerdeführerin obsiegt im Beschwerdeverfahren, die Beschwerdegegnerin unterliegt. Diesem Ausgang entsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO ZH). Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen (§ 68 Abs. 1 ZPO ZH).

Für das Beschwerdeverfahren ist von einem Streitwert von Fr. 3'509'133.35 auszugehen (Klagegutheissung im Umfang von Fr. 2'014'070.-- zuzüglich abgewiesener Teil der Widerklage Fr. 1'495'063.35 [Widerklageforderung Fr. 1'770'850.25 ./]. Gutheissung Widerklage im Umfang von Fr. 275'786.90)).

**V.**

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Februar 2010 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 55'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 25'000.-- zu bezahlen.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt 4'179'321.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär