



---

Kass.-Nr. AA090140/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Reinhard Oertli sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

## **Zirkulationsbeschluss vom 5. August 2010**

in Sachen

**X.**

...

...,

Gesuchstellerin, Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

**Y. Versicherungs-Gesellschaft AG,**

...,

Gesuchsgegnerin, Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt ....

betreffend

**Forderung / Ablehnung von Oberrichter lic. iur. Th. Seeger, Ersatzoberrichterin Dr. F. Grob, Handelsrichter Mathias C. Berger und Handelsrichter Dr. Thomas Lörtscher sowie des ganzen Handelsgerichts in Sachen der Parteien betreffend Forderung (HG040317)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. September 2009 (VV090018/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Beschwerdeführerin wurde am 28. Oktober 1998 Opfer eines Verkehrsunfalls; der Unfallverursacher war bei der Beschwerdegegnerin obligatorisch haftpflichtversichert. Am 2. September 2004 reichte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich eine Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein. Damit beantragte sie, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr als Schadenersatz und Genugtuung für aus dem Unfall vom 28. Oktober 1998 erlittene materielle und immaterielle Beeinträchtigungen insgesamt rund Fr. 5'113'000.-- zu bezahlen. Mit (Teil-)Urteil vom 18. Juni 2007 wies das Handelsgericht die Klage auf Schadenersatz ab. Eine dagegen gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde hiess das Kassationsgericht mit Beschluss vom 5. August 2008 gut und wies die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurück (Kass.-Nr. AA070129).

2. Die Beschwerdeführerin hatte im Mai 2007 den Ausstand von drei Handelsrichtern (darunter die Handelsrichter Berger und Dr. Lörtscher) verlangt; mit Beschluss vom 4. Juli 2007 wies die Verwaltungskommission des Obergerichts jenes Ablehnungsbegehren ab (VK act. 27).

Mit Eingabe vom 12. Mai 2009 an die Verwaltungskommission des Obergerichts beantragte die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass das Handelsgericht zumindest im Prozess gemäss § 63 Abs. 1 Ziff. 1 GVG kein unabhängiges und unparteiliches Gericht sei, und es sei festzustellen, dass Oberrichter Thomas Seeger, Ersatzoberrichterin Dr. Franziska Grob sowie die Handelsrichter Mathias C. Berger und Dr. Thomas Lörtscher befangen seien (KG act. 2 S. 3). Mit Beschluss vom 18. September 2009 wies die Verwaltungskommission des Obergerichts das Feststellungsbegehren hinsichtlich der Verfassungs- bzw. Konventionswidrigkeit des Handelsgerichts und das Ablehnungsbegehren ab, soweit sie darauf eintrat. Den Streitwert bezifferte die Verwaltungskommission mit Fr. 5'273'524.10 (KG act. 2).

Gegen diesen Beschluss reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 9. Oktober 2009 die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ein mit dem Antrag, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und es seien die beantragten Feststellungen vorzunehmen (KG act. 1 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 14. Oktober 2009 wurde der Beschwerdeführerin nach § 75 ZPO eine Prozesskaution von Fr. 50'000.-- auferlegt unter der Androhung, dass sonst auf die Beschwerde nicht eingetreten würde (KG act. 8). Innert der ihr angesetzten Frist ersuchte die Beschwerdeführerin, es sei ihr eine Prozesskaution von maximal Fr. 2'000.-- aufzuerlegen (KG act. 11). Auf entsprechende Anfrage seitens des Gerichts ersuchte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. Oktober 2009 darum, ihre Eingabe vom 26. Oktober 2009 als Wiedererwägungsgesuch zu behandeln (KG act. 14).

Mit Verfügung vom 3. November 2009 wies der Vizepräsident des Kassationsgerichts den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei ihr eine Prozesskaution von maximal Fr. 2'000.-- aufzuerlegen, ab und setzte ihr erneut Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 50'000.-- an (KG act. 15). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Einsprache mit dem Antrag, die Prozesskaution sei auf Fr. 2'000.-- herabzusetzen. Mit Beschluss vom 18. Januar 2010 (KG act. 18) wies das Gericht die Einsprache ab und setzte der Beschwerdeführerin erneut Frist zur Leistung einer Prozesskaution von Fr. 50'000.--. Innert erstreckter Frist ging die Kautionsleistung ein (KG act. 26).

4. Nach Kautionsleistung wurde der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Beantwortung der Beschwerde eingeräumt, worauf diese verzichtete (KG act. 29).

Die Vorinstanz hatte bereits mit Eingabe vom 21. Oktober 2009 auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 10).

## II.

1. Mit ihrer Beschwerde beanstandet die Beschwerdeführerin als erstes (Beschwerde Ziff. 5, S. 4 f.) die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Art der Vorbereitung der Wahl der (Handels-)Richter durch die Kommission für das Handelswesen, wie sie in § 59 GVG vorgesehen ist, verfassungskonform sei. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin verstosse das nach wie vor geltende Auswahlverfahren gegen Art. 75 Abs. 1 der seit dem 1. Januar 2006 in Kraft stehenden Kantonsverfassung.

Die Beschwerdeführerin führt nicht aus, wo sie diese Frage bereits vor Vorinstanz aufgeworfen hat und wo die Vorinstanz die von ihr gerügte Feststellung getroffen haben soll; dem angefochtenen Entscheid lässt sich denn auch eine solche Feststellung nicht entnehmen. Insofern geht die Rüge am angefochtenen Entscheid vorbei und es ist nicht darauf einzutreten.

2.a) Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin (Beschwerde Ziff. 6 f., S. 5 ff.) die Erwägungen, wonach es sich beim Handelsgericht um ein unabhängiges, auf Gesetz beruhendes Sondergericht (Fachgericht) handle und es als solches konventions- und verfassungskonform sei. Dem sei insbesondere entgegenzuhalten, dass das Handelsgericht zwar ein Fachgericht, aber nicht paritätisch besetzt sei, gehörten doch die Handelsrichter von Gesetzes wegen allein dem Arbeitgeberkreis an und müssten gemäss § 59 Abs. 2 GVG Inhaber einer Firma oder dort in leitender Stellung tätig sein. Zumindest im Prozess nach § 63 Abs. 1 Ziff. 1 GVG sei das Gericht in der Regel nicht verfassungs- und konventionskonform zusammengesetzt, zumal die drei "Interessen- oder Branchenvertreter", die als Handelsrichter amten, gegenüber den beiden Berufsrichtern die absolute Mehrheit hätten. Auf die weiteren in diesem Zusammenhang vorgebrachten Aspekte (Beschwerde Ziff. 8 und 9, S. 7 f.), braucht, wie sich aus dem Nachfolgenden ergibt, hier nicht näher eingegangen zu werden.

b) Das Kassationsgericht hat sich bereits in zwei Entscheiden vom 14. Dezember 2009 (Kass.-Nr. AA090138 i.S. B.) und vom 9. Februar 2010 (Kass.-Nr. AA090161 i.S. W.) zu identischen Rügen geäußert und ist dabei zum Ergebnis

gekommen, unter den dort gegebenen Umständen sei die Rüge als verwirkt zu betrachten. Dies deshalb, weil es im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstosse, wenn sich eine Partei in Kenntnis der gesetzlich vorgeschriebenen Zusammensetzung des handelsgerichtlichen Spruchkörpers in Ausübung ihres Wahlrechts zunächst für dieses Gericht entscheide, um nach Jahren und ohne dass sich *diesbezüglich* die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse geändert hätten, eben dieses Gericht wegen fehlender paritätischer Zusammensetzung abzulehnen bzw. seine Verfassungsmässigkeit in Zweifel zu ziehen. In dieser Konstellation habe sich die betreffende Partei bewusst mit der Tatsache abgefunden, dass die Zusammensetzung des Handelsgerichts nicht (wie etwa beim Arbeits- oder Mietgericht) dem Grundsatz der Parität entspricht, und sie könne auf diesen Entscheid im laufenden Verfahren nicht zurückkommen. Dies gälte auch dann, wenn davon ausgegangen würde, die gesetzgeberisch so gewollte nicht-paritätische Zusammensetzung des Handelsgerichts sei als solche geeignet, den Anschein der Befangenheit zu erwecken; denn auch bei tatsächlich gegebenem Anschein der Befangenheit eines Richters stünde diese im Falle der Verwirkung der Ablehnung der Mitwirkung des Richters nicht entgegen (Entscheide vom 9. Februar 2010, Erw. II.4.2 sowie vom 14. Dezember 2009, Erw. II.4.1).

Die jeweiligen Beschwerdeführer fochten in beiden Fällen den Entscheid des Kassationsgerichts mit Beschwerde an das Bundesgericht an. Dieses wies mit Urteilen vom 12. und 19. April 2010 beide Beschwerden ab (BGer 4A\_25/2010 und 4A\_118/2010). Es gelangte in diesem Zusammenhang zum Schluss, die Feststellung des Kassationsgerichts, wonach die damaligen Beschwerdeführer mit dem mehrjährigen Zuwarten der Geltendmachung der angeblich verfassungswidrigen Zusammensetzung des Handelsgerichts gegen Treu und Glauben verstossen und ihre diesbezügliche Rüge verwirkt hätten, treffe zu (je Erw. 3.4 der Urteile). Darüber hinaus erwog das Bundesgericht im Entscheid BGer 4A\_118/2010, die Rüge müsste – selbst wenn sie nicht als verwirkt zu betrachten wäre – materiell als unbegründet abgewiesen werden, im Wesentlichen aus der Überlegung, dass beim Handelsgericht – anders als beim Miet- oder Arbeitsgericht – nicht der Aspekt der paritätischen Zusammensetzung im Vordergrund stehe, sondern der Fokus der

gesetzlichen Regelung der Zusammensetzung darauf gerichtet sei, Erfahrung und Fachkunde in Handelssachen in das richterliche Gremium einzubringen und zu institutionalisieren (Erw. 3.5).

c) Auch im vorliegenden Verfahren stellte die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Handelsgerichts erst Jahre nach Anhängigmachung der Klage und ohne dass sich insoweit zwischenzeitlich der rechtliche Kontext geändert hätte. Damit ist auch im vorliegenden Fall schon zufolge treuwidrigen Verhaltens bzw. Verwirkung auf die entsprechende Rüge nicht einzutreten. Zudem kann – im Sinne einer Eventualbegründung – hinsichtlich des materiellen Gehalts der Rüge auf die eben erwähnte (dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin bekannte) Begründung des Bundesgerichts verwiesen werden, mit welcher dieses die Verfassungsmässigkeit des Handelsgerichts bejahte.

3. Im Weiteren erhob die Beschwerdeführerin vor Vorinstanz gegenüber den beiden Handelsrichtern Berger und Dr. Lörtscher konkret den Vorwurf der Befangenheit; sie erneuert diesen Vorwurf mit ihrer vorliegenden Beschwerde (Ziff. 10 f., S. 9 ff.).

3.1a) Die Vorinstanz wies in diesem Zusammenhang (Beschluss Ziff. 4.4, S. 15 ff.) einleitend darauf hin, dass auf Rügen, welche von der Beschwerdeführerin bereits in einem früheren, mit dem oben erwähnten Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 4. Juli 2007 rechtskräftig erledigten Ablehnungsverfahren vorgebracht (und dort behandelt) wurden, von vornherein nicht mehr einzutreten sei.

In diesem Zusammenhang trat die Vorinstanz auf den Antrag, die beiden Handelsrichter Berger und Dr. Lörtscher – die bereits eine entsprechende Erklärung abgegeben hatten – abermals zur Abgabe einer gewissenhaften Erklärung aufzufordern, nicht ein (Beschluss S. 17). Die Beschwerdeführerin hatte dazu einen vom Schweizerischen Versicherungsverband (SVV) herausgegeben "Jahresrückblick der Arbeitsgruppe Personenschaden und Reintegration 2008" (VK act. 26/1) eingereicht, dessen Autoren festhielten, die Entschädigung für Haushalt-

schaden sei nach Meinung der Versicherer "enorm hoch" und man erhoffe sich künftig eine Herabsetzung der Kosten. Die Vorinstanz führte dazu aus, weder ergebe sich aus den Akten, noch behaupte die Beschwerdeführerin, die beiden abgelehnten Handelsrichter seien (Mit-)Verfasser dieses Berichtes; zudem sei davon auszugehen, dass der SVV als Arbeitgeber Handelsrichter Berger keine entsprechenden Anweisungen erteilt habe, wozu die Beschwerdeführerin denn auch nichts Konkretes vorgebracht habe. Der SVV habe kein unmittelbares und schon gar kein erhebliches finanzielles Interesse am Ausgang des vorliegenden Haftpflichtprozesses, seien doch die Voraussetzungen der Leistungspflicht des Unfallversicherers für die Folgeschäden eines HWS-Distorsionstraumas in jedem einzelnen Fall auf der Grundlage der relevanten Fakten zu prüfen. Abgesehen davon sei Handelsrichter Berger nach glaubhafter Darstellung im Bereich der Schaden erledigung bei der SVV weder tätig noch tätig gewesen. Realitätsfremd sei angesichts der Grösse, der Bedeutung und der Tätigkeitsfelder sowohl des SVV wie auch der Beschwerdegegnerin 1 weiter die Vorhaltung, Handelsrichter Berger habe ein starkes Interesse am Ausgang des Verfahrens, weil Markus Hongler (ehemaliger CEO der Zurich Schweiz) bis vor kurzem als SVV-Vizepräsident tätig gewesen sei.

Als blosse Parteibehauptung – so die Vorinstanz weiter – sei sodann (auch unter Berücksichtigung einer Kartellanzeige einer Rechtsberatungsstelle sowie des bereits erwähnten Jahresrückblicks) der wiederholt geäusserte pauschale Vorwurf zu qualifizieren, wonach die beiden Handelsrichter Leistungsabsprachen "sogenannter unabhängiger Marktteilnehmer" offensichtlich kartellrechtswidrig "orchestriert" hätten. Damit sei weder rechtsgenügend dargelegt noch sonstwie nachvollziehbar, weshalb aufgrund dieser beiden Noven eine veränderte Sachlage vorliege bzw. Zweifel gegenüber der bereits abgegebenen gewissenhaften Erklärung bestehen sollten.

b) Im Einzelnen äussert sich die Vorinstanz zu den beiden Handelsrichtern sodann wie folgt (Beschluss S. 17 f.):

Hinsichtlich Handelsrichter Berger sei von der Beschwerdeführerin der Einwand erhoben worden, er sei nicht leitender Angestellter des SVV, wie dies § 59

Abs. 2 GVG verlange. Diese Rüge ziele jedoch ins Leere: Die Beschwerdeführerin habe selber ausgeführt, Handelsrichter Berger sei Vorsitzender der sogenannten Schadenleiterkommission des SVV. Der Homepage des SVV sei zu entnehmen, dass Handelsrichter Berger als Verbandssekretär nach wie vor stellvertretender Ressortleiter (Schadenversicherung) bei der Geschäftsstelle des SVV sei, womit seine Wählbarkeit als Handelsrichter ausser Frage stehe.

Bezüglich Handelsrichter Dr. Lörtscher stehe fest, dass dieser in seiner gewissenhaften Erklärung vom 4. Juni 2009 die von der Beschwerdeführerin gegen ihn erhobenen Vorwürfe überzeugend widerlegt habe. Insbesondere habe er richtig gestellt, dass er nicht Vorstandsmitglied des SVV sei, sondern in Milizfunktion Vorsitzender der Kommission "Recht & Compliance", wo es hauptsächlich um die Erarbeitung von Stellungnahmen zu einem breiten Spektrum von Gesetzesvorlagen und Verordnungen gehe. Das Geschäft der Swiss Re sei zu weit über 95% Auslandgeschäft; diese führe als Rückversicherer weder grosse Körperschadenhaftpflichtprozesse, noch sei der im Streit liegende Schaden ein Rückversicherungsschaden der Swiss Re. Diese Richtigstellung sei denn auch von der Beschwerdeführerin in ihren beiden Stellungnahmen mit keinem Wort in Zweifel gezogen worden.

3.2a) Die Beschwerdeführerin bestreitet zunächst (Beschwerde Ziff. 19, S. 18 f.), dass der Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 4. Juli 2007, womit das frühere Ablehnungsbegehren abgewiesen worden war, (materiell) rechtskräftig geworden sei. Zwar treffe zu, dass es beim Verfahren über den streitigen Ausstand nicht um Justizverwaltung, sondern um Rechtsprechung gehe, doch übersehe die Vorinstanz, dass es sich nicht um einen Endentscheid, sondern um einen Zwischenentscheid prozessleitender Natur handle. Derartige Entscheide könnten aber bis zum Endentscheid jederzeit in Wiedererwägung gezogen werden. Damit sei das vorliegende neue Ablehnungsverfahren vollkommen offen, und zwar namentlich auch deshalb, weil es sich bei der Befangenheit um einen inneren Sachverhalt handle, der nur durch einzelne äussere Anscheinsindizien bewiesen werden könne. Die Beschwerdeführerin habe ausgeführt, dass sie schon zum Beweis des Anscheins von Befangenheit im vorliegenden Verfahren

neben den früheren, offenbar ungenügenden Indizien, neue Indizien vorbringe, die wiederum im Zusammenhang mit den entsprechenden "Anscheinssachverhalten" hinreichend seien. Es sei deshalb nicht einzusehen, weshalb die im früheren Verfahren vorgebrachten und nie widerlegten Zweifel nicht in die Gesamtwürdigung einzubeziehen seien.

b) Es stellt sich die Frage, ob der Beschluss der Vorinstanz vom 4. Juli 2007 in materielle Rechtskraft erwuchs, was die Vorinstanz annahm. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass es sich, wie die Beschwerdeführerin zutreffend bemerkt, nicht um einen Endentscheid, sondern um einen Zwischenentscheid prozessleitender Natur handelt; solche erwachsen jedoch nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen und konkret auch nach § 191 ZPO nicht in materielle Rechtskraft. Darüber hinaus liegt auf der Hand, dass die Frage, ob ein Gericht befangen ist bzw. den Anschein von Befangenheit erweckt, im Laufe eines Verfahrens nicht ein für allemal abschlägig entschieden werden kann, können sich doch die dafür massgeblichen Umstände während des Verfahrens verändern. Insbesondere ist denkbar, dass zwar nicht ein einzelnes Vorkommnis für sich isoliert betrachtet, wohl aber eine Reihe von (zeitlich gestaffelt eintretenden) Umständen in ihrer Gesamtheit den Anschein von Befangenheit zu begründen vermögen.

In diesem Zusammenhang hat das Kassationsgericht seinerzeit entschieden, es sei zulässig, auch bereits früher bekannt gewordene, damals aber nicht angerufene Tatsachen in die Begründung eines Ablehnungsbegehrens miteinzubeziehen, soweit nicht auszuschliessen sei, dass erst die *Gesamtwürdigung aller Umstände* zur Bejahung eines Ablehnungsgrundes führe (ZR 98 [1999] Nr. 21 Erw. 3c). Die folgerichtige Weiterführung dieser Überlegung bedeutet, dass es auch zulässig ist, bereits früher geltend gemachte, damals aber verworfene Ablehnungsgründe zu einem späteren Zeitpunkt in Kombination mit nachträglich eingetretenen Umständen erneut zum Gegenstand eines Ablehnungsbegehrens zu machen. Der Beschwerdeführerin hatte denn auch vor Vorinstanz ausdrücklich auf die im ersten Ablehnungsverfahren gegen Handelsrichter Berger erhobenen Vorwürfe Bezug genommen und geltend gemacht, es seien in der Zwischenzeit neue Verdachtsmomente für Befangenheit (im Zusammenhang mit der Tätigkeit

von Handelsrichter Berger für den SVV) eingetreten (VK act. 1 S. 11 f.); es ist ihr somit darin zu folgen, wenn sie vorbringt, mit dem Ausschluss der früheren Vorbringen sei ihr das rechtliche Gehör verweigert worden. Die Beschwerde ist insoweit begründet, als es um die Abweisung des Ablehnungsbegehrens gegen Handelsrichter Berger geht. Hingegen wird in der Beschwerde nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich, dass auch gegenüber Handelsrichter Dr. Lörtscher auf das frühere Ablehnungsverfahren Bezug genommen wurde, weshalb sich insoweit die unzutreffende Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht ausgewirkt hat.

3.3 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend (Beschwerde Ziff. 20, S. 19 f.), die Vorinstanz habe zu Unrecht dem Antrag auf Einholung einer weiteren gewissenhaften Erklärung nicht stattgegeben. Ergäben sich nämlich aufgrund der eingeholten gewissenhaften Erklärung Zweifel, müssten diese durch eine neuerliche gewissenhafte Erklärung ausgeräumt werden. Die Beschwerdeführerin konkretisiert in diesem Zusammenhang nicht, welche Zweifel sich aus den vorliegenden gewissenhaften Erklärungen der abgelehnten Richter ergeben sollen, weshalb schon mangels hinreichender Begründung auf diese Rüge nicht einzutreten ist.

3.4 Die Beschwerdeführerin hält in diesem Zusammenhang daran fest (Beschwerde S. 9, Ziff. 11), dass zwischen den von ihr abgelehnten Handelsrichtern und der Beschwerdegegnerin 1 sehr wohl "massiv tatsächliche wie auch rechtliche Bindungen" über den SVV bestünden. Ihre diesbezüglichen Vorbringen erschöpfen sich aber in einer Wiederholung des bereits vor der Vorinstanz Vorgebrachten, wonach die (angeblichen) faktischen und rechtlichen Bindungen an den weisungsberechtigten Arbeitgeber (SVV) bzw. den Vorstand und insbesondere deren Mitglieder den "allgemeinen Anschein der Voreingenommenheit insbesondere der mit dem Schweizerischen Versicherungsverband besonderes verbundenen Handelsrichter" (Beschwerde S. 11, Ziff. 12) begründeten. Sie unterlässt es aber, sich konkret mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen und einen Nichtigkeitsgrund zu behaupten, geschweige denn nachzuweisen, wie dies im Lichte von § 288 Ziff. 3 ZPO erforderlich wäre. Insoweit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

4. Die Beschwerdeführerin erhebt im Zusammenhang mit der Ablehnung der Handelsrichter Berger und Dr. Lörtscher eine Reihe weiterer Rügen (Beschwerde S. 20 ff., Ziff. 21 bis 30). Da nach dem oben Ausgeführten dieser Teil des Begehrens, soweit es um Handelsrichter Berger geht, von der Vorinstanz ohnehin nochmals zu prüfen sein wird, erübrigt es sich, darauf näher einzugehen. Was Handelsrichter Dr. Lörtscher betrifft, erschöpft sich die Kritik der Beschwerdeführerin am angefochtenen Entscheid in der Behauptung (Beschwerde Ziff. 28, S. 25 f.), die Vorinstanz habe diesen "reingewaschen", obschon er als Vorsitzender der Kommission "Recht & Compliance" eng der Interessenpolitik des SVV bzw. deren grossen Mitglieder verbunden sei. Damit wird jedoch kein Nichtigkeitsgrund nachgewiesen.

5. Mit einer weiteren Rüge bezieht sich die Beschwerdeführerin auf die Frage der Befangenheit bzw. Vorbefassung von vier Gerichtsmitgliedern, nämlich Handelsgerichtspräsident Thomas Seeger, Ersatzoberrichterin Dr. Franziska Grob sowie wiederum Handelsrichter Berger und Dr. Lörtscher (Beschwerde Ziff. 15 ff., S. 13 ff.).

5.1 Die Beschwerdeführerin wirft in diesem Zusammenhang den abgelehnten Richtern vorab vor, das Ergebnis des vorliegenden Prozesses könne nicht mehr als offen gelten, nachdem das Kassationsgericht das vorinstanzliche Urteil vom 18. Juni 2007 wegen Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes aufgehoben habe. Des Weiteren nimmt sie daran Anstoss, dass die abgelehnten Richter bei verschiedenen Gelegenheiten ihren Unwillen bzw. ihre fehlende Bereitschaft zur ordnungsgemässen Durchführung des vorliegenden Prozesses kundgetan hätten.

Zu sämtlichen Punkten hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid Stellung genommen und ist zum Schluss gelangt (Beschluss S. 13 unten), die behaupteten bzw. (im erwähnten Rechtsmittelverfahren) festgestellten Verfahrensfehler seien von vornherein nicht geeignet, den objektiven Anschein einer richterlichen Befangenheit zu begründen, bewegten sie sich doch im Rahmen dessen, was mit zivilprozessualen Rechtsmitteln in vielen Fällen zur Beurteilung – und teilweise auch zur Gutheissung – gelange, ohne dass die jeweiligen Richter deswe-

gen schon den Anschein von Befangenheit erweckten. Auf die einzelnen Punkte dieses Komplexes ist nachfolgend, soweit erforderlich, einzugehen.

5.2 Die Beschwerdeführerin macht als erstes geltend (Beschwerde Ziff. 15 f., S. 13 ff.), die von der Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht getroffenen Annahmen beruhten auf einer nicht rechtskonformen Würdigung des Beweisergebnisses, konkret auf einer Verletzung von § 148 Satz 2 ZPO.

a) Die Beschwerdeführerin weist zunächst auf die in § 97 GVG statuierte Anzeigepflicht des Justizbeamten bei Vorliegen eines Ausstands- und/oder Ablehnungsgrundes hin; ebenso sehe § 35 des Gesetzes über die politischen Rechte eine Anzeigepflicht bei Dahinfallen einer Wählbarkeitsvoraussetzung vor. In jedem Fall binde der Grundsatz von Treu und Glauben auch den Richter, was bedeute, dass die Parteien darauf vertrauen könnten bzw. müssten, dass Mitglieder eines Gerichtes alle Umstände offen legten, die bei den Parteien berechnete Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichtes aufkommen lassen könnten und überdies in klaren Fällen von sich aus in den Ausstand träten. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrer Eingabe vom 12. Mai 2009 unter Ziff. 7 bis 11 Behauptungen aufgestellt, die solche Zweifel hätten aufkommen lassen können. Die betroffenen Richter hätten damit in ihrer gewissenhaften Erklärung entsprechend ihrer Rechtspflicht zur Zweifelsbeseitigung nicht nur ihrem subjektiven Gefühl der Nichtbefangenheit Ausdruck geben dürfen, sondern die geäusserten Zweifel im Rahmen des gemäss § 100 GVG ohnehin sehr beschränkten Beweisverfahrens detailliert ausräumen müssen. Die Vorinstanz ihrerseits hätte diese "Verweigerung der Beweisabnahme" (gemeint: Verweigerung der Mitwirkung an der Beweiserhebung) gemäss § 148 Abs. 2 ZPO würdigen müssen; nachdem eine Selbstauskunftspflicht der Richter für behauptete Zweifel an deren Unparteilichkeit besteht, könne wegen dieser offensichtlichen Verweigerung nur davon ausgegangen werden, dass die in den Ziff. 7 bis 11 der genannten Rechtsschrift vorgebrachten Befangenheitsgründe als bewiesen zu gelten haben. Indessen habe die Vorinstanz die geltend gemachten Gründe nicht als richtig anerkannt, sondern teilweise eigene Feststellungen zum Sachverhalt getroffen.

Konkret bezieht sich die Beschwerdeführer auf die von ihr vor Vorinstanz aufgestellten Behauptungen zur Aufwändigkeit von Haftpflichtprozessen, zur willkürlichen Beweiswürdigung, zur oftmals als "feindlich berichteten" Einstellung der Berufs- und auch Fachrichter gegenüber invaliden Klägern, zu den Merkwürdigkeiten im Teilurteil vom 18. Juni 2007, zur Schikane (Schikanierung?) der Beschwerdeführerin mit der "klar bundes- und kantonrechtswidrigen Bezifferung des Streitwertes in astronomischer Höhe", zu den gerichtlichen Unfreundlichkeiten anlässlich der Referentenaudienz vom 15. April 2005, zum Erlass des Teilurteils vom 9. März 2007 ohne Beweisaufgabe und der Entscheidung vom 18. Juni 2007 trotz eines noch hängigen Ablehnungsverfahrens, zur dadurch bedingten Arbeitsverweigerung bei der Beweiserhebung und zum "freien Phantasieren ohne jegliches Beweisverfahren". Aus all diesen Argumenten ergebe sich bereits der Anschein von Befangenheit; sie kämen als tatsächliche Indizien für den inneren Sachverhalt in Betracht, wonach für die abgelehnten Richter im Beweisaufgabebeschluss vom 9. April 2009 der Verlauf des Verfahrens bezüglich des Haushaltsschadens sowie der Anwaltskosten nicht mehr offen gewesen sei.

b) Als Ablehnungsgrund kommt im vorliegenden Zusammenhang konkret allein Befangenheit bzw. Anschein von Befangenheit (§ 96 Ziff. 4 GVG) in Frage. Bei eigentlicher Befangenheit eines Justizbeamten handelt es sich um einen inneren Sachverhalt, während der blosser Anschein von Befangenheit ein objektivierter bzw. rechtlich geprägter Tatbestand ist, über dessen Vorhandensein aufgrund bestimmter (zumindest glaubhaft zu machender) tatsächlicher Umstände zu entscheiden ist. Liegt eine gewissenhafte Erklärung des abgelehnten Justizbeamten vor, wonach sich dieser befangen fühlt und er deshalb den Ausstand verlangt, darf ihm dieser grundsätzlich nicht verweigert werden (§ 100 Abs. 2 GVG; vgl. immerhin Vorbehalte bei HAUSER/SCHWERI, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 101 N. 10); weitere Abklärungen erübrigen sich damit. Erklärt der Abgelehnte demgegenüber, er fühle sich nicht befangen und es liege kein Ablehnungsgrund vor, stellt sich die Frage, ob ungeachtet dessen zumindest der Anschein von Befangenheit gegeben ist; ob darüber hinaus (entgegen der gewissenhaften Erklärung) tatsächliche Befangenheit vorliegt, kann im Falle des Anscheins von Befangenheit offen gelassen werden, weil die betref-

fende Partei mit der Bejahung des Anscheins von Befangenheit ihr Ziel erreicht hat. Fehlt es hingegen am Anschein der Befangenheit, kann umso eher tatsächliche Befangenheit ausgeschlossen werden

Soweit es um den Anschein von Befangenheit geht, hat der Gesuchsteller das Begehren zu begründen, d.h. er hat entsprechende Behauptungen aufzustellen und soweit als möglich zu belegen; nötigenfalls sind darüber weitere Beweise zu erheben (§ 100 Abs. 1 Satz 1 und 3 GVG). Soweit die erkennende Instanz die von der Partei angeführten Tatsachen ihrem Entscheid zugrunde legt, stellt sich die Frage nach weiteren beweismässigen Abklärungen nicht; der Schluss auf Anschein von Befangenheit im Sinne des Gesetzes ist im Folgenden ein rechtlicher. Der Anzeigepflicht gemäss § 97 GVG kommt in diesem Zusammenhang entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine weitere Bedeutung zu. Zwar sieht das Gesetz eine Anzeigepflicht sowohl im Falle eines Ausschlussgrundes (§ 95 GVG) wie auch im Falle eines Ablehnungsgrundes (§ 96 GVG) vor. Bei den Ablehnungsgründen fallen zunächst diejenigen nach § 96 Ziff. 1 bis 3 GVG in Betracht, wo jeweils bereits der objektive Sachverhalt massgebend ist. Geht es um den Tatbestand von § 96 Ziff. 4 GVG und hier um den Anschein von Befangenheit, so handelt es sich um eine in der jeweiligen Konstellation vorzunehmende rechtliche Würdigung aller Umstände, wobei es Sache der zuständigen Behörde ist, die Frage nach dem Vorliegen des Ablehnungsgrundes zu beantworten. Allein die Tatsache, dass eine Partei aus ihrer Sicht einen Ablehnungsgrund (im Sinne des Anscheins von Befangenheit) geltend macht, führt noch nicht zur Bejahung einer entsprechenden Meldepflicht, sofern der betreffende Justizbeamte seinerseits gar keinen Anlass hatte, einen Ablehnungsgrund zu erkennen (vgl. HAUSER/SCHWERI, a.a.O., § 97 N. 2; RB 1998 Nr. 45).

c) Im vorliegenden Falle hatte die Beschwerdeführerin eine Reihe von Umständen und Vorkommnissen genannt, aus denen sie den Schluss zieht, die in Frage stehenden Richter seien ihr gegenüber befangen bzw. hätten zumindest den Anschein der Befangenheit erweckt. Nachdem die betreffenden Richter die gewissenhafte Erklärung abgegeben hatten, sie fühlten sich nicht befangen, stellte sich nach dem Gesagten einzig die Frage, ob dessen ungeachtet der Anschein

von Befangenheit vorliege. Nachdem die Beschwerdeführerin selber nicht behauptet, die Vorinstanz habe sich bei ihrem Entscheid über ihre tatsächlichen Vorbringen hinweggesetzt bzw. habe diese als nicht erwiesen betrachtet, ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Verletzung von Beweisvorschriften vorliegen soll. Namentlich kann keine Rede davon sein, dass die Vorinstanz nach § 148 Satz 2 ZPO hätte vorgehen müssen. Nach dieser Bestimmung berücksichtigt das Gericht das Verhalten der Parteien im Prozess, namentlich die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Abgesehen davon, dass sich diese Bestimmung auf das Verhalten der Prozessparteien (und nicht der Mitglieder des Gerichts) bezieht und eine Anwendung auf die vorliegende Konstellation somit, wenn überhaupt, nur sinngemäss in Betracht fallen könnte, liegt keine Mitwirkungsverweigerung bei der Beweiserhebung vor. Wie oben gezeigt, waren die abgelehnten Richter allein dazu verpflichtet, eine gewissenhafte Erklärung darüber abzugeben, ob sie sich selber als befangen erachteten oder nicht. Für die weitergehende Frage, ob der *Anschein* von Befangenheit vorliege oder nicht, bedurfte es keiner Auskünfte der Richter, sondern es war darüber von der Vorinstanz anhand der von der Beschwerdeführerin behaupteten (und von keiner Seite in Frage gestellten) Umstände zu entscheiden.

Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, die Vorinstanz habe "teilweise eigene Feststellungen zum Sachverhalt getroffen", unterlässt sie es, dies näher zu belegen. Es ist nicht ersichtlich, wo die Vorinstanz derartige, über das von der Beschwerdeführerin Behauptete hinausgehende (bzw. dem widersprechende) Annahmen getroffen haben soll.

d) Die Rüge der Verletzung von Beweisvorschriften erweist sich damit als unbegründet.

5.3 Damit könnte sich nur noch fragen, ob die Vorinstanz auf der Basis der Vorbringen der Beschwerdeführerin davon ausgehen durfte, es liege kein Anschein von Befangenheit vor.

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid zunächst in allgemeiner Weise auf die Voraussetzungen für die Annahme des Anscheins von Befangenheit Bezug ge-

nommen (Beschluss S. 9 ff.); im Einzelnen hat sie sodann die von der Beschwerdeführerin angerufenen konkreten Umstände bzw. (behaupteten) Mängel des vorliegenden Verfahrens rekapituliert und gewürdigt und ist dabei zum Schluss gelangt, die von der Beschwerdeführerin gerügten Verfahrensfehler seien von vornherein nicht geeignet, den objektiven Anschein einer richterlichen Befangenheit zu belegen (Beschluss S. 13 unten). Bei diesem Schluss handelt es sich, wie oben gezeigt, nicht um eine tatsächliche Feststellung, sondern um eine rechtliche Würdigung von Tatsachen im Lichte von § 96 Ziff. 4 GVG bzw. Art. 30 Abs. 1 BV.

Die Beschwerdeführerin beschränkt sich im Wesentlichen darauf, in der Beschwerde (Ziff. 17, S. 15 ff.) noch einmal darauf hinzuweisen, dass die abgelehnten Richter mit den in Frage stehenden Verhaltensweisen "den direkten und unumstösslichen Beweis" erbracht hätten, dass das Verfahren insgesamt nicht mehr offen gewesen sei. Sie setzt ihre Sichtweise derjenigen der Vorinstanz entgegen, ohne sich in diesem Zusammenhang konkret mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinanderzusetzen, wie dies zum Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes erforderlich wäre. Zudem verkennt sie nach dem Gesagten, dass es nicht um die Frage des Nachweises eines Sachverhaltes, sondern ausschliesslich darum geht, ob der als solche unbestrittene Sachverhaltskomplex geeignet ist, den Anschein von Befangenheit zu begründen. Die Rüge erweist sich daher als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

6. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde in einem Punkt als begründet, nämlich mit Bezug auf die Abweisung des Ablehnungsbegehrens gegen Handelsrichter Berger (Ziff. 3.2). Insoweit sind in teilweiser Gutheissung der Beschwerde Dispositiv-Ziff. 3 (mit Bezug auf Handelsrichter Berger) und 4 des angefochtenen Beschlusses aufzuheben. Die Sache ist insoweit zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7.1 Hinsichtlich der Bemessung der Gerichtsgebühr kann auf den Einspracheentscheid vom 18. Januar 2010 (act. 21) sowie RB 2009 Nr. 51 verwiesen werden.

7.2 Die Beschwerdeführerin unterliegt mit Bezug auf die grundsätzliche Frage der Verfassungs- bzw. Konventionsmässigkeit des Handelsgerichts sowie hinsichtlich der Ablehnung der beiden Oberrichter und des Handelsrichters Dr. Lörtcher. Entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu vier Fünfteln der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und zu einem Fünftel auf die Gerichtskasse zu nehmen.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziff. 3 (soweit die Ablehnung von Handelsrichter Berger betreffend) sowie Dispositiv-Ziff. 4 des Beschlusses der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 18. September 2009 aufgehoben und wird die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 35'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin zu vier Fünftel auferlegt; ein Fünftel wird auf die Gerichtskasse genommen.
4. 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. 5'273'525.--.

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

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich sowie an das Handelsgericht des Kantons Zürich (Proz.-Nr. HG040317), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Generalsekretär: