



Kass.-Nr. AA080148/U/mum

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

Zirkulationsbeschluss vom 7. Dezember 2009

in Sachen

X. AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt

gegen

Z. AG,

(vormals: Y.),

Beklagte und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Forderung

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Juli 2008 (HG030346/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft mit dem Zweck der Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art, auch als Generalunternehmerin (HG [Handelsgericht] act. 4/2). Die Beschwerdegegnerin ist eine Versicherungsgesellschaft. Am 2. Dezember 1994 schlossen eine "Baugesellschaft" A.-"strasse" als Bauherrin und die Beschwerdeführerin "als Totalunternehmer" einen Werkvertrag für Generalunternehmer ("Totalunternehmervertrag"), wonach die Bauherrin der Beschwerdeführerin die Erstellung eines Mehrfamilienhauses (Eigentumswohnungen) an der A.-strasse in Zürich übertrug (HG act. 4/7). Im August 1995 schlossen die Beschwerdeführerin als Versicherungsnehmerin und die Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin (vgl. KG act. 13 S. 4 Ziff. 6, act. 14/1 und 14/2) als Versicherer unter dem Titel "General-Unternehmen Haftpflicht-Versicherung" einen Vertrag, gemäss welchem die Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin "die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers" versicherte ("Versicherungsart Anlagen-, Betriebs-, Produkte- und Berufs-Haftpflicht-Versicherung") (HG act. 4/4, Police Nr. 49 / 62'214 /01) (im Folgenden wird der Begriff "Beschwerdegegnerin" auch für deren Rechtsvorgängerin verwendet und nicht mehr zwischen der Beschwerdegegnerin und ihrer Rechtsvorgängerin unterschieden).

2. Mit Einreichung einer Weisung vom 21. August 2003 (HG act. 3) und einer Klageschrift vom 19. September 2003 (HG act. 1) stellte die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich das Rechtsbegehren, die Rechtsvorgängerin der Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr aus dem vorgenannten Versicherungsvertrag Fr. 2 Mio. zu bezahlen (HG act. 1 S. 2). Mit Urteil vom 3. Juli 2008 wies das Handelsgericht die Klage ab (KG act. 2).

3. Gegen das handelsgerichtliche Urteil reichte die Beschwerdeführerin rechtzeitig (HG act. 63A, KG act. 1a) eine Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit dieser beantragt sie in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. Eventualiter beantragt sie die Streichung von 29 einzeln zitierten Erwägungen aus dem angefochtenen Urteil zuhanden des Bundesgerichts (KG act. 1 S. 2 - 6). Antragsgemäss (KG act. 1 S. 6) wurde der Beschwerde mit Bezug auf die der Beschwerdegegnerin mit dem angefochtenen Urteil zugesprochene Prozessentschädigung aufschiebende Wirkung verliehen (KG act. 6 Ziff. 5). Die ihr nach § 75 ZPO auferlegte Prozesskaution von Fr. 62'000.-- (KG act. 6 Ziff. 4) leistete die Beschwerdeführerin fristgerecht (KG act. 6, 7/1, 8). Die Vorinstanz verzichtete ausdrücklich auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Die Beschwerdegegnerin beantragt mit innert erstreckter Frist eingereichter (KG act. 11, 13) Beschwerdeantwort die Abweisung der Beschwerde (KG act. 13). Diese Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 15, 16/1). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten im vorliegenden Verfahren nicht.

II.

1. Gegen das angefochtene handelsgerichtliche Urteil ist auch eine Beschwerde in Zivilsachen im Sinne von Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht zulässig (vgl. auch die zutreffende vorinstanzliche Rechtsmittelbelehrung KG act. 2 S. 59). Wenn das Bundesgericht frei überprüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliege, ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (von einzelnen Ausnahmen abgesehen) nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Im Rahmen einer Beschwerde in Zivilsachen kann beim Bundesgericht insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Solche Rügen überprüft das Bundesgericht frei (Kass.-Nr. AA070079 vom 27.2.2008 Erw. II.2.a mit weiteren Hinweisen). Auf entsprechende Rügen kann im kantonalen Beschwerdeverfahren deshalb nicht eingetreten werden, und zwar auch nicht unter dem Rügegrund der Verletzung klaren materiellen Rechts gemäss § 281 Ziff. 3

ZPO. Die Spezialbestimmung von § 285 ZPO geht § 281 ZPO vor (vgl. z.B. Kass.-Nr. AA090126 vom 30.9.2009 mit weiteren Hinweisen).

2. Im ersten Satz ihrer Erwägungen hielt die Vorinstanz unter Verweisung auf HG act. 4/4 fest, dass die Parteien am 8./25. August 1995 einen Haftpflichtversicherungsvertrag abgeschlossen hatten (KG act. 2 S. 2). Bereits diese Erwägung rügt die Beschwerdeführerin als aktenwidrig. Sie beruhe auf willkürlichen tatsächlichen Annahmen (KG act. 1 S. 13 Ziff. 24).

Die gerügte Erwägung enthält keine tatsächliche Annahme, sondern eine rechtliche Qualifikation des von den Parteien am 8./25. August 1995 unterzeichneten Vertrags HG act. 4/4. Bei einer solchen rechtlichen Qualifikation eines Vertrages handelt es sich (im Unterschied etwa zur [vorliegend von der Vorinstanz nicht getroffenen] Feststellung eines [von einer objektivierten Vertragsauslegung abweichenden] tatsächlichen übereinstimmenden Parteiwillens [vgl. BGE 131 III 467, 469 Erw. 1.1]) um eine Anwendung von Bundesrecht, nämlich von Art. 1 und 18 OR und des Vertrauensgrundsatzes (vgl. z.B. Messmer/Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, N 96 mit zahlreichen Hinweisen; BGE 131 III 467, 469 f., 118 II 366, 117 II 278 f. Erw. 5.a). Auf diesbezügliche Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

Abgesehen davon ist die Rüge der aktenwidrigen Feststellung und willkürlicher tatsächlicher Annahmen bei der expliziten Bezeichnung des Vertrags als "General-Unternehmen Haftpflicht-Versicherung", der Einleitung, dass die Beschwerdegegnerin "die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers" versichere, und der Umschreibung der Versicherungsart als "Anlagen-, Betriebs-, Produkte- und Berufs-Haftpflicht-Versicherung" (HG act. 4/4) nicht nachvollziehbar.

3. In Erw. 4.a.aa stellte die Vorinstanz unter verschiedenen Zitaten aus Rechtsprechung und Literatur allgemeine Überlegungen zum Inhalt einer Haftpflichtversicherung an (KG act. 2 S. 13). Die Beschwerdeführerin rügt auch Erwägungen daraus als aktenwidrige Feststellung, die auf willkürlichen tatsächlichen Annahmen beruhe (KG act. 1 S. 13 f.). Die allgemeinen vorinstanzlichen

Erwägungen sind indes ausschliesslich bundesrechtlicher Natur. Diese bzw. deren Anwendung auf den konkreten Fall können auf entsprechende Rügen vom Bundesgericht frei überprüft werden. Auf Rügen in diesem Bereich kann im vorliegenden kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden. Das gilt auch für die Ausführungen der Beschwerdeführerin dazu, dass die Vorinstanz die Police (HG act. 4/4) und die besonderen Bestimmungen zur Berufshaftpflichtversicherung (HG act. 4/6) nicht (richtig) berücksichtigt habe (KG act. 1 S. 13 - 15 Ziff. 26 - 28). Im Gegensatz zur Darstellung in der Beschwerde ging es bei den gerügten Erwägungen nicht um die Feststellung des Sachverhalts.

4. Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 9 lit. a AVB beständen die Leistungen der Beschwerdegegnerin in der Entschädigung begründeter und in der Abwehr unbegründeter Ansprüche (KG act. 2 S. 14).

Die Beschwerdeführerin rügt, in dieser wie auch in zahlreichen anderen nachfolgenden Feststellungen habe die Vorinstanz nur einen Teil der Akten beigezogen und andere nicht berücksichtigt. Damit habe die Vorinstanz den Sachverhalt aktenwidrig festgestellt und eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen (KG act. 1 S. 15 Ziff. 30 ff.). Auch bei dieser gerügten vorinstanzlichen Erwägung handelt es sich ausschliesslich um eine solche rechtlicher Natur zum Inhalt der allgemeinen Vertragsbedingungen und damit um vom Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsanwendung (vgl. auch dazu Messmer/Imboden, a.a.O., N 96 mit weiteren Hinweisen). Als Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 95 lit. a BGG kann mit der bundesrechtlichen Beschwerde in Zivilsachen auch geltend gemacht werden, der kantonale Sachrichter habe nicht alle relevanten Tatsachen ermittelt, welche zur Rechtsanwendung nötig seien. Soweit es um die Anwendung von Bundesrecht geht, ist die unvollständige oder lückenhafte Sachverhaltsfeststellung mittels Beschwerde in Zivilsachen geltend zu machen (Kass.-Nr. AA070079 vom 27.2.2008 Erw. II.2.b.cc mit weiteren Hinweisen). Umso mehr gilt dies, wenn (wie vorliegend) geltend gemacht wird, der kantonale Sachrichter habe rechtliche Grundlagen (i.c. Bestimmungen in AVB) nicht berücksichtigt. Auch dabei handelt es sich entgegen der Beschwerde (KG act. 1 S. 15 Ziff. 32) nicht um eine Feststellung des Sachverhalts, sondern um Rechtsanwendung.

5. Auch bei den von der Beschwerdeführerin als Feststellungen 4 und 5 beanstandeten vorinstanzlichen Erwägungen (KG act. 1 S. 16 Ziff. 34 und 35) handelt es sich ausschliesslich um Rechtsanwendung (Auslegung der vertraglichen Grundlagen und deren Anwendung). Auf die dagegen gerichteten Rügen (KG act. 1 S. 16 f. Ziff. 36 f.) kann nicht eingetreten werden.

6. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang überdies geltend, der vorinstanzliche Instruktionsrichter sei wie die Parteien nicht von einer Haftpflichtversicherung, sondern von einer "Versicherung für Bautenschäden infolge von Planungsfehlern" ausgegangen. Indem sich die Vorinstanz über die Ausführungen der Parteien und über die Feststellungen des Instruktionsrichters hinweggesetzt habe, habe sie aktenwidrige und willkürliche Feststellungen getroffen (KG act. 1 S. 17 Ziff. 38).

a) 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). 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.).

b) Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, wo die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren nicht von einer Haftpflichtversicherung, sondern (sofern und soweit darin überhaupt ein Gegensatz liegt) von einer "Versicherung für Bautenschäden infolge von Planungsfehlern" ausgegangen wären. Darauf kann nicht eingetreten werden.

c) Die Vorinstanz ist bei ihrer Entscheidungsfindung nicht an die rechtliche Auffassung des Instruktionsrichters gebunden. Selbst wenn der Instruktionsrichter eine andere Auffassung geäußert hätte als schliesslich dem Urteil der Vorinstanz zugrunde liegt, ist nicht ersichtlich, welcher Nichtigkeitsgrund dadurch gesetzt würde. Das zeigt die Beschwerdeführerin (neben der unzutreffenden Behauptung der aktenwidrigen und willkürlichen [tatsächlichen] Feststellung) auch nicht auf. Bereits vorstehend wurde darauf hingewiesen, dass es sich bei den gerügten Erwägungen um solche rechtlicher Natur handelt. Die Vorinstanz traf damit keine tatsächlichen Feststellungen.

7. Unter dem Titel "Haftpflichtrechtliche Grundlagen" (KG act. 2 S. 18) erwog die Vorinstanz nach der Feststellung, dass die Parteien in Art. 13 des Generalunternehmervertrages die Anwendung der Art. 157 ff. der SIA-Norm 118 vereinbart hätten, und nach einer Darstellung von Art. 13.2 - 13.4 des Generalunternehmervertrages und von Art. 174 sowie Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118, was die Beschwerdeführerin hätte dartun müssen (nämlich dass aufgrund von Planungsfehlern, welche von ihr beigezogene Unternehmer oder Planer begangen hätten, Werkmängel entstanden seien, welche die Bauherrschaft ihr gegenüber fristgerecht gerügt und deren Nachbesserung verlangt hätte, sowie dass die Beschwerdeführerin bzw. ihre Hilfspersonen die Nachbesserungen im Einvernehmen mit der Beschwerdegegnerin vorgenommen hätten [mit Verweisung auf Art. 17 Abs. 2 und Art. 18 AVB]) (KG act. 2 S. 19).

a) Die Beschwerdeführerin rügt auch diese Erwägungen als aktenwidrig und willkürlich (KG act. 2 S. 18 Ziff. 40). Auch diese Erwägungen sind indes ausschliesslich bundesrechtlicher Natur. Auf dagegen gerichtete Rügen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden.

b) Sodann macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe vor Vorinstanz darauf hingewiesen, dass sich die Versicherungsdeckung nicht auf die gesetzliche Haftpflicht beschränke, sondern weitere Versicherungsfälle abdecke. Die Beschwerdegegnerin habe diese Erweiterung der Versicherungsdeckung in der Klageantwort nicht bestritten. Da der Sachverhalt bezüglich der Erweiterung der Versicherungsdeckung auf Bautenschäden infolge von Planungsfehlern mithin zwischen den Parteien nicht strittig gewesen sei, verletze die vorinstanzliche Annahme, dass eine solche Erweiterung nicht vorliege, auch die Verhandlungsmaxime (KG act. 1 S. 18 f. Ziff. 41 - 43).

aa) Die Verhandlungsmaxime gilt für das Tatsächliche des Rechtsstreits (§ 54 Abs. 1 ZPO). Bei den von der Beschwerdeführerin angeführten Behauptungen handelt es sich indes um rechtliche Ausführungen und Schlussfolgerungen. Die Rüge der Verletzung der Verhandlungsmaxime geht schon deshalb fehl.

bb) Abgesehen davon stellte die Vorinstanz entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin gar nicht fest, dass im Versicherungsvertrag keine "Erweiterung der Versicherungsdeckung auf Bautenschäden infolge von Planungsfehlern" vereinbart worden war. Im Gegenteil erwog die Vorinstanz explizit, die Beschwerdeführerin hätte darzutun gehabt, dass Werkmängel aufgrund von Planungsfehlern entstanden seien (und dass die Bauherrschaft diese fristgerecht gerügt hätte) (KG act. 2 S. 19). Dabei umfasst der von der Vorinstanz verwendete Begriff *Werkmängel* auch den von der Beschwerdeführerin (und nach ihrer Darstellung auch von der Beschwerdegegnerin) verwendeten Begriff *Bautenschäden* (vgl. Ziff. 6.3.1.a erstes Lemma der Besonderen Bestimmungen zur Berufs-Haftpflicht-Versicherung [BHB]: "Bautenschäden, d.h. - Schäden und Mängel an Bauten, die aufgrund von Planungsarbeiten der Versicherten oder unter deren Bauleitung erstellt werden" [HG act. 4/6 S. 4]. Solche sind die von der Vorinstanz erwähnten aufgrund von Planungsfehlern entstandenen Werkmängel). Die Vorinstanz ver-

kannte nicht und überging nicht, dass beide Parteien von einer Versicherungsdeckung für Bautenschäden infolge von Planungsfehlern ausgegangen sind, und ging bei ihrem Urteil selber von einer solchen Versicherungsdeckung aus (vgl. z.B. KG act. 2 S. 2, S. 7, S. 16 erster Absatz). Wenn die Vorinstanz auch die Versicherungsdeckung für Bautenschäden infolge von Planungsfehlern den haftpflichtrechtlichen Grundlagen unterstellte, davon ausging, dass (nur) die Haftpflicht für solche Schäden versichert sei, und deren Geltendmachung bestimmten Voraussetzungen (so in der gerügten Erwägung der rechtzeitigen Mängelrüge durch die Bauherrschaft und dem Einverständnis der Beschwerdegegnerin mit Nachbesserungen) unterstellte (KG act. 2 S. 19), schloss sie damit keineswegs eine Deckungserweiterung auf Bautenschäden aufgrund von Planungsfehlern aus. Die Rüge geht am angefochtenen Urteil vorbei und auch deshalb fehl.

8. Die Vorinstanz erwog unter dem Titel "Haftung der Beklagten für (B.)", die Beschwerdeführerin leite ihren Versicherungsanspruch aus fünf Schadenfällen mit einer Gesamtforderungssumme von mehr als 8 Millionen Franken ab (KG act. 2 S. 19 unter lit. C). Sie werfe der Architektin B. Planungsfehler bei sämtlichen Schadenfällen vor. Es sei zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin für Schäden hafte, welche auf Planungsfehler von B. zurückzuführen seien (KG act. 2 S. 20 erster Absatz). Nach Darstellung der Beschwerdeführerin habe die Baugesellschaft A.-strasse im Mai 1994 die gesamte Architektur-Ausführungsplanung an B. übergeben. Gemäss GU-Vertrag vom 2. Dezember 1994 habe die Beschwerdeführerin (so ihre weitere Darstellung) die bereits abgeschlossenen Verträge mit Planern und Unternehmern übernommen, so auch denjenigen mit der Architektin B. (KG act. 2 S. 20). Die Beschwerdegegnerin behaupte, die Bauherrschaft bzw. die C. AG habe B. jeweils fallweise mit der Erstellung von Plänen beauftragt. Am direkten Vertragsverhältnis zwischen der C. AG und B. habe die im Vertrag der Beschwerdeführerin mit der Bauherrschaft global formulierte Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin nichts geändert. Das Vertragsverhältnis von B. habe lediglich zur C. AG bestanden. B. habe einer Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin nicht zugestimmt. B. sei eine von der C. AG, nicht von der Beschwerdeführerin beauftragte Hilfsperson gewesen (KG act. 2 S. 21). Der Architekt könne - so die vorinstanzlichen Erwägungen zu diesen

Parteidarstellungen - Hilfsperson des Bauherrn oder des Generalunternehmers sein. Die Beschwerdeführerin habe somit alle Umstände darzutun gehabt, aus denen hervorgehe, dass B. als ihre Beauftragte die den geltend gemachten Schadenfällen zugrunde liegenden Pläne gezeichnet habe (KG act. 2 S. 22 f.).

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe willkürlich aus der Feststellung, der Architekt könne entweder Hilfsperson des Bauherrn oder des Generalunternehmers sein, abgeleitet, dass die Beschwerdeführerin alle Umstände darzutun habe, aus denen die Hilfspersonbeziehung zu ihr selbst bestehe (KG act. 1 S. 19 f. Ziff. 45). Auch dabei handelt es sich indes um eine Frage der Anwendung des Bundesrechts, worauf vorliegend nicht eingetreten werden kann.

9. Die Vorinstanz erwog, gemäss GU-Vertrag nehme der Generalunternehmer davon Kenntnis, dass der Bauherr mit den Architekten C. AG und den Ingenieuren D. + E. Verträge abgeschlossen habe. Der Generalunternehmer übernehme nach dieser Vertragsbestimmung die bereits abgeschlossenen Verträge mit Planern und Unternehmern gemäss Beilage I. Diese Beilage liege allerdings nicht bei den Akten (KG act. 2 S. 23).

a) Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass der Vertrag mit B. auch auf dieser Liste aufgeführt sei. Darüber hätte Beweis abgenommen werden müssen. Es bestehe keine Pflicht, sämtliche relevanten Beilagen bereits im Rahmen des Schriftenwechsels einzureichen. Vielmehr sei dies erst im Rahmen des Beweisverfahrens notwendig. Aus dem Umstand, dass eine Beilage im Hauptverfahren noch nicht in den Akten sei, dürfe das Handelsgesicht nichts Nachteiliges ableiten. Die vorinstanzliche Feststellung sei willkürlich und verletze das Recht der Beschwerdeführerin auf ein ordnungsgemässes Beweisverfahren (KG act. 1 S. 20 Ziff. 47).

b) Die Beschwerdegegnerin entgegnet, die Vorinstanz habe aus der Feststellung, dass sich die erwähnte Beilage nicht in den Akten befinde, keinen für die Beschwerdeführerin nachteiligen Schluss gezogen. Die Vorinstanz habe lediglich darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin nicht einmal behauptet habe, dass B. zugestimmt habe, weshalb hierüber nicht Beweis abgenommen werden

könne. Dabei spiele die fehlende Beilage I zum GU-Vertrag keine Rolle (KG act. 13 S. 20 erster Absatz).

c) Die Vorinstanz erwog im Anschluss an die Feststellung, dass sich die Beilage I zum GU-Vertrag nicht bei den Akten befinde, der Abschluss des GU-Vertrages und die behauptete Vertragsübernahme hätten vor der Eintragung der Beschwerdeführerin ins Handelsregister stattgefunden. Gemäss Art. 645 Abs. 2 OR könnten solche im Namen der zu bildenden Gesellschaft (i.c. gemeint: der Beschwerdeführerin) eingegangenen Rechtsgeschäfte von dieser innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Eintragung in das Handelsregister übernommen werden. Die Beschwerdeführerin behauptete nicht explizit, dass sie der Übernahme des GU-Vertrages zugestimmt habe. Indessen gehe auch die Beschwerdegegnerin letztlich davon aus, dass die Beschwerdeführerin Trägerin der Rechte und Pflichten aus dem GU-Vertrag sei. Die Beschwerdeführerin führe auch nicht aus, wann und in welcher Form B. der Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin zugestimmt haben soll. Ein Beweisverfahren zu dieser Frage könne mangels substantiierter Behauptungen der Beschwerdeführerin nicht durchgeführt werden. Eine Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin sei daher nicht dargetan (KG act. 2 S. 23 f.).

d) Tatsächlich wirkte sich damit die (deshalb unnötige) Feststellung, dass sich die Beilage I zum GU-Vertrag nicht in den Akten befinde, nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus, wie die Beschwerdegegnerin zu Recht einwendet. Die Vorinstanz ging nicht deshalb, weil sich diese Beilage nicht in den Akten befinde, davon aus, dass diese Beilage den Vertrag mit B. nicht enthalte und dass die Beschwerdeführerin deshalb diesen Vertrag nicht übernommen habe. Vielmehr ging sie davon aus, dass deshalb nicht von einer Übernahme des Vertrages mit B. durch die Beschwerdeführerin auszugehen sei, weil die Beschwerdeführerin nicht substantiiert behauptet habe, dass B. einer solchen Vertragsübernahme zugestimmt habe. Damit war es für die Vorinstanz irrelevant, ob der Vertrag mit B. in der Beilage I zum GU-Vertrag enthalten war oder nicht. Damit war es insoweit auch belanglos, dass diese Beilage nicht in den Akten war. Wäre sie in den Akten vorhanden, hätte dies nichts an der vorinstanzlichen Schlussfolgerung geändert.

Die gerügte Feststellung wirkte sich mithin nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus. Ein solcher Nachteil wäre indes für die Zulässigkeit einer entsprechenden Rüge erforderlich (§ 281 ZPO). Die Rüge geht fehl, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann.

10. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe mit den Erwägungen, sie (die Beschwerdeführerin) habe nicht ausgeführt, wann und in welcher Form B. der Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin zugestimmt haben solle, ein Beweisverfahren zu dieser Frage könne mangels substantiierter Behauptungen nicht durchgeführt werden (vgl. vorstehend Erw. 9.c), gegen die richterliche Fragepflicht verstossen (KG act. 1 S. 20 f. Ziff. 49). In einer Verfügung vom 9. September 2005 habe der Instruktionsrichter zwar sehr ausführliche Substantiierungshinweise gemacht. Das Vertragsverhältnis zwischen B. und der Beschwerdeführerin sei darin aber in keiner Weise erwähnt worden. Bei einem Verfahren der vorliegenden Grössenordnung habe von der Beschwerdeführerin nicht verlangt werden können, dass sie die Instruktion und Überwachung aller Unterakkordanten detailliert darstelle (KG act. 1 S. 21 Ziff. 51). Sie habe geltend gemacht, dass sie als Generalunternehmerin alle bereits bestehenden Verträge mit Planern und Unternehmern übernommen habe, sie habe auf die einzeln aufgelisteten zu übernehmenden Verträge in der Beilage 1 hingewiesen, sie habe vor Vorinstanz geltend gemacht, dass B. ihre Rechnungen nach Vertragsübernahme an die Beschwerdeführerin und nicht an die Bauherrin gerichtet habe, dass diese Rechnungen von der Beschwerdeführerin beglichen worden seien, dass das Vertragsverhältnis mit B. im März 1996 aufgelöst worden sei, und sie habe anlässlich der Referentenaudienz Ausführungen zur Instruktion und Überwachung von B. gemacht (KG act. 1 S. 22 Ziff. 52). Indem die Vorinstanz sie nicht zur Substantiierung der als unzureichend dargelegt erachteten Punkte aufgefordert habe, habe sie die richterliche Fragepflicht gemäss § 55 ZPO verletzt (KG act. 1 S. 22 Ziff. 53). Die Beschwerdeführerin habe keinen Anlass zur Vermutung gehabt, dass die Frage nach der konkreten Person, welche die Architektin instruiert habe, für diesen Prozess wesentlich sein könnte. Wenn die Vorinstanz diesem Umstand trotzdem eine Bedeutung habe zumessen wollen, hätte sie die Beschwerdeführe-

rin im Rahmen der Fragepflicht darauf hinweisen müssen (KG act. 1 S. 22 Ziff. 54).

a) Nach den vorinstanzlichen Erwägungen hatte die Beschwerdeführerin behauptet, die Architektur-Ausführungsplanung sei von der Bauherrin im Mai 1994 gesamthaft an die Architektin B. vergeben worden. Diese habe das am 6. Juni 1994 schriftlich bestätigt (KG act. 2 S. 8, S. 20). Gemäss GU-Vertrag (zwischen der Bauherrin und der Beschwerdeführerin, vgl. vorstehend Erw. I.1) habe die Beschwerdeführerin die bereits abgeschlossenen Verträge mit Planern und Unternehmern übernommen, so auch denjenigen mit der Architektin (KG act. 2 S. 10, S. 20). Die mangelhafte Planung des Sanitärplaners und der Architektin B. habe zu einem Schaden von über 9 Millionen Franken geführt, weshalb die Beschwerdegegnerin die Versicherungssumme von 2 Millionen Franken schulde (KG act. 2 S. 2). Gemäss einer graphischen Darstellung der Beschwerdeführerin stand B. in einer organisatorischen Beziehung (ausschliesslich) zu ihr (KG act. 2 S. 10). Die von der Architektin begangenen Planungsfehler seien für die im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Schäden ursächlich (KG act. 2 S. 10 f.). Gegenüber der Bauherrschaft müsse sie (die Beschwerdeführerin) für sämtliche (auf fehlerhafte Planungsarbeiten zurückzuführenden) Mängel einstehen (KG act. 2 S. 11).

b) Zusammenfassend ergibt sich daraus, dass die Beschwerdeführerin geltend gemacht hatte, mit dem GU-Vertrag habe sie den früher zwischen der Bauherrschaft und der Architektin B. abgeschlossenen Vertrag (auf Seiten der Bauherrschaft) übernommen, weshalb sie (die Beschwerdeführerin) der Bauherrschaft gegenüber für Planungsfehler der Architektin hafte.

c) Die Vorinstanz erwog, eine Vertragsübernahme (wie die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Übernahme des Vertrages zwischen B. und der Bauherrin durch den GU-Vertrag vom 2.12.1994 zwischen der Beschwerdeführerin und der Bauherrin) bestehe in der Auswechslung einer Vertragspartei und komme durch dreiseitigen Vertrag zwischen den Beteiligten oder zwischen einer Vertragspartei und dem Übernehmer mit nachfolgender Genehmigung der andern Vertragspartei oder auf Grund einer im Vertrag vorbehaltenen Befugnis

zustande. Die Beschwerdeführerin habe behauptet, dass sie mit Vertrag vom 2. Dezember 1994 den Architekturvertrag mit B. von der Baugesellschaft A.-strasse übernommen habe. Sie habe aber nicht ausgeführt, wann und in welcher Form B. der Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin zugestimmt habe. Mangels substantierter Behauptungen zu dieser Frage könne kein Beweisverfahren durchgeführt werden. Eine Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin sei nicht dargetan (KG act. 2 S. 23 f.).

d) Bleibt das Vorbringen einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt, so ist ihr insbesondere durch richterliche Befragung Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu geben (§ 55 ZPO). Nach der vorinstanzlichen Erwägung blieb das Vorbringen der Beschwerdeführerin (sie habe den Vertrag mit der Architektin B. übernommen) in diesem Sinne unklar, unvollständig oder unbestimmt, indem die Beschwerdeführerin nicht ausgeführt habe, wann und in welcher Form B. der Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin zugestimmt habe, und ein Beweisverfahren zu dieser Frage mangels substantierter Behauptung der Beschwerdeführerin nicht durchgeführt werden könne. Diese Unklarheit, Unvollständigkeit oder Unbestimmtheit löste die richterliche Fragepflicht aus. Anstatt es bei der Schlussfolgerung zu belassen, ein Beweisverfahren zu dieser Frage könne mangels substantierter Behauptungen der Beschwerdeführerin nicht durchgeführt werden, hätte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin in Anwendung von § 55 ZPO vorerst Gelegenheit zu substantiierten Behauptungen geben müssen. Indem sie dies unterliess und ohne Ausübung der richterlichen Fragepflicht davon ausging, eine Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin sei nicht dargetan, verletzte sie diesen wesentlichen Verfahrensgrundsatz.

aa) Die Vorinstanz hielt fest, sie habe die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass die haftungsrechtlichen Grundlagen im Hauptverfahren im Einzelnen darzulegen seien (KG act. 2 S. 25 mit Verweisung auf HG Prot. S. 26). An der Stelle, auf welche die Vorinstanz verwies, nämlich auf S. 26 des vorinstanzlichen Protokolls, findet sich indes kein Hinweis, aus welchem die Beschwerdeführerin hätte entnehmen können, dass sie zu substantieren habe, wann und in welcher Form die Architektin B. der Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin

zugestimmt habe. Aus dem Protokoll über die vorinstanzliche Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 8. September 2005 (HG Prot. S. 22 ff.), anlässlich welcher die vorinstanzlichen Substantiierungshinweise gemäss HG Prot. S. 26 gemacht wurden, ergibt sich nicht, dass die Substantiierung der beschwerdeführerischen Behauptung, den Vertrag mit der Architektin B. übernommen zu haben, als ungenügend erachtet worden wäre. Die Substantiierungshinweise auf S. 26 des Protokolls enthalten zahlreiche einzelne Punkte. Kein einziger betrifft aber irgendwie die Frage der Übernahme des Vertrages mit der Architektin B.. Aus diesen Substantiierungshinweisen war im Gegenteil anzunehmen, dass für den damaligen Instruktionsrichter die Substantiierung der Behauptung der Übernahme des Vertrages mit der Architektin B. nicht zweifelhaft oder nicht relevant war.

bb) Die Beschwerdegegnerin wendet ein, die Beschwerdeführerin sei während des ganzen Verfahrens durch Rechtsanwälte vertreten gewesen. Die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht sei schon deshalb unbegründet. Überdies begründe die richterliche Fragepflicht keine Pflicht des Gerichts, die Parteien auf den für die Urteilsfällung wesentlichen Sachverhalt hinzuweisen (KG act. 13 S. 8 Ziff. 17 f., S. 11 f. Ziff. 30 - 33). Selbst in den Ausführungen in der Nichtigkeitsbeschwerde behaupte die Beschwerdeführerin nirgends eine Zustimmung von B. zur Vertragsübernahme. Allein die Behauptung, dass B. ihre Rechnungen nach Vertragsübernahme an die Beschwerdeführerin und nicht an die Bauherrin gerichtet habe, vermöge nicht die richterliche Fragepflicht nach einer allfälligen Zustimmung zu einer Vertragsübernahme auszulösen (KG act. 13 S. 20 Ziff. 64). Die Beschwerdegegnerin habe bestritten, dass ein Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und B. bestanden habe (KG act. 13 S. 21 Ziff. 65).

cc) Wenn die Beschwerdegegnerin ein Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und B. bestritten hatte, ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ein solches Vertragsverhältnis behauptet hatte. Das ergibt sich sinngemäss auch aus den vorinstanzlichen Erwägungen (KG act. 2 S. 22 - 24) wie auch aus den Verweisungen der Beschwerdeführerin auf Ziff. 53, 57, 899

und 984 der Replik (KG act. 1 S. 22). Mit den Behauptungen der Übernahme (bzw. der Übertragung auf sie, HG act. 48 S. 432 Ziff. 984) auch des Vertrages mit der Architektin und der Stellung der Rechnungen der Architektin an sie nach der Vertragsübernahme (OG act. 48 S. 32 Ziff. 53, S. 34 Ziff. 57 mit Verweisung auf HG act. 49/88) behauptete die Beschwerdeführerin ein Vertragsverhältnis zwischen ihr und der Architektin B.. War die Vorinstanz der Auffassung, diese Behauptung sei ungenügend substantiiert (unbestimmt, unvollständig im Sinne von § 55 ZPO), um sie zum Beweis verstellen zu können - insbesondere hätte die Beschwerdeführerin nach Auffassung der Vorinstanz dartun müssen, wann und in welcher Form B. der Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin zugestimmt habe -, hätte sie die Beschwerdeführerin in Ausübung der Fragepflicht im Sinne von § 55 ZPO zur entsprechenden Substantiierung auffordern müssen. Zwar mag es sein, dass die richterliche Fragepflicht bei einer anwaltlich vertretenen Partei zurückhaltender ausgeübt werden kann als bei einem juristischen Laien, weil bei einer rechtskundig vertretenen Partei eher zu vermuten ist, dass sich nicht zugetragen hat, was nicht vorgetragen wurde (vgl. ZR 105 [2006] Nr. 5 Erw. 4.b mit Verweisung auf ZR 81 [1982] Nr. 118). Dass aber bei einer anwaltlich vertretenen Partei überhaupt keine Fragepflicht bestände bzw. die Rüge einer Verletzung der Fragepflicht schon deshalb nicht begründet sei, weil eine Partei anwaltlich vertreten ist (durch einen oder mehrere Anwälte), wie die Beschwerdegegnerin geltend zu machen scheint, trifft nicht zu. Der Verfahrensgrundsatz von § 55 ZPO gilt auch bei anwaltlich vertretenen Parteien (vgl. insbes. Viktor Lieber, Zur richterlichen Fragepflicht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 161 ff., 168). Insbesondere ist die Fragepflicht auch bei einer anwaltlich vertretenen Partei dann auszuüben, wenn anzunehmen ist, eine Partei habe es infolge eines Rechtsirrtums versäumt, erhebliche Tatsachen zu behaupten oder zu bestreiten (was durchaus auch bei anwaltlicher Vertretung vorkommen kann) (Kass.-Nr. 151/79 vom 31.7.1978; vgl. auch ZR 108 [2009] Nr. 1, ebenfalls ein Fall einer anwaltlich vertretenen Partei, mit der Erwägung, wenn die Parteien nicht mit einer von der Rechtsmittelinstanz herangezogenen Begründung zu rechnen brauchten, greife die richterliche Fragepflicht bzw. sei die Rechtsmittelinstanz nach Treu und Glauben verpflichtet, der betroffenen Partei

die Möglichkeit zu geben, ihre [allenfalls ungenügenden] Vorbringen entsprechend zu ergänzen [mit weiteren Hinweisen]; vgl. auch den ebenfalls eine anwaltlich vertretene Partei betreffenden RB 2006 Nr. 47 = Kass.-Nr. AA060085 vom 30.12.2006 mit der Verweisung auf ZR 104 [2005] Nr. 9 [der allerdings eine nicht anwaltlich vertretene Partei betraf]; vgl. auch den wiederum eine anwaltlich vertretene Partei betreffenden kassationsgerichtlichen Entscheid vom 10.2.2006 Kass.-Nr. AA050053 Erw. 2.4, wonach die richterliche Fragepflicht insbesondere im Falle ungenügender Substantiierung des geltend gemachten Anspruchs besteht, wie sie dort vom Handelsgericht angenommen worden ist).

dd) Die Behauptung der Beschwerdeführerin, nach der Vertragsübernahme habe B. ihre Rechnungen nicht mehr an die Bauherrin, sondern an die Beschwerdeführerin gerichtet, beinhaltet (zusammen mit den Behauptungen, den Vertrag mit B. übernommen zu haben und für Planungsfehler von B. als Beauftragte der Beschwerdeführerin zu haften) die Behauptung, B. sei mit dieser Vertragsübernahme einverstanden gewesen. Die Beschwerdeführerin ging offenkundig davon aus, mit diesen Behauptungen genügend ein Vertragsverhältnis mit B. behauptet zu haben. Fehlende weitere Ausführungen dazu lassen nicht vermuten, die Beschwerdeführerin habe deshalb nicht ausgeführt, wann und in welcher Form B. der Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin zugestimmt habe, weil sich diese Tatsache gar nicht zugetragen habe. Im Gegenteil. Fehlende solche Ausführungen dazu lassen im vorliegenden Fall vermuten, die Beschwerdeführerin sei sich der Notwendigkeit solcher Ausführungen nicht bewusst gewesen und sei (irrtümlich, falls solche Ausführungen tatsächlich notwendig sind, was eine Frage des Bundesrechts ist) davon ausgegangen, die geltend gemachte Vertragsbeziehung mit B. genügend behauptet zu haben. Erachtete die Vorinstanz diese Behauptung ungenügend substantiiert und hätte die Beschwerdeführerin nach Auffassung der Vorinstanz zur genügenden Substantiierung ausführen müssen, wann und in welcher Form B. der Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin zugestimmt habe, hätte sie die Beschwerdeführerin auf die nach Auffassung der Vorinstanz mangelhafte Substantiierung hinweisen und ihr Gelegenheit zur Verbesserung geben müssen (ZR 104 Nr. 9). Dabei handelte es sich nicht darum, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben oder sie gar aufzufordern,

nicht aufgestellte Behauptungen nachträglich neu in den Prozess einzuführen, sondern darum, anknüpfend an eine aufgestellte Behauptung (Vertragsverhältnis mit B., Rechnungstellung) einen Tatsachenkomplex genügend zu substantiieren bzw. eine solche insoweit unvollständige Behauptung zu vervollständigen.

ee) Nichts daran ändert die von der Vorinstanz zitierte Behauptung der Beschwerdegegnerin, B. habe einer Vertragsübernahme durch die Beschwerdeführerin nicht zugestimmt (KG act. 2 S. 21 mit Verweisung auf HG act. 53 S. 67). Hätte die Beschwerdegegnerin diese Behauptung zu einem Zeitpunkt geäußert, als sich die Beschwerdeführerin noch dazu äussern konnte, hätte dies der Beschwerdeführerin allenfalls Anlass sein müssen, dazu Stellung zu nehmen bzw. hätte diese Behauptung allenfalls eine diesbezügliche Fragepflicht der Vorinstanz erübrigt. Diese Behauptung der Beschwerdegegnerin erfolgte indes in der Duplik (HG act. 53 S. 67 Ziff. 167). Die Vorinstanz stellte der Beschwerdeführerin diese Duplik mit den Erklärungen zu, das Hauptverfahren sei damit geschlossen; zur Stellungnahme zu allfälligen neuen Behauptungen der Duplik werde wenn nötig nach erfolgter Bearbeitung mit entsprechenden konkreten Hinweisen Frist angesetzt werden (HG Prot. S. 29). Mit Verfügung vom 1. Februar 2008 wurde nach vorinstanzlicher Einsicht in die Duplik der Beschwerdeführerin Frist angesetzt, um zu den Anträgen der Beschwerdegegnerin betreffend Kautonierung und Kostenaufgabe sowie zur versicherungsrechtlichen Verjährungseinrede Stellung zu nehmen (HG Prot. S. 32). Der Beschwerdeführerin wurde damit keine Gelegenheit gegeben, zur Behauptung der Beschwerdegegnerin, B. habe der Vertragsübernahme der Beschwerdeführerin nicht zugestimmt, Stellung zu nehmen. Vielmehr musste sie offenbar erstmals dem vorinstanzlichen Urteil entnehmen, dass sie hätte ausführen sollen, wann und in welcher Form B. der Vertragsübernahme durch sie zugestimmt habe. Genau das soll den Parteien durch die richterliche Fragepflicht erspart werden (vgl. ZR 104 Nr. 9 S. 27 re. Sp.). Das Gleiche gilt vorliegend im Übrigen auch für die vorinstanzlichen Bemängelungen, die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, wer von ihrer Seite B. das Mandat entzogen und sie bei der Planausarbeitung instruiert und überwacht habe (KG act. 2 S. 24; vgl. zu entsprechenden Rügen KG act. 1 S. 22 Ziff. 54 und S. 28 Ziff. 70). Indem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin nicht auf solche nach vor-

instanzlicher Auffassung ungenügende Substantiierungen hinwies und ihr nicht mittels Ausübung der richterlichen Fragepflicht Gelegenheit zur Behebung dieser Mängel gab, verletzte sie einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO. Die Vorinstanz ging also mangels substantiiertes Behauptung der entsprechenden Tatsachen davon aus, dass eine Vertragsbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin und B. nicht dargetan sei (KG act. 2 S. 24), dass die tatsächlichen Grundlagen einer vertraglichen Haftung der Beschwerdeführerin gegenüber der Bauherrschaft für ein vertragswidriges Verhalten von B. einem Beweisverfahren unzugänglich seien und dass deshalb allfällige Planungsfehler von B. keinen daraus geltend gemachten Versicherungsanspruch der Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin begründen könnten (KG act. 2 S. 25). Da das angefochtene Urteil (auch) darauf beruht, ist es aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie vorab der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Behebung dieser Mängel gibt.

11. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die weiteren Rügen und Ausführungen der Beschwerdeführerin zu den vorinstanzlichen Erwägungen unter lit. C. "Haftung der Beklagten für (B.)" (KG act. 1 S. 19 - 29) nicht mehr zu prüfen. Immerhin kann die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen werden, dass die Vorinstanz nicht feststellte, es habe ein Architektenvertrag zwischen der Bauherrin und B. bestanden (KG act. 1 S. 23 Ziff. 56). Die Vorinstanz stellte lediglich fest, dass eine Vertragsbeziehung zwischen B. und der Beschwerdeführerin nicht dargetan sei. Ob, welcher Art und mit wem B. eine Vertragsbeziehung hatte, liess die Vorinstanz damit offen. Die Beschwerdegegnerin kann darauf hingewiesen werden, dass die Behauptung der Beschwerdeführerin, B. habe durch die Zustellung ihrer Rechnungen an die Beschwerdeführerin einer Vertragsübernahme konkludent zugestimmt (KG act. 1 S. 24 Ziff. 59), keine neue tatsächliche Behauptung ist, sondern eine rechtliche Schlussfolgerung aus der bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Behauptung der Zustellung der Rechnungen an die Beschwerdeführerin.

12. Gemäss insoweit nicht beanstandeten vorinstanzlichen Erwägungen hat die Beschwerdeführerin verschiedene Fehler bei den Planungen und Ausführungen verschiedener Sanitärleitungen auf einer Terrasse, in einem Büro, bei einem Tonnendach eines Schwimmbades, bei einem Podest und für Lichtschächte detailliert behauptet (KG act. 2 S. 25 - 31). Die Vorinstanz erwog dazu, folge man der Darstellung der Beschwerdeführerin, seien die massgeblichen Schadenanzeigen an die Beschwerdegegnerin am 14. August 1996 ergangen. Zu diesem Zeitpunkt habe die Beschwerdeführerin bereits wiederholt - erstmals am 26. Februar 1996 - die Sanitärplanerin F. AG aufgefordert, Sanierungsvorschläge bezüglich der mangelhaften Kanalisationsleitung vorzulegen. Im Frühling 1997 seien solche bei der Beschwerdeführerin eingegangen, wovon der zweite nach externer Überprüfung im Winter 1998 zur Ausführung gelangt sei. Bezüglich der Terrasse sei die fehlende Entwässerung schon im Juni 1995 entdeckt und anschliessend nachgeholt worden. Ein erster mangelhafter Nachbesserungsversuch sei im Juli 1995 bemerkt worden, ein zweiter im Frühling 1996. Einer schriftlichen Rüge an die G. AG (Auftraggeberin der F. AG; KG act. 2 S. 25) vom 11. März 1996 seien angeblich mehrere mündliche Rügen vorangegangen. Somit stehe fest, dass die Beschwerdeführerin ihrer Obliegenheit zur ungesäumten Anzeigeerstattung dieser Schadenfälle bei der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 16 AVB nicht nachgekommen sei (KG act. 2 S. 34 f.).

Die Beschwerdeführerin rügt die vorinstanzliche Erwägung als willkürlich. Die Sanierungsarbeiten bezüglich der mangelhaften Kanalisationsleitung seien gemäss der vorinstanzlichen Schilderung im Winter 1998 erfolgt. Die vorinstanzliche Feststellung, die Beschwerdeführerin sei der Obliegenheit zur ungesäumten Anzeigeerstattung nicht nachgekommen, widerspreche mit Bezug auf die mangelhafte Kanalisationsleitung ihrer eigenen Schilderung (KG act. 1 S. 30 Ziff. 79).

Die Rüge ist nicht nachvollziehbar. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Beschwerdeführerin die Schadenfälle bei der Beschwerdegegnerin unverzüglich nach Entdeckung hätte anzeigen müssen, dass sie die Schadenfälle bezüglich der mangelhaften Kanalisation schon am 26. Februar 1996 und bezüglich der Terrasse bereits im Juni 1995 entdeckt hatte, dass sie diese der Beschwerde-

gegnerin (erst) am 14. August 1996 angezeigt hatte und dass diese Anzeigen deshalb nicht unverzüglich nach Entdeckung angezeigt worden waren. Ein Widerspruch ist dabei nicht ersichtlich. Ob die Vorinstanz von zutreffenden Begriffen der Schadenfälle, deren Entdeckung und der Obliegenheit zur ungesäumten Anzeigenerstattung ausging, sind Fragen der Anwendung des Bundesrechts, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden kann.

13. Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin habe behauptet, sie habe die Nachbesserungsarbeiten mit Zustimmung der Beschwerdegegnerin ausführen lassen. Deren Vertreter, H., habe - so die weiteren Behauptungen der Beschwerdeführerin - auf der Baustelle mehrfach einen Rundgang gemacht und sei über den Baufortschritt bzw. über die durchgeführten Sanierungsmassnahmen stets im Bilde gewesen. Dazu erwog die Vorinstanz, die Ausführungen der Beschwerdeführerin über die behaupteten Wahrnehmungen H.'s seien gänzlich unsubstantiiert und daher einem Beweisverfahren nicht zugänglich. Selbst wenn die Darstellung der Beschwerdeführerin zuträfe, könnte daraus keine Kostengutsprache der Beschwerdegegnerin abgeleitet werden. Die Beschwerdeführerin behaupte dies auch nicht. Daher sei davon auszugehen, dass sie die Sanierungen eigenmächtig, ohne Zustimmung der Beschwerdegegnerin, habe vornehmen lassen. Dadurch habe sie ihre Verantwortung für die Schadenfälle anerkannt, ohne dass die Beschwerdegegnerin diesem Vorgehen zugestimmt hätte, wie dies Art. 17 Abs. 2 AVB vorsehe (KG act. 2 S. 36).

a) Die Beschwerdeführerin rügt auch diesbezüglich, diese Erwägungen seien aktenwidrig und willkürlich, verletzen das Recht auf ein ordnungsgemässes Beweisverfahren und die richterliche Fragepflicht. In Ziff. 856 bis 871 der Replik (HG act. 48 S. 392 - 398) habe sie ausführlich die Rundgänge von H. auf der Baustelle dargelegt, dessen Inkenntnissetzung über den Baufortschritt und dessen Informationsstand bezüglich der durchgeführten Sanierungsmassnahmen. Im Übrigen sei sie unter Verletzung der richterlichen Fragepflicht nie darauf hingewiesen worden, dass die Darlegung der Rundgänge und der Information von H. unzureichend sein könnten (KG act. 1 S. 31 Ziff. 80).

b) Die Beschwerdeführerin hatte, worauf die Vorinstanz zutreffend verwies, im Zusammenhang mit der Behauptung, dass H. über den Baufortschritt und über die durchgeführten Sanierungsmassnahmen informiert gewesen sei, auf S. 494 der Replik (HG act. 48) lediglich auf "die detaillierten Ausführungen oben unter Rz. 168" hingewiesen. In dieser Ziff. 168 (HG act. 48 S. 70) wird, wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festhielt, lediglich eine Schadenanzeige durch die Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 14. August 1996 erwähnt (HG act. 48 S. 70). Tatsächlich hat die Beschwerdeführerin aber andernorts, nämlich in den Ziff. 856 - 871 der Replik HG act. 48 S. 392 - 397, worauf sie in der Beschwerde verwies, bzw. bereits in Ziff. 435 f. der Klageschrift HG act. 1 S. 198, worauf die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort verwies (KG act. 13 S. 25 Ziff. 79), weitere Ausführungen über die Wahrnehmungen von H. gemacht, nämlich über einen Rundgang vom 27. August 1998 und dabei "festgelegte" Schadenfälle (HG act. 48 S. 392 f. Ziff. 856 f. mit Verweisung auf ein Schreiben der [so bezeichneten] Vertreterin der Beschwerdeführerin an die Beschwerdegegnerin vom 28. August 1998, in welchem einzelne Schadenfälle [("Schadenfall 5 Kamine/Kältebrücken", "Schadenfall 7 Rampe", "Schadenfall 6 Terrasse Ebene 5")] als "die drei am gemeinsamen Rundgang vom 27.5.98 festgelegten drei Schadenfälle" [HG act. 4/207] aufgeführt sind; HG act. 48 S. 397, HG act. 1 S. 198). Dazu äusserte sich die Vorinstanz im Zusammenhang mit den Erwägungen zu den behaupteten Wahrnehmungen von H. nicht. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin über die behaupteten Wahrnehmungen von H., die sie als gänzlich unsubstantiiert bezeichnete (KG act. 2 S. 36), auch diejenigen auf den S. 392 f. und 397 der Replik und S. 198 der Klageschrift meinte. Vielmehr erweckt die vorinstanzliche Verweisung auf (bloss) Ziff. 168 der Replik den Eindruck, als habe die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin auf den S. 392 - 397 der Replik und S. 198 der Klageschrift in diesem Zusammenhang übersehen. Das wäre eine Verletzung des Gehörsanspruchs.

Abgesehen davon ist bei den vorinstanzlichen Erwägungen auch die Rüge der Verletzung der Fragepflicht begründet. Gemäss Vorinstanz behauptete die Beschwerdeführerin, sie habe die Nachbesserungsarbeiten mit Zustimmung der Beschwerdegegnerin ausführen lassen. Erachtete die Vorinstanz diese Behauptung (bzw. die zur Stützung dieser Behauptung angeführte Behauptung, H. sei über die durchgeführten Sanierungsarbeiten stets im Bilde gewesen) als gänzlich unsubstantiiert (aber als relevant; vgl. nachfolgend lit. c), so dass sie einem Beweisverfahren nicht zugänglich sei, hätte sie vorab die Beschwerdeführerin zur Substantiierung auffordern müssen.

c) Die Vorinstanz erwog, selbst wenn die Darstellung der Beschwerdeführerin zuträfe, könnte daraus keine Kostengutsprache der Beschwerdegegnerin abgeleitet werden. Das habe die Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. Daher sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin die Sanierungen eigenmächtig, ohne Zustimmung der Beschwerdegegnerin vornehmen lassen habe. Dadurch habe die Beschwerdeführerin ihre Verantwortung für die Schadenfälle anerkannt, ohne dass die Beschwerdegegnerin diesem Vorgehen vorgängig zugestimmt hätte. Dies ziehe den Verlust versicherungsrechtlicher Ansprüche nach sich (KG act. 2 S. 36 zweiter Absatz). Dabei handelt es sich um rechtliche Schlussfolgerungen, um Anwendung von Bundesrecht. Darauf kann im vorliegenden Verfahren nicht eingegangen werden. Geht die Vorinstanz davon aus, dass diese Schlüsse selbst dann zu ziehen sind, wenn die Darstellung der Beschwerdeführerin zuträfe, kommt es aus rechtlichen Gründen auf diese Darstellung gar nicht an. Ist diese Darstellung aus rechtlichen Gründen irrelevant, ist es auch irrelevant, wenn die Vorinstanz ihre einzelnen Behauptungen als unsubstantiiert bezeichnete. Treffen die rechtlichen vorinstanzlichen Erwägungen zu, wirkten sich die vorstehend festgestellten (allfälligen) Mängel (Verletzung des Gehörsanspruchs und der richterlichen Fragepflicht) nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus. Diese Mängel können deshalb nicht zur Gutheissung der Beschwerde führen. Blicke der angefochtene Entscheid bestehen, wären allenfalls die mangelhaften Erwägungen zuhanden des Bundesgerichts zu streichen (vgl. Kass.-Nr. AA080111 vom 5.6.2009 Erw. III.4, Kass.-Nr. AA080004 vom

14.11.2008 Erw. II.4.c, Kass.-Nr. 97/125 vom 6.4.1998 Erw. II.3.b mit Verweisung auf ZR 79 [1980] Nr. 78 und ZR 83 [1984] Nr. 47). Da das angefochtene Urteil indes aus einem andern Grund aufzuheben ist (vorstehend Erw. 10), erübrigt sich eine Streichung. Im neuen Urteil wird die Vorinstanz indes nicht mehr festhalten dürfen, dass die Ausführungen der Beschwerdeführerin über die behaupteten Wahrnehmungen von H. unsubstantiiert und einem Beweisverfahren nicht zugänglich sind, wenn der Beschwerdeführerin nicht vorgängig Gelegenheit zur Substantiierung geboten wurde.

14. Die Vorinstanz erwog, es beständen keine Anhaltspunkte, dass die Beschwerdeführerin umständehalber daran gehindert gewesen wäre, die Zustimmung der Beschwerdegegnerin (zur Durchführung von Sanierungen) rechtzeitig einzuholen (KG act. 2 S. 36 unten).

Die Beschwerdeführerin beanstandet auch diese Erwägung als aktenwidrig und willkürlich. Zudem verletze sie das Recht auf ein ordnungsgemässes Beweisverfahren und die richterliche Fragepflicht (KG act. 1 S. 32).

Die vorinstanzliche Erwägung ist rechtlicher Natur. Auf Rügen dagegen kann im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden. Das gilt auch für die Rüge der mangelnden Durchführung eines Beweisverfahrens. Die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht begründet die Beschwerdeführerin nicht und vermag deshalb auch mit dieser Rüge keinen Nichtigkeitsgrund darzutun.

15. Auch die Rügen unter den Bezeichnungen "Feststellung 18" (KG act. 1 S. 32 f. Ziff. 83 f.), "Feststellung 19" (KG act. 1 S. 33 Ziff. 85 f.) und "Feststellung 22" (KG act. 1 S. 34 f. Ziff. 91 f.) betreffen die Anwendung von Bundesrecht, worauf im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann.

16. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin habe auch nicht behauptet, dass sie der Bauherrschaft die behaupteten Mietzinsausfälle und nicht gedeckten Betriebskosten ersetzt hätte. Habe die Beschwerdeführerin mangels Zahlung keinen Vermögensverlust erlitten, stehe dies einem versicherungsrechtlichen Anspruch gegen die Beschwerdegegnerin entgegen (KG act. 2 S. 38).

a) Die Beschwerdeführerin rügt auch diese Feststellung als aktenwidrig und willkürlich, gegen die richterliche Fragepflicht und das Recht auf ein ordentliches Beweisverfahren verstossend. Aus den Akten folge, dass die Bauherrschaft einen Rückbehalt vom Werklohn gemacht habe, den sie mit entstandenen Schäden aufrechnen könne. Die Vorinstanz habe selber die Darlegung der Beschwerdeführerin erwähnt, dass die Bauherrin die Zahlungen an sie zurückbehalten habe. Die Mietzinsausfälle müssten demzufolge gar nicht mittels einer Überweisung durch die Beschwerdeführerin ersetzt werden. Falls die Vorinstanz den Umstand, ob die Mietzinsausfälle bezahlt worden seien, als wesentlich erachte, hätte sie die Beschwerdeführerin überdies darauf hinweisen müssen (KG act. 1 S. 34).

b) Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass und wo sie vor Vorinstanz behauptet hätte, sie habe der Bauherrschaft die behaupteten Mietzinsausfälle ersetzt. Die Aktenwidrigkeits- und Willkürzüge geht fehl. Welcher Schluss aus der Behauptung, dass die Bauherrin Zahlungen an die Beschwerdeführerin zurückbehalten habe, zu ziehen wäre, ist eine Frage der Rechtsanwendung, auf welche im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann.

c) Gemäss der vorinstanzlichen Feststellung hatte die Beschwerdeführerin behauptet, dass die Bauherrschaft Mietzinsausfälle erlitten habe. Es unterliegt keinem vernünftigen Zweifel, dass die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin auch geltend gemacht hätte, dass sie der Bauherrschaft diese behaupteten Mietzinsausfälle ersetzt habe, wenn dies der Fall gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin zeigt keinen Anhaltspunkt dafür auf, dass ihre diesbezüglichen Behauptungen unklar, unvollständig oder unbestimmt im Sinne von § 55 ZPO gewesen wären. Die fehlende Behauptung, der Bauherrschaft die behaupteten Mietzinsausfälle ersetzt zu haben, bot der Vorinstanz nicht Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht, sondern zur Annahme, dass die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin dies deshalb nicht behauptet hatte, weil sie der Bauherrschaft die behaupteten Mietzinsausfälle nicht ersetzt hatte. Das wird im Übrigen durch die Position in der Beschwerde bestätigt, dass die Mietzinsausfälle gar nicht (mittels einer Überweisung) ersetzt werden müssten, weil die Bauherrschaft

Zahlungen an die Beschwerdeführerin zurückbehalten habe. Die Rüge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht geht auch deshalb fehl.

d) Beweis ist nur über streitige Tatsachen abzunehmen (§ 133 ZPO). Eine Tatsache, die gar nicht behauptet ist, ist nicht streitig. Folglich ist darüber auch kein Beweis abzunehmen. Auch die Rüge der Verletzung des Rechts auf ein ordentliches Beweisverfahren geht diesbezüglich schon deshalb fehl.

17. Auf die Rüge unter der Bezeichnung "Feststellung 21" (KG act. 1 S. 34 Ziff. 89 f.) treffen die vorstehenden Erwägungen Ziff. 10 zu.

18. Die Vorinstanz erwog, die Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die Sanierungsarbeiten bereits durchgeführt oder (hinsichtlich Kältebrücken bei einem Balustradenaufbau) zumindest begonnen worden seien. Somit habe die Beschwerdeführerin die Sanierungen eigenmächtig durchgeführt. Das rüge die Beschwerdegegnerin zu Recht. Die eigenmächtige Durchführung ziehe den Verlust versicherungsrechtlicher Ansprüche nach sich (KG act. 2 S. 44 lit. cc).

a) Neben Rügen, welche die Anwendung von Bundesrecht betreffen und auf welche deshalb im vorliegenden Verfahren nicht eingetreten werden kann, macht die Beschwerdeführerin dazu geltend, die Feststellung sei in Bezug auf die Kältebrücken beim Balustradenaufbau aktenwidrig. Die Vorinstanz habe geschildert, dass diese Sanierungsarbeiten zwischen dem 6. März und dem 17. April 1998 vorgenommen worden seien, während die Schadensanzeigen an die Beschwerdegegnerin bereits am 10. März 1997 erfolgt seien (KG act. 1 S. 35 Ziff. 94 mit Verweisung auf KG act. 2 S. 42 und 41 unten).

b) Die Vorinstanz unterschied - entsprechend den diesbezüglichen Behauptungen der Beschwerdeführerin - drei Kategorien von Kältebrücken. Bezüglich derjenigen Kategorie, auf welche sich diese Rüge bezieht, nämlich Kältebrücken beim Balustradenaufbau, verwies die Vorinstanz betreffend Rüge und Mängelanzeige auf das zu den Kältebrücken bei den Vertikalschächten Gesagte (KG act. 2 S. 42 dritter Absatz). Bei den Erwägungen zu den Kältebrücken bei den

Vertikalschächten stellte die Vorinstanz fest, dass die Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin am 10. März 1997 erfolgt sei (KG act. 2 S. 41 lit. cc). Gemäss den Erwägungen zur Sanierung der Kältebrücken beim Balustradenaufbau fand diese zwischen dem 6. März und dem 17. April 1998 statt (KG act. 2 S. 42 dritter Absatz). Die Vorinstanz erklärte die Feststellung nicht, dass die Sanierungsarbeiten hinsichtlich der Kältebrücken beim Balustradenaufbau bereits begonnen worden waren, als die Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin erfolgt sei (KG act. 2 S. 44 lit. cc). Diese Feststellung widerspricht den soeben zitierten Erwägungen zu den Zeitpunkten der Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin (10. März 1997) und den Sanierungsarbeiten hinsichtlich der Kältebrücken beim Balustradenaufbau (6. März - 17. April 1998) und ist nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdegegnerin macht zwar geltend, es liege wohl in Bezug auf die Jahreszahl ein einfacher Schreibfehler ("1998 anstatt recte 1997") vor (KG act. 13 S. 32 Ziff. 105). Die Beschwerdegegnerin zeigt indes nicht auf, woraus sich ergebe, dass die Sanierungsarbeiten hinsichtlich den Kältebrücken beim Balustradenaufbau bereits zwischen dem 6. März und dem 17. April 1997 (statt 1998, wie von der Vorinstanz angenommen) erfolgt wären. Diese Rüge ist begründet. Ohne weitere Erklärung wird die Vorinstanz in neuen Entscheidung nicht mehr von dieser Annahme (Beginn der Arbeiten hinsichtlich der Kältebrücken beim Balustradenaufbau vor der Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin) ausgehen dürfen.

19. Die Rügen zu "Feststellung 24" (KG act. 1 S. 36 Ziff. 96 f.), "Feststellung 25" (KG act. 1 S. 36 Ziff. 98 f.), "Feststellung 28" (KG act. 1 S. 37 Ziff. 104 f.) und "Feststellung 29" (KG act. 1 S. 37 f. Ziff. 106 f.) betreffen Rechtsfragen. Darauf kann in diesem Verfahren nicht eingetreten werden.

20. Die Beschwerdeführerin hatte vor Vorinstanz eine weitere Schadensposition von Fr. 41'359.50 für Aufwendungen der C. AG geltend gemacht (KG act. 2 S. 45 lit. ee erster Absatz). Die Vorinstanz erwog, neben anderen Gründen, aus welchen die Zusprechung dieser Schadensposition scheitern müsse, habe es die Beschwerdeführerin unterlassen darzulegen, inwiefern sie als Versicherungsnehmerin überhaupt einen Schaden durch Aufwendungen einer Drittperson, der

C. AG erlitten habe. Sie behaupte weder, der C. AG diese Kosten ersetzt zu haben, noch bringe sie vor, von dieser belangt worden zu sein (KG act. 2 S. 45 zweiter Absatz).

a) Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz verletze damit die richterliche Fragepflicht, weil sie sie nicht darauf hingewiesen habe, diesen Umstand zu substantiieren (KG act. 1 S. 37 Ziff. 101).

b) Die Vorinstanz stellte diesbezüglich nicht eine mangelnde Substantiierung fest, sondern fehlende Behauptungen. Anschliessend erwog die Vorinstanz, selbst wenn die Beschwerdeführerin die C. AG mit den Schadensermittlungen beauftragt und ihr die Kosten dafür ersetzt hätte, wäre nicht ersichtlich, gestützt auf welche vertragliche oder gesetzliche Bestimmung die Beschwerdegegnerin diese Kosten übernehmen müsste (KG act. 2 S. 45). Damit wies die Vorinstanz diese Forderung aus rechtlichen Gründen selbst unter der Annahme entsprechender Behauptungen ab. Schon deshalb brauchte sie die Beschwerdeführerin nicht zur Substantiierung solcher Behauptungen aufzufordern. Erachtete das Bundesgericht entsprechende Rügen gegen die rechtliche Schlussfolgerung für begründet, stellte sich die Frage der Ausübung der richterlichen Fragepflicht neu. Vorher und damit in diesem Verfahren ist nicht darauf einzutreten.

21. Zur Rüge unter der Bezeichnung "Feststellung 27" (KG act. 1 S. 37 Ziff. 102 f.) ist auf vorstehende Erwägung 10 zu verweisen. Die vorinstanzliche Erwägung, das Vertragsverhältnis von B. zur Beschwerdeführerin sei nicht hinreichend dargelegt worden (KG act. 2 S. 55 lit. c), beruht auf einem Nichtigkeitsgrund.

22. Zusammenfassend leiden die vorinstanzlichen Erwägungen zum behaupteten Vertragsverhältnis der Beschwerdeführerin mit B., zur Behauptung, Nachbesserungsarbeiten mit Zustimmung der Beschwerdegegnerin ausgeführt zu haben, und dazu, ob die Beschwerdeführerin mit den Sanierungsarbeiten hinsichtlich Kältebrücken beim Balustradenaufbau vor einer Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin begonnen habe, an Nichtigkeitsgründen. Die Beschwerde ist insoweit begründet, und das (auch) darauf beruhende angefochtene Urteil ist

aufzuheben. Die Sache ist zur Verbesserung der Mängel und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Die Beschwerdeführerin dringt mit ihrem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils durch und obsiegt im Beschwerdeverfahren. Die Beschwerdegegnerin unterliegt mit ihrem Antrag auf Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde. Diesem Ausgang entsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Ferner ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Beschwerdeführerin für die anwaltlichen Aufwendungen im Beschwerdeverfahren zu entschädigen. Die Beschwerdeführerin beantragte einen Mehrwertsteuerzusatz zur Prozessentschädigung (KG act. 1 S. 6 Anträge Ziff. 3). Die Beschwerdegegnerin opponierte dem nicht (KG act. 13). Demnach ist dem Antrag zu entsprechen (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006).

IV.

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 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 3. Juli 2008 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 40'750.--
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 21'520.-- (inkl. MWST) 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 Fr. 2 Mio.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: