



Kass.-Nr. AA100026/U/mum

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Matthias Brunner sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 22. Juni 2010

in Sachen

S,

...,

Klägerin, Widerbeklagte und Beschwerdeführerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

A-Gesellschaft,

...,

Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwalt ...

sowie

1. **B-Gesellschaft,**

...,

2. **C-Gesellschaft,**

...,

3. **D,**

...,

4. **E,**

...,

Streitberufene

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt ...

betreffend

Forderung / Feststellung

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des
Kantons Zürich vom 7. Februar 2010 (HG050225/Z20/dz)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin (Klägerin) führte eine Weinhandlung in L und benutzte als Untermieterin stundenweise Geschäftsräume im Parterre der Liegenschaft A-strasse 28 in Zürich. Hauptmieterin der Räume ist ein Architekturbüro, Eigentümerin der Liegenschaft die Beschwerdegegnerin (Beklagte). Am 18. März 2004 beabsichtigte die Klägerin, über eine im Boden des Architekturbüros eingelassene Falltür in den Keller zu steigen. Zu diesem Zweck hob die Klägerin die Falltür an und befestigte sie an dem dafür vorgesehenen Riegel. Als sich die Klägerin auf der Treppe befand, löste sich die Falltür aus der Befestigung und fiel ihr auf den Hinterkopf. Dabei erlitt sie gemäss Bericht der sie behandelnden Ärztinnen eine Halswirbelerkrankung (Schleudertrauma), welche zu verschiedenen gesundheitlichen Störungen (Konzentrationsstörungen, Sehbehinderungen, Schwindel, Schlafstörungen, Ohrensausen, Kopfschmerzen) führten, welche durch Physiotherapie und medikamentös zwar gelindert, nicht aber geheilt werden konnten und zur Arbeitsunfähigkeit führten.

Mit Eingabe vom 15. März 2005 erhob die Beschwerdeführerin beim Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich gegen die Beklagte Teilklage über Fr. 10'000.-- nebst Zins aus Werkeigentümerhaftung für den Verdienstausschlag vom 18. März bis 18. November 2004 (BG act. 4/2). Die Beschwerdegegnerin erhob mit Eingabe vom 3. Mai 2005 Widerklage mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass sie gegenüber der Beschwerdeführerin aus dem Ereignis vom 18. März 2004 nicht haftbar sei (BG act. 4/9). Da damit die für die Zuständigkeit des Einzelrichters massgebliche Streitwertgrenze überschritten wurde, überwies der Einzelrichter mit Verfügung vom 4. Mai 2010 den Prozess an das Bezirksgericht Zürich als Kollegialgericht (BG act. 4/11 = BG act. 1). Das Bezirksgericht Zürich (6. Abteilung) trat mit Beschluss vom 3. Juni 2005 auf die Klage nicht ein, da beide Parteien im Handelsregister eingetragen seien und demnach das Handelsgericht zur Behandlung der Klage zuständig sei (BG act. 5). Mit Präsidialverfügung vom 13. Juli 2005

überwies sodann der Vorsitzende der 6. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, auf Antrag der Beschwerdeführerin, die Sache an das Handelsgericht (BG act. 9 = HG act. 1).

2. Nach Durchführung einer Referentenaudienz mit erfolglos gebliebenen Vergleichsgesprächen und Abschluss des schriftlich geführten Hauptverfahrens leitete das Handelsgericht ein Beweisverfahren ein. Unter anderem wurde ein interdisziplinäres medizinisches Gutachten angeordnet und mit Beschluss vom 15. Januar 2009 Dr. med M, Chefarzt MEDAS Ostschweiz, Medizinische Abklärungsstelle, St. Gallen als Sachverständiger ernannt (HG act. 63). Mit Schreiben vom 24. September 2009 gab Dr. med M den Gutachtensauftrag zurück, weil es ihm angesichts der Komplexität des Falls und der umfangreichen Aktenlage an den nötigen personellen Kapazitäten zur Erstellung des Gutachtens fehle (HG act. 98). Das Zentrum für Medizinische Begutachtung, Medizinische Abklärungsstelle der Eidgenössischen Invalidenversicherung (MEDAS) in Basel erklärte sich auf Anfrage des Handelsgerichts und nach Durchsicht der Akten bereit, das Gutachten zu erstellen, wobei die Begutachtung durch fünf Personen erfolgen werde: Dr. N (ärztliche Leitung, Psychiatrie), Dr. O (Neurologie), Dr. P (Orthopädie), Dr. Q (Innere Medizin) oder Dr. R (Allgemeinmedizin) und lic. phil. S (Neuropsychologie) (HG act. 101). Mit Verfügung vom 28. Oktober 2009 schlug die Instruktionsrichterin den Parteien diese Personen als neue Sachverständige vor und bestimmte, dass diese als Gutachter ernannt gelten, sofern die Parteien nicht innert Frist Einwendungen erheben (HG Prot. S. 249 f.). Nachdem solche Einwendungen nicht erhoben wurden, stellte das Handelsgericht am 23. November 2009 dem Zentrum für Medizinische Begutachtung in Basel die Experteninstruktion zu (HG act. 103).

Das Zentrum für Medizinische Begutachtung lud in der Folge die Beschwerdeführerin auf den 8. Februar 2010 zur Untersuchung ein und liess ihr eine Einverständniserklärung zukommen, welche diese unterschrieben hätte retournieren sollen. Nachdem die Beschwerdeführerin auch auf nochmalige Aufforderung hin (HG act. 110) die Einverständniserklärung nicht retournierte, annullierte das Zentrum für Medizinische Begutachtung am 6. Januar 2010 den vorgesehenen Termin und

setzte einen neuen Termin auf den 1. März 2010 fest mit der Bemerkung, dass der Aufenthalt im Zentrum für Medizinische Begutachtung stationär sein und vier bis fünf Tag dauern werde (HG act. 111).

Mit Eingabe vom 8. Januar 2010 an das Handelsgericht beantragte die Beschwerdeführerin, es seien die Sachverständigen dahingehend zu instruieren, dass sie vorab nachvollziehbar begründeten, weshalb die Beschwerdeführerin grundsätzlich bzw. in diesem Umfang persönlich bei der Erstellung des Gutachtens mitzuwirken habe, damit die Fragen gemäss der Experteninstruktion vom 23.. November 2009 beantwortet werden könnten. Zugleich bezeichnete die Beschwerdeführerin den von den Sachverständigen beabsichtigten mehrtägigen stationären Aufenthalt als unverhältnismässigen Eingriff in ihre Persönlichkeitsrechte, welcher insbesondere unangemessene Kostenfolgen zu Lasten der Prozessparteien nach sich ziehe (HG act. 112). Die Instruktionsrichterin wies mit Verfügung vom 11. Januar 2010 diesen Antrag ab (HG Prot. S. 253). Die Beschwerdeführerin erhob gegen diese Verfügung Einsprache mit dem Antrag, die Verfügung sei aufzuheben und es sei von einer weiteren Begutachtung abzusehen, eventualiter seien die Gutachter anzuweisen, die im Rahmen der Experteninstruktion gestellten Fragen vorab ohne Untersuchung und Befragung der Beschwerdeführerin zu beantworten, subeventualiter hätten die Gutachter vorab darzutun, weshalb eine persönliche Untersuchung der Beschwerdeführerin zwingend notwendig sein sollte (HG act. 114). Das Handelsgericht wies diese Begehren und damit die Einsprache mit Beschluss vom 7. Februar 2010 ab (HG act. 116 = KG act. 2).

3. Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beschwerdeführer, der Beschluss des Handelsgericht vom 7. Februar 2010 sei insoweit aufzuheben, dass das angeordnete Gutachten ohne persönliche Untersuchung der Beschwerdeführerin, mithin aufgrund der vorhandenen Akten zu erstellen sei. Eventualiter seien die Gutachter vorab anzuhalten, darzutun, dass allenfalls und weshalb für die angebehrte retrospektive Begutachtung eine persönliche Untersuchung der Beschwerdeführerin überhaupt Sinn mache; erst nach einer solchen Stellungnahme habe das Handelsgericht erneut in der Sache zu entscheiden (KG act. 1 S. 2). Die

Beschwerdegegnerin und das Handelsgericht verzichten auf eine Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung (KG act. 10 und 11).

Der Präsident des Kassationsgericht verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 5. März 2010 aufschiebende Wirkung (KG act. 7). Die Beschwerdeführerin leistete die ihr mit gleicher Verfügung auferlegte Prozesskaution fristgerecht (KG act. 9).

II.

1. Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). 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 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., 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.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Die Beschwerdeführerin begründet in ihrer Nichtigkeitsbeschwerde ausführlich, weshalb aus ihrer Sicht die angeordnete Begutachtung und insbesondere ihre persönliche Mitwirkung an dieser nicht nötig sei. Sie setzt ihren Standpunkt demjenigen des Handelsgerichts gegenüber, setzt sich aber über weite Strecken nicht konkret mit den Erwägungen des Handelsgerichts auseinander bzw. tut dies lediglich indirekt, indem sie eben gesamthaft einen anderen Standpunkt als denjenigen des Handelsgerichts vertritt. Soweit nicht eine klar erkennbare Bezugnahme auf die Erwägungen des Handelsgerichts vorliegt, genügt sie den angeführten Anforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht..

2. Die Beschwerdeführerin bringt vor, unbestritten sei die Tatsache, dass es in diesem Fall um die Beurteilung einer Teilklage gehe. Diese stütze sich auf ein Ereignis vom 18. März 2004, wobei klageweise in zeitlicher Hinsicht Ansprüche der Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 18. März bis 18. November 2004 geltend gemacht würden. Das Handelsgericht habe überdies festgehalten, dass im laufenden Beweisverfahren lediglich diese Zeitspanne von Interesse sei. Es sei sodann zu berücksichtigen, dass ein umfassendes interdisziplinäres Gutachten der MEDAS Zentralschweiz vom 29. November 2007 im Recht liege. Dieses sei einerseits für die Beurteilung der IV, welche ab März 2005 Leistungen zugesprochen habe, massgebend. Andererseits enthalte dieses Gutachten einen vollständigen Aktenzusammenzug, nicht nur für den Zeitraum März bis November 2004, sondern darüber hinaus bis Februar 2007. Überdies sei im Rahmen dieser Begutachtung auch eine umfangreiche Untersuchung der Beschwerdeführerin erfolgt. Zu verweisen sei auf die Konsilien rheumatologischer, neurologischer, psychiatrischer und neuropsychologischer Natur, wie sie im Gutachten wiedergegeben worden seien und welche Konsiliarberichte ebenfalls im Recht lägen. Zu ergänzen sei zudem, dass die Beschwerdeführerin zwischenzeitlich auch persönlich befragt worden sei und dabei ihre gesundheitlichen Einschränkungen, wie sie unmittelbar nach der Unfallereignis bestanden hätten, habe schildern können (KG act. 1 S. 2 f Ziff. 2).

Die Beschwerdeführerin fährt fort, in einer ersten Phase des Verfahrens sei vorgesehen gewesen, die hier in Frage stehende Begutachtung an der MEDAS Ost-

schweiz durchführen zu lassen. Als Gutachter vorgesehen gewesen sei Dr. med. M. Eben dieser Gutachter habe in einem anderen Verfahren folgendes ausgeführt: "In der Medizin gilt generell die Faustregel, dass die richtige Diagnose zu 70% aus der Anamnese herzuleiten ist, die Untersuchungsbefunde und erst recht die technischen Untersuchungen sind weit weniger wichtig; leider werden generell und insbesondere im Versicherungswesen die scheinbar objektiven technischen Untersuchungen fast regelhaft überbewertet ..." Aus diesem Zitat ergebe sich, dass von einer retrospektiven Begutachtung ohnehin nichts zu erwarten sei (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. 3).

Diese Vorbringen enthalten keine Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids. Im übrigen hat das Handelsgericht nicht übersehen, dass ein Gutachten der MEDAS Zentralschweiz vorliegt und erwähnt dieses in seinem Entscheid verschiedentlich (vgl. KG act. 2 S. 3 f. Erw. 3 und 4). Die von der Beschwerdeführerin zitierten Ausführungen von Dr. med. M sind allgemeiner Natur und beziehen sich nicht auf den konkreten Fall. Im übrigen ist zu vermuten, dass ein wesentlicher Teil der Untersuchung der Beschwerdeführerin durch die verschiedenen Gutachter des Zentrums für Medizinische Begutachtung in Basel der Anamnese dienen wird und sich nicht auf technische Untersuchungen beschränken wird.

3. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung gesetzlicher Prozessnormen, namentlich von § 145 ZPO. Die Anordnung einer erneuten persönlichen Untersuchung verletze die Gewährleistung der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK. Es sei in diesem Zusammenhang auf ein Urteil des Bundesgerichts vom 25. Januar 2010 verwiesen. Dort werde festgehalten, die Anordnung einer medizinischen Begutachtung ohne der versicherten Person Gelegenheit zu geben, zur Notwendigkeit und Zumutbarkeit der Begutachtung Stellung zu nehmen, verstosse gegen geltendes Recht. Wenn dieser Gehörsanspruch zu wahren sei, müsse sich auch die nach Einräumung des Gehörs ergangene Entscheidung in nachvollziehbarer Weise begründet mit den Einwendungen auseinandersetzen. Dies fehle im vorliegenden Fall vollumfänglich, enthalte doch der angefochtene Entscheid keine Interessenabwägung (KG act. 1 S. 4 Ziff. 4 und 5).

Aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) folgt die Pflicht der Behörden und der Gerichte, ihre Entscheide zu begründen (BGE 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b, je mit Hinweisen). Der Betroffene soll daraus ersehen, dass seine Vorbringen tatsächlich gehört, sorgfältig und ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wurden. Aus der Begründung müssen sich allerdings nur die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte ergeben; es ist nicht nötig, dass sich der Richter ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Argument auseinandersetzt, sondern es genügt, wenn sich aus den Erwägungen ergibt, welche Vorbringen als begründet und welche – allenfalls stillschweigend – als unbegründet betrachtet worden sind (BGE 119 Ia 269 E. d, 112 Ia 109 E. 2b, je mit Hinweisen; G. Müller in: Kommentar [alt]BV, Überarbeitung 1995, Art. 4 Rz 112–114; J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 535 ff., 539). Über diese Grundsätze geht auch das kantonale Verfahrensrecht nicht hinaus (ZR 81 Nr. 88 Erw. 2).

Das Handelsgericht gibt in Erwägung 2 des angefochtenen Entscheids den Standpunkt der Beschwerdeführerin wieder, insbesondere dass sich diese bei der gegebenen Sachlage nicht gefallen lassen müsse, erneut untersucht und begutachtet zu werden, und dass eine Begutachtung einen massiven Eingriff in die Persönlichkeitssphäre darstelle, der nur dann geduldet werden müsse, wenn kein anderes, weniger weit gehende Mittel zur Verfügung stehe. Das Handelsgericht weist darauf hin, dass Art. 8 ZGB das Recht zum Gegenbeweis gewährleiste. Die Beschwerdegegnerin habe das interdisziplinäre medizinische Gutachten als Gegenbeweismittel zur Frage des natürlichen Kausalzusammenhangs sowie zum Vorzustand offeriert. Diesem Beweismittel sei die Tauglichkeit, auch unter Berücksichtigung der bereits abgenommenen Beweismittel, nicht von vornherein abzuspochen, so dass es einzuholen sei (KG act. 2 S. 4 Erw. 4). Für eine seriöse Begutachtung des - auch in der Vergangenheit liegenden - Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin könne nicht allein auf die Gerichtsakten abgestützt werden. Damit erscheine die persönliche Mitwirkung der Beschwerdeführerin bei der Begutachtung als verhältnismässig (KG act. 1 S. 4 f. Erw. 5).

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass das Handelsgericht vom Standpunkt, die Begutachtung stelle einen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre und damit auch der Freiheit der Beschwerdeführerin dar, Kenntnis genommen hat, jedoch die Begutachtung mit persönlicher Untersuchung als notwendig und verhältnismässig erachtet. Es nennt auch die Gründe, weshalb es zu diesem Schluss kommt. Die Rüge der Gehörsverweigerung ist unbegründet.

Gemäss dem von der Beschwerdeführerin genannten § 145 ZPO ordnet das Gericht das zum Schutz einer Partei oder eines Dritten Geeignete an, wenn durch die Beweisabnahme deren schutzwürdige Interessen gefährdet sind. Als Schutzobjekte kommen neben Geschäftsgeheimnissen Geheimnisse aller Art und sämtliche privaten oder öffentlichen Interessen, die als schutzwürdig erscheinen, in Betracht (Frank / Sträuli / Messmer, N 2 zu § 145 ZPO). Dies können auch Persönlichkeitsrechte sein (vgl. N 1). Ausnahmsweise können solche Schutzmassnahmen bis zum Verzicht auf Beweisabnahme gehen (N 3). Grundsätzlich hat sich die Beschwerdeführerin, welche einen Forderungsanspruch aus erlittener Gesundheitsschädigung einklagt, gefallen zu lassen, dass sie sich zur beweismässigen Abklärung dieser Gesundheitsschädigung einer medizinischen Begutachtung mit damit verbundener Untersuchung unterzieht und kann sich dieser nicht unter Berufung auf schutzwürdige Interessen entziehen. Immerhin prüft das Handelsgericht im angefochtenen Entscheid die Frage der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit einer solchen Begutachtung mit Untersuchung auch vor dem Hintergrund der bestehenden Aktenlage. Es hat somit das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführerin, vor unnötig in ihre Privatsphäre eingreifenden Untersuchungen bewahrt zu werden, im Blick. Ein Unterbleiben von nach § 145 ZPO gebotenen Schutzmassnahmen ist nicht ersichtlich.

4. Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, es mache keinen Sinn, sie persönlich zur Mitwirkung bei einer weiteren medizinischen Abklärung zu zwingen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb nach Jahr und Tag - das Unfallereignis liege nun bereits sechs Jahre zurück - aufgrund verschiedener medizinischer Untersuchungen aus heutiger Sicht ein Status für den hier in Frage stehenden Zeitraum (bis November 2004) erstellt werden könnte. Darin unterscheide sich der vorliegende Fall ent-

scheidend von denjenigen Fällen, bei denen eine gutachterliche Stellungnahme auch für die Zukunft angefordert werde (KG act. 1 S. 5 Erw. 7).

Das Handelsgericht hält dafür, eine seriöse Begutachtung des auch in der Vergangenheit liegenden Gesundheitszustands der Beschwerdeführerin könne sich nicht allein auf Gerichtsakten abstützen (KG act. 2 S. 5 Erw. 5). Dem ist zu folgen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das von den Gutachtern direkt mit der Beschwerdeführerin geführte Gespräch verbunden mit einer auch technischen Untersuchung des heutigen Gesundheitszustands Schlüsse auf den Gesundheitszustand in der im vorliegenden Rechtsstreit massgeblichen, unmittelbar an das schädigende Ereignis anschliessenden Zeit zulassen oder getroffene Annahmen und Vermutungen aufgrund ärztlicher Erfahrung in ähnlichen Fällen bestätigen oder widerlegen. Dem steht nicht entgegen, dass bereits ausserhalb des vorliegenden Prozesses ein Gutachten erstellt wurde und eine persönliche Befragung der Beschwerdeführerin durch das Handelsgericht vorliegt. An diesen waren die heutigen Gutachter nicht beteiligt und hatten somit keine Möglichkeit, einen persönlichen Eindruck von der Beschwerdeführerin zu gewinnen und dieser allenfalls für die Erstattung des Gutachtens notwendige spezifische oder ergänzende Fragen zu stellen.

5. Die Beschwerdeführerin hält dafür, es fehle für die Begutachtung an einer gesetzlichen Grundlage. Diese ergebe sich namentlich nicht aus § 177 Abs. 1 ZPO. Immerhin sei diese Bestimmung deshalb erwähnenswert, weil sie den Passus enthalte, "soweit ihnen dies nach den Umständen zugemutet werden darf". Die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, an einer erneuten medizinischen Untersuchung teilzunehmen und sich für derartige Untersuchungen zur Verfügung zu stellen, sei widerrechtlich. Es stehe nirgends geschrieben, dass sich eine geschädigte Person in Fällen wie dem vorliegenden einer medizinischen Untersuchung zu unterziehen habe, namentlich dann nicht, wenn dies aufgrund von Begehren des Prozessgegners erfolgen soll. (KG act. 1 S. 5 Ziff. 8). Namentlich mit der Anordnung einer Untersuchung des Vorzustandes, insbesondere auch in psychiatrischer Hinsicht, ergebe sich ein äusserst schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsphäre der Beschwerdeführerin, werde diese doch gleichsam gezwungen, wegen

eines von ihr nicht verschuldeten Unfallereignisses ihre gesamte Lebensgeschichte zu offenbaren. Dies sei unverhältnismässig; anders wäre nur zu entscheiden, wenn überhaupt keine massgebenden Akten im Recht lägen, was indessen nicht der Falle sei (KG act. 1 S. 6 Ziff. 9)

Gemäss § 177 Abs. 1 ZPO haben Parteien und Dritte die zur Abklärung der Abstammung erforderlichen Untersuchungen zu dulden und dabei mitzuwirken. Im vorliegenden Fall geht es nicht um eine Abstammung. Das Handelsgericht erwähnt die zitierte Bestimmung denn auch nicht im angefochtenen Entscheid. Das Handelsgericht stützt seinen Entscheid vielmehr auf das sich aus Art. 8 ZGB ergebende Recht der Beschwerdegegnerin zum Gegenbeweis, das heisst auf den Anspruch der Beschwerdegegnerin als Gegnerin der beweisbelasteten Beschwerdeführerin, zum Beweis von konkreten Umständen zugelassen zu werden, die beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptung wach halten und den Hauptbeweis dadurch vereiteln sollen (vgl. KG act. 2 S. 4 Erw. 4). Darin liegt eine gesetzliche Grundlage für die Begutachtung.

Der Umstand, dass an der interdisziplinären Begutachtung auch ein Psychiater (Dr. N) mitwirkt, der zudem die ärztliche Leitung inne hat, bedeutet nicht, dass die Beschwerdeführerin ihre gesamte bisherige Lebensgeschichte offenbaren muss. Auch die Untersuchung und Begutachtung durch den Psychiater beschränkt sich auf die Folgen des von der Beschwerdeführerin erlittenen Unfalls, allenfalls vor dem Hintergrund von bereits vor dem Unfall bestehenden Leiden, und umfasst nicht sämtliche bisherigen Lebensumstände.

6. Das Handelsgericht hält fest, es liege zwar ein Gutachten der MEDAS Zentralschweiz aus dem IV-Verfahren der Beschwerdeführerin vor. Bei diesem handle es sich aber um kein solches im Sinne von § 171 ff. ZPO (KG act. 2 S. 4 Erw. 4 am Ende).

Die Beschwerdeführerin hält in diesem Zusammenhang dafür, massgebend wäre allenfalls die Bestimmung von § 172 Abs. 2 ZPO gewesen, wonach die Parteien Gelegenheit haben sollten, gegen die Ernennung der Sachverständigen Einwen-

dungen zu erheben. Zweifellos habe dies die Beschwerdegegnerin im Verfahren der MEDAS-Stelle nicht tun können. Indessen sei zu berücksichtigen, dass seitens der Beschwerdegegnerin mehrmals auf das MEDAS-Gutachten Bezug genommen werde. Weiter sei im Rahmen der Rechtsschriften nie dargelegt worden, weshalb das MEDAS-Gutachten nicht beweistauglich sein sollte. Entsprechend habe sich ja dann die Beschwerdegegnerin auch auf dieses Gutachten als ein für sie taugliches Beweismittel berufen können (KG act. 1 S. 6 Ziff. 10).

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin ändern nichts an der Richtigkeit der Feststellung des Handelsgerichts, dass es sich beim Gutachten der MEDAS Zentralschweiz nicht um ein solches im Sinne von § 171 ff. ZPO, als nicht um ein gerichtliches Gutachten handle. Das Handelsgericht stellt im übrigen nicht fest, dem Gutachten der MEDAS Zentralschweiz komme keinerlei Beweistauglichkeit zu. Welchen Stellenwert es allenfalls als Urkundenbeweis hat, wird das Handelsgericht im Rahmen der Beweiswürdigung im Erledigungsentscheid zu prüfen haben.

7. Die Nichtigkeitsbeschwerde erweist sich gesamthaft als unbegründet und ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Damit fällt die der Beschwerde zuerkannte aufschiebende Wirkung dahin. Unter diesen Umständen ist auf den Eventualantrag, es seien die Gutachter vorab anzuhalten, darzutun, dass allenfalls und weshalb für die angebehrte retrospektive Begutachtung eine persönliche Untersuchung der Beschwerdeführerin überhaupt Sinn mache, und die entsprechenden Ausführungen (KG act. 1 S. 6 f. Ziff. 11) nicht weiter einzugehen.

III.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert der Hauptklage der Beschwerdeführerin beläuft sich auf Fr. 10'000.--. Die Beschwerdegegnerin bezifferte den Streitwert ihrer Widerklage (negative Feststellungsklage) einstweilen auf Fr. 37'000.-- (HG act. 5 S. 2). Da sich vorliegend die Hauptklage und die Widerklage

gegenseitig ausschliessen, sind die Streitwerte nicht zusammenzuzählen (§ 19 Abs. 2 ZPO), sondern es ist vom höheren Betrag auszugehen.

Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beschwerdegegnerin, welche auf eine Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde verzichtete, keine Prozessentschädigung zuzusprechen,

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

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Der Beschwerdegegnerin wird für das Kassationsverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
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 37'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Handelsgerichts vom 7. Februar 2010 mit Beschwerde an das Bundesge-

richt neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und das Handelsgericht des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: