



---

Kass.-Nr. AA080069/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Paul Baumgartner sowie die juristische Sekretärin Judith Lusser Treyer

## Zirkulationsbeschluss vom 12. August 2008

in Sachen

X,

.....,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. A.

gegen

Y,

.....,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. B.

betreffend

**Forderung / Befehl**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. März 2008 (HG080017/Z05/dz)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Parteien haben am 21. Februar 2002 einen Kooperations- und Counterpurchase-Vertrag abgeschlossen. Darin geht es um die gemeinsame Vermarktung eines Softwaresystems für den Betrieb und die Überwachung von Geldautomaten, wobei zu einem solchen Automaten-Management-System (AMS) eine Server-Software ("AMS-Server") und eine Client-Software ("AMS-Client") gehören, die über eine Schnittstelle kommunizieren. Gemäss Ziff. 5.1 des genannten Vertrags ist die Klägerin und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beschwerdeführerin) verpflichtet, für Finanzinstitute sowie C. bestimmte AMS-Server ausschliesslich bei der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beschwerdegegnerin) zu beziehen, während diese verpflichtet ist, entsprechende AMS-Clients ausschliesslich bei der Beschwerdeführerin zu beziehen. Gemäss Ziff. 5.2 des genannten Vertrags ist die Beschwerdegegnerin verpflichtet, AMS-Server an die Beschwerdeführerin zu liefern und diese ist verpflichtet, AMS-Clients an die Beschwerdegegnerin zu liefern (angefochtener Beschluss, KG act. 2 S. 4 Ziff. 2.1, HG act. 3/4).

Im Rahmen des Projektes "a" für die Z. hat sich hinsichtlich einzelner vertraglicher Pflichten ein Streit zwischen den Parteien ergeben, welcher in ein am 29. Januar 2008 durch die Beschwerdeführerin eingeleitetes Gerichtsverfahren vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich mündete. Im Rahmen dieses Prozesses hat die Beschwerdeführerin gleichentags um Erlass vorsorglicher Massnahmen ersucht. Sie beantragte im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihr Auskunft über den Stand des Projekts "a." für die Z. zu erteilen, ausschliesslich den AMS-Client der Beschwerdeführerin zu liefern und bei der Beschwerdeführerin zu beziehen, ferner ihr unverzüglich eine schriftliche Auftragsbestätigung für die Anpassung und Lieferung des AMS-Clients für das Projekt "a" der Z. zuzustellen; schliesslich sei der Beschwerdegegnerin unter Strafantrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, an die Z. einen anderen AMS-Client als denjenigen der Beschwerdeführerin zu liefern und

Tests mit nicht von der Beschwerdeführerin stammender AMS-Client-Software durchzuführen. Dieses Begehren hat die Vorinstanz mit Beschluss vom 25. März 2008 abgewiesen (KG act. 2 S. 20).

2. Mit Eingabe vom 25. April 2008 liess die Beschwerdeführerin Nichtigkeitsbeschwerde dagegen erheben (KG act. 1). Sie beantragt, den Beschluss des Handelsgerichts vom 25. März 2008 aufzuheben, und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 28. April 2008 auferlegte Prozesskaution von Fr. 7'000.-- (KG act. 5) ging innert Frist in Form einer Bankgarantie ein (KG act. 11). Während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 10), hat die Beschwerdegegnerin ihre Beschwerdeantwort mit Datum vom 30. Mai 2008 eingereicht (KG act. 14). Diese wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 2. Juni 2008 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 16). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren sind nicht erfolgt.

3. Am 2. Mai 2008 hat die Beschwerdeführerin beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein zweites Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gestellt (HG act. 31), welches mit Beschluss vom 26. Juni 2008 abgewiesen wurde (HG act. 46). Dieser Entscheid hat keinen Einfluss auf das vorliegende Verfahren.

## II.

1. Beim vorliegend angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen. Prozessleitende Entscheide sind im Interesse einer raschen Prozesserledigung grundsätzlich erst mit dem Endentscheid anfechtbar. Gemäss § 282 Abs. 1 ZPO können sie jedoch dann (auch) selbständig mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, wenn entweder ein schwer wiedergutzumachender Nachteil droht (Ziff. 1) oder wenn damit (alternativ) ein bedeutender Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden kann (Ziff. 2). Die zuerst genannte (zusätzliche) Prozess- bzw. Rechtsmittelvoraussetzung gilt in Fällen der vorliegenden Art (vorsorgliche Massnahmen) regelmässig als erfüllt (vgl. Frank/Sträuli/Messmer,

Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 5 zu § 282 ZPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 6), womit offenbleiben kann, ob – wie die Beschwerdeführerin geltend macht (KG act. 1 S. 3 RZ 6) – (auch) ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Verfahren erspart werden könne. Die (selbständige) Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Beschlusses ist somit zu bejahen.

2.1 Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leide, ist eine Ergänzung des Prozessstoffes mit neuen Behauptungen oder Beweismitteln vor der Kassationsinstanz grundsätzlich nicht zulässig und besteht insbesondere auch kein Novenrecht gemäss § 115 ZPO (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7b zu § 115 ZPO; von Rechenberg, a.a.O., S. 17 f.; ZR 76 [1977] Nr. 26, 102 [2003] Nr. 3 Erw. 5.2 b/bb, RB 1996 Nr. 121). Denn das Kassationsverfahren stellt keine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens dar. Weil aber Rechtsmittelvoraussetzungen von Amtes wegen zu prüfen sind (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 15 f. zu § 108 ZPO), und für die Beurteilung der Prozessvoraussetzungen im Rechtsmittelverfahren die Gegebenheiten im Zeitpunkt des Rechtsmittelscheides massgebend sind, gelangt das für das kantonale Beschwerdeverfahren in der Sache grundsätzlich geltende Novenverbot hinsichtlich der Rechtsmittelvoraussetzungen nicht zur Anwendung.

2.2 Beide Parteien haben zusammen mit ihren Eingaben an das Kassationsgericht Beilagen eingereicht und diesbezügliche Behauptungen aufgestellt (KG act. 3/2-4 und KG act. 15). Die Beschwerdeführerin hat eine Expertise Dr. E. vom 14. April 2008 und damit zusammenhängend den "beruflichen Werdegang" von Dr. E., ferner eine E-Mail von F. an G. vom 25. März 2008 eingereicht (KG act. 1 Beilagenverzeichnis und KG act. 3/2-4). Hinsichtlich den ersten beiden genannten Beilagen behauptet die Beschwerdeführerin erstmals im hiesigen Verfahren u.a., dass Dr. E. zum Schluss komme, dass keine von der Beschwerdegegnerin gelieferten Spezifikationen die Entwicklung und Lieferung eines AMS-Clients im Projekt "a" für Z. erlaubt haben würde, dass er auch festhalte, dass in der

Software-Entwicklungs-Branche ein Auftrag absolut üblich sei (KG act. 1 S. 7 RZ 23 f. sowie S. 12 RZ 47). Mit der letztgenannten Beilage (Ausdruck E-Mail von F. an G.) sucht die Beschwerdeführerin ihre Behauptung in der Beschwerde auf S. 14 RZ 61 zu untermauern, wonach sie den AMS-Client im Rahmen des Projekts "a" für Z. entsprechend den Anforderungen derselben innert weniger Wochen erstellen könne (KG act. 1 S. 14 RZ 61). Auf die von der Beschwerdeführerin eingereichten Beilagen und die damit zusammenhängenden Parteivorbringen kann im vorliegenden Verfahren nach dem Gesagten nicht eingegangen werden.

Hingegen betreffen die von der Beschwerdegegnerin gemachten Behauptungen, welche sie mit dem Ausdruck einer E-Mail von H@D.ch an I@Z.ch vom 29. April 2008 (KG act. 15) zu untermauern sucht, das von ihr behauptete, fehlende Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin an der Behandlung der vorliegenden Beschwerde und damit eine Rechtsmittelvoraussetzung. Denn die Massnahmebegehren 2 (Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur ausschliesslichen Lieferung des AMS-Client der Beschwerdeführerin im Projekt "a" der Z.) und 4a (Verbot an die Beschwerdegegnerin, im Projekt "a" der Z. einen andern als den AMS-Client der Beschwerdeführerin zu liefern) seien obsolet geworden, nachdem die Beschwerdegegnerin am 2. Mai 2008 ihren eigenen Client geliefert und installiert habe (KG act. 14 S. 3 f. unter II.A. und II.B.). Demnach sind diese Behauptungen und die entsprechende Beilage vom Novenverbot ausgenommen.

3.1 Es ist somit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin unter den gegebenen Umständen ein Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung ihrer Beschwerde hat. Gemäss § 51 Abs. 2 ZPO ist denn auf ein Rechtsmittel nur einzutreten, soweit der Rechtsmittelkläger durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Nicht einzutreten ist im allgemeinen auf eine Klage (resp. ein Rechtsmittel), wenn der Kläger zum Schutze seines Rechts des beantragten Urteils gar nicht bedarf, z.B. weil sein Begehren schon vor der Urteilsfällung materiell gegenstandslos geworden ist (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 7a zu § 51 ZPO). So hat das Kassationsgericht das Rechtsschutzinteresse eines Beschwerdeführers an der Behandlung seiner Nichtigkeitsbeschwerde, welche sich gegen die Anweisung an seine Arbeitgeberin durch die Vorinstanz richtete, verneint, da das Arbeitsverhält-

nis in der Zwischenzeit beendet worden war und die Anweisung damit keine Wirkung mehr entfalten konnte (Kass.-Nr. AA040109 v. 18.01.2005 i.S. B.).

3.2 Vorliegend ist die Sachlage jedoch insofern anders, als die allenfalls bereits erfolgte Lieferung des AMS-Client durch die Beschwerdegegnerin an die Z. eine Lieferung des AMS-Client durch die Beschwerdeführerin nicht unmöglich macht, zumal diese betont, bereit und fähig zu sein, den AMS-Client im Rahmen des Projekts "a" für Z. entsprechend den Kundenanforderungen innert weniger Wochen zu erstellen (KG act. 1 S. 14 RZ 61). Das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin ist daher zu bejahen und auf die Beschwerde unter diesem Gesichtspunkt einzutreten.

4.1 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO i.V.m. § 56 ZPO verletzt, indem sie auf neue Vorbringen der Beschwerdegegnerin in der Massnahmeantwort abgestellt habe, ohne ihr Gelegenheit zur Stellungnahme dazu einzuräumen (KG act. 1 S. 9 ff. RZ 34 ff.).

In der Massnahmeantwort behaupte die Beschwerdegegnerin unter anderem, die Beschwerdeführerin habe bereits anlässlich der Projekte b und c den Vertrag verletzt (HG act. 20, RZ 9 f. und RZ 11). Zu diesen massgeblichen neuen und für die Beschwerdeführerin nachteiligen tatsächlichen Vorbringen sei sie vor Erlass des angefochtenen Beschlusses nie angehört worden. Sie bestreite die Ausführungen der Beschwerdegegnerin; die beiden Abweichungen vom Vertrag seien nämlich mit ausdrücklicher Zustimmung derselben erfolgt (KG act. 1 S. 10 RZ 37). Ferner halte die Beschwerdegegnerin ihr vor, sie habe die Mehrheit der vom Vertrag erfassten gemeinsamen Projekte akquiriert, was nicht stimme (KG act. 1 S. 10 RZ 38). Weiter werfe die Beschwerdegegnerin ihr in der Massnahmeantwort ohne einen Beleg dafür zu liefern vor, sie habe nicht ernsthaft vorgehabt oder sei nicht in der Lage gewesen, den AMS-Client im Projekt "a" für Z. zu entwickeln bzw. zu liefern, was ein neues und wesentliches, für sie nachteiliges tatsächliches Vorbringen sei, zu welchem sie vor Erlass des angefochtenen Beschlusses ebenfalls nie angehört worden sei. Dabei habe sie in der Klage bzw. im Massnahmegesuch und den beigefügten Akten mehrfach erklärt, den AMS-Client

im Projekt "a" für Z. liefern zu wollen und dazu auch in der Lage zu sein (KG act. 1 S. 10 RZ 39). Die Vorinstanz habe diese Behauptungen der Beschwerdegegnerin ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs bzw. Beweisverfahren aufgenommen und der Beschwerdeführerin im Gegenzug vorgeworfen, sie habe nicht glaubhaft dargetan, dass sie einen AMS-Client mit den technischen Anforderungen nach Wunsch der Kundin Z. entwickeln und liefern könne und werde (KG act. 1 S. 10 RZ 40). Sodann habe die Vorinstanz gestützt darauf die Nachteilsprognose zu Ungunsten der Beschwerdeführerin vorgenommen, indem sie erwogen habe, die Beschwerdegegnerin könnte ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Z. oder D. AG nicht termingerecht nachkommen, wenn das Massnahmegesuch (insbesondere Ziff. 4 lit. a und b) gutgeheissen würde; zudem sei noch unklar, ob und bis wann die Beschwerdeführerin den von der Kundin Z. gewünschten AMS-Client zur Verfügung stellen könne. Dabei habe nicht mal die Beschwerdegegnerin einen drohenden Nachteil behauptet (KG act. 1 S. 10 f. RZ 41 ff.).

4.2 Aus dem Mitteilungssatz im angefochtenen Entscheid ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin die Massnahmeantwort (HG act. 20) erst zusammen mit dem Entscheid vom 25. März 2008 zugestellt worden ist (KG act. 2 Dispositiv Ziff. 3). Da die Massnahmeantwort keinen Vermerk enthält, dass sie dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zur Kenntnis zugestellt werde (HG act. 20 S. 19) und die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe an das Handelsgericht vom 11. März 2008 (HG act. 23) auch keinen Bezug auf die Massnahmeantwort nimmt, ist davon auszugehen, dass die beschwerdeführende Partei vor der Zustellung des Beschlusses vom 25. März 2008 keine Kenntnis vom Inhalt der Massnahmeantwort hatte. Es kann daher vorliegend offenbleiben, ob es rechtsmissbräuchlich wäre, wenn sich die beschwerdeführende Partei trotz Kenntnis des Akteninhalts auf die Verletzung des Gehörsanspruchs beruft.

4.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sowie der Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK verleihen der Prozesspartei (ausgenommen zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen oder berechtigter Interessen Dritter) Anspruch, in alle für den Entscheid wesentlichen Akten Einsicht zu nehmen und sich dazu zu äussern, was bedeutet, dass

ein Gericht jede bei ihm eingereichte Stellungnahme den Beteiligten zur Kenntnis zu bringen hat (BGer 5A\_151/2007 vom 22.01.2008, Erw. 3.2; BGE 132 I 42 Erw. 3.3. m.w.H.; Pra 2006 Nr. 126 Erw. 2 mit zahlreichen Hinweisen auf Entscheide des EGMR). Dabei ist es unerheblich, ob die entsprechende Eingabe nach Auffassung des Gerichts von rechtlicher Relevanz ist oder nicht oder ob die in der strittigen Eingabe enthaltenen Ausführungen in irgend einer Form in den angefochtenen Entscheid eingeflossen sind; es obliegt allein den Parteien zu entscheiden, ob sie sich zu einer Eingabe äussern wollen (BGE 132 I 42 Erw. 3.2.3; Pra 2006 Nr. 126 Erw. 2, vgl. auch BGer vom 11.08.2005 in SZZP 2006 S. 11 Nr. 151).

Im Lichte dieser Praxis ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor Fällung ihres Entscheides die Massnahmeantwort der Beschwerdegegnerin (HG act. 20) hätte zustellen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme hätte einräumen müssen. Eine Heilung des Mangels im Rechtsmittelverfahren, welche nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann in Frage kommt, wenn der Rechtsmittelinstanz dieselbe Kognition zukommt wie der unteren Instanz und es sich nicht um einen besonders schweren Verfahrensmangel handelt (BGE 126 I 68 Erw. 2; 127 I 128 Erw. 4d), kommt im vorliegenden Fall, wo nebst der Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze auch der Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO (keine freie Kognition des Kassationsgerichts) angerufen ist, nicht in Frage. Der angefochtene Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen; sie wird der Beschwerdeführerin die Möglichkeit einzuräumen haben, sich zur Massnahmeantwort der Beschwerdegegnerin vom 6. März 2008 zu äussern und alsdann einen neuen Massnahmeentscheid zu treffen haben.

5. Damit erübrigt es sich, auf die weiter von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen einzugehen (die Vorinstanz habe durch das Nichteintreten auf die Noveneingabe der Beschwerdeführerin vom 12. Februar 2008 und Abstellen auf eine nicht behauptete oder behauptete, aber bestrittene Tatsache trotz Fehlens jedes Beweises einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzt, sowie aktenwidrige tatsächliche Annahmen getroffen, die offenkundig nicht zuträfen, und

beweisbedürftige Tatsache als bewiesen angenommen, obwohl die Akten darüber keinen Aufschluss gäben [KG act. 1 S. 5 ff. RZ 15 ff., S. 9 f. RZ 36 und S. 11 ff. RZ 44 ff.]).

### III.

1. Die Beschwerdegegnerin beantragte Nichteintreten resp. Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 14 S. 2). Sie unterliegt mit diesen Anträgen und wird damit für das vorliegende Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Beschwerdegegnerin machte in ihrer Beschwerdeantwort ausserdem geltend, der Streitwert, von dem bei der Kosten- und Entschädigungsfolge im Beschwerdeentscheid auszugehen sei, betrage mindestens Fr. 700'000.-- (KG act. 14 S. 3). Das Vorstehend unter II.2.1 Gesagte betreffend Novenverbot im Verfahren am Kassationsgericht gilt auch hier. Die Behauptungen zu einem angeblich höheren Streitwert hätten vor der Vorinstanz vorgebracht werden müssen und können - ist dies unterblieben - nicht im kassationsgerichtlichen Verfahren nachgeholt werden. Für die Bemessung der Kosten und Entschädigung ist daher ohne weiteres von einem Streitwert von Fr. 50'000.-- auszugehen (vgl. KG act. 2 S. 19 f. Erw. 4.1).

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

**Das Gericht beschliesst:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 25. März 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. 5'500.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.-- zu entrichten.
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. 50'000.--.

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

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich (Geschäfts-Nr. HG080017), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Die jur. Sekretärin: