

ZH_KASSATIONSGERICHT AA080191 vom 7. April 2009

Zh Kassationsgericht, 2009-04-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_kassationsgericht_AA080191

FR: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080191 du 7 avril 2009

IT: ZH_KASSATIONSGERICHT AA080191 del 7 aprile 2009

Erwägungen

E. 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. 5 Ziff. 2, HG act. 3/4). Im Rahmen des Projektes "d" für die D Schweiz 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. Dabei beantragte sie, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihr Auskunft über den Stand des Projekts "d" für die D Schweiz zu erteilen, ev. aufgelistete Spezifikationen umgehend herauszugeben (Ziff. 1), weiter ausschliesslich den AMS-Client der Beschwerdeführerin zu liefern und bei der Beschwerdeführerin zu beziehen (Ziff. 2), ferner ihr unverzüglich eine schriftliche Auftragsbestätigung für die Anpassung und Lieferung des AMS-Clients für das Projekt d der D Schweiz zuzustellen (Ziff. 3); schliesslich sei der Beschwerdegegnerin unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbieten, an die D Schweiz

- 3 - einen anderen AMS-Client als denjenigen der Beschwerdeführerin zu liefern und Tests mit nicht von der Beschwerdeführerin stammender AMS-Client-Software durchzuführen (Ziff. 4; KG act. 2 S. 2 f.). Dieses Begehren hat die Vorinstanz mit Beschluss vom 25. März 2008 abgewiesen. Eine dagegen gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin hiess das Kassationsgericht mit Beschluss vom 12. August 2008 gut und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück, welche in Nachachtung der Erwägungen dieses Beschlusses der Beschwerdeführerin Gelegenheit gab, sich zur Massnahmeantwort der Beschwerdegegnerin vom 6. März 2008 zu äussern. In der Folge fand ein mehrfacher Schriftenwechsel unter den Parteien statt und wies das Handelsgericht mit Beschluss vom 1. Dezember 2008 die vorsorglichen Massnahmebegehren der Beschwerdeführerin erneut ab (KG act. 2 S. 4 und S. 25; KG act. 1 S. 3).

E. 1.1

Aus den zum Thema der Nachteilsprognose enthaltenen Erwägungen führt die Beschwerdeführerin einmal Erw. 3.3.3.2.2 auf Seite 23 des angefochtenen Beschlusses als willkürlich an. Dort halte das Handelsgericht ohne jeden sachlichen Grund dafür, es sei offen geblieben, ob die Beschwerdeführerin einen AMS-Client mit den technischen Anforderungen nach Wunsch der Kundin tatsächlich liefern könnte, wenn ihr die vollständigen, finalen Spezifikationen überlassen würden (KG act. 1 RZ 60). Zur Begründung dieser Willkürüge führt die Beschwerdeführerin aus, sie sei einer der führenden Anbieter von IT-Lösungen und -Produkten für Handel und Banken und der damit verbundenen Dienstleistungen, seit Jahrzehnten auf dem Markt etabliert. Sie listet alsdann einige ihrer Kundinnen v.a. aus dem Bankensektor auf, und fährt fort, sie sei ein verlässlicher und kompetenter Partner und habe weit über xxxx Geldautomaten in der Schweiz installiert. Bei objektiver Betrachtung könne daher kein Zweifel bestehen, dass sie in der Lage sei, den AMS-Client im Projekt D zu entwickeln und zu liefern. Zur Untermauerung der Ausführungen beruft sich die Beschwerdeführerin auf die ATM-Statistik 2008 (KG act. 1 RZ 61 mit Beweisofferte KG act. 3).

- 10 -

E. 1.2

Soweit ersichtlich, handelt es sich bei diesen Ausführungen um solche, welche die Beschwerdeführerin erstmals vorträgt. Jedenfalls tut sie nicht dar, dass sie diese Behauptungen bereits vor Vorinstanz gemacht hätte. Wie vorstehend II.3.1 ausgeführt, hat die Kassationsinstanz nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leide (hier also: die beanstandete Annahme schlichtweg unhaltbar sei) und ist eine Ergänzung des Prozessstoffes mit neuen Behauptungen oder Beweismitteln vor der Kassationsinstanz nicht zulässig. Daher sind diese Vorbringen ungeeignet, um Willkür der beanstandeten Erwägung nachzuweisen und kann auf diese Rüge nicht eingetreten werden (vgl. auch oben II.2.1 zu den Anforderungen an die Begründung der Willkürüge).

E. 2

Mit Eingabe vom 23. Dezember 2008 liess die Beschwerdeführerin dagegen Nichtigkeitsbeschwerde erheben (KG act. 1). Sie beantragt, den Beschluss des Handelsgerichts vom 1. Dezember 2008 aufzuheben, und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2). Die der Beschwerdeführerin mit Präsidialverfügung vom 24. Dezember 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 28. Januar 2009 eingereicht. Sie beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, ev. diese abzuweisen (KG act. 13 S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin samt Beilage zur Beschwerdeantwort mit Verfügung vom 29. Januar 2009 zur Kenntnisnahme zugestellt (KG act. 15). Weitere Eingaben der Parteien in diesem Verfahren sind nicht erfolgt. 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 je-

- 4 - doch 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). Die (selbständige) Beschwerdefähigkeit des angefochtenen Beschlusses ist somit zu bejahen.

E. 2.1

Eine willkürliche Feststellung des Handelsgerichts und in Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren ergangen sei auch die (u.a. unter Erw. 3.3.3.2.2 auf Seite 22 des angefochtenen Entscheids enthaltene) Feststellung, es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin ihrer vertraglichen Lieferpflicht gegenüber der E AG bereits am 24. September 2008 nachgekommen sei und dass die E AG den gelieferten AMS-Client der Beschwerdegegnerin in der Folge abgenommen habe - so die Beschwerdeführerin weiter. Jedenfalls lasse sich dies weder aus den Behauptungen der Beschwerdegegnerin noch aus den Akten glaubhaft ableiten (KG act. 1 RZ 62-66 sowie RZ 83-86). Diese Rügen begründet die Beschwerdeführerin folgendermassen: a) Die Beschwerdegegnerin habe gar nie (jedenfalls nicht ausdrücklich, geschweige denn substantiiert) behauptet, der AMS-Client sei von der E AG abgenommen worden. Hätte die Beschwerdegegnerin ihre gegenteiligen Ausführungen bestreiten wollen, hätte sie dies auch sofort belegen können, etwa durch Einreichung eines Abnahmeprotokolls (KG act. 1 RZ 63). Was das "neue Beweismittel", die Beilage 1 zu HG act. 64, anbelange, sei dieses der Beschwerdeführerin vom Handelsgericht nie zugestellt worden und sie könne daher nicht beurteilen, ob dieses neue Beweismittel die Behauptung belege (KG act. 1 RZ 64). Zwar habe das Handelsgericht mit Verfügung vom 11. November 2008 ihr die Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 6. November 2008 (HG act. 64) zugestellt, nicht aber

- 11 - auch das dort erwähnte "neue Beweismittel". Mit Schreiben vom 12. November 2008 habe sie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihr die Beilage zu HG act. 64 nicht zugestellt worden sei. Nachdem das Handelsgericht im angefochtenen Entscheid mehrfach auf dieses neue Beweismittel abstelle, indem es darauf abstützend festhalte, aufgrund der im Recht liegenden Unterlagen sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin bereits am 24. September 2008 einen rollout-fähigen AMS-Client an E AG geliefert habe und dieser in der Folge abgenommen worden sei, womit die Beschwerdegegnerin ihrer vertraglichen Lieferpflicht gegenüber der E AG nachgekommen sei, hätte es der Beschwerdeführerin vor dem Beschluss diese Beilage zwingend zur Einsicht und Stellungnahme zustellen müssen (KG act. 1 RZ 83-86). b) Sie selber habe eine solche Abnahme immer bestritten und sei überzeugt, dass es noch einige Zeit dauern dürfte, bis der AMS-Client den Spezifikationen von D entspreche und tatsächlich abgenommen werde. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin am 24. September 2008 eine rollout-fähige Version des AMS-Clients an D geliefert haben würde, würde es sich nur um einen vorläufigen Release handeln, welcher nur die erheblichsten Fehler (Klassen 1 und 2) ausmerzt habe. Dieser Release könne lediglich für Feldversuche bzw. einzelne Pilotgeräte eingesetzt werden. Bis zur produktiven Einführung (Roll-out auf sämtlichen gut xxxx Geldautomaten)

würden noch weitere Releases zwingend erforderlich sein (KG act. 1 RZ 63 und 66).

E. 2.2

a) Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass die Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs resp. Behauptung der Beschwerdeführerin, ihr sei die Beilage nicht zugestellt worden und sie hätte keine Gelegenheit gehabt, dazu Stellung zu nehmen, treuwidrig sei. Denn sie habe dem Vertreter der Beschwerdeführerin ihre Eingabe vom 6. November 2008 samt der fraglichen Beilage gleichentags per E-Mail zugestellt und die Beklagte (recte wohl: Beschwerdeführerin) habe somit ohne Weiteres Gelegenheit gehabt, sich dazu zu äussern. Dies wird untermauert mit dem Ausdruck der E-mail von F [Assistentin des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin], G AG, an den Rechtsvertreter der Klägerin vom 6. November 2008 mit Anhang (KG act. 13 RZ 8 mit Verweis auf KG act. 14). Da auf

- 12 - treuwidrig erhobene Rügen mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten ist, wäre diese Beilage und die damit zusammenhängenden Äusserungen vom Nonverbot ausgenommen (oben II.3.1). Die Beschwerdeführerin stellte jedenfalls nicht in Abrede, dass es sich wie von der Beschwerdegegnerin geschildert verhält. Ob sie deshalb keinen Rechtsschutz auf Prüfung ihrer allenfalls treuwidrig erhobenen Rüge habe, braucht vorliegend jedoch nicht geprüft zu werden, da ihre Rüge der Verletzung des Gehörsanspruchs jedenfalls auch unbegründet wäre, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden. Auf den Anspruch auf rechtliches Gehör kann im Einzelfall verzichtet werden, und zwar nicht nur auf das Recht auf Äusserung, sondern auch auf Orientierung und Akteneinsicht. Ein solcher Verzicht darf jedoch nicht leichthin angenommen werden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 zu § 56 ZPO mit Verweis auf BGE 101 Ia 313). Auch das Replikrecht zu von der Gegenpartei oder von der Vorinstanz eingereichten Stellungnahmen ist verzichtbar (vgl. Steinmann, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2.A., Zürich 2008, N 25 zu Art. 29 BV; BGE 133 I 100 Erw. 4.8, 133 I 98 Erw. 2.2 und 2.3 sowie 132 I 42). Wenn der Betroffene in der Lage war, die Notwendigkeit einer Stellungnahme zu prüfen und ein derartiges Anliegen wahrzunehmen, und er dies unterlässt, obwohl eine Reaktion innert einer angemessenen Zeitspanne zumutbar war, kann darin ein Verzicht erblickt werden (vgl. BGE 132 I 42 Erw. 3.3.3 und 3.4). Mit der Verfügung der Vorinstanz vom 11. November 2008 betreffend Zustimmung der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 6. November 2008 zur Kenntnisnahme hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin lediglich die Eingabe, nicht aber die Beilage dazu (HG act. 65) zugestellt (Prot. HG S. 21). Aus dieser Eingabe geht ohne weiteres hervor, dass auf eine zusätzliche Beilage verwiesen wird, nämlich die Rechnung der Beschwerdegegnerin an E vom 7. Oktober 2008 mit Zahlungsbeleg vom 31. Oktober 2008, zur Untermauerung der in der Eingabe gemachten Behauptung, dass sich aus dieser Rechnung ergebe, dass erstere letzterer am 24. September 2008 die rollout-fähige Version der AMS-Software geliefert habe sowie dass E die vertraglich geschuldete Vergütung für diese Lieferung am 31. Oktober 2008 (letzte Rate des Projektpreises) bezahlt habe (vgl. HG

- 13 - act. 64 S. 2 Ziff. 2). Die Beschwerdeführerin konnte Stellung nehmen zur letzten Eingabe der Beschwerdegegnerin vor Erlass des angefochtenen Beschlusses und tat dies mit Schreiben vom 12. November 2008 auch. Zwar wies sie dabei auf die Nichtzustellung der Beilage hin, ohne jedoch die Zustellung einer Kopie derselben oder Akteneinsicht zu verlangen und sich eine Stellungnahme dazu nach Erhalt der Beilage vorzubehalten (HG act. 67). Aufgrund dieser Umstände wäre es der Beschwerdeführerin zumutbar gewesen,

Akteneinsicht in die Beilage zu verlangen, hätte sie dies als notwendig erachtet, um sich zu äussern. Die Vorinstanz durfte daher das Verhalten der Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben (und in Analogie zur eingangs dargestellten Lehre und Rechtsprechung) ohne Verletzung des Gehörsanspruchs dahingehend verstehen, dass die Beschwerdeführerin eine Einsicht in die Beilage zur Eingabe der Beschwerdegegnerin nicht als notwendig erachtete, um sich zu äussern und die Abgabe einer Stellungnahme mit blossem Hinweis auf die Nichtzustellung der Beilage als deren Verzicht auf Einsichtnahme in die Beilage zur Eingabe, zu welcher die Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör eingeräumt worden war, deuten. Die Rüge ginge nach dem Gesagten fehl, falls auf sei eingetreten würde. b)aa) Die Beschwerdegegnerin weist weiter darauf hin, dass sie entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin in HG act. 58 RZ 7 und HG act. 65 behauptet habe, dass E ihren AMS-Client abgenommen habe (KG act. 13 RZ 15). Die Beschwerdeführerin verweist selber in RZ 77 ihrer Beschwerde auf Ausführungen der Beschwerdegegnerin, wo diese in ihrer Stellungnahme vom 8. Oktober 2008 (HG act. 58 RZ 7) ausgeführt habe, bei Gutheissung der Massnahmebegehren würde ihr "befohlen, trotz bereits erfolgter Auslieferung und Abnahme des AMS-Clients im Projekt D ..." (KG act. 1 RZ 77). Ihre Rüge geht daher fehl, soweit sie damit geltend machen will, die Vorinstanz stelle auf eine von der Beschwerdegegnerin nicht gemachte Behauptung ab. Auch wenn sich aus HG act. 65 entgegen der Darstellung der Beschwerdegegnerin keine Behauptung der bereits erfolgten Abnahme seitens E entnehmen lässt (und auch nicht etwa aus HG act. 64), hat die Beschwerdegegnerin jedenfalls in ihrer Stellungnahme vom 8. Oktober 2008 (HG act. 58 RZ 7) erwähnt, dass die Abnahme bereits erfolgt sei.

- 14 - bb) Sollte die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen geltend machen wollen, die Vorinstanz habe angesichts der beschwerdeführerischen Vorbringen (dass es noch einige Zeit dauern dürfte, bis der AMS-Client den Spezifikationen von D entspreche und tatsächlich abgenommen werde und bis zur produktiven Einführung noch weitere Releases notwendig seien) und dem Argument, dass die Beschwerdegegnerin bei erfolgter Abnahme ohne weiteres ein Abnahmeprotokoll einreichen könnte, zu unrecht als glaubhaft erachtet, dass die Abnahme bereits erfolgt sei, so geht ihre Rüge am angefochtenen Entscheid vorbei. Während die Vorinstanz annimmt, dass die Beschwerdegegnerin durch Lieferung an und Abnahme durch E ihre Vertragspflichten gegenüber der Projektleiterin E AG bereits erfüllt habe (KG act. 2 S. 23 f.), beziehen sich die Ausführungen der Beschwerdeführerin darauf, dass es noch einige Zeit dauern dürfte, bis der AMS-Client den Spezifikationen von D entspreche und tatsächlich abgenommen werde (KG act. 1 RZ 62 ff., HG act. 62 RZ 6 ff.). Diese Ausführungen der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid wiedergegeben, bevor sie die beanstandeten Erwägungen bezüglich dem Projektvertrag zwischen der E AG (nicht der D) und der Beschwerdegegnerin machte (vgl. KG act. 2 S. 22). 3.1 Als ungerechtfertigt und willkürlich taxiert die Beschwerdeführerin auch den vorinstanzlichen Vorwurf, sie habe nicht konkret dargetan, worin die bisherigen Aufwendungen von mindestens CHF 50'000.-- bestünden. Die Beschwerdegegnerin habe die Aufwendungen und deren Höhe nicht bestritten. (Die Beschwerdegegnerin bezieht sich in ihrer Beschwerdeantwort auf eine Bestreitung derselben, ohne allerdings anzugeben, wo sie diese bestritten hätte, KG act. 13 RZ 16). Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin zu den bisherigen Aufwendungen H als Zeugen angeboten und eine graphische Darstellung der Zeitachse (Überblick über Projektverlauf) eingereicht. Aus Beilage 2 zu HG act. 52 sei zu entnehmen, dass sie gestützt auf die unvollständigen, lückenhaften Spezifikationen bereits wesentlichen Entwicklungsaufwand getätigt habe und namentlich

die XML-Schnittstelle als solche technisch entwickelt worden sei. Es sei nicht einzu- sehen, weshalb sie im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens ihre bisherigen Aufwendungen bereits in den Einzelheiten darlegen und nachweisen müsste (KG act. 1 RZ 67-71).

- 15 - 3.2 Auf diese Rüge ist nicht einzutreten, denn sie hat sich nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt (§ 281 ZPO). Die Vorinstanz führte denn im Anschluss an die beanstandete Feststellung (sowie an Ausführungen zum von der Beschwerdeführerin ebenfalls geltend gemachten entgangenen Gewinn) fol- gendes aus: "Soweit die Klägerin einen finanziellen Schaden behauptet, ist aber ohnehin nicht ersichtlich und wurde von ihr im übrigen auch in keiner Art und Wei- se dargetan, weshalb es sich hierbei um einen nicht leicht wiedergutzumachen- den Nachteil handeln soll, welcher zudem nur durch die beantragten vorsorgli- chen Massnahmen abgewendet werden könnte. Sollte sich der geltend gemachte Schadenersatzanspruch als berechtigt erweisen, so wäre die Beklagte zu dessen Bezahlung zu verpflichten" (KG act. 2 S. 19 Mitte). Damit hätte die Vorinstanz auch wenn sie die bisherigen Aufwendungen der Beschwerdeführerin im Projekt der D (welche ebenfalls unter den finanziellen Schaden im Gegensatz zum daran anschliessend behandelten immateriellen Schaden fallen) genügend konkret dar- gelegt erachtet hätte, keinen nur durch Erlass der vorsorglichen Massnahmen abwendbaren Nachteil der Beschwerdeführerin erblickt, war also die gerügte Feststellung nicht entscheidrelevant für die Vorinstanz. Ob deren Auffassung zu- treffend sei, braucht vorliegend nicht geprüft zu werden, da die Beschwerdeführe- rin dieselbe nicht rügt. 4.1 Das Handelsgericht bewege sich - so die Beschwerdeführerin weiter - auf sehr vagem Terrain, wenn es auf S. 19 f. in Ziff. 3.3.3.2.1 meine, der behaup- tete immaterielle Schaden sei nicht glaubhaft, weil ja der Kooperationsvertrag in- zwischen ohnehin auf 31. Dezember 2008 gekündigt worden sei. Der Vertrag gelte nämlich für laufende gemeinsame Projekte und Software-Pflegeverträge auch über dieses Datum hinaus, wie sich aus Ziff. 15.3 des Kooperationsvertra- ges ergebe. Es sei auch offenkundig, dass die Parteien die gemeinsamen Kunden nach dem 31. Dezember 2008 insbesondere betreffend Software-Pflege nicht einfach fallen lassen könnten, sondern weiterhin gemeinsam betreuen müssten, jedenfalls solange, als die Pflegeverträge mit den Kunden laufen würden. Zudem bestehe zwischen den Parteien weiterhin ein Softwarepflegevertrag betreffend Wartung der AMS-Software (KG act. 1 RZ 72-75).

- 16 - 4.2 Es ist unklar, was die Beschwerdeführerin mit diesen Ausführungen überhaupt rügen will. Der vorstehend zuletzt aufgeführte Satz dürfte eine neue Behauptung sein, auf die nicht eingegangen werden kann und welche nicht zum Nachweis eines Nichtigkeitsgrundes taugt (oben II.3.1). Jedenfalls zeigt die Be- schwerdeführerin nicht auf, wo sie diese Behauptung bereits früher aufgestellt hätte. Was ihre Ausführungen anbelangt, es sei offenkundig, dass die Parteien die gemeinsamen Kunden nach dem 31. Dezember 2008 insbesondere betref- fend Software-Pflege nicht einfach fallen lassen könnten, setzt sich die Be- schwerdeführerin nicht mit den Ausführungen der Vorinstanz S. 20 des ange- fochtenen Entscheides auseinander, wo diese erwägt: "Inwiefern aufgrund des Verhaltens der Beklagten der Eindruck entstehen könnte, dass "die Betreuung der bestehenden gemeinsamen Kunden nicht mehr gesichert" sei, hat die Klägerin ebenfalls nicht dargetan und ist im übrigen auch nicht ersichtlich, zumal dies wohl kaum im Interesse der Beklagten liegen dürfte." (KG act. 2 S. 20 Erw. 3.3.3.2.1). Auch darauf ist nicht einzugehen (vgl. oben II.2.1). Überhaupt geht die Beschwer- deführerin von einer falschen Prämisse aus. Die

Vorinstanz verneint nämlich entgegen der beschwerdeführerischen Darstellung nicht die Glaubhaftigkeit ihrer Behauptung eines drohenden immateriellen Schadens, "weil der Kooperationsvertrag ohnehin per 31. Dezember 2008 gekündigt sei" (vgl. KG act. 1 RZ 75), sondern sie hält gestützt auf diese seitens der Beschwerdeführerin unbestrittene Tatsache (KG act. 1 RZ 73) fest, dass es deswegen der Realität entsprechen dürfte, dass "die Parteien nicht mehr so, wie bis anhin zusammenarbeiten (werden)" (KG act. 2 S. 20 Erw. 3.3.3.2.1). Damit erweist sich die in diesem Zusammenhang erhobene "Rüge" als unbegründet, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. 5.1 Als aktenwidrig und willkürlich bezeichnet die Beschwerdeführerin schliesslich die vorinstanzliche Feststellung, dass eine Gutheissung der Massnahmenanträge zu einer weiteren, wesentlichen Verzögerung bei der Einführung des AMS-Clients führen und daher für die Beschwerdegegnerin, die Kundin und allenfalls auch weitere am Projekt Beteiligte ernst zu nehmende bzw. überwiegende Nachteile bedeuten würde. Dies decke sich weder mit den Ausführungen der Parteien noch mit den Akten (KG act. 1 RZ 82).

- 17 - Zur Begründung dieser Rüge führt die Beschwerdeführerin aus, im Beschluss vom 25. März 2008 habe das Handelsgericht noch ausdrücklich festgehalten, die Beschwerdegegnerin habe nicht konkret dargetan, worin ihr drohender Schaden bestehen solle (KG act. 1 RZ 76). Die Beschwerdegegnerin habe in ihrer Stellungnahme vom 8. Oktober 2008 (HG act. 58 RZ 7) ausgeführt, die Gutheissung der Massnahmebegehren würde unangemessene, unverhältnismässige Verhältnisse schaffen. Trotz bereits erfolgter Auslieferung und Abnahme des AMS-Clients im Projekt D würde ihr befohlen, von der Beschwerdeführerin einen noch nicht fertig gestellten Client zu beziehen. Sie müsste Spezifikationen liefern, Entwicklungsergebnisse der Beschwerdegegnerin prüfen und nachbessern lassen. Es liege weder im Interesse von E noch von D, den bereits getesteten und perfektionierten Client der Beschwerdegegnerin durch den Client der Beschwerdeführerin zu ersetzen. Es sei nicht zumutbar, das ganze Projekt noch einmal von vorne zu beginnen. Die Beschwerdegegnerin habe weder tatsächlich noch rechtlich die Möglichkeit, die Beschwerdeführerin am Projekt zu beteiligen. Mit diesen Ausführungen fährt die Beschwerdeführerin fort - habe die Beschwerdegegnerin keinen substantiierten Nachteil behauptet, sondern einfach das mit dem Massnahmegesuch als solchem verfolgte Ziel als Nachteil bezeichnet. Es könne aber kein im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigender Nachteil sein, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer Vertragsverletzung faktische Verhältnisse geschaffen habe. Diese habe selber festgehalten, dass es für D keine Rolle spiele, wer welche Software liefere, wesentlich sei nur, dass eine taugliche Software geliefert werde. Die Beschwerdegegnerin sei rechtlich keineswegs daran gehindert, die Beschwerdeführerin vertragsgemäss zu beteiligen. Die Tatsache, dass erstere in Verletzung des Kooperationsvertrages mit der E einen Projektvertrag abgeschlossen habe, könne nicht dazu führen, dass der Kooperationsvertrag ihr gegenüber nicht mehr durchsetzbar sei. Zudem spiele es auch für E keine Rolle, wer letztlich diese Software, die "nur" tauglich zu sein habe, liefere. Auch faktisch könne die Beschwerdegegnerin den AMS-Client im Projekt D ohne wesentlichen Nachteil für D liefern, wie im Kooperationsvertrag vorgesehen. Sobald die Beschwerdegegnerin (gemeint wohl: Beschwerdeführerin) endlich über die verlangten Spezifikationen verfüge,

- 18 - werde sie den AMS-Client innert kurzer Zeit fertig entwickeln können. Selbstredend würden gewisse Tests in Zusammenarbeit mit der Beschwerdegegnerin erforderlich sein und in der Folge werde die Beschwerdegegnerin gegenüber E bzw. D im Rahmen eines

neuen Releases den AMS-Client der Beschwerdegegnerin (gemeint wohl: der Beschwerdeführerin) ausliefern (KG act. 1 RZ 77-81). 5.2 Auf die Rüge ist nicht einzutreten, weil sich die Erwägungen (KG act. 2 S. 20 ff. Erw. 3.3.3.2.2) der Vorinstanz zum in die Prognose mit einzubeziehenden drohenden Schaden der Beschwerdegegnerin nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt haben (§ 281 ZPO). In Erwägung 3.3.3.2.3 hält die Vorinstanz als Fazit der Nachteilsprognose, bestehend aus dem in Erwägung 3.3.3.2.1 abgehandelten Nachteil der Beschwerdeführerin und dem in Erwägung 3.3.3.2.2 abgehandelten Nachteil der Beschwerdegegnerin fest, dass ein drohender, nicht leicht wieder gutzumachender und nur durch die beantragten Massnahmen abzuwendender Schaden der Klägerin aufgrund der derzeitigen Aktenlage nicht ersichtlich sei und das Schadenersatzbegehren der Klägerin wenig aussichtsreich erscheine, mithin die Nachteilsprognose negativ ausfalle (KG act. 2 S. 24). Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz auch ohne Einbezug des seitens der Beschwerdegegnerin geltend gemachten drohenden Nachteils die Prognose zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausfallend ansah. Wie vorstehend gezeigt (III.1.2; III.3.2 und III.4.2) ficht die Beschwerdeführerin dies nicht erfolgreich an, sodass diese hinsichtlich der Beschwerdeführerin negativ ausgefallene Nachteilsprognose Bestand hat und sich eine allfällige aktenwidrige oder willkürliche Feststellung der Vorinstanz in Zusammenhang mit dem der Beschwerdegegnerin drohenden Nachteil nicht zu ihrem Nachteil ausgewirkt hätte. Selbst wenn aber die Aktenwidrigkeitsrüge geprüft würde, sollte die Beschwerdeführerin geltend machen wollen, die Annahme einer "weiteren" Verzögerung sei nicht durch die Parteibehauptungen resp. Akten gedeckt, so ginge eine solchermaßen verstandene Aktenwidrigkeitsrüge fehl. Einerseits hat sie selber gemäss vorinstanzlicher Feststellung auf eine im Projekt D eingetretene Verzögerung hingewiesen (vgl. KG act. 2 S. 22 zweiter Abschnitt). Andererseits hat die Beschwerdegegnerin mit den vorstehend (III.5.1) wiedergegebenen Ausführungen

- 19 - zumindest sinngemäss auf eine "weitere" Verzögerung bei Gutheissung der beschwerdeführerischen Massnahmeanträge hingewiesen, sodass die Annahme einer "weiteren" Verzögerung des Projekts bei Gutheissung der Anträge nicht zu beanstanden ist (nämlich dadurch, dass auch ein von der Beschwerdeführerin entwickelter Client die wie bei der von der Beschwerdegegnerin gelieferten AMS-Software über mehrere Monate erfolgten Prüfungen und Tests durchzulaufen hätte, vgl. KG act. 2 S. 23 erster Abschnitt).

E. 6

Damit gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, hinsichtlich den Feststellungen der Vorinstanz zur Nachteilsprognose einen Nichtigkeitsgrund darzutun und haben diese folglich Bestand, sodass auf die weitem Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Feststellungen der Vorinstanz zur Hauptsacheprognose mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten ist (oben II.5). IV. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO).

- 20 - Das Gericht beschliesst:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.