



<b>Fall-Nr.:</b>	HG.2012.65
<b>Stelle:</b>	Handelsgericht
<b>Rubrik:</b>	Handelsgericht
<b>Publikationsdatum:</b>	16.12.2015
<b>Entscheiddatum:</b>	16.12.2015

### Entscheid Handelsgericht, 16.12.2015

**Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG: Die Einhaltung einer nur auf die Gerichtsstandsklausel anwendbaren Formvorschrift stellt keine doppelrelevante Tatsache dar. Die Möglichkeit, per Internet-Fernzugriff ein auf einem fremden Server elektronisch abgespeichertes Dokument auf einem Bildschirm anzuzeigen, stellt keine formgültige Offerte zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung dar. Ein lediglich durch Mausklicks erklärtes Akzept erfüllt die vorausgesetzte Form ebenfalls nicht. Der erforderliche Textnachweis kann vorliegend auch nicht durch eine Bestätigungs-E-Mail erbracht werden, da die von der Klägerin vorgelegte E-Mail die entsprechenden inhaltlichen Anforderungen nicht erfüllt und die Echtheit dieser E-Mail nicht bewiesen ist (Handelsgericht, 16. Dezember 2015, HG.2012.65).**

#### Erwägungen

##### I.

1. Die A GmbH in Liquidation (Klägerin) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung russischen Rechts mit Sitz in Russland. Sie ist im staatlichen Register juristischer Personen der Russischen Föderation eingetragen und befindet sich gemäss einem Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung vom 31. Oktober 2011 in Liquidation. Die B AG (Beklagte) ist eine Aktiengesellschaft liechtensteinischen Rechts. Sie ist im Öffentlichkeitsregister des Fürstentums Liechtenstein eingetragen. Im Verlaufe des Verfahrens hat sie ihre ursprüngliche Firma von BB AG in B AG geändert. C war seit (mindestens) dem 26. Juni 2004 Direktor bzw. Generaldirektor bei der Beklagten. Seit dem 28. August 2012 amtet er als Verwaltungsratspräsident der Beklagten.



## St.Galler Gerichte

2. D war von Februar 2006 bis März 2011 für die Beklagte tätig. Die Klägerin behauptet, D habe das Computerprogramm „XY-Software“ entwickelt. D habe ihr im Jahr 2006 eine Lizenz für die XY-Software eingeräumt. Diese Lizenz habe das Recht zur Vergabe von Unterlizenzen beinhaltet.
  
3. Mit Eingabe vom 30. März 2012 machte die Klägerin ihre Klage mit den eingangs zitierten Rechtsbegehren anhängig (act. 1). Im Wesentlichen bringt sie vor, die Parteien hätten einen Vertrag über Informatikdienstleistungen, unter anderem die Einräumung einer Lizenz für die Nutzung des Computerprogramms XY-Software, geschlossen und in diesem den Gerichtsstand St. Gallen vereinbart ("Softwarelizenz- und -hostingvertrag" vom 13. bzw. 20. April 2006; kläg.act. 21). Ihren Teil der vereinbarten Leistungen habe sie über Jahre hinweg erbracht. Die Beklagte weigere sich jedoch, das vereinbarte Entgelt zu bezahlen. Für die in der Zeit von April 2006 bis November 2009 erbrachten Leistungen fordere sie von der Beklagten (pauschalisiert) Fr. 3'360'000.00. Nach Bezahlung des Gerichtskostenvorschusses in Höhe von Fr. 120'000.00 wurde die Klageschrift am 17. April 2012 der Beklagten zugestellt (act. 5).
  
4. Die Beklagte reichte am 19. September 2012 die Klageantwort ein (act. 15). Sie beantragt, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Klage abzuweisen. Als Begründung macht sie geltend, sie habe die XY-Software zwar eingesetzt, mit der Klägerin habe sie jedoch nie einen Vertrag geschlossen und von der Klägerin auch nie Informatikdienstleistungen wie etwa ein Programm-Hosting bezogen. Die Klägerin sei ihr vor der Klageanhebung gar nicht bekannt gewesen. Hinter der ganzen Sache stecke ihr ehemaliger Mitarbeiter D. Dieser habe die XY-Software während seiner Anstellung zusammen mit einem Entwicklungsteam für sie als Arbeitgeberin entwickelt. In der Folge habe D eine Entschädigung für die Nutzung der angeblich von ihm entwickelten Software in Höhe von 3,36 Millionen Franken verlangt. Nach Bestreitung dieser Forderung habe D die Klägerin vorgeschoben, um gestützt auf einen angeblichen Vertrag eine Forderung von gleicher Höhe zu verlangen. Die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen, die im Zusammenhang mit dem behaupteten Vertragsschluss vom 20. April 2006 stehen sollen, seien mit dem Ziel einer betrügerischen Anspruchsbegründung gefälscht worden. Dies gelte auch für die von der Klägerin vorgelegte Version des von ihr, der Beklagten, am 2. bzw. 3. Dezember



2009 mit der E GmbH geschlossenen Vertrags. Sie habe deshalb in der Schweiz sowie im Fürstentum Liechtenstein Strafanzeigen gegen D sowie F von der E GmbH eingereicht.

5. Mit der Klageantwort verlangte die Beklagte Sicherheit für ihre Parteientschädigung. Unter Hinweis auf die Strafanzeigen beantragte sie zudem eine vorläufige Verfahrenssistierung. Am 5. April 2013 nahm die Klägerin zu den Verfahrensanhträgen der Beklagten Stellung (act. 18). Mit Eingabe vom 18. September 2013 (act. 25) stellte die Klägerin dem Gericht den Entscheid der Anklagekammer des Kantons St. Gallen vom 21. August 2013 zu (kläg.act. 69). Mit diesem Entscheid wies die Anklagekammer eine von der Beklagten erhobene Beschwerde gegen eine Nichtanhandnahmeverfügung des Kantonalen Untersuchungsamtes St. Gallen vom 31. August 2012 ab. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, es lägen keine genügenden Anzeichen für ein strafrechtlich relevantes Verhalten vor, um eine Strafuntersuchung gegen D oder F zu eröffnen. Am 21. Oktober 2013 nahm die Beklagte zur Eingabe der Klägerin vom 18. September 2013 Stellung (act. 31). Sie erklärte, aus ihrer Sicht seien die Voraussetzungen für eine Sistierung mit dem Beschwerdeentscheid der Anklagekammer weggefallen. Am 5. Dezember 2013 stellte die Klägerin dem Gericht eine Einstellungsverfügung der liechtensteinischen Staatsanwaltschaft betreffend die Strafanzeige gegen D zu.

6. Am 18. März 2014 verfügte der Handelsgerichtspräsident, dass die Klägerin für die Parteikosten Sicherheit über Fr. 116'880.00 zu leisten habe. In seinem Entscheid hielt er weiter fest, dass der Sistierungsantrag der Beklagten mittlerweile gegenstandslos geworden sei. Die Sicherheitsleistung ging am 21. März 2014 beim Handelsgericht ein.

7. Am 12. Mai 2014 teilte der Handelsgerichtspräsident den Parteien mit, dass als nächstes zu einer Instruktionsverhandlung vorgeladen werde (act. 40). Am 21. August 2014 fand die Instruktionsverhandlung statt (act. 42).

8. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. September 2014 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (act. 47). Auf eine Beschränkung des zweiten Schriftenwechsels auf den behaupteten Vertragsschluss vom 20. April 2006 und die



behauptete Gerichtsstandsklausel wurde verzichtet (act. 42). Am 11. November 2014 reichte die Beklagte die Replik ein (act. 51). Am 2. Februar 2015 erstattete die Beklagte die Duplik (act. 60). Die Klägerin reichte am 18. März 2015 eine nachträgliche Eingabe ein (act. 66). Die Beklagte reichte am 7. Mai 2015 ebenfalls eine nachträgliche Eingabe ein (act. 73).

9. Am 16. Dezember 2015 fand die Hauptverhandlung statt. An dieser legte der Rechtsvertreter der Klägerin zwei von ihm als Noven bezeichnete Aktenstücke vor. Zum einen handelt es sich dabei um einen Beschluss des XY-Gerichts (kläg.act. 137), der eine Klage D's gegen die G AG betrifft. Mit dem genannten Beschluss lehnte das XY-Gericht einen Sistierungsantrag D's ab. Zum anderen handelt es sich um eine E-Mail D's vom 2. Dezember 2015 (kläg.act. 138). Mit dieser E-Mail teilte D Vertretern der Beklagten sowie der G AG mit, dass er und die Klägerin keine weitere Mediation wünschten. Die Beklagte reichte zu Beginn der Verhandlung eine Kostennote ein (act. 79). Der klägerische Rechtsvertreter wurde aufgefordert, in den Parteivorträgen zur Kostennote sogleich mündlich Stellung zu nehmen. Der klägerische Rechtsvertreter erklärte indes, sich dazu schriftlich äussern zu wollen. Mit Eingabe vom 21. Januar 2016 reichte er eine Stellungnahme ein (act. 82).

10. Auf die weiteren im Laufe des Schriftenwechsels gemachten Ausführungen der Parteien wird – soweit für die Urteilsbegründung erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## II.

1. Die Klägerin befindet sich gemäss Beschluss der ausserordentlichen Generalversammlung vom 31. Oktober 2011 in Liquidation (kläg.act. 66). Zum Liquidator wurde H ernannt (kläg.act. 64: Ziffn. 70-73). Dieser bestätigte am 12. Oktober 2012 (kläg.act. 68) unterschriftlich die Gültigkeit der von der Klägerin ausgestellten Prozessvollmacht vom 26. Oktober 2011 (kläg.act. 1). Er bestätigte auch, dass die Klägerin nach russischem Recht nach wie vor uneingeschränkt rechts- und handlungsfähig sei. Unter diesen Umständen kann davon ausgegangen werden, dass



die Klägerin sowohl partei- als auch prozessfähig ist. Auf eine abschliessende Klärung dieses Punktes kann verzichtet werden, zumal aus einem anderen Grund nicht auf die Klage eingetreten werden kann.

2. Die beiden von der Klägerin an der Hauptverhandlung eingereichten Aktenstücke sind für die Entscheidungsfindung nicht relevant. Somit kann offen gelassen werden, ob es sich dabei um zulässige bzw. rechtzeitig eingereichte Noven handelt.

3. Die Kostennote der Beklagten wurde der Klägerin vor den Parteivorträgen übergeben und die Klägerin wurde aufgefordert, sich dazu mündlich zu äussern. Die Stellungnahme der Klägerin beschränkte sich jedoch auf die Erklärung, sie wolle später schriftlich Stellung nehmen, um sich vergewissern zu können, dass die Beklagte keine Aufwendungen verrechne, die nicht direkt mit dem vorliegenden Zivilverfahren zu tun hätten.

a) Der Anspruch auf rechtliches Gehör verschafft einer Partei nicht das Recht, sich in jedem Fall schriftlich äussern zu dürfen. Dem Anspruch ist grundsätzlich Genüge getan, wenn sich eine Partei mündlich im Rahmen ihres Parteivortrags zu einer Honorarnote äussern kann. Alles andere würde regelmässig zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens führen, müsste doch im Anschluss an die Verhandlung stets noch eine schriftliche Stellungnahme zur Honorarnote abgewartet und ein neuer (interner) Verhandlungstermin angesetzt werden, bevor das Gericht seinen Entscheid eröffnen könnte.

b) Das Gebot eines fairen Verfahrens kann zwar allenfalls eine Ausnahme gebieten, wenn es zu einer komplizierten Honorarberechnung Stellung zu nehmen gilt, namentlich einer nach (Zeit-) Aufwand bemessenen und mit Stundenaufschrieben begründeten Honorarnote. Die beklagte Honorarnote basiert jedoch auf dem Streitwert und dem daraus folgenden mittleren Honorar. Zusätzlich zum mittleren Honorar werden drei Zuschläge für die Instruktionsverhandlung, die Hauptverhandlung und für die Komplexität des Falles, sowie Fr. 1'000.00 als Pauschale für Barauslagen verlangt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es nicht möglich und zumutbar gewesen sein soll, dazu kurz mündlich Stellung zu nehmen. Zudem ist nicht nachvollziehbar, welche Abklärungen und Überprüfungen noch notwendig gewesen sein sollten, um sich zu



vergewissern, dass keine Aufwendungen verrechnet wurden, die nicht direkt mit dem vorliegenden Zivilverfahren zusammenhängen, liegen doch keine Stundenaufschriebe im Recht. Vielmehr ging es bloss darum, die Angemessenheit der Zuschläge zu beurteilen.

c) Der Antrag auf schriftliche Stellungnahme wird demnach abgewiesen und die entsprechende Stellungnahme vom 21. Januar 2016 wird nicht berücksichtigt. Es ist deshalb auch nicht von Bedeutung, dass die mit der Stellungnahme vom 21. Januar 2016 nachträglich eingereichte Kostennote der Klägerin offensichtlich verspätet ist.

4. Die örtliche, d. h. die internationale sowie die innerstaatliche, Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes ist eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Diesbezüglich beruft sich die Klägerin auf die Gerichtsstandsklausel in § 9 Abs. 3 des Softwarelizenz- und -hostingvertrags. Gemäss dieser Klausel bestimmten die Parteien St. Gallen zum ausschliesslichen Gerichtsstand. Die Beklagte bestreitet, dass eine Gerichtsstandsklausel (gültig) vereinbart wurde. Dementsprechend bestreitet sie die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts St. Gallen (Klageantwort, Rzn. 116 ff.; Duplik, Rzn. 19, 163 ff.).

5. Die Streitsache weist einen internationalen Bezug auf (Sitz der Parteien im Ausland, behaupteter Vertragsschluss und behauptete Leistungserbringung im Ausland). Da keine der beiden Prozessparteien ihren Sitz in einem dem Lugano-Übereinkommen (SR 0.275.12) angehörenden Staat hat, ist die Gültigkeit der behaupteten Gerichtsstandsklausel in Anwendung von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (SR 291, IPRG) zu beurteilen. Diese Bestimmung regelt die sachliche Zulässigkeit einer Prorogation sowie die Form und die inhaltlichen Anforderungen (genügende Bestimmtheit) an eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung.

6. Die Frage des Zustandekommens einer Gerichtsstandsvereinbarung, d. h. die Frage, ob ein rechtsgültiger Konsens der Parteien vorliegt, ist nach den Regeln des materiellen (Obligationen-) Rechts zu beantworten. Es kann diesbezüglich auf die lex fori zurückgegriffen werden (BGE 122 III 439, E. 3b).



### III.

1. Die Beklagte bestreitet, den streitgegenständlichen Vertrag geschlossen zu haben, und sie macht auch ausdrücklich geltend, nie eine auf den Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung gerichtete Willenserklärung abgegeben zu haben (Klageantwort, Rz. 118). Im Rahmen der Bestreitung der örtlichen Zuständigkeit verweist sie zudem auf das Formerfordernis gemäss Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG sowie auf einschlägige Lehrmeinungen, wonach sich die für die Vereinbarung einer Gerichtsstandsklausel vorausgesetzte Form auch auf den Vorgang der Willenseinigung, d. h. den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, beziehen soll (Klageantwort, Rzn. 116 f.). Die Klägerin ist der Ansicht, dass es sich bei der Gültigkeit der von ihr angerufenen Gerichtsstandsklausel um eine doppelrelevante Tatsache handelt (Klageschrift, S. 3).

2. a) Die Form- und Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Gerichtsstandsvereinbarung sind grundsätzlich unabhängig vom Hauptvertrag zu prüfen, da begründete Einwendungen mit Bezug auf die Gültigkeit des Hauptvertrages nicht zwangsläufig auch zur Unwirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung führen. Umgekehrt können sich Einwendungen gegen die Gerichtsstandsvereinbarung als berechtigt erweisen, ohne dass dies zwangsläufig zur Ungültigkeit des Hauptvertrages führen müsste. Gerichtsstandsvereinbarung und Hauptvertrag können mit anderen Worten unabhängige rechtliche Schicksale haben, mithin die Gerichtsstandsvereinbarung als autonom bezeichnet werden kann. In diesen Fällen liegt keine Doppelrelevanz vor (vgl. BGer vom 22. Juni 2000, 4C.73/2000, E. 2c).

b) Es sind allerdings durchaus Fälle denkbar, in denen der Mangel, der den Hauptvertrag ungültig macht, zwangsläufig dazu führt, dass auch die Gerichtsstandsvereinbarung an demselben Mangel leidet, mithin Fehleridentität vorliegt (Hoffmann-Nowotny, Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Rz. 145; BSK-Berger, N 56 zu Art. 23 LugÜ). Zur Frage, wie bei Fehleridentität vorzugehen ist, hat sich das Bundesgericht soweit ersichtlich noch nie ausdrücklich geäußert (Hoffmann-Nowotny, Rz. 147). Immerhin hat es jedoch die Anwendbarkeit der Theorie der doppelrelevanten Tatsache ganz allgemein verneint, wenn die Gültigkeit einer Schiedsklausel bestritten wird. Das Schiedsgericht hat stets vorab die



Gültigkeit der Schiedsklausel zu prüfen, bevor es auf die Streitsache eintritt (Hoffmann-Nowotny, a. a. O., Rz. 148, mit Verweis auf BGE 121 III 495, E. 6d und eine gefestigte Bundesgerichtspraxis).

c) Die spezielle Formvorschrift von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG bezieht sich nur auf Vereinbarungen über den Gerichtsstand, nicht etwa auch auf den materiellen Teil des Hauptvertrags. Im vorliegenden Fall könnte der materielle Teil des Softwarelizenz- und -hostingvertrags grundsätzlich auch durch formloses Akzept oder eine faktische Nutzung der streitgegenständlichen Software (i. S. eines stillschweigenden Akzepts) gültig zustande gekommen sein. In Bezug auf die Formvorschrift von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG kann demnach nicht von Fehleridentität gesprochen werden. Die Formgültigkeit der von der Klägerin angerufenen Gerichtsstandsklausel stellt vielmehr eine einfachrelevante Tatsache dar. Demnach kann die Gültigkeit dieser Klausel nicht fingiert werden und es ist im Folgenden zu prüfen, ob eine (form-) gültige Prorogation erfolgt ist.

3. Das Zustandekommen einer Gerichtsstandsvereinbarung setzt wie jeder andere Vertrag einen Austausch von Willenserklärungen, einer Offerte der einen Partei sowie eines Akzepts der anderen Partei, voraus (ZK-Volken, N 23 zu Art. 5, m. w. Hinw.; Reiser, Gerichtsstandsvereinbarungen nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen, S. 48 f.; BGE 119 II 391, E. 3a).

a) Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes kann nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG schriftlich, durch Telegramm, Telex, Telefax oder in einer anderen Form der Übermittlung erfolgen, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht. Notwendig ist, dass jede Partei ihre Willenserklärung schriftlich oder in einer der im Gesetz erwähnten andern Kommunikationsformen abgibt. Das IPRG zeigt sich gegenüber technischen Neuerungen im Bereich der Kommunikationstechnik aber aufgeschlossen. Es begnügt sich mit einer in ihrer Substanz auf das Äusserste reduzierten Schriftform. Für das Zustandekommen einer Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Art. 5 IPRG reicht deshalb auch ein Schriftwechsel unter Verwendung moderner Kommunikationstechniken aus, soweit die Einigung der Parteien über eine solche Vereinbarung dadurch deutlich zum Ausdruck kommt (BGE 119 II 391, E. 3a, m. w. Hinw. auf die Literatur; Botschaft zum IPRG vom 10. November 1982, BBl 1983 I



263 ff., S. 300). Das Erfordernis des Textnachweises bezieht sich auf den Text der Gerichtsstandsklausel sowie auf die diesbezügliche Willenseinigung (BSK-Grolimund/Bachofner, N 22 zu Art. 5 IPRG; ZK-Volken, N 66 ff. zur Art. 5 IPRG). Das Formerfordernis dient der Sicherstellung des Beweises und dem Schutz vor Übervorteilung (BSK-Grolimund/Bachofner, N 20 zu Art. 5 IPRG; ZK-Volken, N 51 zur Art. 5 IPRG). Ein Verzicht auf das nach Verfassung und Gesetz zuständige Gericht darf nicht leichthin angenommen werden (BGer vom 28. Januar 2000, 4C.353/1999, E. 2a; BGE 109 Ia 55, E. 3a; BGE 104 Ia 278, E. 3).

b) Die Klägerin macht geltend (Klageschrift, Rzn. 57 ff.; Replik, Rzn. 76 und 180), C habe ihre Vertragsofferte durch das Aufstarten eines Installationsprogramms und anschliessendes Klicken auf drei Buttons akzeptiert. C habe das auf ihrem, d. h. dem klägerischen, Server laufende Installationsprogramm am 20. April 2006 per Internet-Fernverbindung gestartet. Nach dem Aufstarten habe C der Reihe nach auf folgende Buttons geklickt:

- Softwarelizenz- und -hostingvertrag  
Nr. XY lesen ...
  
- ... den Bestimmungen des Softwarelizenz- und  
-hostingvertrags A GmbH/ B AG zustimmen
  
- Die elektronische Softwarelizenz MACF.SYS und SPF.SYS  
zur Installation auf den XY-Software Clients übermitteln.  
DIESER SCHRITT SETZT DEN Softwarelizenz- und  
-hostingvertrag Nr. XY IN KRAFT



Mit dem Klick auf den ersten Button habe er sich den Softwarelizenz- und -hostingvertrag auf seinem Bildschirm anzeigen lassen. Mit dem Klick auf den zweiten Button habe er bestätigt, die Lizenzbestimmungen für die Softwareverwendung gelesen zu haben und damit einverstanden zu sein. Durch das Anklicken des dritten Buttons sei automatisch eine E-Mail generiert worden, die das Installationsprogramm (mit der Absender-Adresse: XXXXXXXXXX@hotmail.com) an C und an die Anwaltskanzlei der Klägerin namens "I-Kanzlei" sowie an D als Cc-Adressaten gesandt habe. Einen Ausdruck dieser E-Mail vom 20. April 2006, 11.51 Uhr, in der erwähnt wird, C@b\_ag.com habe die Bestimmungen des Softwarelizenz- und -hostingvertrags gelesen und sich damit einverstanden erklärt ("Licence Read Button und Licence Accept Button gedrückt"), hat die Klägerin ins Recht gelegt (kläg.act. 23). Kurz nach der ersten E-Mail habe das Installationsprogramm um 11.52 Uhr eine weitere automatisch generierte E-Mail versandt. Auch diese hat die Klägerin in der Form eines Ausdrucks ins Recht gelegt (kläg.act. 24). Gemäss diesem Ausdruck war das zweite E-Mail an D und die I-Kanzlei sowie an C als Cc-Adressaten adressiert. Im Text der E-Mail von 11.52 Uhr wird erwähnt, die zwei elektronischen Softwarelizenzen mit den Dateinamen "MACF.SYS" und "SPF.SYS" befänden sich in der Beilage.

c) Die Beklagte bestreitet die klägerische Sachverhaltsdarstellung vollumfänglich. Insbesondere bestreitet sie, dass C am 20. April 2006 durch Installieren eines Programms dem Vertrag zugestimmt habe. Bei den Klagebeilagen Nr. 23, 24, 28, 29, 30 und 33 handle es sich um Fälschungen (Klageantwort, Rzn. 166, 167 und 169; Duplik, Rzn. 5 und 42). C habe keines dieser angeblichen E-Mails erhalten. Im Postfach von C hätten keine E-Mails der Klägerin oder der I-Kanzlei gefunden werden können (Duplik, Rz. 30).

4. Eine gültige Gerichtsstandsvereinbarung setzt zunächst eine den formellen Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG entsprechende Offerte voraus. Nach klägerischer Darstellung hat C via Internetverbindung auf einem Server in Russland, ein Installationsprogramm gestartet und sich durch Klick auf einen Button den Softwarelizenz- und -hostingvertrag auf seinem Bildschirm anzeigen lassen (Klageschrift, Rzn. 57 f.; Replik, Rzn. 76 und 180). Die Klägerin macht damit geltend, sie habe der Beklagten ein Angebot zum Vertragsschluss unterbreitet, indem sie der Beklagten einen Zugang zu ihrem Server und damit eine Möglichkeit zum Aufstarten



eines Computerprogramms eingeräumt habe. Die klägerische Schilderung muss dahingehend verstanden werden, dass das Vertragsdokument, welches die Gerichtsstandsklausel enthalten haben soll, im Installationsprogramm integriert und somit für die Beklagte nach dem Aufstarten dieses Programms einsehbar gewesen sein soll.

a) Die Möglichkeit, per Internet-Fernzugriff ein auf einem fremden Server elektronisch abgespeichertes Dokument auf einem Bildschirm anzuzeigen, stellt für sich genommen keine i. S. v. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG formell gültige Offerte zur Vereinbarung eines Gerichtsstandes dar. Auf Seiten der Offerentin fehlt es an der Abgabe einer formgültigen Willenserklärung, wie sie nach der bundesgerichtlichen Praxis erforderlich ist (BGE 119 II 391, E. 3a: „Notwendig ist, dass jede Partei ihre Willenserklärung schriftlich oder in einer der erwähnten andern Kommunikationsformen abgibt“). Zudem lässt sich bei der beschriebenen Art einer Offerte zu einem späteren Zeitpunkt weder deren Inhalt, noch die Kenntnisnahme des Adressaten mittels Text nachweisen. Auch eine Aufbewahrung durch den Adressaten ist bei einer solchen Offerte nicht möglich.

b) Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung soll es indes nicht ausgeschlossen sein, den erforderlichen Textnachweis durch den Versand einer Bestätigungs-E-Mail sicherzustellen (BSK-Grolimund/Bachofner, N 33 zu Art. 5 IPRG). Mit der von der Klägerin vorgelegten E-Mail vom 20. April 2006, 11.51 Uhr, lässt sich allerdings nicht beweisen, dass der Beklagten eine Offerte zur Vereinbarung des Gerichtsstands St. Gallen unterbreitet wurde. Denn die behauptete Gerichtsstandsklausel ist im Text dieser E-Mail nicht enthalten. Der Verweis auf den Softwarelizenz- und -hostingvertrag reicht in dieser Beziehung ebenfalls nicht aus. Ein Verweis auf ein externes Dokument, in dem die Gerichtsstandsklausel zum Zeitpunkt des Versands der Bestätigungs-E-Mail enthalten gewesen sein soll, könnte höchstens unter der Voraussetzung genügen, dass der Wortlaut dieser Klausel und deren Kenntnisnahme durch die Parteien zweifelsfrei (durch Text) nachgewiesen werden können (zu den analogen Beweisschwierigkeiten bei einem Verweis auf AGB, die auf einer Webseite hinterlegt sind: BSK-Grolimund/Bachofner, a. a. O.). Vorliegend fehlt es an einem solchen (Text-) Nachweis und es wird von der Beklagten bestritten



(Klageantwort, Rz. 166), dass auf C's Bildschirm tatsächlich der Vertragstext angezeigt wurde, den die Klägerin mit der Klagebeilage Nr. 21 vorgelegt hat.

c) Es lässt sich somit festhalten, dass die formellen Voraussetzungen gemäss Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG bereits in Bezug auf die (behauptete) Offerte zum Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht erfüllt bzw. nicht nachgewiesen sind.

5. Im Übrigen erfüllt auch die behauptete Annahmeerklärung die vorausgesetzte Form nicht.

a) Einen von der Beklagten selbst in Textform erklärten Willen zur Vereinbarung des Gerichtsstands St. Gallen behauptet die Klägerin nicht. Nach ihrer Schilderung soll C seine Zustimmung mittels Mausklicks erklärt haben. Sodann soll ein automatisierter Versand zweier E-Mails erfolgt sein. Das Anklicken eines Buttons alleine stellt jedoch keine Abgabe einer Willenserklärung in schriftlicher oder in einer der anderen der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG erwähnten Kommunikationsformen dar. Denn der Parteiwille manifestiert sich in einem solchen Fall lediglich durch faktisches, konkludentes Handeln. Daher vermag ein auf diese Weise erklärtes formloses Akzept den formellen Anforderungen des IPRG grundsätzlich nicht zu genügen.

b) Konkludentes Handeln könnte höchstens dann ausreichen, wenn die Beweis- und Aufbewahrungsfunktion durch eine Bestätigungs-E-Mail sichergestellt wäre. In der E-Mail vom 20. April 2006, 11.51 Uhr, wird zwar erwähnt, dass sich „C@b\_ag.com“ mit den Bestimmungen des Softwarelizenz- und -hostingvertrags einverstanden erklärt habe. Einen ausreichenden Nachweis für den Willen der Beklagten zur Vereinbarung des Gerichtsstands St. Gallen stellt dies jedoch nicht dar. Denn die behauptete Gerichtsstandsklausel ist weder in dieser E-Mail selbst enthalten, noch ist erwiesen, dass C tatsächlich der von der Klägerin behauptete Vertragstext angezeigt wurde.

6. Da durch den von der Klägerin geschilderten Hergang die Formvorschrift von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 IPRG nicht erfüllt worden sein kann und sich die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts St. Gallen auch nicht aus einer anderen Bestimmung des IPRG (Art. 112 Abs. 1 IPRG) herleiten lässt, ist auf die Klage nicht einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO e contrario; Art. 236 Abs. 1 ZPO).



7. Es bestehen zudem erhebliche Zweifel an der klägerischen Schilderung zur Art und Weise, wie die Gerichtsstandsvereinbarung geschlossen worden sein soll.

a) Zunächst erscheint es in der Tat als ungewöhnlich, einen Vertrag, der monatliche Zahlungen von mehr als Fr. 76'000.00 vorsieht (S. 9 des Softwarelizenz- und -hostingvertrags), unter Abwesenden mittels Mausclick und unter ausschliesslicher Verwendung elektronischer Kommunikationsformen zu schliessen. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des behaupteten Vertrags ist der Verzicht auf einen – allenfalls postalischen – Austausch unterschriebener Schriftstücke als höchst unüblich zu bezeichnen. Insbesondere ist es nicht nachvollziehbar, weshalb der Vertrag nicht am Sitz der Beklagten in Z unter Anwesenden geschlossen wurde, zumal sowohl C als Vertreter der Beklagten, wie auch D, welcher im Vertragstext (S. 1) als Vertreter der Klägerin bezeichnet wird, in Z arbeiteten. Folgt man zudem den Ausführungen der Klägerin, wonach sie sogleich nach der per Mausclick erklärten Annahme ihrer Vertragsofferte einer Stundung der Zahlungsverpflichtung zugestimmt habe, so ist es nur schwer nachvollziehbar, weshalb die Klägerin nicht zumindest auf eine (nachträgliche) Unterzeichnung des Vertragsdokumentes durch C beharrte. Zudem wäre gerade der Eingang der ersten Zahlung ein schwer zu widerlegendes Indiz zumindest für einen vertraglich vereinbarten Preis gewesen. Es war offensichtlich, dass sich ohne eine Zahlung und ohne handschriftliche Unterzeichnung eines Vertragsdokumentes erhebliche Beweisschwierigkeiten in Bezug auf den behaupteten Vertragsschluss ergeben würden.

b) Die Klägerin konnte zudem keinen überzeugenden Grund dafür liefern, weshalb D vor Klageeinreichung das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung ausdrücklich in Abrede stellte und er sich vielmehr auf eine „lizenzrechtliche Lücke“ bzw. das Fehlen einer „vertraglich dokumentierten Grundlage“ berief, um in eigenem Namen eine urheberrechtlich begründete Vergütungsforderung geltend zu machen (vgl. das Schreiben an die Beklagte vom 16. September 2010 [bekl.act. 26] sowie die Rzn. 40 ff. der Klageantwort). Nach der klägerischen Darstellung soll der Vertragsschluss vom 20. April 2006 auf Seiten der Beklagten nicht nur C, sondern einer Vielzahl weiterer Personen, inklusive Mitgliedern der Geschäftsleitung, bekannt gewesen sein (Klageschrift, Rz. 78; Replik, Rzn. 132 ff., insbesondere Rz. 142). Des Weiteren wurde



auf der ersten Seite des von der Klägerin ins Recht gelegten Softwarelizenz- und -hostingvertrags unmissverständlich festgehalten, dass die Klägerin Vertragspartei („Auftragnehmerin“) sei und sie durch D vertreten werde. Es ist somit höchst widersprüchlich, dass der im streitgegenständlichen Vertrag als Vertreter der Klägerin bezeichnete D gegenüber der Beklagten zuerst erklärte, es bestehe kein Vertrag und dann die Klägerin später behauptete, es sei ein Vertrag geschlossen worden, was auch allgemein bekannt gewesen sei.

c) Da es der Beklagten somit gelungen ist, Zweifel an der klägerischen Sachdarstellung zu erwecken, obliegt es gemäss Art. 178 ZPO der Klägerin, die Authentizität der von ihr als Beweisurkunden eingereichten E-Mails vom 20. April 2006 nachzuweisen. Damit ist sie jedoch gescheitert. Denn der Ausdruck einer E-Mail ist gegenüber nachträglichen Abänderungen genauso wenig resistent wie eine E-Mail-Datei. Insbesondere bei nicht digital signierten E-Mails besteht keinerlei Gewähr, dass diese echt bzw. unverändert sind und der Inhalt, u. a. auch die Absender- und Empfänger-Adressen, authentisch wiedergegeben ist. Selbst wenn die von der Klägerin vorgelegten E-Mail-Ausdrucke als Bestätigungs-E-Mails angesehen werden könnten, scheiterte die Klägerin am erforderlichen Beweis dafür, dass tatsächlich E-Mails mit dem behaupteten Inhalt versandt wurden. Es fehlte also unabhängig vom Formerfordernis auch am Beweis eines Konsenses über die von der Klägerin behauptete Gerichtsstandsklausel.

#### IV.

1. Da auf die Klage nicht einzutreten ist, gilt die Klägerin als unterliegende Partei. Dementsprechend hat sie die Prozesskosten zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Unter Berücksichtigung des Streitwerts von Fr. 3'360'000.00, der Tatsache, dass auf die Klage nicht eingetreten wird, des entstandenen Aufwandes an Aktenstudium sowie der Komplexität des Streitfalles (internationaler Sachverhalt) beträgt die Gebühr für den vorliegenden Entscheid Fr. 60'000.00. (Art. 10 Abs. 1 Ziff. 321 i. V. m. Art. 11 Abs. 1 lit. c der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Vom



Vorschuss von Fr. 120'000.00 ist der Klägerin somit der Restbetrag von Fr. 60'000.00 zurückzuerstatten. Sie trägt zudem die Entscheidgebühr von Fr. 1'000.00 für die Verfügung des Handelsgerichtspräsidenten vom 18. März 2014, die sie bereits beglichen hat (Rechnung vom 12. Mai 2014 betreffend die Verfügung vom 18. März 2014).

3. Mit der Klageantwort verlangte die Beklagte eine Sicherstellung ihrer Parteikosten in Höhe von Fr. 116'880.00. Gemäss der an der Hauptverhandlung eingereichten Honorarnote (act. 79) verlangt sie nun eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 234'600.00. Die Beklagte begründet dies mit komplizierten Verhältnissen, die einen aussergewöhnlich grossen Zeitaufwand nach sich gezogen hätten. Deshalb sei das Grundhonorar um einen Viertel zu erhöhen und es seien Zuschläge von total 100 % hinzuzurechnen.

a) Der Umstand, dass die klägerische Eingabe zur Kostennote der Beklagten unbeachtlich ist, bedeutet nicht, dass die Höhe der Parteientschädigung als anerkannt zu gelten hätte. Vielmehr hat die Klägerin durch ihr Verhalten an der Hauptverhandlung klar zu erkennen gegeben, dass sie dem geltend gemachten Anspruch misstraut. Die Kostennote ist somit vom Gericht auf die Konformität mit der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (sGS 963.75; HonO) zu überprüfen. In Anwendung der Honorarordnung sowie unter Berücksichtigung des Streitwerts, des Aufwands im Zusammenhang mit der Instruktionsverhandlung (Art. 18 Abs. 1 lit. a HonO: 15%) sowie der Komplexität des Streitgegenstands infolge internationaler Verhältnisse (Art. 18 Abs. 1 lit. c HonO: 10%) erscheint eine Parteientschädigung in Höhe des sichergestellten Betrags von Fr. 116'880.00 als angemessen (mittleres Honorar gemäss Art. 14 lit. h und Art. 15 HonO). Weitere Zuschläge rechtfertigen sich nicht, ist der Aufwand für die Hauptverhandlung und einen zweiten Schriftenwechsel doch im mittleren Honorar enthalten. Zudem beschränkte sich die Streitigkeit im Wesentlichen auf die Frage, ob der streitgegenständliche Vertrag überhaupt geschlossen wurde, und daneben auf die Frage, ob die Klägerin für die Beklagte Informatikdienstleistungen erbrachte. In Bezug auf den Sachverhalt erweist sich die Streitsache folglich nicht als besonders komplex. Da die Beklagte im Ausland ansässig ist und sie keinen Mehrwertsteuer-Zuschlag beantragt, ist zudem Art. 29 HonO nicht anzuwenden. Die der Beklagten zugesprochene Parteientschädigung in Höhe von Fr. 116'880.00 beinhaltet also keine Mehrwertsteuer.



b) Die Liquidation der Parteientschädigung erfolgt durch Auszahlung der von der Klägerin geleisteten Kautions über Fr. 116'880.00 an die Beklagte nach Ablauf der Rechtsmittelfrist (vgl. dazu Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar ZPO, 2. Auflage, N 16 zu Art. 101).

**Dieses Urteil ist rechtskräftig.**