



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichterin Nicole Klausner, die Handelsrichter Attila Mathé, Hans-Jürg Roth und Kaspar Wälti sowie die Gerichtsschreiberin Susanna Schneider

**Urteil vom 24. September 2021**

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ Consulting AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. et sc. nat. ETH X1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X2. \_\_\_\_\_

gegen

1. **B.\_\_\_\_\_ AG,**

2. **C.\_\_\_\_\_ Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft,**  
Beklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. \_\_\_\_\_

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von € 2'948'585 zuzüglich 5% Zins  
auf dem Betrag von € 3'099'696 ab dem 24. April 2019 bis zum 29. Juni 2019 (nämlich € 28'413.88)  
und auf dem Betrag von € 2'951'385 ab dem 29. Juni 2019 bis zum 1. August 2019 (nämlich € 13'527.18)  
und auf dem Betrag von € 2'948'585 ab dem 01. August 2019 bis zur Begleichung der Forderung  
zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin."

**Sachverhaltsübersicht und Verfahren**

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in D.\_\_\_\_\_ [Ortschaft]. Sie bezweckt unter anderem die ... und ... (act. 1 Rz. 7; act. 9 Rz. 56; act. 3/3).

Die Beklagte 1 ist eine Gesellschaft liechtensteinischen Rechts mit Sitz in E.\_\_\_\_\_ [Ortschaft]. Sie bezweckt den ...(act. 1 Rz. 8; act. 9 Rz. 56; act. 3/4).

Bei der Beklagten 2 (nachfolgend zusammen mit der Beklagten 1: Beklagte) handelt es sich ebenfalls um eine Gesellschaft liechtensteinischen Rechts mit Sitz in F.\_\_\_\_\_ [Ortschaft]. Sie bezweckt ... (act. 1 Rz. 9; act. 9 Rz. 56; act. 3/5).

Beide Beklagten werden derzeit durch die aufgrund eines Entscheides der G.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: G.\_\_\_\_\_) eingesetzte Sonderbeauftragte H.\_\_\_\_\_ geführt (act. 1 Rz. 8 f.; act. 9 Rz. 56; act. 3/4-5).

b. Prozessgegenstand

Die Parteien stehen seit dem Jahre 2012 in vertraglichen Beziehungen betreffend die Nutzung und den Unterhalt einer von der Klägerin entwickelten Software zur Verwaltung von Versicherungspolicen namens I.\_\_\_\_\_ (...). Das zwischen ihnen am 8. Januar 2015 (zuletzt) geschlossene Software Agreement V14.0 wurde von den Beklagten mit Schreiben vom 12. März 2019 aus wichtigem Grund ausserordentlich gekündigt. Im Streit liegen die finanziellen Folgen dieser Vertragsbeendigung. Die Klägerin macht insgesamt eine Forderung von EUR 2'948'585, nämlich EUR 830'540.59 "Penalty" und EUR 2'491'621.76 "Source"-Gebühr abzüglich der von den Beklagten bereits geleisteten Zahlungen (vgl. act. 1 Rz. 84), zuzüglich Zins geltend. Die Beklagten schliessen auf Abweisung der Klage.

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Am 7. August 2019 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klage ein.

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Mit Verfügung vom 8. August 2019 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses in der Höhe von CHF 53'000.– angesetzt, welcher fristgerecht einging (act. 4, 6). Mit Verfügung vom 15. August 2019 wurde den Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 7), welche sie mit Eingabe vom 16. Oktober 2019 erstatteten (act. 9). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2019 wurde die Leitung des vorliegenden Prozesses zunächst an Oberrichterin Ruth Bantli delegiert (act. 12). In der Folge wurde zu einer Vergleichsverhandlung am 2. April 2020 vorgeladen (act. 15), welche pandemiebedingt verschoben werden musste. Mit Verfügung vom 11. Mai 2020 erfolgte die Delegation der Prozessleitung neu an Oberrichterin Nicole Klausner (act. 16). Am 10. Juli 2020 fand eine Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher die Vergleichsgespräche zu keiner Einigung führten (Prot. S. 8 f.). Mit Verfügung vom 15. Juli 2020 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Replik angesetzt, welche sie mit

Eingabe vom 5. Oktober 2020 (act. 25) erstattete. Die Duplik datiert vom 10. Dezember 2020 (act. 29). Die Klägerin nahm dazu mit Eingabe vom 23. Dezember 2020 Stellung (act. 33). Die klägerische Stellungnahme wurde den Beklagten am 31. Dezember 2020 zugestellt (Prot. S. 13; act. 34). Die Beklagten liessen sich dazu nicht vernehmen.

Die Parteien haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet (act. 37 f.).

Das Verfahren ist spruchreif. Auf die Parteivorbringen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sich dies als zur Entscheidungsfindung notwendig erweist.

## **Erwägungen**

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit

##### 1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

Aufgrund der ausländischen Firmensitze der Beklagten liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Die Klägerin beruft sich für die örtliche Zuständigkeit auf die Gerichtsstandsvereinbarung in Ziff. 19.2 Software Agreement V14.0 (act. 3/2), welche als Gerichtsstand Zürich ("Commercial court of Zurich") vorsieht. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich demnach aus Art. 1 Abs. 2 IPRG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 LugÜ und wird im Übrigen von den Beklagten auch nicht bestritten.

### 1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts ist gestützt auf Art. 6 Abs. 2 ZPO und § 44 lit. b GOG zu bejahen.

### 1.2. Weitere Prozessvoraussetzungen

Nachdem die Klägerin den ihr auferlegten Gerichtskostenvorschuss rechtzeitig geleistet hat (vgl. vorstehend) und auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten (Art. 59 Abs. 1 e contrario).

## 2. Unbestrittener Sachverhalt / Ausgangslage

### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

I.\_\_\_\_\_ (...) ist eine Software, welche von der Klägerin zur Verwaltung von Versicherungspolice entwickelt und von den Beklagten zu diesem Zweck genutzt wurde. Dies bildete den Hintergrund der zwischen den Parteien geschlossenen Verträge. Der (erste) zwischen der Beklagten 1 und der Klägerin geschlossene Vertrag, das Software Agreement V9.3, datiert vom 17. Januar 2012 (act. 3/6). Er wurde durch das am 8. Januar 2015 zwischen der Beklagten 1, der Beklagten 2 und der Klägerin geschlossene (und vorliegend massgebliche) Software Agreement V14.0 (act. 3/2; nachfolgend: Software Agreement) ersetzt.

Im Software Agreement kamen die Parteien unter anderem überein, dass die Beklagten neben der Klägerin das Recht erhalten, den Source Code von I.\_\_\_\_\_ zu nutzen ("Co-Ownership to Use"; Ziff. 1.1 Software Agreement), während gemäss Ziff. 8 Software Agreement das Eigentum an I.\_\_\_\_\_ bei der Klägerin verblieb. Nebst der Gewährung der Nutzung von I.\_\_\_\_\_ und des zugrunde liegenden Source Codes, verpflichtete sich die Klägerin gemäss Ziff. 2.1 der betreffenden Vereinbarung zur Lieferung von Updates des Source Codes und gemäss Ziff. 4 des Vertrages zum fortlaufenden Unterhalt von I.\_\_\_\_\_. Als Gegenleistung für die Nutzungsüberlassung von I.\_\_\_\_\_ und dessen Unterhalt durch die Klägerin verpflichteten sich die Beklagten, eine "User and Maintenance Fee" (nachfolgend: UM Fee) in der Höhe von netto EUR 800'000.- pro Jahr an die Klägerin zu bezah-

len (Ziff. 5.1 und Ziff. 5.2 Software Agreement). Die Beklagten verpflichteten sich weiter, I.\_\_\_\_\_ exklusiv zu nutzen bzw. keine anderen Systeme für jene Aufgaben zu gebrauchen, die ganz oder teilweise durch I.\_\_\_\_\_ abgedeckt waren (Ziff. 6.3 Software Agreement; act. 9 Rz. 5-7; act. 25 Rz. 61 f.).

Am 22. Dezember 2017 verfügte die G.\_\_\_\_\_ die Übertragung des jeweiligen Versicherungsbestandes der Beklagten und der dafür vorgesehenen Mittel auf die J.\_\_\_\_\_ AG, welche in J'.\_\_\_\_\_ AG umfirmiert wurde (nachfolgend beide: J.\_\_\_\_\_; act. 9 Rz. 9; act. 25 Rz. 64) sowie den auf die Übertragung folgenden Entzug der Bewilligung für die bisherige Geschäftstätigkeit der Beklagten. Dies wurde angeordnet, weil die G.\_\_\_\_\_ festgestellt hatte, dass das jeweilige Aktionariat der Beklagten nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen entspricht (act. 9 Rz. 9, 14, 27; act. 25 Rz. 64, 68, 79 f.). Diese Verfügungen sind nach verschiedenen Rechtsmittelbemühungen der Beklagten im Februar 2019 in Rechtskraft erwachsen (act. 29 Rz. 24, 65 ff.; act. 33).

Mit Schreiben vom 12. März 2019, welches der Klägerin per E-Mail gleichentags zuzuging (act. 1 Rz. 58; act. 9 Rz. 94), haben die Beklagten das Software Agreement aus wichtigem Grund ausserordentlich auf den 30. Juni 2019 gekündigt (act. 3/9, S. 2; act. 1 Rz. 36 f., 58; act. 9 Rz. 78; act. 25 Rz. 18). Mit Schreiben vom 25. Juni 2019 wurde die Klägerin seitens der Beklagten darüber orientiert, dass die Datenmigration auf die J.\_\_\_\_\_ nicht, wie ursprünglich angenommen, bis 30. Juni 2019 abgeschlossen sein werde, weshalb die Beklagten darauf angewiesen seien, bis Ende August 2019 auf I.\_\_\_\_\_ zuzugreifen (act. 3/12; act. 1 Rz. 45, 58; act. 9 Rz. 32). Die Beklagten haben I.\_\_\_\_\_ unbestrittenermassen (mindestens) bis Ende August 2019 verwendet (act. 9 Rz. 32, 38; act. 25 Rz. 38, 42, 45). Am 16. Juli 2020 wurde der Klägerin der Source Code von I.\_\_\_\_\_ retourniert (act. 25 Rz. 15, 45; act. 29 Rz. 107, 121).

Am 8. April 2019 ging bei der Klägerin eine Zahlung der Beklagten für das zweite Quartal ein (act. 1 Rz. 39: EUR 226'666.53, UM Fee pro rata temporis inkl. Inflationsausgleich und MwSt.; act. 1 Rz. 84: EUR 222'466.23; act. 9 Rz. 80). Im Schreiben der Beklagten vom 25. Juni 2019 wurde eine weitere Zahlung in der Höhe von zwei Dritteln einer quartalsweisen UM Fee in Aussicht gestellt. Am

28. Juni 2019 ging bei der Klägerin ein Betrag von EUR 148'310.82 ein. Nachdem die Beklagten von der Klägerin auf einen Berechnungsfehler aufmerksam gemacht worden waren, wurde von den Beklagten eine weitere Zahlung für UM Fee in der Höhe von EUR 2'800.20 per Valuta 31. Juli 2019 überwiesen (act. 1 Rz. 45 f., 84; act. 9 Rz. 86-88).

## 2.2. Ausgangslage

Beide Parteien sind sich einig, dass das Software Agreement aufgrund der in der Verfügung der G.\_\_\_\_\_ vom 22. Dezember 2017 getroffenen Anordnungen sowie deren Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit der Beklagten (berechtigterweise) aus wichtigem Grund ausserordentlich gekündigt und damit beendet wurde (act. 1 Rz. 38, 59; act. 9 Rz. 16 f.). Strittig ist hingegen der Beendigungszeitpunkt. Die Klägerin macht eine Vertragsbeendigung per 12. März 2019 geltend und begründet dies im Wesentlichen mit dem Wortlaut von Ziff. 14.2 Software Agreement und allgemein mit dem Wesen einer ausserordentlichen Kündigung (act. 25 Rz. 20 f.). Die Beklagten stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Vertrag sei zunächst auf Ende Juni 2019 gekündigt, und hernach der Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung (zulässigerweise) einseitig auf Ende August 2019 erstreckt worden (act. 9 Rz. 20-24, 32-37).

Strittig ist zwischen den Parteien alsdann, ob der Kündigungsgrund der Beklagten im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement im Einflussbereich der Beklagten lag und damit im Zusammenhang stehend, ob die von der Klägerin geforderte "Penalty" in der Höhe von EUR 830'540.59 (inkl. Inflationsausgleich und MwSt.) rechtmässig und damit geschuldet ist (act. 1 Rz. 69-72, 83; act. 9 Rz. 25-31). Weiter streiten sich die Parteien darüber, ob die Beklagten die in der Tabelle in Ziff. 15.1 Software Agreement unter "Source" aufgeführte Gebühr von (geltend gemachten) EUR 2'491'621.76 (inkl. Inflationsausgleich und MwSt.) zu bezahlen haben. Die Klägerin begründet die diesbezügliche Verpflichtung der Beklagten zusammengefasst damit, dass die Beklagten nach Beendigung des Vertrages (nach ihrer Auffassung per 12. März 2019) I.\_\_\_\_\_ weiter genutzt hätten, was einer impliziten Willenserklärung zum Erwerb der Software gleichkomme. Die "Source"-Gebühr werde durch den Weitergebrauch über den Beendigungszeitpunkt hinaus automa-

tisch geschuldet (act. 1 Rz. 73-76, 80; act. 25 Rz. 38 f., 42, 45). Die Beklagten stellen sich dabei unter anderem auf den Standpunkt, dass ein Erwerbsrecht im Sinne von Ziff. 15.3 Software Agreement insbesondere dann nicht bestehe und entsprechend keine "Source"-Gebühr geschuldet sei, wenn ein Fall von Ziff. 15.2 Software Agreement (Kündigung aus wichtigem Grund im Einflussbereich der Beklagten) vorliege (act. 29 Rz. 88).

Insofern erweist es sich vorliegend als zweckmässig, in einem ersten Schritt zu klären, ob das Vertragsverständnis der Beklagten hinsichtlich Ziff. 15.3 Software Agreement zutreffend ist (vgl. nachfolgend Ziff. 3) und ob diesfalls eine unter Ziff. 15.2 Software Agreement fallende ausserordentliche Kündigung gegeben ist (vgl. nachfolgend Ziff. 4). Denn nur wenn dies *nicht* der Fall ist, könnte sich der effektive Beendigungszeitpunkt des Vertrages vorliegend als relevant erweisen. Andernfalls wird nicht weiter darauf einzugehen sein.

### 3. Anwendbarkeit von Ziff. 15.3 Software Agreement im Falle einer Kündigung gemäss Ziff. 15.2 Software Agreement

#### 3.1. Streitpunkte

Die Klägerin beruft sich für die von ihr geltend gemachte "Penalty" auf Ziff. 15.2 Software Agreement und bringt vor, es liege eine unter diese Bestimmung fallende ausserordentliche Kündigung der Beklagten vor. Für die von ihr geforderte "Source"-Gebühr stützt sie sich auf Ziff. 15.3 Software Agreement. Sie macht geltend, Ziff. 15.3 Software Agreement gewähre den Beklagten in jedem Fall der Kündigung das Recht, die Weiternutzungsrechte zu erwerben (act. 1 Rz. 34).

Die Beklagten wenden in dieser Hinsicht unter anderem ein, dass im Falle einer unter Ziff. 15.2 Software Agreement fallenden Kündigung kein Erwerbsrecht gemäss Ziff. 15.3 Software Agreement bestehe. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut von Ziff. 15.2 und des einführenden Satzteils der darauf folgenden Ziff. 15.3 des Software Agreements (act. 29 Rz.88).

Es ist somit nachfolgend durch Vertragsauslegung zu ermitteln, welches Vertragsverständnis sich als zutreffend erweist.

### 3.2. Rechtliches

Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden *wirklichen Willens*, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben. Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt danach (vgl. auch Art. 18 OR). Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen bzw. bleibt dieser unbewiesen, so muss auf den *mutmasslichen Willen* der Parteien abgestellt werden. Dazu sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie nach den gesamten Umständen bzw. in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 4C.107/2004 vom 15. Juni 2004 E. 2). Demnach hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auslegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert. Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (zit. Urteil 4C.107/2004 E. 2; BGE 133 III 406 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2; BGE 119 II 368 E. 4a; zum Ganzen statt vieler: GAUCH ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2020 N.1200 f.)

Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben. Abzustellen ist auf den gebräuchlichen Wortsinn, der sich auch aus den üblichen Wörterbüchern und Lexika ergeben kann (zit. Urteil 5C.87/2002 E. 2.3.1). Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist auch das *systemati-*

*sche Element* zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen. Eine reine Wortauslegung ist daher verboten. Der klare Wortlaut hat aber immer dann Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln, wenn er sich nicht aufgrund anderer Vertragsbedingungen, dem von den Parteien verfolgten Zweck oder weiteren Umständen als nur scheinbar klar erweist, sprich sich daraus ergibt, dass der Wortlaut der strittigen Bestimmung nicht genau den Sinn der Vereinbarung unter den Parteien wiedergibt (Urteil des Bundesgerichts 5C.15/2007 vom 13. September 2007 E. 3.1; BGE 129 III 702 E. 2.4.1; zit. Urteil 5C.87/2002 E. 2.2; BGE 128 III 265 E. 3a; BGE 127 III 444 E. 1b). Den klaren, von vorneherein nicht auslegungsbedürftigen Wortlaut gibt es nicht. Auch ist der klare Wortsinn für die Vertragsauslegung nicht allein massgebend (Urteil des Bundesgerichts 4A\_503/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.2; BGE 136 III 186 E. 3.2.1; BGE 127 III 444 E. 1b). Entscheidender Vorrang kommt dem Wortlaut immer dann zu, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben. Dann hat es beim Wortlaut sein Bewenden (zit. 5C.87/2002 E. 2.4.1).

Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände mitzuberücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Partieverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – können dagegen erkennen lassen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten. Das ergibt den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3). Als ergänzende Auslegungsmittel kommen nebst dem Partieverhalten nach Vertragsschluss insbesondere das vorvertragliche Verhalten der Parteien, die Entstehungsgeschichte des Vertrages, die Begleitumstände des Vertragschlusses, der Vertragszweck und die Interessenslage der Parteien in Frage (WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 26 ff. zu Art. 18 OR; GAUCH ET AL, a.a.O., N. 1212 ff.)

Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (BGE 121 III 118 E. 4b/aa; GAUCH ET AL., a.a.O., N 1201a). Es ist im Folgenden somit bei der Ermittlung des Vertragsinhalts jeweils in einem ersten Schritt der normative Konsens zu ermitteln. Nur wenn dieser von dem durch die jeweilige Partei behaupteten tatsächlichen Willen der Parteien abweicht, ist über den tatsächlichen Konsens – soweit ein solcher überhaupt (substanziert) behauptet wird – Beweis zu führen (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_683/2011 vom 6. März 2012 E. 5.1 f.).

### 3.3. Würdigung

Keine der Parteien beruft sich hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit von Ziff. 15.3 Software Agreement im Falle einer Kündigung gemäss Ziff. 15.2 Software Agreement auf einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen. Somit ist vorliegend einzig der mutmassliche Parteiwille nach Vertrauensprinzip zu ermitteln. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Die dafür in erster Linie relevanten Bestimmungen des Software Agreements lauten wie folgt (act. 3/2 S. 12 f.):

#### 15. Consequences of Termination

15.1 Upon any terminations the restrictions of the use of the Source Code ass et out in paragraph 1.3 above remain unchanged, unless otherwise provided herein. B. shall not be entitled to license I.\_\_\_\_\_ to any third parties other than the ones named in paragraph 1.3 above unless otherwise provided herein. Depending on the way or circumstances of termination B. shall have to pay compensation for A.\_\_\_\_\_ for the lost service contract and the So-Ownership to Use granted over the Source Code according to the following table:

Year/ Amounts in TEUR*	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025 & later
Inflation	1%	1%	1%	1%	1%	1%	1%	1%	1%	1%	1%
Factor	1.00	1.01	1.02	1.03	1.04	1.05	1.06	1.07	1.08	1.09	1.10
Source	3,200	2,990	2,775	2,555	2,331	2,102	1,868	1,630	1,386	1,137	1,149
Penalty	1,067	997	925	852	777	701	623	543	462	379	383

\* Calculation rules: Starting amount for year one (2015) in the column "Source" is four times the UM Fee. The next nine years this amount is decreased by zero point three (0.3) times the UM Fee and increased by the inflation of the previous year. From year 2024 onwards, the amounts for „Source“ and „Penalty“ are not decreased anymore, but only increased by the inflation. The column "Penalty" is calculated as one third of the column "Source". Numbers will be rounded mathematically to the next thousand EUR.

The way and circumstances of terminations are described as follows:

- 15.2 Upon termination by B. \_\_\_\_\_ for Due Cause which is in the sphere of influence of B. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ has to stop use of I. \_\_\_\_\_ and B. \_\_\_\_\_ may use I. \_\_\_\_\_ neither as machine code nor the Source Code and B. \_\_\_\_\_ has to return to A. \_\_\_\_\_ all Co-Ownership to Use rights as according to paragraph 1.3 and B. \_\_\_\_\_ has to return the Source Code (with unbroken seal on envelope according to para. 2.1) and B. \_\_\_\_\_ has to remove the machine code from the B. \_\_\_\_\_ infrastructure and B. \_\_\_\_\_ has to pay the amount in para. 15.1 in the column "Penalty". Payment is due immediately. 111
- 15.3 Upon any other termination including termination for Due Cause, B. \_\_\_\_\_ has the right to obtain I. \_\_\_\_\_ for further usage for the amount in para 15.1 in the column "Source". The payment entitles B. \_\_\_\_\_ to use and develop I. \_\_\_\_\_ according to paragraph 1.3 for an unlimited time. Payment is due immediately.
- 15.3.1 Further usage in the sense of this Agreement is any use of I. \_\_\_\_\_ and in particular all of the following: Continued use of I. \_\_\_\_\_ by B. \_\_\_\_\_ either as machine code or as source code, not returning to A. \_\_\_\_\_ all Co-Ownership to Use rights according to paragraph 1.3, not returning to A. \_\_\_\_\_ the Source Code (with unbroken seal on envelope according to para 2.1) and not removing the machine code from B. \_\_\_\_\_ Infrastructure.
- 15.4 Notwithstanding the provisions in para 15.3, in case the present Agreement is terminated by reason of bankruptcy of A. \_\_\_\_\_ and the rescue company/administration cannot substitute A. \_\_\_\_\_ adequately, B. \_\_\_\_\_ shall automatically obtain full right use and ownership rights pertaining to I. \_\_\_\_\_ to insure the continued use of I. \_\_\_\_\_. No further payments shall be due to A. \_\_\_\_\_ in such case of termination for bankruptcy of A. \_\_\_\_\_. Reserved is para 14.3.
- 15.5 Upon any termination A. \_\_\_\_\_ is no longer obliged to provide any new copies of I. \_\_\_\_\_ nor any updates or new versions of the Source Code.
- 15.6 Any obligations that are meant to survive this Agreement, such as non-disclosure obligations will survive the termination as long as the other Party has an interest in such survival, however no longer than two years (2) years unless otherwise provided herein. The legal obligation to respect the Liechtenstein Insurance Secrecy remains for an indefinite period of time.

Aus dem Titel von Ziff. 15 Software Agreement ("Consequences of Termination") erhellt, dass unter dieser Bestimmung die Konsequenzen/Folgen einer Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien geregelt werden. Weiter wird aus dem Wortlaut von Ziff. 15.1 deutlich, dass diese Konsequenzen bzw. Folgen im Wesentlichen von der Art und Weise oder den Umständen der Vertragsbeendigung abhängen ("[...] Depending on the way or circumstances of termination B. \_\_\_\_\_ [d.h. die Beklagten; vgl. act. 3/2 S. 1] shall have to pay compensation [...] according to the following table [...]"). Die für die Konsequenzen/Folgen einer Vertragsbeendigung gemäss Software Agreement relevante Art und Weise bzw. massgeblichen Umstände der Vertragsbeendigung werden unter Ziff. 15.2 ff.

Software Agreement beschrieben (vgl. vor Ziff. 15.2 Software Agreement: "The way and circumstances of terminations are described as follows:").

Aus Ziff. 15.2 Software Agreement geht alsdann hervor, dass im Falle einer ausserordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, welcher im Einflussbereich der Beklagten liegt, die Beklagten verpflichtet sind, die Nutzung von I. \_\_\_\_\_ einzustellen, dass sie diesfalls nicht berechtigt sind, I. \_\_\_\_\_ als "machine code" oder als "Source Code" zu nutzen, dass sie weiter die Pflicht haben, der Klägerin alle Rechte zur "Co-Ownership to Use" gemäss Ziff. 1.3 Software Agreement sowie den "Source Code" mit ungebrochenem Siegel gemäss Ziff. 2.1 Software Agreement zurückzugeben, und dass sie den "machine code" von der Infrastruktur der Beklagten zu entfernen sowie den unter Ziff. 15.1 in der Spalte "Penalty" aufgeführten Betrag zu bezahlen haben.

Ziff. 15.3 Software Agreement hält fest, dass in allen anderen Fällen einer Beendigung des Vertrages, einschliesslich einer Kündigung aus wichtigem Grund ("Upon any other termination, including termination for Due Cause, [...]"), die Beklagten das Recht haben, I. \_\_\_\_\_ für eine sog. "further usage" (wörtlich übersetzt: weitere Nutzung) zu erwerben ("[...] B. \_\_\_\_\_ has the right to obtain I. \_\_\_\_\_ for further usage [...].") gegen Bezahlung des unter Ziff. 15.1 in der Spalte "Source" aufgeführten Betrages. Der Vertrag hält weiter fest, dass diese Bezahlung die Beklagten berechtigt, I. \_\_\_\_\_ gemäss Ziff. 1.3 Software Agreement für unbestimmte Zeit ("for an unlimited time") zu nutzen und weiterzuentwickeln. Was unter "further usage" zu verstehen ist, wird alsdann in Ziff. 15.3.1 Software Agreement definiert.

Gemäss Ziff. 15.3.1 Software Agreement bedeutet "further usage" jegliche Nutzung von I. \_\_\_\_\_ und dabei insbesondere das Folgende: Ununterbrochene bzw. weitere Nutzung von I. \_\_\_\_\_ durch die Beklagten entweder als "machine code" oder als "source code", das Nicht-Retournieren aller "Co-Ownership to use"-Rechte gemäss Ziff. 1.3 Software Agreement an die Klägerin, das Nicht-Retournieren des "Source Codes" mit ungebrochenem Siegel gemäss Ziff. 2.1 Software Agreement an die Klägerin sowie das Nicht-Entfernen des "machine codes" von der Infrastruktur der Beklagten.

Zunächst ist festzuhalten, dass aus dem Wortlaut der Einleitung von Ziff. 15.3 Software Agreement eindeutig und unmissverständlich hervorgeht, dass ein Erwerb von I.\_\_\_\_\_ zur "further usage" durch die Beklagten im Falle einer Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund, welcher gemäss Ziff. 15.2 Software Agreement im Einflussbereich der Beklagten liegt, vertraglich nicht vorgesehen ist. In Ziff. 15.3 Software Agreement wird nämlich – anschliessend an die Vertragsklausel zur ausserordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund, welcher im Einflussbereich der Beklagten liegt – stipuliert, dass (nur) im Falle jeder *anderen* Vertragsbeendigung, selbst bei einer ausserordentlichen Kündigung, ein Erwerbsrecht der Beklagten besteht. Da unmittelbar vor Ziff. 15.3 Software Agreement einzig die Kündigung aus wichtigem Grund, welcher im Einflussbereich der Beklagten liegt, behandelt wird, kann sich diese einleitende Unterscheidung in Ziff. 15.3 ("Upon any other termination [...]") einzig auf jene Variante der Vertragsbeendigung beziehen. Dieser eindeutige Schluss wird in systematischer Hinsicht weiter dadurch gestützt, dass die Definition von "further usage" in Ziff. 15.3.1 Software Agreement genau jene Nutzungen umfasst, welche im Falle einer Vertragsbeendigung im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement explizit ausgeschlossen sind. Ziff. 15.2 hält denn auch unmissverständlich fest, dass die Beklagten bei einer solchen Beendigung des Vertrages die Nutzung von I.\_\_\_\_\_ einzustellen haben (so auch die Klägerin in act. 1 Rz. 33), was einer Nutzung auf unbestimmte Zeit gemäss Ziff. 15.3 Software Agreement diametral entgegensteht.

Somit führen der Wortlaut und die Systematik der betreffenden Bestimmungen des Software Agreements zum eindeutigen Schluss, dass Ziff. 15.3 Software Agreement im Falle einer unter Ziff. 15.2 Software Agreement fallenden Vertragsbeendigung nicht zur Anwendung gelangt und diesfalls kein Erwerbsrecht der Beklagten besteht. Auch ist kein Vertragszweck ersichtlich und wird ein solcher auch nicht behauptet, welcher diesem Auslegungsergebnis eindeutig entgegenstehen würde. Läge eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement vor, würde die (allenfalls über den Beendigungszeitpunkt des Vertrages hinausgehende) weitere Nutzung von I.\_\_\_\_\_ durch die Beklagten nach diesem Auslegungsergebnis somit nicht zu einer Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der "Source"-Gebühr gemäss Ziff. 15.1

Software Agreement führen, sondern könnte höchstens – wie die Klägerin selbst ausführt (act. 1 Rz. 73) – eine allfällige Schadenersatzansprüche auslösende Vertragsverletzung darstellen. Schadenersatzansprüche werden von der Klägerin vorliegend aber nicht geltend gemacht, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

#### 3.4. Fazit

Liegt eine Kündigung im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement vor, gelangt Ziff. 15.3 Software Agreement nicht zur Anwendung. Entsprechend besteht diesfalls kein Erwerbsrecht der Beklagten zur "further usage" und demzufolge – ungeachtet einer allfälligen weiteren Nutzung von I.\_\_\_\_\_ durch die Beklagten über den Beendigungszeitpunkt hinaus – auch keine Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung der "Source"-Gebühr gemäss Ziff. 15.1 Software Agreement, was zu einer entsprechenden Klageabweisung führt (vgl. Ziff. 7). Somit bleibt in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob vorliegend eine Kündigung gemäss Ziff. 15.2 Software Agreement gegeben ist.

#### 4. Wichtiger Grund im Einflussbereich der Beklagten

##### 4.1. Ausgangslage / unbestrittener Sachverhalt

Die G.\_\_\_\_\_ verfügte am 22. Dezember 2017 die zwangsweise Übertragung der Versicherungsbestände der Beklagten und der dafür vorgesehenen Mittel auf die J.\_\_\_\_\_ sowie den auf die Übertragung folgenden Entzug der Bewilligung für die bisherige Geschäftstätigkeit der Beklagten. Dies wurde gestützt auf Art. 128 Abs. 1 lit. a des liechtensteinischen Versicherungsaufsichtsgesetzes (VersAG) angeordnet, weil die G.\_\_\_\_\_ festgestellt hatte, dass das jeweilige Aktionariat der Beklagten nicht den aufsichtsrechtlichen Anforderungen gemäss Art. 94 Abs. 1 VersAG entspricht (act. 9 Rz. 9, 14, 27; act. 25 Rz. 64, 68, 79 f.; act. 29 Rz. 49). Die Verfügungen sind im Februar 2019 in Rechtskraft erwachsen (act. 29 Rz. 24, 65 ff.; act. 33).

Art. 94 Abs. 1 VersAG stellt mehrere Kriterien auf, welche kumulativ und zu jedem Zeitpunkt erfüllt sein müssen. Dazu gehören insbesondere die persönliche Integri-

tät und die finanzielle Solidität des Aktionärs eines Versicherungsunternehmens (act. 29 Rz. 49). Die G.\_\_\_\_\_ erlangte am 12. Mai 2016 Kenntnis von einer Klageschrift des US Department of Justice (DoJ) und einer Klageschrift der US Securities and Exchange Commission (SEC) gegen diverse Beschuldigte wegen Wertpapier- und Anlagebetrugs. Die G.\_\_\_\_\_ kam zum Schluss, dass der diesen Klagen zugrunde liegende Sachverhalt zahlreiche Verbindungen zu mit den Beklagten als Aktionäre oder über komplexe Beteiligungsstrukturen anderweitig verbundene Personen enthält. Die G.\_\_\_\_\_ begründet die von ihr angeordneten Zwangsmassnahmen zusammengefasst mit der Verbindung bzw. dem Näheverhältnis des Aktionariats der Beklagten zu einer kriminellen Organisation, welche über komplexe internationale Strukturen Gesellschaften erwirbt, um in der Folge das von diesen Gesellschaften verwaltete Kundenvermögen zu veruntreuen, und der davon ausgehenden Gefahr für die Versicherungsnehmer wie auch die Reputation des Finanzplatzes Liechtenstein (act. 29 Rz. 50-52).

Gemäss Art. 34 VersAG haben Aktionäre, die über eine qualifizierte Beteiligung an einem Unternehmen verfügen, den im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung eines Versicherungsunternehmens zu stellenden Ansprüchen zu genügen. Gemäss Art. 92 VersAG ist bei jedem Beteiligungserwerb, der zu einem Stimmrechts- oder Kapitalanteil von über 20%, 30% oder 50% führt, durch den potentiellen Erwerber Meldung zu erstatten. In Art. 94 VersAG wird geregelt, welche Kriterien beim interessierenden Erwerber durch die G.\_\_\_\_\_ im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Versicherungsunternehmens, an welchem der Erwerb beabsichtigt ist, zu prüfen sind. Dazu gehören persönliche Integrität und finanzielle Solidität. Erfüllt der Interessent diese Voraussetzungen nicht, kann die G.\_\_\_\_\_ Einspruch gegen den beabsichtigten Erwerb erheben (Art. 94 Abs. 2 VersAG). Falls die potentiellen Erwerber qualifizierter Beteiligungen einen Einfluss ausüben könnten, der sich zum Nachteil einer umsichtigen und soliden Geschäftsführung des Versicherungsunternehmens auswirken könnte, trifft die G.\_\_\_\_\_ ferner die erforderlichen Massnahmen. Diese Massnahmen können aus Anordnungen und Sanktionen gegen die Leitungsorgane oder in der Aussetzung des Stimmrechts bestehen (Art. 97 Abs. 1 VersAG). Art. 128 Abs. 1 lit. a VersAG sieht vor, dass die G.\_\_\_\_\_ einem Versicherungsunternehmen in

gewissen Fällen die Bewilligung für seine Tätigkeit entziehen kann, namentlich dann, wenn es die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung nicht mehr erfüllt.

#### 4.2. Streitpunkte

Die Klägerin macht geltend, dass der vorliegende Kündigungsgrund im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement im Einflussbereich der Beklagten liege. Die Verfügung der G. \_\_\_\_\_ betreffe die Einhaltung der regulatorischen Rahmenbedingungen, welche für die Erbringung der Tätigkeit der Beklagten aufgestellt worden seien. Ob diese Bedingungen eingehalten würden, sei dem Einflussbereich der Beklagten zuzuordnen. Diese seien dafür verantwortlich, dass die regulatorischen Auflagen zu jeder Zeit erfüllt seien. Sie führt weiter an, dass die Beklagten verpflichtet gewesen seien, die notwendigen Massnahmen zu treffen, um die Zusammensetzung des Aktionariats zu kontrollieren, wenn diese eine Bewilligungsvoraussetzung darstelle. Hinzu komme, dass die Aktionäre bzw. das Aktionariat gemäss liechtensteinischem Recht das oberste Organ der Beklagten bilde, weshalb dieses nicht etwas von den Beklagten Gesondertes darstelle, sondern Teil derselben sei. Das Verhalten der Organe einer Gesellschaft werde dieser angerechnet (act. 1 Rz. 69-72).

Die Klägerin macht alsdann unter Verweisung auf Ziff. 9.1 Software Agreement einen wirklichen Willen der Parteien geltend, wonach die Folgen nicht (mehr) eingehaltener regulatorischer Anforderungen durch die Beklagten den Beklagten zuzuweisen seien (act. 25 Rz. 27 f.). Hinsichtlich eines zu ermittelnden normativen Konsenses führt die Klägerin weiter an, dass eine Regelung beabsichtigt gewesen sei, wonach ein Kündigungsgrund, welcher der Verantwortung der Beklagten zuzuschreiben sei, mit finanziellen Folgen für die Beklagten verbunden sein sollte. Angesichts von Ziff. 9.1 Software Agreement könne Ziff. 15.2 Software Agreement nur so verstanden werden, dass eine Kündigung seitens der Beklagten infolge Regelwidrigkeiten in deren eigenem (regulatorischen) Umfeld finanzielle Folgen für die Beklagten haben sollte (act. 25 Rz. 29).

Die Klägerin macht weiter geltend, dass es den Beklagten möglich gewesen wäre, auf ihr Aktionariat einzuwirken und den Entzug der finanzmarktrechtlichen Bewilligungen vertraglich zu verhindern, wobei sie in dieser Hinsicht verschiedene Möglichkeiten aufzeigt (Aktionärsbindungsvertrag, vertragliches Rückkaufsrecht; act. 25 Rz. 31-33).

Die Beklagten bestreiten, dass der wichtige Grund vorliegend im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement in ihrem Einflussbereich gelegen habe. Sie machen geltend, dass die aufsichtsrechtlichen Voraussetzungen die Aktionäre eines Versicherungsunternehmens betreffen würden, während lediglich die Rechtsfolgen der Nicht-Erfüllung dieser Voraussetzungen auf der Ebene des Versicherungsunternehmens eintreten würden, was im Versicherungsaufsichtsrecht nichts Unübliches sei. Es sei denn auch nicht ersichtlich, wie sie als Aktiengesellschaften rechtlich auf die Zusammensetzung ihres jeweiligen Aktionariats hätten einwirken sollen. So könne durch statutarische Vinkulierungsbestimmungen zwar der Erwerb von Namenaktien beschränkt werden. Eine Aktiengesellschaft habe aber keine Einflussmöglichkeiten auf die gemäss den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen geforderten Eigenschaften wie persönliche Integrität oder finanzielle Situation eines Aktionärs. Bei diesen Eigenschaften handle es sich ausserdem um solche, welche sich nach dem Aktienerwerb verändern könnten. Auch gebe es keine Handhabe, um einem Aktionär seine Beteiligung wieder zu entziehen bzw. um auf die Zusammensetzung des jeweiligen Aktionariats einzuwirken oder sich derjenigen Aktionäre zu entledigen, die nach Meinung der G.\_\_\_\_\_ die Anforderungen an die persönliche Integrität oder finanzielle Solidität nicht mehr erfüllten (act. 9 Rz. 26-31).

Sie stellen sich alsdann auf den Standpunkt, dass die von der Klägerin angerufene Ziff. 9.1 Software Agreement einen ganz anderen Sachverhalt regle und für die vorliegende Frage irrelevant sei. Sie bestreiten dabei insbesondere einen wirklichen Willen der Parteien, die Folgen nicht (mehr) eingehaltener regulatorischer Anforderungen den Beklagten zuzuweisen. Aus dem Wortlaut und Sinn sowie Zweck der betreffenden Bestimmung werde nämlich deutlich, dass es bei jener Bestimmung um eine Zusicherung jeder Partei gehe, dass ihr die Rechts- und

Handlungsfähigkeit zukomme, den Vertrag abzuschliessen bzw. zu erfüllen, und ein solcher Vertragsabschluss keine Verletzung eines anderen Vertrages darstelle. Die Nichteinhaltung von regulatorischen Anforderungen führe nicht dazu, dass die Beklagten einen privatrechtlichen Softwarevertrag, wie den vorliegenden, nicht einhalten könnten. Die von der G.\_\_\_\_\_ verordnete Zwangsübertragung bewirke, dass ein Festhalten am Vertrag für die Beklagten unzumutbar sei, weil sie für die Software I.\_\_\_\_\_ keine Verwendung mehr hätten (act. 29 Rz. 40).

Weiter betonen die Beklagten, dass sie keine rechtliche Handhabe zur Einwirkung auf ihr Aktionariat gehabt hätten, und machen dazu vertiefte Ausführungen (act. 29 Rz. 54-58). Sie machen – unter Darlegung sämtlicher, letztlich erfolglosen Rechtsmittelbemühungen – alsdann geltend, sämtliche ihr zur Verfügung stehenden Hebel in Bewegung gesetzt zu haben, um die Zwangsmassnahmen der G.\_\_\_\_\_ abzuwenden. Dazu gehöre auch die Aufforderung an ihre Aktionärin, die B.\_\_\_\_\_ Beteiligungs AG, zur Einhaltung der von der G.\_\_\_\_\_ angeordneten Auflagen, wie beispielsweise die Rückführung von Darlehen an die Beklagten, was mangels freier Liquidität nicht geschehen sei. Auch hätten die Beklagten eine privatautonome Lösung angestrebt und insbesondere versucht, einen neuen Aktionär zu finden. Diese sei jedoch letztlich daran gescheitert, dass die G.\_\_\_\_\_ eine Genehmigung eines sogenannten share deals grundsätzlich abgelehnt und einen sogenannten asset deal als einzig gangbaren Weg eingestuft habe (act. 29 Rz. 59-77).

#### 4.3. Rechtliches

Zu den Regeln der Vertragsauslegung ist auf Ziff. 3.2 zu verweisen. Demnach ist in einem ersten Schritt der normative Konsens zu ermitteln.

#### 4.4. Würdigung

Die Parteien sind sich insofern einig, als für die Anwendbarkeit von Ziff. 15.2 Software Agreement entscheidend ist, ob der Kündigungsgrund im Einflussbereich der Beklagten ("sphere of influence") liegt oder nicht. Während die Beklagten sich auf den Standpunkt stellen, Ziff. 15.2 Software Agreement setze voraus,

dass die Beklagten tatsächlich auf den Eintritt bzw. Nichteintritt des fraglichen Kündigungsgrundes Einfluss nehmen konnten (act. 29 Rz. 37), macht die Klägerin geltend, die Rechtsfolgen von Ziff. 15.2 Software Agreement würden schon dann greifen, wenn der Kündigungsgrund in der Verantwortung der Beklagten lag, wozu die Einhaltung regulatorischer Anforderungen zu zählen sei (act. 25 Rz. 29).

Was mit "sphere of influence" der Beklagten gemeint ist und ob der streitgegenständliche Kündigungsgrund darunter zu subsumieren ist, ist nach Vertrauensprinzip zu ermitteln, wobei vom Wortlaut der fraglichen Bestimmung auszugehen ist. Dieser lautet wie folgt:

15.2 Upon termination by B.\_\_\_\_\_ for Due Cause which is in the sphere of influence of B.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ has to stop use of I.\_\_\_\_\_ and B.\_\_\_\_\_ may use I.\_\_\_\_\_ neither as machine code nor the Source Code and B.\_\_\_\_\_ has to return to A.\_\_\_\_\_ all Co-Ownership to Use rights as according to paragraph 1.3 and B.\_\_\_\_\_ has to return the Source Code (with unbroken seal on envelope according to para 2.1) and B.\_\_\_\_\_ has to remove the machine code from the B.\_\_\_\_\_ infrastructure and B.\_\_\_\_\_ has to pay the amount in para 15.1 in the column "Penalty". Payment is due immediately.

Was genau unter dem Begriff "sphere of influence" zu verstehen ist, wird im Software Agreement nicht näher umschrieben und wird aus dem Wortlaut der fraglichen Bestimmung nicht endgültig klar. Beide Parteien übersetzen den Begriff konsequent und übereinstimmend mit Einflussbereich (act. 1 Rz. 32 f., 38, 70; act. 9 Rz. 25 f., 31, 45, 49 f., 69, 105; act. 25 Rz. 11, 23, 58; act. 29 Rz. 36, 42). Einflussbereich bedeutet ein Bereich/Gebiet, in dem von jemandem, einer Institution, einem Staat oder dergleichen Einfluss ausgeübt wird. Einfluss wiederum hat die Bedeutung einer beeinflussenden, bestimmenden Wirkung auf etwas oder jemanden. Synonyme zu Einflussbereich sind Einflussosphäre und Einflussgebiet (vgl. [www.duden.de](http://www.duden.de) zu Einflussbereich und Einfluss, zuletzt besucht am 20. August 2021). Die vorstehenden Begriffserklärungen sprechen dafür, dass es in dieser Klausel um (wichtige) Kündigungsgründe geht, in Bezug auf welche tatsächliche Einwirkungsmöglichkeiten der Beklagten bestanden. Allerdings ist Einfluss nicht mit Kontrolle gleichzusetzen, sodass nicht ohne weiteres gefolgert werden kann, dass damit nur Kündigungsgründe gemeint sind, über welche die Beklagten frei bestimmen und dementsprechend deren Eintritt herbeiführen oder

verhindern können. Der Begriff Einfluss bzw. Einflussbereich ist weniger intensiv und ist somit aus Sicht vernünftiger Vertragsparteien so zu verstehen, dass diejenigen Kündigungsgründe unter Ziff. 15.2 Software Agreement fallen, welche zum Wirkungsfeld der Beklagten zu zählen sind. Insofern bringt der Begriff "sphere of influence" die Voraussetzung eines ausreichenden Näheverhältnisses der Kündigungsgründe zu den Beklagten zum Ausdruck. Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass Ziff. 15.2 Software Agreement Kündigungsgründe erfasst, auf welche die Beklagten in irgendeiner Form eingewirkt haben oder hätten einwirken können, ungeachtet dessen, ob die Handlungen der Beklagten den erwünschten Erfolg bringen bzw. den Eintritt des Kündigungsgrundes herbeiführen oder verhindern konnten. Wird die fragliche Klausel zusätzlich in den vorliegenden geschäftlichen Kontext der Vereinbarung gebracht, erscheint aus Sicht vernünftiger Vertragspartner klar, dass mindestens jene Angelegenheiten zum Einflussbereich einer Gesellschaft (und damit der Beklagten) zählen, welche in ihren ordentlichen Geschäftsbereich fallen. Dazu gehören ganz allgemein sämtliche Vorkehrungen, welche die Aufrechterhaltung eines Betriebs ermöglichen, und damit auch die Einhaltung regulatorischer Anforderungen, wobei es nicht darauf ankommen kann, ob auf die Erfüllung der einzelnen Kriterien tatsächlich bzw. wunschgemäß eingewirkt werden kann oder nicht.

Dieses Begriffsverständnis wird auch in systematischer/teleologischer Hinsicht gestützt. Bei der Beleuchtung des Kündigungssystems des Software Agreements fällt auf, dass in Ziff. 14.1 eine (initiale) Vertragslaufzeit von 10 Jahren vereinbart worden ist. Demnach war die grundsätzliche Idee der Parteien, dass ihre vertragliche Beziehung während 10 Jahren nicht aufgelöst werden sollte. In Ziff. 14.2 Software Agreement wurde gleichzeitig festgehalten, dass der Vertrag von jeder Partei aus wichtigem Grund ausserordentlich mit sofortiger Wirkung gekündigt werden kann, unter beispielhafter Nennung von wichtigen Kündigungsgründen in Ziff. 14.3 Software Agreement. Unter Ziff. 15 Software Agreement wurden alsdann, wie bereits erwähnt, die (wirtschaftlichen) Konsequenzen einer Vertragsbeendigung aufgeführt. Dabei wurde im Falle einer ausserordentlichen Kündigung der Beklagten aus wichtigem Grund, welcher in deren Einflussbereich liegt, eine gegenleistungslose Zahlung ("Penalty") der Beklagten stipuliert.

Sinn und Zweck bzw. der Hintergrund dieser Zahlung ist zwischen den Parteien strittig und damit im Rahmen dieser Auslegung vorab zu klären. Die Klägerin behauptet, die "Penalty" sei vor dem Hintergrund der von ihr erbrachten und nie entschädigten (durch eine allfällige Vertragskündigung nutzlos werdenden) Vorleistungen bzw. Investitionen sowie der ungenügenden Kostendeckung der früheren UM Fee als Kompensation für die entgangenen Service-Einnahmen bzw. als Entschädigung für im Rahmen der Vertragslaufzeit zu erwartende Einnahmen vereinbart worden (act. 1 Rz. 24, 29, 82; act. 25 Rz. 29, 57). Die Beklagten bestreiten, dass die Zahlung zur Abgeltung von Vorleistungen der Klägerin vereinbart worden ist, und messen ihr reinen Strafcharakter zu (act. 9 Rz. 26, 42, 51, 69, 110; act. 29 Rz. 130, 145, 162, 165).

Ziff. 15.2 Software Agreement bezeichnet die zu leistende Zahlung als "Penalty", was von beiden Parteien als Strafe/Strafzahlung übersetzt wird. Allerdings geht aus Ziff. 15.1 Software Agreement klar hervor, dass die in der dortigen Tabelle vorgesehenen Zahlungen – je nach Umständen der Vertragsbeendigung – eine Entschädigung für den Verlust des Servicevertrages und für die "Co-Ownership to Use" in Bezug auf den Source Code darstellen. Nachdem im Falle einer Kündigung von Ziff. 15.2 Software Agreement eine Weiternutzung von I. \_\_\_\_\_ – wie die Beklagten selbst ausführen – nicht in Frage kommt, lässt sich aus Ziff. 15.1 Software Agreement klar erschliessen, dass die "Penalty" – wie die Klägerin (unter anderem) vorbringt (act. 1 Rz. 82; act. 25 Rz. 29) – gemäss eindeutigem Wortlaut als Entschädigung für die vorzeitige Beendigung des Vertrages bzw. Kompensation für den Verlust des Servicevertrages geschuldet war ("[...] compensation for A. \_\_\_\_\_ [d.h. die Klägerin] for the lost service contract [...].") und damit eine Abgeltung der aufgrund der vorzeitigen Beendigung des Vertrages nicht mehr geschuldeten UM Fee darstellt. Entsprechend beträgt sie auch nur einen Drittel der jeweiligen "Source"-Gebühr. Aus dem Wortlaut der von beiden Parteien angerufenen Ziff. 13.2 Software Agreement geht – entgegen den Behauptungen der Beklagten (act. 9 Rz. 67) – alsdann unmissverständlich hervor, dass Vorinvestitionen von der Klägerin im Hinblick auf I. \_\_\_\_\_ gemacht wurden ("[...] A. \_\_\_\_\_'s initial investment to the software [...]."), und dass die frühere UM Fee die Kosten für die Erbringung der Service Leistungen und die Amortisation der Investitionen nicht

gedeckt hat ("[...] the fact that the previous Fee arrangements has not been covering A.\_\_\_\_\_'s cost to provide the services under this Agreement and amortise A.\_\_\_\_\_'s investment. [...]"). Aus dem Wortlaut der von den Beklagten ange-rufenen Ziff. 6.8 Software Agreement lässt sich wiederum klar ableiten, dass hin-sichtlich der Software I.\_\_\_\_ Vorinvestitionen durch die Klägerin gemacht wur-den ("Given the prior investments in I.\_\_\_\_ by A.\_\_\_\_ [...]"). und dass mit der UM Fee auch diese abgegolten werden sollten. Nicht anders lässt sich erklären, dass die UM Fee gemäss der betreffenden Bestimmung nicht zu reduzieren war, wenn sich weniger als die vertraglich vorgesehenen Vollzeitressourcen für die Er-bringung der Service-Leistungen notwendig erweisen sollten. Aufgrund des Wort-lautes von Ziff. 6.8 und Ziff. 13.2 Software Agreement ist somit klar, dass die UM Fee gemäss Software Agreement kalkuliert wurde, um die Kosten neu zu erbrin-gender Service-Leistungen zu decken, aber auch um unter dem alten Vertrag un-gedeckt gebliebene Kosten aufzufangen sowie um die klägerischen Vorinvestitio-nen zu amortisieren, was bisher nicht möglich gewesen war. Vor diesem Hinter-ground macht auch die von den Parteien gewählte Vertragslaufzeit von 10 Jahren und das von der Klägerin in dieser Hinsicht behauptete Bedürfnis nach Sicherheit (act. 1 Rz. 29) Sinn. Somit ist zu schliessen, dass es bei der Zahlung gemäss Ziff. 15.2 Software Agreement darum ging, finanzielle Nachteile der Klägerin, wel-che aus einer vorzeitigen Beendigung des Software Agreements durch die Be-klagten entstehen, unter bestimmten Umständen abzumildern und dabei nicht nur (einen Teil der) künftig entfallende Einnahmen, sondern auch bereits erbrachte Vorleistungen und Investitionen der Klägerin abzugelten. Dass dies nicht – wie in den vorgenannten Bestimmungen des Software Agreements – explizit in Ziff. 15.2 Software Agreement festgehalten wurde, schadet nicht, da sich dieser Schluss aus eben diesen Bestimmungen ziehen lässt. Gegen einen Strafcharakter der Zahlung spricht denn auch die mit zunehmender Vertragsdauer abnehmende Hö- he der zu leistenden Beträge. Demzufolge ist der in Ziff. 15.2 Software Agreement vereinbarten Zahlung entgegen ihrer Bezeichnung der Strafcharakter abzuspre-chen.

Aus dem Gesagten erhellt weiter, dass mit dem aufgezeigten Kündigungssystem des Software Agreements geregelt wurde, wen das finanzielle Risiko einer (nur

unter bestimmten Voraussetzungen überhaupt möglichen) vorzeitigen Beendigung des auf mindestens zehn Jahre geschlossenen Vertrages durch die Beklagten treffen sollte. In dieser Hinsicht erscheint es undenkbar, dass sich eine Vertragspartei damit einverstanden erklären würde, wesentliche finanzielle Entschädigungen im Falle einer ausserordentlichen Kündigung von der Frage abhängig zu machen, ob die kündigende Gesellschaft auf die Einhaltung der für ihre Betriebsbewilligung gesetzlich vorgesehenen regulatorischen Anforderungen hätte Einfluss nehmen können oder nicht. Im konkreten Fall kommt hinzu, dass es um ein Vertragsverhältnis geht, welches die Beklagten als Vertragsparteien auf der einen Seite mit einer an ihr nicht beteiligten Dritten, der Klägerin, abgeschlossen haben. Eine aussenstehende Vertragspartei hat keine Kenntnisse über innergeschäftliche Vorgänge, wie namentlich die Zusammensetzung des Aktionariats und die persönlichen Verhältnisse, den Leumund oder die Bonität der Aktionäre. Umso mehr kann es vorliegend nicht darauf ankommen, ob die Aktionäre den wichtigen Grund für die Kündigung gesetzt haben oder aber die Beklagte selbst. Gegen aussen ist dies ein und dasselbe (vgl. zur Problematik der Trennung dieser zwei Ebenen auch nachstehend). Genau diese Wertung nimmt im Übrigen auch das VersAG vor, indem es in letzter Konsequenz das Risiko eines mangelhaften Aktionariats der jeweiligen Gesellschaft zuweist. Auch wenn es sich dabei, wie die Beklagten einwenden (act. 29 Rz. 53), um eine aufsichtsrechtliche Bestimmung handelt, ist vor diesem Hintergrund zusätzlich nicht davon auszugehen, dass die Vertragsparteien in ihrem Kündigungssystem eine andere Risikoverteilung gewählt haben (würden). Schliesslich deutet auch die von der Klägerin angerufene Ziff. 9.1 Software Agreement in diese Richtung. Zwar wird dort die Einhaltung regulatorischer Anforderungen nicht thematisiert. Immerhin garantieren die Parteien einander aber, den Vertrag unter gesellschaftsrechtlichen und vertragsrechtlichen Gesichtspunkten eingehen und erfüllen zu können. Auch dies spricht dafür, dass vernünftige Vertragsparteien in den gegebenen Umständen davon ausgehen würden, dass im Software Agreement das Risiko für die Aufrechterhaltung des eigenen Betriebes der jeweiligen Partei zugewiesen wird und damit zum Einflussbereich im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement zu zählen ist.

Für die Beurteilung, ob der Kündigungsgrund im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement im Einflussbereich der Beklagten lag oder nicht, kann ausserdem nicht auf den von den Beklagten geltend gemachten Umstand, dass es sich um eine zwangsweise Übertragung ihrer Versicherungsbestände handelt, abgestellt werden (act. 9 Rz. 9, 19, 27, 50, 104). Auch sie bildet letztlich Ausfluss der von den Beklagten nicht eingehaltenen aufsichtsrechtlichen Vorschriften und kann damit nicht gesondert beurteilt werden.

Auch der Hinweis der Beklagten auf die gemäss Ziff. 15.2 Software Agreement drohenden, (angeblich) gravierenden Konsequenzen einer entsprechenden Vertragskündigung (act. 29 Rz. 37 f.) vermag an diesem Auslegungsergebnis nichts zu ändern. Eine zulässige ausserordentliche Kündigung durch die Beklagten setzt notwendigerweise eine Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Vertrages durch die Beklagten voraus (vgl. Ziff. 14.2 Software Agreement). Können oder wollen die Beklagten am Vertrag nicht weiter festhalten, scheint es nur folgerichtig, dass die Nutzungsrechte der Beklagten enden. Auch in den anderen Fällen einer Vertragskündigung wäre eine weitere Nutzung von I. \_\_\_\_\_ nur gegen eine zusätzliche (erhebliche) Entschädigung vorgesehen gewesen.

Schliesslich bleibt anzufügen, dass es nicht zutrifft, dass die Beklagten auf ihr Aktionariat keinen Einfluss nehmen konnten. Sie führen selbst an, ihre (einzige) Aktionärin zu der von der G. \_\_\_\_\_ aufgetragenen Darlehensrückführung angehalten und auf eine privatautonome Lösung im Sinne eines share deals zwecks Findung eines neuen Aktionärs hingewirkt zu haben (act. 29 Rz. 60-63). Dass die Einflussnahme nicht zur gewünschten Wirkung geführt hat, kann nach dem Gesagten keine Rolle spielen. Anzumerken bleibt zudem, dass die Begründung für die Ablehnung eines share deals durch die G. \_\_\_\_\_, nämlich drohende Restrisiken für die Versicherungsnehmer aufgrund möglicher Prozesse gegen die Beklagte in den USA (act. 29 Rz. 63), wiederum als klares Indiz zu werten ist, dass diese gesamte Situation durchaus dem Einflussbereich der Beklagten zuzuordnen ist und zusätzlich für das vorliegende Ergebnis spricht.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Ziff. 15.2 Software Agreement und dabei insbesondere der Begriff "sphere of influence" so zu verstehen ist, dass die

Nicht-Einhaltung der vom VersAG aufgestellten regulatorischen Anforderungen an das Aktionariat der Beklagten davon erfasst und die vorliegende Kündigung der Beklagten als eine Kündigung im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement zu qualifizieren ist.

Selbst wenn aber vorliegend vom Begriffsverständnis der Beklagten ausgegangen würde, würde zu keinem anderen Ergebnis gelangt, wie nachfolgend der Vollständigkeit halber aufzuzeigen ist:

Gemäss dem hier anwendbaren liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) bildet die Generalversammlung der Aktionäre oberstes Organ der Aktiengesellschaft (Art. 154 Abs. 1 und Art. 155 lit. e IPRG i.V.m. Art. 338 Abs. 1 PGR). Sie wählt den Verwaltungsrat, entscheidet über dessen Entlastung sowie über die Abnahme des Geschäftsberichts, und legt die Statuten fest. Damit verfügen die Aktionäre über wesentliche Mitbestimmungsrechte, was die Geschichte einer Aktiengesellschaft anbelangt. Das Aktionariat lässt sich damit von aussen betrachtet – und vor allem aus der Sicht von Geschäftspartnerinnen, wie die Klägerin eine war – erwähntermassen nicht von der Gesellschaft abspalten, sondern ist wesentlicher Teil derselben. Vorliegend hatten die Beklagten zudem nur eine einzige Aktionärin, die B.\_\_\_\_\_ Beteiligungs AG (act. 9 Rz. 65; act. 29 Rz. 46 f.). Insofern rechtfertigt sich nach dem Gesagten eine Unterscheidung zwischen den Beklagten und ihrem Aktionariat unter dem Gesichtspunkt des Einflussbereichs im Sinne von Ziff. 15.2 Software Agreement nicht. Diese Schlussfolgerung wird alsdann durch die von der Beklagten duplicando zum Kündigungsgrund bzw. zur Beschaffenheit ihres Aktionariats ins Recht gelegten Vollversionen der Verfügungen der G.\_\_\_\_\_ gestützt. Daraus geht hervor, dass die von der G.\_\_\_\_\_ festgestellte Einflussnahme der kriminellen Organisation sich nicht nur auf die Aktionäre der Beklagten beschränkte, sondern auch in Bezug auf die mit der Verwaltung der Beklagten betrauten Personen erfolgte. Gleiches lässt sich aus der von den Beklagten in ihrer Rechtsschrift zitierten Passage schliessen (act. 29 Rz. 52; "Für die Reputation des Finanzplatzes Liechtenstein wäre es verheerend, wenn auch nur der Anschein besteht, dass eine kriminelle Organisation im Aktionariat zweier liechtensteinischer Versicherungsunternehmen wirkt oder

sonst wie gearteten Einfluss nimmt. Im vorliegenden Fall besteht nicht nur der Anschein, sondern liegen zahlreiche eklatante Anhaltspunkte für eine solche Einflussnahme vor." [Hervorhebungen hinzugefügt]). Sodann ist gemäss den betreffenden G.\_\_\_\_\_ Verfügungen in Bezug auf alle vier von der G.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit der untersuchten Verbindung zu einer kriminellen Organisation als kritisch bezeichneten Transaktionen ein entsprechender Vorschlag vom Aktionariat ausgegangen und dieser durch den Verwaltungsrat genehmigt worden (act. 30/1 S. 29 Ziff. 25-30; act. 30/2 S. 28 Ziff. 25-30).

Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass selbst wenn vom Vertragsverständnis der Beklagten von Ziff. 15.2 Software Agreement ausgegangen würde, ein im Einflussbereich der Beklagten liegender Kündigungsgrund zu bejahen ist, da in der vorliegenden Konstellation ohnehin nicht zwischen der Beklagten und ihrem Aktionariat zu unterscheiden ist.

Entsprechend ist der von der Klägerin behauptete tatsächliche Konsens nicht mehr zu prüfen.

#### 4.5. Fazit

Es liegt eine Kündigung gemäss Ziff. 15.2 Software Agreement vor.

### 5. Rechtmässigkeit der "Penalty" gemäss Ziff. 15.2 Software Agreement

#### 5.1. Streitpunkte

Die Parteien streiten sich schliesslich über die Rechtmässigkeit der in Ziff. 15.2 Software Agreement vereinbarten "Penalty". Die Beklagten machen geltend, die "Penalty" weise Strafcharakter auf und stelle eine wirtschaftliche Behinderung des ihr von Gesetzes wegen zwingend zustehenden Rechts zur ausserordentlichen Kündigung dar (act. 9 Rz. 26). Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass das Kündigungsrecht der Beklagten durch die vereinbarte "Penalty" nicht beschnitten werde. Die Kündigung sei weder an bestimmte Kündigungsfristen noch an spezielle Kündigungsmodalitäten gebunden. Überdies sei

die "Penalty" im Sinne eines mit der Kündigung verbundenen Nachteils aus dem Umstand der Kündigung an sich gerechtfertigt (act. 25 Rz. 54 f., 57).

## 5.2. Rechtliches

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden Dauerschuldverhältnisse dadurch charakterisiert, dass der Umfang der Gesamtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während der die Leistungen fortgesetzt werden sollen (BGE 128 III 428. E. 3b). Dauerschuldverhältnisse können aus wichtigen Gründen gekündigt werden. Dieses Prinzip wird aus dem Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 27 ZGB abgeleitet (BGE 128 III 428 E. 3c; VETTER/GUTZWILLER, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen, in: AJP 2010, S. 699 ff., S. 700, 704). Auf diese Persönlichkeitsrechte kann nicht verzichtet werden. Dies hat zur Folge, dass das Recht zur ausserordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen weder vertraglich vollständig wegbedungen noch beschnitten werden darf. Eine Einschränkung durch Kündigungsmodalitäten und Kündigungsfristen sowie vertragliche Vereinbarungen, welche nur ganz bestimmte Tatsachen als wichtige Gründe festlegen, sind unzulässig (BGE 89 II 30 E. 5a; VETTER/GUTZWILLER, a.a.O., S. 706). Sodann darf eine Kündigung aus wichtigem Grund nicht mit finanziellen Nachteilen übermässig erschwert werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie nicht aus dem Umstand der Kündigung gerechtfertigt sind (HILTY, Lizenzvertragsrecht, 2001, S. 983; VON BÜREN, Der Lizenzvertrag, in: SIWR I/1, 2. Aufl. 2002, S. 293 ff, S. 382).

Gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB darf die persönliche und wirtschaftliche Handlungsfreiheit nicht übermässig eingeschränkt werden. Geht es um die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, ist ein Verstoss gegen Art. 27 ZGB gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Eine vertragliche Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit wird nur dann als übermässig gewertet, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind. Dies gilt grundsätzlich auch für juristische Personen (BGE 114 II 159 E. 2a).

### 5.3. Würdigung

Beim Software-Agreement dürfte es sich um einen gemischten Vertrag sui generis handeln. Er enthält Elemente verschiedener Vertragstypen. Die Nutzung von I.\_\_\_\_\_ beschlägt lizenzvertragliche Elemente. Hinsichtlich des Unterhalts und der Weiterentwicklung/Lieferung von Updates von I.\_\_\_\_\_ durch die Klägerin enthält das Software Agreement Elemente des Auftrags sowie des Werkvertrages. Eine einheitliche gesetzliche Regelung dieses Vertragsverhältnisses besteht folglich nicht. Eine abschliessende Qualifikation kann unterbleiben, da sie vorliegend nicht entscheidend ist. Zentral ist, dass es sich vorliegend um ein Dauerschuldverhältnis handelt, da der zeitliche Faktor den Umfang der Gesamtleistung bestimmt. Die UM Fee wird quartalweise geleistet (Ziff. 5.3 Software Agreement) und die klägerischen Leistungen sind (grundsätzlich) bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses zu erbringen (Ziff. 2.1 und Ziff. 4 Software Agreement). Somit findet vorliegend die oben aufgezeigte Rechtsprechung zur ausserordentlichen Beendigung aus wichtigem Grund Anwendung.

Zunächst ist unter Verweisung auf obige Ausführungen (Ziff. 4.4) festzuhalten, dass der "Penalty" gemäss Ziff. 15.2 Software Agreement kein Strafcharakter zuzumessen ist. Sie war vielmehr auf die Sicherstellung der Abgeltung bereits erbrachter und über die Jahre zu finanzierender Leistungen gerichtet und diente der Verteilung des finanziellen Risikos im Falle einer ausserordentlichen Vertragsbeendigung durch die Beklagte. Insofern ist sie auch als im obigen Sinne aus den Umständen der Kündigung gerechtfertigt zu qualifizieren.

Die Beklagten sind nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB) für die übermässige Erschwerung einer Vertragskündigung bzw. die übermässige Einschränkung ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit durch die vereinbarte "Penalty" von nominal EUR 777'000. – behauptungs- und beweisbelastet. Die Beurteilung einer Erschwerung einer Vertragskündigung bzw. einer Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit bzw. deren Übermässigkeit setzt notwendigerweise voraus, dass die finanziellen Verhältnisse der sich darauf berufenden Partei hinreichend bekannt sind. Die Beklagten haben es versäumt, dahingehende Ausführungen zu machen. Die pauschale Behauptung, wonach ih-

re wirtschaftliche Bewegungsfreiheit durch die vereinbarte Penalty übermässig beeinträchtigt sei (act. 9 Rz. 51), reicht dafür nicht, da es sich dabei lediglich um die Wiederholung eines Tatbestandsmerkmals von Art. 27 Abs. 2 ZGB bzw. um einen Rechtsbegriff handelt, dessen Beurteilung erwähntermassen die Darlegung der finanziellen Verhältnisse voraussetzt. Bezüglich unsubstanziert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substanziiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (Urteil des Bundesgerichts 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1). Dementsprechend ist eine übermässige Erschwerung der Vertragskündigung bzw. eine übermässige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Beklagten durch die vereinbarte "Penalty" zu verneinen. Eine solche erscheint überdies angesichts des erheblichen Aktienkapitals der Beklagten (Beklagte 1: CHF 5'726'400.–, act. 3/4; Beklagte 2: CHF 24'000'000, act. 3/5) sowie im Verhältnis zur vereinbarten jährlichen UM Fee von netto EUR 800'000.– als fraglich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine übermässige Erschwerung der Vertragskündigung bzw. eine übermässige Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Beklagten durch die in Ziff. 15.2 Software Agreement stipulierte Zahlung zu verneinen ist. Zudem wäre eine solche ohnehin aus den Umständen der Kündigung gerechtfertigt.

#### 5.4. Fazit

Die in Ziff. 15.2 Software Agreement vereinbarte "Penalty" erweist sich als rechtmässig und ist damit vorliegend geschuldet.

### 6. Quantitativ, Verzugszinsen und Solidarität

#### 6.1. Streitpunkte

Die Klägerin macht insgesamt eine Forderung von EUR 2'948'585.– zuzüglich 5% Zins ab verschiedenen Daten auf unterschiedlichen Beträgen geltend (Rechtsbegehren Ziff. 1; act. 1 S. 2; vgl. zur Berechnung act. 1 Rz. 84). Die Beklagten bestreiten sämtliche von der Klägerin geltend gemachten Beträge (act. 9 Rz. 109).

Sie bestreiten dabei insbesondere, dass die in Ziff. 15.1 Software Agreement genannten Beträge um die Mehrwertsteuer und den Inflationsausgleich erhöht werden sollten. Die Mehrwertsteuer sei lediglich in Ziff. 5.1 Software Agreement bei der UM Fee geschuldet. Einen entsprechenden Verweis finde sich aber in Ziff. 15.1 Software Agreement nicht. Dies sei auch nicht die Absicht der Parteien gewesen. Die Inflation sei bei der Berechnung der Beträge gemäss Ziff. 15.1 Software Agreement bereits einkalkuliert gewesen (act. 29 Rz. 140).

## 6.2. Rechtliches

Gemäss Art. 6 Abs. 1 MWSTG richtet sich die Überwälzung der Mehrwertsteuer nach privatrechtlichen Vereinbarungen. Zu den Grundsätzen der Vertragsauslegung ist auf Ziff. 3.2 zu verweisen.

Ein Verzugszins kann gefordert werden, wenn der Schuldner mit der Zahlung einer fälligen Geldleistung in Verzug ist, wobei ein Zins von 5% für das Jahr zu bezahlen ist (Art. 104 Abs. 1 OR). Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Eine Mahnung ist die an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, durch die er in unmissverständlicher Weise die unverzügliche Erbringung einer fälligen Leistung beansprucht. Sie muss dem Schuldner inhaltlich nicht nur klar zum Ausdruck bringen, dass der Gläubiger die versprochene Leistung endgültig verlangt, sondern auch deren Art und Höhe richtig bezeichnen. Als Mahnung gilt insbesondere die Erhebung einer Leistungsklage (WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 5, 9 zu Art. 102 OR).

Durch vertragliche Vereinbarung entstehen Solidarschuldverhältnisse dadurch, dass jeder der Schuldner dem Gläubiger die Erfüllung der ganzen Schuld verspricht (Art. 143 Abs. 1 OR). Eine solche Vereinbarung kann ausdrücklich getroffen werden oder sich auch konkludent aus den Umständen oder dem sonstigen

Inhalt des Vertrages ergeben (GRABER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 5 zu Art. 143 OR).

### 6.3. Würdigung

#### 6.3.1. Quantitativ

Die Klägerin teilt das Verständnis der Beklagten, wonach die in der Tabelle in Ziff. 15.1 Software Agreement aufgeführten Beträge bereits einen Inflationsausgleich enthalten, und berechnet nach der in Ziff. 15.1 Software Agreement aufgeführten Formel sowie gestützt auf die von ihr geltend gemachte effektive (tiefere) Inflation für die "Penalty" den Betrag von EUR 771'161.18 (act. 1 Rz. 77, 83 f.; act. 3/21). Die Beklagte hat diese Berechnung nicht (im Einzelnen) bestritten. Somit ist dieser Betrag ausgewiesen. Entsprechend sind die Beklagten zur Bezahlung desselben zu verpflichten.

Was die von der Klägerin in Bezug auf die "Penalty" geltend gemachte Mehrwertsteuer von EUR 59'379.41 (act. 1 Rz. 84) anbelangt, ist zunächst festzuhalten, dass diese von den Beklagten nur dann geschuldet ist, wenn deren Überwälzung vertraglich vereinbart wurde (Art. 6 Abs. 1 MWSTG). Dafür ist die Klägerin nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB) beweis- und damit behauptungsbelastet. Die Klägerin beruft sich dafür auf Ziff. 15.1 sowie Ziff. 5.1 Software Agreement. Ein tatsächlicher Konsens wird nicht behauptet. (act. 1 Rz. 80, 83). Somit ist nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln, ob auf dem in Ziff. 15.1 Software Agreement unter "Penalty" aufgeführten Betrag zusätzlich eine Mehrwertsteuer geschuldet ist.

Den Beklagten ist insofern beizupflichten, als eine Entrichtung der Mehrwertsteuer gemäss Wortlaut von Ziff. 15.1 Software Agreement auf den dort festgehaltenen Beträgen nicht vereinbart wurde. Davon scheint im Übrigen auch die Klägerin auszugehen (act. 1 Rz. 80). In Bezug auf die UM Fee wurde in Ziff. 5.1 Software Agreement vereinbart, dass diese zuzüglich Mehrwertsteuer zu entrichten ist, soweit eine entsprechende Steuer anfällt ("[...] (plus inflation and VAT, where applicable)."). Zwar weist die "Penalty" insofern einen Bezug zur UM Fee auf, als sie

einen Drittel der Source Gebühr beträgt, welche wiederum ausgehend von einer vierfachen UM Fee berechnet wird (vgl. "Calculation rules" in Ziff. 15.1 Software Agreement), was für die Entrichtung der Mehrwertsteuer sprechen könnte. Demgegenüber wurde in der Tabelle in Ziff. 15.1 Software Agreement – zumindest in Bezug auf den Inflationsausgleich – offenbar so vorgegangen, dass die in der betreffenden Tabelle aufgeführten Beträge bereits inklusive Inflationsausgleich berechnet wurden, wobei die der Berechnung zugrunde gelegten Inflationsraten ebenfalls in der Tabelle unter einer entsprechend bezeichneten Zeile aufgeführt wurden. Für die Mehrwertsteuer fehlt eine solche Zeile. Auch wird die Mehrwertsteuer in den Berechnungserklärungen unter der Tabelle in Ziff. 15.1 Software Agreement mit keinem Wort erwähnt. Dies spricht insgesamt dafür, dass aus der Sicht vernünftiger Vertragsparteien Ziff. 15.1 Software Agreement nicht so verstanden werden durfte und musste, dass auf den dortigen Beträgen zusätzlich eine Mehrwertsteuer geschuldet ist, sondern bei gegebenen Voraussetzungen lediglich die aufgeführten Beträge zu entrichten sind.

Hinzu kommt, dass die Mehrwertsteuer nur dann überwält werden kann, wenn sie bei der Klägerin auch tatsächlich anfällt. Dass und inwiefern dies auch auf eine Zahlung der "Penalty" der Fall sein würde, legt die Klägerin nicht dar.

Somit ist die Mehrwertsteuerforderung der Klägerin nicht ausgewiesen und ihr demzufolge auch nicht zuzusprechen.

### 6.3.2. Verzugszins

Die Fälligkeit der "Penalty" tritt gemäss Ziff. 15.1 Software Agreement sofort mit Beendigung des Vertrages aus wichtigem Grund ein (act. 1 Rz. 82; act. 3/2). Das Vertragsverhältnis der Parteien ist unbestrittenermassen beendet. Die "Penalty" ist fällig.

Die Klägerin scheint sich für den Beginn des Zinsenlaufes für die gesamte Forderung auf ihr Schreiben an die Beklagten vom 10. April 2019 (act. 3/10) zu stützen (wobei sie in ihrem Rechtsbegehren aus nicht weiter dargelegten oder nachvollziehbaren Gründen Verzugszins erst ab dem 24. April 2019 verlangt), behauptet

aber lediglich, die Beklagten in Bezug auf den Betrag der "Source"-Gebühr gemäss Ziff. 15.3 Software Agreement abgemahnt zu haben. Dies stimmt im Übrigen auch mit dem Inhalt des betreffenden Schreibens überein. Eine Mahnung in Bezug auf den Betrag der "Penalty" behauptet sie nicht (act. 1 Rz. 81-84). Ein bestimmter Verfalltag wird ebenfalls nicht geltend gemacht. Auf die Kündigung vom 12. März 2019 kann nicht abgestellt werden, da sie von den Beklagten ausgesprochen worden ist, welche Schuldnerinnen der "Penalty" sind. Zudem entfaltet eine Beendigungskündigung – wenige hier nicht einschlägige Ausnahmen vorbehalten – lediglich auf die Hauptleistungspflichten verzugsbegründende Wirkung (WEBER/EMMENEGGER, in: Berner Kommentar, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, 2. Aufl. 2020, N. 126 f, 134 f., 140 zu Art. 102 OR). Somit ist für den Beginn des Zinsenlaufs auf die Klageeinleitung am 7. August 2019 abzustellen.

#### 6.3.3. Solidarität

Die Klägerin verlangt vorliegend die solidarische Verpflichtung der Beklagten. Vorliegend ergibt sich die Solidarität aus der gemeinsamen Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung der "Penalty" in Ziff. 15.2 Software Agreement. Sie ist im Übrigen auch unstrittig.

#### 6.3.4. Fazit

Die Beklagten sind demnach unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin EUR 771'161.18 zuzüglich Verzugszins von 5% seit 7. August 2019 zu bezahlen. Die von den Beklagten im April, Juni und Juli 2019 geleisteten Zahlungen (vgl. Ziff. 2.1) sind an diesen Betrag nicht anzurechnen, weil diese für die unbestrittene Nutzung von I.\_\_\_\_\_ bis Ende August 2019 geleistet wurden und die Beklagten selber davon ausgehen, dass sie zu einer entsprechenden Zahlung verpflichtet waren (act. 9 Rz. 45, 80; act. 3/12; Art. 86 OR). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich dabei – je nach Beendigungszeitpunkt des Vertrages – um eine vertragliche oder ausservertragliche Zahlungsverpflichtung handelt.

## 7. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Es liegt eine ausserordentliche Kündigung im Sinne von Art. 15.2 Software Agreement vor (vgl. Ziff. 4). Die in Ziff. 15.2 Software Agreement stipulierte "Penalty" ist rechtmässig und demzufolge von den Beklagten zu bezahlen (vgl. Ziff. 5). Ziff. 15.3 Software Agreement kommt bei einer unter Ziff. 15.2 Software Agreement fallenden Vertragskündigung nicht zur Anwendung (vgl. Ziff. 3). Die "Source"-Gebühr gemäss Ziff. 15.1 Software Agreement ist vorliegend nicht geschuldet. Eine allenfalls über den Beendigungszeitpunkt des Vertrages hinausgehende weitere Nutzung von I.\_\_\_\_\_ durch die Beklagten könnte eine allfällige Schadenersatzansprüche auslösende Vertragsverletzung darstellen. Solche werden von der Klägerin vorliegend nicht geltend gemacht. Eine Mehrwertsteuerforderung ist in Bezug auf die "Penalty" nicht ausgewiesen (vgl. Ziff. 6.3.1). Eine Mahnung in Bezug auf die "Penalty" erfolgte erst mit Klageeinleitung (vgl. Ziff. 6.3.2).

Dementsprechend sind die Beklagten unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Klägerin EUR 771'161.18 zuzüglich Verzugszins von 5% seit 7. August 2019 zu bezahlen. Im übrigen Umfang ist die Klage abzuweisen.

## 8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

### 8.1. Verteilungsgrundsätze

Die Prozesskosten bestehen aus Gerichtskosten und Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO). Vorliegend unterliegt die Klägerin zu rund 3/4. In diesem Umfang ist sie kosten- und entschädigungspflichtig.

Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Vorliegend verfechten die Beklagten gemeinsame Rechtspositionen, weshalb sich ihre solidarische Haftbarkeit recht-

fertigt (STERCHI, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. I, 2012, N. 12 zu Art. 106 ZPO).

## 8.2. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebVOG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebVOG). Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 3'222'361.10 (EUR 2'948'585.– umgerechnet zum Kurs von 1.09285 am 7. August 2019; Tag der Rechtshängigkeit). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 GebVOG ist die Gerichtsgebühr auf rund die Höhe der Grundgebühr und damit auf CHF 53'000.– festzusetzen. Diese ist im Umfang von 3/4 der Klägerin und im Umfang von 1/4 – unter solidarischer Haftung – den Beklagten aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr ist aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss zu beziehen. Für den der Beklagten auferlegten Anteil der Kosten ist der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagten einzuräumen (Art. 111 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO).

## 8.3. Parteientschädigung

Die Höhe der Parteientschädigung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 zu bemessen (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 ZPO). Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist vorliegend zu berücksichtigen, dass eine Vergleichsverhandlung durchgeführt wurde und die Parteien eine zweite Rechtschrift verfassten. In Anwendung von §§ 4 und 11 AnwGebV ist den Beklagten eine (auf die Hälfte reduzierte) Parteientschädigung in der Höhe von CHF 37'500.– zuzusprechen.

**Das Handelsgericht erkennt:**

1. Die Beklagten werden unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Klägerin EUR 771'161.18 zuzüglich Verzugszins von 5% seit 7. August 2019 zu bezahlen.

Im übrigen Umfang wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 53'000.–.
3. Die Kosten werden zu 3/4 der Klägerin und zu 1/4 unter solidarischer Haftung den Beklagten auferlegt. Die Kosten werden aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss gedeckt. Für den dem Beklagten auferlegten Anteil der Kosten (1/4) wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagten eingeräumt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine (reduzierte) Parteientschädigung in der Höhe von CHF 37'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 3'222'360.–.

Zürich, 24. September 2021

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Susanna Schneider