

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120012-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schafitz und Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss vom 23. November 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ und / oder
Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

B. _____ plc, London,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Zuständigkeit**

**Berufung gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung,
vom 6. Januar 2012 (CG110066)**

Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin EUR 219'847.16 zuzüglich Zinsen von 5 Prozent seit dem 25. Februar 2011 zu bezahlen;

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beklagten. "

**Beschluss des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung,
vom 6. Januar 2012 (Urk. 43):**

1. Der Unzuständigkeitseinwand des Beklagten wird abgewiesen.
2. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 7'700.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt und mit dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss verrechnet. Im Umfang der Beanspruchung des Vorschusses steht der Klägerin das Rückgriffsrecht auf den Beklagten zu.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 5'500.– (keine MWSt berücksichtigt) zu bezahlen.
5. [Mitteilungssatz]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 42 S. 2):

"Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Januar 2012 (Geschäfts-Nr. CG110066-L/E) aufzuheben und es sei auf die Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten nicht einzutreten;

eventualiter sei der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Januar 2012 (Geschäfts-Nr. CG110066-L/E) aufzuheben und es sei die Klage der Klägerin und Berufungsbeklagten im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 52 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

2. *Eventualiter zu 1. sei die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich zu bestätigen.*
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagte) ist Deutscher mit Wohnsitz in Deutschland. Er nahm 1987 erstmals Bankbeziehungen zur englischen B._____ (fortan B._____ Bank) mit Sitz in London auf (Urk. 4/2). Vorliegend ist umstritten, ob die B._____ Bank oder deren zürcherische Zweigniederlassung als Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) auftritt (Urk. 42 S. 5ff.; Urk. 52 S. 4ff.). Der Beklagte unterzeichnete am 31. März 1987 einen Antrag auf Kontoeröffnung der B._____ Bank samt deren AGBs in der damaligen Fassung sowie eine separate Erklärung, wonach er auf eigene Rechnung handle (Urk. 4/2; Urk. 4/3). Nachdem die B._____ Bank 1993 ihre AGBs geändert hatte, unterzeichnete der Beklagte die neue Fassung am 23. Februar 1994 (Urk. 4/6 S.11). Die Bankbeziehung bestand zunächst in zwei Kontokorrentkonti, wovon eines in DM und eines in US\$ geführt wurde. Am 30. September 2001 wurden die beiden Konti saldiert und in ein Euro-Konto umgewandelt (Urk. 4/7-9). Der Saldo des Euro-Kontos beträgt gemäss den Angaben der B._____ Bank heute Euro 219'847.16 zulasten des Beklagten (Urk. 4/14).

2. Am 27. Mai 2011 wurde bei der Vorinstanz die schriftliche Klage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren eingereicht (Urk. 1). Betreffend des Verlaufs des bisherigen erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 43 S. 2f.). Der Beklagte bestritt die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts.

3. Mit Beschluss vom 6. Januar 2012 wies die Vorinstanz den Unzuständigkeitseinwand des Beklagten ab (Urk. 43). Gegen diesen Beschluss hat der Beklagte fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 40/2; Urk. 42). Der Beklagte hat einen Kostenvorschuss von Fr. 7'700.– geleistet (Urk. 48). Die Berufungsantwort datiert vom 15. Mai 2012 (Urk. 52). Sie wurde dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 53).

4. Im Rahmen der Berufungsbegründung ist darzulegen, weshalb die in der Berufungsschrift aufgeführten Berufungsanträge gestellt werden und gestützt auf welche Sachverhaltselemente und Rechtsgrundlagen sich diese Berufungsanträge rechtfertigen. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen. Sie hat nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 311 N 36). Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Berufungsbegründung mit den entsprechenden Rügen grundsätzlich den Umfang der Prüfungsbefugnis und der Prüfungspflicht der Berufungsinstanz umschreibt. Die Berufungsinstanz kann die gerügten Mängel frei und unbeschränkt überprüfen und sie muss sie auch überprüfen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Dabei ist sie aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

II.

Im vorliegenden Berufungsverfahren umstritten sind (neu) die Parteifähigkeit der Klägerin (nachfolgend lit. A) sowie die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz (nachfolgend lit. B). Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

A) Fehlende Parteifähigkeit der Klägerin

1. Die Vorinstanz hielt in ihrem Beschluss fest, die Klägerin sei eine englische Bank, welche im vorliegenden Prozess durch ihre im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung in der Schweiz handle (Urk. 43 S. 2, Erw. 1.1.).

2.1. Der Beklagte macht in der Berufung geltend, die Klägerin führe im Rubrum ihrer Klageschrift die zürcherische Zweigniederlassung der B._____ Bank als Klägerin auf. Sie behaupte weiter, sie sei eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung einer englischen Bank mit Sitz in London. Diese Position habe die Klägerin mit ihrer Stellungnahme zur Unzuständigkeitsrede des Beklagten vom 14. November 2011 bekräftigt. Zudem habe die Klägerin mit Bezug auf ihre Parteibezeichnung einen Handelsregisterauszug der zürcherischen Zweigniederlassung der B._____ Bank ins Recht gelegt. Anhaltspunkte für die von der Vorinstanz vertretene Auffassung würden sich in der Klageschrift nicht finden. Die Klägerin habe ausdrücklich und unzweifelhaft im Namen der zürcherischen Zweigniederlassung der B._____ Bank Klage erhoben. Zweigniederlassungen von juristischen Personen seien nicht rechts- und damit nicht parteifähig. Eine Berichtigung der Bezeichnung der Klägerin komme vorliegend nicht in Frage. Auf die Klage sei nicht einzutreten (Urk. 42 S. 5ff.).

2.2. Die "Klägerin" stellt sich in der Berufungsantwort auf den Standpunkt, sie sei eine englische Bank mit Sitz in London, deren schweizerische Zweigniederlassung im schweizerischen Handelsregister eingetragen sei (Urk. 52 S. 3).

3. Es liegt ein Sachverhalt mit internationalem Bezug vor (Art. 1 Abs. 1 IPRG). Es ist unbestritten, dass die B._____ Bank mit Sitz in London eine Gesell-

schaft im Sinne von Art. 150 Abs. 1 IPRG ist und nach englischem Recht rechtsfähig und damit prozessfähig ist (Art. 155 lit. c IPRG). Die Rechtsfähigkeit der Zweigniederlassung der B._____ Bank in Zürich beurteilt sich nach Schweizer Recht (Art. 160 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 155 IPRG). Zweigniederlassungen von juristischen Personen sind nicht rechts- und damit nicht parteifähig. Die Parteifähigkeit bildet eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. c). Die Prozessvoraussetzungen richten sich nach der lex fori. Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO).

4. Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Hingegen gelten diese Voraussetzungen nicht und sind Noven, worunter auch Einreden (rechtlicher Art) fallen, bis zu Beginn der Urteilsberatung der Rechtsmittelinstanz uneingeschränkt zulässig, wenn sich die Noven auf Prozessvoraussetzungen beziehen, da Prozessvoraussetzungen in jedem Stadium des Verfahrens von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 15, N 31 und N 66f.). Entgegen der Ansicht der Klägerin (Urk. 52 S. 4) ist demnach der Einwand des Beklagten zu berücksichtigen. Offen bleiben kann, ob die Ausführung, bei der Klägerin handle es sich um die zürcherische Zweigniederlassung der B._____ Bank, überhaupt neu ist (vgl. hierzu die Ausführungen der Klägerin selbst vor Vorinstanz, insbesondere in Urk. 1 S. 2 Rz. 2: "Die Klägerin ist eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene schweizerische Zweigniederlassung einer englischen Bank mit Sitz in London.").

5. Mit der Rechtshängigkeit wird der Prozess hinsichtlich der Parteien fixiert. Hernach kann ein Austausch der Parteien grundsätzlich nur noch mittels eines Parteiwechsels erfolgen (Schwander in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 83 N 4). Kein Parteiwechsel stellt die Berichtigung einer Parteibezeichnung dar. Gemäss Bundesgericht wird eine Parteibezeichnung berichtigt, wenn ihre Bezeichnung mit einem Irrtum behaftet ist, so dass die Partei nicht ganz präzise identifiziert werden kann. In diesen Fällen handle es sich um ein redaktionelles Versehen, welches zu keinem Parteiwechsel führe, und das vom

Gericht korrigiert werden dürfe. Könne der Fehler vom Richter und der Gegenpartei leicht erkannt und berichtigt werden, bestehe keine Verwechslungsgefahr und eine Berichtigung sei möglich (BGE 131 I 57 = Pra 94 [2005] Nr. 135, Erw. 2). Eine Berichtigung kann auch dann vorgenommen werden, wenn sich der Kläger in seiner eigenen Bezeichnung irrt (Schwander, a.a.O., Art. 83 N 14 mit Verweis auf BGE 131 I 57 = Pra 2005 Nr. 135). Aus der weiteren Rechtsprechung und Lehre ergibt sich sodann, dass insbesondere dann keine Verwechslungsgefahr besteht, wenn der Kläger ein nicht parteifähiges Gebilde als Partei nennt und die Auslegung der Klage aus dem Vertrauensprinzip gestützt auf die gesamten Umstände ergibt, dass er sich dabei bloss in der Bezeichnung vergriffen hat (KUKO ZPO-Domej, Art. 66 N 11; Schwander, a.a.O., Art. 83 N 14 mit Verweis auf BGE 131 I 57 = Pra 2005 Nr. 135). So hat das (zwischenzeitlich aufgehobene) Kassationsgericht des Kantons Zürich erwogen, wie bereits das Bundesgericht entschieden habe, sei es selbstverständlich, dass unter der als Partei bezeichneten Verwaltungsabteilung eines Gemeinwesens das Gemeinwesen selbst zu verstehen sei (mit Verweis auf BGE 41 III 171). Es könne nichts anderes gelten, wenn die unselbständige Abteilung einer juristischen Person des Privatrechts als Partei bezeichnet werde. Es wäre ein überspitzter Formalismus, eine z.B. gegen die Schweizerische Bankgesellschaft, Filiale Oerlikon, gerichtete Klage abzuweisen mit der Begründung, sie hätte gegen den Hauptsitz gerichtet werden müssen. Es handle sich vielmehr in solchen Fällen um eine fehlerhafte Parteibezeichnung, die über die Identität der Partei keine Zweifel aufkommen lasse (ZR 73/1974 Nr. 97 S. 272). Gleiches gilt dann, wenn die Zweigniederlassung einer juristischen Person statt dieser selbst als Partei angeführt wird (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 5 zu § 108 ZPO/ZH). Steht somit die Berichtigung der Bezeichnung eines nichtparteifähigen Gebildes in Frage, kann diese ohne Weiteres zugelassen werden, wenn sich aus den Akten ergibt, dass die Parteibezeichnung auf einem Irrtum des Klägers beruht. Dies muss insbesondere dann der Fall sein, wenn die beklagte Partei anwaltlich vertreten ist. Die Parteibezeichnung kann von Amtes wegen berichtigt werden (KUKO ZPO-Domej, Art. 66 N 11). Diesem Ergebnis steht die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht entgegen. In den darin behandelten Fällen ging es jeweils

um die Abgrenzung zweier parteifähiger Gebilde (vgl. BGE 114 II 335; BGE 131 I 57 = Pra 94 [2005] Nr. 135).

6. Das von der Klägerin in ihrer Klageschrift angeführte Rubrum lautet wie folgt: B._____, London, Zweigniederlassung Zürich, ... [Adresse] (Urk. 1 S. 1). Mag es in der Praxis üblich sein, die Zweigniederlassung in der Parteibezeichnung zu nennen (Urk. 52 S. 5), so darf vorliegend nicht unbeachtet bleiben, dass die Klägerin in ihrer Klagebegründung explizit festhielt, sie sei eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung einer englischen Bank mit Sitz in London (Urk. 1 S. 2). Der eingereichte Handelsregisterauszug verwies denn auch auf die Zweigniederlassung der B._____ Bank in Zürich (Urk. 4/1). Aus dieser Begründung musste nicht zwingend der Schluss gezogen werden, die Zweigniederlassung werde im Rubrum nur zur Klarstellung, dass es sich um eine Angelegenheit der Zweigniederlassung Zürich handle, aufgeführt (Urk. 52 S. 5). Hingegen berief sich die Klägerin bereits vor Vorinstanz auf die in Art. 13 ihrer AGB 1993 angeführte Gerichtsstandsklausel, welche ihr das Recht einräumt, für Streitigkeiten aus der Bankbeziehung unter anderem die Gerichte am Ort ihrer Niederlassung anzurufen (Urk. 1 S. 3; Urk. 3/6). Solches macht nur Sinn, wenn sie selbst, die Hauptbank, als Klägerin auftreten will. Insoweit kann der Klägerin gefolgt werden, als sie in der Berufung geltend macht, der Niederlassungsstandort werde im Rubrum angeführt, weil er den Gerichtsstand begründe (Urk. 52 S. 5). Weiter führte sie in der Klagebegründung an, der Beklagte habe im Jahre 1987 erstmals Bankbeziehungen zur Klägerin aufgenommen. Aus dem weiteren Schriftsatz ergibt sich, dass damit die Bankbeziehungen zur Hauptbank und nicht zur Zweigniederlassung Zürich gemeint sind (Urk. 1 S. 3). Auch der Beklagte behauptet denn nicht, je davon ausgegangen zu sein, er habe eine Bankbeziehung mit der Zweigniederlassung Zürich aufgenommen. Solches ergibt sich insbesondere nicht aus den vom Beklagten vor Vorinstanz eingereichten Schriftsätzen und Unterlagen (Urk. 18; Urk. 24; Urk. 38). Gestützt auf das Vertrauensprinzip und die gesamten Umstände darf somit davon ausgegangen werden, die Klägerin habe sich, als sie teilweise die Zweigniederlassung Zürich als Klägerin bezeichnete, bloss in der Bezeichnung vergriffen. Gestützt auf die vorab erwähnte Rechtsprechung musste dem Beklagten von Anfang an klar sein, dass es sich um eine

Streitigkeit zwischen der englischen Bank und ihm handelte. Seinen vor Vorinstanz eingereichten Schriftsätzen und Unterlagen lässt sich denn auch nicht entnehmen, dass er je von etwas Anderem ausgegangen wäre (Urk. 18; Urk. 24; Urk. 38). An dieser Beurteilung ändert nichts, dass die Klägerin in ihrer Stellungnahme zur Unzuständigkeitseinrede des Beklagten vom 14. November 2011 wiederum festhielt, "Klägerin sei eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene schweizerische Zweigniederlassung einer englischen Bank mit Sitz in London" (Urk. 29 S. 3). Diese Passage wurde wohl unbedacht in das neue Dokument hineinkopiert. In derselben Eingabe hält die Klägerin denn nochmals ausdrücklich fest, die vereinbarte Gerichtsstandvereinbarung räume ihr unter anderem das Recht ein, am Ort ihrer Niederlassung die Klage zu erheben (Urk. 29 S. 7). Die Vorinstanz hat den Irrtum der Klägerin erkannt und in ihrem Beschluss klargestellt, die Klägerin sei eine englische Bank, welche im vorliegenden Prozess durch ihre im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung in der Schweiz handle (Urk. 43 S. 2, Erw. 1.1.). Aufgrund der für sie klaren Sach- und Rechtslage erachtete es die Vorinstanz nicht als notwendig, ihre richterliche Fragepflicht auszuüben (Art. 56 ZPO; Urk. 52 S. 7). Die von der Vorinstanz von Amtes wegen vorgenommene Berichtigung steht im Einklang mit der Rechtsprechung und Lehre. Die vorgenommene Berichtigung war zulässig. Von einer Umgehung der Bestimmungen über den Parteiwechsel (Art. 83 ZPO) kann, entgegen der Ansicht des Beklagten (Urk. 42 S. 6), nicht ausgegangen werden. Hingegen ist das Rubrum anzupassen.

7. Die Vorinstanz hat dadurch, dass sie die Parteifähigkeit der Klägerin anerkannte respektive in ihren Erwägungen festhielt, Klägerin sei eine englische Bank, welche im vorliegenden Prozess durch ihre im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung in der Schweiz handle, nicht gegen Art. 59 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 60 ZPO verstossen (Urk. 42 S. 6). Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

B) Örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich

1. Die Klägerin stützt die internationale und örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich auf die Gerichtsstandsklausel in Art. 13 der AGB 1993 bzw. Art. 19 der AGB 1987. Die Gerichtsstandsklausel verweist auf den Gerichtsstand der Niederlassung der Bank, welche die Kontobeziehung zum Kunden unterhält, verweist (Urk. 1 S. 2; Urk. 4/2+6). Die Kontobeziehung wird unbestrittenermassen durch die Zweigniederlassung Zürich unterhalten (Urk. 1; Urk. 18). Auf den vorliegenden Fall gelangt das am 1. Januar 2011 für die Schweiz in Kraft getretene revidierte Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ) zur Anwendung. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 6, Erw. 2.3.). Weiter ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Parteien eine den formellen Anforderungen von Art. 23 LugÜ entsprechende Gerichtsstandsklausel geschlossen haben (Urk. 43 S. 6f.). Eine Prorogation ist nun aber unzulässig, insoweit sie gegen die zwingenden Normen des LugÜ über die Zuständigkeit verstösst, insbesondere gegen die Zuständigkeitsordnung für Verbrauchersachen im Sinne von Art. 15 bis 17 LugÜ. Da vorliegend in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen ist (Urk. 43 S. 7), dass keine der in Art. 17 LugÜ genannten Ausnahmen von der zwingenden Verbraucherregelung gegeben ist, kommt es für die Gültigkeit der angerufenen Gerichtsstandsklausel einzig darauf an, ob sich der vorliegende Streit um eine Verbrauchersache im Sinne von Art. 15 und Art. 16 Ziff. 2 LugÜ dreht oder nicht. Der Beklagte stellte vor Vorinstanz die örtliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich mit der Begründung in Abrede, es liege eine Verbrauchersache vor. Eine Klage gegen ihn sei daher nur an seinem deutschen Wohnsitz statthaft (Urk. 18 S. 2f.).

2. Auf einen Verbrauchergerichtsstand gemäss Art. 16 Ziff. 2 LugÜ kann sich der Beklagte nur berufen, wenn eine Verbrauchersache im Sinne von Art. 15 LugÜ vorliegt. Dies ist der Fall, wenn der Beklagte die Verbrauchereigenschaft aufweist (also "Verbraucher" ist) sowie einer der drei enumerierten Verbraucherträge von Art. 15 Ziff. 1 lit. a) bis c) LugÜ vorliegt. Mit der Vorinstanz ist davon

auszugehen, dass die lit. a) und b) der genannten Norm als Rechtsgrundlage ausser Betracht fallen (Urk. 43 S. 7). Die Vorinstanz kam sodann zum Schluss, auch eine Verbrauchersache im Sinne von Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ liege nicht vor, da die Klägerin ihre Tätigkeit weder in Deutschland ausübe noch auf Deutschland ausgerichtet habe (Urk. 43 S. 7f.). Zudem verneinte die Vorinstanz die Verbrauchereigenschaft des Beklagten. Die Einrichtung der Konten des Beklagten bei der Klägerin könne nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugeordnet werden (Urk. 43 S. 8ff.).

3.1. Der Beklagte macht in der Berufung vorab geltend, die Annahme der Vorinstanz, die Klägerin habe ihre berufliche oder gewerbliche Tätigkeit nicht auf Deutschland ausgerichtet, sei tatsachenwidrig. Die Feststellung der Vorinstanz, irgendwelche Geschäftsaktivitäten der Klägerin mit Bezug auf Deutschland seien auch nach der Konsultation von Internet-Suchmaschinen nicht ersichtlich, sei unzutreffend. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt im Sinne von Art. 310 lit. b) ZPO unrichtig festgestellt und Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ verletzt (Urk. 42 S. 10).

3.2. Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ bezeichnet als Verbrauchersachen alle (sonstigen) Ansprüche aus einem Vertrag, den eine Person, der Verbraucher, zum Zweck geschlossen hat, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Dies gilt hingegen nur dann, wenn der Vertragspartner des Verbrauchers in dessen Wohnsitzstaat eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt (Alternative 1) oder eine solche auf irgendeinem Wege auf diesen Staat ausrichtet (Alternative 2) und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. Umstritten ist in der Lehre und Rechtsprechung, ob zwischen der Ausrichtung oder Ausübung der beruflichen Tätigkeit und dem Vertragsschluss ein Kausalzusammenhang bestehen muss (zustimmend: Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen 2007, EuVTVO, EuMVVO und EuGFVO, 9. Auflage, Frankfurt am Main 2011, N 26 zu Art. 15 EuGVO mit Verweis auf die deutsche Rechtsprechung; ablehnend: BSK LugÜ-Gehri, Art. 15 N 76 mit Verweis auf BGE 121 III 336 und die Lehre). Der EuGH hat diese Frage soweit ersichtlich bis anhin noch nicht entschieden. Einig ist sich die Lehre hingegen dahingehend, dass das Kriterium, dass der konkrete

Vertrag in den Bereich der ausgerichteten Tätigkeit fallen muss, ein solches Kausalitätserfordernis enthält (vgl. hierzu ausführlich Mankowski, Muss zwischen ausgerichteter Tätigkeit und konkretem Vertrag bei Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO ein Zusammenhang bestehen?, IPRrax 2008, S. 333 ff.; Kropholler/von Hein, a.a.O., N 26 zu Art. 15 EuGVO; BSK LugÜ-Gehri, Art. 15 N 76). Daraus ergibt sich insbesondere, dass die Ausübung oder die Ausrichtung der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dem jeweiligen Vertragsschluss vorausgegangen sein muss. Beginnt der Vertragspartner nach dem Abschluss des Vertrages mit dem Verbraucher damit, seine Tätigkeit in dessen Wohnsitzstaat auszuüben oder auf dessen Wohnsitzstaat auszurichten, kann dies nicht mit Rückwirkung auf den Vertragsschluss über Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ einen Verbrauchergerichtsstand begründen (Mankowski, a.a.O., S. 335; Kropholler/von Hein, a.a.O., N 26 zu Art. 15 EuGVO mit Verweis auf die Rechtsprechung; BSK LugÜ-Gehri, Art. 15 N 77).

3.3. Art. 26 Ziff. 1 LugÜ bestimmt, dass das angerufene Gericht eines Vertragsstaates von Amts wegen seine Unzuständigkeit feststellt, wenn sich der Beklagte, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, vor einem unzuständigen Gericht eines anderen Vertragsstaates nicht einlässt. Damit verdrängt Art. 26 LugÜ Art. 59 Abs. 2 lit. b) i.V.m. Art. 60 ZPO. Hingegen bestimmt sich das Verfahren, in dem sich das Gericht von seiner Zuständigkeit zu überzeugen hat, nach der lex fori. Namentlich bestimmt sich nach Art. 59 Abs. 2 lit. b) i.V.m. Art. 60 ZPO, welche inhaltlichen Befugnisse und Pflichten dem angerufenen Gericht bei der Prüfung der internationalen Zuständigkeit von Amtes wegen oder auf Einrede hin zukommen (BSK LugÜ-Mabillard, Art. 26 N 18). Nach allgemeiner Auffassung gilt im Bereich der Prozessvoraussetzungen der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht ist nicht zu ausgedehnten Nachforschungen verpflichtet. Doch hat es nähere Abklärungen zu treffen, sobald sich aus den Akten oder den Parteivorbringen bezüglich des Vorliegens von positiven Prozessvoraussetzungen bzw. des Nichtvorliegens von negativen Eintretensvoraussetzungen Bedenken ergeben, die auf eine mögliche Unzulässigkeit der Klage schliessen lassen (Zürcher in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Art. 60 N 4). Die Pflicht zur amtswegigen Prüfung enthebt die Parteien hingegen nicht der Beweislast (Zürcher, a.a.O., Art. 60 N 5). Wo das Gesetz

es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Dies kann auch dahingehend formuliert werden, dass jede Partei die Beweislast für die Tatsachen, welche die Voraussetzung der Rechtsnorm bilden, die sie zur ihren Gunsten anführt, trägt (BSK ZGB I-Schmid/Lardelli, N 38 Art. 8). Die Parteien haben, wie bereits erwähnt, eine formell korrekte Gerichtsstandvereinbarung geschlossen. Der Beklagte bestreitet dies nicht. Unbestritten blieb sodann, dass gestützt auf diese Vereinbarung das Bezirksgericht Zürich örtlich zur Beurteilung der von der Klägerin angehobenen Klage zuständig ist. Hingegen wendet der Beklagte ein, es liege eine Verbrauchersache vor, weshalb er sich auf Art. 15 Ziff. 1 lit. c) und Art. 16 Ziff. 2 LugÜ berufen könne. Folglich hat er die der Anwendung dieser Normen zugrunde liegenden Tatsachen zu beweisen. Eine Beweislastumkehr besteht auch im Rahmen des Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ nicht (vgl. hierzu Mankowski, a.a.O., S. 335; EuGH 20. Januar 2005 - C-464/01, Gruber, Rz. 46). Es ist in diesem Zusammenhang im Weiteren auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 43 S. 9f.). Eine Verletzung von Art. 8 ZGB und eine falsche Auslegung von Art. 15 Ziff. 1 LugÜ und Art. 16 Ziff. 2 LugÜ durch die Vorinstanz, wie vom Beklagten geltend gemacht (Urk. 42 S. 10 ff.), ist nicht ersichtlich.

3.4. Den klägerischen Behauptungen vor Vorinstanz, sie habe zu keiner Zeit ihre Bankgeschäfte in Deutschland durchgeführt (Urk. 29 S. 6), hielt der Beklagte in seiner Stellungnahme vom 3. Januar 2012 nichts entgegen (Urk. 38). In der Berufung bringt er nunmehr vor, die Klägerin verfüge über eine Zweigniederlassung in Deutschland (Urk. 42 S. 9). Hingegen ist weder behauptet noch ersichtlich, dass diese Zweigniederlassung bereits im Jahre 1987 oder spätestens im Jahre 1994, als der Beklagte das Dokument "Application for opening of an account and General Conditions" unterzeichnete (Urk. 3/6), bestand. Dies ergibt sich denn auch nicht aus den vom Beklagten neu eingereichten Unterlagen (Urk. 45/5). Vielmehr wird aus dem Auszug aus dem Internetauftritt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ersichtlich, dass der Zweigniederlassung wohl erst im Jahre 2006 die notwendigen Zulassungen erteilt wurden. Mithin ist nicht davon

auszugehen, dass die Klägerin im Jahre 1987 respektive 1994 in Deutschland tätig war. Die Alternative 1 von Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ fällt damit ausser Betracht.

3.5. Die Klägerin führte vor Vorinstanz sodann aus, sie habe zu keiner Zeit ihre Bankgeschäfte auf Deutschland ausgerichtet gehabt, weder mit Marketingaktivitäten noch mit sonstigen Kommunikationsmitteln (Urk. 29 S. 6). Dem hielt der Beklagte ebenfalls nichts entgegen (Urk. 38). In der Berufung will der Beklagte nunmehr eine Ausrichtung der Tätigkeit der Klägerin auf Deutschland mittels Auszügen aus den Internetauftritten der Klägerin und deren zürcherischen Zweigniederlassung begründen (Urk. 42 S. 7ff.; Urk. 45/2-3). Zu Recht weist die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es gerichtsnotorisch ist, dass sich das Internet erst nach 1994 zum Massenkommunikationsmittel entwickelt hat und entsprechend von den Unternehmungen zu Werbezwecken etc. verwendet wurde (Urk. 52 S. 10). Der Beklagte behauptet denn auch nicht konkret, dass die entsprechenden Auftritte bereits 1994 vorhanden gewesen seien. Es braucht daher nicht näher geprüft zu werden, ob die Klägerin mit diesen Auftritten die Voraussetzungen, welche die Rechtsprechung an Internetauftritte stellt, damit von einem Ausrichten auf den Markt eines bestimmten Landes ausgegangen werden kann (vgl. EuGH 7. Dezember 2010 - C-585/08 und C-144/09, Pammer gegen Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG sowie Hotel Alpenhof GesmbH gegen Oliver Heller), erfüllt. Im Weiteren hilft die pauschale Behauptung, es sei gerichtsnotorisch, dass in der Schweiz niedergelassene Privatbanken ihre Geschäftstätigkeit seit jeher auch auf Deutschland und die dort ansässigen vermögenden Privatpersonen ausgerichtet hätten, was insbesondere für das "Offshore Banking" gelte, dem Beklagten nicht weiter (Urk. 42 S. 8). Das Kernstück der Neuregelung von Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ ist der Begriff des Ausrichtens einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers. Dies deckt, nebst dem elektronischen Handel über das Internet, bei dem ein Vertragsschluss auf ausschliesslich elektronischem Wege zustande kommt, insbesondere auch gezielt auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers gerichtete Werbung und konventionelle Vertriebsformen (z.B. etwa der Absatz über auf Provisionsbasis tätige Vermittler) ab. Erforderlich ist die territoriale Ausrichtung auf den Wohnsitzstaat, beispielsweise auf Deutschland (Kropholler/von Hein, a.a.O., N 23 zu Art. 15

EuGVO). Dass nun aber die Klägerin spätestens im Jahre 1994 ihre Geschäfte mittels Werbung, anderweitiger absatzfördernder Marketingaktivitäten oder Vertriebsformen gezielt auf Deutschland ausgerichtet hätte, behauptet der Beklagte nicht und dies ist auch nicht ersichtlich. Solches lässt sich sodann weder aus der Tatsache, dass die Klägerin soweit unbestritten bereits damals ein "Offshore Geschäft" betrieb (Urk. 42 S. 8) noch aus der Tatsache, dass ihre Kunden ein Konto in DM führen konnten, herleiten (Urk. 42 S. 9). Zu Recht weist die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf hin, das bloße Betreiben von "Offshore Banking" sowie die Möglichkeit, ein Konto in fremder Währung zu führen, sei keine Kommunikationsform bzw. Marketingmassnahme, mit welcher der Anbieter sein Produkt gezielt auf dem jeweiligen Wohnsitzstaat des Verbrauchers abzusetzen versuche, sondern stellen ein Geschäftsmodell bzw. eine Dienstleistung dar (Urk. 52 S. 9). Mithin ist davon auszugehen, dass die Klägerin weder im Jahre 1987 noch 1994 ihre Tätigkeit im Sinne von Art. 15 Ziff. 1 lit. c) auf Deutschland ausgerichtet hatte. Dies deckt sich denn auch mit den weiteren Ausführungen des Beklagten. So behauptete er nicht, dass er durch irgendwelche konkreten Marketingmassnahmen oder sonstigen von der Klägerin in Deutschland entwickelten Absatzaktivitäten auf diese aufmerksam geworden wäre. Vielmehr scheint für den Beklagten damals im Jahre 1987 entscheidend gewesen zu sein, dass sein Bruder Bankkunde der Klägerin war und für seine Bonität garantierte (Urk. 18 S. 4; Urk. 42 S. 9). Die Empfehlung durch Verwandte vermag jedoch keine Ausrichtung zu begründen (BSK LugÜ-Gehri, Art. 15 N 70). Übereinstimmend geht denn die Lehre auch davon aus, dass derjenige, welcher aus eigenem Antrieb im Ausland sucht und kontrahiert, nicht durch Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ geschützt werden soll (Schnyder/Plutschow, in Schnyder: Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 15 N 24; Manowski, a.a.O., S. 338). Der Beklagte hat anlässlich der Unterzeichnung des Antrages auf Kontoeröffnung am 31. März 1987 erstmals bei der Klägerin vorgesprochen. Bis dahin war er der Klägerin gänzlich unbekannt (Urk. 18 S. 4). Da wie vorangehend dargelegt, nicht davon auszugehen ist, dass die Klägerin ihre Tätigkeit damals auf Deutschland ausgerichtet hatte, kann sodann auch der zwischenzeitlich verstorbene Bruder des Beklagten nicht auf diesem Wege auf die Klägerin

aufmerksam geworden sein, weshalb auf die diesbezügliche Argumentation des Beklagten nicht weiter eingegangen werden muss (Urk. 42 S. 9). Damit fällt auch die Alternative 2 von Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ ausser Betracht.

3.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nicht erstellt ist, dass die Klägerin im Jahre 1994 oder zuvor eine berufliche Tätigkeit in Deutschland ausgeübt oder eine solche auf irgendeinem Wege auf Deutschland ausgerichtet hatte. Damit liegt keine Verbrauchersache im Sinne von Art. 15 Ziff. 1 lit. c) LugÜ vor. Die Vorinstanz hat Art. 15 Ziff. 1 lit. c) nicht verletzt (Urk. 42 S. 10). Die Berufung des Beklagten ist auch in diesem Punkt abzuweisen. Offen bleiben kann, ob die vom Beklagten in der Berufung neu aufgestellten Behauptungen, die Klägerin habe ihre Geschäftstätigkeit auf Deutschland ausgerichtet, sowie, dass A1._____ wegen einer allfälligen Ausrichtung der Geschäftstätigkeit der Klägerin auf Deutschland auf diese aufmerksam geworden sei, verspätet und somit, einschliesslich der diese Behauptungen angeblich belegenden neuen Beweismittel, nicht zu berücksichtigende Noven sind. Der diesbezüglich von der Klägerin gestellte prozessuale Antrag erübrigt sich (Urk. 52 S. 2 "prozessualer Antrag" und S. 4).

4. Da keine Verbrauchersache im Sinne des LugÜ vorliegt, muss im Weiteren nicht geklärt werden, ob der Beklagte das Darlehen bei der Klägerin für einen privaten oder beruflich/gewerblichen Zweck aufgenommen hat. Die Berufung ist abzuweisen. Der vorinstanzliche Beschluss ist zu bestätigen (Art. 318 Ziff. 1 lit. a) ZPO). Auf das Eventualbegehren der Klägerin braucht nicht weiter eingegangen zu werden (Urk. 52 S. 15).

III.

1. Die von der Vorinstanz getroffene Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist zu bestätigen (Urk. 43 S. 15f., insbesondere Dispositiv Ziffern 2 bis 4).

2.1. Der Beklagte wird für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert der Hauptklage beträgt rund Fr. 260'000.– (vgl. Urk. 5 S. 2).

2.2. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren sind gestützt auf die §§ 4 Abs. 1, 9 Abs. 2 und 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 7'700.– festzusetzen.

2.3. Gestützt auf die §§ 4 Abs. 1, 10 Abs. 1 lit. a) und 13 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 erscheint es angemessen, dass der Beklagte der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.– bezahlt. Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer ist nicht geschuldet.

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositivziffern 2 bis 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 7'700.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 260'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc