

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB170012-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. RB170006-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss vom 22. August 2017

in Sachen

A1._____ AG,

Klägerin, Berufungsklägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ und / oder
Rechtsanwalt MLaw, LL.M. X2._____,

gegen

B._____,

Beklagter, Berufungsbeklagter und Beschwerdeführer

im Berufungsverfahren vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Y1._____,

im Beschwerdeverfahren vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____,

betreffend **negative Feststellungsklage**

**Berufung und Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksgerichtes
Zürich vom 22. Dezember 2016 (CG140142-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin dem Beklagten im Zusammenhang mit dem Investment des Beklagten in den C._____ - Equity Arbitrage Fund nichts schuldet;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

**Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung,
vom 22. Dezember 2016:**

(Urk. 89 S. 8)

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebür für das erstinstanzliche Verfahren wird festgesetzt auf Fr. 30'000.-.
3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (in der Höhe von Fr. 30'000.-) sowie des Berufungsverfahrens (in der Höhe von Fr. 90'000.-) werden der klagenden Partei auferlegt und mit den von dieser geleisteten Vorschüssen (Fr. 360'000.- im vorliegenden Verfahren sowie Fr. 45'000.- im Berufungsverfahren) verrechnet. Der nicht beanspruchte Teil der Vorschüsse wird der klagenden Partei nach Eintritt der Rechtskraft zurückerstattet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteient-schädigung von Fr. 48'000.- zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Berufung)

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 88 S. 2):

- "1. Es sei der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Dezember 2016 (Verfahren CG140142) aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Klägerin dem Beklagten im Zusammenhang mit dem Investment des Beklagten in den C._____ - Equitiy Arbitrage Fund nichts schuldet.
3. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, auf die Klage einzutreten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Beklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 95 S. 2):

- "1. Es sei die Klage abzuweisen und auf die Klage nicht einzutreten.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 19 % MwSt zu Lasten der Klägerin."

Beschwerdeanträge:

des Beklagten und Beschwerdeführers (Urk. 101/88 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Dezember 2016 im Verfahren CG140142-L aufzuheben und die Klägerin und Beschwerdegegnerin sei zu verurteilen, dem Beklagten und Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von CHF 346'245 zzgl. 19% MWST auf zwei Dritteln dieses Betrags zu bezahlen.
2. Eventualiter sei Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Dezember 2016 im Verfahren CG140142-L aufzuheben, und die Klägerin und Beschwerdegegnerin sei zu verurteilen, dem Beklagten und Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von CHF 242'371.50 zzgl. 19% MWST auf zwei Dritteln dieses Betrags zu bezahlen.
3. Subeventualiter sei Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Dezember 2016 im Verfahren CG140142-L aufzuheben, und die Klägerin und Beschwerdegegnerin sei zu verurteilen, dem Beklagten und Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von CHF 173'122.50 zzgl. 19% MWST auf zwei Dritteln dieses Betrags zu bezahlen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin und Beschwerdegegnerin."

der Klägerin und Beschwerdegegnerin (Urk. 101/95 S. 2):

- "1. Die Beschwerde sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten des Beklagten und Beschwerdeführers."

Erwägungen:

1.1. Die Klägerin, Berufungsklägerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Klägerin) ist eine Schweizer Privatbank mit Hauptsitz in D._____ und Zweigniederlassungen u.a. in Zürich. Sie ist heute Teil der brasilianischen A._____ Group.

Der Beklagte, Berufungsbeklagte und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beklagter) ist Unternehmer und Gründer der deutschen Drogeriemarktkette E._____. Im Frühjahr 2011 investierte der Beklagte über die Klägerin € 50 Mio. in den C._____- Equity Arbitrage Fund (nachfolgend: C.'_____ Fund). Der Beklagte ist der Ansicht, dass die Klägerin ihm wegen Falschberatung Schadenersatz in der Höhe von rund € 47.1 Mio. schulde. Die Klägerin bestreitet diese Forderung.

1.2. Am 4. März 2013 hatte der Beklagte beim Landgericht Ulm Teilklage in der Höhe von € 1 Mio. gegen die Klägerin erhoben (Urk. 4/4), am 3. April 2013 diese Klage um rund € 46.1 Mio. erweitert (Urk. 4/5) und mit Eingabe vom 28. November 2013 die Klage im Umfang der Klageerweiterung vorläufig zurückgezogen (Urk. 4/9).

1.3. Am 20. Dezember 2013 erhob die Klägerin die vorliegende negative Feststellungsklage (Urk. 1). Mit Beschluss vom 8. Mai 2014 trat die Vorinstanz mangels Feststellungsinteresses auf die Klage nicht ein (Urk. 29). Die dagegen erhobene Berufung hiess die beschliessende Kammer gut und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück (Urk. 49). Mit Beschluss vom 5. Januar 2015 setzte die Vorinstanz das Verfahren bis zum Feststehen der Zuständigkeit des Landgerichts Ulm aus (Urk. 50). Mit Urteil vom 27. April 2015 wies das Oberlandesgericht Stuttgart die von der Klägerin gegen den zuständigkeitsbejahenden Entscheid des Landgerichts Ulm vom 31. Juli 2014 eingelegte Berufung zurück (Urk. 54/1). Daraufhin erweiterte der Beklagte seine Klage vor dem Landgericht Ulm um nunmehr rund € 43.8 Mio. (Urk. 73). Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision wurde vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 26. Juli 2016 zurückgewiesen (Urk. 54/2). Daraufhin trat die Vorinstanz mit Beschluss vom 22. Dezember 2016 auf die Klage wiederum nicht ein (Urk. 89; Dispositiv eingangs wiedergegeben).

1.4. Dagegen erhob die Klägerin rechtzeitig (vgl. Urk. 83) Berufung (Urk. 88). Der Beklagte erhob ebenfalls innert Frist (vgl. Urk. 84) Beschwerde bezüglich der Entschädigungsfolgen (Urk. 101/88). Die eingeforderten Kostenvorschüsse wurden rechtzeitig geleistet (Urk. 91 und 92 sowie Urk. 101/92-93). Nach Eingang der Be-

rufungsantwort vom 9. Mai 2017 (Urk. 95) und der Beschwerdeantwort vom 11. Mai 2017 (Urk. 101/95) wurde mit Beschluss vom 18. Mai 2017 das Beschwerdeverfahren mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und der Antrag der Klägerin um Sistierung des Beschwerdeverfahrens (vgl. Urk. 101/95 S. 2) als gegenstandslos geworden abgeschrieben (Urk. 99). Mit Noveneingabe vom 26. Mai 2017 (Urk. 102) reichte der Beklagte das Urteil des Landgerichts Ulm vom 22. Mai 2017 ein, gemäss welchem die Klägerin verpflichtet wurde, dem Beklagten rund € 44.8 Mio. (Zug um Zug gegen Rückübertragung von 45'000 Anteilen am C.'_____ Fund) sowie rund € 272'000.– für vorgerichtliche Anwaltskosten zu bezahlen (Urk. 107 S. 2). Dazu nahm die Klägerin mit Eingabe vom 8. Juni 2017 Stellung (Urk. 108). Darauf folgte am 21. Juni 2017 eine Stellungnahme des Beklagten (Urk. 110), welche der Klägerin zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 111). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

2.1. Die Klägerin rügt, entgegen der Annahme der Vorinstanz sei erst über die Zuständigkeit des Landgerichts Ulm für die Teilklage im Umfang von € 1 Mio. rechtskräftig entschieden worden. Bereits aus diesem Grund seien die Voraussetzungen nach Art. 27 Abs. 2 LugÜ für eine Unzuständigkeitserklärung der Vorinstanz über den Restanspruch nicht erfüllt gewesen (Urk. 88 S. 4). Ausserdem betreffen die Teilklage vor dem Landgericht Ulm und die vorliegende negative Feststellungsklage unterschiedliche Streitgegenstände, denn letztere beziehe sich nur auf den die Haupt- bzw. Teilklage übersteigenden Teil des Gesamtanspruchs. Da eine negative Feststellungsklage als Antwort auf eine Teilklage stets zulässig sei, könne eine Teilklage nie eine Rechtshängigkeitssperre für eine negative Feststellungsklage bewirken. Aus diesem Grund bestehe kein Raum für die von der Vorinstanz vorgenommene Unterteilung der Rechtshängigkeit in eine zuständigkeitskoordinierende Rechtshängigkeit nach der Kernpunkttheorie und eine Rechtshängigkeit im engeren Sinn nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff (Urk. 88 S. 4 ff.). Zwar sei das Landgericht Ulm davon ausgegangen, dass eine Klage über einen Teilanspruch gleichzeitig auch Rechtshängigkeit für eine spätere negative Feststellungsklage über den Gesamtanspruch begründe. Dieser Entscheidung obliege jedoch den mit der negativen Feststellungsklage über den Gesamtanspruch befassten Schweizer Gerichten (Urk. 108 S. 2).

2.2. Die Vorinstanz stützt die Begründung ihres Entscheids im Wesentlichen auf die Erwägungen 4a-d des Rückweisungsentscheids der beschliessenden Kammer vom 22. Oktober 2014 (Urk. 89 S. 4 f. E. 3.4). Diese lauten wie folgt (Urk. 49 S. 9 f.):

4. a) Nach Art. 27 Abs. 1 LugÜ setzt das später angerufene Gericht das Verfahren von Amts wegen aus, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht, wenn bei Gerichten verschiedener Vertragsstaaten Klagen wegen desselben Anspruchs zwischen denselben Parteien anhängig gemacht werden. Im vorliegenden Rechtsstreit und dem vom Beklagten vor dem deutschen Gericht angestregten Prozess handelt es sich unstreitig um dieselben Parteien. Ob Identität der Ansprüche vorliegt, ist mit Blick auf den Zweck des Art. 27 LugÜ zu bestimmen, der darin besteht, unvereinbare Entscheidungen im Sinne von Art. 34 Ziff. 3 LugÜ zu vermeiden. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist für die Bestimmung der Anspruchsidentität der Kern der parallel erhobenen Klagen und nicht allein der Wortlaut der jeweiligen Rechtsbegehren massgeblich. Die sog. Kernpunkttheorie stellt darauf ab, ob die beiden Klagen dieselbe Grundlage und denselben Gegenstand haben (Liatowitsch/Meier, in: Schnyder, Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Art. 27 LugÜ N 37). Daraus ergibt sich namentlich, dass zwischen einer negativen Feststellungsklage und einer Leistungsklage über denselben Anspruch Identität im Sinne von Art. 27 LugÜ anzunehmen ist (BGE 136 III 525 E. 6.1; EuGH C-406/92 vom 6. Dezember 1994, "Tatry/Maciej Rataj", Slg. der Rsp. 1994 I-5460, Rz. 38 ff.).

b) Es erhellt ohne Weiteres, dass zwischen der vorliegenden negativen Feststellungsklage und der in Deutschland hängigen Teilklage im Umfang der Teilklage Identität besteht. Auf den ersten Blick etwas weniger klar ist, wie in Bezug auf das die Teilklage übersteigende Feststellungsbegehren zu verfahren ist.

c) Die Klägerin argumentiert, dass wenn es so wäre, dass eine Leistungsklage über lediglich einen Teil eines gesamten Anspruchs und eine negative Feststellungsklage über den gesamten Anspruch Klagen wegen desselben Anspruchs wären, erstere immer die Rechtshängigkeit des ganzen Anspruchs begründen und somit die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage über den Gesamtanspruch immer ausschliessen würde. Das Bundesgericht lasse jedoch nach ständiger Rechtsprechung negative Feststellungsklagen über einen Gesamtbetrag als Ant-

wort auf eine Teilklage zu (Urk. 28 S. 5 f.; Urk. 45 S. 3). Die Klägerin verkennt dabei, dass zwischen der Rechtshängigkeit im engeren Sinne und der zuständigkeitskoordinierenden Rechtshängigkeitssperre nach der Kernpunkttheorie unterschieden werden kann. Letztere hat lediglich zur Folge, dass derselbe "Kernpunkt" nur bei jenem Gericht anhängig gemacht werden kann, vor welchem eine diesen Kernpunkt betreffende Klage schon früher hängig gemacht wurde. Sie besagt nicht, dass auch vor diesem zuerst angerufenen Gericht auf die Kernpunkttheorie abzustellen wäre (vgl. KUKO-Oberhammer, Vor Art. 84–90 ZPO N 17 f.).

d) Dass es sich nicht um Klagen wegen desselben Anspruchs handle, soll sich nach Ansicht der Klägerin schon daraus ergeben, dass im Rahmen einer Teilklage lediglich der eingeklagte Teilanspruch in Rechtskraft erwachse, während eine negative Feststellungsklage über den gesamten Anspruch materielle Rechtskraft betreffend den Gesamtanspruch nach sich ziehe (Urk. 28 S. 5; Urk. 45 S. 3). Dies ist an sich richtig. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass es sowohl im vorliegenden Verfahren als auch im deutschen Verfahren "im Kern" um die Frage geht, ob dem Beklagten ein und dieselbe Gesamtforderung gegen die Klägerin zusteht. Es besteht somit die Gefahr, dass nach Art. 34 Ziff. 3 LugÜ unvereinbare Entscheidungen ergehen könnten. Konsequenterweise zwingt daher auch eine teilweise Identität der Streitgegenstände zur Aussetzung nach Art. 27 Abs. 1 LugÜ (Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2011, Art. 27 EuGVO N 9; Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Art. 27 EuGVO N 4b; BSK-Mabillard, Art. 27 LugÜ N 24; Dasser/Oberhammer-Dasser, Art. 27 LugÜ N 14; Koch, Unvereinbare Entscheidungen i.S.d. Art. 27 Nr. 3 und 5 EuGVÜ und ihre Vermeidung, Diss. 1993, S. 97; *anderer Meinung*: Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, Art. 27 EuGVO N 41; und Gottwald, in: Krüger/Rauscher, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl. 2013, Art. 27 EuGVO N 12). Nicht einschlägig ist das von der Klägerin angeführte Urteil des Bundesgerichts 4A_7/2007 vom 18. Juni 2007 (vgl. Urk. 28 S. 5; Urk. 45 S. 2).

2.3. Ergänzend hielt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid fest, bei der vor dem Landgericht Ulm hängigen Teilklage und der vorliegend zu beurteilenden negativen Feststellungsklage werde über dasselbe befunden, denn in beiden Verfahren gehe es im Kern um die Frage, ob dem Beklagten ein und dieselbe Gesamtforderung gegen die Klägerin zustehe. Entsprechend sei gestützt auf Art. 27

Abs. 2 LugÜ auf die Klage nicht einzutreten, nachdem rechtskräftig feststehe, dass das Landgericht Ulm für die Klage des Beklagten gegen die Klägerin zuständig sei (Urk. 89 S. 5 f.).

3. Zunächst ist festzuhalten, dass die Kammer im Rahmen des vorliegenden Verfahrens grundsätzlich an die in ihrem Rückweisungsbeschluss vom 22. Oktober 2014 vertretene Rechtsauffassung gebunden ist (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 46 ff.; Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 318 N 24; *OGer ZH RT170014 vom 3. März 2017, E. III/2; OGer ZH LB170009 vom 6. Juni 2017, E. II/1c*). Eine Durchbrechung der Bindungswirkung fällt ausser Betracht, da nicht ersichtlich ist, dass sich seit diesem Entscheid die massgebliche Rechtsprechung des Bundesgerichts oder – da der Begriff "derselbe Anspruch" nach Art. 27 LugÜ vertragsautonom auszulegen und dabei die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum LugÜ zu berücksichtigen ist (BSK LugÜ-Mabillard, Art. 27 N 29 f. m.w.H.; Art. 1 Abs. 1 des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens und den ständigen Ausschuss [SR 0.275.12]) – des EuGH geändert hätte. Soweit sich die Berufung der Klägerin gegen die im Rückweisungsentscheid der Kammer vertretene Auffassung richtet, ist deshalb darauf mit Verweis auf die in diesem Entscheid festgehaltene Begründung (Urk. 49 S. 9 f. E. 4a-d) nicht weiter einzugehen. Das betrifft namentlich die Rügen der Klägerin, die Teilklage und die negative Feststellungsklage würden unterschiedliche Streitgegenstände aufweisen (Urk. 88 S. 5), es sei nicht zwischen der Rechtshängigkeit im engeren Sinn und der zuständigkeitskoordinierenden Rechtshängigkeitssperre nach der Kernpunkttheorie zu unterscheiden (Urk. 88 S. 9) und es bestehe keine Gefahr von unvereinbaren Entscheidungen im Sinne von Art. 34 Ziff. 3 LugÜ (Urk. 88 S. 10).

4.1. Weiter rügt die Klägerin, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei eine negative Feststellungsklage als Antwort auf eine Teilklage stets zulässig. Diese Rechtsprechung habe die Vorinstanz missachtet, indem sie die negative Feststellungsklage aufgrund angeblicher anderweitiger Rechtshängigkeit nicht zugelassen habe (Urk. 88 S. 7).

4.2. Die beschliessende Kammer hat für das vorliegende Verfahren bereits verbindlich entschieden, dass es der mit einer Teilklage konfrontierten Partei, welche nicht gewillt ist, sich auf das Erstverfahren einzulassen, weil sie das angerufene Gericht für unzuständig hält, grundsätzlich möglich sein muss, eine separate negative Feststellungsklage beim ihrer Ansicht nach zuständigen Gericht zu erheben (Urk. 49 S. 8 E. II/3b). Allerdings hat die Kammer zugleich auch erwogen, dass es sowohl bei der in Deutschland hängigen Teilklage als auch bei der vorliegend zu beurteilenden negativen Feststellungsklage im Kern um die Frage gehe, ob dem Beklagten ein und dieselbe Gesamtforderung zustehe. Auch eine solche teilweise Identität der Streitgegenstände zwingt zu einer Aussetzung nach Art. 27 Abs. 1 LugÜ, da anderenfalls die Gefahr von unvereinbaren Entscheidungen im Sinne von Art. 34 Ziff. 3 LugÜ bestehe (Urk. 49 S. 10 E. II/4d). Zu prüfen ist daher vorliegend einzig noch die Frage, ob die Vorinstanz nach der Bestätigung des zuständigkeitsbejahenden Entscheids des Landgerichts Ulm durch das Oberlandesgericht Stuttgart sowie der Rückweisung der Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision durch den Bundesgerichtshof zu Recht im Sinne von Art. 27 Abs. 2 LugÜ nicht auf die Klage eintrat.

4.3.1. Art. 27 Abs. 2 LugÜ sieht vor, dass sich das später angerufene Gericht für unzuständig erklärt, sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht. Dafür muss dessen Entscheid endgültig sein, d.h. allfällige Rechtsmittel müssen ausgeschöpft bzw. unbenutzt geblieben sein (BSK LugÜ-Mabillard, Art. 27 N 68). Dies gilt allerdings nur im Umfang der möglichen Rechtskraftwirkung eines künftigen Sachurteils des Erstgerichts. Demnach hat sich das zweitangerufene Gericht nur insoweit für unzuständig zu erklären, wie die Rechtskraftwirkungen des Urteils des erstangerufenen Gerichts reichen. Im Übrigen kann die Aussetzung beendet und das Verfahren fortgeführt werden (Dasser, in: Dasser/Oberhammer [Hrsg.], Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. 2011, Art. 27 N 49; Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2009, Art. 27 EuGVVO N 10 m.w.H.; McGuire, Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht, Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht, Band 34, 2004, S. 59; Sievi, Die negativen Feststellungsklagen des schweizeri-

schen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, Diss. Zürich 2017, N 574).

4.3.2. Mit Zwischenurteil gemäss § 280 Abs. 1 deutsche ZPO vom 31. Juli 2014 hatte das Landgericht Ulm seine Zuständigkeit bejaht und die Zulässigkeit der Klage (über damals noch € 1 Mio.) festgestellt (vgl. Urk. 56/1 S. 7). Die dagegen eingelegte Berufung wies das Oberlandesgericht Stuttgart mit Urteil vom 27. April 2015 zurück (Urk. 56/1 S. 2). Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision wurde vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 26. Juli 2016 zurückgewiesen (Urk. 54/2). Damit ist über die internationale Zuständigkeit des Landgerichts Ulm für die Teilklage im Umfang von € 1 Mio. rechtskräftig entschieden. Dies wird auch von der Klägerin anerkannt (Urk. 88 S. 4 Rz. 9).

4.3.3. Die Klägerin rügt hingegen, dass damit entgegen der Annahme der Vorinstanz (Urk. 89 S. 6 f. E. 3.6) noch nicht rechtskräftig feststehe, dass das Landgericht Ulm auch für die Beurteilung der Gesamtklage zuständig sei (Urk. 88 S. 4). Der Beklagte bringt dagegen vor, das Oberlandesgericht Stuttgart habe die Zuständigkeit des Landgerichts Ulm für alle Ansprüche des Beklagten gegen die Klägerin aus einem Kapitalanlageberatungsvertrag der Parteien betreffend des C.'_____ Fund gemäss Art. 16 Abs. 1 LugÜ bejaht und den streitgegenständlichen Kapitalanlageberatungsvertrag als Verbrauchergeschäft im Sinne von Art. 15 LugÜ qualifiziert. Seit dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 26. Juli 2016 stehe die prioritäre Zuständigkeit des Landgerichts Ulm rechtskräftig fest. Deshalb sei die negative Feststellungsklage der Klägerin durch die Vorinstanz ohne nochmalige materielle Rechtsprüfung aus dem Recht zu weisen gewesen. Im Übrigen sei das Feststellungsinteresse der Klägerin spätestens mit dem Urteil des Landgerichts Ulm vom 22. Mai 2017 über die Gesamtklage (Urk. 107) entfallen (Urk. 95 S. 4 und S. 11 f. und Urk. 102 S. 2).

4.3.4. Das Landgericht Ulm erwog in seiner Entscheidung vom 22. Mai 2017, die Zulässigkeit der Klage sei durch das rechtskräftige Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 27. April 2015 bindend festgestellt. Das gelte nicht nur für die ursprüngliche Teilklage über € 1 Mio., sondern auch für die aktuelle Gesamtklage. Zwar sei richtig, dass das Oberlandesgericht Stuttgart am 27. April 2015 nur über

die Teilklage zu entscheiden gehabt habe. Jedoch betreffe die nunmehrige Gesamtklage den identischen Anspruchsgrund, wenn auch nicht denselben Streitgegenstand angesichts des abweichenden Zahlungsantrags. Der Anspruchsgrund umfasse alle Ansprüche des Beklagten gegen die Klägerin im Zusammenhang mit der über die Klägerin erworbene Beteiligung am C.'_____ Fund. Es sei ausgeschlossen, dass die über die seinerzeitige Teilklage hinausgehende, nunmehr streitgegenständliche Forderung einer anderen internationalen Gerichtszuständigkeit unterfalle als die ursprüngliche Teilklage (Urk. 107 S. 18 f.).

4.3.5. Die Klägerin bringt dagegen vor, der Entscheid über die Frage, ob die Teilklage eine Rechtshängigkeitssperre für die spätere negative Feststellungsklage über den Gesamtanspruch bewirke, obliege nicht den mit der Teilklage befassten deutschen Gerichten, sondern den mit der negativen Feststellungsklage befassten Schweizer Gerichten (Urk. 108 S. 2). Diesbezüglich kam die Kammer indes im Rückweisungsbeschluss vom 22. Oktober 2014 zum Ergebnis, dass es sowohl bei der in Deutschland hängigen Klage als auch bei der vorliegend zu beurteilenden negativen Feststellungsklage im Kern um die Frage gehe, ob dem Beklagten ein und dieselbe Gesamtforderung zustehe (vgl. Urk. 49 S. 10 E. 4d und oben Ziff. 4.2). Da diesbezüglich zuerst das Landgericht Ulm angerufen wurde (so implizit bereits der Sistierungsbeschluss der Vorinstanz vom 5. Januar 2015 [Urk. 50]; vgl. BGE 123 III 414 E. 2b), ist dessen Zuständigkeitsentscheid massgebend. Eine Überprüfung dieses Entscheids durch die später angerufenen Schweizer Gerichte ist nicht zulässig, zumal sich vorliegend die Frage einer ausschliesslichen Zuständigkeit nach Art. 22 LugÜ nicht stellt (vgl. BSK LugÜ-Mabillard, Art. 27 N 52; Dasser, a.a.O., Art. 27 N 33; Liatowitsch/Meier, in: Schnyder [Hrsg.], Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Art. 27 N 63 ff.; Keller, Rechtshängigkeit nach Lugano-Übereinkommen und schweizerischem IPRG, Diss. St. Gallen 2013, S. 112 ff.; Schlosser, a.a.O., Art. 27 EuGVVO N 9; EuGH C-351/89 vom 27. Juni 1991, Overseas Union/New Hampshire Insurance, Slg. 1991 I-3317, Rz. 23 f.).

4.3.6. Da sich das zweitangerufene Gericht nur insoweit für unzuständig zu erklären hat, wie die Rechtskraftwirkungen des Urteils des erstangerufenen Gerichts

reichen (vgl. oben Ziff. 4.3.1), ist vorliegend von entscheidender Bedeutung, ob sich das Landgericht Ulm trotz der erst nach Einreichung der negativen Feststellungsklage erweiterten Klage zu Recht auch als für die Gesamtklage zuständig erachtete. Nachdem unbestritten blieb, dass das Urteil des Landgerichts Ulm vom 22. Mai 2017 nicht rechtskräftig ist (Urk. 108 S. 3 und Urk. 110; vgl. im Übrigen auch Bericht in der F._____ [Zeitung] vom tt.Juni 2017, http://www.F._____.ch/...) und das Oberlandesgericht Stuttgart diese Frage bei der Beurteilung des Zwischenurteils des Landgerichts Ulm vom 31. Juli 2014 noch nicht zu beurteilen gehabt hatte, liegt diesbezüglich noch keine rechtskräftige Entscheidung vor. Solange jedoch nicht rechtskräftig feststeht, dass das Landgericht Ulm auch für die Gesamtklage zuständig ist, sind weder das Interesse der Klägerin an der negativen Feststellungsklage entfallen, noch die Voraussetzungen für einen Nichteintretensentscheid gestützt auf Art. 27 Abs. 2 LugÜ gegeben. Aus diesem Grund ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.1. Ausgehend von einem Streitwert von € 47'129'254.72 bzw. rund Fr. 57'969'000.– setzte die Vorinstanz die von der Klägerin an den Beklagten zu bezahlende Parteientschädigung für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren mit Verweis auf den beschränkten Zeitaufwand und den Umstand, dass nur zu prozessualen Fragen Stellung genommen werden musste, auf Fr. 48'000.– fest, mangels Antrags sowie aufgrund des ausländischen Wohnsitzes des Beklagten ohne Mehrwertsteuerzusatz (Urk. 89 S. 7). Mit seiner Beschwerde verlangt der Beklagte, die Parteientschädigung sei auf Fr. 346'245.– zuzüglich 19% Mehrwertsteuer auf zwei Dritteln dieses Betrags festzusetzen (Urk. 101/88 S. 2). Die Klägerin widersetzt sich diesem Ansinnen (Urk. 101/95).

5.2. Mit dem vorliegenden Entscheid wird das vorinstanzliche Urteil aufgehoben. Die Vorinstanz wird neu zu entscheiden und in der Folge auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen neu festzulegen haben. Damit ist das Beschwerdeverfahren gegenstandslos und daher abzuschreiben.

6. Bei einem Streitwert von Fr. 57.97 Mio. beträgt die Grundgebühr rund Fr. 360'600.– (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Gestützt auf §§ 4 Abs. 2, 10 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Gebühr für das zweitinstanzliche Verfahren angemessen zu reduzieren und auf Fr. 45'000.– festzusetzen. Die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten, d.h. vom definitiven Verfahrensausgang abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Ausserdem ist vorzumerken, dass die Klägerin zur Deckung der Kosten des Berufungsverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 90'000.– (Urk. 92) und der Beklagte einen solchen für das Beschwerdeverfahren in Höhe von Fr. 16'680.– (Urk. 101/93) geleistet haben.

7. Schliesslich sind die Parteien darüber in Kenntnis zu setzen, dass anstelle der altershalber per Ende Juni 2017 zurückgetretenen Oberrichterin Dr. M. Schafitz neu Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würigler im Spruchkörper mitwirkt.

Es wird beschlossen:

1. Der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 22. Dezember 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Verfahren betreffend die vom Beklagten gegen die von der Vorinstanz festgesetzte Parteientschädigung erhobene Beschwerde wird abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 45'000.– festgesetzt.
4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin einen Kostenvorschuss von Fr. 90'000.– und der Beklagte einen solchen von Fr. 16'680.– geleistet haben.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

6. 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. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 57'969'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 22. August 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
cm