



---

Kass.-Nr. AA100034-P/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Paul Baumgartner, die Kassationsrichterin Yvona Griesser, die Kassationsrichter Reinhard Oertli und Matthias Brunner sowie der Generalsekretär Viktor Lieber

## **Zirkulationsbeschluss vom 25. Juli 2011**

in Sachen

### **X. Gesellschaft,**

...,

Beklagte, Rekurrentin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

...,

gegen

### **Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben,**

(vormals Treuhandanstalt Berlin),

Markgrafenstr. 47, D-10117 Berlin, Deutschland,

Klägerin, Rekursgegnerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt...

...,

betreffend

### **Zuständigkeit**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Februar 2010 (LN090036/U)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. Zum Sachverhalt bzw. zur Prozessgeschichte kann vorab auf Ziff. 1 des angefochtenen Beschlusses verwiesen werden. Danach gewährte die Y. GmbH mit Sitz in Luxemburg, eine Gesellschaft im Besitz der ehemaligen SED (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands), mit Darlehensvertrag vom 1. November 1980 der Beklagten und Beschwerdeführerin mit Sitz in \_\_\_\_\_ ein zu 4% verzinsliches Darlehen über 6,7 Millionen DM, ratenweise rückzahlbar bis ins Jahr 2006. Die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (Beschwerdegegnerin) macht als Abtretungsgläubigerin vertragliche Erfüllungs- und Schadenersatzansprüche sowie subsidiär deliktische und bereicherungsrechtliche Ansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin geltend, weil in der Zeit der Wende in der ehemaligen DDR (1989/1990) die Rückzahlung des Darlehens zu einem grossen Teil lediglich vorgetäuscht worden sei.

Mit Klage vom 24. Oktober 2006 beim Bezirksgericht Zürich verlangte die Beschwerdegegnerin, es sei die Beschwerdeführerin zu verpflichten, ihr rund 3 Millionen Euro zu bezahlen. Am 21. August 2007 erhob die Beschwerdeführerin die Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit, worauf ihr die Frist zur Klageantwort einstweilen abgenommen wurde. Mit Beschluss vom 5. November 2007 trat das Gericht auf die Einrede der fehlenden örtlichen Zuständigkeit nicht ein. Einen von der Beschwerdeführerin dagegen erhobenen Rekurs hiess die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Beschluss vom 26. September 2008 gut, hob den angefochtenen Entscheid auf und wies den Prozess zum sofortigen Entscheid über die Unzuständigkeitseinrede an die erste Instanz zurück.

2. Nach einem weiteren Schriftenwechsel wies das Bezirksgericht mit Beschluss vom 29. April 2009 die Unzuständigkeitseinrede der Beschwerdeführerin ab, soweit es darauf eintrat. Der Beschwerdeführerin wurde gleichzeitig eine einmalige, ordnungsgemäss nicht mehr erstreckbare Frist von 45 Tagen angesetzt, um die schriftliche Klageantwort einzureichen (OG act. 3).

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin erneut Rekurs mit dem Hauptantrag, es sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Unzuständigkeitseinrede gutzuheissen; demgemäss sei auf die Klage vom 24. Oktober 2006 nicht einzutreten. Mit gleichzeitig erhobener Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beschwerdeführerin sodann die Aufhebung bzw. (im Rahmen der Erteilung der aufschiebenden Wirkung) sofortige Abnahme der ihr zur Einreichung der Klageantwort angesetzten Frist.

3. Mit Beschluss der Vorinstanz vom 27. Mai 2009 wurde der Beschwerdeführerin die Frist zur Erstattung der einlässlichen Klageantwort einstweilen abgenommen.

4. Mit Beschluss vom 4. Februar 2010 (KG act. 2) wies die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich den Rekurs der Beschwerdeführerin betreffend Dispositiv-Ziff. 1 des Beschlusses vom 29. April 2009 ab und bestätigte diesen Beschluss, soweit damit die Unzuständigkeitseinrede abgewiesen worden war. In Gutheissung der gleichzeitig erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde (betreffend Dispositiv-Ziff. 2 des angefochtenen Beschlusses) nahm das Obergericht die Frist zur materiellen Beantwortung der Klage definitiv ab, verbunden mit dem Hinweis, es obliege der Vorinstanz, die Frist nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheides neu anzusetzen. Im Übrigen trat das Obergericht auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht ein, soweit sie sich nicht als gegenstandslos erwies.

Das Obergericht setzte die Gerichtsgebühr dieses Rechtsmittelverfahrens auf Fr. 35'000.-- fest, auferlegte die Kosten im Umfang von Fr. 32'500.-- der Beschwerdeführerin und verpflichtete diese, der Beschwerdegegnerin insoweit eine Prozessentschädigung von Fr. 22'000.-- zu bezahlen.

5. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher die Beschwerdeführerin beantragt (KG act. 1 S. 2), es sei Dispositiv-Ziff. 1 des Beschlusses aufzuheben; ferner sei die Unzuständigkeitseinrede gutzuheissen und es sei demgemäss auf die Klage nicht einzutreten, eventuell sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Für den Fall der grundsätzlichen Abweisung der Beschwerde beantragt sie, es sei (in

Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 4 und 5 des angefochtenen Beschlusses) die obergerichtliche Gerichtsgebühr auf Fr. 12'000.-- und die Prozessentschädigung auf Fr. 10'000.-- festzusetzen.

Mit ihrer Beschwerdeantwort beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (KG act. 12 S. 2). Die Beschwerdeantwort wurde der Beschwerdeführerin zur Kenntnisnahme zugestellt; eine weitere Stellungnahme ist nicht eingegangen. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (KG act. 9).

6. Seit dem 1. Januar 2011 steht die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft. Für Verfahren, die bei deren Inkrafttreten bereits rechtshängig sind, gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz weiter. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gelangen daher die Bestimmungen der (auf den 31. Dezember 2010 aufgehobenen) zürcherischen ZPO vom 13. Juni 1976 (ZPO ZH) wie auch des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG ZH) weiterhin zur Anwendung. Ebenso ist mit Bezug auf die Beurteilung der erhobenen Rügen das bisherige Prozessrecht heranzuziehen, weil im Beschwerdeverfahren zu prüfen ist, ob der angefochtene Entscheid im Zeitpunkt der Fällung mit einem der in § 281 ZPO ZH bezeichneten Nichtigkeitsgründe behaftet war. Dementsprechend richten sich auch die Nebenfolgen (Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung) des Beschwerdeverfahrens betragsmässig nach dem bisherigen Recht, d.h. nach den obergerichtlichen Verordnungen über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GGebV) bzw. über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) (vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG] vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren [AnwGebV] vom 8. September 2010).

## II.

1. Umstritten ist die internationale örtliche Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte mit Bezug auf die Forderungsklage der Beschwerdegegnerin. Nachdem die Beschwerdegegnerin Sitz in Deutschland und die Beschwerdeführerin Sitz in \_\_\_\_\_ hat, steht unbestrittenermassen fest, dass insoweit das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (LugÜ; SR 0.275.11) gilt.

2. Die Beschwerdeführerin rügt unter Anrufung des Nichtigkeitsgrundes von § 281 Ziff. 3 ZPO ZH als erstes eine Verletzung klaren materiellen Rechts; verletzt sei das luxemburgische materielle Recht bezüglich der Bestimmung des Erfüllungsortes für Geldschulden (Beschwerde Ziff. 3 Rz 8, S. 4 ff.).

2.1 Vorab stellt sich die Frage, ob die Rüge der Verletzung ausländischen Rechts unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist. Könnte die Rüge (sei es auf dem Weg der unmittelbaren Anfechtung des vorliegenden Zwischenentscheides oder später mittels Anfechtung des Endentscheides) dem Bundesgericht zur freien Überprüfung unterbreitet werden, wäre sie vorliegend unzulässig (§ 285 ZPO ZH).

Die Beschwerdeführerin beruft sich dazu auf Art. 96 lit. b BGG (Beschwerde Rz 9). Danach überprüft das Bundesgericht in vermögensrechtlichen Sachen die Rüge der unrichtigen Anwendung des nach schweizerischem Privatrecht massgebenden ausländischen Rechts nicht. Diese Bestimmung gelangt somit dann zur Anwendung, wenn ausländisches Recht kraft Verweises bzw. gestützt auf Kollisionsnormen, also gestützt auf das IPRG oder eines primär anwendbaren Staatsvertrages (Art. 1 Abs. 2 IPRG), in der Schweiz anwendbar ist. Der sachliche Anwendungsbereich des IPRG umfasst dabei alle internationalen *zivilrechtlichen* Rechtsverhältnisse (BSK BGG-SCHOTT, Art. 96 N 2, 5).

Ob damit Art. 96 lit. b BGG zum Tragen kommt, ist deshalb fraglich, weil es nicht um die Anwendung ausländischen Rechts gemäss schweizerischem interna-

tionalen *Privatrecht* geht, sondern – im Hinblick auf die internationale örtliche Zuständigkeit – um die Anwendung ausländischen Rechts im Rahmen des LugÜ, also um internationales *Zivilprozessrecht*. Allerdings stellt sich die Frage hier im Zuge eines zivilrechtlichen Verfahrens, was es nahe legt, auch in diesem Zusammenhang von der (sinngemässen) Anwendbarkeit von Art. 96 lit. b BGG auszugehen. Es wäre schwer verständlich, wenn das Bundesgericht im Rahmen ein und desselben Verfahrens bei der Zuständigkeitsfrage ausländisches Recht prüfen würde, bei der Frage der Begründetheit des Anspruchs aber nicht. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht vorliegend auf die Rüge der Verletzung ausländischen Rechts nicht eintreten würde. Damit ist die Rüge im kantonalen Beschwerdeverfahren zulässig.

2.2 Ist die Rüge grundsätzlich zulässig, bleibt zu prüfen, mit welcher Kognition darüber zu befinden ist. Die zu entscheidende Frage ist, ob die Vorinstanz die internationale örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zu Recht bejahte. Die Bestimmungen über die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit gehören zu den *wesentlichen Verfahrensgrundsätzen* im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO ZH (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 281 N 20); entsprechende Rügen werden mit freier Kognition geprüft (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 15). Die sich im Zusammenhang mit der Zuständigkeitsfrage stellenden materiellen Fragen (hier: Erfüllungsort) stellen *Vorfragen* dar, welche vom Kassationsgericht nach ständiger Praxis wie die Hauptfrage, also ebenfalls frei (und nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Verletzung klaren Rechts) überprüft werden (RB 1987 Nr. 47, 1990 Nr. 65; ferner etwa Kass.-Nr. AA030070 v. 25.12.2003, Erw. III.2a; Kass.-Nr. AA040111 v. 5.11.2004, Erw. II/3b; Kass.-Nr. AA040126 v. 17.2.2005, Erw. II.4). Dies muss auch dann gelten, wenn sich die Vorfrage wie hier nach ausländischem Recht beurteilt.

2.3 Hinsichtlich der formellen Anforderungen an die Begründung der Rüge der Verletzung ausländischen Rechts gilt, dass der Beschwerdeführer konkrete Anhaltspunkte (insbesondere die angeblich verletzte Norm sowie einschlägige Doktrin und/oder Rechtsprechung) nennen muss (ZR 106 Nr. 32 Erw. II.5.3b mit

Hinweisen). Diesen Anforderungen kommt die Beschwerdeführerin grundsätzlich (mit einer Ausnahme, nachfolgend Ziff. 5.3) in genügendem Ausmass nach.

3. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss (Beschluss S. 19, Ziff. 3.8), in Übereinstimmung mit der ersten Instanz sei gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vom hiesigen Gerichtsstand am Erfüllungsort (nämlich Zürich) auszugehen, womit sie die Unzuständigkeitseinrede abwies.

3.1 Einleitend erwog die Vorinstanz (Beschluss S. 7 ff.), es sei einerseits zu prüfen, ob es um vertragliche Ansprüche gehe und andererseits, ob ein Erfüllungsort in Zürich vereinbart worden sei. Ersteres bestimme sich konventionsautonom, letzteres nach der *lex causae*, also nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht, vorliegend (unbestrittenermassen) nach luxemburgischem Recht.

Der Erfüllungsort könne – so die Vorinstanz weiter – durch Parteivereinbarung festgelegt werden und begründe die Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 1 LugÜ, wenn dies die massgebliche *lex causae* zulasse. Die Einhaltung der für die Gerichtsstandsvereinbarung in Art. 17 LugÜ vorgesehenen Form bilde dabei kein Gültigkeitserfordernis, doch habe die Vereinbarung, um nicht einer Umgehung der Schutzfunktion von Art. 17 LugÜ Tür und Tor zu öffnen, auf die materiellrechtliche Begründung eines tatsächlichen Leistungsortes abzielen.

Beim Entscheid über die internationale örtliche Zuständigkeit sei sodann die Lehre von den sogenannten doppelrelevanten Tatsachen zu beachten, wonach für die Frage der Zuständigkeit einstweilen auf den von klägerischer Seite geltend gemachten Anspruch und dessen Begründung abzustellen sei und diesbezügliche Einwände der Gegenseite in diesem Stadium grundsätzlich nicht zu prüfen seien.

3.2 Nach Rekapitulation der erstinstanzlichen Erwägungen sowie Wiedergabe der diesbezüglichen Parteivorbringen hielt das Obergericht folgendes fest (Beschluss S. 12 ff.):

a) Die Frage, ob zwischen der Beschwerdeführerin und der Y. GmbH ein Darlehensvertrag abgeschlossen wurde, sei doppelrelevant, da sie sowohl für die Zuständigkeit wie auch für die Begründung der Ansprüche massgeblich sei. Damit

sei nach dem Gesagten ohne Rücksicht auf allfällige Bestreitungen seitens der Beschwerdeführerin auf die substantiierte klägerische Sachdarstellung abzustellen; angesichts der aktenkundigen Vereinbarung vom 1. November 1980 sei ohne weiteres vom (gültigen) Zustandekommen eines Darlehensvertrags auszugehen, womit die erste Voraussetzung für eine internationale Zuständigkeit am zürcherischen Erfüllungsort, nämlich das Vorliegen vertraglicher Ansprüche, erfüllt sei (Beschluss S. 12 f.).

b) Zur Frage des rechtlichen Erfüllungsortes bzw. zur Vereinbarung eines Erfüllungsortes in Zürich führte die Vorinstanz aus (Beschluss S. 13 ff.), im Darlehensvertrag aus dem Jahre 1980 sei betreffend den Erfüllungsort der Tilgungs- und Zinszahlungen nichts (ausdrücklich) vereinbart worden. Nach dem für die Bestimmung des Erfüllungsortes massgeblichen Art. 1247 des luxemburgischen Code civil (Cc) sei der Erfüllungsort in erster Linie dort, wo es die Parteien vertraglich vereinbart haben (Abs. 1 Satz 1); fehle eine solche Vereinbarung, liege für Geldschulden eine Holschuld (Erfüllungsort am Wohnsitz des Schuldners) vor (Abs. 2). Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort müsse indessen nicht ausdrücklich vereinbart werden, sondern könne auch Ausdruck einer stillschweigenden oder konkludenten Willensäusserung sein. Gemäss langjähriger luxemburgischer Rechtsprechung (mit Hinweis auf ein luxemburgisches Urteil aus dem Jahre 1953) gelte der Grundsatz, dass bei der Vereinbarung der Erfüllung einer Geldschuld auf dem Wege der Postüberweisung der Erfüllungsort verschoben und die Geldschuld damit zur Bringschuld werde. Gleiches gelte nach der französischen Rechtsprechung zum gleichlautenden Art. 1247 des französischen Cc, wonach in diesem Fall eine Bringschuld begründet werde, welche erst mit der Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers gehörig erfüllt werde. Solche Vereinbarungen könnten im Übrigen auch erst im Nachhinein begründet werden. Aus dem Umstand, dass ein Schuldner jahrelang Zahlungen am Wohnsitz des Gläubigers geleistet habe, könne sodann nach luxemburgischen Recht die stillschweigende Vereinbarung eines Erfüllungsortes am Wohnsitz des Gläubigers abgeleitet werden, insbesondere dann, wenn der Gläubiger die Zahlung dort verlangt habe.

Dieser klaren Rechtslage vermöge die Beschwerdeführerin, so die Vorinstanz weiter (Beschluss S. 14 ff.), auch im Rahmen des Rekursverfahrens nichts Substanzielles entgegen zu halten. Immerhin habe diese aber anerkannt, dass sie ab 1985 bis 1988 an Zahlungen von Athen nach Zürich auf ein Konto bei der Volksbank "mitgewirkt" habe. Zwar sei nicht geklärt, ob es sich bei diesen Zahlungen um solche aus dem in Frage stehenden Darlehensvertrag gehandelt habe; nach dem Gesagten brauche diese Frage jedoch hier wegen Doppelrelevanz nicht näher beweismässig geklärt werden, sondern es könne von der klägerischen Darstellung ausgegangen werden, wonach es sich um die Begleichung von Zahlungsverpflichtungen aus dem genannten Darlehensvertrag gehandelt habe. Vor diesem Hintergrund könne im Lichte der zitierten luxemburgischen Praxis darin nichts anderes als ein tatsächlicher (konkludenter) Konsens zwischen den Parteien betreffend Verschiebung des Erfüllungsortes nach Zürich erblickt werden. Von einer Verschickschuld (modifizierte Holschuld, ohne Verschiebung des Erfüllungsortes) sei demgegenüber nicht auszugehen, weil die Beschwerdeführerin bei Zahlung mittels Buchgeldüberweisung (auch) nach luxemburgischen Recht erst dann richtig erfüllt habe, wenn das Geld auf dem Konto der Gläubigerin tatsächlich gutgeschrieben wird und nicht schon mit Erteilung des Überweisungsauftrages an die eigene Bank. Die Beschwerdeführerin habe – im Unterschied zu Schickschuld – mithin nicht einfach dann bereits richtig erfüllt, wenn sie das Geld zuhanden der Gläubigerin verschickt bzw. die Überweisung veranlasst habe, zumal die Gläubigerin über das Geld tatsächlich müsse verfügen können. Von einer vereinbarten Versendungsschuld sei höchstens dann auszugehen, wenn die Gläubigerin der Schuldnerin einen Einzahlungsschein hätte zukommen lassen oder durch Barzahlung zu erfüllen wäre, was beides nicht der Fall sei.

Weitere Erwägungen des Obergerichts (Beschluss S. 16 ff.) betreffen einerseits die Frage des (nicht erforderlichen) Bewusstseins der Parteien über die Begründung eines (neuen tatsächlichen) Erfüllungsortes sowie namentlich ein Urteil des Bezirksgerichtes Luxemburg vom 13. Januar 2005 betreffend eine frühere Klage.

c) Würde – so die Vorinstanz (im Sinne einer Alternativbegründung, Beschluss S. 19, Ziff. 3.7) – die Leistung bereits (vertragsgemäss oder zumindest mit nachträglicher Billigung des Leistungsempfängers) an einem bestimmten Ort erbracht, so bestimme dieser den Gerichtsstand. Die Zahlungen im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag seien wie dargetan seit 1985 auf das Bankkonto in Zürich erfolgt. Damit sei auch ein tatsächlicher Erfüllungsort im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ in Zürich gegeben.

4.1 Zur Begründung ihrer diesbezüglichen Rüge macht die Beschwerdeführerin zunächst geltend (Beschwerde Rz 10 ff., S. 5 ff.), die Vorinstanz irre, wenn sie annehme, es bestehe nach luxemburgischen Recht eine klare Rechtslage (bzw. eine ständige Rechtsprechung) dahingehend, dass die Bezeichnung eines Bankkontos durch den Gläubiger und die aufforderungsgemässe Leistung der Zahlung durch den Schuldner auf dieses Konto eine konkludente Vereinbarung bezüglich Verschiebung des Erfüllungsortes darstelle und die Holschuld zur Bringschuld mache. Insbesondere lasse sich eine solche Rechtslage nicht mit dem Hinweis auf ein Urteil eines luxemburgischen Gerichts aus dem Jahre 1953 und eine Meinungsäusserung eines luxemburgischen Justizministers nachweisen. Die von der Vorinstanz angenommene "langjährige" Rechtsprechung bzw. "klare Rechtslage" existiere nicht, schon gar nicht in dem von ihr angenommenen Sinn; vielmehr ergebe das klare Recht genau das Gegenteil.

Konkret beschlage das erwähnte Urteil des Bezirksgerichts Diekirch vom 18. März 1953 (KG act. 13/1) nicht die Frage des Erfüllungsortes, sondern vielmehr die Frage, *wann* gehörig erfüllt worden sei. Dasselbe gelte auch für das *obiter dictum* des damaligen luxemburgischen Justizministers, der sich nur zur Frage geäussert habe, wer bei Banküberweisungen (Lohnzahlungen für Grenzgänger) die Überweisungsspesen zu tragen habe, nicht aber zur hier interessierenden Frage einer Verschiebung des Erfüllungsortes bei Banküberweisungen. Anzumerken bleibe in diesem Zusammenhang, dass sich der Minister im luxemburgischen Parlament auf Französisch äusserte und das Zitat auf der Webseite lediglich eine Zusammenfassung des Votums und Übersetzung in die deutsche Sprache von pri-

vater Seite darstelle; solches könne im Ernst nicht zur Eruierung einer ausländischen Rechtslage herangezogen werden.

4.2 Die Vorinstanz hat sich für die in Frage stehende Annahme (Beschluss S. 14) auf die von der Beschwerdeführerin vor erster Instanz mit Eingabe vom 21. August 2007 eingereichte Beilage gestützt (BG act. 27/7); dabei handelt sich um den Auszug aus einer kommentierten Gesetzesausgabe des luxemburgischen Code civil, wo unter N. 1 und 2 zu Art. 1247 Cc auf das fragliche Urteil vom 18. März 1953 wie folgt Bezug genommen wird:

"1. Au voeu de l'article 1247 du Code civil, le lieu du paiement est déterminé d'après la convention des parties, laquelle ne doit pas être expressément stipulée, mais peut résulter d'une manifestation tacite ou implicite de volonté. Diekirch 18 mars 1953, 15, 437.

2. [...]

En se faisant ouvrir un compte au service des chèques et virement postaux, le créancier et le débiteur ont implicitement convenu que l'effet libératoire du paiement par virement postal se produirait au lieu où se trouve l'institution du service de chèque postal, c'est-à-dire au lieu où il y a la provision, où il est procédé à l'extinction de la dette par le fait que le compte du débiteur est débité pour le montant de la dette qui est porté au crédit du compte de créancier, et c'est au moment de ce double jeu d'écritures que la dette est éteinte. Diekirch, 18 mars 1953, 15, 437".

Diese Stelle ist als solche entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin geeignet, den Nachweis einer (langjährigen) luxemburgischen Rechtsprechung des fraglichen Inhalts zu erbringen, zumal die Tatsache, dass eine (offenbar neuere) Gesetzesausgabe nach wie vor das Urteil aus dem Jahre 1953 nennt, ein Anzeichen dafür bildet, dass insoweit die Rechtsprechung eben nicht geändert hat. Aus der zitierten Kommentarstelle ergibt sich entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass sich das Urteil durchaus (auch) auf die Frage des *Erfüllungsortes* bezieht (N. 1: "le lieu du paiement ...", N. 2: "...l'effet libératoire du paiement par virement postal se produirait au lieu où se trouve l'institution du service de chèque postal ..."; Hervorhebung Kassationsgericht). Was die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang entgegenhält (Beschwerde Rz 14-18), belegt lediglich, dass das in Frage stehende Urteil neben dem Erfüllungsort *auch* die Frage nach dem Zeitpunkt der gehörigen Erfüllung thematisiert, was denn auch sachlich zusammenhängt, indem eine gehörige (d.h. hier zeitgerechte) Erfüllung nur am massgebenden Erfüllungsort erfolgen kann. Dass das Urteil die Frage des Erfüllungsortes

beantwortet, folgt aber auch schon daraus, dass es Teil der Kommentierung von Art. 1247 Cc bildet und dass sich diese Gesetzesbestimmung eindeutig auf den Erfüllungsort bezieht.

4.3 In einem *obiter dictum* bezieht sich die Vorinstanz (Beschluss S. 14 Mitte) zusätzlich auf eine bereits von der ersten Instanz erwähnte Äusserung des luxemburgischen Justizministers Luc Frieden im Zusammenhang mit den Kosten für Lohnzahlungen an Grenzgänger, wiedergegeben bzw. zusammengefasst in einem Internet-Ausdruck (vgl. OG act. 3 S. 10 unten). Ob dieses Aktenstück formell verwertbar bzw. (was die Beschwerdeführerin bestreitet) materiell aussagekräftig ist, kann hier offen bleiben, nachdem die Vorinstanz darauf klarerweise nicht in entscheidender Weise abgestellt hat.

5. Die Beschwerdeführerin beruft sich für ihre Auffassung, wonach gemäss luxemburgischem Recht vorliegend keine stillschweigende Parteivereinbarung betreffend Verschiebung des Erfüllungsortes angenommen werden könne, weiter auf ein Urteil der französischen Cour de Cassation vom 5. Oktober 2004 (Beschwerde Rz 21 ff., S. 7 ff.; vgl. KG act. 3/3).

5.1 In dieser Entscheidung habe das oberste französische Gericht die Auffassung der unteren Instanz (Pariser Appellationsgericht) als willkürlich bezeichnet, wonach dadurch, dass der Schuldner auf Aufforderung des Gläubigers durch Banküberweisungen auf das Konto des Gläubigers bezahlt habe, stillschweigend dessen Wille dokumentiert werde, den gesetzlichen Erfüllungsort am Sitz des Schuldners aufzugeben. Solche Gründe seien untauglich, den vom Gesetz geforderten unzweideutigen stillschweigenden Verzicht auf den gesetzlichen Erfüllungsort als erfüllt zu betrachten. Dabei sei der von der Cour de Cassation beurteilte Sachverhalt mit dem vorliegenden absolut identisch. Umso mehr sei die darin vertretene Rechtsauffassung auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Der Entscheidung stehe auch im Einklang mit der einhelligen Meinung in der Fachliteratur und stelle nichts anderes als eine Umsetzung der in der Lehre entwickelten Voraussetzungen dar. Danach werde verlangt, dass auch bei einer stillschweigenden Vereinbarung der klare Wille des Schuldners zum Ausdruck komme, auf den Erfüllungsort am Sitz des Schuldners zu verzichten und für die Zukunft bindend zu

verlegen und damit die Holschuld zur Bringschuld zu machen. Ein solcher Wille werde nicht vermutet (Beschwerde Rz 28-32, u.H.a. auf verschiedene französische und belgische Kommentarstellen [= KG act. 3/4-7]).

Die Vorinstanz habe sich somit, so die Beschwerdeführerin (Beschwerde Rz 33), auf ein nicht einschlägiges Urteil eines untersten Gerichtes in Luxemburg gestützt, statt die einschlägige Lehre und Rechtsprechung zu konsultieren und zu berücksichtigen. Das sich daraus ergebende Recht sei klar, da keine Gegenmeinung auszumachen und ein abweichendes Urteil des Appellationsgerichtes Paris als willkürlich aufgehoben worden sei.

5.2a) Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht ausführt (Beschwerdeantwort Ziff. 10.1), beruft sich die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren zum ersten Mal auf den Entscheid des französischen Kassationsgerichts aus dem Jahre 2004. Da es um den Nachweis ausländischen Rechts geht, trifft die Parteien insoweit ungeachtet des Grundsatzes "iura novit curia" bei der Rechtsfindung eine Mitwirkungspflicht (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 und 3 IPRG), so dass man sich fragen kann, ob nicht das im kantonalen Beschwerdeverfahren geltende Novenverbot dem Eintreten auf dieses neue Vorbringen entgegensteht (gegen die Anwendung der novenrechtlichen Bestimmungen MARCO JAGMETTI, Zur Anwendung des ausländischen Rechts von Amtes wegen, in: Rechtsschutz, FS Guido von Castelberg, Zürich 1997, S. 114 u.H.a. ZR 95 Nr. 2 Erw. 5.4.1). Diese Frage kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, weil sich die Rüge auch unter Berücksichtigung der neuen Vorbringen als unbegründet erweist.

b) Geht man von der Zulässigkeit der neuen Vorbringen der Beschwerdeführerin zum Inhalt des ausländischen Rechts aus, so versteht es sich von selbst, dass umgekehrt die Beschwerdegegnerin ihrerseits das Recht hat, im Rahmen der Beschwerdeantwort dazu Stellung zu nehmen und entsprechende Gegenbeweismittel (vorliegend konkret Urteile ausländischer Gerichte) vorzulegen, was sich auch getan hat (wobei die beiden nachfolgend erwähnten Urteile aus den Jahren 2005 und 2006 bereits zuvor in das Verfahren eingeführt worden waren, vgl. Hinweise in Beschwerdeantwort Ziff. 10.3 und 10.4).

Im Rahmen ihrer Vorbringen weist die Beschwerdegegnerin nach, dass die französische Cour de Cassation in einem Urteil vom 22. Februar 2005 (KG act. 13/2) erwog, aus der Tatsache, dass die Zahlung einer Schuld durch Banküberweisung erfolgen solle, könne geschlossen werden, dass die Parteien von der Regel des Art. 1243 Abs. 3 Cc abweichen wollten, so dass die Zahlung nicht am Sitz des Schuldners zu leisten sei, sondern am Ort, wo das Bankkonto des Gläubigers geführt werde (KG act. 13/2 Seite 2 unten). Danach ist die Rechtslage in Frankreich (soweit es auf diese überhaupt ankommt) jedenfalls die gleiche wie jene in Luxemburg. Ferner hat das Appellationsgericht Paris im Jahre 2006 ebenfalls in diesem Sinne entschieden (KG act. 13/5 S. 8 f.). Im Lichte dieser beiden Urteile, die dem vorangehenden Urteil der Cour de cassation aus dem Jahre 2004 widersprechen, erweisen sich die Vorbringen der Beschwerdeführerin als nicht stichhaltig.

5.3 Schliesslich erneuert die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen, wonach das Bezirksgericht Luxemburg in einem Entscheid vom 13. Januar 2005 bei identischer Sachlage rechtskräftig festgehalten habe, es fehle an einer rechtskräftig erwiesenen gemeinsamen Absicht der Parteien im Sinne einer Vereinbarung eines Erfüllungsortes in Luxemburg (Beschwerde Rz 34, S. 11). Bereits die Vorinstanz erwog dazu (Beschluss S. 17/18), abweichend vom dort zu beurteilenden Fall lasse sich im vorliegenden Fall sehr wohl auf eine gemeinsame Absicht der Parteien betreffend einen neuen Erfüllungsort schliessen, weshalb insofern eben unterschiedliche Sachverhalte vorlägen. Mit dieser Argumentation setzt sich die Beschwerdeführerin nicht näher auseinander, weshalb insoweit auf die Rüge nicht einzutreten ist.

6. Mit einer weiteren Rüge (Beschwerde Ziff. 4, S. 11) macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe in Wirklichkeit schweizerisches statt luxemburgisches Recht angewendet. Dies zeige sich daran, dass sie vollständig dem schweizerischen Rechtsdenken verhaftet geblieben sei, so etwa im Zusammenhang mit dem "tatsächlichen" Erfüllungsort, den es im luxemburgischen Recht gar nicht gebe.

Mit der Rüge der Anwendung schweizerischen statt ausländischen Rechts wäre die Beschwerdeführer im Lichte von § 285 ZPO ZH nicht zu hören (Art. 96 lit. a BGG). Soweit sie aber effektiv geltend macht, die Vorinstanz habe luxemburgisches Recht nicht richtig angewendet, wurde die Rüge bereits vorstehend als unbegründet verworfen; die Erwägung zum "tatsächlichen Erfüllungsort in Zürich" (Beschluss S. 19, Ziff. 3.7) ist sodann eine Eventualbegründung, die keine entscheidungstragende Funktion hat.

7. Weiter rügt die Beschwerdeführerin als Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, dass die Vorinstanz über die Frage einer klaren und unzweideutigen Vereinbarung betreffend den Verzicht auf den gesetzlichen Erfüllungsort keinen Beweis führen liess (Beschwerde Ziff. 5, S. 11 f.).

Die Vorinstanz führte aus (Beschluss S. 16 f.), die Vereinbarung eines neuen Erfüllungsortes durch die Parteien setze nicht voraus, dass sie sich dabei auch der daran anknüpfenden (neuen) örtlichen Zuständigkeit bewusst gewesen seien; diese Rechtsfolge sei unabhängig vom Parteiwillen gesetzlich vorgesehen. Damit brauche über die diesbezügliche Bestreitung der Beschwerdeführerin mangels Relevanz kein Beweis geführt werden.

Beweis wird über *erhebliche* streitige Tatsachen erhoben (§ 133 Satz 1 ZPO ZH). Ist eine Tatsache nach Auffassung des Gerichts nicht erheblich, ist somit kein Beweis zu führen. Damit kann sich nur die Frage stellen, ob das Gericht von Unerheblichkeit ausgehen durfte, was hier durch die vorangehenden Ausführungen (keine Verletzung materiellen luxemburgischen Rechts) bestätigt ist. Die Rüge, es sei zu Unrecht kein Beweis erhoben worden, ist unbegründet.

8. Abschliessend beanstandet die Beschwerdeführerin die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Rekursverfahren (Beschwerde Ziff. 6, S. 12). Sie beanstandet, dass im ersten Rekursverfahren, ausgehend von einem Streitwert von Fr. 5,1 Mio, die Gerichtsgebühr auf Fr. 12'000.-- und die Prozessentschädigung zulasten der Beschwerdegegnerin auf Fr. 10'000.-- angesetzt worden sei, während im vorliegenden Rekursverfahren bei gleicher Streitsache die Gerichtsgebühr auf Fr. 35'000.-- und die Prozessentschädigung zulasten der Be-

schwerdeführerin auf Fr. 22'000.-- angesetzt worden sei, wobei der Streitwert auf Fr. 4,77 Mio (entsprechend 3 Mio Euro) bestimmt wurde.

8.1 Soweit sich die Rüge gegen die Festsetzung der Gerichtsgebühr richtet, ist sie nach feststehender Praxis unzulässig, weil es sich dabei um einen Akt der Justizverwaltung handelt, welcher nicht der Anfechtung mittels Nichtigkeitsbeschwerde unterliegt (ZR 90 Nr. 34 Erw. II. 2, 109 Nr. 57).

8.2 Indem die Rüge der Festsetzung der Prozessentschädigung einzig mit der Diskrepanz zum ersten Rekursverfahren begründet wird, fehlt es an einer rechtsgenügenden Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der hier anwendbaren Bestimmungen (§ 3 Abs. 1 und 2, 8 i.V.m. § 7, § 12 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 2 AnwGebV vom 21. Juni 2006) eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 22'000.-- ohne weiteres gerechtfertigt erscheint. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass im ersten Rekursverfahren nicht materiell über die Zuständigkeitsfrage entschieden worden war, während es im zweiten Rekursverfahren um die Frage der Zuständigkeit der hiesigen Gerichte ging, was insoweit aufwendiger und mit weitreichenderen Folgen verbunden war.

Die Rüge der Verletzung klaren materiellen Rechts ist insofern unbegründet

9. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Es wird Sache der ersten Instanz sein, der Beschwerdeführerin die Frist zur materiellen Beantwortung der Klage neu anzusetzen.

10. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Zuzugrunde liegt der Auslandsitz der Beschwerdegegnerin ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (ZR 104 Nr. 76).

### III.

Beim vorliegenden Beschluss handelt es sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Demnach ist gegen ihn die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG an das Bundesgericht nur unter den in Art. 93 BGG genannten Voraussetzungen zulässig. Ob diese erfüllt sind, entscheidet das Bundesgericht.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 30'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 18'000.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 4'770'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Beschlusses des Obergerichtes vom 4. Februar 2010 mit Beschwerde an das Bundesgericht

neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und an das Bezirksgericht Zürich (3. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der Generalsekretär: