Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.318/2006 /len

Urteil vom 13. März 2007
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Kiss,
Gerichtsschreiber Luczak.

Parteien
A._____ Ltd.,
Klägerin und Berufungsklägerin,
vertreten durch Advokaten Dr. Peter Mosimann und
Prof. Dr. Markus Müller-Chen,

gegen

1. B._____ als Konkursverwalter der
1a) C._____ B.V.,
1b) D._____ B.V.,
1c) E._____ B.V.,
1d) F._____ B.V.,
2. G._____,
3. H._____ B.V.,
4. I._____,
Beklagte und Berufungsbeklagte,

alle vertreten durch die Rechtsanwälte Alain Raemy und Philipp Dickenmann.

Gegenstand
Mäklervertrag; unerlaubte Handlung;
örtliche Zuständigkeit,

Berufung gegen das Urteil des Appellationsgerichts
des Kantons Basel-Stadt vom 22. März 2006.

Sachverhalt:

A.
Die A._____ Ltd. (Klägerin) ist eine im Rückversicherungssektor tätige Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel. Im Jahr 1998 vermittelte sie einen am 6. Februar 1998 unterzeichneten (Rück-)versicherungsvertrag zwischen der niederländischen C._____ B.V. (seit 20. Juni 2001 in Konkurs, Beklagte 1a) und der Rückversicherungsgesellschaft K._____ mit Sitz in Bermuda (Rückversicherungsgesellschaft), mit welchem sogenannte Cash-Back-Aktionen abgesichert werden sollten, bei welchen Konsumenten die teilweise Rückzahlung des Kaufpreises von bei Einzelhändlern gekauften Produkten versprochen wird. Am 16. Februar 1998 schlossen die Parteien des Rückversicherungsvertrages ein "Hold Harmless Agreement", in welchem der Rückversicherungsgesellschaft zugesichert wurde, dass sie von ihrer Vertragspartnerin für jegliche Versicherungsleistungen

aus der erwähnten Police schadlos gehalten würde. Im Sommer 2001 fielen die Beklagte 1a sowie drei weitere mit ihr verbundene niederländische Gesellschaften, die D._____ B.V. (Beklagte 1b), die E._____ B.V. (Beklagte 1c) und die F._____ B.V. (Beklagte 1d) in Konkurs. Konkursverwalter dieser vier Gesellschaften ist B._____ (Beklagter 1). Da der Versicherungsschutz nicht zum Tragen kam, konnten Rückzahlungsansprüche zahlreicher Konsumenten nicht befriedigt werden. Diese zogen Konsumenten- und Interessenschutzorganisationen bei, um Entschädigungsansprüche geltend zu machen.

B.
Am 3. Juli 2002 erhob die Klägerin beim Zivilgericht Basel-Stadt negative Feststellungsklage gegen den Beklagten 1 als Konkursverwalter der konkursiten Gesellschaften sowie gegen verschiedene die Interessen der geschädigten Konsumenten wahrnehmende niederländische Konsumenten- und Interessenschutzorganisationen, nämlich die Vereinigung G._____ (Beklagte 2), die H._____ B.V. (Beklagte 3), die I._____ (Beklagte 4) sowie die L._____. Die Klägerin verlangte die Feststellung, dass sie den eingeklagten Parteien nichts schulde. Diese werfen ihr vor, sie habe mit Blick auf das in der Versicherungspolice enthaltene "Hold Harmless Agreement" durch die Vermittlung eines untauglichen Versicherungsvertrages Schaden gestiftet und sei dafür ersatzpflichtig. Das Zivilgericht trennte das Verfahren gegen die L._____ vom vorliegenden Verfahren ab, beschränkte dieses auf die Frage der Zuständigkeit und trat am 3. Februar 2005 auf die Klage nicht ein. Dieses Urteil bestätigte das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 22. März 2006 auf Appellation der Klägerin.

C.
Gegen dieses Urteil hat die Klägerin sowohl staatsrechtliche Beschwerde als auch Berufung erhoben. Die staatsrechtliche Beschwerde hat das Bundesgericht heute abgewiesen. In der Berufung beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, das Urteil des Appellationsgerichts aufzuheben und auf die Klage einzutreten. Die Beklagten schliessen auf kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten ist, und auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110; BGG) in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Nach Art. 132 BGG ist dieses Gesetz auf die nach seinem Inkrafttreten eingeleiteten Verfahren des Bundesgerichts anwendbar, auf ein Beschwerdeverfahren jedoch nur dann, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangen ist. Da der angefochtene Entscheid vor dem 1. Januar 2007 erging, richtet sich das Verfahren noch nach dem Bundesgesetz über die Organisation des Bundesgerichts (Bundesrechtspflegegesetz [OG]).

1.1 Die Klägerin ist der Auffassung, es handle sich beim angefochtenen Entscheid um einen Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG. Ein solcher liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nur vor, wenn das kantonale Gericht einen Entscheid fällt, der die ihm unterbreitete materielle Streitlage umfassend beurteilt und endgültig verbietet, dass derselbe Anspruch zwischen denselben Parteien nochmals geltend gemacht wird (BGE 132 III 785 E. 2 S. 789 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4C.28/1997 vom 2. August 1999, E. 1 nicht publiziert in BGE 125 III 346). Die Frage ist indessen nicht prozessrelevant, da die Berufung wegen Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften über die sachliche, die örtliche oder die internationale Zuständigkeit gemäss Art. 49 Abs. 1 OG gegen selbständige Vor- und Zwischenentscheide zulässig ist. Auf die Berufung ist daher jedenfalls einzutreten.

1.2 Mit Bezug auf den Streitwert verweist die Klägerin auf einen Bericht des Beklagten 1 an die Aufsichtsbehörde, worin dieser die Ansprüche der Konkursgläubiger auf ca. Fr. 10'500'000.– reduziert habe, weshalb im Berufungsverfahren von diesem Streitwert, statt von Fr. 30'000'000.– gemäss dem angefochtenen Urteil auszugehen sei. Mit Bezug auf die Zulässigkeit der Berufung kommt den Vorbringen der Klägerin keine Bedeutung zu, da die Berufung auch bei einem Streitwert von Fr. 10'500'000.– zulässig ist. Die Frage der Festsetzung des Streitwerts im kantonalen Verfahren bildete Gegenstand des Entscheids über die staatsrechtliche

Beschwerde, auf dessen Begründung verwiesen werden kann. Für das Berufungsverfahren fällt in Betracht, dass die Beklagten die behauptete Reduktion nicht akzeptieren und die Klägerin nicht aufzeigt, inwiefern aus der in ihrer Eingabe wiedergegebenen Aussage des Beklagten 1 vom 7. Dezember 2004, bis heute seien beim Konkursverwalter Klagen von Gläubigern über den Betrag von EUR 6'739'302.– eingegangen, geschlossen werden muss, dass dies den Gesamtbetrag der zu erwartenden Forderungen darstellt, auf welchen sich der Beklagte 1 beschränken wird, und dass die entsprechende Aussage auch in Bezug auf die übrigen
Beklagten massgebend ist. Mangels entsprechender Angaben ist auch vor Bundesgericht von einem Streitwert von Fr. 30'000'000.– auszugehen.

2.
Die Vorinstanz hat die Zuständigkeit nach dem Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ; SR 0.275.11) beurteilt. Da die Klägerin selbst nicht als Versicherung aufgetreten sei, sondern lediglich einen Versicherungsvertrag vermittelt habe, hielt die Vorinstanz die Vorschriften über die zwingenden Spezialgerichtsstände für Versicherungsverträge nicht für einschlägig. Sie erwog, auch die vertraglichen Gerichtsstände seien nicht anwendbar, da die Beklagten keine vertraglichen, sondern ausschliesslich deliktische Ansprüche geltend machten. Diesbezüglich erkannte die Vorinstanz, Ansprüche aus unerlaubter Handlung könnten nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, geltend gemacht werden, wobei sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort in Frage kämen. Im Rahmen einer negativen Feststellungsklage könne sich grundsätzlich auch der Schädiger auf dieses Wahlrecht berufen, allerdings nur, sofern die Ausübung des Wahlrechts nicht zu einer "unsachgemässen" Zuständigkeit führe und der mit der Regelung verfolgten Zielsetzung der Zweckdienlichkeit zuwiderlaufe. Die
Vorinstanz hielt fest, dass in Basel ein Handlungsort gegeben sei. Dennoch fehle es den Gerichten in Basel an der erforderlichen Sachnähe, da die in Basel erfolgten Handlungen nur einen geringen Teil des gesamten relevanten Geschehens ausmachten. Die streitigen Ansprüche leiteten sich aus dem Zusammenspiel der Klägerin mit der Rückversicherungsgesellschaft im Zusammenhang mit dem "Hold Harmless Agreement" ab. Diesbezüglich liege der Schwerpunkt in den Niederlanden, wo auch der Schaden eingetreten sei. Der Handlungsort trete daher gegenüber dem Erfolgsort in Bezug auf die Sachnähe derart in den Hintergrund, dass der Gerichtsstand in Basel auch unter diesem Titel abzulehnen sei. Daher sei das Zivilgericht zu Recht nicht auf die Klage eingetreten.

3.
Mit Bezug auf den Beklagten 1 bringt die Klägerin vor, die strittigen Ansprüche seien vertraglicher Natur. Da es bei der Qualifikation der Ansprüche um eine sogenannte doppelrelevante Tatsache gehe, hätte die Vorinstanz bei der Frage der Zuständigkeit auf die Behauptung der Klägerin abstellen müssen.

3.1 Der Begriff des Vertrages bzw. der vertraglichen Ansprüche ist aus der Systematik und Zielsetzung des Abkommens selbst, d.h. autonom auszulegen, wobei den Urteilen des EuGH zum EuGVÜ gebührend Rechnung zu tragen und eine möglichst einheitliche Auslegung der beiden Übereinkommen anzustreben ist (BGE 132 III 579 E. 3.3 S. 583; 124 III 188 E. 4b S. 191 mit Hinweis). Wenn ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag den Streitgegenstand bilden, ermöglicht Art. 5 Ziff. 1 LugÜ dem Kläger alternativ zum allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand nach Art. 2 LugÜ, den Beklagten vor dem Gericht des Ortes zu verklagen, an dem die Verpflichtung erfüllt werden soll oder zu erfüllen wäre. Dabei ist aber nicht auf jede beliebige Verpflichtung, sondern nur auf jene abzustellen, die dem vertraglichen Anspruch entspricht, auf den der Kläger seine Klage stützt (BGE 124 III 188 E. 4a S. 189 f. mit Hinweisen). Demzufolge setzt die Anwendung der besonderen Zuständigkeitsregel, die für einen Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag in Art. 5 Ziff. 1 LugÜ vorgesehen ist, voraus, dass eine von einer Person gegenüber einer anderen freiwillig eingegangene Verpflichtung bestimmt werden kann, auf die sich die betreffende Klage stützt (vgl. Urteil des EuGH vom 20.
Januar 2005 in der Rechtssache C-27/02, Petra Engler gegen Janus Versand GmbH, Slg 2005, I-499, Randnr. 50 f. mit Hinweisen).

3.2 Zufolge des Rollentausches tritt bei der negativen Feststellungsklage die Anspruchsgegnerin als klägerische Partei auf. Für die Zuständigkeit kann nicht darauf abgestellt werden, auf welche Grundlage die klagende

Partei ihre Ansprüche stützt, denn diese macht gar keine Ansprüche geltend. Woraus der potentiell Anspruchsberechtigte und im Rahmen der negativen Feststellungsklage Beklagte seine Ansprüche abzuleiten gedenkt, muss bei Anhebung der negativen Feststellungsklage noch nicht feststehen. Für die Prüfung der Zuständigkeit kann daher nur massgeblich sein, ob mit der negativen Feststellungsklage die Inexistenz von Ansprüchen, die sich auf eine gegenüber einer anderen Person freiwillig eingegangene Verpflichtung abstützen, festgestellt werden soll oder die Inexistenz von Ansprüchen, mit denen eine Schadenshaftung geltend gemacht wird, die nicht an einen "Vertrag" im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ anknüpft (vgl. zu Letzterem BGE 125 III 346 E. 4a S. 348; Urteil des EuGH vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA gegen Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH [HWS], Slg. 2002, I-7357, Randnr. 21, je mit Hinweisen). Für die Prüfung der Zuständigkeit ist insoweit auf das
Klagbegehren abzustellen, wobei der Gerichtsstand je nach Anspruchsgrundlage variieren kann (vgl. BGE 124 III 188 E. 4a S. 190 mit Hinweisen). Soweit die Vorinstanz ausführt, es sei fraglich, ob die Klägerin das Bestehen eines Vertragsverhältnisses als Grundlage für die interessierenden Schadenersatzansprüche hinreichend glaubhaft vorgebracht habe (vgl. hierzu BGE 131 III 153 E. 5.1 S. 157 mit Hinweis), ist zu beachten, dass die Klägerin mit der negativen Feststellungsklage behauptet, es bestünden keine derartigen Ansprüche. Die Anspruchsgrundlage nachzuweisen ist im Prozess Sache des Anspruchsberechtigten, im negativen Feststellungsprozess also der beklagten Partei. Für die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage kann nicht massgeblich sein, ob nach den Vorbringen der klagenden Partei mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses auszugehen ist. Gerade wenn keine vertragliche Grundlage besteht (und nicht einmal mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit oder Glaubhaftigkeit behauptet werden kann), erweist sich die negative Feststellungsklage bezüglich vertraglicher Ansprüche als begründet.

3.3 Es stellt sich allerdings die Frage, ob überhaupt die Notwendigkeit zur Klärung der Rechtslage mit einer Feststellungsklage besteht. Diese Frage berührt das Feststellungsinteresse und hängt vom Verhalten des potentiell Anspruchsberechtigten ab. Wenn dieser behauptet, ihm stünden im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis Ansprüche gegen die klagende Partei zu, kann ein Feststellungsinteresse gegeben sein, auch wenn die Anspruchsgegnerin keinerlei Anhaltspunkte für eine vertragliche Grundlage beibringen kann, zumal sich erst im Prozess selbst abschliessend zeigt, was die beklagte Partei zur Begründung ihrer Ansprüche ins Feld führen kann.

3.4 Soweit schweizerisches Bundesrecht zur Anwendung kommt, bestimmt sich danach, unter welchen Voraussetzungen die gerichtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens bundesrechtlicher Ansprüche verlangt werden kann, was das Bundesgericht im Berufungsverfahren prüfen kann (BGE 131 III 319 E. 3.5 S. 324; 129 III 295 E. 2.2 S. 299). Die Klägerin geht davon aus, dass zwischen ihr und der Beklagten 1a ein Versicherungsbrokervertrag bestanden habe, und sich der Ort, an dem der Vertrag zu erfüllen wäre, nach schweizerischem Recht bestimme (vgl. Art. 117 IPRG) und in Basel liege. Da das schweizerische Recht auch die lex fori ist, braucht die Streitfrage, ob sich nach dem materiell anwendbaren Recht (vgl. BGE 129 III 295 E. 2.2 S. 299) oder nach der lex fori beurteilt, ob ein besonderes Feststellungsinteresse gegeben sein muss, nicht behandelt zu werden (vgl. Gion Jegher, Abwehrmassnahmen gegen ausländische Prozesse, Diss. Basel 2003, S. 70 f. mit Hinweisen auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen).

3.5 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Feststellungsklage nur zuzulassen, wenn der Kläger an der sofortigen Feststellung ein erhebliches schutzwürdiges Interesse hat, welches kein rechtliches zu sein braucht, sondern auch bloss tatsächlicher Natur sein kann. Diese Voraussetzung ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und die Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann, wobei bei negativen Feststellungsklagen auch allfällige Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen sind (BGE 131 III 319 E. 3.5 S. 324 f. mit Hinweisen).
3.5.1 Welche Anforderungen im Einzelnen an das Feststellungsinteresse zu stellen sind (vgl. Jegher, a.a.O., S. 71) und ob im internationalen Verhältnis das Interesse einer Partei, den Gerichtsstand wählen zu können, als Feststellungsinteresse genügt (vgl. hierzu BGE 131 III 319 E. 3.5 S. 325 f.), braucht nicht näher erörtert zu werden, denn bezüglich der Frage, ob gegenüber der Klägerin vertragliche Ansprüche gegeben sind, besteht keine Ungewissheit, die beseitigt werden müsste. Die Beklagten führten bereits vor Zivilgericht aus, sie machten nur ausservertragliche Ansprüche geltend. Entsprechend hat die Vorinstanz ausdrücklich festgehalten, der

Beklagte 1 müsse sich dabei behaften lassen, dass er keine im Zusammenhang mit einem Vertrag stehenden Ansprüche gegen die Klägerin behaupte. Auch in der Berufungsantwort führen die Beklagten diesbezüglich aus: "Dagegen werden keine Ansprüche aus dem Brokervertrag geltend gemacht, nachdem diesbezüglich eine Vertragsverletzung nicht ersichtlich ist und auch nicht behauptet wurde." Der Beklagte 1 führt aus, er mache lediglich Ansprüche von durch die Klägerin geschädigten Drittpersonen geltend. Dass die Klägerin mit diesen in vertraglichen Beziehungen stünde, behauptet sie selbst nicht.
Insoweit ist die Position des Beklagten 1 analog zu jener der übrigen Beklagten, für welche die Klägerin die ausservertragliche Natur der Ansprüche anerkennt. Ob sich der Beklagte 1 tatsächlich auf ausservertragliche Ansprüche von Drittpersonen gegen die Klägerin berufen kann, hat das für derartige Ansprüche zuständige Gericht zu entscheiden und spielt für die Zuständigkeit bezüglich vertraglicher Ansprüche keine Rolle. Da die Beklagten im Prozess ausdrücklich anerkennen, dass sie keine vertraglichen Ansprüche gegenüber der Klägerin geltend machen, ist mit Blick auf das Rechtsschutzinteresse unerheblich, welche Vorwürfe der Klägerin in einem früheren Zeitpunkt entgegengehalten wurden. Ob der Beklagte 1 allenfalls vertragliche Ansprüche geltend machen könnte, ist nicht massgeblich, da die Vorinstanz verbindlich festgestellt hat, dass er darauf verzichtet.
3.5.2 Nach dem Gesagten ist einzig zu klären, ob die Klägerin den geschädigten Drittpersonen ersatzpflichtig wird. Damit fehlt es der Klägerin bezüglich vertraglicher Ansprüche an einem Feststellungsinteresse. Zwar wird in der Lehre darüber diskutiert, ob der Richter am vertraglichen Erfüllungsort bei Anspruchskonkurrenz auch über deliktische Ansprüche urteilen können soll (Geimer/Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., München 2004, N. 222 f. zu Art. 5 EuGVVO; Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2005, N. 79 zu Art. 5 EuGVO/LugÜ; Sascha Reichardt, Internationale Zuständigkeit im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bei Verletzung europäischer Patente, Diss. Trier, Frankfurt am Main 2006, S. 140 ff., je mit Hinweisen; vgl. auch Gottwald, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Bd. III, N. 41 zu Art. 5 EuGVÜ). Fehlt es aber mangels Feststellungsinteresses an einer Zuständigkeit bezüglich vertraglicher Ansprüche, kann am Erfüllungsort auch keine Annexzuständigkeit kraft Sachzusammenhangs bezüglich deliktischer Ansprüche bestehen.
3.5.3 Die Vorinstanz ging im Ergebnis zu Recht davon aus, dass sich die Klägerin mit der negativen Feststellungsklage nur gegen Ansprüche wehren kann, die tatsächlich zur Diskussion stehen. Insoweit erweist sich die Berufung als unbegründet.

4.
Zwischen den Parteien sind einzig Ansprüche aus unerlaubter Handlung im Sinne des autonom zu interpretierenden Art. 5 Ziff. 3 LugÜ streitig, d.h. Ansprüche, welche eine Haftung des angeblichen Schädigers begründen würden, die nicht an einen Vertrag im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 LugÜ anknüpft (BGE 125 III 346 E. 4a S. 348 mit Hinweisen). Die Klage auf Feststellung, dass die Klägerin für den von den Beklagten zum Ersatz beanspruchten Schaden nicht hafte, betrifft im Lichte von Art. 21 LugÜ denselben Anspruch wie die spiegelbildliche Klage der Gegenpartei auf Feststellung, dass die Klägerin für diesen Schaden hafte. Daher ist die negative Feststellungsklage, sofern der besondere Gerichtsstand von Art. 5 Ziff. 3 LugÜ gewählt wird, dort anzubringen, wo der bestrittene Anspruch nach Massgabe dieser Bestimmung auf positive Leistungsklage hin zu beurteilen wäre (BGE 125 III 346 E. 4b S. 349 mit Hinweisen).

4.1 Nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ kann eine Person mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat in einem anderen Vertragsstaat vor dem Gericht des Ortes verklagt werden, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist, wenn eine unerlaubte bzw. dieser gleichgestellte Handlung oder Ansprüche aus einer solchen Handlung den Gegenstand des Verfahrens bilden. Als eingetreten wird das schädigende Ereignis sowohl am Ort der Vornahme der deliktischen Handlung wie am Ort des Erfolgs anerkannt. Diese Zuständigkeit beruht nach ständiger Rechtsprechung darauf, dass eine besonders enge Beziehung zwischen der Streitigkeit und anderen Gerichten als denen des Ortes des Beklagtenwohnsitzes besteht, die aus Gründen einer geordneten Rechtspflege und einer sachgerechten Gestaltung des Prozesses eine Zuständigkeit dieser anderen Gerichte rechtfertigt, die am besten in der Lage sind, die erforderlichen Beweise zu erheben und den Streit zu entscheiden (BGE 132 III 778 E. 3 S. 783; vgl. auch Urteil des EuGH vom 10. Juni 2004 in der Rechtssache C-168/02, Rudolf Kronhofer gegen Marianne Maier und Kons., Slg. 2004, I-6009, Randnr. 15; Gottwald, a.a.O., N. 34 zu Art. 5 EuGVÜ, je mit Hinweisen). Daher steht das Wahlrecht zwischen den verschiedenen Gerichtsständen
grundsätzlich auch dem präsumtiven Schädiger zu (BGE 125 III 346 E. 4b S. 349; Kropholler, a.a.O., N. 93 zu

Art. 5 EuGVO/LugÜ; Geimer/ Schütze, a.a.O., N. 241 zu Art. 5 EuGVVO; Gottwald, a.a.O., N. 44 zu Art. 5 EuGVÜ, je mit Hinweisen; vgl. auch Schack, Gerechtigkeit durch weniger Verfahren, in IPRax 1996 S. 80 ff., S. 82).

4.2 Die Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage am Deliktsort ist in der Lehre nicht unumstritten (Ketilbjørn Hertz, Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention, Copenhagen 1998, S. 278 ff., Schlosser, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 2003, N. 15 zu Art. 5 EuGVVO, anders noch die Vorauflage: Schlosser EuGVÜ, München 1996, N. 15 zu Art. 5 EuGVÜ; vgl. auch Bernd von Hoffmann, Internationales Privatrecht, 6. Aufl., München 2000, § 3 Rz. 228 S. 130). Das Bundesgericht erachtet es jedenfalls dann als unbedenklich, den präsumtiven Schädiger das an sich dem Geschädigten zustehende Wahlrecht zwischen mehreren in Betracht fallenden örtlichen Zuständigkeiten ausüben zu lassen, wenn das angerufene Gericht in besonderer Beweis- und Sachnähe zu den zu beurteilenden Handlungen steht (BGE 125 III 346 E. 4b S. 349 mit Hinweis). Entsprechend wird in der Lehre auch die Meinung vertreten, die Zuständigkeit des durch den präsumtiven Schädiger gewählten Gerichts sei nur dann zu bejahen, wenn das dadurch für den Geschädigten weggefallene Wahlrecht durch die besondere Beweis- und Sachnähe kompensiert wird (Jegher, a.a.O., S. 68 mit Hinweisen). Diese Lehrmeinung begründet allerdings die in Art. 5 Ziff. 3 LugÜ vorgesehene Wahlmöglichkeit neben der Beweisnähe mit dem Interessenausgleich zu Gunsten der geschädigten Partei (Jegher, a.a.O., S. 68 mit Hinweisen), obgleich der EuGH diesen Aspekt in seinen Entscheiden nicht erwähnt (Reichardt, a.a.O., S. 87 ff. und S. 90; Geimer/Schütze, a.a.O., N. 240 zu Art. 5 EuGVVO; Donzallaz, La Convention de Lugano, Bd. 3, Rz. 5142 S. 377).

4.3 Das Bundesgericht geht zwar davon aus, dass die Wahlgerichtsstände nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ nicht im Interesse des Geschädigten, sondern aus Zweckmässigkeitsüberlegungen zur Verfügung stehen (BGE 123 III 414 E. 7b S. 430 mit Hinweis; anders Laurenz Uhl, Internationale Zuständigkeit gemäss Art. 5 Nr. 3 des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens, Diss. Bern 1999, S. 140; Jegher, a.a.O., S. 68; Geimer/Schütze, a.a.O., N. 202 zu Art. 5 EuGVVO). In der Lehre wird aber auch die Meinung vertreten, für die Annahme einer Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ/EuGVÜ sei generell (sogar mit Bezug auf den Geschädigten) eine besondere Sachnähe der angerufenen Gerichte zu verlangen (Reichardt, a.a.O., S. 111), ohne dass der Geschädigtenschutz zur Begründung herangezogen würde (vgl. Reichardt, a.a.O., S. 85 ff.).

4.4 Dass die Klage nach Wahl des Klägers sowohl bei dem Gericht des Ortes, an dem der Schaden eingetreten ist, als auch bei dem Gericht des Ortes des dem Schaden zugrunde liegenden ursächlichen Geschehens anhängig gemacht werden kann, beruht letztlich auf der Fiktion, dass zu beiden Orten eine besonders enge Beziehung besteht (Donzallaz, a.a.O., Rz. 5147 S. 379). Sowohl der Ort des ursächlichen Geschehens als auch der Ort der Verwirklichung des Schadenserfolges können für die gerichtliche Zuständigkeit eine kennzeichnende Verknüpfung begründen, da jeder von beiden je nach Lage des Falles für die Beweiserhebung und für die Gestaltung des Prozesses in eine besonders sachgerechte Richtung weisen kann (Urteil des EuGH vom 30. November 1976 in der Rechtssache 21/76, Handelskwekerij G. J. Bier B.V. gegen Mines de potasse d' Alsace, Slg. 1976, S. 1735, Randnr. 15 und 17 S. 1746).

4.5 Das Wahlrecht des Geschädigten erweist sich bezüglich der tatsächlichen Sachnähe des Gerichts insoweit als weniger problematisch, als es der Schädiger ist, der durch sein Verhalten den Handlungsort bestimmt und sich grundsätzlich darauf behaften lassen muss. Zudem wirken sich allfällige Beweisschwierigkeiten zu Lasten des Geschädigten aus, soweit dieser die Beweislast trägt. In der Lehre wird aber selbst mit Bezug auf den Geschädigten teilweise verlangt, das angerufene Gericht müsse sich tatsächlich als sachnah erweisen (Reichardt, a.a.O., S. 111), oder es wird eine Einschränkung des Wahlrechts zumindest dann gefordert, wenn der Geschädigte die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen durch Verstoss gegen Treu und Glauben selbst provoziert hat (Geimer/Schütze, a.a.O., N. 266 zu Art. 5 EuGVVO; Donzallaz, a.a.O., Rz. 5202 S. 395). Diese Problematik wird akzentuiert, wenn bei der negativen Feststellungsklage der potentielle Schädiger das Wahlrecht ausübt. Da dieser regelmässig den Handlungsort bestimmt, besteht ein entscheidender Unterschied zum Wahlrecht des Geschädigten, welches an vom Schädiger geschaffene Umstände anknüpft. Dem potentiellen Schädiger kann im Rahmen der negativen Feststellungsklage das Wahlrecht nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ nicht ungeachtet dessen gewährt werden, ob sich das angerufene Gericht tatsächlich als besonders sach-

nah erweist, da er sich andernfalls bei Handlungen, die von einem beliebigen Ort aus begangen werden können, durch geschickte Planung seiner Tat für die nachfolgende negative Feststellungsklage einen dem Geschädigten möglichst ungünstigen Gerichtsstand sichern könnte, was dem Zweck, eine sachgerechte Beweiserhebung und Gestaltung des Prozesses zu garantieren, diametral zuwiderliefe.

4.6 Dies bedeutet entgegen der Auffassung der Klägerin nicht, dass die Theorie des "forum non conveniens" verdeckt eingeführt würde, welche für die Zuständigkeitsordnung des Lugano Übereinkommens verworfen worden ist (BGE 129 III 295 E. 2.3 S. 300 mit Hinweis; vgl. auch Geimer/Schütze, a.a.O., N. 235 zu Art. 5 EuGVVO). Auch der Interessenausgleich zu Gunsten des Geschädigten braucht für die Rechtfertigung des Erfordernisses der Sachnähe nicht herangezogen zu werden. Dieses garantiert lediglich, dass der Schädiger von der Wahlmöglichkeit nach Art. 5 Ziff. 3 LugÜ keinen zweckwidrigen Gebrauch macht, um dem Geschädigten die Rechtsverfolgung zu erschweren (BGE 125 III 346 E. 4b S. 349; Jegher, a.a.O., S. 68; vgl. auch BGE 132 III 778 E. 3 S. 784, je mit Hinweisen). Insoweit ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden.

5.
Nach den Feststellungen der Vorinstanz werfen die Beklagten der Klägerin vor, diese habe durch ihre Vermittlungstätigkeit der Beklagten 1a wissentlich geholfen, den Beteiligten der Cash-Back-Aktionen eine in Wahrheit nicht gegebene versicherungsmässige Absicherung vorzuspiegeln und sie so zu nachteiligen Vermögensdispositionen zu veranlassen. Der Vorwurf des unerlaubten Handelns bezieht sich nicht auf die Vermittlung des Rückversicherungsvertrages, sondern auf das darauf folgende Zusammenspiel der Klägerin mit der Rückversicherungsgesellschaft im Zusammenhang mit dem "Hold Harmless Agreement". Im massgeblichen Zeitraum wurde die Geschäftstätigkeit von Münchenstein nach Basel verlegt. Das genaue Datum lässt sich nicht eruieren. Auf einem Kontoauszug datiert vom 9. Februar 1988 und auf einem Faxschreiben vom 23. Juni 1998, in welchem die Klägerin bestätigt, dass die Prämie für die Versicherung betreffend Cash-Back- Garantie bezahlt und die Police samt zugehöriger Vereinbarung gültig und in Kraft sei, findet sich die Adresse in Basel.

5.1 Die Vorinstanz kam zum Schluss, in Basel liege ein Handlungsort, was von den Beklagten auch anerkannt werde. Bezüglich des "Hold Harmless Agreements" liege der Schwerpunkt aber eindeutig in den Niederlanden, wo die konkursiten Gesellschaften ihr Domizil hätten, ihre Geschäftstätigkeit entfaltet und das angeblich in täuschender Weise vermarktete Cash-Back-System abgewickelt hätten. Entsprechend gestalte sich die Beurteilung der Ansprüche in Basel als schwierig, weshalb Basel hinsichtlich Beweis- und Sachnähe gegenüber dem Erfolgsort derart in den Hintergrund trete, dass ein Gerichtsstand in Basel gestützt auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ abzulehnen sei. Die Klägerin führt dagegen aus, sie habe keinerlei Tätigkeiten in den Niederlanden ausgeführt, und die einzige Kommunikation sei mit einem Fax von Basel nach Belgien erfolgt, während alle übrigen Handlungen der Klägerin in Basel stattgefunden hätten, so dass die wichtigsten Bezugspunkte der gegen sie erhobenen Vorwürfe in Basel lägen.

5.2 Art. 5 Ziff. 3 LugÜ findet auch auf Mittäter und Gehilfen Anwendung (Geimer/Schütze, a.a.O., N. 236 zu Art. 5 EuGVVO). Blosse Vorbereitungshandlungen begründen dagegen den Gerichtsstand des Handlungsortes nicht (BGE 125 III 346 E. 4c/aa S. 350 mit Hinweisen). Bei durch Fernschreiben begangenen Delikten liegt der Handlungsort dort, wo der Täter das Schreiben sendete (Geimer/Schütze, a.a.O., N. 251 zu Art. 5 EuGVVO). Im Zusammenhang mit Bankauskünften wird in der Literatur allerdings auch der Ort der Verbreitung als Handlungsort genannt (Czernich/Tiefenthaler/Kodek, Kurzkommentar Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht, EuGVO und Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Wien 2003, N. 82 zu Art. 5 EuGVO/LugÜ; Gottwald, a.a.O., N. 42 zu Art. 5 EuGVÜ).

5.3 Die Beklagten haben nach dem angefochtenen Urteil zugestanden, dass in Basel ein Handlungsort liegt, und davon geht auch die Vorinstanz aus. Der von den Beklagten gegen die Klägerin erhobene Vorwurf bezieht sich indessen auf deren behauptetes Zusammenwirken mit den übrigen Beteiligten zur Vortäuschung einer Versicherungsdeckung, und es steht der daraus entstandene Schaden zur Debatte. Dies verkennt die Klägerin, wenn sie ausführt, das Verhalten der Beklagten 1a und die Vermarktung des Cash-Back-Systems begründeten keine Sachnähe, da das Verhalten der Beklagten 1a eigenständig zu beurteilen sei. Nur in Würdigung des Tatbeitrags der Klägerin einerseits und der gesamten Cash-Back-Aktion andererseits erweist sich, ob Ansprüche der Be-

klagten gegenüber der Klägerin bestehen.

5.4 An welchem Ort beim Zusammenwirken mehrerer Personen die erforderliche Sachnähe gegeben ist, hängt davon ab, von welchen zwischen den Parteien strittigen Tatsachen, über die an einem Ort besser Beweis geführt werden kann als an einem anderen, die zu beurteilenden Forderungen abhängen. Steht fest, dass ein Delikt verübt wurde, und ist zwischen den Parteien lediglich streitig, ob und in welchem Umfang die belangte Partei dazu beigetragen hat, kann das Gericht am Ort, an welchem die belangte Partei tätig geworden sein soll, durchaus als sachnah erscheinen. Anders verhält es sich dagegen, wenn der Tatbeitrag des Belangten nicht umstritten ist oder sich, wie beispielsweise der Inhalt eines Schreibens, ortsunabhängig ermitteln lässt. Ist im Wesentlichen streitig, ob und inwiefern ein gegebener Tatbeitrag zu Handlungen anderer Personen eine Haftung begründet, ist das Zusammenwirken gesamthaft zu würdigen. Mit Blick darauf ist zu prüfen, ob für das durchzuführende Beweisverfahren eine besondere Sachnähe zum angerufenen Gericht besteht.

5.5 Die Sachnähe des Basler Gerichts wäre demnach zu bejahen, wenn es zu klären gälte, ob die Klägerin bestimmte Handlungen in Basel ausgeführt hat. Dass dies der Fall wäre, lässt sich den tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid indessen nicht entnehmen und legt die Klägerin in der Berufung nicht rechtsgenügend dar. Sie führt zwar aus, alle im Zusammenhang mit dem "Hold Harmless Agreement" relevanten Dokumente wie Korrespondenz, Akten, Handnotizen lägen in Basel und ein Prozess in den Niederlanden sei sehr aufwändig, da das niederländische Gericht alle Dokumente (und Auskunftspersonen und Zeugen) im Rechtshilfeverfahren beizubringen habe. Sie zeigt aber nicht auf, welche Behauptungen zwischen den Parteien umstritten sind, über die in Basel einfacher Beweis geführt werden könnte. Die Cash-Back-Aktion weist keinen direkten Bezug zu Basel auf. Sie wurde nicht in der Schweiz durchgeführt, sondern in den Niederlanden. Wenn die Vorinstanz davon ausgeht, die geforderte Sachnähe fehle, weil die Cash-Back-Aktion nicht die Schweiz betroffen habe, und dabei in Betracht zieht, dass der Sitz der Beklagten 1a in den Niederlanden liegt, wo auch der Schaden eingetreten ist, verletzt dies kein Bundesrecht, zumal die Klägerin weder
darlegt noch ersichtlich ist, inwiefern bezüglich ihres Tatbeitrags zwischen den Parteien strittige Behauptungen zur Debatte stehen, über die in Basel effizienter Beweis zu führen wäre.

5.6 Indem die Klägerin sich auf Art. 5 Ziff. 3 LugÜ beruft, verfolgt sie sachfremde Ziele, die dem Sinn dieser Bestimmung zuwiderlaufen. Unter diesen Umständen konnte die Vorinstanz ihre Zuständigkeit ohne Verletzung des LugÜ verneinen (BGE 125 III 346 E. 4b S. 349; 132 III 778 E. 3 S. 784; Jegher, a.a.O., S. 68, je mit Hinweisen; vgl. auch Geimer/Schütze, a.a.O., N. 266 zu Art. 5 EuGVVO; Donzallaz, a.a.O., Rz. 5202 S. 395).

6.
Damit erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Berufung wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 50'000.– wird der Klägerin auferlegt.

3.
Die Klägerin hat die Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt Fr. 60'000.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 13. März 2007
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: