[AZA 0]
4C.73/2000/rnd

I. ZIVILABTEILUNG
****

22. Juni 2000

Es wirken mit: Bundesrichterinnen und Bundesrichter Walter,
Präsident, Leu, Corboz, Klett, Rottenberg Liatowitsch und
Gerichtsschreiber Lanz.

_____

In Sachen
A._____, Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michel Haymann, Hottingerstrasse 17, Postfach, 8023 Zürich,

gegen
Bank X._____, Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marcel Giger, Zollikerstrasse 225, Postfach, 8034 Zürich,

betreffend
Bürgschaftsvertrag, Gerichtsstand (IPRG),
hat sich ergeben:

A.- Am 11. April 1990 unterzeichnete A._____ (Beklagter) einen öffentlich beurkundeten Solidarbürgschaftsvertrag, in welchem er sich gegenüber der Bank X._____ (Klägerin) verpflichtete, für Forderungen der Klägerin gegenüber der Z._____ Holding, Curacao, Netherland Antilles bis zum Höchstbetrag von sFr. 25 Millionen solidarisch zu haften. Die Solidarbürgschaft steht unbestrittenermassen im Zusammenhang mit einem Rückzahlungsanspruch der Klägerin aus einem mit der Z._____ Holding abgeschlossenen Lombardkreditvertrag vom 19. März/11. April 1990.

Der Bürgschaftsvertrag vom 11. April 1990 bestimmt in Ziffer 9, dass auf die Solidarbürgschaft schweizerisches Recht anzuwenden ist und allfällige Streitigkeiten ohne Rücksicht auf den jeweiligen Wohnsitz des Bürgen durch die Gerichte des Kantons Zürich beurteilt werden sollen.

B.- Mit Klage vom 1. Juli 1998 belangte die Klägerin den Beklagten gestützt auf den Bürgschaftsvertrag vom 11. April 1990 beim Bezirksgericht Zürich auf sFr. 1 Million nebst Zins. Mit Eingabe vom 28. Januar 1999 beantragte der Beklagte im Hauptstandpunkt, es sei die Klage mangels Zuständigkeit von der Hand zu weisen.

Das Bezirksgericht Zürich und das hierauf mit der Sache befasste Obergericht des Kantons Zürich wiesen die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit mit Beschlüssen vom 25. Februar 1999 bzw. 28. Januar 2000 ab.

C.-Der Beklagte hat gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2000 eidgenössische Berufung eingelegt. Darin beantragt er dem Bundesgericht, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und auf die Klage sei mangels Zuständigkeit nicht einzutreten; eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung der Zuständigkeit des Bezirksgerichts Zürich.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich um einen selbständigen Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts über die Zuständigkeit, der gemäss Art. 49 Abs. 1 OG wegen Verletzung bundesrechtlicher Zuständigkeitsvorschriften mit Berufung angefochten werden kann (BGE 124 III 382 E. 2a S. 385/6 mit Hinweis). Der Beklagte rügt, der Bejahung der Zuständigkeit durch die kantonalen Instanzen liege ein falsches Verständnis der massgebenden Bestimmungen des IPRG zugrunde. Die Berufung ist somit zulässig.

2.-Der Beklagte macht geltend, der Bürgschaftsvertrag sowie die darin enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung seien simuliert. Allenfalls sei die Bürgschaftserklärung infolge Täuschung und Drohung gemäss Art. 28/29 OR ungültig.

a) Nach Auffassung der Klägerin richten sich der Simulationseinwand sowie die behaupteten Willensmängel gleichzeitig gegen die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung und gegen den Bestand der Bürgschaft überhaupt. Es handle sich bei den Einwendungen des Beklagten somit um sog.
doppelrelevante Tatsachen. Unter Berufung auf BGE 122 III 249 hält sie daher dafür, dass im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung ausschliesslich auf die Behauptung der klagenden Partei abzustellen sei und eine Prüfung der beklagtischen Einwendungen erst bei der materiellen Beurteilung zu erfolgen habe. Die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte sei deshalb bereits aufgrund ihrer Behauptungen zu bejahen.

b) Eine Tatsache ist doppelrelevant, wenn sie sowohl für die Zulässigkeit der Klage als auch für deren Begründetheit erheblich ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine solche Tatsache nur einmal zu prüfen, und zwar erst bei der materiellen Beurteilung der Begründetheit der Klage. Decken sich Zulässigkeitstatsachen und Begründetheitstatsachen, ist für die Beurteilung der Zuständigkeitsfrage deshalb auf den von der Klägerin eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen, und es sind die diesbezüglichen Einwände der Gegenpartei in diesem Stadium grundsätzlich nicht zu prüfen (BGE 122 III 249 E. 3b/bb S. 252 mit Hinweisen).

Ist eine Tatsache hingegen nur für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, nicht aber für die materielle Begründetheit des eingeklagten Anspruchs notwendig (sog. zuständigkeitsbegründende oder einfachrelevante Tatsache, vgl. Vogel, ZBJV 133/1997 S. 765), ist darüber - wenn deren Vorhandensein von der Gegenpartei bestritten wird - Beweis zu führen (BGE 122 III 249 E. 3b/cc S. 252; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, N. 3 zu Art. 193 ZPO; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts,
6. Aufl. , S. 134 Rz. 103b; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl. , N 20a zu § 1 ZPO).

c) Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt eine vertragliche Gerichtsstandsvereinbarung eine selbständige, vom Vertragsganzen unabhängige prozessrechtliche Abrede dar. Aus dieser Autonomie der Gerichtsstandsklausel folgt, dass die Ungültigkeit des Hauptvertrages nicht notwendigerweise auch die Ungültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung zur Folge hat (BGE 121 III 495 E. 5c S. 499 mit Hinweisen). Somit kann eine Gerichtsstandsklausel zwischen den Parteien Rechtswirkungen selbst dann entfalten, wenn der Vertrag, in dem sie enthalten ist, unwirksam ist. Im vorliegenden Fall bedeutet die Bejahung der Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung damit nicht zwingend, dass auch der Bürgschaftsvertrag rechtswirksam ist.
Umgekehrt kann über die Begründetheit der klägerischen Forderung entschieden werden, ohne dass es darauf ankommt, ob die Parteien gültig einen Gerichtsstand in Zürich vereinbart haben. Aus diesem Grund liegt keine doppelrelevante Tatsache vor. Damit kann für die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit die Gültigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nicht bereits aufgrund der Behauptungen der Klägerin unterstellt werden (vgl. Knoepfler, Réflexions sur la théorie des faits doublement pertinents, AJP 7/1998 S. 790). Die Argumentation der Klägerin ist im Übrigen insofern widersprüchlich, als sie selber in der Berufungsantwort die Autonomie der Gerichtsstandsvereinbarung betont.

3.-Nach den Darlegungen der Vorinstanz kann dahingestellt bleiben, ob die Parteien gültig einen Gerichtsstand in Zürich vereinbart haben, da die zürcherischen Gerichte gestützt auf den Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäss Art. 113 IPRG auch bei fehlender Gerichtsstandsvereinbarung örtlich zuständig seien.

a) Der Beklagte erhebt gegen diese Sichtweise den grundsätzlichen Einwand, über die Gültigkeit eines Ver-

trages könnten nur die Gerichte am ordentlichen Gerichtsstand befinden; die Gerichte am mutmasslichen Erfüllungsort seien dafür nicht zuständig. Er stützt seine Rüge auf die in der Literatur vertretene Auffassung, wonach die Zuständigkeit des Gerichtes am Erfüllungsort nur dann gegeben sei, wenn die Leistung an diesem Ort erbracht werden soll. Dies setze voraus, dass die Leistung ihr Fundament in einem gültigen Vertrag habe. Stehe gerade die Gültigkeit des Vertrages in Frage, so solle darüber am ordentlichen Gerichtsstand und nicht am Erfüllungsort entschieden werden (Keller/Kren Kostkiewicz, IPRG-Kommentar, Zürich 1993, N. 19 zu Art. 113 IPRG; in diesem Sinn auch Dutoit, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987,
2. Aufl. , N. 3 zu Art. 113 IPRG).

b) Die vom Beklagten vertretene Ansicht hätte zur Folge, dass jeder am Erfüllungsort anhängig gemachten Leistungsklage die Einwendung entgegengehalten werden könnte, der Vertrag sei nicht gültig zustande gekommen, um die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes entfallen zu lassen. Damit jedoch würde, wie die Vorinstanz zutreffend darlegt, die Zuständigkeit am Erfüllungsort weitgehend ausgehöhlt (Amstutz/Vogt/Wang, Basler Kommentar, N. 11 zu Art. 113 IPRG; Patocchi, Das neue internationale Vertragsrecht der Schweiz, in: Schriftenreihe SAV, Band 7, Internationales Privatrecht/Lugano-Abkommen, Zürich 1989, S. 19).

Gegen die Auffassung des Beklagten spricht zudem der Gedanke der Harmonisierung der Regelungen des IPRG und des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275. 11). Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäss Art. 5 Ziff. 1 LugÜ steht nach herrschender Auffassung auch dann zur Verfügung, wenn der Bestand oder die Gültigkeit eines Vertrags in Frage stehen (BGE 122 III 298 E. 3a S. 299; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Aufl. , S. 113 Rz. 45k; Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl. , N. 10 zu Art. 5 EuGVÜ; Valloni, Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Lugano- und Brüsseler-Übereinkommen, Diss. Zürich 1997, S. 203). Begründet wird diese Rechtslage auch in Bezug auf das LugÜ damit, dass es bei anderer Betrachtungsweise genügen würde, dass der Beklagte das Bestehen einer gültigen vertraglichen Verpflichtung bestreitet, um den Gerichtsstand des Erfüllungsortes auszuschalten (BGE 122 III 298 E. 3a S. 299; Kropholler, a.a.O.).

Mit der Vorinstanz ist somit auch im Anwendungsbereich des IPRG davon auszugehen, dass - sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind - ein Gerichtsstand am Erfüllungsort gemäss Art. 113 IPRG selbst bei bestrittener Gültigkeit des in Frage stehenden Vertrages zur Verfügung steht (so auch das Handelsgericht des Kantons Zürich in einem Beschluss vom 9. Januar 1996, ZR 95/1996 S. 300).

4.-Die Vorinstanz erwog, es könne offen bleiben, ob der Erfüllungsort gemäss Art. 113 IPRG nach der lex fori oder der lex causae bestimmt werden müsse, da beide Vorgehensweisen zum gleichen Ergebnis - Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts - führten. Der Beklagte macht demgegenüber geltend, der Erfüllungsort sei nach ecuadorianischem Recht als massgebender lex causae zu ermitteln.

a) Entgegen der Auffassung des Beklagten verweist neben der lex fori auch die lex causae auf das schweizerische Recht, und dies selbst dann, wenn die in den Vertrag aufgenommene Rechtswahlklausel unbeachtet bleibt.

aa) Bei Bürgschaften gilt als charakteristische Leistung die Leistung des Bürgen (Art. 117 Abs. 3 lit. e IPRG). Somit untersteht gemäss Art. 117 Abs. 1 und 2 IPRG der streitige Bürgschaftsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Beklagte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Als massgebender Zeitpunkt für die Bestimmung des Aufenthaltsortes gilt dabei nach herrschender Auffassung grundsätzlich der Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Ausnahmsweise kann namentlich bei Dauerschuldverhältnissen die Änderung des Aufenthaltes des Erbringers der charakteristischen Leistung einen Statutenwechsel bewirken (Dutoit, a.a.O., N. 49 zu Art. 117 IPRG; Amstutz/Vogt/Wang, a.a.O., N. 82 zu Art. 117 IPRG; Keller/Kren Kostkiewicz, a.a.O., N. 154 zu Art. 117 IPRG).

bb) Der Beklagte hält dafür, bei der in Frage stehenden Bürgschaft handle es sich aufgrund des Akzessorietätsprinzips um ein Dauerschuldverhältnis, da auch die gesicherte Hauptschuld als Dauerschuldverhältnis aus-

gestaltet sei. Demnach sei zur Bestimmung des anwendbaren Rechts auf den heutigen Wohnsitz des Beklagten, welcher sich in Ecuador befinde, abzustellen und zur Bestimmung des Erfüllungsortes ecuadorianisches Recht anzuwenden.

Die Rüge des Beklagten geht fehl. Im Gegensatz zu Dauerschuldverhältnissen verlangt die Bürgschaft weder ein fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten des Bürgen noch hängt der Gesamtumfang der vom Bürgen geschuldeten Leistung von der Zeit ab, während der die Bürgschaft besteht (vgl. dazu statt vieler Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. , Rz.
94/5; Merz, Obligationenrecht, in: Schweizerisches Privatrecht Band VI/1, Basel etc. 1984, S. 128). Vielmehr trifft den Bürgen eine bedingte Pflicht zu einer bloss einfachen Leistung (Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 13 Anm. 4). Die Vorinstanz hat damit die Bürgschaft zu Recht nicht als Dauerschuldverhältnis qualifiziert und auf den schweizerischen Wohnsitz des Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt. Auch die lex causae verweist demnach zur Ermittlung des Erfüllungsortes auf schweizerisches Recht.

Damit macht es im vorliegenden Fall keinen Unterschied, ob zur Ermittlung des Erfüllungsortes auf die lex fori oder die lex causae abgestellt wird. Das Obergericht hat die Frage somit zu Recht offen gelassen.

5.-Mit der Vorinstanz und der herrschenden Lehre ist davon auszugehen, dass Erfüllungsort für Leistungen aus einem Bürgschaftsvertrag nach allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen der Wohnsitz bzw. der Sitz des Gläubigers - in casu also Zürich - ist (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR; BGE 50 III 168 E. 2 S. 172; Pestalozzi, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 492 OR; Giovanoli, Berner Kommentar, N. 21a zu Art. 492 OR; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N. 47 zu Art. 492 OR; Beck, Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich 1942, N. 47 der Einleitung; a.M. Becker, Berner Kommentar, N. 25 zu Art. 492 OR). Die Vorinstanz hat daher die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte zu Recht bejaht.

6.-Damit erweisen sich die vom Beklagten vorgebrachten Rügen als unbegründet. Die Berufung ist deshalb abzuweisen.
Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird abgewiesen, und der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 28. Januar 2000 wird bestätigt.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000– wird dem Beklagten auferlegt.

3.- Der Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 10'000.– zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht, I. Zivilkammer, des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 22. Juni 2000

Im Namen der I. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: