

VON MEISS BLUM & PARTNER
RECHTSANWÄLTE

EINSCHREIBEN

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Hirschengraben 15
8001 Zürich

16. Dezember 2003 A/csu
101634/06/000026.doc

Prozess Nr. LB020073

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren Oberrichter

In Sachen

Tarapaca Investments Ltd.,
Westwind Building, P.O. Box 1111, 7450 Grand Cayman Island, BVI
Zustelladresse: R. Thomas Westermeier, c/o Frau R.E. Pilgram-Westermeier,
Im Acker, 3416 Affoltern i.E./BE

Klägerin, Widerbeklagte, Erstappellantin und Zweitappellatin
(nachfolgend „Klägerin“ genannt)

gegen

Bank Sarasin & Cie AG,
Elisabethenstrasse 62, 4051 Basel,
Zweigniederlassung Zürich, Löwenstrasse 11, 8022 Zürich,

Beklagte, Widerklägerin, Zweitappellantin und Erstappellatin
(nachfolgend „Beklagte“ genannt)

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Albrecht Langhart, von Meiss Blum & Partner,
Usterstrasse 14, Postfach 1229, 8021 Zürich,

DR. FLORIAN VON MEISS LL.M., DR. CLAUDE BLUM M.C.L., DR. ALBRECHT LANGHART LL.M.,
DR. ANDRÉ WAHRENBERGER LL.M., DR. ROLF SCHMID M.C.L., WALTER H. BOSS LL.M., DR. FLORIAN S. JÖRG M.C.J.,
ADRIAN HIRZEL LL.M., OLIVER ARTER, MICHAEL NOTH, DR. STEFAN KOLLER, KATJA WILLBORN,
FRANZISKA BITZI, STEFAN WEHRENBURG, ZSOLT ZSIGRAY, CHRISTIAN SUTTER LL.M.,
PROF. DR. ANDREAS R. ZIEGLER LL.M. (NICHT ALS RECHTSANWALT ZUGELASSEN)

MITGLIEDER DES SCHWEIZERISCHEN ANWALTSVERBANDES
EINGETRAGEN IM ANWALTSREGISTER

betreffend

Forderung / Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
16. September 2002 (Prozess Nr. CG990332)

beziehe ich mich auf die schriftliche Berufungserklärung der Beklagten an das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, vom 2. Oktober 2002, den Berufungsrückzug der Klägerin vom 13. Oktober 2003 im Erstberufungsverfahren und den Beschluss des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 15. Oktober 2003, und reiche Ihnen hiermit im Zweitberufungsverfahren namens und auftrags der Beklagten innert erstreckter Frist die

BERUFUNGSSCHRIFT

im Sinne von § 264 Abs. 1 ZPO ein und stelle folgende

BERUFUNGSANTRÄGE:

Hauptanträge:

- „1. Es sei Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 16. September 2002 (Prozess Nr. CG990332) wie folgt abzuändern:

„Die Hauptklage wird vollumfänglich abgewiesen.“

2. Es sei Dispositiv Ziffer 2 a) des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 16. September 2002 (Prozess Nr. CG990332) wie folgt abzuändern:

„In Gutheissung von Ziffer 1 des Widerklagebegehrens wird festgestellt, dass die Vereinbarung zwischen der GiroCredit Bank (Schweiz) AG und der GiroCredit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen vom 20./22. September 1994 keine weder ganze noch teilweise Verwertung von Vermögenswerten für Rechnung des Kredites und keine weder ganze noch teilweise Tilgung des Kredites, an dem die Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag zwischen den Parteien vom 11. März 1983 eine Unterbeteiligung erworben hatte, darstellte und keine Fälligkeit von Forderungen der Klägerin gegenüber der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin bewirkte.

In Gutheissung von Ziffer 2 (teilweise) des Widerklagebegehrens wird festgestellt, dass die Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag zwischen den Parteien vom 11. März 1983 per Datum der Einreichung der Klage bezüglich des Nominalwertes von USD 380'000.00 keine fällige Forderung gegen die Beklagte besitzt.

In Gutheissung von Ziffer 3 des (abgeänderten) Widerklagebegehrens wird festgestellt, dass die Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag zwischen den Parteien vom 11. März 1983 per Datum 25. März 2002 gegen die Beklagte lediglich einen noch nicht fälligen, dem Unterbeteiligungsvertrag entsprechend anteilmässigen Anspruch auf den Erlös aus der Verwertung folgender Vermögenswerte besitzt:

- ein unter den Parteien als „Liegenschaft Karavostassi“ bekanntes Grundstück in Kato Achaia, Griechenland.

3. Es sei Dispositiv Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 16. September 2002 (Prozess Nr. CG990332) wie folgt abzuändern:

„Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sowie des Verfahrens FO981082 (Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen) werden vollumfänglich der Klägerin auferlegt und soweit möglich von den von der Klägerin im vorliegenden wie im Verfahren FO981082 geleisteten Prozesskautionen und Barvorschüssen bezogen. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides werden der Klägerin ein allfälliger Überschuss aus deren Kautions- und Vorschussleistungen ausbezahlt und der Beklagten deren gesamte Kautions- und Vorschussleistungen zurückerstattet, je auf erstes Verlangen an die gegenüber der Gerichtskasse bezeichneten Zahlstellen.“

4. Es sei Dispositiv Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 16. September 2002 (Prozess Nr. CG990332) wie folgt abzuändern:

„Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das vorliegende Verfahren sowie für das Verfahren FO981082 (Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen) eine Prozessentschädigung von insgesamt CHF 81'600.00 zuzüglich MwSt. zu bezahlen.“

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen bezüglich Berufungsverfahren zulasten der Klägerin.“

Eventualanträge:

„Es sei Dispositiv Ziffer 2 a) des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 16. September 2002 (Prozess Nr. CG990332) wie folgt abzuändern bzw. zu ergänzen:

„In teilweiser Abweisung der Widerklage (bezüglich Ziffer 1, Ziffer 2 teilweise und Ziffer 3) wird festgestellt, dass im Umfang von maximal USD 359'924.14 seit dem 22. September 1994 eine fällige Forderung der Klägerin gegen die Beklagte besteht, akonto welcher die Beklagte der Klägerin am 19. März 2002 bereits EUR 28'432.66 bezahlt hat.“

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen bezüglich Berufungsverfahren zulasten der Klägerin.“

B E G R Ü N D U N G :

I. EINLEITUNG

1. Der Einfachheit halber werden in dieser Berufungsschrift die Klägerin, Widerbeklagte, Erstappellantin und Zweitappellatin als „Klägerin“ sowie die Beklagte, Widerklägerin, Zweitappellantin und Erstappellatin als „Beklagte“, und ferner das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, als „Vorinstanz“ bezeichnet.
2. Die Beklagte bestreitet sämtliche von der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Ausführungen und Behauptungen, soweit sie nicht im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens oder in dieser Berufungsschrift ausdrücklich anerkannt werden oder sich mit den hierin gemachten Darstellungen decken.
3. Die Beklagte offeriert für ihre Vorbringen und Rügen, soweit sie die Beweislast trifft, den vollumfänglichen und rechtsgenügenden Beweis, auch dort, wo nachfolgend eine Beweisofferte nicht ausdrücklich gemacht wird, und behält sich die Ergänzung ihrer Vorbringen und die Bezeichnung weitere Beweismittel vor.
4. Sofern in dieser Berufungsschrift neue Vorbringen gemacht und Beweismittel nachträglich bezeichnet bzw. beigebracht werden, handelt es sich um zulässige Noven im Sinne von § 267 Abs. 1 ZPO (in Verbindung mit §§ 115 und 138 ZPO).
5. Das Erstberufungsverfahren ist durch Beschluss des Obergerichtes des Kantons Zürich (nachfolgend „Obergericht“) vom 15. Oktober 2003 als durch Rückzug der Berufung erledigt abgeschrieben worden. Wenn in dieser Berufungsschrift auf das „Berufungsverfahren“ oder die „Berufung“ verwiesen wird, sind damit ausschliesslich das Zweitberufungsverfahren bzw. die Zweitberufung gemeint.
- 5a. Wo in dieser Berufungsschrift der Einfachheit halber im Zusammenhang mit dem Unterbeteiligungsvertrag zwischen den Parteien vom 11. März 1983 von Anteilen von 85,4 % bzw. 14,6 % gesprochen wird, ist das effektive Nominalverhältnis von USD 2,6 Mio zu USD 380'000.00 gemeint, das von der Beklagten nicht bestritten wird.

II. FORMELLES

6. Der Unterzeichnete ist zur anwaltlichen Vertretung der Beklagten berechtigt und gehörig bevollmächtigt.

BO: Vollmacht vom 30. Juli 2002

bei den Akten

7. Diese Berufung richtet sich gegen das Urteil der Vorinstanz im ordentlichen Verfahren vom 16. September 2002 (Prozess Nr. CG990332, nachfolgend „erstinstanzliches Urteil“). Gegen dieses Endurteil ist die Berufung zulässig (§ 259 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO).
8. Das Obergericht ist zur Entgegennahme und Behandlung der Berufungsschrift und zum Entscheid über die Berufungsanträge örtlich und sachlich zuständig (Art. 3 Abs. 1 lit. b GSchG, § 17 Abs. 1 ZPO iVm § 43 Abs. 1 GVG).
9. Die Beklagte ist als Partei des erstinstanzlichen Urteils zur Berufung legitimiert (vgl. auch Dispositiv Ziffer 7 des Urteils).

BO: Urteil BGZ vom 16. September 2002

Beilage 1

10. Die Beklagte ist durch das erstinstanzliche Urteil beschwert, weshalb auf die Berufung einzutreten ist (§ 51 Abs. 2 ZPO). Das Urteilsdispositiv weicht offensichtlich von den erstinstanzlichen Rechtsbegehren der Beklagten ab und beeinträchtigt diese in ihrer materiellen Rechtsstellung.

BO: Urteil BGZ vom 16. September 2002

Beilage 1

11. Die mit Beschluss des Obergerichtes vom 15. Oktober 2003 der Beklagten zur Einreichung der Berufungsschrift angesetzte Frist ist mit Verfügungen des Obergerichtes vom 6. bzw. 27. November 2003 bis und mit 16. Dezember 2003 erstreckt worden (Verfügung OGZ vom 6. November 2003).

Mit Einreichung dieser Berufungsschrift am heutigen Tag ist diese Frist gewahrt.

12. Diese Berufungsschrift enthält die Berufungsanträge der Beklagten und die Begründung der Anträge. Damit sind die Formvorschriften von § 264 Abs. 1 ZPO gewahrt.
13. Das erstinstanzliche Urteil und dessen Begründung wird nur im Umfang der Berufungsanträge und deren Begründung in dieser Berufungsschrift angefochten (§ 260 Abs. 1 ZPO). Im übrigen Umfang wird das erstinstanzliche Urteil nicht angefochten.

III. MATERIELLES

A. Umfang der Berufung

a) *Nicht Anfechtungsgegenstand*

14. Nicht Anfechtungsgegenstand dieser Berufung ist Dispositiv Ziffer 2 b) des vorinstanzlichen Urteils.
15. Die Beklagte hat den Eindruck, dass sich die Vorinstanz im ersten Teil der Begründung des Urteils bis auf Seite 26 sorgfältig mit dem umfangreichen Sachverhalt auseinander gesetzt und das Recht bis dorthin zutreffend angewendet hat.
16. Nicht bemängelt werden mit dieser Berufung deshalb die folgenden Ziffern bzw. Teile der erstinstanzlichen Urteilsbegründung, die soweit wesentlich als Vorbringen der Beklagten dieser Berufungsbegründung zugrunde gelegt seien:
 - Ziffer I.1., Darstellung der Prozessgeschichte (S. 3 – 4);
 - Ziffer I.2., Darstellung des Streitverhältnisses (S. 5 – 6);
 - Ziffer II.1., Feststellung der Zulässigkeit der Widerklage (S. 7 – 8);
 - Ziffer II.2., Feststellung der Zulässigkeit der Änderung des Widerklagerechtsbegehrens (S. 9 – 10);

- Ziffer III.1.1., Rechtliche Qualifikation des Unterbeteiligungsvertrages zwischen den Parteien vom 11. März 1983 (nachfolgend „Unterbeteiligungsvertrag“) als stille einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 ff. OR (nachfolgend „Einfache Gesellschaft“, S. 10 – 13);
- Ziffer III.1.2. (vor allem Ziffer III.1.2.b.cc, S. 16; und Ziffer III.1.2.e.aa, S. 20), Feststellung der umfassenden Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Beklagten aus dem Unterbeteiligungsvertrag betreffend alle auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks gerichteten tatsächlichen und rechtlichen Massnahmen, sowie Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zur Anerkennung und Akzeptierung aller durch die Beklagte ergriffenen Massnahmen (S. 13 – 20), mit Ausnahme der bestrittenen und unzutreffenden Feststellung betreffend die Liquidation der Einfachen Gesellschaft (Ziffer III.1.2.e.bb, S. 20);
- Ziffer III.2.2., Verneinung einer Schadenersatzpflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin unter allen von dieser geltend gemachten Titeln, namentlich aus Zinsverzicht, Verwertung von Sicherheiten, unsorgfältiger Geschäftsführung, Gewinnverteilung und anderen vertraglichen und ausservertraglichen Titeln (S. 20 – 26).

b) Anfechtungsgegenstand

17. Anfechtungsgegenstand dieser Berufung sind Dispositiv Ziffer 1, Ziffer 2 a), Ziffer 4 und Ziffer 5 des erstinstanzlichen Urteils.
18. Bemängelt wird mit dieser Berufung, dass die Vorinstanz im zweiten Teil der Begründung des Urteils ab Seite 27 (ab Ziffer III.3.) nicht vom aktenkundigen bzw. nachgewiesenen Sachverhalt ausgegangen ist, sich nicht oder nicht ernsthaft mit wesentlichen Vorbringen und Behauptungen der Beklagten in deren Rechtsschriften auseinandergesetzt hat sowie in Hauruck-Manier mit teils fehlender, teils klares materielles Recht verletzender Begründung zu einem falschen Urteil bezüglich der Widerklagerechtsbegehren Ziffer 1, Ziffer 2 (erster Teil) und Ziffer 3 gelangt ist.
19. Insbesondere rügt die Beklagte, dass die Vorinstanz in Ziffer III.3.3.a. der Urteilsbegründung (S. 33 – 35) von einem falschen Inhalt der Vereinbarung zwi-

schen der GiroCredit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen (nachfolgend „GC Wien“) und der GiroCredit Bank (Schweiz) AG (nachfolgend „GC Zürich“) vom 20./22. September 1994 (nachfolgend „September-Vereinbarung“) ausgegangen ist und aus der September-Vereinbarung die falschen rechtlichen Schlüsse gezogen hat.

20. Weiter rügt die Beklagte, dass die Vorinstanz aufgrund falscher tatsächlicher Annahmen und falscher rechtlicher Schlüsse in Ziffer III.4 der Urteilsbegründung (S. 36 – 37) zu einem falschen Fazit gelangt ist und gestützt darauf zu Unrecht die Hauptklage gutgeheissen und die Widerklage im Umfang von USD 359'924.14 abgewiesen hat.
21. Als Folge der ersten beiden Rügen rügt die Beklagte auch die hälftige Kostenauf-
lage an die Beklagte und das Wett schlagen der Prozessentschädigungen in Ziffer IV.2. (S. 37 – 38).
22. Auf diese Rügen ist nunmehr im Rahmen der ausführlichen Begründungen der Haupt- und der Eventualberufungsanträge der Beklagten näher einzugehen.

B. Begründung des Berufungs-Hauptantrages

a) *Hauptantrag Ziffer 1: Vollumfängliche Abweisung der Hauptklage*

23. Die Klägerin verlangt mit ihrem Klagerechtsbegehren vom 27. Oktober 1998 die Bezahlung von CHF 8'100.00. Gemäss Klagebegründung macht sie diesen Anspruch unter zwei Rechtstiteln geltend, einerseits als Schadenersatz aus Vertragsverletzung (CHF 4'000.00) und andererseits als Erlösverteilung aus der Verwertung von Sicherheiten (CHF 4'100.00). Eventualiter verlangt sie für den Fall der Abweisung eines Teilanspruchs unter dem einen Titel denselben Teilanspruch zusätzlich unter dem anderen Titel (Klageschrift vom 27. Oktober 1998, S. 2 f.).
24. Die Vorinstanz hat zu Recht eine Schadenersatzpflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin unter allen von dieser geltend gemachten Titeln verneint und die

Widerklage im entsprechenden Umfang gutgeheissen (vgl. Begründung S. 20 – 26 und Dispositiv Ziffer 2 b) des erstinstanzlichen Urteils).

25. Daraus folgt, dass die Vorinstanz ausschliesslich unter dem Titel Erlösverteilung aus der Verwertung von Sicherheiten eine Leistungspflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin bejaht und die Hauptklage (je teilweise im Haupt- und Eventualbegehren) gutgeheissen sowie die Widerklage im entsprechenden Umfang abgewiesen hat.
26. Daraus muss aber weiter folgen, dass vom Obergericht, sofern dieses aufgrund der nachstehenden Begründung zu Hauptantrag Ziffer 2 zur Feststellung gelangen wird, dass bis heute unter besagtem Titel Erlösverteilung aus der Verwertung von Sicherheiten keine fällige Forderung der Klägern gegenüber der Beklagten besteht, die Hauptklage vollumfänglich abzuweisen sowie die Widerklage auch in diesem Umfang gutzuheissen ist. Eine solche vollumfängliche Abweisung der Hauptklage wird daher mit Berufungs-Hauptantrag Ziffer 1 anbegehrt.
- b) *Hauptantrag Ziffer 2: Vollumfängliche Gutheissung von Ziffer 1, Ziffer 2 (erster Teil) und Ziffer 3 der Widerklage*
27. Die Vorinstanz hat zu Unrecht nicht festgestellt, dass die September-Vereinbarung keine weder ganze noch teilweise Verwertung von Sicherheiten für Rechnung des Problemkredites Iniochos und keine weder ganze noch teilweise Tilgung des Problemkredites Iniochos darstellte sowie keine Fälligkeit von Forderungen der Klägerin gegenüber der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin bewirkte.
- aa) *Fehlende bzw. falsche Beurteilung der September-Vereinbarung*
28. Die September-Vereinbarung zwischen GC Wien und GC Zürich von 1994 bildet, nebst dem Unterbeteiligungsvertrag zwischen den Parteien von 1983, die zentrale Grundlage für die rechtliche Beurteilung der mit der Widerklage erhobenen Feststellungsbegehren der Beklagten (vgl. Klageschrift S. 3; Klageantwort/Widerklage S. 51 – 55, 65 – 67; Replik/Widerklageantwort S. 28 – 33, 39 – 40; Duplik/Widerklageduplik S. 16 – 25, 35 – 36; Widerklageduplik S. 6, 9).

29. Ungeachtet der eminenten Bedeutung der September-Vereinbarung hat es die Vorinstanz im Rahmen der Urteilsbegründung unerklärlicherweise nicht für notwendig erachtet, den Inhalt der September-Vereinbarung sorgfältig und in rechtlich korrekter Weise abzuklären und zu beurteilen. Stattdessen hat sich die Vorinstanz diesbezüglich mit einer einzigen pauschalen und falschen Feststellung begnügt, nämlich dass es im Verhältnis der Gesellschafter der Einfachen Gesellschaft aus dem Unterbeteiligungsvertrag (Klägerin und Beklagte) keine Rolle spielen dürfe, ob Ziel und Zweck der September-Vereinbarung in der Verwertung der Sicherheiten aus dem Problemkredit Iniochos oder aber in einer internen Risikoübertragung von der Tochtergesellschaft (GC Zürich) auf die Muttergesellschaft (GC Wien) lägen (S. 33 – 34). Damit hat die Vorinstanz klares materielles Recht und wesentliche Verfahrensgrundsätze verletzt, wie nun aufgezeigt wird.

(i) Verletzung von Art. 18 Abs. 1 OR: Nichtbeachtung des empirischen wirklichen Willens der Parteien der September-Vereinbarung

30. Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages vom übereinstimmenden wirklichen Wille der vertragsschliessenden Parteien auszugehen. Mit dieser Bestimmung schreibt das Gesetz den Vorrang des empirisch (subjektiv) übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien vor; es enthält implizit ein Verbot der Buchstabeninterpretation.¹ Steht der übereinstimmende wirkliche Wille fest, bleibt kein Raum mehr für eine weitere Auslegung nach dem Vertrauensprinzip.²
31. Die Vorinstanz hat sich in der Urteilsbegründung (S. 33 – 35) einfach über den empirisch übereinstimmenden wirklichen Wille der vertragsschliessenden Parteien der September-Vereinbarung hinweg gesetzt, bzw. hat überhaupt auf eine Ermittlung des wirklichen Willens der Vertragsparteien verzichtet. Damit hat die Vorinstanz das klare materielle Recht von Art. 18 Abs. 1 OR verletzt.

¹ vgl. BGE 109 II 225

² BGE 114 II 334

32. Hätte die Vorinstanz korrekt den empirisch übereinstimmenden wirklichen Willen der Vertragsparteien der September-Vereinbarung ermittelt, hätte sie ohne weiteres zum Schluss kommen müssen, dass Ziel und Zweck der September-Vereinbarung allein in einer rein konzerninternen Risikoübertragung des Risikoanteiles von GC Zürich auf GC Wien zur Bilanzsanierung der Beklagten bestanden, und nicht in einer Verwertung von Sicherheiten für Rechnung des Problemkredit Iniochos.
33. Zur Ermittlung des empirisch übereinstimmenden wirklichen Willens der Vertragsparteien ist auf die bei Vertragsabschluss tatsächlich vorhandene Willensmeinung, die wirklichen Absichten und Interessen der Vertragsparteien abzustellen.³ Massgebend ist also ausschliesslich die Willensmeinung der Beklagten und ihrer Muttergesellschaft (GC Zürich und GC Wien) als einzige Vertragsparteien der September-Vereinbarung (vgl. Beilage 38 zur Klageantwort/Widerklage); auf das Verständnis der Klägerin kommt es dagegen nicht an, weil diese nicht Partei der September-Vereinbarung war⁴, bzw. weil diese unbestrittenermassen nie ihre Zustimmung zu einer angestrebten offenen Schuldübernahme im Sinne von Ziffer 6 der September-Vereinbarung erteilt hat.
34. Die Parteien der September-Vereinbarung, also GC Wien und GC Zürich, sind sich bezüglich ihres empirisch (subjektiv) übereinstimmenden wirklichen Willens bzw. bezüglich des Inhaltes der September-Vereinbarung unbestrittenermassen vollständig einig. Nach der übereinstimmenden tatsächlichen Willensmeinung von GC Wien und GC Zürich wurde durch die wirtschaftliche und risikomässige Übertragung der Sicherheiten von der Beklagten auf die Muttergesellschaft keine Verwertung der Sicherheiten und keine Tilgung des Problemkredites Iniochos beabsichtigt oder vereinbart, sondern lediglich eine konzerninterne Risikoübernahme durch GC Wien zu Sanierungszwecken von GC Zürich. Es kann hiezu verwiesen werden auf die ausführlichen Darlegungen der Beklagten in der Klage-

³ OR-Wiegand Art. 18 N 11; Schwenzer, Schweiz. Obligationenrecht, AT, Bern 2000, N 33.02 ff.

⁴ OR-Wiegand Art. 18 N 9

antwort/Widerklage (S. 50 – 55), der Duplik/Widerklagereplik (S. 16 – 25) und der Schlusseingabe der Beklagten vom 17. Mai 2002 (S. 5 – 6), sowie auf die von der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Beweisunterlagen, namentlich auf das Schreiben der Ersten Bank der Österreichischen Sparkassen AG vom 15. Juni 1998 (Beilage 36 zur Klageantwort/Widerklage), das Schreiben von Dr. Michael Neumayr an die Bezirksanwaltschaft Hinwil vom 13. Januar 1999 (Beilage 2 zur Duplik/Widerklagereplik) und das Schreiben der Bezirksanwaltschaft Hinwil an Dr. Neumayr vom 10. Dezember 1998 (Beilage 3 zur Duplik/Widerklagereplik), ferner auch auf S. 25 des Beschlusses des Obergerichtes des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 12. Juni 2002 (im Prozess UN010037, Einstellung der Untersuchung).

(ii) *Verletzung von Art. 18 Abs. 1 OR: Fehlende bzw. unzutreffende Ermittlung des mutmasslichen wirklichen Willens der Parteien der September-Vereinbarung*

35. Hätte die Vorinstanz jedoch am dargestellten und bestehenden empirischen (subjektiven) wirklichen Willen der Vertragsparteien der September-Vereinbarung Zweifel gehabt, so hätte sie die September-Vereinbarung als weiteren Schritt lege artis auslegen und nach dem normativen (objektivierten) mutmasslichen Willen der vertragsschliessenden Parteien forschen müssen.⁵ Dies hat die Vorinstanz in Verletzung von Art. 18 Abs. 1 OR ebenfalls nicht getan.
36. Zur Ermittlung des wirklichen Willens, den GC Wien und GC Zürich beim Abschluss der September-Vereinbarung gehabt haben, hätte die Vorinstanz zunächst auf den Wortlaut der Vereinbarung abstellen müssen. Weiter hätte die Vorinstanz die Entstehungsgeschichte der Vereinbarung, das Verhalten der Vertragsparteien vor, bei und nach Abschluss der Vereinbarung, die Interessenlage, in der sich die

⁵ Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 1201

Parteien mit Bezug auf die zu gestaltende Vertragsbeziehung befunden haben, und den Vertragszweck berücksichtigen müssen. ⁶

37. Zudem hätte die Vorinstanz beachten müssen, dass GC Wien und GC Zürich in einem Konzernverhältnis zueinander standen, und dass in Konzernverhältnissen der Grundsatz gilt, dass bei der Auslegung von Verträgen vielmehr von Parteiwille, Sinn und Zweck eines Vertrages und der spezifischen Interessenlage auszugehen ist, als von der getrennten Rechtspersönlichkeit der Vertragspartner. ⁷
38. Grundlage der Auslegung hätte der Wortlaut der September-Vereinbarung bilden müssen. ⁸ Dieser enthält in der Präambel unter anderem die Vorbemerkungen (vgl. Beilage 38 zur Klageantwort/Widerklage), dass:
- GC Zürich am 30. September 1982 einer griechischen Gesellschaft mit dem Namen „Iniochos Shipping Company“ einen Kredit von nominal USD 2'600'000.00 eingeräumt hat, wovon per Stichtag USD 2'465'233.97 ausstehend sind;
 - an dieser Kreditposition gemäss dem Risikobeteiligungsvertrag der Parteien vom 15. Februar 1994 eine stille Risikobeteiligung von GC Wien im Umfang von 100% des Ausstandes, mithin USD 2'465'233.97 besteht;
 - gemäss Vereinbarung vom 11. März 1983 einer Gesellschaft mit Sitz auf Grand Cayman, Cayman Islands, namens Tarapaca Investments Ltd., eine stille Unterbeteiligung an der Kreditposition im Umfang von nominal USD 380'000.00 zusteht;

⁶ OR-Wiegand Art. 18 N 19, 26 ff; Gauch/Schluep/Schmid/Rey N 1205 ff.

⁷ vgl. A. Bosman, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984, S. 208 ff.; E. Rehbinder, Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, S. 195 ff.

⁸ OR-Wiegand Art. 18 N 19

- GC Zürich aus dem Zuger Agreement und dem Berner Agreement mit jeweils verschiedenen Drittparteien Sicherheiten erhalten sollte, und
 - die Parteien diese Position vollumfänglich an GC Wien zu übertragen wünschen.
39. Bereits aus dem Wortlaut der Präambel (u.a. „dass die Parteien diese Position [= die Position der Beklagten] vollumfänglich auf GC Wien zu übertragen wünschen“) hätte die Vorinstanz mit Bezug auf den wirklichen Willen der Vertragsparteien bzw. den Inhalt der September-Vereinbarung erkennen können und müssen, dass die Beklagte mit dieser Vereinbarung nicht nur Rechte (Aktiven), sondern vor allem auch sämtliche Pflichten (Passiven) aus dem Unterbeteiligungsverhältnis auf die Muttergesellschaft übertrug, d.h. dass GC Wien von GC Zürich insbesondere auch deren Verpflichtungen gegenüber der Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag mit übernehmen sollte, namentlich die Verpflichtung zur Befriedigung der Klägerin zu 14,6 % an einem späteren allfälligen Netto-Verwertungserlös.
40. Es trifft wohl zu, dass die September-Vereinbarung in den Ziffern 1 und 2 vom „Verkauf“ der beiden Vermögenswerte „Aktienkapital der Harkin Ltd.“ (dieser Gesellschaft gehört das griechische Grundstück Karavostassi) und „165 000 Aktien der Halkis SA“ sprach. Diese missverständliche Bezeichnung ist jedoch im Zusammenhang mit der tatsächlichen Absicht der Parteien zu sehen, das gesamte wirtschaftliche Risiko von GC Zürich aus dem Iniochos-Kreditgeschäft im Sinne einer internen Risikoübernahme und Bilanzsanierung an GC Wien zu übertragen. Ein Tilgungs- bzw. Verwertungswille hat zu keiner Zeit bestanden, ein animus solvendi der Vertragsparteien hat nie vorgelegen. Das Wort „verkauft“ ist deshalb im Lichte von Art. 18 Abs. 1 OR, wenn schon, als unrichtige Bezeichnung zu betrachten, die am wirklichen Parteiwillen, der darauf gerichtet war, das wirtschaftliche Risiko von der Beklagten auf die Konzernmutter zu übertragen, nichts zu ändern vermag.
41. Hätten die Parteien der September-Vereinbarung – wie von der Vorinstanz zu Unrecht angenommen – eine Tilgungs- bzw. Verwertungsvereinbarung (Verkauf der Sicherheiten) schliessen wollen – was sie aber nicht getan haben –, so hätte

eine solche Vereinbarung sinnigerweise lediglich zum Inhalt gehabt, dass die Muttergesellschaft von der Beklagten die Sicherheiten (Aktiven) zu einem bestimmten Preis übernimmt; im Unterschied zur tatsächlichen Vereinbarung wären in einer solchen hypothetischen Vereinbarung also lediglich sämtliche Rechte (Aktiven), hingegen jedoch keinerlei Pflichten (Passiven) von GC Wien übernommen worden. Möglicherweise wäre in einer solchen hypothetischen Kaufvereinbarung ausserdem stipuliert worden, dass GC Zürich die unterbeteiligte Klägerin zu 14,6 % am Kaufpreis zu beteiligen hätte. In der tatsächlich abgeschlossenen September-Vereinbarung wurde jedoch vereinbart, dass GC Wien (nicht GC Zürich) die Klägerin zu 14,6 % aus einem späteren allfälligen Netto-Verwertungserlös (nicht an einem Kaufpreis) zu befriedigen habe (vgl. Ziffer 5 der September-Vereinbarung, wo es heisst: „GC Wien übernimmt (...) die GC Zürich aus dem Unterbeteiligungsvertrag gegenüber [der Klägerin] obliegenden Verpflichtungen (...)“; Beilage 38 zur Klageantwort/Widerklagebegründung).

42. Buchhalterisch betrachtet übernahm GC Wien als Aktiven alle Sicherheiten der Einfachen Gesellschaft aus dem Problemkredit Inochios, d.h. die Halkis Aktien und das griechische Grundstück Karavostassi.
43. Als Passiven übernahm GC Wien von GC Zürich einerseits das Erlösausfallrisiko für den Anteil der Beklagten aus einer allfälligen späteren Verwertung der Sicherheiten (hierin zeigte sich die Sanierungsfunktion der September-Vereinbarung, vgl. nachfolgend Ziff. 44, 86). Andererseits übernahm GC Wien von GC Zürich die Verpflichtung, die Klägerin – als Gesellschafterin der Einfachen Gesellschaft aus dem Unterbeteiligungsverhältnis – aus einem allfälligen späteren Erlös aus der Verwertung der Sicherheiten, nach Abzug aller Kosten und Aufwendungen, zu befriedigen. Die Muttergesellschaft verpflichtete sich also im Innenverhältnis gegenüber der Beklagten, der Klägerin einen allfälligen künftigen Netto-Verwertungserlös entsprechend deren Anteil am Risikokredit Iniochos gemäss Unterbeteiligungsvertrag (14,6 %) zu bezahlen (vgl. Sale of Sub-Participation/ Unterbeteiligungsvertrag vom 11. März 1983, Beilage 2 zur Klageantwort/-Widerklagebegründung).

44. Dabei verpflichtete sich die Muttergesellschaft mit Bezug auf die Klägerin einzig und allein zur anteilmässigen Auszahlung eines inskünftig allenfalls erzielbaren Netto-Verwertungserlöses, nicht hingegen zur Übernahme der Haftung für die tatsächliche Verwertbarkeit der Sicherheiten und schon gar nicht zur Haftung für die tatsächliche Erzielung eines Verwertungserlöses entsprechend der Nominalbeteiligung der Klägerin am Problemkredit Iniochos. GC Wien ging mit anderen Worten keineswegs die Verpflichtung ein, der Klägerin losgelöst von der Voraussetzung einer tatsächlichen zünftigen Verwertung der Sicherheiten einfach deren Nominalanteil am Problemkredit Iniochos auszuzahlen; dazu wäre schon die Beklagte aus der Einfachen Gesellschaft nicht verpflichtet gewesen (vgl. Ziff. 6 des Unterbeteiligungsvertrages, wonach sich bei einem Rückzahlungsausfall seitens der Kreditnehmerin der anteilmässige Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten in entsprechendem Umfang ebenfalls reduziert, also nicht mehr dem Nominalwert der Unterbeteiligung der Klägerin entspricht, vgl. Beilage 2 zu Klageantwort/Widerklagebegründung), und dazu verpflichtete sich auch die Muttergesellschaft sicher nicht.
45. Die Muttergesellschaft bezahlte in der Folge der Beklagten für deren anteilmässige Erlösanwartschaft von 85,4% den Betrag von USD 2'085'233.97. Dieser Betrag hätte theoretisch aber auch ein beliebiger anderer sein können. Der an die Beklagte bezahlte Betrag wurde von den Parteien der September-Vereinbarung gerade nicht als tatsächlicher bzw. betragsmässiger Gegenwert für 85,4 % eines späteren Verwertungserlöses verstanden; der bezahlte Betrag widerspiegelte vielmehr die konzerninterne Sanierungsfunktion dieser Zahlung an die Beklagte. Das von der Muttergesellschaft übernommene Erlösausfallrisiko bestand genau darin, dass bei einer allfälligen künftigen Verwertung der Sicherheiten lediglich ein Erlös erzielt werden würde, wovon 85,4 % nicht den bereits an die Beklagte bezahlten USD 2'085'233.97 entsprechen würden, sondern lediglich einem tieferen Betrag. Könnten beispielsweise die Sicherheiten für USD 1 Mio. verwertet werden, entsprächen 85,4 % nur USD 854'000.00; in diesem Beispiel würde sich daher das von GC Wien übernommene Risiko in einem Verlust von USD 1'231'233.97 aktualisieren (vorgängig bezahlter Betrag von USD 2'085'233.97 abzüglich tatsächlich erzielter Erlösanteil USD 854'000.00).

(iii) Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV, § 56 Abs. 1 ZPO: Verweigerung des Anspruchs der Beklagten auf Gewährung des rechtlichen Gehörs

46. Im Rahmen einer vollständigen Vertragsauslegung hätte die Vorinstanz die Auslegung auf den gesamten Text der September-Vereinbarung ausdehnen müssen; es gilt der Grundsatz der ganzheitlichen Auslegung.⁹ Ausserdem hätte die Vorinstanz auch dem Verhalten der Parteien im Anschluss an den Vertragsabschluss Rechnung tragen müssen.
47. Die Vorinstanz hätte daher im Rahmen der grammatikalischen Auslegung der September-Vereinbarung nicht einfach nach den Ziffern 1 und 2 aufhören dürfen, sondern sie hätte sich insbesondere auch den Ziffern 5 und 6 der September-Vereinbarung zuwenden müssen. Ausserdem hätte die Vorinstanz auch den Nachtrag zur September-Vereinbarung in das Auslegungsverfahren mit einbeziehen müssen (vgl. Beilagen 38 und 39 zur Klageantwort/Widerklagebegründung). Beides ist nicht geschehen (vgl. Urteilsbegründung S. 33 – 35), weshalb die Vorinstanz den Anspruch der Beklagten auf eine ernsthafte Auseinandersetzung mit deren Parteivorbringen und Beweismitteln verletzt hat.
48. Ziffer 5 der September-Vereinbarung hält fest, dass GC Wien im Sinne einer internen Schuldübernahme gemäss Art. 175 OR die GC Zürich aus dem Unterbeteiligungsvertrag obliegenden Verpflichtungen übernimmt und sich zur Entschädigung bzw. Freihaltung von GC Zürich verpflichtet. Weiter bestimmt Ziffer 5, dass GC Zürich gegenüber Dritten treuhänderisch, d.h. hin im eigenen Namen, aber auf Rechnung von GC Wien auftritt und dadurch kein eigenes Risiko übernimmt. Und Ziffer 2 Abs. 2 des Nachtrages zur September-Vereinbarung verdeutlicht, dass GC Zürich weiterhin als treuhänderische Aktionärin der Harkin Ltd. im Aktienregister der Gesellschaft eingetragen bleibt und gegenüber der Commercial Bank of Greece, der Depotstelle der 165 000 Halkis Aktien weiterhin als Inhaberin aufgeführt wird (vgl. Beilagen 38 und 39 zur Klageantwort/Widerklagebegründung).

⁹ vgl. OR-Wiegand Art. 18 N 38

49. Aus Ziffer 5 der September-Vereinbarung erhellt, dass es die Meinung der Parteien dieser Vereinbarung lediglich war, dass GC Wien im konzerninternen Verhältnis die Beklagte hinsichtlich deren wirtschaftlicher Verpflichtungen aus dem Unterbeteiligungsvertrag mit der Klägerin vollständig entlasten bzw. freihalten solle, dies insbesondere bezüglich der Pflicht der Beklagten zur anteilmässigen Bezahlung der Klägerin aus einem allfälligen künftigen Netto-Verwertungserlös bei einer Veräusserung der Iniochos-Sicherheiten.
50. Demgegenüber war es nie die Meinung der Parteien der September-Vereinbarung, dass GC Wien im Rahmen der internen Risikoübernahme bzw. Freihaltungsverpflichtung gemäss Ziffer 5 der September-Vereinbarung auch das Risiko eines teilweisen oder vollständigen Erlösausfalls der Klägerin übernehmen sollte. GC Wien hat mit anderen Worten mit der September-Vereinbarung keineswegs eine Verpflichtung übernommen, der Klägerin unabhängig von der tatsächlichen Verwertbarkeit der Sicherheiten bzw. der Höhe eines allfälligen Verwertungserlöses den Nominalwert von deren Beteiligung am Problemkredit-Iniochos zu bezahlen. Etwas Gegenteiliges ergibt sich nicht aus der September-Vereinbarung.
51. Das Erlösausfallrisiko der Klägerin hätte GC Wien im übrigen auch dann nicht übernommen, wenn die in Ziffer 6 der September-Vereinbarung angestrebte Umsetzung realisiert worden wäre, d.h. wenn durch die dort vorgesehenen externe Schuldübernahme gemäss Art. 176 OR GC Wien ein separates Rechtsverhältnis mit der Klägerin eingegangen wäre und dadurch die Beklagte von deren gegenüber der Klägerin bestehenden Verpflichtungen aus dem Unterbeteiligungsverhältnis befreit hätte. Diesfalls wäre GC Wien anstelle der Beklagten als neue Hauptbeteiligte in die Einfache Gesellschaft aus dem Unterbeteiligungsvertrag eingetreten. Gegenüber Ziffer 5 der September-Vereinbarung hätte sich allerdings nur insofern etwas geändert, als bei Rechtskraft von Ziffer 6 der Vereinbarung GC Wien direkt gegenüber der Klägerin zur Auszahlung eines allfälligen künftigen Netto-Verwertungserlöses verpflichtet gewesen wäre.
52. Eine externe Schuldübernahme hätte von Vertrags wie von Gesetzes wegen einer Zustimmung der Klägerin bedürft. Weil die Klägerin aber einer externen Schuldübernahme im Sinne der Ziffer 6 der September-Vereinbarung unbestrittener-

massen nie zugestimmt hat, ist es – aus Sicht der Beklagten – nur zur zweitbesten Lösung gekommen. Es wird diesbezüglich auf die ausführlichen Darstellungen der Beklagten in Ziffern 103 ff. (S. 52 ff.) in der Klageantwort/Widerklagebegründung und Zu II. Ziff. 99 ff., dort v.a. 7 ff. (S. 16, 18 ff.) in der Duplik/Widerklagereplik verwiesen.

53. Diese zweitbeste Lösung bestand in einer internen Schuldübernahme zwischen der Muttergesellschaft und der Beklagten gemäss Ziffer 5 der September-Vereinbarung; es wird auch hier auf die in vorstehender Randziffer (Ziff. 52) verwiesenen Ausführungen in den Rechtsschriften verwiesen. Durch die interne Schuldübernahme ist die Beklagte selbst der Klägerin für die Ablieferung eines allfälligen späteren Netto-Verwertungserlöses verpflichtet geblieben, jedoch mit der Rückendeckung der internen Entschädigungs- bzw. Freihalteverpflichtung der Muttergesellschaft gegenüber der Beklagten.
54. Diese interne Schuldübernahme durch die Muttergesellschaft ist als Begründung eines weiteren Unterbeteiligungsverhältnisses zu qualifizieren, welches im Verhältnis zum Unterbeteiligungsverhältnis aus der Einfachen Gesellschaft (zwischen Beklagter und Klägerin) ein Unter-Unterbeteiligungsverhältnis darstellt (nachfolgend „Risiko-Unterbeteiligungsverhältnis“ bzw. „Risiko-Unterbeteiligung“).
55. Die Muttergesellschaft beteiligte sich durch die Risiko-Unterbeteiligung zu 100 % an der Direkten Beteiligung der Beklagten an deren Unterbeteiligungsverhältnis mit der Klägerin. Beim Risiko-Unterbeteiligungsverhältnis ist ebenfalls von einem stillen Rechtsverhältnis mit Auswirkungen lediglich im Innenverhältnis auszugehen.
56. Das Risiko-Unterbeteiligungsverhältnis tangierte einzig und allein die Rechte und Pflichten der Parteien dieses Verhältnisses, also diejenigen der Beklagten und ihrer Muttergesellschaft; demgegenüber blieb die Rechtsposition der Klägerin aus der Einfachen Gesellschaft völlig unverändert.¹⁰ Die Klägerin wurde durch das

¹⁰ vgl. ZR 1996 Nr. 82; BGE 121 III 258 = Pra 1996, 319

Risiko-Unterbeteiligungsverhältnis gemäss Ziffer 5 der September-Vereinbarung in ihren Rechten und Pflichten aus dem Unterbeteiligungsverhältnis weder schlechter noch besser gestellt worden, was genau die Absicht der Parteien der September-Vereinbarung war.

57. Die Beklagte war gestützt auf Ziffer 2 des Unterbeteiligungsvertrages (im Gegensatz zur Klägerin) berechtigt, eine solche Risiko-Unterbeteiligung ohne Rücksicht auf eine Zustimmung oder Zustimmungsverweigerung der Klägerin einzugehen; in Ziffer 2 heisst es „... any pledge or lien on such participation, may be validly effectuated only with our [= desjenigen der Beklagten] prior written consent“. Während also die Klägerin – für stille Unterbeteiligte durchaus typisch - nicht ohne vorgängige Zustimmung der Beklagten zum Eingehen von Unterbeteiligungen an ihrem Anteil am Problemkredit Iniochos berechtigt war, war die Beklagte nicht von einer Zustimmung der Klägerin abhängig.
58. Diese Risiko-Unterbeteiligung zwischen Muttergesellschaft und Beklagter ist im Unterschied zum Unterbeteiligungsverhältnis zwischen Beklagter und Klägerin nicht als Einfache Gesellschaft zu qualifizieren, sondern als Treuhandverhältnis (vgl. auch Ziff. III.1.1.b, S. 11-12, der Urteilsbegründung, und die dort genannten Literaturhinweise und Präjudizien). Dies, weil im Unterschied zum Unterbeteiligungsverhältnis die Risiko-Unterbeteiligung eine Unterbeteiligung am Ganzen ist, bei der im Verhältnis zu Dritten (der Einfachen Gesellschaft) die Rechte und Pflichten der Unterbeteiligten (der Mutter) vollumfänglich treuhänderisch von der Direktbeteiligten (der Beklagten) gehalten werden, was in der September-Vereinbarung genau so stipuliert wurde.

(iv) Zwischenergebnis: Korrekte Interpretation bzw. Auslegung der September-Vereinbarung

59. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich klar der Parteiwille mit Bezug auf die September-Vereinbarung, so wie er von der Vorinstanz korrekterweise hätte ermittelt und dem erstinstanzlichen Urteil hätte zugrunde gelegt werden müssen:

60. GC Wien als Muttergesellschaft trat im internen Verhältnis mit GC Zürich, und nur mit den internen Wirkungen eines stillen Unterbeteiligungsverhältnisses, in die Rechte, aber auch in sämtliche Verbindlichkeiten der Beklagten aus dem Unterbeteiligungsverhältnis bezüglich Problemkredit Iniochos ein. GC Wien übernahm von GC Zürich alle Aktiven – die Sicherheiten aus dem Iniochos Kreditgeschäft – zusammen mit sämtlichen Passiven – namentlich das anteilmässige Erlösausfallrisiko der direktbeteiligten Beklagten (85,4 %) und die Verpflichtung zur anteilmässigen Abfindung der unterbeteiligten Klägerin aus einem allfälligen künftigen Netto-Verwertungserlös (14,6 %). Der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien der September-Vereinbarung war ausschliesslich auf eine konzerninterne Risikoübertragung von GC Zürich auf GC Wien zur Bilanzsanierung der Beklagten gerichtet, also auf eine rein interne Massnahme; demgegenüber bestand nie ein Tilgungs- bzw. Verwertungswille bei den Parteien, lag zu keiner Zeit ein animus solvendi vor. Auch war es niemals die Meinung, dass GC Wien mit der September-Vereinbarung in irgend einer Form das Ausfallrisiko der Klägerin aus dem Iniochos-Kreditgeschäft übernehmen sollte für den Fall eines unter dem Nominalwert der Unterbeteiligung der Klägerin am Problemkredit liegenden später allenfalls tatsächlich erzielten Netto-Verwertungserlöses.

bb) Kein Zugriffsverlust der Beklagten auf Sicherheiten der Einfachen Gesellschaft (Aktenwidrige tatsächliche Annahme)

61. Unrichtig ist auch die Feststellung der Vorinstanz in Ziffer III.3.3., S. 33 unten, wonach die Beklagte „bezüglich der Sicherheiten nicht mehr frei verfügen [konnte] und weisungsgebunden [ist]“. Richtig ist vielmehr, dass die Beklagte auch nach Abschluss der September-Vereinbarung weiterhin frei über die Sicherheiten verfügen konnte. Selbst wenn im Risiko-Unterbeteiligungsverhältnis eine Weisungsabhängigkeit der Beklagten von der Muttergesellschaft bestanden hätte, wäre dies jedenfalls für das Unterbeteiligungsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin völlig unbeachtlich gewesen, da sich die Pflichten der Beklagten gegenüber der Klägerin aus der Einfachen Gesellschaft durch die September-Vereinbarung nicht geändert, d.h. weder reduziert noch vergrössert noch sonst wie geändert hätten. Die Verpflichtung der Beklagten gegenüber der Muttergesellschaft war nur obligatorischer Natur und hätte bei einer Weisungsverletzung

lediglich finanzielle Folgen für die Beklagte, nicht aber für die einfache Gesellschaft auslösen können. Die sachenrechtliche Verfügungsmacht lag damals und liegt auch heute noch bei der Beklagten (vgl. Klageschrift S. 3; Klageantwort/Widerklage S. 51 – 55, 65 – 67; Replik/Widerklageantwort S. 28 – 33, 39 – 40; Duplik/Widerklagereplik S. 16 – 25, 35 – 36; Widerklageduplik S. 6, 9; ferner Beilagen 38 und 39 zu Klageantwort/Widerklagebegründung).

62. Sämtliche Sicherheiten der Einfachen Gesellschaft aus dem Unterbeteiligungsverhältnis konzentrieren sich in den Halkis Aktien und in der Harkin Limited; diese Sicherheiten bestehen bzw. bestanden einerseits aus den mittlerweile verkauften 165 000 Halkis Aktien selbst, und andererseits aus dem griechischen Grundstück Karavostassi, das noch heute zu 100 % im Eigentum der Harkin Ltd. steht, die sich ihrerseits noch heute im Eigentum der Beklagten (als Rechtsnachfolgerin von GC Zürich) befindet (vgl. Klageantwort/Widerklagebegründung S. 49; Duplik/Widerklagereplik S. 34). Die Halkis Aktien wurden im Namen der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin (Rabo Robeco Bank) verwertet. Für das Grundstück Karavostassi tätigt die Beklagte seit langem in eigenem Namen Verkaufsbemühungen. Die nachgenannten Beweismittel wurden bereits im erstinstanzlichen Verfahren bezeichnet und eingereicht (vgl. Stellungnahme Beklagte zum Beweisergebnis, S. 5; Urteilsbegründung Ziff. II.2., S. 9), bzw. dienen dem sofortigen Beweis der beklagischen Vorbringen (§ 267 Abs. 1 i.V.m. § 138 und § 115 Ziff. 2 ZPO) und sind daher zulässig.

BO: - Schreiben vom 19. März 2002	Beilage 2
- Auftragsbestätigungen/Kontoauszüge (Order Conf. Slips)	Beilagen 3/1-6
- Aktienzertifikat vom 29. Oktober 2002	Beilage 4

63. Die Halkis Aktien verblieben auch nach Abschluss der September-Vereinbarung im Depot der Beklagten (bzw. derer Rechtsvorgänger), und die Harkin Limited blieb im Eigentum der Beklagten (bzw. derer Rechtsvorgänger) als registrierter Alleinaktionärin; dieser Sachverhalt wurde von der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht bzw. nicht substantiiert bestritten und von der Vorinstanz deshalb auch nicht zum Beweis gestellt (vgl. Klageantwort/Widerklagebegründung S. 11, 48 f., 64; Replik/Widerklageantwort S. 10, 26, 38; Duplik/Widerklage-

replik S. 34; Widerklageduplik S. 11; Beweisaufgabebeschluss/Zirkulationsbeschluss der Vorinstanz vom 25. Juni 2001; Ziff. 2 Abs. 2 Nachtrag zur September-Vereinbarung, Beilage 39 zur Klageantwort/Widerklagebegründung).

64. Es kann deshalb entgegen der unzutreffenden Annahme der Vorinstanz in der Urteilsbegründung (Ziffer III.3.3.a, S. 34), keine Rede davon sein, dass „[d]urch Hingabe sämtlicher Sicherheiten (...) die objektive Gefahr [bestünde], dass die Klägerin leer ausgehen müsste, da sie mit der Muttergesellschaft keinen Vertrag hat“. Vielmehr steht fest, dass die Beklagte weiterhin als alleinige Geschäftsführerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag der Klägerin verantwortlich und haftbar blieb für die Verwertung der Sicherheiten und für die Auszahlung von 14,6 % an einem späteren Verwertungserlös. Zudem ist belegt, dass die Beklagte weiterhin die Sicherheiten im eigenen Namen – das Eigentum ging nicht auf die Muttergesellschaft über –, aber für fremde Rechnung hielt, nämlich im internen Verhältnis aus dem Risiko-Unterbeteiligungsvertrag für Rechnung der Muttergesellschaft (85,4 %) und im externen Verhältnis aus dem Unterbeteiligungsvertrag (14,6 %) für Rechnung der Klägerin im Rahmen der Einfachen Gesellschaft.
- cc) Keine Umgehung von Art. 542 Abs. 2 OR, kein Anwendungsfall von Art. 542 Abs. 1 OR (Verletzung von klarem materiellem Recht)
65. Die Vorinstanz nimmt in der Urteilsbegründung Bezug auf Art. 542 Abs. 2 OR, indem sie in der Urteilsbegründung auf S. 34 aus heiterem Himmel ausführt: „Würde man lediglich auf die Zielsetzung dieser Vereinbarung abstellen, die aber auch dazu führte, dass die Tochtergesellschaft nur noch auf Weisung und für Rechnung der GC Wien handeln konnte und somit die einfache Gesellschaft, vertreten durch die Beklagte, keinen Zugriff mehr auf die Kreditsicherheiten hat, würde die Bestimmung von Art. 542 Abs. 2 OR umgangen.“
66. Es ist für die Beklagte bei bestem Willen nicht nachvollziehbar, inwieweit durch die Begründung des Risiko-Unterbeteiligungsverhältnisses zwischen der Muttergesellschaft und ihr die Bestimmung von Art. 542 Abs. 2 OR umgangen worden sein sollte. Noch weniger kann sich die Beklagte erklären, aus welchen Überlegungen die Vorinstanz zum Schluss kommt, dass es sich bei Art. 542 Abs. 2 OR

um eine „Schutzbestimmung“ handelt, nach welcher sich „kein Gesellschafter gefallen lassen [muss], dass der andere seinen Gesellschaftsanteil – geschweige denn das gesamte Gesellschaftsvermögen – ohne seine Zustimmung an einen Dritten abtritt (...)“ (vgl. Urteilsbegründung S. 34). Hier scheint die Vorinstanz ganz offensichtlich von einer irrigen Rechtsvorstellung auszugehen.

67. Entgegen der falschen Rechtsauffassung der Vorinstanz (vgl. Urteilsbegründung S. 34) regelt Art. 542 Abs. 2 OR gerade und explizit den Fall einer einseitigen Unterbeteiligung eines Dritten an einer einfachen Gesellschaft ohne Zustimmung des bzw. der übrigen Gesellschafter. Art. 542 Abs. 2 OR kann deshalb sicherlich nicht dadurch umgangen werden, dass ein Gesellschafter einseitig und ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil an einen Dritten abtritt bzw. an seinem Anteil beteiligt, denn eine derartige Abtretung bzw. Unterbeteiligung entspricht gerade dem Inhalt dieser Bestimmung. Davon, dass die Beklagte diese Bestimmung durch die weitere Unterbeteiligung von GC Wien an der Einfachen Gesellschaft aus dem Unterbeteiligungsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin umgangen hätte, kann daher keineswegs die Rede sein.
68. Die Bestimmung von Art. 542 Abs. 2 OR bezweckt ferner nicht den Schutz der Klägerin als stille Gesellschafterin der Einfachen Gesellschaft, sondern hält lediglich fest, dass durch eine solche Unterbeteiligung die Unterbeteiligte nicht Partei der Einfachen Gesellschaft zwischen anderen Parteien wird. Dies aber stimmt genau mit dem Standpunkt der Beklagten überein. Durch den Risiko-Unterbeteiligungsvertrag ist GC Wien nicht Partei der Einfachen Gesellschaft geworden; die Einfache Gesellschaft besteht vielmehr zwischen den bisherigen Parteien (Beklagte und Klägerin) weiter und die Klägerin ist durch den Risiko-Unterbeteiligungsvertrag weder schlechter noch besser gestellt als ohne diesen Vertrag.
69. Auch kann ein Gesellschafter im Rahmen von Art. 542 Abs. 2 OR sehr wohl auch das gesamte Gesellschaftsvermögen an einen weiteren Unterbeteiligten abtreten, sofern der abtretende Gesellschafter zur alleinigen Geschäftsführung berechtigt ist und die Begründung einer Unter-Unterbeteiligung eine Massnahme ist, die vom Gesellschaftszweck bzw. vom Unterbeteiligungsvertrag abgedeckt ist. Beide Voraussetzungen treffen im vorliegenden Fall auf die Beklagte zu: Die Be-

klagte ist gestützt auf den Unterbeteiligungsvertrag zur alleinigen Vertretung und Geschäftsführung berechtigt und sie ist als solche zur Vornahme aller für den Gesellschaftszweck erforderlichen oder notwendigen Massnahmen ermächtigt (vgl. Vertragsziffer 7.2, vgl. auch Urteilsbegründung Ziffer III.1.2.e, S. 20).

70. Dass eine einseitige Unterbeteiligung gestützt auf Art. 542 Abs. 2 OR zulässig ist, dürfte im übrigen auch von der Klägerin nicht bestritten werden, ist sie doch ihrerseits als einseitig Unterbeteiligte von der Beklagten in das Kreditgeschäft Iniochos aufgenommen worden.

71. Es liegt aber auch kein Fall von Art. 542 Abs. 1 OR vor, wie die Vorinstanz zu Unrecht anzunehmen scheint, indem sie ausführt, dass sich kein Gesellschafter gefallen lassen müsse, dass der andere seinen Gesellschaftsanteil bzw. das gesamte Gesellschaftsvermögen ohne seine Zustimmung an einen Dritten abtrete (vgl. Urteilsbegründung Ziffer III.3.3., S. 34); der Risiko-Unterbeteiligungsvertrag betrifft nach dem Gesagten offensichtlich nicht einen Fall von Art. 542 Abs. 1 OR, sondern von Abs. 2 dieser Bestimmung.

dd) Keine Zweckerreichung durch Übertragung des Problemkredites Iniochos (Falsche tatsächliche Annahme)

72. Die Vorinstanz beantwortet die sich selbst gestellte Frage in Ziffer III.3.3.a. (S. 33), ob mit der Übertragung des Problemkredites Iniochos nebst sämtlichen Sicherheiten gegen Übernahme von Zahlungsverpflichtungen und Bezahlung eines Betrages der Zweck der Einfachen Gesellschaft (die Realisierung der Forderung aus dem Kredit) erreicht oder unmöglich wurde, falsch bzw. gar nicht. Die zutreffende Antwort lautet: Nein, der Gesellschaftszweck wurde durch diese Massnahmen weder erreicht noch unmöglich, dies aus nachstehenden Gründen.

73. Die Vorinstanz geht zu Unrecht davon aus, dass durch die Zahlung der Muttergesellschaft von USD 2'085'233.97 an die Beklagte der Zweck der einfachen Gesellschaft erreicht worden sei. Dieser Zweck wurde durch die September-Vereinbarung gerade nicht erreicht, weil mit dieser Vereinbarung nicht einfach die Sicherheiten an die Muttergesellschaft im Sinne einer Verwertung zugunsten

der Einfachen Gesellschaft verkauft wurden, sondern weil mit dieser Vereinbarung ein stilles Risiko-Unterbeteiligungsverhältnis begründet wurde, in dessen Rahmen die Mutter sowohl Rechte als auch Pflichten der Beklagten aus der Einfachen Gesellschaft übernahm. Namentlich übernahm die Mutter die Verpflichtung, die Klägerin aus einem allfälligen späteren Erlös aus der Verwertung der Sicherheiten, nach Abzug aller Auslagen und Kosten, zu befriedigen.

74. Da die Beklagte auch nach Abschluss der September-Vereinbarung weiterhin der Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag einstehen und passiv legitimiert sein sollte, vereinbarten die Vereinbarungs-Parteien, dass die Beklagte die Aktiven für die Muttergesellschaft treuhänderisch, das heisst für fremde Rechnung, aber im eigenen Namen hält. „Für Rechnung“ bedeutete dabei, dass ein späterer Erlös aus einer Verwertung der Sicherheiten, nach Abzug aller Kosten, im Verhältnis von 14,6 % an die Klägerin fallen solle.
75. Die Beklagte wurde von GC Wien – im Rahmen der konzerninternen Risikoübernahme und Bilanzsanierung – sogleich ausbezahlt; GC Wien bezahlte GC Zürich USD 2'085'233.97. Demgegenüber erfolgte auf den Anteil der Klägerin sinnigerweise keine Auszahlung, dies weil GC Wien keine Haftung für das Kreditausfallrisiko der Klägerin übernommen hatte und weil die Sicherheiten noch nicht veräussert waren, so dass auch kein anteilmässiger Verwertungserlös an die Klägerin zu verteilen war.
76. Die Sicherheiten aus dem Iniochos-Kreditgeschäft haben bis zum heutigen Zeitpunkt noch nicht vollständig verwertet werden können, die Veräusserung des Grundstückes Karavostassi ist bis heute noch nicht erfolgt.
77. Der Zweck der Einfachen Gesellschaft aus dem Unterbeteiligungsverhältnis besteht unbestrittenermassen darin, die Forderung aus dem Problemkredit Iniochos zu realisieren (vgl. Urteilsbegründung S. 10, 11 und 16). Dieser Zweck wird erst erreicht sein mit der Veräusserung des Grundstückes Karavostassi als dem letzten Vermögenswert, d.h. der letzten Sicherheit der Einfachen Gesellschaft. Zur Zeit ist der Zweck der Einfachen Gesellschaft noch nicht erreicht.

- ee) Keine gleichzeitige Liquidation der Einfachen Gesellschaft (Verletzung von klarem materiellem Recht)
78. Ausserdem geht die Vorinstanz völlig zu Unrecht davon aus, dass die Beklagte mit Abschluss der September-Vereinbarung zugleich die „Liquidation des Gesellschaftsvermögens“ vorgenommen und die Fälligkeit des Problemkredites Iniochos herbeigeführt habe.
79. Bereits rechtsdogmatisch findet die Liquidation einer Einfachen Gesellschaft nicht allein mit Bezug auf das „Gesellschaftsvermögen“ statt, sondern unterliegt dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Liquidation. Dieser besagt, dass im Rahmen der Liquidation sämtliche mit Dritten eingegangenen Rechtsverhältnisse abzuwickeln und alle Aktiven und Passiven auf die einzelnen Gesellschafter zu verteilen sind.¹¹ Gemäss den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden zu tilgen, dann die Auslagen und Verwendungen an einzelne Gesellschafter, namentlich an die Geschäftsführenden, zu ersetzen, und erst danach die Vermögensbeiträge zurückzuerstatten sowie ein allfälliger Liquidationsüberschuss unter den Gesellschaftern als Gewinn zu verteilen.
80. Eine Liquidation der Einfachen Gesellschaft hat noch nicht stattgefunden. Bevor eine Liquidation stattfinden kann, muss ein Auflösungsstatbestand eintreten, namentlich die Zweckerreichung. Vorliegend ist der Zweck der Gesellschaft noch nicht erreicht; dieser wird erst mit der Verwertung der letzten Sicherheit der Gesellschaft, des Grundstückes Karavostassi, erreicht sein. Dannzumal wird die Gesellschaft eo ipso aufgelöst werden, was bedeutet, dass sie dann ins Stadium der Liquidation treten wird.
81. Auch mit Eintritt ins Liquidationsstadium ist eine Einfache Gesellschaft noch nicht „liquidiert“, sondern sie besteht fort, allerdings mit dem neuen und einzigen Zweck der Durchführung der Liquidation, sie befindet sich also „in Liquidation“. Bevor die Gesellschaft liquidiert ist, muss erst noch eine innere Auseinan-

¹¹ vgl. OR-Staehelin Art. 548/549 N 1, 3

dersetzung der Gesellschafter stattfinden, namentlich eine umfassende und abschliessende Abrechnung über die von der Beklagten als Geschäftsführerin vorfinanzierten Kosten, an welchen sich die Klägerin gemäss Unterbeteiligungsvertrag (Ziffer 7 Abs. 3 und Ziffer 8) anteilmässig zu beteiligen hat, was diese bis zum heutigen Datum noch nicht gemacht hat. Es kann hiezu auch auf die ausführliche Darstellung in der Begründung des Berufungs-Eventualantrages zur erst noch durchzuführenden Abrechnung verwiesen werden (vgl. Berufungsschrift RZ 117 ff.), und auf die Ausführungen der Beklagten im erstinstanzlichen Verfahren, namentlich auf die Klageantwort/Widerklagebegründung Ziff. II.A.11 (S. 10) und III.D.130-132 (S. 64), die Duplik/Widerklagereplik Zu III. Ziff. 112 bis Ziff. 125 Rz 4.2 (S. 33) und die Stellungnahme zum Beweisergebnis Ziff. I.2. (S. 5).

82. Aus all dem folgt, dass die Einfache Gesellschaft bis zur erfolgten Verwertung der letzten Sicherheit weiterhin nicht aufgelöst ist, und dass sie danach in Liquidation treten wird, aber nicht gleich schon liquidiert sein wird, bevor nicht die äussere und insbesondere auch die innere Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht abgeschlossen ist.

ff) Falsche Berechnung des zukünftigen Erlösanteiles der Klägerin

83. Die Vorinstanz übersieht schliesslich in ihrer Berechnung auf S. 35 (oben) der Urteilsbegründung ganz offensichtlich, dass 100 % des Verwertungserlöses keineswegs dem Betrag entsprechen, der tatsächlich für die Verwertung der Sicherheiten aus dem Problemkredit Iniochos erzielt worden ist (Halkis Aktien) bzw. in Zukunft möglicherweise noch erzielt werden kann (Grundstück Karavostassi).
84. Der an die Beklagte bezahlte Betrag ist von den Parteien der September-Vereinbarung nicht als tatsächlicher Gegenwert für 85,4 % eines späteren Verwertungserlöses verstanden worden; der Betrag widerspiegelte vielmehr die konzerninterne Sanierungsfunktion dieser Zahlung an die Beklagte. Um die Verpflichtung der GC Wien gegenüber der Klägerin zu berechnen, kann daher nicht einfach vom Betrag USD 2'085'233.97 ausgegangen, dieser sodann auf 100 % umgerechnet (USD 2'085'233.97 $\cdot$ 85,4 x 100), und anschliessend auf einen festen Betrag als Erlösanspruch der Klägerin (Resultat x 14,6) geschlossen werden.

Diese Rechnung, die von der Klägerin angestellt und von der Vorinstanz telquel übernommen worden ist (vgl. Ziff. III.3.1.a.aa/bb, S. 27-28, Ziff. III.3.3.a, S. 34-35), ist aus den vorgenannten Gründen falsch und in diesem Berufungsverfahren zu korrigieren.

85. Da der von GC Wien an GC Zürich bezahlte Betrag von USD 2'085'233.97 betragsmässig nicht gleichzusetzen ist mit den 85,4 % Gewinnanwartschaft der Beklagten, ist auch die 14,6 % Gewinnanwartschaft der Klägerin nicht einfach dem Betrag von USD 359'924.14 gleichzusetzen, so wie dies die Vorinstanz in der Urteilsbegründung fälschlicherweise angenommen hat (vgl. Urteilsbegründung S. 35). Auch sind USD 2'465'233.97 nicht gleichzusetzen mit 100 % Verwertungserlös; dieser Betrag entspricht vielmehr einem blossen Nominalwert, der mit dem tatsächlich erzielten bzw. in Zukunft möglicherweise noch zu erzielenden Verwertungserlös nichts zu tun hat.
86. Ein Beispiel hilft hier zur Veranschaulichung: Angenommen, die Veräusserung der Sicherheiten aus dem Problemkredit Iniochos würde letztendlich einen Netto-Erlös (vom Brutto-Erlös sind zunächst noch die Aufwendungen der Beklagten für die Geschäftsführung bzw. Zweckerreichung abzuziehen) von USD 1 Mio. abwerfen: Dann würde die Beklagte bzw. deren Muttergesellschaft mit 85,4 %, also mit USD 854'000.00 daran partizipieren, und die Klägerin mit 14,6 %, also mit USD 146'000.00. Die Muttergesellschaft hat der Beklagten unter der September-Vereinbarung bereits einen Betrag von USD 2'085'233.97 bezahlt; der Verlust der Muttergesellschaft, den diese im Rahmen der Bilanzsanierung, Umstrukturierung, etc. der Beklagten bewusst in Kauf genommen und sich zu übernehmen verpflichtet hat, beträgt folglich USD 2'085'233.07 abzüglich USD 854'000.00, d.h. USD 1'231'233.07. Mit Bezug auf die Klägerin wäre die Muttergesellschaft verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass an diese der Betrag von USD 146'000.00 bezahlt wird.
87. Allerdings würde die Muttergesellschaft diesen Betrag nicht direkt der Klägerin schulden, dies weil die Klägerin einer externen Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 OR (wie diese vorgeschlagen in Ziffer 6 der September-Vereinbarung) nicht zugestimmt hat, sondern der Beklagten aus dem Risiko-Unterbeteiligungs-

Verhältnis. Die Beklagte hat eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung gegenüber der Klägerin zur Bezahlung des anteilmässigen Erlösertrages und gegenüber der Muttergesellschaft einen obligatorischen Anspruch auf Freihaltung im Umfang dieses an die Klägerin zu bezahlenden Erlösanteiles; im obigen Beispiel würden Zahlungsverpflichtung und Freihalteanspruch der Beklagten USD 146'000.00 betragen. Aber wie gesagt handelt es sich dabei nur um einen Beispielbetrag, und die genaue Gewinnberechnung kann erst erfolgen nach Auflösung der Einfachen Gesellschaft, das heisst nach Veräusserung der letzten Sicherheit aus dem Unterbeteiligungsverhältnis und nach Berechnung und Abzug der Aufwendungen.

88. Weiter übersieht die Berechnung der Vorinstanz auch ganz offensichtlich, dass in dieser Birnen mit Äpfeln vermengt werden: Der ursprüngliche Kredit Iniochos hatte USD 2,6 Mio betragen; in der Folge wurde aus diesem Kredit jedoch ein Problemkredit, weshalb (wie bei im Kurs fallenden Aktien) bei den USD 2,6 Mio bald nur noch als von einem Nominalwert ausgegangen werden konnte. Auf diesen Nominalwert wurde sodann ein effektiver Wert, nämlich der Betrag von USD 134'766.03 aus der Verwertung Stockwerkeigentum Pyräus, angerechnet. Sodann ist der Problemkredit Iniochos durch verschiedene Sicherheiten gesichert worden. Diese Sicherheiten sind jedoch mit den Jahren mehrfach umgelagert, erneuert, übertragen, zurückübertragen und ausgetauscht worden, und im heutigen Zeitpunkt gilt als offenkundig und wird von der Klägerin auch nicht bestritten, dass der Gegenwert dieser Sicherheiten keinesfalls mehr exakt den nominalen Wert des Problemkredits abdeckt. Es ist daher falsch und illusorisch anzunehmen, dass eine Verwertung der Sicherheiten exakt einen Erlös von USD 2'465'233.97 abwerfen würde. Vielmehr wird eine allfällige Verwertung absehbar einen deutlich tieferen Wert abwerfen, als den Nominalwert des Kredites. Die von der Vorinstanz in Ziffern III.3.3., S. 35, und III.4, S. 36, der Urteilsbegründung angestellten Berechnungen sind daher auch aus diesen Gründen unzutreffend.

gg) Zusammenfassung

89. Hätte die Vorinstanz die September-Vereinbarung richtig interpretiert, auslegt und beurteilt, hätte sie den empirischen wirklichen Willen der Vereinbarungs-Parteien beachtet bzw. im Zweifelsfall den mutmasslichen wirklichen Willen der

Vereinbarungsparteien korrekt ermittelt und beachtet, hätte sie sich weiter mit allen wesentlichen Argumenten in den Rechtsschriften der Beklagten ernsthaft bzw. überhaupt auseinandergesetzt, bzw. hätte sie diese in zutreffender oder vollständiger Weise gewürdigt, und hätte sie das klare materielle Recht richtig angewendet – dann hätte die Vorinstanz in ihrer Beurteilung zweifellos zum Ergebnis kommen müssen, dass die September-Vereinbarung keine weder ganze noch teilweise Verwertung von Vermögens- bzw. Sicherheitswerten für Rechnung des Problemkredites Iniochos und keine weder ganze noch teilweise Tilgung des Problemkredites Iniochos darstellte und keine Fälligkeit von Forderungen der Klägerin gegenüber der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin bewirkte.

90. Es folgt daraus, dass Ziffer 2 des Berufungs-Hauptantrages der Beklagten begründet ist, weshalb das Obergericht ersucht wird, diesen gutzuheissen und das erstinstanzliche Urteil in Ziffer 2 a) entsprechend abzuändern.
- c) *Hauptantrag Ziffer 3: Kostenfolgen der erstinstanzlichen Verfahren (FO981082 und CG990332) vollumfänglich zulasten der Klägerin*
91. Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Es gilt der Grundsatz der Kostenübernahme durch die unterliegende Partei.
92. Bei einem Verfahrensausgang im Sinne der Berufungs-Hauptanträge der Beklagten unterliegt die Klägerin in den erstinstanzlichen Verfahren vor dem Einzelrichter für Zivil- und Strafsachen (FO981082) und vor der Vorinstanz (CG990332) vollumfänglich und sind ihr deshalb die vollumfänglichen Kosten dieser Verfahren aufzuerlegen.
- d) *Hauptantrag Ziffer 4: Entschädigungsfolgen für die erstinstanzlichen Verfahren (FO981082 und CG990332) zulasten der Klägerin*
93. Eine Partei ist im gleichen Verhältnis entschädigungspflichtig, in welchem ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 ZPO). Es gilt der Grundsatz der Entschädigungspflicht nach Massgabe des Unterliegens im Verfahren.

94. Bei einem Verfahrensausgang im Sinne der Berufungs-Hauptanträge der Beklagten werden die Kosten der erstinstanzlichen Verfahren vor dem Einzelrichter für Zivil- und Strafsachen (FO981082) und vor der Vorinstanz (CG990332) vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen sein, weshalb die Klägerin auch zur Bezahlung einer vollen Prozessentschädigung an die Beklagten zu verpflichtet ist.
95. Die Prozessentschädigung wird vom entscheidenden Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt, wobei vom Streitwert auszugehen ist und auch die besonderen Umstände des konkret zu beurteilenden Falles, wie die Verantwortung des Anwaltes, die Schwierigkeit des Falles und der notwendige Zeitaufwand, zu berücksichtigen sind. Bei Vertretung der Partei durch einen Anwalt ist das richterliche Ermessen insofern beschränkt, als die Prozessentschädigung im Rahmen der Ansätze der Verordnung über die Anwaltsgebühren festzusetzen ist.¹²
96. Der von der Vorinstanz in der Urteilsbegründung berechnete Streitwert wird von der Beklagten in dieser Berufung nicht bestritten, setzt sich zusammen aus Klage- und Widerklagestreitwert und beziffert sich insgesamt auf CHF 1'260'135.00 (vgl. S. 37 der Urteilsbegründung).
97. Vorliegend handelt es sich um einen sehr aufwendigen Prozess mit umfangreichen Akten, grosser Verantwortung des Rechtsvertreters, teilweise schwierigen Rechtsfragen und entsprechend hohem Zeitaufwand. Diese Umstände sind bei der Bemessung der Prozessentschädigung ebenfalls zu berücksichtigen. Auch die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass es sich um einen aufwendigen Prozess handelt (vgl. S. 37 der Urteilsbegründung).
98. Ausgehend vom oben bezifferten Streitwert beträgt die einfache Grundgebühr gemäss Anwaltsgebührenverordnung CHF 30'600.00 (§ 2 Abs. 1). Angesichts der genannten besonderen Umstände des vorliegenden Falles ist die einfache Grundgebühr um einen Drittel zu erhöhen, d.h. mit CHF 40'800.00 zu veranschlagen (§ 2 Abs. 2).

¹² vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 69 N 1 f.

99. Zur Grundgebühr dürfen Zuschläge berechnet werden, sofern die Voraussetzungen von § 4 der Anwaltsgebührenverordnung zutreffen, wobei alle Zuschläge in der Regel nicht mehr als die Grundgebühr betragen sollen (§ 4 Abs. 3).
100. Vorliegend fanden neben einem schriftlichen Hauptverfahren mit Klage und Widerklage und je doppeltem Schriftenwechsel, eine Referentenaudienz und zwei Beweisverhandlungen statt. Jeder dieser Verfahrensschritte ist zuschlagsberechtigt, weshalb zumindest eine Verdoppelung der Grundgebühr als gerechtfertigt erscheint.
101. Basierend auf der erhöhten Grundgebühr und mit dem genannten Zuschlag berechnet sich eine angemessene Prozessentschädigung auf CHF 81'600.00. Die Klägerin ist daher zu verpflichten, der Beklagten für die erstinstanzlichen Verfahren FO981082 und CG990332 eine Prozessentschädigung von insgesamt CHF 81'600.00 zuzüglich MwSt. zu bezahlen.

C. Begründung des Berufungs-Eventualantrages

102. Sollte das Obergericht wider Erwarten der Argumentation des Berufungs-Hauptantrages nicht folgen, so beantragt die Beklagte eine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils im Sinne des Berufungs-Eventualantrages.
103. Namentlich beantragt die Beklagte, es sei Dispositiv Ziffer 2 a) des erstinstanzlichen Urteils insofern abzuändern, als in dieser neu festgestellt werden soll, dass lediglich im Umfang von maximal USD 359'924.14 seit dem 22. September 1994 eine fällige Forderung der Klägerin gegen die Beklagte besteht, akonto welcher die Beklagte der Klägerin am 19. März 2002 bereits EUR 28'432.66 bezahlt hat. Ansonsten blieben im Entscheid einerseits die unter dem Titel „Vorabverteilung eines Liquidationserlöses“ (aus dem Verkauf der Halkis-Aktien) von der Beklagten an die Klägerin bezahlten EUR 28'432.66 fälschlicherweise unbeachtet und wäre andererseits die Beklagte von der noch ausstehenden Abrechnung über die Geschäftsführungskosten und den Liquidationserlös rechtswidrig ausgeschlossen. Die nachgenannten Beweismittel wurden bereits im erstinstanzlichen Verfahren

bezeichnet und eingereicht (vgl. Stellungnahme Beklagte zum Beweisergebnis, S. 5; Urteilsbegründung Ziff. II.2., S. 9), bzw. dienen dem sofortigen Beweis der beklagischen Vorbringen (§ 267 Abs. 1 i.V.m. § 138 und § 115 Ziff. 2 ZPO) und sind daher zulässig.

BO: - Schreiben vom 19. März 2002

Beilage 2

- Bankcheck der UBS (dat. 15. März 2003)

Beilage 5

104. Die Vorinstanz hat in ihrer Urteilsbegründung selbst richtigerweise festgehalten (Ziff. II.1.2., S. 8), dass gegen eine Leistungsklage, mit welcher – wie vorliegend – nur ein Teilbetrag eingeklagt wird, eine Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des ganzen Schuldverhältnisses möglich ist, sowie dass aus einer Gutheissung der Teilklage nicht ohne weiteres die gänzliche Abweisung der Widerklage folgt, sondern vielmehr „der über die Teilklage hinaus maximal geschuldete Betrag festzustellen“ ist (fette Hervorhebung durch Vorinstanz).
105. Diese Rechtsauffassung der Vorinstanz, welche sich auf die herrschende Lehre und Praxis abstützt bzw. abstützen kann¹³, ist richtig, hat jedoch in Verletzung von zwei wesentlichen Verfahrensgrundsätzen keinen Eingang ins erstinstanzliche Urteil gefunden, indem das entscheidende Wort „maximal“ in Ziffer 2 a) des Urteilsdispositivs aus unerfindlichen Gründen einfach weggelassen worden ist.
106. In dieser Hinsicht leidet das erstinstanzliche Urteil, sofern nicht ein offenkundiges Versehen der Vorinstanz bei der Redaktion des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs vorliegt (für ein solches spricht u.a. das überflüssige „die“ im Wortlaut von Ziffer 2 a) des Urteilsdispositivs), an mehreren eigentlichen Nichtigkeitsgründen.
107. Erstens beruht Dispositiv Ziffer 2 a) auf einer aktenwidrigen tatsächlichen Annahme, indem die Vorinstanz darin die Tatsache zu Unrecht unberücksichtigt gelassen hat, dass die Beklagte noch während des erstinstanzlichen Verfahrens im Nachgang zur Verwertung der Halkis Aktien der Beklagten unter dem Titel „Vor-

¹³ vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 59 N 24a (mit Verweis auf SJZ 1948 S. 192 Nr. 55), § 60 N 2; Hans Schmid, Negative Feststellungsklagen, in: AJP 7/2002, S. 774 ff.

abverteilung eines Liquidationserlöses“ akonto einer allfälligen Forderung der Klägerin gegen die Beklagte einen Betrag von EUR 28'432.66 ausbezahlt hat. Betreffend die Zulässigkeit der nachgenannten Beweismittel vgl. Ziffer 103 oben.

BO: - Schreiben vom 19. März 2002

Beilage 2

- Bankcheck der UBS (dat. 15. März 2003)

Beilage 5

108. Diese Vorabverteilung hat dem prozessualen Antrag der Beklagten auf Abänderung von Ziffer 3 des Widerklage-Rechtsbegehrens zugrunde gelegen, und die Vorinstanz hat unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Vorabverteilung dem Abänderungsbegehren in ihrer Urteilsbegründung zugestimmt (Ziff. II.2., S. 9). Selbst die Klägerin hat weder den Empfang noch den Zahlungstitel dieser Vorabverteilung bestritten (vgl. deren Schreiben vom 25. April 2002, act. 175).
109. Weiter hat die Vorinstanz in ihrer Urteilsbegründung ausdrücklich festgehalten, dass „kein Anspruch [der Klägerin] mehr auf anteilmässige Beteiligung an den 165'000 Halkis Aktien“ besteht (Ziff. III.3.3.b) und cc), S. 35 f.).
110. In der Folge hat die Vorinstanz jedoch, in aktenwidriger Übergehung ihrer eigenen Feststellungen, das unbegreifliche Fazit gezogen, dass bezüglich USD 359'924.14 eine fällige Forderung der Klägerin gegen die Beklagte bestehe (Ziff. III.3.4., S. 36).
111. Der Betrag von USD 359'924.14 entspricht 14,6 % von USD 2'465'233.97, d.h. dem Betrag, der nach – bestrittener – Behauptung der Klägerin dem Gesamterlös aus der Verwertung aller Sicherheiten für Rechnung des Iniochos Kredites entsprechen soll (ursprüngliche Kreditforderung USD 2,6 Mio, abzüglich USD 134'766.03 aus dem Verkauf Stockwerkeigentum Pyräus, ergibt USD 2'465'233.97; vgl. Ziff. III.3.1. und III.3.3., S. 28 und 35 erstinstanzliches Urteil).
112. Aus obiger Darstellung ergibt sich unschwer, dass im Betrag von USD 359'924.14 die von der Beklagten an die Klägerin ausbezahlte Vorabverteilung von EUR 28'432.66 nicht mitberücksichtigt ist. Daraus folgt, dass die Vorinstanz in aktenwidriger Weise diese Vorabverteilung im Rahmen der betragsmässigen Feststellung der bestehenden Forderung in Dispositiv Ziffer 2 a) nicht mitberücksichtigt hat. Dieser Fehler ist im Berufungsverfahren vom Obergericht zu korri-

gieren, indem Dispositiv Ziffer 2 a) im Sinne des Eventualantrages abgeändert bzw. ergänzt wird.

113. Zweitens verletzt Dispositiv Ziffer 2 a) die Dispositionsmaxime und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz¹⁴, indem die Vorinstanz der Klägerin weit mehr zuspricht, als diese mit ihrem Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Widerklage verlangt hat (vgl. act. 65 S. 2).
114. Die Dispositionsmaxime besagt, dass ein Gericht einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangt, noch weniger, als der Gegner anerkennt. Beschränkt sich – wie vorliegend (act. 2) – die Klägerin auf die Erhebung einer Teilklage, kann im Dispositiv nicht der ganze Anspruch zugesprochen oder abgewiesen¹⁵, sondern kann nur mit Bezug auf den eingeklagten Teilanspruch entschieden werden.
115. Wird einer Leistungsklage auf einen Teilanspruch mit einer negativen Feststellungsklage auf den gesamten Anspruch entgegen getreten, und wird alsdann die Teilklage gutgeheissen, ist im Umfang des gutgeheissenen Teilanspruches unerheblich, ob die negative Feststellungsklage einfach abgewiesen oder ob positiv festgestellt wird, dass der als nichtbestehend eingeklagte Anspruch tatsächlich besteht.¹⁶
116. Im Umfang des Restanspruches jedoch, der sich aus der Differenz zwischen dem Teilanspruch gemäss Klagebegehren und dem ganzen Anspruch gemäss negativem Feststellungsbegehren ergibt, macht es sehr wohl einen Unterschied, ob die negative Feststellungsklage abgewiesen oder ob der als nichtbestehend eingeklagte Restanspruch als doch bestehend festgestellt wird, weil im letzteren Fall das Urteil über das im Klagebegehren Beantragte hinausgeht und damit die Dispositionsmaxime verletzt.

¹⁴ vgl. § 281 Ziff. 1 i.V.m § 54 Abs. 2 ZPO

¹⁵ vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 54 N 17; BGE 42 II 702

117. Gestützt auf obige Ausführungen erhellt, dass die Feststellung in Dispositiv Ziffer 2 a), wonach im Umfang von USD 359'924.14 eine fällige Forderung bestehe, die Dispositionsmaxime verletzt. Richtigerweise hätte die Vorinstanz nur das Bestehen einer maximalen Forderung feststellen dürfen. Durch das Weglassen des Wortes „maximal“ hat die Vorinstanz fälschlicherweise den Umständen nicht Rechnung getragen, dass der Klägerin auf keinen Fall mehr zugesprochen werden darf, als von dieser im Verfahren tatsächlich gefordert wird. Korrekterweise hätte die Vorinstanz entweder das negative Feststellungsbegehren im Umfang des Restanspruches, abzüglich des vorab verteilten Betrages, einfach abweisen müssen; oder sie hätte positiv feststellen müssen, dass die Klägerin gegen die Beklagte eine Forderung in einem Maximalbetrag hat. Indem die Vorinstanz weder das eine noch das andere tat, verletzte sie die Dispositionsmaxime. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist Dispositiv Ziffer 2 a) des erstinstanzlichen Urteils fehlerhaft und in im Berufungsverfahren vom Obergericht zu korrigieren, indem Dispositiv Ziffer 2 a) im Sinne des Eventualantrages abgeändert bzw. ergänzt wird, namentlich durch die Hinzufügung des Wortes „maximal“.
118. Schliesslich verletzt Dispositiv Ziffer 2 a) als weiteren wesentlichen Verfassungs- und Verfahrensgrundsatz den Anspruch der Beklagten auf Gewährung des rechtlichen Gehörs¹⁷, indem die Vorinstanz als geschuldeten Forderungsbetrag einen Fixbetrag feststellt (anstatt eines Maximalbetrages) und damit der Beklagten verunmöglicht, ihre abrechnungsfähigen Auslagen und Verwendungen für die Einfache Gesellschaft im Rahmen der Liquidationsabrechnung in Abzug zu bringen.
119. Die Abrechnung über die Auslagen und Verwendungen der einzelnen Gesellschafter gehört zu den inneren Liquidationshandlungen im Sinne von Art. 549 Abs. 1 OR, ebenso wie die Rückerstattung der Vermögensbeiträge sowie die Verteilung eines allfälligen Überschusses oder Verlustes. Die innere Auseinandersetzung zwi-

¹⁶ vgl. auch Walder, a.a.O., § 24 N 9; Pra 84 (1994) Nr. 178

¹⁷ vgl. Art. 29 Abs. 2 BV, § 56 Abs. 1

schen den einzelnen Gesellschaftern hat in dieser gesetzlichen Reihenfolge zu geschehen.¹⁸

120. Eine solche innere gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien aus dem Unterbeteiligungsverhältnis hat bis zum heutigen Datum noch nicht stattgefunden. Eine endgültige Quantifizierung des Auslagen- und Verwendungsersatzes der Beklagten wird umfassende Berechnungen erfordern, die erst noch durchzuführen sind. Denn selbst wenn für die Bedürfnisse dieser Eventualantragsbegründung davon ausgegangen wird, dass durch die September-Vereinbarung von 1994 der Gesellschaftszweck erreicht worden wäre, so wäre die Einfache Gesellschaft dadurch doch lediglich in das Stadium der Liquidation getreten, in dem sie sich bis zum heutigen Datum befinden würde. Auf keinen Fall kann jedoch die Rede davon sein, dass die Liquidation der Gesellschaft auch bereits durchgeführt und die Gesellschaft bereits liquidiert worden wäre. Eine Einfache Gesellschaft bleibt als Liquidationsgesellschaft bestehen, bis sämtliche mit Dritten eingegangenen Rechtsverhältnisse aufgelöst sowie alle Aktiven und Passiven auf die Gesellschafter verteilt sind.¹⁹ Die Liquidation ist erst beendet, wenn in sämtlichen Beziehungen eine Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht stattgefunden hat.²⁰ Dies ist vorliegend nicht der Fall.
121. Die Beklagte hat in ihren Rechtsschriften an zahlreichen Stellen darauf hingewiesen, dass eine ordnungsgemässe Abrechnung aus dem Unterbeteiligungsverhältnis mit der Klägerin unter Einbezug von Auslagen und Verwendungen erst noch zu erstellen ist, so etwa in der Klageantwort/Widerklage Ziff. II.A.11 (S. 10) und III.D.130-132 (S. 64), in der Duplik/Widerklagereplik Zu III. Ziff. 112 bis Ziff. 125 Rz 4.2 (S. 33) und in der Stellungnahme zum Beweisergebnis Ziff. I.2. (S. 5).

¹⁸ vgl. OR-Staehelin Art. 548/549 N 6 ff.; von Steiger, a.a.O., S. 465 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. Bern 1998, § 12 N 83

¹⁹ vgl. OR-Staehelin Art. 548/549 N 1, 3

²⁰ vgl. von Steiger, a.a.O., S. 464

122. An den gleichen Stellen hat die Beklagte ebenso dargelegt, dass sämtliche Kosten für die von ihr als Geschäftsführerin getroffenen Massnahmen zur Durchsetzung der Kreditforderung Iniochos von ihr vorfinanziert worden sind und die Beklagte – trotz ausdrücklicher vertraglicher Verpflichtung in Ziffer 7 Absatz 3 des Unterbeteiligungsvertrages – noch nie einen Beitrag irgendwelcher Natur geleistet hat.
123. Diesen Ausführungen der Beklagten betreffend erst noch zu tätiger Abrechnung aus dem Unterbeteiligungsvertrag hat die Klägerin nicht substantiiert widersprochen, vgl. Replik/Widerklageantwort Zu II. Ziff. 11 Abs. 8 (S. 7), Widerklageduplik Zu III. Ziff. 112 bis Ziff. 125. Schlicht unzutreffend ist die pauschale Behauptung der Klägerin, dass in der September-Vereinbarung alle Kosten abgerechnet worden seien; diese Sichtweise findet weder im Wortlaut noch im Sinn der Vereinbarung eine Stütze. Trotz des Escrow-Accounts beliefen sich die Aufwendungen der Beklagten, welche diese am 20./22. September 1994 hätte in Abzug bringen können, tatsächlich auf weit mehr als den Gegenwert dieses Kontos. Diese abzugs- und abrechnungsfähigen Aufwendungen waren im Rahmen der Geschäftsführung für die Einfache Gesellschaft angefallen; diese Abrechnungen bildeten indes nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens bzw. der Rechtsbegehren (vgl. auch hinten Ziff. 128).
124. Gegenstand des Widerklage-Rechtsbegehrens war bzw. ist u.a. die Feststellung, dass die Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag bezüglich des Nominalwertes von USD 380'000.00 keine fällige Forderung gegen die Beklagte besitzt (Ziff. 2) sowie lediglich einen noch nicht fälligen anteilmässigen Anspruch auf den Erlös aus der Verwertung der Sicherheit Liegenschaft Karavostassi hat (Ziff. 3). Weder ein anderer als der Nominalwert noch ein fixer Forderungsbetrag waren jemals Gegenstand der Widerklage, und auch die konkrete Berechnung der Forderung der Klägerin gegenüber der Beklagten bzw. die Feststellung der konkreten Forderung waren zu keinem Zeitpunkt Thema des erstinstanzlichen Verfahrens. Entsprechend waren die Parteien während des ganzen Verfahrens zu keiner Zeit dazu aufgerufen, Ausführungen zur eigentlichen Abrechnung zu machen oder entsprechende Unterlagen einzureichen.

125. Im weiteren geht die Klägerin selbst davon aus, dass vorgängig zu einer allfälligen Einlagenrückerstattung zunächst eine Abrechnung aus dem Unterbeteiligungsverhältnis zu erstellen ist, indem sie in der Klageschrift vorbringt, „Damit wurde das Inkasso (...) beendet und die Forderung auf Abrechnung und Rückzahlung des Kapitals ist somit per 22.9.1994 fällig geworden“ (vgl. Klageschrift Ziff. 2, S. 3).
126. Auch die Vorinstanz geht zu Recht davon aus, dass vorgängig zu einer anteilmässigen Verteilung des Erlöses aus der Verwertung der Sicherheiten an die Klägerin deren Anteil an den Aufwendungen für die Einbringung des Erlöses abzuziehen ist, in dem sie erwägt, „dass der Klägerin schliesslich 14,6 % (...) vom Erlös aus der Verwertung der Sicherheiten (abzüglich Anteil an den Aufwendungen für die Einbringung der Erlöse) zusteht“, vgl. vorinstanzliches Urteil Ziff. III.2.2.b. (S. 26 oben).
127. Die Tatsache, dass die Einfache Gesellschaft noch nicht liquidiert worden ist, sondern eine abschliessende Abrechnung über die Geschäftsführungs- und Liquidationskosten erst noch erstellt werden muss, ist ein wesentlicher Grund dafür, dass im erstinstanzlichen Urteil ein über die Teilklage hinaus von der Beklagten geschuldeter Betrag nicht als Fixbetrag, sondern lediglich als Maximalbetrag hätte festgestellt werden dürfen. Während die Vorinstanz diesen Sachverhalt in den Erwägungen noch richtig erkannt hat (vgl. Ziff. II.1.2., S. 8), hat sie das Wort „maximal“ im Urteilsdispositiv aus unerklärlichen Gründen einfach weg-gelassen (vgl. Dispositiv Ziff. 2.a).
128. Indem die Vorinstanz in Dispositiv Ziffer 2 a) einen fixen Betrag als fällige Forderung festgestellt hat, hat sie kurzerhand die Beklagte mit deren sämtlichen Vorbringen und Beweisen zur konkreten und definitiven Abrechnung aus dem Unterbeteiligungsverhältnis ausgeschlossen. Ein Abzug von nachgewiesenen und abrechnungsfähigen Auslagen und Verwendungen der Beklagten im Rahmen der Liquidationsabrechnung wird illusorisch, solange das Feststellungsurteil eine Forderung in fixem Umfang nennt. Damit aber erhellt, dass die Vorinstanz eine ordnungsgemässe Abrechnung und eine gesetzmässige innere Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern faktisch verunmöglicht hat, weshalb Dispositiv Zif-

fer 2 a) auch gegen klares materielles Recht verstösst, namentlich gegen Art. 549 Abs. 1 OR. Dieser Fehler der Vorinstanz ist durch das Obergericht im Sinne des Eventualantrages zu korrigieren.

IV. KOSTEN- UND ENTSCHÄDIGUNGSFOLGEN

129. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren richtet sich nach den allgemeinen zivilprozessualen Regeln (§ 64 ff. ZPO). Nach ständiger Praxis ist dabei über Kosten und Entschädigung für jede Verfahrensstufe getrennt zu befinden und ist das Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens in der zweiten Instanz unter Berücksichtigung der Rechtsmittelanträge zu bestimmen.²¹
130. Antragsgemäss müssen die Kosten dieses Berufungsverfahrens vollumfänglich der Klägerin auferlegt werden (§ 64 Abs. 1 ZPO).
131. Antragsgemäss muss die Klägerin dazu verpflichtet werden, der Beklagten für dieses Berufungsverfahren eine angemessene, nach den Bestimmungen der Verordnung über die Anwaltsgebühren berechnete Prozessentschädigung zu bezahlen.

²¹ vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 64 N 23

Abschliessend ersuche ich Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Oberrichter, aus den vorstehend wie auch aus den im erstinstanzlichen Verfahren genannten Gründen um Gutheissung der eingangs gestellten Berufungsanträge, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin.

Mit vorzüglicher Hochachtung



Dr. Albrecht Langhart

Dreifach

Beilagen gemäss separatem Verzeichnis

BEILAGEN – VERZEICHNIS

zur Berufungsschrift im Prozess Nr. LB020073
in Sachen Tarapaca Investments Ltd. gegen Bank Sarasin % Cie AG
betreffend Forderung/Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,
2. Abteilung, vom 16. September 2002 (Prozess Nr. CG990332)

- 1 Urteil BGZ vom 16. September 2002
- 2 Schreiben vom 19. März 2002
- 3 / 1-6 Auftragsbestätigungen/Kontoauszüge (Order Conf. Slips)
- 4 Aktienzertifikat vom 29. Oktober 2002
- 5 Bankcheck der UBS (dat. 15. März 2003)