Obergericht des Kantons Zürich

Geschäfts-Nr. LB020073/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. H. Schmid, Vorsitzender, und Dr. H. A. Müller, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie der juristische Sekretär lic. iur. S. Lebeda

Urteil und Beschluss vom 27. August 2004

in Sachen

Tarapaca Investments Ltd., Westwind Building, P.O. Box 1111, 7450 Grand Cayman Island, BWI, **Zustelladresse:** bei R. Th. Westermeier c/o Frau R.E. Pilgram-Westermeier, im Acker, 3416 Affoltern i.E./BE,
Klägerin, Widerbeklagte, Erstappellantin und Zweitappellatin

gegen

Bank Sarasin & Cie AG, Elisabethenstr. 62, 4051 Basel, Zweigniederlassung Zürich: Löwenstr. 11, 8001 Zürich,
Beklagte, Widerklägerin, Zweitappellantin und Erstappellatin

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

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich 2. Abteilung vom 16. September 2002; Proz. CG990332

Rechtsbegehren Klage (act. 2 S. 2):

„Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 8'100.-- zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

Rechtsbegehren Widerklage (act. 47 S. 3):

„1. Es sei festzustellen, 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 Kredits 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.

2. Es sei festzustellen, dass die Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag zwischen den Parteien vom 11. März 1983 per Datum der Einreichung der Klage weder bezüglich des Nominalwertes von US$ 380'000.-- noch bezüglich Zinsen noch unter dem Titel vertraglicher oder ausservertraglicher Schadenersatz im Zusammenhang mit der fraglichen Unterbeteiligung eine fällige Forderung gegen die Beklagte besitzt.

3. Es sei festzustellen, dass die Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag zwischen den Parteien vom 11. März 1983 per Datum 1. Juli 1999 gegen die Beklagte lediglich einen noch nicht fälligen, dem Unterbeteiligungsvertrag entsprechend anteilsmässigen Anspruch auf den Erlös aus der Verwertung folgender Vermögenswerte besitzt:

   - 165'000 Aktien der Halkis Tsimenta AG und
   - ein unter den Parteien als „Liegenschaft Karavostassi" bekanntes Grundstück in Kato Achaia, Griechenland.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin."

abgeändertes Widerklagerechtsbegehren (act. 162 S. 1):

Ziffern 1, 2 unverändert

Ziffer 3 neu:

„3. Es sei festzustellen, 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 Unterbeteiligungsver-

trag entsprechend anteilsmässigen Anspruch auf den Erlös aus der Verwertung folgender Vermögenswerte besitzt:

- ein unter den Parteien als ‚Liegenschaft Karavostassi' bekanntes Grundstück in Kato Achaia, Griechenland."

Ziffer 4 unverändert

Abgeändertes Rechtsbegehren der Klägerin gemäss Eingabe vom 4. Juni 2004 (act. 270 S. 2):

„Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von entweder Fr. 8'100.00 oder alternativ US Dollar 6'044.80 zu bezahlen".

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (2. Abteilung) vom 16. September 2002 (act. 192):

1. In Gutheissung der Hauptklage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 8'100.-- zu bezahlen.

2.a) In teilweiser Abweisung der Widerklage (bezüglich Ziffern 1, Ziffer 2 teilweise und Ziffer 3) wird festgestellt, dass die im Umfang von US$ 359'924.14 seit dem 22. September 1994 eine fällige Forderung der Klägerin gegen die Beklagte besteht.

b) In teilweiser Gutheissung der Widerklage wird festgestellt, dass die Klägerin weder bezüglich Zinsen aus ihrer Unterbeteiligung vom 11. März 1983 (zufolge unzulässigem Zinsverzicht) noch unter dem Titel vertraglicher oder ausservertraglicher Schadenersatz im Zusammenhang mit der fraglichen Unterbeteiligung eine weitergehende fällige Forderung gegen die Beklagte besitzt.

3. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf Fr. 33'000.--; die weiteren Kosten betragen: ...

4. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sowie des Verfahrens FO981082 (Einzelrichteramt für Zivil- und Strafsachen) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und soweit möglich von den im vorliegenden wie im Verfahren FO981082 geleisteten Prozesskautionen und Barvorschüssen bezogen. Ein allfälliger Überschuss wird den Parteien nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides auf erstes Verlangen an die von ihnen gegenüber der Gerichtskasse bezeichnete Zahlstelle ausbezahlt.

5. Die Prozessentschädigungen werden wettgeschlagen.

6. .....

Beschluss der Berufungsinstanz vom 15. Oktober 2003 (act. 231):

1. Hinsichtlich der Erstberufung der Klägerin und Widerbeklagten wird das Verfahren als durch Rückzug der Berufung erledigt abgeschrieben. Hinsichtlich der Zweitberufung der Beklagten und Widerklägerin wird das Verfahren weitergeleitet.

2. .....

Berufungsanträge zur Zweitberufung:

Der Beklagten, Widerklägerin und Zweitappellantin (act. 237 S. 2-5):

„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."

Der Klägerin, Widerbeklagten und Zweitappellatin (act. 243 S. 2):

„Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Zweitappellantin."

Das Gericht zieht in Betracht:

I. Sachverhalt

1. a) Die Klägerin ist im Register der Gesellschaften der Cayman Islands eingetragen. Als „Director" sowie als „Secretary" der Gesellschaft fungiert Thomas Rudolph Westermeier (act. 230/2-3).

b) Ausgangspunkt für den zu beurteilenden Streitfall ist eine Vereinbarung zwischen der „Bankinvest", Zürich, und der Klägerin vom 11. März 1983 (act. 5/2 bzw. act. 75/1).

Die „Bankinvest" war eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts, die ursprünglich ihren Sitz in Bern hatte, ihn dann aber nach Zürich verlegte (act. 263/1-3). Am 21. Juli 1992 wurde die Firmenbezeichnung geändert. Fortan hiess die Gesellschaft *„Giro Credit Bank (Schweiz) AG"* (act. 264). Diese Namensänderung erfolgte im Zusammenhang mit dem Verkauf der Bank an die österreichische „Giro Credit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen", Wien (Im Folgenden: „GC Wien"; vgl. act. 47 S. 11, act. 66 S. 10; ab 1997: „Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG", vgl. act. 84 S. 17 und www.sparkasse.at). Die „Giro Credit Bank (Schweiz) AG" wurde indessen ihrerseits durch Beschluss der Generalversammlung vom 15. Februar 1996 infolge Fusion mit der *„Rabobank (Schweiz) AG"* aufgelöst. Gemäss Eintrag im Handelsregister gingen die „Aktiven und Passiven ... per 01.01.1996 durch Universalsukzession auf die Rabobank (Schweiz) AG" über. Per 11. Juni 1996 wurde die „Giro Credit Bank (Schweiz) AG" im Handelsregister gelöscht (act. 264).

Die „Rabobank (Schweiz) AG" führte ab 3. Mai 1999 die Firmenbezeichnung *„Rabo Robeco Bank (Schweiz) AG"*. Auch diese Gesellschaft wurde infolge Fusion aufgelöst, und zwar durch Beschluss der Generalversammlung vom 28. Juni 2002 wegen Fusion mit der *„Bank Sarasin & Cie AG"*. Gemäss Eintrag im Handelsregister gingen die „Aktiven und Passiven per 1. Januar 2002 ... durch Universalsukzession" auf die „Bank Sarasin & Cie AG" über. Per 30. April 2003 wurde die „Rabo Robeco Bank (Schweiz) AG" im Handelsregister gelöscht (act. 265).

c) Für die „Bankinvest" und ihre Rechtsnachfolgerinnen wird im Folgenden der *Begriff „Bank"* verwendet.

2. a) Mit einem in englischer Sprache abgeschlossenem Vertrag („Loan agreement") vom 30. September 1982 (act. 49/6) gewährte die Bank der griechischen Gesellschaft „Iniohos Shipping Company" einen Kredit über US$ 2,6 Millionen. Der Vertrag unterstand schweizerischem Recht (Ziff. 18). Vereinbart war eine Verzinsung von 2,25% über LIBOR. Als Bürgen („Guarantor") standen für die Einbringlichkeit des Kredites einerseits Marcos Keosseoglu und anderseits die im Fürstentum Liechtenstein domizilierte „Profina Productions Finanzierungs Anstalt" ein (Ziff. 1 und 11.1). Ferner dienten der Bank insgesamt 529'344 verpfändete Aktien der griechischen Gesellschaft „Halkis Cement Company" sowie zwei Stockwerkanteile eines in Piräus gelegenen Bürogebäudes als Sicherheit (Ziff. 11.2 und 11.3). Der Kredit sollte in zehn gleichen Raten zurückbezahlt werden, wobei die erste Rate nach 2½ Jahren zahlbar war (Ziff. 1, Ziff. 5.1.).

b) Unter Bezugnahme auf eine frühere, am 28. September 1982 abgeschlossene Vereinbarung richtete die Bank am 11. März 1983 einen Brief in englischer Sprache an die Klägerin, welcher von dieser zum Zeichen ihres Einverständnisses am 26. Mai 1983 unterzeichnet wurde (act. 5/2 und act. 75/1). Gemäss der so zustande gekommenen Vereinbarung „verkaufte" („to sell to you respectively your purchasing from us") die Bank der Klägerin eine Unterbeteiligung („sub-participation") an dem von ihr der „Iniohos Shipping Company" gewährten Darlehen im Umfange von $ 380'000.00. Die Bank versprach, die Inkassi entsprechend dem Betrage ihrer Unterbeteiligung auf Rechnung der Klägerin vorzunehmen (Ziff. 4). Für ihre Ansprüche sollte die Klägerin aus den drei letzten von der

„Iniohos Shipping Company" zu leistenden Raten befriedigt werden, nämlich zweimal mit $ 125'000.00 und einmal mit $130'000.00 (Ziff. 5). Die Parteien vereinbarten sodann, dass auf ihre Beziehungen schweizerisches Recht anwendbar sei und dass gegebenenfalls der Gerichtsstand Zürich zum Zuge komme (Ziff. 9).

c) Der von der Bank der „Iniohos Shipping Company" gewährte Kredit wurde in der Folge nicht bedient. Die Bank leitete daher in Griechenland gegen die Garanten (Marcos Keosseoglu, dessen Ehefrau Theano Keosseoglu sowie gegen die „Profina Productions Finanzierungs Anstalt") einen Zivilprozess ein. In der Folge kam es im Jahre 1986 zur Versteigerung des pfandbelasteten in Piräus gelegenen Bürogebäudes bzw. des Stockwerkanteils (act. 47 S. 29f., act. 66 S. 19). Weiter entdeckte die Bank im Zusammenhang mit der Verfolgung ihrer Ansprüche ein dem Keosseoglu gehörendes Grundstück auf dem Peloponnes im Halte von über 500'000 m^2. Diese Entdeckung bewirkte, dass die Bank einerseits sowie Keosseoglu, Iniohos Shipping Company und die „Profina Produktions- und Finanzierungsanstalt" am 24. August 1987 eine provisorische Einigung unterzeichneten (act. 49/17), die am 18. Juli 1988 mit der sogenannten *„Zuger Vereinbarung"* (act. 49/22) besiegelt wurde: *Ohne Einbezug der Klägerin* (act. 66 S. 21f., act. 84 S. 14) einigten sich die Bank einerseits und Keosseoglu, die „Profina Produktions- und Finanzierungsanstalt" sowie die „Iniohos Shipping Company" anderseits durch einen in Zug öffentlich beurkundeten Vertrag im Wesentlichen auf Folgendes (vgl. act. 47 S. 35ff.):

- Keosseoglu anerkannte die von der Bank auf US$ 2,6 Millionen reduzierte Schuldsumme.
- Die Bank verpflichtete sich, ihre Forderung aus dem Verkauf des Grundstückes und dem Verkauf der Halkis-Aktien zu decken.
- Die Bank verzichtete darauf, ihre Forderungen gegen „Profina Produktions- und Finanzierungsanstalt" sowie gegen die „Iniohos Shipping Company" durchzusetzen.
- Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien aus dieser Vereinbarung sollten durch ein Schiedsgericht mit Sitz in Zürich oder in Athen beurteilt werden.

d) Im November 1993 leitete die „Profina Produktions- und Finanzierungsanstalt" gegen die Bank ein Schiedsgerichtsverfahren ein, und zwar in Athen

(act. 49/26). Im Zuge dieses Verfahrens nahmen die Parteien der „Zuger Vereinbarung" erneut Vergleichsverhandlungen auf, welche schliesslich in der sogenannten *„Berner Vereinbarung"* vom 23. Juni 1994 (act. 49/33) ihren Niederschlag fanden. Auch für den Abschluss dieser Vereinbarung wurde die Klägerin nicht beigezogen. Im Wesentlichen führte diese Vereinbarung dazu, dass der Bank die Rechte über das Grundstück auf dem Peloponnes zugewiesen wurden, wobei diese Rechte in der Folge von der National Bank of Greece in einem jahrelangen Prozess allerdings erfolglos angefochten wurden (act. 47 S. 46-48).

e) Nachdem die Bank von der „Giro Credit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen" aufgekauft worden war und den Namen „Giro Credit Bank (Schweiz) AG" übernommen hatte, schloss sie mit ihrer Muttergesellschaft am 20. September bzw. am 22. September 1994 einen Vertrag (act. 5/5), der in der Präambel auf das von der Bank der „Iniohos Shipping Company" gewährte Darlehen Bezug nimmt, von dem US$ 2'465'233.97 ausstehend seien. Mit dem Vertrag vom 20./22. September 1994 verkaufte die Bank ihrer Mutter das gesamte Aktienkapital der irischen Gesellschaft „Harkin Limited", in die sie zuvor das Grundstück auf dem Peloponnes eingebracht hatte, sowie sämtliche Aktien der „Cement of Halkis SA" (165'000 Stück bzw. 165 Aktien neue Serie). Für die irische Aktiengesellschaft bzw. für das in sie eingebrachte Grundstück auf dem Peloponnes sowie für die Halkis-Aktien wurde gemäss Ziff. 3 des Vertrages der Bank von ihrer Muttergesellschaft ein Betrag von US$ 2'085'233.97 sowie Fr. 396'029.75 bezahlt. Im Sinne einer „internen Schuldübernahme" übernahm die Muttergesellschaft die Verpflichtungen der Bank aus dem seinerzeit mit der Klägerin abgeschlossenen Unterbeteiligungsvertrag vom 11. März / 26. Mai 1983. In dieser Hinsicht sollte die Bank aber „gegenüber Dritten *treuhänderisch*, mithin in eigenem Namen aber auf Rechnung von GC Wien" auftreten. Mit dem Vertrag zwischen Mutter und Tochter vom September 1994 wurde schweizerisches Recht anwendbar erklärt; als Gerichtsstand wurde Zürich vereinbart.

In einem undatierten Nachtrag zu diesem Vertrag (act. 49/39) vereinbarten die Bank und „GC Wien", dass die abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bis zur Auflösung des *Treuhandverhältnisses „nicht formalisiert"* werden sollten: Die Bank

sollte weiterhin „als *treuhänderische* Aktionärin der Harkin Limited im Aktienregister eingetragen" bleiben und gegenüber der zuständigen Depotstelle „weiterhin als Inhaberin aufgeführt" werden.

3. a) Am 14. Dezember 1998 machte die Klägerin gegen die „Rabobank (Schweiz) AG" [recte: „Rabo Robeco Bank (Schweiz) AG"] beim Einzelrichter des Bezirks Zürich eine Klage auf Leistung von Fr. 8'100.00 anhängig. Die Klägerin bezeichnet die Klage ausdrücklich als Teilklage. Einerseits stellt sie sich auf den Standpunkt, *die Bank habe zu Unrecht auf Zinsen aus dem Darlehensvertrag verzichtet.* Allein unter diesem Titel stünden ihr US$ 460'896.00 zu. In diesem Zusammenhang fordert sie einen *Teilbetrag von Fr. 4'000.00.* Mit Vertrag vom 2./22. September 1994 zwischen der Bank und ihrer Muttergesellschaft habe sich die Bank sodann der letzten Sicherheiten entäussert. *Die der Klägerin zustehende Darlehenssumme von US$ 380'000.00 sei daher fällig.* Unter diesem Titel klagte die Klägerin einen *Teilbetrag von Fr. 4'100.00* ein. Nachdem die Beklagte mit der Klageantwort eine Widerklage mit hohem Streitwert erhoben hatte, überwies der Einzelrichter die Sache mit Verfügung vom 16. August 1999 (act. 50) an das Kollegialgericht. Auf das Hauptverfahren folgte ein Beweisverfahren. Mit Urteil vom 16. September 2002, hiess das Bezirksgericht Zürich (2. Abteilung) die Hauptklage auf der ganzen Linie und die Widerklage teilweise gut.

b) Beide Parteien zogen in der Folge die Sache mit der Berufung an das Obergericht weiter. Der Entscheid der Berufungsinstanz vom 31. Oktober 2002 betreffend Kaution (act. 198) wurde von der Klägerin mit der Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons Zürich weitergezogen, welches die Beschwerde aber mit Beschluss vom 17. Juni 2003 verwarf. Nachdem die Klägerin ihre Berufung in der Folge zurückgezogen hatte, schrieb die Berufungsinstanz das Berufungsverfahren am 15. Oktober 2003 hinsichtlich der Erstberufung der Klägerin als erledigt ab (act. 231). In der Folge erstatteten die Parteien *hinsichtlich der Zweitberufung der Beklagten und Widerklägerin* die folgenden Rechtsschriften:

- Berufungsbegründung (Beklagte, act. 237);
- Berufungsantwort (Klägerin, act. 243);

- Berufungsreplik (Beklagte, act. 249);
- Berufungsduplik (Klägerin, act. 252).

c) Mit Referentenverfügung vom 21. Mai 2004 (act. 266) wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, hinsichtlich der Frage Stellung zu nehmen, welche rechtlichen Auswirkungen der Umstand hat, dass die Ansprüche aus dem mit der Bank abgeschlossenen Vertrag in US-Dollars geschuldet sind, wogegen mit der Hauptklage Schweizer Franken geltend gemacht werden. Mit Eingabe vom 4. Juni 2004 nahm die Klägerin im Sinne dieser Auflage Stellung (act. 270). Nachdem die Beklagte darauf am 29. Juni 2004 mit einer ausführlichen Eingabe geantwortet hatte (act. 277), wurde der Klägerin erneut Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen. Sie tat das mit Eingabe vom 6. Juli 2004 (act. 280).

II. Formelles

1. Mit ihrer an die Berufungsinstanz gerichteten Eingaben vom 4. Juni 2004 ändert die Klägerin ihr Hauptklagebegehren. Das ist unzulässig. Die Möglichkeit, unter den von § 61 ZPO statuierten Einschränkungen die Klage zu ändern, besteht – ausgenommen in familienrechtlichen Angelegenheiten – nur vor der ersten Instanz (§ 200 Abs. 2 ZPO e contrario; vgl. auch Frank/Sträuli/Messmer, N. 17 zu § 61 ZPO). Auf die Klageänderung gemäss Eingabe der Klägerin vom 4. Juni 2004 ist daher nicht einzutreten.

2. Sind die Berufungsanträge gestellt, so erwachsen die von ihnen nicht erfassten Teile des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft (§ 260 Abs. 1 ZPO). Da die Klägerin ihre Berufung zurückgezogen hat, ist mithin das angefochtene Urteil insoweit in Rechtskraft erwachsen, als mit ihm zu Ungunsten der Klägerin entschieden wurde. Die Beklagte ihrerseits ficht mit ihrer Berufung Dispositiv-Ziff. 2b des bezirksgerichtlichen Urteils nicht an. Damit ist durch diese Bestimmung des vorinstanzlichen Urteils *rechtskräftig festgestellt, „dass die Klägerin weder bezüglich Zinsen aus ihrer Unterbeteiligung vom 11. März 1983 (zufolge unzulässigem Zinsverzicht) noch unter dem Titel vertraglicher oder ausservertraglicher Scha-*

denersatz im Zusammenhang mit der fraglichen Unterbeteiligung eine weitergehende fällige Forderung gegen die Beklagte besitzt".

3. Mit Dispositiv Ziff. 2a stellte die Vorinstanz „in teilweiser Abweisung der Widerklage" fest, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten im Umfange von US$ 359'924.14 eine seit dem 22. September 1994 fällige Forderung habe. Insoweit ist das angefochtene Urteil rechtskräftig geworden, weil auf die Berufung der Klägerin nicht eingetreten wurde. Davon ist Vormerk zu nehmen.

4. a) Die Beklagte stellt mit ihrer Widerklage drei verschiedene Feststellungsbegehren. Unter welchen Voraussetzungen die gerichtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens bundesrechtlicher Ansprüche verlangt werden kann, ist eine Frage des Bundesrechts, da das materielle Recht auch den für seine Durchsetzung erforderlichen Rechtsschutz garantiert. Im vorliegenden Fall ist schweizerisches Bundesrecht anwendbar (vgl. unten Ziff. III). Im Prozess vorgetragene Begehren sind materiell nur zu beurteilen, wenn sie auf einem hinreichenden und in der Regel aktuellen Interesse gründen. Geht es um Ansprüche des Bundesrechts, beurteilt sich abschliessend danach, ob ein hinreichendes Interesse an deren gerichtlichen Beurteilung besteht. Ein solches fehlt im Allgemeinen, wenn der streitige Anspruch bereits befriedet ist oder wenn er sofort oder überhaupt nicht befriedet werden kann. Erforderlich ist im Regelfall ein persönliches Interesse des Petenten, welches in dem Sinn rechtlicher Natur ist, als die anbegehrte Feststellung oder Gestaltung einer Rechtslage ihm einen Nutzen eintragen muss (BGE 122 III 282 E. 3a mit Hinweisen). Fehlt das Rechtsschutzinteresse, so ist nach zürcherischem Prozessrecht die Klage nicht etwa abzuweisen, sondern es insoweit auf die Klage nicht einzutreten (§ 51 Abs. 1 ZPO).

b) Soweit die Beklagte mit dem Widerklagebegehren Ziff. 2 die Feststellung verlangt, dass der Klägerin keine Forderung aus dem Unterbeteiligungsvertrag vom 11. März 1983 / 26. Mai 1983 zustehe, ist ihr Rechtsschutzinteresse ohne weiteres gegeben. In gleichem Zusammenhang fordert die Klägerin nämlich mit der Hauptklage von der Beklagten einen Teilbetrag von Fr. 4'1000.00, wobei sie sich auf den Standpunkt stellt, ihr stehe der ganze Betrag von US$

380'0000.00 zu (act. 2 S. 3). Die Klage ist in dieser Hinsicht materiell zu beurteilen.

c) Mit dem Widerklagebegehren Ziff. 1 will die Beklagte festgestellt haben, dass mit der Vereinbarung zwischen der Bank und ihrem österreichischen Mutterhaus vom 20./22. September 1994 (act. 5/5) keine „ganze oder teilweise Verwertung von Vermögenswerten für Rechnung des Kredits" erfolgt sei. Die Vorinstanz hat dieses Rechtsbegehren negativ beschieden (act. 192 S. 37), und die Beklagte hält mit ihrer Berufung an diesem Rechtsbegehren fest (act. 237 S. 3). Das Rechtsbegehren hat indessen keine selbständige Bedeutung. Gestützt auf das Widerklagebegehren Ziff. 2 wird nämlich zu prüfen sein, ob der Klägerin gegen die Beklagte eine Forderung zusteht. In diesem Zusammenhang wird sich das Gericht mit der rechtlichen Bedeutung des Vertrages vom 20./22. September 1994 auseinandersetzen müssen. Ein Rechtsschutzinteresse der Beklagten an dem hier interessierenden Widerklagebegehren besteht nicht. Gleiches ist auch zu sagen, hinsichtlich des mit act. 162 S. 1 abgeänderten Widerklagebegehrens Ziff. 3: Auch dieses Rechtsbegehren hat die Vorinstanz verworfen (act. 192 S. 37) und auch an diesem Rechtsbegehren hält die Beklagte vor Obergericht fest (act. 237 S. 3). Mit dem Rechtsbegehren Ziff. 3 der Widerklage soll festgestellt werden, welche Ansprüche die Klägerin aus dem Vertrag vom 11. März / 26. Mai 1983 haben soll. Wenn die Klägerin sich mit der Hauptklage auf den Standpunkt stellt, sie habe einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von US$ 380'000.00, dann ist dem Rechtsschutzinteresse der Beklagten Genüge getan, wenn gerichtlich festgestellt wird, dass ein solcher Anspruch nicht bestehe. Auch auf das Widerklagebegehren Ziff. 3 ist daher mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten.

III. Anwendbares Recht

Mit Ziff. 9 ihres Vertrages vom 11. März 1983 / 26. Mai 1983 haben die Parteien ihre rechtlichen Beziehungen im Sinne von Art. 116 Abs. 1 IPRG dem schweizerischen Recht unterstellt (act. 5/2). Gleiches gilt auch für die Rechtsbeziehungen zwischen oder mit Dritten, die in der vorliegenden Sache von Belang

sind: So wurde namentlich durch das „Loan agreement" vom 30. September 1982 (act. 49/6) zwischen der Bank und der griechischen Gesellschaft „Iniohos Shipping Company" die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts vereinbart (vgl. dort Ziff. 18). Keine der Parteien will denn auch ausländisches Recht angewandt wissen. Zu prüfen ist die vorliegende Streitsache daher ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt schweizerischen Rechts.

IV. Widerklage

1. Die Vorinstanz qualifiziert das auf der Vereinbarung vom 11. März 1983 / 26. Mai 1983 (act. 5/2) beruhende Vertragsverhältnis der Parteien als einfache Gesellschaft im Sinne der Art. 530ff. OR. In dieser Hinsicht schliessen sich beide Parteien zu Recht der Vorinstanz an (act. 237 S. 8f., act. 243 S. 3). Im Sinne von § 161 GVG ist auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (act. 192 S. 10-20, Erw. III/1).

Die Beklagte anerkennt zu Recht, dass die Unterbeteiligung der Klägerin am fraglichen Kredit im Verhältnis 380'000.00 zu 2'600'000 steht. Das ergibt sich unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag, d.h. aus dem Vertrag betreffend die Unterbeteiligung vom 11. März / 26. Mai 1983 (act. 5/2). Im Sinne dieses Vertrages ist die Klägerin daher mit 14,615% und die Bank mit 85,385% an den Erlösen beteiligt. Die Darlegungen der Parteien und der Vorinstanz, die von 14,6% bzw. 85,4% ausgehen, sind daher in diesem Sinne zu präzisieren.

2. a) Soweit die Vorinstanz die von der Beklagten erhobene Widerklage negativ beschied, tat sie das im Wesentlichen gestützt auf die Vereinbarung vom 20./22. September 1994 zwischen der Bank einerseits und ihrer damaligen Muttergesellschaft anderseits (act. 5/5). Die Beklagte setzt denn auch in diesem Punkte mit ihrer Kritik am vorinstanzlichen Urteil ein: Sie meint, die Vorinstanz habe sich in dieser Hinsicht mit ihren Behauptungen nicht auseinangesetzt und sei mit „Hauruck-Manier" (sic!) sowie „mit teils fehlender, teils klares materielles Recht verletzender Begründung" zu einem falschen Urteil gelangt (act. 249 S. 9). So habe die Vorinstanz es „unerklärlicherweise nicht für notwendig erachtet", den

Inhalt der Vereinbarung zwischen Mutter und Tochter „sorgfältig und in rechtlich korrekter Weise abzuklären und zu beurteilen". Namentlich habe sie sich „einfach über den empirisch übereinstimmenden wirklichen Willen der vertragsschliessenden Parteien .... hinweggesetzt" bzw. sie habe „überhaupt auf eine Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien verzichtet" (act. 237 S. 12).

b) Der hier interessierende Vertrag (act. 5/5) zwischen der Bank und ihrer damaligen Mutter hat Reflexwirkungen auf das Verhältnis der Parteien dieses Prozesses. Es ist daher zunächst der Sinn dieses Vertrages zu ermitteln.

Ein Vertrag kommt zustande durch die übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien (Art. 1 OR). Allerdings gilt im schweizerischen Vertragsrecht der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Sowohl im Konsens- als auch im Auslegungsstreit ist daher zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben (BGE 123 III 39 E.2b). Die Frage nach dem übereinstimmenden inneren Willen ist eine *Tat*frage, wogegen die blosse Auslegung eines Vertrages *Rechts*frage ist. In diesem Sinne kommt der Vertrag zustande durch die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien (Art. 1 OR). Diese Willensäusserungen sind nach dem Vertrauensgrundsatz auszulegen, indem massgebend ist, wie sie *seinerzeit* vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Auf Undeutlichkeiten und Unrichtigkeiten einer Willenserklärung kommt es dabei nicht an, wenn der Empfänger sie so versteht, wie der Erklärende sie meinte. Dem Empfänger steht allerdings der Nachweis offen, dass der Erklärende nicht von dem für ihn günstigen objektiven Sinn, sondern von einem andern für ihn ungünstigeren Sinne ausgegangen ist; umgekehrt vermag der Erklärende den durch Auslegung ermittelten Sinn seiner Erklärung mit dem Nachweis beiseite zu stossen, dass seine Erklärung nicht im verkehrsüblichen, sondern in einem für ihn günstigeren Sinne verstanden worden sei. Diese Überlegungen entsprechen dem Grundgedanken von Art. 18 Abs. 1 OR, wonach bei der Beurteilung eines Vertrages der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist (BGE 105 II 18 E.

3a mit Hinweisen). Es ist mithin vom Auslegungsergebnis ausgehend zu prüfen, ob die eine oder andere Partei davon abweichende Tatsachenbehauptungen betreffend die übereinstimmende Willensmeinung der Parteien aufstellt.

3. a) Der blosse Vertragswortlaut der Vereinbarung vom 20./22. September 1994 zwischen der Bank und ihrer seinerzeitigen Mutter lässt auf keine besonderen Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien – von ihren Firmenbezeichnungen abgesehen – schliessen: So wird in der Präambel des Vertrages die Vorgeschichte der ganzen Angelegenheit dargestellt; namentlich wird dort auf die „stille Unterbeteiligung" der Klägerin am Iniohos-Kredit hingewiesen. Ferner werden in der Präambel sowohl die „Zuger Vereinbarung" als auch die „Berner Vereinbarung" erwähnt, wobei insbesondere festgehalten wurde, dass die Bank die Hypotheken auf dem Grundstück in Karavostassi im 1., 2., 3. und 5. Rang übernommen habe. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass mit der „Berner Vereinbarung" über den Verkauf von 309'344 Aktien der „Cement of Halkis AG" abgerechnet worden sei und 165'000 solcher Aktien auf die Bank übertragen worden seien. Sodann wird in der Präambel darauf hingewiesen, dass die Bank „aus steuerlichen Überlegungen" das schliesslich ersteigerte Grundstück in Karavostassi am 27. Juli 1994 in ihre irische Gesellschaft „Harkin Limited" eingebracht habe. Und schliesslich wird mit der Präambel festgehalten, welche „Zahlungsverpflichtungen aus der bisherigen Abwicklung noch ... offen stehen".

Mit der Vereinbarung wurden sowohl die Aktien der irischen Gesellschaft „Harkin Limited" sowie die 165'000 der Bank zugeteilten Aktien der „Cement of Halkis SA" auf „GC Wien" übertragen, wofür „GC Wien der Bank den Betrag von US$ 2'085'233.97 leisten sollte (Ziff. 1-3). Zusätzlich entschädigte „GC Wien" die Bank mit Fr. 396'029.75 für die „im Zusammenhang mit der Ersteigerung des Grundstückes Karavostassi ... bezahlten Kosten". Sämtliche offenen Zahlungsverpflichtungen der Bank (gegenüber den Rechtsanwälten Papaconstantinou und Zournatzik sowie gegenüber der „Profina Produktions- und Finanzierungsanstalt") im Zusammenhang mit diesem Geschäft wurde von „GC Wien" übernommen (Ziff. 4). Im Sinne einer *internen* Schuldübernahme übernahm GC Wien die Verpflichtungen der Bank gegenüber der Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag vom

11. März 1983. In diesem Zusammenhang werde die Bank künftig gegenüber Dritten „treuhänderisch mithin in eigenem Namen aber auf Rechnung von GC Wien" auftreten. Ein eigenes Risiko übernehme sie dadurch nicht (Ziff. 5). Die Vertragsbestimmung Ziff. 5 betreffend die interne Schuldübernahme sollte dahinfallen, wenn die Klägerin „einer offenen Schuldübernahme" zustimmen sollte. Die Übernahme von Aktiven und Passiven sollte per 20. September 1994 erfolgen (Ziff. 8). Abschliessend wurde im Hinblick auf allfällige Streitigkeiten der Gerichtsstand Zürich vereinbart (Ziff. 10). Nach dem undatierten Vertragsnachtrag sodann (act. 49/39) wurden die Übereignungshandlungen bis zur Auflösung des Treuhandverhältnisses im Hinblick auf den Unterbeteiligungsvertrag nicht „formalisiert".

b) Die hier interessierende Vereinbarung zwischen der Bank und „GC Wien" kommt in der Form einer ganz normalen Vereinbarung zwischen zwei unabhängigen Dritten daher. Das äussert sich nicht zuletzt in den Klauseln betreffend anwendbares Recht (Ziff. 9) und Gerichtsstand (Ziff. 10). Die Bank übertrug mit dem Vertrag ihrem damaligen Mutterhaus „GC Wien" sämtliche von ihr im Zusammenhang mit dem Iniohos-Kredit erwirtschafteten Sicherheiten, liess sich von „GC Wien" sämtliche sowohl gehabte wie künftige Auslagen in diesem Zusammenhang ersetzen und liess sich auf dieser Grundlage per 20. September 1994 einen Resterlös von US$ 2'085'233.97 auszahlen bzw. gutschreiben. Das geschah, obwohl die Bank im Sinne des Gesellschaftsvertrages mit der Klägerin nach wie vor gehalten war, im Sinne von Art. 530 Abs. 1 OR „mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln" die Erreichung des gemeinsamen Zweckes anzustreben. Mit der mit „GC Wien" getroffenen Vereinbarung hat die Bank nun aber sämtliche Einflussmöglichkeiten auf den Iniohos-Kredit aus der Hand gegeben. Soweit ihr dadurch Mittel zugeflossen sind, hat sie die Klägerin daran jedenfalls im Sinne des Unterbeteiligungsvertrages zu beteiligen.

Die Beklagte legt dar, wie der Betrag von US$ 2'085'233.97 errechnet wurde: So stand gemäss ihrer Sachdarstellung im Zeitpunkt per 20. September 1994 der Iniohos-Kredit noch in einem Betrage von US$ 2'465'233.97 offen (nämlich die Kreditsumme von US$ 2'600'000.00 abzüglich Tilgung aus dem Verkauf des

Stockwerkeigentums in Piräus von US$ 134'766.03 abzüglich Anteil der Klägerin von US$ 380'000.00) (vgl. act. 47 S. 52 Rz 101). Wenn man nun von einem Betrag von US$ 2'465'233.97 ausgeht und mit einem Ansatz von 14,6 % den Anteil der Klägerin errechnet, so kommt man zu dem von der Vorinstanz im Urteilsdispositiv festgehaltenen Betrag von US$ 359'924.14. Da „GC Wien" auch die Ansprüche der Bank gegenüber der Klägerin übernahm, entspricht der Erlös der Bank auf Grund ihres Vertrages mit „GC Wien" dem Anteil der Bank, der ihr gemäss dem Unterbeteiligungsvertrag zusteht. Mit andern Worten: „GC Wien" ist auf Grund der Vereinbarung vom 20./22. September 1994 verpflichtet, die Bank für den der Klägerin zustehenden Anteil aus dem Gesellschaftsvertrag freizuhalten. Aus prozessualen Gründen ist nun aber nicht zu prüfen, ob der Klägerin mehr als die von der Vorinstanz festgestellten US$ 359'924.14 zustehen. Es ist daher weder in Anschlag zu bringen, dass der Klägerin nach Auffassung der Berufungsinstanz 14,615% und nicht nur 14,6% des Erlöses zustehen, noch ist zu prüfen, ob der massgebliche Erlös den Betrag von US$ 2'465'233.97 überschreitet.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die von der Vorinstanz in diesem Zusammenhang angestellten Überlegungen (act. 192 S. 33-35, Erw. 3.3./a) durchaus richtig sind; es kann im Sinne von § 161 GVG auf sie verwiesen werden. Der Vorinstanz „Huckepack-Methoden" vorzuwerfen, wie das die Beklagte tut, ist verfehlt. Wenn sich die Bank – jedenfalls auf Grund des Wortlautes des Vertrages vom 20./22. September 1994 – von der „GC Wien" sämtliche Erlöse, die sie aus dem Iniohos-Kredit erwirtschaftete, abkaufen und den Gegenwert dafür auszahlen liess, dann ist der Zweck der einfachen Gesellschaft zwischen der Bank und der Klägerin in der Tat erfüllt. Durch die mit der „GC Wien" getroffenen Vereinbarung begab sich die Bank aller Möglichkeiten, weitere Erlöse aus dem Iniohos-Kredit zu erwirtschaften. Zumindest der von der Vorinstanz festgestellte Anspruch steht der Klägerin daher zu. Und ob ihr auf Grund der gegebenen Rechtslage darüber hinaus noch weitere Ansprüche zustünden, braucht aus prozessualen Gründen – nämlich wegen der Teilrechtskraft des angefochtenen Urteils – nicht geprüft zu werden. Hingewiesen sei immerhin darauf, dass „GC Wien" die mit dem Vertrag vom 20./22. September 1994 vereinbarte Summe von US$ 2'085'233.97 tatsächlich leistete. Dass die Beklagte diese Zahlung als „bilanzbe-

reinigende Gegenleistung der Muttergesellschaft an ihre Tochter für die Übertragung des wirtschaftlichen Wertes der Kreditforderung Iniohos" bezeichnet (act. 84 S. 24 oben), ändert daran nichts.

4. a) Darin, dass es für die Bedeutung des Vertrages auf den übereinstimmenden Willen der Beteiligten ankommen kann, ist der Beklagten zwar zu folgen (vgl. ihre Ausführungen in act. 84 S. 16 Ziff. 1). Voraussetzung dafür ist aber, dass ein solcher Wille vorerst behauptet und dann auch nachgewiesen wird. Die soeben vorgenommene Beurteilung des Vertrages zwischen der Bank und ihrer Muttergesellschaft ist nur dann umzustossen, wenn sich ergibt, dass die Parteien dieser Vereinbarung vom 20./22. September 1994 einen vom Wortlaut bzw. von der vorgenommenen Auslegung dieses Wortlautes abweichenden *übereinstimmenden* Vertragswillen gehabt haben. Solches muss sich aus Tatsachenvorbringen der Parteien ergeben, was wegen des Novenverbotes vor zweiter Instanz grundsätzlich im Rahmen der erstinstanzlichen Parteivorträge zu geschehen hat.

b) Vor erster Instanz argumentierte die Beklagte in diesem Zusammenhang wie folgt:

- Die Vereinbarung sei im Zusammenhang damit gestanden, das Kreditportefeuille der schweizerischen Tochtergesellschaft der „GC Wien" „zu sanieren, zu bereinigen und zu straffen", weil geplant gewesen sei, das Kreditgeschäft überhaupt einzustellen (act. 47 S. 50 Rz 98, act. 84 S. 16);
- Im Sinne „einer stillen Unterbeteiligung" sei auch im Fall Iniohos Shipping Company das „wirtschaftliche Risiko dieses Engagements von der Muttergesellschaft in Wien übernommen" worden, wobei „GC Wien" nicht die Absicht gehabt habe, „fremde Schulden zu tilgen oder aus eigenem Interesse der Tochtergesellschaft Vermögenswerte abzukaufen" (act. 47 S. 51 Rz 99).
- Weder aus der Vereinbarung vom 20./22. September 1994 noch aus dem Nachtrag dazu sei eine solche Absicht abzuleiten, denn aus den Vereinbarungen ergebe sich keinerlei Absicht der Mut-

tergesellschaft, „irgendeinem anderen als der Tochtergesellschaft deren wirtschaftliches Risiko aus dem Problemkredit Iniohos abzunehmen" (act. 47 S. 51 Rz 100).

- Mit der Vereinbarung vom 20./22. September 1994 sei die Unterbeteiligung der Klägerin ausdrücklich ausgeklammert worden, denn es sei der Bank von ihrer Muttergesellschaft ein „um den exakten Betrag von US$ 380'000.00 reduzierter Betrag" überwiesen worden. Wenn eine fremde Schuld hätte getilgt werden sollen, dann „hätte wohl auch zum damaligen Zeitpunkt die Muttergesellschaft der Bank einen weiteren Betrag von US$ 380'000.00 zur Verfügung stellen müssen" (act. 47 S. 52 Rz 101 und 102).
- Nach dem Vertrag wäre eigentlich anvisiert worden, dass die Klägerin der Übertragung des wirtschaftlichen Risikos auf die Muttergesellschaft zugestimmt hätte. Das habe die Klägerin aber nicht getan (act. 47 S. 53 Rz 104f.).
- Mit dem im Vertrag als „Kauf titulierten Erwerb dieser Kreditposition" sei lediglich „die technische Umsetzung der eigenen Kreditrisikoposition der Bank an deren Muttergesellschaft" gewesen, weshalb die Risikoübertragung vom September 1994 „weder eine Tilgung von Forderungen noch einen Verwertungstatbestand im Sinne des Unterbeteiligungsvertrags" darstelle (act. 47 S. 55 Rz 110).
- Hinsichtlich der Willenslage der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei das Schreiben vom 15. Juni 1998 von Dr. H. Oberzaucher vom 15. Juni 1998, Rechtskonsulent der „Ersten Bank der österreichischen Sparkassen AG", der Rechtsnachfolgerin von „GC Wien", massgeblich, auf das verwiesen werde (act. act. 84 S. 17 oben mit Hinweis auf act. 49/36). Mit diesem Schreiben werden die Überlegungen zusammengefasst, „welche unser Haus zur Übernahme des wirtschaftlichen Risikos aus dem Problemkredit Iniohos bewogen haben". Danach hat sich „GC Wien"

dazu entschlossen, „das wirtschaftliche Risiko aus einzelnen Problemkrediten" zu übernehmen, was im interessierenden Fall „zunächst in der Form einer stillen Unterbeteiligung" geschehen sei. „GiroKredit Schweiz" [= Bank] habe sodann das Kreditgeschäft wesentlich reduziert und daher auch nicht mehr über die „entsprechenden Kapazitäten" für die „Gestionierung" der Problemkredite verfügt (S. 1f.). Im Falle von Iniohos habe man zunächst mit dem Risikobeteiligungsvertrag vom 15. Februar 1994 das Risiko in der Form einer „stillen Unterbeteiligung" übernommen. Mit der Vereinbarung vom 20./22. September 1994 seien die Zahlungen gemäss Risikobeteiligung und „Berner Vereinbarung" detailliert geregelt worden. Die „GiroCredit Wien" habe nie die Absicht gehabt, „eine fremde Schuld zu tilgen". Lediglich „das wirtschaftliche Risiko eines Ausfalles aus diesem Problemkredit" habe übernommen werden sollen. Namentlich sollten bis zum „Verkauf der Schweizer Tochterbank an die Rabobank" die Kreditpositionen weitestgehend reduziert ... werden". Daran ändere auch nicht, dass einige Problemkredite von der Rechtsnachfolgerin der ehemaligen GiroCredit Schweiz geführt würden, „jedoch auf Rechnung und Risiko unseres Hauses". Klargestellt wurde sodann, dass Verwertungserlöse im Sinne der Vereinbarung vom 20. September / 22. September 1994 von GiroCredit Schweiz „an den tatsächlichen wirtschaftlichen Berechtigten, nämlich GiroCredit Wien weiterzuleiten sind". Und es sei Sache von GiroCredit Wien, dass die Verwertungserlöse im Sinne des Unterbeteiligungsvertrages auf die Klägerin aufgeteilt würden.

Weiter führt die Klägerin aus (act. 84 S. 17), dass konzernintern ein Gläubigeraustausch herbeigeführt werden sollte. Verwiesen wird sodann auf ein Schreiben von Dr. Michael Neumayr, dem Vorsitzenden der Geschäftsleitung der GiroCredit Bank Schweiz [= Bank], vom 13. Januar 1999 (act. 86/2), wo ausgeführt wurde, dass „das Kreditengagement nach Wien übertragen und in der Bi-

lanz der damaligen GiroCredit Bank (Schweiz) AG ausgebucht" worden sei, weil „das wirtschaftliche Risiko nunmehr ausschliesslich in Wien liegen sollte".

- Dass lediglich ein Gläubigeraustausch habe herbeigeführt werden sollen, ergebe sich auch aus dem Ingress des Vertrages vom 20./22. September 1994, wo ausgeführt wurde, dass die Position „vollumfänglich an GC Wien zu übertragen wünschen" (act. 84 S. 18).
- Eine „Tilgung und eine Beendigung des Kredites" sei auch deshalb nicht beabsichtigt gewesen, weil die Muttergesellschaft gemäss Ziff. 6 des Vertrages vom 20./22. September 1994 auch in den Unterbeteiligungsvertrag hätte eintreten sollen (act. 84 S. 18).
- Die beiden Banken hätten eben nur eine „interne Übertragung des wirtschaftlichen Risikos vereinbart", weil sie nämlich vorausgesehen hätten, dass die Klägerin ihre „Zustimmung eventuell verweigern wird" (act. 84 S. 18f.).
- Der Vertrag vom 20./22. September 1994 habe einzig konzerninterne Bedeutung und sei ein blosser „Buchungsbeleg" (act. 84 S. 20).
- Per 31. Dezember 1997 sei die Forderung „wieder in die Bilanz der Beklagten eingebucht" worden (act. 84 S. 21f.). Die Parteien des Vertrages vom 20./22. September 1994 hätten nämlich die angestrebte Übertragung der Kreditposition auf die Muttergesellschaft mangels Zustimmung der Klägerin nicht realisieren können.

c) Im erstinstanzlichen Hauptverfahren beschränkte sich die Beklagte im Wesentlichen auf die rechtliche Diskussion des Vertrages vom 20./22. September 1994. Stets wiederkehrend, aber immer wieder in einer andern Form, beteuerte sie, dass es bei diesem Vertrag lediglich darum gegangen sei, der Tochtergesellschaft das wirtschaftliche Risiko für den notleidenden Kredit abzunehmen. Das

deckt sich indessen auch mit der rechtlichen Beurteilung des Vertrages: Sämtliche erwirtschafteten Sicherheiten aus dem Iniohos-Kredit übertrug die Bank auf eine Dritte. Dass diese Dritte wirtschaftlich ihre Mutter war, ändert daran nichts, weil rechtlich Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft eben von einander unabhängig sind. Die Übernahme des Risikos durch die Muttergesellschaft bewirkte, dass die Bank die erwirtschafteten Sicherheiten im eigentlichen Sinne veräusserte und dafür ejne Gegenleistung erhielt, die dazu führte, dass der fragliche Kredit aus ihrer Bilanz ausgebucht werden konnte (in diesem Sinne auch ihr Vorsitzender der Geschäftsleitung Dr. Neumayr in seinem Schreiben vom 13. Januar 1999, act. 86/2). Namentlich gab sie mit der Übertragung der Aktien der "Harkin Limited" die bedeutendste Sicherheit, die man damals hatte, aus der Hand, nämlich im Ergebnis das von dieser Gesellschaft gehaltene Grundstück Karavostassi. Durch diesen Vorgang war es der Bank verwehrt, künftig weiterhin im Sinne des Gesellschaftsvertrages mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln den gemeinsamen Zweck anzustreben, etwa durch den bestmöglichen Verkauf des in Frage stehenden Grundstückes. Gleiches muss auch gelten hinsichtlich der Übertragung der Aktien an der Cement of Halkis AG. Fest steht, dass die Bank bereits am 15. Februar 1994 mit ihrem Mutterhaus einen „Risikobeteiligungsvertrag" im Sinne einer „stillen Risikobeteiligung" abgeschlossen hatte (vgl. dazu Präambel des Vertrages vom 20./22. September 1994, act. 5/5 S. 1 unten). Auf diesem Wege hätte die Bank, ohne ihre Rechtsbeziehungen mit der Klägerin zu tangieren, das ganze Risiko des Geschäftes auf das Mutterhaus überwälzen können.

Der Beklagten hilft es nichts, wenn sie beteuert, die Vertragsparteien hätten am 20./22. September 1994 keine fremden Schulden tilgen wollen. Entscheidend ist, dass die Bank durch den Vertrag mit ihrem Mutterhaus die Zweckbestimmung des Gesellschaftsvertrages im Sinne von Art. 545 Ziff. 1 OR herbeiführte, indem sie sämtliche erhältlich gemachten Leistungen und Sicherheiten im Zusammenhang mit den Iniohos-Kredit versilberte. Die These der Beklagten wird auch nicht etwa durch den Umstand gestützt, dass ihr die Beteiligung der Klägerin im Betrage von US$ 380'000.00 am Iniohos-Kredit mit dem Vertrag vom 20./22. September 2003 nicht in Valuta erstattet wurde. Es genügt, dass „GC Wien" der Bank mit Ziff. 5 Abs. 1 des Vertrages versprach, sie für alle der Klägerin „zu erbringenden

Leistungen zu entschädigen, resp. sie davon freizuhalten". Und ebenso wenig nützt der Beklagten der Umstand etwas, dass der Vertrag mit dem Mutterhaus hinsichtlich der Verpflichtungen der Bank aus dem Vertrag mit der Klägerin die Möglichkeit einer „offenen Schuldübernahme" im Sinne von Art. 176 OR vorsah, wenn die Klägerin dem zustimmen sollte (Ziff. 6), und bei Fehlen dieser Zustimmung diese Schuldübernahme als „interne Schuldübernahme gemäss Art. 175 OR" bezeichnete (Ziff. 5). Dadurch lässt sich nämlich nicht wegdiskutieren, dass die Bank dadurch sämtliche im Zusammenhang mit dem Iniohos-Kredit erwirtschafteten Sicherheiten aus der Hand gab und damit dem Zugriff der Gesellschafter entzog. Und das wiederum hat Auswirkungen auf das Gesellschaftsverhältnis zwischen der Bank und der Klägerin, selbst wenn die Bank und ihr Mutterhaus durch den Vertrag vom 20./22. September 1994 keine fremden Schulden tilgen wollten. Dass in einem späteren Zeitpunkt die Forderung „wieder in die Bilanz der Beklagten eingebucht" wurde (act. 84 S. 21f.), ändert daran nichts. Ein einmal beendetes Gesellschaftsverhältnis bedarf zu seiner Weiterführung einer neuen vertraglichen Grundlage.

5. a) Die Beklagte meint, dass der Zweck des Gesellschaftsverhältnisses zwischen der Klägerin und der Bank erst in irgendeiner unbestimmten Zukunft mit der Veräusserung des Grundstückes in Karavostassi „als dem letzten Vermögenswert, d.h. der letzten Sicherheit der Einfachen Gesellschaft" erreicht werde. Zur Zeit sei dieser Zweck noch nicht erreicht (act. 237 S. 28 Rz 77). Wurde indessen dieses Grundstück von der Bank aus steuerlichen Überlegungen in eine Aktiengesellschaft eingebracht, dann ist das Grundstück im Ergebnis veräussert, wenn die Aktien dieser Gesellschaft auf einen Dritten übertragen werden, wie das im Verhältnis zwischen der Bank und ihrem Mutterhaus geschehen ist.

b) Dieser Überlegung hält die Beklagte allerdings entgegen, dass die Bank noch immer über die Sicherheiten verfügen könne. So befinde sich die das Grundstück in Karavostassi haltende „Harkin Limited" noch immer in ihrem Eigentum. Die Verpflichtung der Bank gegenüber der Muttergesellschaft sei auch nach der Vereinbarung vom 20./22. September 1994 nur obligatorischer Natur gewe-

sen. Noch heute sei die Bank Eigentümerin aller Aktien der „Harkin Ltd." (act. 237 S. 23-25 Rz 61-64).

Auch das kann der Beklagten nichts helfen: Darauf, dass die Beziehungen zwischen der Bank und ihrem Mutterhaus nur obligatorischer Art sein sollen, kann es nicht ankommen. Entscheidend ist, dass nach der getroffenen Absprache künftig die Bank sämtliche Rechte lediglich als Treuhänderin ihres Mutterhauses wahrnehmen sollte (Vertrag vom 20./22. September 1994). Sie übernahm mithin gegenüber ihrem Mutterhaus in jeder Hinsicht die Verpflichtung, im Sinne der Vereinbarung vom 20./22. September 1994 zu handeln. Im undatierten Nachtrag zu dieser Vereinbarung (act. 49/39) wurde sodann präzisiert, dass „jegliches irgendwie geartetes Auftreten" der Bank gegenüber Drittpersonen von der Treuhandabrede erfasst werde. Die im Vertrag vorgesehenen Aktienübertragungen würden daher einstweilen „nicht formalisiert", so dass die Bank namentlich bezüglich der „Harkin Limited" als „treuhänderische Aktionärin" im Aktienregister eingetragen bleibe. Entsprechendes soll auch gelten für die Halkis-Aktien.

Fiduziarisches Eigentum ist eben nicht ungebundenes Eigentum (Liver, in Schweizerisches Privatrecht, Band V/1, S. 24). Durch den mit dem Mutterhaus abgeschlossenen Vertrag hatte die Bank daher jedes eigene Interesse an der Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes verloren, womit die wesentliche Grundlage des Gesellschaftsvertrages entfiel. Indem sich die Bank hinsichtlich der Aktien, die bezüglich des Iniohos-Kredites die einzige Sicherheit bildeten, mit einer blossen treuhänderischen Stellung zufrieden gab, übte sie auch nicht mehr die eigentliche Herrschaft über diese Sicherheiten aus. Es ist dies denn auch die logische Folge des Vertrages vom 20./22. September 1994, mit dem die Klägerin ihre Aktien – gegen Empfang einer Gegenleistung (mit den Worten der Beklagten: die Muttergesellschaft hatte die Bank bereits „ausbezahlt", act. 249 S. 15) – veräusserte.

Nicht von ungefähr betont die Beklagte denn auch, dass mit dem Vertrag vom 20./22. September 1994 ein „Gläubigeraustausch" bewerkstelligt werden sollte (act. 84 S. 18). Dieser „Gläubigertausch" kann indessen nicht nur isolierte Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Mutter und Tochter haben. Vielmehr wur-

de damit auch in den Gesellschaftsvertrag zwischen der Klägerin und der Bank eingegriffen, indem über die Konstruktion eines Treuhandverhältnisses die Bank als bisherige Gesellschafterin durch ihr Mutterhaus abgelöst werden sollte. Im Ergebnis wurde durch diese Konstruktion Art. 542 Abs. 1 OR, der die Ablösung eines Gesellschafters durch einen neu beitretenden Gesellschafter von der Zustimmung aller bisherigen Gesellschafter abhängig macht, umgangen. Die Beklagte meint zwar, dass die Klägerin „durch den Risiko-Unterbeteiligungsvertrag weder besser noch schlechter gestellt" sei „als ohne diesen Vertrag" (act. 237 S. 26). Dem ist nicht zu folgen. Die von der Bank im Zusammenhang mit dem Iniohos-Kredit erwirkten „letzten Sicherheiten" standen mit dem Vertrag vom 20./22. September 1999 – wenn auch nur fiduziarisch – unter der Verfügungsgewalt eines Dritten, nämlich des Mutterhauses der Bank. Faktisch wurde dadurch die Bank als Gesellschafterin durch ihr Mutterhaus ersetzt und damit in unzulässiger Weise in den Gesellschaftsvertrag zwischen der Bank und der Klägerin eingegriffen. Das ist schon deshalb nicht von untergeordneter Bedeutung, weil die Bank, wie aus den bei den Akten liegenden Handelsregisterauszügen zu ersehen ist, eine Gesellschaft ist, die sich immer wieder von neuem kaufen und verkaufen liess.

6. a) Die Beklagte beanstandet schliesslich die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung des Anteils der Klägerin. Die von „GC Wien" an die Bank geleistete Zahlung sei nicht der Gegenwert „eines späteren Verwertungserlöses", sondern wiederspiegele „vielmehr die konzerninterne Sanierungsfunktion dieser Zahlung". Der Betrag von US$ 2'465'233.97 entspreche „einem blossen Nominalwert, der mit dem tatsächlich erzielten bzw. in Zukunft möglicherweise zu erzielenden Verwertungserlös nichts zu tun" habe (act. 237 S. 30f.). Es sei „falsch und illusorisch anzunehmen, dass eine Verwertung der Sicherheiten exakt einen Erlös von US$ 2'465'233.97 abwerfen würde" (act. 237 S. 32).

Auch dieser Auffassung der Beklagten ist nicht zu folgen. Die Bank muss sich eben dabei behaften lassen, dass sie die „letzten Sicherheiten" veräusserte, und zwar zu den im Vertrag vom 20./22. September 1994 festgelegten Konditionen. Davon ausgehend ist die von der Vorinstanz vorgenommene Rechnung durchaus richtig. Die Sicherheiten wurden von der Bank im Sinne des Gesagten

versilbert, so dass an keinen „in Zukunft möglicherweise zu erzielenden Verwertungserlös" mehr zu denken ist. Und die Frage, ob nicht hätte ein höherer Gewinn erzielt werden können, steht aus prozessualen Gründen nicht mehr zur Diskussion.

b) Die Beklagte meint sodann, eine „innere gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien aus dem Unterbeteiligungsverhältnis" habe „bis zum heutigen Datum noch nicht stattgefunden". Die „endgültige Quantifizierung des Auslagen- und Verwendungsersatzes der Beklagten" erfordere „umfassende Berechnungen", die erst noch durchzuführen seien (act. 237 S. 40). Dem ist nicht zu folgen. Die von der Beklagten als Schuldnerin angehobene negative Feststellungsklage ist das prozessuale Gegenstück zu einer Leistungsklage des Gläubigers und ist wie diese für beide Parteien mit einer Prozessführungspflicht verbunden. Die Beklagte hatte mithin – und zwar grundsätzlich im erstinstanzlichen Hauptverfahren – alles vorzutragen, was gegen die Ansprüche der Klägerin spricht; mithin hatte sie gegebenenfalls auch ihren Auslagen- und Verwendungsersatz zu substantiieren. Wenn sie das aber unterliess, dann ist davon auszugehen, dass es solche Ansprüche nicht gibt.

7. a) Unter Berufung auf § 115 Ziff. 2 ZPO trägt die Beklagte im Berufungsverfahren Noven vor, indem sie sich auf den Standpunkt stellt, mit den Beilagen 2 und 5 zur Berufungsschrift (act. 238/2 und 238/5) könne im Sinne dieser Bestimmung sofort bewiesen werden, dass die Klägerin einen Liquidationserlös von € 28'432.66 bezogen habe. Erstmals seien die Unterlagen act. 238/2 und act. 238/5 mit der erstinstanzlichen Stellungnahme zum Beweisverfahren eingereicht worden (act. 237 S. 35f., act. 249 S. 22). Die Klägerin anerkennt zwar, den erwähnten Betrag erhalten zu haben. Diese Zahlung habe aber nichts mit dem vorliegenden Verfahren zu tun. Die Beklagte habe der Klägerin den fraglichen Betrag „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" bezahlt. Diese Zahlung sei von der Klägerin „auf Anrechnung an Zinsen aus dem Unterbeteiligungsvertrag entgegengenommen" worden (act. 243 S. 35, act. 252 S. 22f.).

Im Hinblick auf diese Zahlung von € 28'432.66 änderte die Beklagte denn auch anlässlich der vorinstanzlichen Beweisverhandlung vom 25. März 2002 ihr

Rechtsbegehren (Prot. I S. 33 mit Hinweis auf act. 162). Sie legte dabei auch verschiedene Urkunden vor (act. 163/1-6). Aus act. 163/6 ergibt sich, dass in der Zeit zwischen dem 19. Dezember 2001 und dem 8. Februar 2002 Halkis-Aktien für insgesamt € 194'539.27 verkauft wurden. Den Anteil der Klägerin errechnete die Bank auf € 28'432.66.

b) Nach Abschluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens sind neue Vorbringen sowohl vor erster als auch vor zweiter Instanz nur noch gestützt auf die Ausnahmebestimmungen von § 115 ZPO möglich (vgl. §§ 114 und 267 ZPO). Die Klägerin bestreitet die Richtigkeit der von der Beklagten neu vorgelegten Urkunden act. 238/2 und act. 238/5 nicht. Fest steht auf Grund dieser Urkunden, dass die Bank der Klägerin am 19. März 2002 einen Bankcheck über € 28'432.66 zukommen liess. Diese Zahlung stellte gemäss dem Schreiben der Bank vom 19. März 2002 „eine Vorabverteilung des Liquidationserlöses bezüglich der nun verwerteten Halkis/Herakles Aktien" dar (act. 238/2).

In rechtlicher Hinsicht ist auf Art. 86 Abs. 1 OR hinzuweisen. Gemäss dieser Gesetzesvorschrift steht zunächst dem Schuldner die Befugnis zu, bei der Bezahlung zu erklären, welche von mehreren Schulden er tilgen will. Gemäss der Erklärung der Bank ist der Betrag von € 28'432.66 auf den der Klägerin zustehenden Liquidationserlös anzurechnen. Es hilft der Klägerin daher nichts, wenn sie den von der Beklagten empfangenen Betrag anders verwendet wissen will, nämlich auf Anrechnung der Zinsen aus dem Unterbeteiligungsvertrag. Davon abgesehen, ist das angefochtene Urteil insoweit rechtskräftig, als mit ihm festgestellt wurde, dass der Klägerin keine solche Zinsen zustehen. Das Widerklagebegehren Ziff. 2 ist daher (gegenüber dem vorinstanzlichen Urteil) insoweit weiter teilweise gutzuheissen, als festzustellen ist, dass die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin der Klägerin am 19. März 2002 im Hinblick auf den Liquidationserlös aus dem Unterbeteiligungsvertrag vom 11. März / 26. Mai 1983 einen Betrag von € 28'432.66 bezahlt hat. Im Übrigen ist das Widerklagebegehren Ziff. 2, soweit es von der Vorinstanz noch nicht rechtskräftig beurteilt wurde, abzuweisen. Im Ergebnis heisst das, dass von dem gemäss vorinstanzlichem Urteil der Klägerin zustehenden Be-

trag von US$ 359'924.14 ein weiterer Betrag von € 28'432.66 (Valuta 19. März 2002) in Abzug kommt.

8. a) Die Beklagte meint allerdings, Gegenstand der Widerklage sei die „Feststellung, dass die Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag bezüglich des Nominalwertes von US$ 380'000 keine fällige Forderung gegen die Beklagte" besitze (act. 237 S. 41). Weder ein Nominalwert noch ein fixer Forderungsbetrag seien jemals Gegenstand der Widerklage gewesen. Insbesondere sei auch die konkrete Berechnung der Forderung nie ein Thema des erstinstanzlichen Verfahrens gewesen.

Diese Sichtweise ist unrichtig. Das Rechtsschutzinteresse bezüglich der von ihr erhobenen Feststellungsklage steht der Beklagten deshalb zu, weil die Klägerin hinsichtlich der von ihr behaupteten Forderung von US$ 380'000.00 lediglich eine Teilklage erhob, sich gleichzeitig aber des ganzen Anspruches berühmte. Hätte die Klägerin US$ 380'000.00 eingeklagt, so hätte diese Klage nicht nur durch gänzliche Abweisung oder gänzliche Gutheissung der Klage beurteilt werden müssen, sondern selbstverständlich hätte die Klage auch nur teilweise gutgeheissen werden können. Demgegenüber ist die von der Beklagten erhobene negative Feststellungsklage das prozessuale Gegenstück zur Leistungsklage, die von der Gegenpartei hätte erhoben werden können (vgl. BGE 129 IIII 195 E. 2.3). Gleich wie bei der Leistungsklage steht auch bei der negativen Feststellungsklage die ganze Forderung zur Diskussion. Je nach Parteivorbringen kann auch sie – sei es aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen – auch nur teilweise gutgeheissen werden. Wenn die Vorinstanz zum Schlusse kam, dass die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte im Umfange von US$ 359'924.14 ausgewiesen sei, ist das mithin aus prozessualen Gründen nicht zu beanstanden. Und entsprechend den obigen Ausführungen ist der Vorinstanz darin auch in materieller Hinsicht zu folgen.

b) Mit Dispositiv-Ziff. 2a stellte die Vorinstanz fest, dass „im Umfang von US$ 359'924.14 seit dem 22. September 1994 eine fällige Forderung der Klägerin gegen den Beklagten besteht". Da die Klägerin keine Feststellungsklage erhoben

hat, kann im Urteilsdispositiv auch keine Feststellung zu ihren Gunsten ergehen, wie das von der Vorinstanz gemacht worden ist.

V. Hauptklage

1. Ihre Hauptklage versteht die Klägerin ausdrücklich als blosse Teilklage: Sie stellt sich nämlich auf den Standpunkt, aus dem am 1. März bzw. am 26. Mai 1983 mit der Bank abgeschlossenen Unterbeteiligungsvertrag (act. 5/2) unter dem Titel Zinsen einen Anspruch auf US$ 460'896.00 und unter dem Titel Darlehenssumme einen solchen auf US$ 380'000.00 zu haben. Unter dem Titel Zinsen fordert die Klägerin in diesem Prozess von der Bank Fr. 4'000.00 und unter dem Titel Darlehenssumme einen Betrag von Fr. 4'100.00, insgesamt mithin einen Betrag von Fr. 8'100.00 (act. 2 S. 3).

2. a) Mit Verfügung vom 21. Mai 2004 wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass die Klägerin der Meinung sei, aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Unterbeteiligungsvertrag Anspruch auf die Leistung von verschiedenen Beträgen in amerikanischer Währung zu haben. Es wurde daher die Frage aufgeworfen, ob die Klägerin ihre Forderung überhaupt in Landeswährung erheben darf, wie sie das getan hat. Die Parteien wurden daher aufgefordert, zu dieser Problematik Stellung zu nehmen (act. 266).

b) Mit ihrer Stellungnahme bestätigt die Klägerin, dass ihre Ansprüche auf den Unterbeteiligungsvertrag der Parteien zurückgehe. Für Verpflichtungen zwischen den Parteien aus diesem Vertrag seien nicht US-Dollars die massgebliche Vertragswährung; vielmehr seien das Schweizer Franken (act. 270 S, 2f.). Und wenn sich die Frage der Währung überhaupt gestellt hätte, dann hätte ihr gegenüber von der richterlichen Fragepflicht Gebrauch gemacht werden müssen, was unterlassen worden sei (act. 270 S. 5). Schliesslich hätten die Parteien durch ihre Äusserungen in diesem Prozess die Schweizerische Währung nachträglich als die Vertragswährung vereinbart (act. 270 S. 5-7). Die Beklagte weist diese Darstellung der Klägerin zurück (act. 277).

c) Die These der Klägerin, als Vertragswährung für das Unterbeteiligungsverhältnis seien Schweizer Franken bezeichnet worden, ist verfehlt: Gemäss dem Brief der Bank vom 11. März 1983, dem die Klägerin am 26. Mai 1983 vorbehaltlos zustimmte (act. 5/2), war die Klägerin am Gesamtdarlehen im Betrage von *US$* 2'600'000.00 im Betrage von *US$* 380'000.00 beteiligt. Und gemäss Ziff. 5 des Vertrages sollte die Klägerin die Rückzahlungen einzig aus den drei letzten Raten des Darlehensnehmers erhalten, die dort in amerikanischer Währung mit US$ 125'000.00 bzw. mit US$ 130'000.00 erwähnt werden. Da die Klägerin über eine Unterbeteiligung an einem Darlehen mit einer Darlehensvaluta in amerikanischer Währung verfügt, ist diese Währung auch die Vertragsvaluta für das Unterbeteiligungsverhältnis.

d) Zu Unrecht moniert sodann die Klägerin, sie sei nie in den Genuss der richterlichen Befragung gemäss § 55 ZPO gekommen. Die richterliche Fragepflicht setzt gemäss § 55 ZPO nur dort ein, wo die Stellungnahme einer Partei unklar, unvollständig oder unbestimmt ist. Das war hinsichtlich der Formulierung des Hauptklagebegehrens nicht der Fall. Der Umstand aber, dass die Klägerin mit dem von ihr formulierten Hauptklagebegehren aus rechtlichen Gründen scheitern muss, kann keinen Anlass zur richterlichen Befragung geben. Es ist nicht Sache des Richters, die Parteien in rechtlichen Belangen zu beraten.

e) Schliesslich ist der Klägerin auch darin nicht zu folgen, wenn sie meint, die Parteien hätten durch ihr Verhalten im Prozess nachträglich als Vertragswährung die schweizerische Währung vereinbart. Mit ihrer in Schweizer Franken erhobenen Klage habe die Klägerin der Beklagten nämlich sinngemäss den Vorschlag unterbreitet, dass der eingeforderte Teilbetrag in Landeswährung zu bezahlen sei. Darauf habe die Beklagte diese Forderung nicht dem Grundsatze nach in Frage gestellt, sondern nur die Fälligkeit der geltend gemachten Forderung bestritten. Ebenso habe sich die Beklagte dadurch, dass sie eine Widerklage eingereicht habe, für die Schweizerische Währung als Vertragswährung entschieden (act. 270 S. 5-7). All diesen Argumenten der Klägerin ist nicht zu folgen. Dadurch, dass die Beklagte sich zur Währungsfrage nicht äusserte, stimmte sie einer schweizerischen Vertragswährung so wenig zu, wie durch den Umstand, dass

sie Widerklage erhob. Die Frage der Vertragswährung war im Gegenteil während des ganzen bisherigen Prozesses nie ein Thema. Die Frage aber, ob die Klage deshalb scheitert, weil sie in falscher Währung geltend gemacht wird, ist eine Rechtsfrage, die vom Gericht von Amtes wegen zu entscheiden ist.

3. Unter rechtlichen Gesichtspunkten fragt es sich, ob die Klägerin überhaupt eine Fremdwährungsschuld in Schweizer Franken einklagen kann. Gemäss Art. 84 Abs. 1 OR sind Geldschulden nämlich „in gesetzlichen Zahlungsmitteln *der geschuldeten Währung*" zu bezahlen. Richtig ist zwar, dass gemäss Art. 84 Abs. 2 OR der Schuldner eine Fremdwährungsschuld in Landeswährung bezahlen *kann*; allerdings *muss er dies nicht* tun. Anders verhielte es sich nur, wenn es sich bei der Fremdwährungsschuld um eine eigentliche Effektivschuld handelte. Anderseits kann der Gläubiger die ihm zustehende Zahlung *nur in der vereinbarten Fremdwährung* fordern (Schraner, in Zürcher Kommentar, N. 186 zu Art. 84 OR; Weber, in Berner Kommentar, N. 332 zu Art. 84 OR; vgl. BGE 125 III 450 E.5). Hinsichtlich seiner Formulierung wurde Art. 84 OR zwar durch das Bundesgesetz über die Währung und Zahlungsmittel (SR 941.10) per 1. Mai 2000 modernisiert, inhaltlich aber nicht geändert (vgl. BBl 1999 S. 7285). Steht dem Gläubiger die Forderung in einer Fremdwährung zu, so hat er nicht das Recht, die Forderung gerichtlich in der Landeswährung geltend zu machen und damit dem Schuldner das ihm gemäss Art. 84 Abs. 2 OR zustehende Recht zu nehmen, zwischen der Leistung in Fremdwährung oder in Landeswährung zu entscheiden. Gerade im vorliegenden Fall ist dies im Hinblick auf allfällige Kursdifferenzen von entscheidender Bedeutung. Der massgebende Unterbeteiligungsvertrag stammt aus dem Jahre 1983; dass Währungsdifferenzen in einem Zeitraum von über 20 Jahren von entscheidender Bedeutung sein können, liegt auf der Hand.

Zu Unrecht hat die Klägerin mit ihrer Hauptklage Landeswährung statt Fremdwährung geltend gemacht. Damit klagte sie ein Aliud ein. Die Klage ist daher abzuweisen.

4. Die mit der Teilklage der Klägerin geltend gemachte Zinsforderung im Teilbetrag von Fr. 4'000.00 wäre im Übrigen auch deshalb abzuweisen, weil mit dem rechtskräftig gewordenen Teil des angefochtenen Urteils festgestellt wurde,

dass der Klägerin *keine Zinsforderungen* zustehen. Dagegen wäre der andere Teil der Hauptklage, welcher die Erstattung der Darlehenssumme aus dem Unterbeteiligungsverhältnis zum Gegenstand hat – wie aus den Darlegungen zur Widerklage hervorgeht – gutzuheissen gewesen, wenn die Klage nicht auch insoweit wegen der Währungsproblematik abzuweisen wäre.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. a) Zu Recht ging die Vorinstanz hinsichtlich der negativen Feststellungsklagen bezüglich der Geldforderungen von einem Streitwert von US$ 840'896.00 aus. Das entsprach am 9. Juli 1999, dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit (vgl. § 18 Abs. 1 ZPO), bei einem mittleren Kurs von Fr. 1.57/ US$ einem Betrag von Fr.1'324'411.00 (act. 268/1). Entgegen der Meinung der Vorinstanz ist nämlich nicht von einem „durchschnittlichen Kurs" (offenbar bezogen auf die ganze Prozessdauer), sondern von jenem vom 9. Juli 1999 auszugehen. Da der Hauptklage ein Streitwert von Fr. 8'100.00 zukommt, ergibt sich ein Gesamtstreitwert von Fr. 1'332'511.00. Dazu kommt der Streitwert der unbezifferten Widerklagebegehren Ziff. 1 und 3.

b) Hinsichtlich der Widerklage kommt die Berufungsinstanz zum Schluss, dass zu Gunsten der Beklagten eine Zahlung von € 28'432.66 zu berücksichtigen ist. Diese Zahlung wurde von der Klägerin selber veranlasst, und zwar erst im Laufe des Beweisverfahrens. Hinsichtlich des erstinstanzlichen Verfahrens vermag damit diese späte Zahlung die Prozesskosten nicht beeinflussen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Klägerin erstinstanzlich hinsichtlich der Hauptklage mit Fr. 8'100.00 unterliegt und hinsichtlich der Widerklage mit US$ 480'971.86 (US$ 460'896.00 + US$ 20'075.86) (vgl. act. 192 S. 37); US$ 480'971.86 (Valuta 9. Juli 1999) entsprechen einem Betrag von Fr. 757'531.00 (act. 268/2), so dass die Klägerin erstinstanzlich insgesamt mit Fr. 765'631.00 unterliegt (ohne Widerklagebegehren Ziff. 1 und 3) oder zu 57%. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beklagte mit ihren unbezifferten Widerklagebegehren unterliegt, rechtfertigt sich die von der Vorinstanz vorgenommene hälftige

Kostenaufteilung für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Wettschlagung der Prozessentschädigungen.

c) Die Beklagte hat vor Vorinstanz hinsichtlich ihrer Widerklage gestützt auf § 76 ZPO eine Kaution zahlen müssen (Prot. I S. 3, act. 69). Damit sind auch jene Kosten, die von der Klägerin zu tragen wären, von der Beklagten zu beziehen, und zwar unter Einräumung des Rückgriffs auf die Klägerin (§ 67 Abs. 3 ZPO). Da die Hauptklage lediglich 0,6% des Gesamtstreitwertes ausmacht, rechtfertigt es sich nicht die Kosten für die Hauptklage (die nicht mit einer Kaution gemäss § 76 ZPO sichergestellt wurden) auszuscheiden.

d) Die Vorinstanz hat mit Dispositiv Ziff. 4 angeordnet, was mit von den Parteien geleisteten Kautionen und Barvorschüssen geschehen soll. Demgegenüber stellt die Beklagte mit ihrem Berufungsantrag Ziff. 3 abweichende Anträge. Beides ist überflüssig. Die Frage der Rückzahlung von Kautionen stellt sich erst nach Rechtskraft des Urteils und wird eine Frage der Justizverwaltung sein, auf die das Gericht durch sein Urteil keinen Einfluss zu nehmen hat. Denkbar ist durchaus, dass es z.B. wegen Verrechnungserklärungen der Gerichtskasse gar nicht zu Rückzahlungen kommen wird. Das alles ist aber nicht Thema des heutigen Entscheides. Hinsichtlich der Rückzahlung von Vorschüssen und Kautionen ist daher nichts anzuordnen.

2. a) Für die Berechnung des Streitwertes des zweitinstanzlichen Verfahrens sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils von Belang, mithin jene vom 16. September 2002 (§ 18 Abs. 2 ZPO). Hinsichtlich der Erstberufung der Klägerin hat die Kammer die Kostenfolgen bereits mit ihrem Beschluss vom 15. Oktober 2003 geregelt (act. 231). Demgegenüber hat sie die Regelung der Entschädigungsfolgen auch bezüglich der Erstberufung dem heutigen Entscheid vorbehalten. Hinsichtlich der Erstberufung sind der Beklagten indessen keine besonderen Aufwendungen entstanden, so dass die Kosten- und Entschädigungsfolgen auf der Grundlage der Zweitberufung zu regeln sind. Hinsichtlich der Widerklage ist zweitinstanzlich von einem Streitwert von US$ 359'924.14 auszugehen, was Valuta 16. September 2002 einem Betrag von Fr. 544'025.00 entspricht (act. 268/4). Dazu kommt der Streitwert der Hauptklage von Fr. 8'100.00,

was zweitinstanzlich einen Gesamtstreitwert von Fr. 552'125.00 (ohne nichtbezifferte Widerklagebegehren) ergibt.

b) Auf Grund des zweitinstanzlichen Urteils wird die Rechnung zu Lasten der Beklagten um € 28'432.66 (Valuta 19. März 2002) entlastet. Dieser Betrag entspricht Fr. 41'625.40 (act. 268/4). Insoweit unterliegt die Klägerin vor Obergericht, weil sie sich der entsprechenden Entlastung der Beklagten widersetzte. Weiter unterliegt sie hinsichtlich der Hauptklage im Betrage von Fr. 8'100.00, gesamthaft (ohne nichtbezifferte Widerklagebegehren) also mit Fr. 49'725.40 bzw. mit 9%. Unter Berücksichtigung der nicht bezifferten Widerklagebegehren (auf die mit heutigem Entscheid nicht eingetreten wurde) rechtfertigt es sich, von einem Unterliegen der Klägerin im Umfange von 5% auszugehen. Demgemäss sind die Gerichtskosten im Verhältnis 95% zu 5% zu Lasten der Beklagten zu regeln. Auch im zweitinstanzlichen Verfahren hatte die Beklagte eine Kaution nach § 76 ZPO zu leisten, so dass der Anteil der Klägerin gestützt auf § 67 Abs. 3 ZPO wiederum von der Beklagten zu beziehen sein wird.

c) Bei der Regelung der Entschädigungsfolgen ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin im Gegensatz zur Beklagten nicht anwaltlich vertreten ist. Gleichwohl ist evident, dass die Klägerin für die Abfassung ihrer Rechtsschriften im Berufungsverfahren einen Juristen zugezogen hat. Sie legt denn auch eine Rechnung eines lic. iur. Roberto Carletti über Fr. 15'404.60 vor, die in einer ersten Fassung an ihr einziges Organ und in einer zweiten Fassung an die Klägerin selber gerichtet ist (act. 253 und 262/1). Wer der Rechnungsadressat ist, kann nicht von entscheidender Bedeutung sein. Bei dieser Aktenlage rechtfertigt es sich, die der Klägerin zustehende Entschädigung auf Grund der Verordnung der Anwaltsgebühren festzulegen, wobei lediglich 2/3 dieses Ansatzes zu veranschlagen sind, weil die Verordnung auf die freie Advokatur mit ihrer besonderen Verantwortung zugeschnitten ist.

d) Beim erwähnten Streitwert rechtfertigt es sich, die volle Entschädigung (ca. ½ Grundgebühr zuzüglich ¼ Zuschläge = ¾ Grundgebühr) auf 16'500.00 festzusetzen (ausgehend von einer Grundgebühr von Fr. 22'000.00). Auszugehen ist mithin bei der Klägerin im Sinne des Gesagten von einer gekürzten Entschädi-

gung von Fr. 11'000.00 und bei der Beklagten von einer solchen von Fr. 16'500.00. Entsprechend dem Prozessausgang schuldet die Beklagte der Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 9'625.00.

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Klageänderung gemäss Eingabe der Klägerin vom 4. Juni 2004 wird nicht eingetreten.

2. Auf die Feststellungsbegehren Ziff. 1 und 3 der Widerklage der Beklagten wird nicht eingetreten.

3. Es wird vorgemerkt, dass

   - Dispositiv Ziff. 2b des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 16. September 2002 in Rechtskraft erwachsen ist;

   - Dispositiv Ziff. 2a des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 16. September 2002 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als mit ihm in teilweiser Gutheissung des Widerklagebegehrens Ziff. 2 festgestellt wurde, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten im US$ 359'924.14 übersteigenden Betrage keine fällige Forderung hat.

4. Gegen diesen Entscheid kann

   - innert 30 Tagen nach dessen Zustellung beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;

   - und hinsichtlich Dispositiv Ziff. 2 innert 30 Tagen nach dessen Zustellung bei der II. Zivilkammer des Obergerichtes wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG ent-

sprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Und sodann
erkennt das Gericht:

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.

2. Das Widerklagebegehren Ziff. 2 wird insoweit weiter teilweise gutgeheissen, als festgestellt wird, dass die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin der Klägerin am 19. März 2002 im Hinblick auf den Liquidationserlös aus dem Unterbeteiligungsvertrag vom 11. März / 26. Mai 1983 einen Betrag von € 28'432.66 bezahlt hat. Im übrigen wird das Widerklagebegehren Ziff. 2, soweit es von der Vorinstanz noch nicht rechtskräftig beurteilt wurde, abgewiesen.

3. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 3) wird bestätigt.

4. Die eine Hälfte der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wird der Beklagten auferlegt; die andere Hälfte der Kosten wird ebenfalls von der Beklagten bezogen, indessen wird die Klägerin verpflichtet, der Beklagten diese andere Hälfte der Kosten zu ersetzen.

5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	11'000.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'296.00	Schreibgebühren
Fr.	646.00	Zustellgebühren
Fr.	35.00	Fotokopien

6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 95% der Beklagten auferlegt; die andern 5% der Kosten werden ebenfalls von der Beklagten bezogen, indessen wird die Klägerin verpflichtet, der Beklagten diese anderen 5% zu ersetzen.

7. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 9'625.00 ohne Mehrwertsteuer zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie - unter Beilegung der erstinstanzlichen Akten - an das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

9. Gegen diesen Entscheid kann

   innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;

   innert 30 Tagen nach dessen Empfang bei der II. Zivilkammer des Obergerichtes wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:	Der juristische Sekretär:
Oberrichter Dr. H. Schmid	lic. iur. S. Lebeda

versandt am:

- 8. Sep. 2004