



---

Prozess Nr. CG050141/U

2. Abteilung

Mitwirkende: Bezirksrichter lic. iur. Heimann als Vorsitzender, Bezirksrichterin lic. iur. Haus Stebler und Ersatzrichterin lic. iur. Blesi sowie die juristische Sekretärin lic. iur. Melliger

**Urteil vom 31. Oktober 2006**

in Sachen

**Tarapaca Investments Ltd.**, Westwind Building, P.O.Box 1111, 4750 Grand Cayman Island, **Zustelladresse:** Thomas Westermeier, c/o Frau R.E. Pilgram-Westermeier, Im Acker, 3416 Affoltern im Emmental, Klägerin

gegen

**Bank Sarasin & Cie AG, Zweigniederlassung Zürich**, Löwenstr. 11, 8001 Zürich, Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Albrecht Langhart, Blum Rechtsanwälte, Usteristr. 14, Postfach 3880, 8021 Zürich  
substituiert durch Rechtsanwalt lic. iur. Christian Sutter, Blum Rechtsanwälte, Usteristr. 14, Postfach 3880, 8021 Zürich

betreffend **Forderung**

### Rechtsbegehren:

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von USD 45'754.42 zuzüglich Zinsen zu 5% seit 23.09.1994 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

### Das Gericht zieht in Betracht:

## I. STREITVERHÄLTNIS / PROZESSGESCHICHTE

### A. STREITVERHÄLTNIS

1. Im Jahre 1983 schloss die Klägerin mit einer Rechtsvorgängerin der Beklagten (fortan für die Beklagte und deren Rechtsvorgängerinnen vor diesem Prozess: Bank) einen Vertrag, worin der Klägerin eine Unterbeteiligung im Betrage von US\$ 380'000.- an einem Kredit in der Gesamthöhe von US\$ 2,6 Millionen eingeräumt wurde, welchen die Bank der Iniohos Shipping Company Piräus gewährte (Vorakten CG990332, act. 5/1 und 49/2, deutsche Übersetzung act. 75/1). Nachdem dieser Kredit nicht zurückbezahlt wurde, versuchte die Bank, den Kredit einzubringen und insbesondere die Sicherheiten zu verwerten. Zu diesem Zweck schloss sie mit der Schuldnerseite und mit dahinter stehenden Garanten verschiedene Vereinbarungen ab (Zuger Agreement, Berner Agreement). Im September 1994 übernahm die Muttergesellschaft der Bank, die Giro Credit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen Wien, die Verpflichtungen der ersteren aus dem seinerzeit mit der Klägerin abgeschlossenen Unterbeteiligungsvertrag vom 11. März / 26. Mai 1983 und sämtliche Verpflichtungen aus dem Iniohos Kredit. Gleichzeitig wurden der Muttergesellschaft alle noch vorhandenen Sicherheiten übertragen (Vorakten CG990332, act. 49/38). In einem Nachtrag zu diesem Vertrag wurde zwischen der Bank und deren Muttergesellschaft vereinbart, dass die nicht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bis zur Auflösung des Treuhandverhältnisses "nicht formalisiert" werden sollten, das heisst die Bank sollte nach aussen weiterhin für die in Wien ansässige Muttergesellschaft auftreten (CG990332, act.

49/39). Im Urteil des Obergerichtes vom 27. August 2004 sind die Verhältnisse und Abläufe im Zusammenhang mit dem Iniohos Kredit und der Unterbeteiligung der Klägerin detailliert beschrieben (act. 3/5 S. 6 bis 10).

2. Die Klägerin erhob am 17. Dezember 1998 eine Teilklage auf Bezahlung von Fr. 8'100.– beim Einzelrichter im ordentlichen Verfahren (vgl. Vorakten CG990332, act. 1+2), nachdem sie vom Verkauf des Kredites an die Muttergesellschaft der Bank Kenntnis erhalten hatte. Daraufhin erhob die Bank mit der Klageantwort eine Widerklage u.a. auf Feststellung, dass die Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag weder bezüglich des Nominalwertes von US\$ 380'000.– noch aus Zinsen, noch unter dem Titel Schadenersatz eine fällige Forderung gegen die Bank besitze (CG990332, act. 47 S. 2). Deshalb wurde das Verfahren zuständigkeitshalber wegen des nunmehr Fr. 20'000.– übersteigenden Streitwertes an die hiesige Abteilung (Kollegialgericht) überwiesen (CG990332, act. 53). Nach durchgeführtem Beweisverfahren erging am 16. September 2002 das erstinstanzliche Urteil (act. 3/4) und am 27. August 2004 nach Durchführung des Berufungsverfahrens das zweitinstanzliche Urteil (act. 3/5).

3.1. Das Verhältnis zwischen der Bank und der Klägerin ist, wie im Urteil der hiesigen Abteilung vom 16. September 2002 (act. 3/4 S. 13) und im Urteil des Obergerichtes vom 27. August 2004 (act. 3/5 S. 14) festgehalten wurde, als einfache Gesellschaft zu qualifizieren, welche den Zweck verfolgte, die Forderung aus dem Iniohos Kredit zu realisieren. Dies ist mittlerweile von beiden Parteien unbestritten.

3.2. Im Urteil der hiesigen Abteilung vom 16. September 2002 wurde erwogen, dass mit Abschluss des Vertrages vom 20./22. September 1994 zwischen der Rechtsvorgängerin der Beklagten und deren Muttergesellschaft und durch die dadurch erfolgte Übertragung des Kredites und sämtlicher Sicherheiten gegen Entrichtung eines Preises und Übernahme verschiedener Schuldverpflichtungen der Gesellschaftszweck erreicht und die Liquidation des Gesellschaftsvermögens erfolgt sei, womit die Forderung der Klägerin in der Höhe von US\$ 359'924.14 fällig geworden sei (act. 3/4 S. 33 f.). Weiter wurde festgestellt, dass der Klägerin keine (weiteren) Zinsen (zufolge unzulässigem Zinsverzicht gemäss Zuger Agreement)

oder Schadenersatz im Zusammenhang mit der fraglichen Unterbeteiligung gegenüber der Beklagten zusteht (act. 3/4 S. 36, Fazit und Dispositiv Ziff. 1 und 2 a) und b)). Das Obergericht kam in seinen Erwägungen weitgehend zum selben Schluss, stellte jedoch richtig, dass im Dispositiv keine Feststellung des Forderungsbetrages zugunsten der Klägerin erfolgen könne, da diese selber keine Feststellungsklage, sondern eine Teilleistungsklage erhoben hatte (act. 3/5 S. 29 f.). Darum wurde im Beschluss-Dispositiv Ziff. 3 vom 27. August 2004 unter anderem vorgemerkt, dass Dispositiv Ziff. 2a des Urteils vom 16. September 2002 insoweit in Rechtskraft erwachsen sei, als damit in teilweiser Guttheissung des Widerklagebegehrens Ziff. 2 festgestellt wurde, dass die Klägerin gegenüber der Beklagten im US\$ 359'924.14 übersteigenden Betrage keine fällige Forderung habe. Sodann wurde das Widerklagebegehren der Beklagten im Urteil des Obergerichts vom 27. August 2004 insofern teilweise gutgeheissen, als festgestellt wurde, 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 Euro 28'432.66 bezahlt habe. Im Übrigen wurde das Widerklagebegehren Ziff. 2 abgewiesen (act. 3/5 S. 36f.).

4. In der Folge bezahlte die Bank - nach vorausgegangenem Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren - der Klägerin ihren Anteil am Liquidationserlös aus, zog jedoch von dem vom Obergericht festgehaltenen Betrag von US\$ 359'924.14 unter dem Posten Verwendungen und Auslagen im Zusammenhang mit der Einbringung des Inihos Kredits US\$ 45'754.42 ab und überwies der Klägerin lediglich US\$ 314'169.72 (Teilzahlung von Euro 28'432.66 am 19.3.2002 inbegriffen). Die Klägerin verlangt diesen abgezogenen Betrag nun von der Beklagten, welche ihrerseits die Abweisung der Klage sowie eventualiter im Falle einer Guttheissung der Klage die Verrechnung mit einem Betrag von Fr. 5'380.- (zuzüglich Zins ab 2. November 2004) entsprechend der ihr im Rechtsöffnungsverfahren zugesprochenen Parteientschädigung beantragt (act. 1 S. 1; act. 2 S. 2 und 7 sowie act. 17 S. 2).

## B. PROZESSGESCHICHTE

Die Klägerin machte die Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren durch Einreichen der Weisung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise 1 und 2, vom 29. Juni 2005 und der Klageschrift vom 7. Juli 2005 am 11. Juli 2005 hängig (act. 1 und 2). Mit Zirkulationsbeschluss vom 3. August 2005 wurde die Klägerin aufgrund von § 73 Ziff. 1 und 4 ZPO zur Leistung einer Prozesskaution in der Höhe von Fr. 16'000.– verpflichtet (act. 5), welcher Auflage die Klägerin fristgerecht nachkam (act. 7). Mit Präsidialverfügung vom 15. August 2005 wurde der Beklagten Frist für die schriftliche Klageantwort angesetzt (act. 8). Die Klageantwort ging innert erstreckter Frist am 19. Oktober 2005 ein (act. 17). Anlässlich der am 23. Januar 2006 durchgeführten Referentenaudienz vermochten sich die Parteien nicht zu einigen, weshalb mit Referentenverfügung vom 24. Januar 2006 das schriftliche Verfahren für die weiteren Parteivorträge angeordnet sowie der klagenden Partei Frist zur Erstattung der Replik angesetzt wurde (act. 25 und 30). Die entsprechende Rechtschrift der Klägerin ging am 28. März 2006 ein (act. 35). Am 10. April 2006 wurde sodann der Beklagten Frist für die Duplik angesetzt (act. 36), welche am 23. Juni 2006 hier eintraf (act. 40). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## II. FORMELLES

### A. ZUSTÄNDIGKEIT UND ANWENDBARES RECHT

Die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichtes ist unbestritten und ergibt sich aus dem Unterbeteiligungsvertrag vom 11. März 1983, auf welchen die eingeklagte Forderung zurückgeht und worin die Parteien als Gerichtsstand Zürich vereinbarten (CG990332, act. 75/1 S. 2 Ziffer 9, Art. 17 Abs. 1 Lugano-Übereinkommen). Das Bezirksgericht Zürich ist auch sachlich zuständig (§ 31 Ziff. 1 GVG). Die Parteien des Unterbeteiligungsvertrages vereinbarten ebenfalls in Ziffer 9 das schweizerische Recht als anwendbares Recht (Art. 116 IPRG).

## B. NICHT Eintreten

1. Die Beklagte stellte in ihrer Duplik den Antrag, es sei auf die Klage nicht einzutreten (act. 40 S. 2). Zur Begründung ihres Antrages brachte die Beklagte vor, Thomas Westermeier sei seiner ihm mit Schreiben der Referentin vom 9. November 2005 (act. 21) auferlegten Pflicht, bis spätestens anlässlich einer allfälligen Referentenaudienz oder mit der Replik ein aktuelles Certificate of Good Standing vorzulegen, aus welchem hervorgeht, dass er noch immer Organ und zur Vertretung der Klägerin berechtigt ist, nicht nachgekommen. Es hätten daher die angeordneten Säumnisfolgen einzutreten, nach welchen seine Handlungen der Klägerin nicht zuzurechnen seien, womit das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben sei (act. 40 S. 3 ff.). Die von Thomas Westermeier mit Schreiben vom 23. Dezember 2005 (act. 27) dem Gericht eingereichten Unterlagen (act. 28/1-5) erachtete die Beklagte insofern als ungenügend, als auf dem Certificate of Good Standing (act. 28/2) wie auch dem Certificate of Incumbency (act. 28/3) keine Apostille gemäss Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung vom 5. Oktober 1961 angebracht sei. Zudem habe Thomas Westermeier es versäumt, eine beglaubigte und überbeglaubigte Echtheitserklärung der Klägerin zu diesen beiden Urkunden einzureichen. Ebenso fehle es dem beigebrachten Register of Directors (act. 28/5) und der Bescheinigung der The Secretary Ltd. vom 24. November 2005 (act. 28/4) an einer Apostille und Beglaubigung bzw. Überbeglaubigung (act. 40 S. 4 f.).

2.1. In ihren rechtlichen Ausführungen zur Anwendbarkeit des obgenannten Haager Beglaubigungs-Übereinkommens verkennt die Beklagte, dass dieses der Erleichterung der Anerkennung ausländischer öffentlicher Urkunden in den jeweiligen Vertragsstaaten dient, wie dies bereits aus der Präambel und auch Art. 2 des Übereinkommens hervorgeht. Jede mit einer den Vorgaben von Art. 4 genügenden Apostille versehene öffentliche Urkunde ist in den jeweiligen Vertragsstaaten von einer (weiteren) diplomatischen oder konsularischen Beglaubigung befreit. Keinesfalls aber bezweckt dieses Übereinkommen eine internationale Rechtsvereinheitlichung hinsichtlich der Gültigkeit oder Beweistauglichkeit von öffentlichen Urkunden. Das angerufene Haager Beglaubigungs-Übereinkommen ist

vorliegend nicht anwendbar. Vielmehr richten sich die Anforderungen an die Beweistauglichkeit der von Thomas Westermeier vorgelegten Dokumente nach kantonalem Prozessrecht, welches im Gegensatz zu anderslautenden aufsichts- und registerrechtlichen Bestimmungen grundsätzlich keine amtliche Beglaubigung bzw. Überbeglaubigung vorschreibt. Gemäss § 34 Abs. 1 Satz 2 ZPO kann das Gericht verlangen, dass die Unterschrift auf einer schriftlichen Prozessvollmacht beglaubigt wird. Diese auf die materiellrechtliche Frage nach dem Bestehen einer Organfunktion mit entsprechender Vertretungsmacht analog anwendbare Bestimmung überlässt es dem Gericht, welches die Vertretungsbefugnis wie auch die Sachlegitimation frei und von Amtes wegen zu prüfen hat, eine amtliche Beglaubigung zu verlangen. Im Streitfall ist es im Beweisverfahren gemäss § 185 ZPO sodann Sache der richterlichen Beweiswürdigung, ob das Original einer Urkunde oder eine amtlich beglaubigte Kopie verlangt wird, weil eine Verfälschung nicht ausgeschlossen ist oder es auf Einzelheiten besonders ankommt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 1 zu § 185 ZPO).

2.2. Die Beklagte rügte hinsichtlich der von Thomas Westermeier vorgelegten Urkunden einzig das Nichtbeachten der Formalitäten gemäss Haager Beglaubigungs-Übereinkommen, behauptete jedoch nicht explizit, dass diese nicht echt bzw. gefälscht wären. Die von Thomas Westermeier bei Klageeinleitung eingereichten Kopien veralteter Urkunden (act. 3/1) und die vorliegend zu prüfenden Registerauszüge und Bestätigungen aktuelleren Datums (act. 28/2-4) unterscheiden sich einzig darin, dass erstere überbeglaubigt und mit einer Apostille versehen sind. Aus dem inhaltlich unveränderten Certificate of Incumbency (act. 28/3) geht hervor, dass einzig die The Secretary Ltd. in der Funktion als Assistant Secretary neu eingesetzt wurde, während Thomas Westermeier weiterhin als Director und Secretary fungiert. Schliesslich sind auch keine Anhaltspunkte gegeben, weshalb nicht auf das im Original eingereichte Certificate of Good Standing (act. 28/2) abgestellt werden könnte. Es ist daher davon auszugehen, dass Thomas Westermeier in vorliegendem Verfahren vertretungsbefugt und die Klägerin nach wie vor "in good standing" ist. Auf die Klage ist deshalb einzutreten.

### III. MATERIELLES

#### A. MATERIELLE RECHTSKRAFT / ABGEURTEILTE SACHE / BESTAND DER KLÄGERISCHEN FORDERUNG

##### 1. Parteivorbringen

###### 1.1. Klägerin

1.1.1. Die Klägerin vertritt die Ansicht, die von der Beklagten aufgestellte und bei der Auszahlung abgezogene Forderung auf anteilmässige Überwälzung von "Inkassokosten" auf die Klägerin sei im Feststellungsurteil vom 27. August 2004 rechtskräftig abgewiesen worden. Die Klägerin beruft sich dabei auf die Ausführungen des Obergerichtes, welches erwog, bei der negativen Feststellungsklage stehe wie bei der Leistungsklage die ganze Forderung zur Diskussion; (...) die Beklagte hätte im erstinstanzlichen Verfahren alles vorzutragen gehabt, was gegen die Ansprüche der Klägerin spreche, mithin hätte sie gegebenenfalls auch ihren Auslagen- und Verwendungsersatz zu substantiieren gehabt (act. 2 S. 5f. mit Verweis auf das Urteil des Obergerichtes vom 27. August 2004, act. 3/5 S. 27ff.). Die Klägerin leitet daraus ab, dass Ansprüche bezüglich aller Auslagen, welche im Rahmen der einfachen Gesellschaft durch die Geschäftsführerin (Bank) getätigt wurden, rechtskräftig im Rahmen der negativen Feststellungsklage abgelehnt wurden. Sollten Kosten von der Beklagten tatsächlich bevorschusst worden sein, hätten diese im Rahmen des fraglichen Zivilprozesses geltend gemacht werden müssen; indem sie nicht geltend gemacht worden seien, falls sie bestanden hätten, was bestritten werde, seien diese durch die rechtskräftige materielle Beurteilung untergegangen. Der Nichtbestand der Gegenforderung der Beklagten auf anteilmässige Beteiligung der Klägerin an den geltend gemachten Inkassokosten sei somit ebenfalls rechtskräftig beurteilt worden. Durch das Feststellungsurteil sei der Bestand der Forderung von US\$ 359'924.14 negativ festgestellt worden, dieser Betrag könne mittels Leistungsklage geltend gemacht werden. Da die Beklagte erst US\$ 314'169.72 bezahlt habe, schulde sie daher noch US\$ 45'754.42 zuzüglich Verzugszinsen von 5% seit 23. September 1994 (act. 2 S. 7f.).

1.1.2. Replicando hält die Klägerin nochmals fest, dass Gegenstand des Verfahrens vor Bezirks- und Obergericht das Bestehen einer Forderung der Klägerin einerseits und dann aufgrund der Widerklage die Frage des Nichtbestehens einer Forderung andererseits gewesen sei. Im Zusammenhang mit der Beurteilung, in welchem Umfang die Widerklage abzuweisen sei, sei die Frage von einer abziehbaren Gegenforderung der Beklagten aus Geschäftsführung Gegenstand der Widerklage gewesen, da die Beurteilung des Quantitativen der Forderung notwendig gewesen sei. Das Obergericht habe festgestellt, ob und in welchem Umfang zum Zeitpunkt der Urteilsfällung eine fällige Forderung gegeben war. Die Behauptung der Beklagten, (nur) die Auflösung der einfachen Gesellschaft sei Gegenstand dieses Prozesses gewesen, sei falsch. Zudem sei der Auslagen- und Verwendungsersatz schon am 23. September 1994 festgestanden und die Beklagte wäre schon damals aufgrund des von ihr abgeschlossenen Vertrages zur Abrechnung und Substantiierung verpflichtet gewesen. Diese Forderung hätte danach spätestens im Rahmen der Prozesse vor Bezirks- und Obergericht vorgebracht werden müssen, jedoch nicht erst mit Schreiben vom 23. September bzw. 19. Oktober 2004. Als die Beklagte ihren Auslagenersatz während des Prozesses plötzlich verrechnungsweise gefordert habe, habe sich das Obergericht in den Erwägungen damit auseinandergesetzt und Feststellungen getroffen, welche sich im Dispositiv niedergeschlagen und somit materielle und formelle Rechtskraft erlangt hätten (act. 35 S. 3 ff.).

## 1.2. Beklagte

1.2.1. Die Beklagte bringt in der Klageantwort wiederholt vor, in den Prozessen vor Bezirks- und Obergericht sei die Frage der Auflösung zufolge Zweckerreichung der stillen einfachen Gesellschaft der Bank und der Klägerin aus dem Unterbeteiligungsvertrag Gegenstand gewesen. Demgegenüber seien Recht und Pflicht der Bank zur Durchführung der Liquidation und namentlich zur abschliessenden Abrechnung durch den abgeschlossenen Forderungsprozess nicht berührt worden. Die Bank habe der Klägerin mit Schreiben vom 23. September bzw. per 20. Oktober 2004 eine detaillierte Abrechnung der Liquidation der einfachen Gesellschaft per 20. Oktober 2004 einschliesslich vollständigen Belegen zukom-

men lassen (act. 17 S. 4f.). Im abgeschlossenen Forderungsprozess sei es einzig um die gerichtliche Feststellung des Zeitpunktes der Auflösung der einfachen Gesellschaft gegangen, nämlich darum, ob die einfache Gesellschaft bereits durch den Abschluss einer Vereinbarung zwischen der GiroCredit Bank Aktiengesellschaft der Sparkassen Wien und der GiroCredit Bank (Schweiz) AG vom 22. September 1994 ihren Zweck erreicht habe oder nicht. Es sei nicht um die gerichtliche Feststellung gegangen, ob zu einem bestimmten Zeitpunkt die einfache Gesellschaft bereits liquidiert gewesen sei, bzw. nicht darum, ob die Gesellschafter die innere Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht (Art. 549 Abs. 1 OR) bereits durchgeführt hätten (act. 17 S. 6). Mit dem Widerklagerechtsbegehren sei offensichtlich allein die Feststellung der Nicht-Fälligkeit des von der Klägerin gegenüber der Bank geltend gemachten Anspruchs auf Rückzahlung der Unterbeteiligung der Klägerin an der Kreditforderung aus dem Unterbeteiligungsvertrag beabsichtigt gewesen, nicht hingegen die Feststellung der Nicht-Durchführung der Liquidation der einfachen Gesellschaft und insbesondere nicht die Feststellung des Nicht-Bestehens von abgerechneten Ansprüchen der Klägerin aus einem allfälligen zukünftigen Liquidationserlös (act. 17 S. 7). Da die Bank stets den Standpunkt vertreten habe, dass der Zweck der einfachen Gesellschaft durch den Abschluss der September-Vereinbarung nicht erreicht und die einfache Gesellschaft auch im Zeitpunkt des Prozesses noch nicht aufgelöst worden war, sei es abwegig anzunehmen, die Bank hätte nichtsdestotrotz auch die Frage der Liquidation und inneren Auseinandersetzung der einfachen Gesellschaft zum Gegenstand der Widerklage machen wollen (act. 17 S. 7). Die Beklagte bestreitet, dass zwischen dem im abgeschlossenen Forderungsprozess beurteilten Sachverhalt bzw. Gegenstand und dem im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Sachverhalt Identität besteht (act. 17 S. 8). Da insbesondere die Geltendmachung von Ansprüchen der Bank auf Auslagen- und Verwendungsersatz aus Geschäftsführung für die einfache Gesellschaft in der Liquidationsabrechnung nicht Gegenstand des abgeschlossenen Forderungsprozesses gewesen sei, bestehe keine materiell bereits rechtskräftige Beurteilung, sondern der Abzug sei zu Recht erfolgt. Dem Entscheid des Obergerichts lasse sich nicht entnehmen, dass die Bank mit ihrem Auslagen- und Verwendungsersatz aus Geschäftsführung für die einfache Gesell-

schaft ausgeschlossen gewesen wäre (act. 17 S. 8 f.). Das Obergericht habe einen maximal fälligen Forderungsbetrag, nicht aber die Höhe des konkret geschuldeten Forderungsbetrages festgelegt (act. 17 S. 13). Da Gegenstand der negativen Feststellungsklage der Bank nur die Feststellung der Nicht-Fälligkeit des von der Klägerin geltend gemachten Anspruchs auf Rückzahlung der Unterbeteiligung gewesen sei, könne die Frage der Höhe eines allfälligen Rückleistungsanspruches auch nicht Gegenstand der Gerichtsurteile gewesen sein, da diese aufgrund der Dispositionsmaxime der Bank nur hätten zusprechen oder nicht zusprechen können, was diese mit ihrem Widerklagebegehren auch tatsächlich verlangt habe (act. 17 S. 14). Die Beklagte wies sodann darauf hin, sie sei vom Obergericht in dessen Urteil vom 27. August 2004 falsch zitiert worden, indem dieses ihre Ausführungen in der Berufungsschrift wie folgt wiedergegeben habe (act. 17 S. 23 mit Verweis auf act. 3/5 S. 29): "Weder ein Nominalwert noch ein fixer Forderungsbetrag seien jemals Gegenstand der Widerklage gewesen.". Sie habe jedoch geschrieben, weder **ein anderer als** der Nominalwert noch ein fixer Forderungsbetrag seien jemals Gegenstand der Widerklage gewesen. Die Beklagte hält dafür, der Verweis der Bank auf den Nominalwert im Widerklagerechtsbegehren habe deutlich gemacht, dass lediglich die Nicht-Fälligkeit des von der Klägerin geltend gemachten Rückzahlungsanspruches bezüglich des Nominalwertes der Unterbeteiligung Gegenstand der Widerklage war, d.h. eben nur bezüglich des Nennwertes und gerade nicht bezüglich des effektiven Wertes der Unterbeteiligung (act. 17 S. 23).

1.2.2. In ihrer Duplik lässt die Beklagte zusätzlich ausführen, der Unterbeteiligungsvertrag habe der Aufspaltung des wirtschaftlichen Risikos gedient, weshalb der effektive Rückzahlungsanspruch aufgrund des von der Klägerin übernommenen wirtschaftlichen Kredites analog zur Bedienung bzw. Nichtbedienung des Gesamtkredits entsprechend dem Verhältnis ihrer Unterbeteiligung am Gesamtkredit variere. In diesem Falle sei dann die Nichtbedienung des Kredites eingetreten, was die Klägerin im Sinnes des Prinzips 'Mitgegangen - Mitgehangen' mitzutragen habe (act. 40 S. 9). Des Weiteren macht die Beklagte geltend, die Klägerin habe die Auslagen und Verwendungen der Beklagten gemäss Liquidationsabrechnung nicht substantiiert und rechtsgenügend bestritten, weshalb diese als von der Klä-

gerin anerkannt zu gelten hätten (act. 40 S. 12). Wie schon in der Klageantwort hielt die Beklagte nochmals fest, dass die Liquidation nicht Prozessgegenstand gewesen sei. Die effektive Liquidation der einfachen Gesellschaft sei erst mit der Liquidationsabrechnung der Bank per 22. September 1994 vom 23. September 2004 und somit im Anschluss an die Entscheide des Obergerichts durchgeführt worden (act. 40 S. 14). Zudem hätten sich die Erwägungen des Obergerichts betreffend Auslagen- und Verwendungsersatz nicht im Dispositiv niedergeschlagen und würden deshalb nicht von der materiellen Rechtskraft dieser Entscheide mitumfasst (act. 40 S. 18).

## 2. Rechtliches

2.1. Materielle Rechtskraft setzt, abgesehen von der Übereinstimmung der Parteien, Anspruchsidentität zwischen dem früheren Urteil und der neuen Klage voraus. Diese beurteilt sich bei bundesrechtlichen Ansprüchen nach Bundesrecht und ist gegeben, wenn der gleiche Anspruch aus gleichem Entstehungsgrund neuerdings geltend gemacht wird. Auf den Wortlaut des Rechtsbegehrens kommt es dabei nicht an. So bleibt ein Anspruch auch dann identisch, wenn das neue Begehren bei umgekehrten Parteirollen das frühere Urteil negiert. Die Gutheissung einer negativen Feststellungsklage stellt einer späteren Leistungsklage gegenüber eine abgeurteilte Sache dar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 5 zu § 191 ZPO). Umgekehrt muss dann aber auch gelten, dass eine spätere Leistungsklage soweit zulässig und ausgewiesen ist, als die negative Feststellungsklage im Vorprozess nicht geschützt wurde.

2.2. Materielle Rechtskraft bedeutet sodann, dass das Urteil für spätere Prozesse der Parteien und ihrer Rechtsnachfolger verbindlich ist. Dies hat zur Folge, dass eine identische Klage ausgeschlossen ist, dass weiter die gegenteilige Klage ausgeschlossen ist und dass das Ersturteil präjudiziell für Vorfragen des Zweiturteils ist. Beim Entscheid über die spätere Leistungsklage ist das Gericht an das Urteil betreffend die Feststellung des fraglichen Rechtsverhältnisses gebunden. Die Bindung an ein früheres Urteil bedeutet Bindung an das Dispositiv. Zur Feststellung der Bedeutung des Dispositivs und der Identität der Klage, auf welche sie sich bezieht, sind aber die Urteils motive heranzuziehen (Vogel/Spühler, Grundriss

des Zivilprozessrechts, 8. A. vgl., Bern 2006, S. 227f., § 8 N 66 - 71). Meist kann der beurteilte Anspruch insbesondere bei Abweisung der Klage oder bei Guttheissung einer Forderungsklage aus dem Dispositiv allein gar nicht individualisiert werden. Für die Ermittlung der Tragweite des Dispositivs sind daher auch die Erwägungen heranzuziehen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 11 zu § 191 ZPO).

### 3. Erwägungen

3.1. Vorliegend sind die Verhältnisse in dem Sinne speziell, als die Klägerin ehemals eine Teilklage, allerdings in der falschen Währung anstregte, was vor Obergericht zur Abweisung dieser Hauptklage führte. Der Entscheid über eine Teilklage schliesst jedoch spätere Teilklagen nicht aus, auch wenn in ihm der Anspruch als ganzes vorfrageweise geprüft werden musste (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 12 zu § 191 ZPO). Die Beklagte hatte demgegenüber zusammengefasst auf Feststellung des Nichtbestehens fälliger klägerischer Ansprüche geklagt, nämlich die Feststellung verlangt, dass die Klägerin weder bezüglich des Nominalwertes von US\$ 380'000.– noch bezüglich Zinsen noch unter dem Titel Schadenersatz im Zusammenhang mit der fraglichen Unterbeteiligung eine fällige Forderung habe.

Im massgeblichen Beschluss- und Urteilsdispositiv des Obergerichts wurde - wie schon unter Ziffer 1.3.2. hievor erwähnt - festgehalten, dass Ziff. 2a des Urteilsdispositivs des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. September 2002 insoweit in Rechtskraft erwachsen sei, als festgestellt wurde, dass die Klägerin gegenüber der Bank im US\$ 359'924.14 übersteigenden Betrag keine fällige Forderung habe. Weitergehende Ansprüche der Klägerin waren in Ziff. 2b des Urteils des Bezirksgerichts verneint worden, welche Feststellung nach Rückzug der Berufung der Klägerin in Rechtskraft erwuchs (vgl. Urteil Obergericht vom 27. August 2004, act. 3/5). Da somit nur eine teilweise Guttheissung der negativen Feststellungsklage erfolgte, sind auch die Erwägungen hinzuzuziehen, um die Tragweite des Dispositivs abzuschätzen und zu beurteilen.

Das Obergericht nahm auf Seite 27 zum Vorbringen der Bank, eine innere gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien aus dem Un-

terbeteiligungsverhältnis habe bis dato nicht stattgefunden, und es seien noch umfassende Berechnungen bezüglich Auslagen- und Verwendungsersatz vorzunehmen, bereits Stellung: Es führte aus, die von der Schuldnerin angehobene negative Feststellungsklage sei das prozessuale Gegenstück zur Leistungsklage des Gläubigers und sei für beide Parteien mit einer Prozessführungspflicht verbunden. Die Beklagte hätte alles vorzutragen gehabt, was gegen die Ansprüche der Klägerin spreche; mithin hätte sie gegebenenfalls auch ihren Auslagen- und Verwendungsersatz zu substantiieren gehabt.

Mit Bezug auf die Einwendung der Beklagten, weder ein anderer als der Nominalwert noch ein fixer Forderungsbetrag seien jemals Gegenstand der Widerklage gewesen und insbesondere sei auch die konkrete Berechnung der Forderung nie ein Thema des erstinstanzlichen Verfahrens gewesen, äusserte sich das Obergericht folgendermassen (act. 3/5 S. 29): Das Rechtsschutzinteresse bezüglich der von ihr erhobenen Feststellungsklage stehe der Beklagten deshalb zu, weil die Klägerin hinsichtlich der von ihr behaupteten Forderung von US\$ 380'000.– lediglich eine Teilklage erhoben, sich aber gleichzeitig des ganzen Anspruchs berühmt habe. Hätte die Klägerin US\$ 380'000.– eingeklagt, so hätte diese 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 sei die von der Beklagten erhobene negative Feststellungsklage das prozessuale Gegenstück zur Leistungsklage (gemeint auf den ganzen Betrag), welche von der Klägerin hätte erhoben werden können. Gleich wie bei der Leistungsklage (gemeint auf das Ganze) stehe auch bei der negativen Feststellungsklage die ganze Forderung zur Diskussion. Diese könne je nach Parteivorbringen auch nur teilweise gutgeheissen werden. Das Obergericht meinte schliesslich, es sei nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss gekommen sei, dass die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte im Umfange von US\$ 359'924.14 ausgewiesen sei. Die von der Beklagten bemängelte Falschzitierung ihres Vorbringens in der Berufungsschrift (act. 17 S. 23) hätte - auch bei richtigem Zitat - nicht zu einer anderen Beurteilung durch das Obergericht geführt.

3.2. Gemäss diesen Ausführungen wurde die Höhe der Forderung der Klägerin gegenüber der Bank konkret beurteilt und nicht nur ein maximal fälliger Betrag festgestellt, wie die Beklagte geltend macht (act. 17 S. 13). Dabei ist klar, dass die Bank - unter anderem - festgestellt haben wollte, dass die Klägerin überhaupt keine fällige Forderung habe: Dies war nach Ansicht der hiesigen Instanz und des Obergerichts aber nicht der Fall, sondern es wurde in der Übertragung der Sicherheiten an die Muttergesellschaft gegen Entgelt das Erreichen des Gesellschaftszwecks **und die Liquidation der Gesellschaft** (Realisierung der Vermögenswerte) erblickt (Urteil des Bezirksgerichtes vom 16. September 2002, act. 3/4 S. 34; Urteil des Obergerichtes vom 27. August 2004, act. 3/5 S. 18 und 27). So wurde vom Obergericht ausdrücklich festgehalten, dass der Ansicht der Beklagten, eine "innere gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien" habe "bis zum heutigen Datum noch nicht stattgefunden" und die "endgültige Quantifizierung des Auslagen- und Verwendungsersatzes der Beklagten" erfordere "umfassende Berechnungen", die erst noch durchzuführen seien, nicht zu folgen sei (act. 3/5 S. 27). Auf der anderen Seite waren jedoch keine weiteren Forderungen aus Zins oder Schadenersatz zu bejahen, weshalb die teilweise Gutheissung der Widerklage und die Feststellung der Höhe der effektiv fälligen Forderung erfolgte.

Gleich wie bei der Leistungsklage (auf das Ganze) steht sodann bei der negativen Feststellung die ganze Forderung zur Diskussion, weshalb das Obergericht - wie erwähnt - auch das Rechtsschutzinteresse der Bank an der erhobenen Feststellungsklage bejahte (act. 3/5 S. 29). Dies ergibt sich auch aus der Begründung im Vorurteil der hiesigen Abteilung zur Zulässigkeit der negativen Feststellungsklage, wo festgehalten wurde, dass bei blossem Bestreiten der Fälligkeit keine Widerklage vorliege; zwischen den Parteien bestehe jedoch keine Einigkeit darüber, wie hoch bzw. welcher Art der Anspruch der Klägerin insgesamt sei oder bei späterer Fälligkeit sein werde. Im Übrigen werde die Feststellung verlangt, dass der Klägerin keine Forderung unter dem Titel vertraglicher oder ausservertraglicher Schadenersatz oder bezüglich Zinsen aus vertragswidrigem Zinsverzicht zustehe. Diesbezüglich werde nicht nur die Fälligkeit bestritten (act. 3/4 S. 8). Gegenstand des Vorverfahrens war somit, ob und welche Ansprüche der

Klägerin im weitesten Sinne aus dem Unterbeteiligungsvertrag gegenüber der Beklagten zustehen: Denn ist eine Teilklage erhoben, so hat der Beklagte ein rechtliches Interesse, durch Widerklage den Nichtbestand des ganzen behaupteten Anspruchs einschliesslich des eingeklagten Teilanspruchs feststellen; bei Gutheissung einer Teilklage folgt nicht ohne weiteres die gänzliche Abweisung der Widerklage, vielmehr ist der über die Teilklage hinaus maximal geschuldete Betrag festzustellen (act. 3/4 S. 7f. mit Verweis auf Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O. N 24 und 24a zu § 59 ZPO). Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte das rechtliche Interesse der Bank (an der Feststellungsklage) wohl verneint werden müssen. Insofern ist in der umfassenden Beurteilung der Ansprüche der Klägerin im Vorverfahren auch keine Verletzung der Dispositionsmaxime zu erblicken, da auf die Widerklage ansonsten nicht hätte eingetreten werden können, wenn es nur um die Frage der Fälligkeit gegangen wäre.

Das Obergericht hielt damit klar fest, dass nicht nur der Betrag des eingeklagten Teilanspruchs, sondern der (Maximal-)betrag des ganzen behaupteten Anspruchs abschliessend festzustellen war. Dispositiv Ziffer 3 des Beschlusses des Obergerichts vom 27. August 2004 ist deshalb nicht - wie von der Beklagten vorgebracht - in dem Sinne zu verstehen, dass maximal schliesslich eine Forderung zwischen Null und dem Betrag von US\$ 359'924.14 geschuldet ist und die Liquidation und damit ein Abzug für Auslagen etc. noch vorzunehmen wäre.

3.3. Der Entscheid des Obergerichts bedeutet folglich, dass die Klägerin eine fällige Forderung von US\$ 359'924.14 gegenüber der Beklagten hat. Die Beklagte kann nun der Leistungsklage der Klägerin - diese geht auf die Differenz zwischen dem genannten Betrag zuzüglich Zinsen (abzüglich bereits erfolgter Zahlung von Euro 28'432.66 sowie Guthaben aus Prozessen) und der erfolgten niedrigeren Zahlung aufgrund des abgezogenen Betrages unter dem Posten Auslagen- und Verwendungersatz - nicht mehr entgegenhalten, es seien noch Auslagen abziehen. Wenn die substantiierte Geltendmachung von Verwendungs- und Auslagenersatz im Vorprozess unterblieben ist, obwohl es dort - wie oben festgestellt - eben auch um den Umfang der fälligen Forderung ging, kann dies - so wie geschildert auch die Meinung des Obergerichts (act. 3/5 S. 27) - nicht mehr in einem

neuen, konkret im vorliegenden, Prozess nachgeholt werden. Das Obergericht kam nämlich zum Schluss, da es die Bank unterlassen habe, ihren Auslagen- und Verwendungsersatz zu substantiieren, sei davon auszugehen, dass es solche Ansprüche auch nicht gäbe. Diesbezüglich ist die hiesige Instanz an die Beurteilung des Obergerichts gebunden. In Anbetracht der bereits rechtskräftigen Beurteilung des Umfangs der Forderung war die Klägerin ebenfalls nicht mehr verpflichtet, den schon beurteilten Auslagen- und Verwendungsersatz im vorliegenden Prozess nochmals substantiiert zu bestreiten. Zudem muss aufgrund der bereits rechtskräftigen Beurteilung des Umfangs der Forderung auch nicht weiter auf die in der Duplik gemachten Ausführungen der Beklagten in Bezug auf die Aufspaltung des wirtschaftlichen Risikos eingegangen werden. Die Beklagte führte aus, der effektive Rückzahlungsanspruch variere aufgrund des von ihr übernommenen wirtschaftlichen Risikos analog zur Bedienung bzw. Nichtbedienung des Gesamtkredites und vorliegend liege eine Nichtbedienung des Kredites vor. Eine daraus resultierende allfällige Verminderung des Rückzahlungsanspruches wurde jedoch im vorangehenden Prozess ebenfalls nicht geltend gemacht und kann, da der Umfang der Forderung - wie oben ausgeführt - bereits vom Obergericht festgestellt wurde, nicht mehr nachgeholt werden. Auch diesbezüglich ist die hiesige Instanz an die Beurteilung des Obergerichts gebunden.

3.4. Im Übrigen ist festzuhalten, dass die Klägerin im Vorprozess in der Replik vorbrachte, die Beklagte habe sich immer vorab aus Verwertung von Sicherheiten ihre Kosten bezahlt. Diese seien keineswegs vorfinanziert, sondern bereits bezahlt sowie in der Vereinbarung der Bank mit ihrer Muttergesellschaft abgerechnet worden (CG990332, act. 66 S. 38). Diese damaligen Vorbringen der Klägerin wurden in der Duplik nicht explizit bestritten, sondern es wurde grundsätzlich geltend gemacht, dass keine Rede von der Verwertung der Sicherheiten durch den Vertrag mit der Muttergesellschaft sein könne (CG990332, act. 84 S. 34). Folglich ist fraglich, inwieweit die Bank zurzeit der Liquidation der einfachen Gesellschaft (Verkauf respektive Übertragung des Kredites samt Sicherheiten von der Bank an die Muttergesellschaft im September 1994) überhaupt noch Anspruch auf Verwendungs- und Auslagenersatz von der Klägerin hatte. Aufgrund der oben aufgeführten mangelnden Geltendmachung im ersten Prozess und der daraus resultie-

renden Rechtskraft der Forderung der Klägerin im Umfange von US\$ 359'924.14 können solche ohnehin nicht mehr geltend gemacht werden, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

3.5. Da der Umfang der Forderung der Klägerin gegenüber der Bank somit bereits vom Obergericht rechtskräftig beurteilt wurde, steht der Klägerin per 22. September 1994 ein Betrag von US\$ 359'924.14 aus der Liquidation der einfachen Gesellschaft zu. Ein Abzug durch die Bank in der Höhe von US\$ 45'754.42 für Auslagen- und Verwendungersatz war demgemäss nachträglich nicht mehr möglich. Die (Leistungs-)Klage auf Zahlung von US\$ 45'754.42 nebst Zins zu 5 % seit 23. September 1994 ist somit grundsätzlich gutzuheissen.

## B. EINREDE DER VERRECHNUNG

1. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Klägerin schulde ihr aus einer erfolglosen Betreuung und dem anschliessenden Rechtsöffnungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 5'380.- (inkl. MwSt.) zuzüglich 5% Zins seit 2. November 2004 (act. 17 S. 15 und 26; act. 40 S. 16). Sie belegt diese Forderung mit einer Kopie des Erkenntnisses des Zivilgerichtes Basel-Stadt vom 2. November 2004 (act. 18/5). Die entsprechende Forderung seitens der Beklagten wird von der Klägerin nicht bestritten, sondern sie bestätigt, diese noch nicht beglichen zu haben (act. 35 S. 9 f.).

2. Der eingeklagte Betrag von US\$ 45'754.40 ist demnach mit dem Betrag von Fr. 5'380.- zu verrechnen. Dieser entsprach im Zeitpunkt der Fälligkeit der Verrechnungsforderung am 2. November 2004 bei einem Umrechnungskurs von 0,8323 der Summe von US\$ 4'477.75, so dass der Klägerin US\$ 41'276.65 zuzusprechen sind (Art. 120 Abs. 1 und 124 Abs. 2 OR). Dazu kommen 5 % Zins auf US\$ 45'754.40 die antragsgemäss ab dem 23. September 1994 bis zum 1. November 2004 zuzusprechen sind. Ab dem 2. November 2004 sind 5 % Zins nur noch auf dem um die Verrechnungsforderung reduzierten Betrag von US\$ 41'276.65 geschuldet.

#### IV. KOSTEN

1. Die Gerichtsgebühr ist aufgrund des Streitwertes zu berechnen und den Parteien im Verhältnis ihres Obsiegens bzw. Unterliegens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO). Im gleichen Verhältnis sind die Umtriebs- respektive Prozessentschädigungen zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO).
2. Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beträgt US\$ 45'754.42 entsprechend rund Fr. 59'453.– (Durchschnittskurs bei Klageeinleitung = 1.2994). Die Klägerin obsiegt mit gerundet Fr. 53'635.–, was ungefähr neun Zehnteln entspricht und unterliegt mit rund einem Zehntel. Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtskosten zu neun Zehnteln der Beklagten und zu einem Zehntel der Klägerin aufzuerlegen. In Anwendung von § 3 Abs. 2 der Verordnung über die Gerichtsgebühren ist die Grundgebühr um einen Drittel zu erhöhen.
3. Der Klägerin ist demgemäss eine auf neun Zehntel reduzierte Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sie zwar keinen Rechtsanwalt mit der Vertretung beauftragte, jedoch offensichtlich auch juristische Beratung beanspruchen musste. Deshalb ist die Entschädigung auf Grund der Verordnung der Anwaltsgebühren festzulegen, wobei lediglich  $\frac{1}{2}$  dieses Ansatzes zu veranschlagen ist. Auszugehen ist von einer vollen Entschädigung von 150 % entsprechend Fr. 9'512.–, da zwei Rechtsschriften zu verfassen waren und eine Referentenaudienz mit Vergleichsgesprächen stattfand. Somit ergibt sich auf Seiten der Klägerin eine gekürzte Entschädigung von gerundet Fr. 4'280.– (9/10 von einer halben Prozessentschädigung) und auf Seiten der Beklagten eine auf 1/10 reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 951.–. Somit schuldet die Beklagte der Klägerin für das vorliegende Verfahren eine Entschädigung von gerundet Fr. 3'330.–.

**Das Gericht erkennt:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin US\$ 41'276.65 zuzüglich 5 % Zins auf US\$ 45'754.40 ab dem 23. September 1994 bis zum 1. November 2004 und zuzüglich 5 % Zins auf US\$ 41'276.65 ab dem 2. November 2004 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 6'125.- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 715.-- Schreibgebühren  
Fr. 494.-- Zustellgebühren  
Fr. 90.-- Vorladungsgebühren  
Fr. -- Barauslagen
3. Die Kosten werden der Beklagten zu neun Zehnteln und der Klägerin zu einem Zehntel auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Umtriebsentschädigung von Fr. 3'330.- (Weisungskosten inbegriffen) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je als Gerichtsurkunde.
6. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Zürich, Postfach, 8026 Zürich, erklärt werden.

Der Vorsitzende



Die juristische Sekretärin

