



Geschäfts-Nr. LB080075/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. O. Kramis, Vorsitzender, lic. iur. P. Diggelmann
und Dr. H.A. Müller sowie der juristische Sekretär lic. iur. Th. Flei-
scher

Urteil vom 25. März 2010

in Sachen

A._____, (vormals A1._____),
Klägerin, Appellantin und Anschlussappellatin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG, (vormals B1._____ AG),
Beklagte, Appellatin und Anschlussappellantin

sowie

C._____ AG,
Streitberufene und Nebenintervenientin
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1._____
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
25. Juni 2008; Proz. CG940298**

Rechtsbegehren:

„Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Oe Sch 1'766'214'155.97
nebst Zins zu 5% auf Oe Sch 956'667'803.47 seit dem 10. Januar 1992
sowie auf Oe Sch 809'546'352.50 seit dem 4. Februar 1992 zu bezah-
len;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

(act. 4 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. Juni 2008:

„1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der
Klägerin zu bezahlen € 319'358.48 zuzüglich 5% Zins auf € 172'645.22
seit dem 10. Januar 1992 sowie 5% Zins auf € 146'713.26 seit dem
4. Februar 1992.

Im darüber hinausgehenden Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'929'080.--.
3. Die Kosten werden zu 3/4 der Klägerin und zu 1/4 der Beklagten sowie
der Streitberufenen und Nebenintervenientin auferlegt, unter solidari-
scher Haftung der zwei letztgenannten für den gesamten auf sie entfal-
lenden Anteil von 1/4 der Kosten.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Streitberufenen und Nebeninterven-
ientin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'016'550.-- zu be-
zahlen, welche sämtliche Aufwendungen der Beklagten miterfasst.
In diesem Betrag sind die Weisungskosten, welche die Beklagte an-
teilmässig zu übernehmen hat, bereits berücksichtigt, nicht hingegen
Mehrwertsteuern aus anwaltlicher Vertretung der Beklagten bzw. der
Streitberufenen und Nebenintervenientin.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.“

(act. 228 S. 112 f.)

Berufungsanträge:

Der Klägerin, Appellantin und Anschlussappellatin (act. 233 S. 2):

„Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 25. Juni 2008 (CG940298) aufzuheben und die Klage vollumfänglich gutzuheissen.

Entsprechend sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin € 128'355'788.47 nebst Zins zu 5% auf € 69'523'760.64 seit dem 10. Januar 1992 sowie auf € 58'832'027.83 seit dem 4. Februar 1992 zu bezahlen; - unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und Appellatin.“

Der Streitberufenen und Nebenintervenientin (act. 255 S. 2):

- „1. In Abweisung der Berufung der Klägerin und Appellantin und in Gutheissung der Anschlussberufung der Beklagten und Appellatin sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
- 2 In Aufhebung von Ziff. 3 des vorinstanzlichen Urteils seien die Kosten der Vorinstanz ganz der Klägerin und Appellantin aufzuerlegen.
3. Die Kosten der zweiten Instanz seien vollständig der Klägerin aufzuerlegen.
4. In Abänderung von Ziff. 4 des vorinstanzlichen Urteils sei der Streitberufenen und Nebenintervenientin für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung in Höhe von CHF 3.5 Mio. zu bezahlen.“

Das Gericht zieht in Betracht:

I. Einleitung

Hintergrund des Prozesses ist die friedliche Revolution im Osten Deutschlands und Europas im Herbst 1989. Die Ereignisse in der damaligen Deutschen Demokratischen Republik zogen die Weltöffentlichkeit in ihren Bann. Im Sommer 1989 flohen Bürger der DDR in die Botschaften der Bundesrepublik Deutschland in Prag, Budapest und Warschau, in die Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland in Ost-Berlin oder sie gelangten über die grüne Grenze von Ungarn nach Österreich. Am 19. August 1989 veranstaltete die Paneuropäische Union in Sopron in der Nähe des Neusiedler Sees ein „Paneuropäisches Picknick“. Dabei wurde ein Grenztor geöffnet und einige hundert Deutsche aus der DDR nutzten die Gelegenheit, um zu fliehen. In den folgenden Wochen zeigte sich, dass Ungarn nicht bereit war, dem Drängen der DDR nachzugeben und deren Bürger zur Rückreise zu zwingen.

Im Herbst 1989 demonstrierten die Bürger in den Städten der DDR für die Freiheit der Meinungsäußerung, die Zulassung oppositioneller Gruppen, demokratische Wahlen und Reisefreiheit. Der 7. Oktober 1989 war der 40. Jahrestag der DDR. Er war geprägt vom Gegensatz zwischen den offiziellen Feierlichkeiten und den Demonstrationen der Bürgerrechtsbewegung. In der DDR selbst, wie auch in Westeuropa befürchteten viele, der Staat werde gewaltsam gegen die Demonstrationen vorgehen. Vielleicht das bekannteste Zeugnis davon legt der Aufruf ab, den der Dirigent Kurt Masur am 9. Oktober 1989 im Namen der „Sechs von Leipzig“ verlas. Zusammen mit einem Theologen, einem Kabarettisten und drei Angehörigen der SED-Bezirksleitung rief er zu Besonnenheit und Gewaltlosigkeit auf. An der seit einigen Wochen in Leipzig stattfindenden Montagsdemonstration nahmen am 9. Oktober 1989 ungefähr 70'000 Menschen teil. Mehrere Tausend bewaffnete Kräfte der Volkspolizei, des Ministeriums für Staatssicherheit, der Nationalen Volksarmee und von Betriebskampfgruppen standen in Bereitschaft. Die

Demonstration fand statt, die bewaffneten Kräfte hielten sich zurück. Im Laufe des Oktobers wurde die Opposition immer stärker und die Ereignisse überstürzten sich. Am 9. November 1989 fiel die Berliner Mauer, am 3. Dezember 1989 traten das Zentralkomitee und das Politbüro der SED geschlossen zurück. In dieser Übergangszeit präsidierte Hans Modrow den Ministerrat, die Bürgerrechtsbewegung war zunächst nicht an der Regierung beteiligt. Als Ersatz für ein demokratisch gewähltes Parlament diente der Runde Tisch, an dem Vertreter der Kirchen, der Parteien, Organisationen und der Regierung sassen. Am 18. März 1990 wählten die Bürger der DDR die Abgeordneten der Volkskammer erstmals frei und demokratisch. Spätestens dann zeigte sich, dass die Mehrheit die Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten wünschte. Am 1. Juli 1990 wurde nach heftigen Debatten um den gerechten Umtauschkurs die D-Mark eingeführt und am 3. Oktober 1990 vereinigten sich die beiden deutschen Staaten. Die Sowjetunion löste sich Ende 1991 auf. Die Teilung Europas, die den Kontinent für vierzig Jahre geprägt hatte, war Geschichte. Der Übergang zur Demokratie verlief in den meisten Staaten Osteuropas friedlich, ausser in Rumänien beugten sich die Regierungen den Protesten ihrer Bürger ohne Blutvergiessen.

Im Rückblick erscheinen Ereignisse wie die Flucht einiger hundert Menschen in Sopron am 19. August 1989 oder die gewaltlose Demonstration vom 9. Oktober 1989 in Leipzig als Vorboten der Wende. Auch weiter zurückliegende Ereignisse lassen sich heute so deuten, etwa die von Michail Gorbatschow unter den Schlagworten Glasnost und Perestroika eingeleiteten Reformen oder auch die Proteste der polnischen Gewerkschaft Solidarnosc zu Beginn der achtziger Jahre. Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Geschichte im Herbst 1989 für die allermeisten Zeitgenossen überraschend und erstaunlich verlaufen ist. Noch zu Beginn des Jahres 1989 hätten die wenigsten die Prognose gewagt, in einem Jahr sei die Berliner Mauer offen, in zwei Jahren Deutschland vereint und in drei Jahren gebe es die Sowjetunion nicht mehr. Dem entsprechend verfolgte die Öffentlichkeit die Ereignisse höchst aufmerksam. Fernsehen, Radio und Zeitungen berichteten darüber weit ausführlicher und breiter als über politische Ereignisse des courant normal.

Nach der Wende versuchten ehemalige Funktionäre der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands, Vermögen, auf das sie vorher Zugriff hatten, in die neue Zeit hinüber zu retten. Das geschah zum Teil mit der Absicht, sich persönlich zu bereichern, zum Teil mit der Absicht, das Vermögen dem neuen Staat vorzuenthalten. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, an solchen Machenschaften mitgewirkt zu haben.

II. Die Parteien und die weiteren Beteiligten

Die Klägerin ist die ehemalige A1._____. Ihre historische Aufgabe bestand in der Privatisierung der praktisch vollständig verstaatlichten Wirtschaft der DDR. Ihre Entstehung geht auf die Zeit zwischen dem Fall der Berliner Mauer und den ersten freien Wahlen zurück. Am 1. März 1990 fasste der Ministerrat unter Hans Modrow den „Beschluss zur Gründung der Anstalt zur treuhänderischen Verwaltung des Volkseigentums“. Damals stand noch nicht fest, was mit den staatlichen Betrieben geschehen sollte. Nach den Wahlen zeichnete sich der Übergang zur Marktwirtschaft nach westeuropäischem Vorbild ab. Am 17. Juni 1990 erliess die Volkskammer der DDR das „Gesetz zur Privatisierung und Reorganisation des volkseigenen Vermögens (Treuhandgesetz)“ (act. 6/49). Mit dem Einigungsvertrag wurde die Klägerin in den neuen Staat überführt. Sie war bis zum 3. Oktober 1990 eine Anstalt des öffentlichen Rechts der DDR und ist heute eine bundesunmittelbare, öffentlich-rechtliche Anstalt der Bundesrepublik Deutschland. Ihre umfangreichsten Aufgaben erfüllte die Klägerin zu Beginn der neunziger Jahre. Die Klägerin beschäftigt heute kein eigenes Personal mehr und besteht nur noch als Rechts- und Vermögensträgerin (vgl. www.A._____.bund.de). Ihre Aufgaben beschränken sich heute auf die wenigen verbliebenen Geschäfte im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung Deutschlands.

Die Beklagte firmierte zunächst als B2._____ und nannte sich seit Dezember 1992 B1._____ AG. Heute firmiert die Beklagte als B._____ AG. Die Beklagte war anfangs der Neunziger Jahre eine Tochtergesellschaft der D._____ (D._____) bzw. der D1._____. Sie ist heute eine Tochtergesellschaft der E._____.

Die Nebenintervenientin ist die Rechtsnachfolgerin der D._____, die im Oktober 1991 durch Fusion in der D1._____ aufging. Nach weiteren Zusammenschlüssen firmiert die Nebenintervenientin heute als C._____ AG. Die Nebenintervenientin hat sich gegenüber der Beklagten verpflichtet, sie für den Prozessausgang schadlos zu halten, weil die Initiative für das heute zu beurteilende Geschäft seinerzeit von der D._____ ausging.

F._____ und G._____ sind zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Sitz in Berlin. F._____ wurde in den fünfziger Jahren, G._____ in den achtziger Jahren nach dem Recht der DDR gegründet. Beide Gesellschaften waren im Aussenhandel tätig, insbesondere im Handel mit Österreich. H._____ war anfangs der Neunziger Jahre alleinige Gesellschafterin dieser beiden Gesellschaften. Sie wohnt in ... [Österreich] und war im Handel mit den Staaten des damaligen Ostblocks tätig. Die Klägerin sagt ihr ausgezeichnete Kontakte zu ranghohen Funktionären der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands und der kommunistischen Partei Österreichs nach.

III. Sachverhalt

1. Das Bankgeschäft

Im Zentrum des Prozesses steht ein Bankgeschäft, das die Beklagte und die Nebenintervenientin auf Wunsch von H._____ durchgeführt haben. Die Darstellungen der Klägerin, der Beklagten und der Streitberufenen über die banktechnische Abwicklung der Transaktion decken sich im Wesentlichen. Strittig ist, welchem Zweck sie gedient hat und was die Mitarbeiter oder Organe der Beklagten gewusst haben. Der nachfolgende Sachverhalt kann als unbestritten einem Urteil zu Grunde gelegt werden. Er beruht in erster Linie auf der ausführlichen Darstellung der Klägerin in den Randziffern 26ff. ihrer Klageschrift (act. 4 S. 109 ff.). Die Beklagte hat diese Darstellung aufgegriffen und die Transaktion selbst in den Randziffern 254 ff. ihrer Klageantwort dargestellt (act. 28 S. 107 ff.). Unbestritten ist nicht nur das, was die Beklagte oder die Streitberufene ausdrücklich als richtig bezeichnet haben, sondern auch das, was sie mit Stillschweigen übergehen. Die

allgemeine Bestreitung (act. 28 S. 4 Rz. 6) ändert daran nichts (§ 113 ZPO; FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, N 4a zu § 113 ZPO; ZR 89 [1990] Nr. 50; MARCO BUNDI, Die Bestreitungslast im Zivilprozess, SJZ 102 [2006] 406 ff, S. 408).

a) Vorgeschichte

F._____ und G._____ führten seit 1982 Konti bei der D._____ (D._____). Das betroffene Geld lag im Wesentlichen bereits vor dem Fall der Berliner Mauer auf diesen Konti in Wien (act. 28 S. 103 f.). H._____ wandte sich im Hinblick auf die fragliche Transaktion im Sommer 1990 an I._____, den Vorstandsvorsitzenden der D._____. Er betraute J._____, den Treasurer der D._____, mit dem Geschäft (act. 28 S. 105). J._____ wiederum kontaktierte im März oder April 1991 K._____, Direktor der Beklagten in Zürich, und erkundigte sich nach den für eine Kontoeröffnung notwendigen Unterlagen (act. 233 S. 15 Rz. 19.4; act. 255 S. 75 Rz. 350; act. 6/296 S. 1).

b) Kontoeröffnung

H._____ eröffnete im Mai 1991 namens der F._____ bei der Beklagten das Konto Nr. 1 und namens der G._____ das Konto Nr. 2. Dazu sprach sie nicht persönlich bei der Beklagten in Zürich vor. Sie unterzeichnete die beiden Kontoeröffnungsanträge am 14. Mai 1991 in Wien (act. 4 S. 109 Rz. 26f.; act. 28 S. 107 Rz. 254; act. 6/193; act. 6/194). J._____ in Wien übermittelte die Kontoeröffnungsunterlagen mit Schreiben vom 15. Mai 1991 an K._____ in Zürich (act. 4 S. 109 Rz. 26.1; act. 6/195; act. 30/78; act. 30/79). Die Kontoeröffnung erfolgte also auf dem Korrespondenzweg.

Der Beklagten lagen je drei Dokumente vor, die etwas über F._____ und G._____ aussagten: ein Handelsregisterauszug, eine Gesellschafterliste und das „Formular A“ (act. 4 S. 110 f.: act. 28 S. 107 Rz. 254; act. 6/200-201; act. 6/204-207; act. 30/78-79). Die Gesellschafterlisten datieren vom 28. Januar 1988 (G._____) bzw. vom 17. Februar 1988 (F._____) und sind an den Rat des Stadtbezirks Berlin-Mitte adressiert (act. 6/204-205). Der von der Beklagten eingereichte Handels-

registerauszug der F._____ datiert vom 12. Juli 1984 (act. 30/78 S. 14), jener der G._____ vom 11. Juni 1990 (act. 30/79 S. 11). Der Stempel der Registerbehörde (Rat des Stadtbezirkes Berlin-Mitte) trägt noch auf beiden Auszügen das Wappen der DDR mit Hammer, Zirkel und Ährenkranz. Gemäss dem Handelsregistrauszug und der Gesellschafterliste sind F._____ und G._____ Einpersonengesellschaften von H._____. Sie ist deren Geschäftsführerin und hält das gesamte Stammkapital von DDM 50'000.-- (F._____) bzw. DDM 100'000.-- (G._____). Damals wie heute sah die Sorgfaltspflichtvereinbarung der Bankiervereinigung in bestimmten Fällen vor, den Bankkunden zu einer Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung an den eingebrachten Geldern („Formular A“) zu veranlassen. H._____ hat namens der F._____ bzw. der G._____ erklärt, die Kontoinhaber selbst, also F._____ bzw. G._____ seien an den zu eröffnenden Konti wirtschaftlich berechtigt (act. 30/78 S. 7; act. 30/79 S. 3).

c) Zahlungseingänge auf den Zürcher Konti

F._____ hatte bei der D._____ ein Konto mit der Nummer 3, das Konto der G._____ bei der D._____ hatte die Nummer 4. H._____ hat das Geld von diesen Konti bei der D._____ auf die neu eröffneten Zürcher Konti 1 (F._____) und 2 (G._____) bei der Beklagten übertragen lassen. Die Übertragung erfolgte über das Konto der Beklagten bei der D._____ (Konto Nr. 5). In einem ersten Schritt buchte die D._____ das Geld jeweils auf den von ihr geführten Konti der F._____ (Nr. 3) oder der G._____ (Nr. 4) ab und schrieb die Beträge dem Konto der Beklagten bei der D._____ (Nr. 5) gut. Hernach schrieb die Beklagte die Beträge den von ihr geführten Konti der F._____ (Nr. 1) oder der G._____ (2) gut. Auf den Gutschriftanzeigen der Beklagten ist ersichtlich, dass F._____ oder G._____ die Gutschrift jeweils selbst veranlasst haben (vgl. act. 6/213: „Auftraggeber: Sie selbst“; zum Ganzen: act. 4 S. 129f. Rz. 31.1; act. 28 S. 148 Rz. 368; act. 6/208-226).

Auf dem Konto der F._____ bei der Beklagten (Nr. 1) gingen insgesamt folgende Zahlungen ein:

<u>Buchungsdatum</u>	<u>Gutschrift</u>	<u>umgerechnet</u>
22.05.1991	ATS 386'000'000.00	CHF 48'250'000.00
26.08.1991	ATS 2'582'400.00	CHF 322'800.00
03.09.1991	ATS 409'186'000.00	CHF 51'148'250.00
22.10.1991	ATS 55'000'000.00	CHF 6'875'000.00
22.10.1991	ATS 45'000'000.00	CHF 5'625'000.00
04.11.1991	ATS 50'065'170.88	CHF 6'258'146.36
09.01.1992	ATS 1'449'753.47	CHF 181'219.18
03.02.1992	ATS 4'160.00	CHF 520.00
	ATS 949'287'484.35	CHF 118'660'935.54

Die unbestrittene Behauptung der Klägerin ist anhand des Kontoauszugs (act. 6/208) nachvollziehbar. Die grobe Umrechnung zum Kurs von acht Schilling auf einen Franken dient nur dazu, die Grössenordnung der Beträge zu veranschaulichen. Der Zahlungseingang vom 26. August 1991 stammt aus der Einlösung eines Checks, jener vom 3. Februar 1992 von der G. _____. Die übrigen sieben Zahlungseingänge entsprechen dem geschilderten Schema.

Auf dem Konto der G. _____ bei der Beklagten (Nr. 2) gingen folgende Zahlungen ein:

<u>Buchungsdatum</u>	<u>Gutschrift</u>	<u>umgerechnet</u>
23.05.1991	ATS 42'000'000.00	CHF 5'250'000.00
29.05.1991	ATS 35'000'000.00	CHF 4'375'000.00
11.07.1991	ATS 127'306'001.19	CHF 15'913'250.15
11.07.1991	ATS 150'352'926.22	CHF 18'794'115.78
23.08.1991	ATS 99'100'000.00	CHF 12'387'500.00
03.09.1991	ATS 184'485'000.00	CHF 23'060'625.00
22.10.1991	ATS 85'000'000.00	CHF 10'625'000.00
22.10.1991	ATS 75'000'000.00	CHF 9'375'000.00
08.11.1991	ATS 233'894.56	CHF 29'236.82
11.11.1991	ATS 6'391'164.59	CHF 798'895.57
	ATS 804'868'986.56	CHF 100'608'623.32

Auch das ist unbestritten und dem einschlägigen Kontoauszug zu entnehmen (act. 6/215). Zu den aufgeführten Beiträgen kommen noch kleinere Beträge aus Abschlussbuchungen bezüglich weiterer Konti. Hervorzuheben ist, dass unmittelbar nach Eröffnung der beiden Zürcher Konti umgerechnet rund fünfzig Millionen Franken eingingen.

Oft war es J._____, der die D._____ anwies, einen bestimmten Betrag von den Wiener auf die Zürcher Konti zu übertragen (act. 4 S. 119 Rz. 29; act. 28 S. 110 Rz. 263 und S. 148 Rz. 366; als Beispiel: act. 6/237).

d) Zwischenzeitliche Anlage der Gelder

Die Beklagte hat mit dem Einverständnis von H._____ Gelder von den beiden Zürcher Konti abgebucht, in eigenem Namen und auf Rechnung der F._____ bzw. der G._____ angelegt und den abgebuchten Betrag mit den Erträgen aus der Treuhandanlage wieder dem Konto der F._____ bzw. der G._____ gutgeschrieben. Die meisten Positionen auf den Zürcher Kontoauszügen der F._____ und der G._____ sind solche Ab- und Rückbuchungen (act. 6/208; act. 6/215). Auch die Aufträge an die Beklagte, Treuhandanlagen zu tätigen, erteilte oft J._____ von der D._____ (act. 4 S. 119 Rz. 29; act. 28 S. 110 Rz. 263 und S. 148 Rz. 366; als Beispiel: act. 6/236).

e) Abheben der Gelder ab den Zürcher Konti

Wie oben dargestellt hat H._____ die Guthaben von F._____ und G._____ von deren Konti bei der D._____ in Wien auf deren Konti bei der Beklagten in Zürich übertragen lassen. Die Beklagte hat diese Gelder in den Räumlichkeiten ihrer Muttergesellschaft in Wien in 51 Tranchen von ATS 20 Mio. bis ATS 60 Mio. bar an H._____ ausbezahlt. H._____ hat die Geldscheine in der Kasse der D._____ aufbewahren lassen. In den Rechtsschriften der Parteien ist im Zusammenhang mit dem Abheben der Gelder immer wieder von Barbezügen, vom Aushändigen, Abholen oder Übergeben der Gelder usw. die Rede. Deshalb ist zu betonen, dass H._____ das Gebäude der D._____ jeweils nicht mit Geldscheinen im Wert einiger Millionen Franken in Händen verlassen hat.

Die Beklagte hat die Banknoten im Wert von umgerechnet jeweils Fr. 2,5 Mio. bis Fr. 7,5 Mio. gegen eine Kommission von 1‰ bei der D._____ beschafft. Die D._____ hat den Barbetrag zuzüglich der Kommission von 1‰ dem Konto der Beklagten bei der D._____ (Nr. 5) belastet. Die Beklagte hat F._____ und G._____ eine weitere Kommission von 1,5‰ verrechnet. Insgesamt kosteten

F._____ und G._____ die Barbezüge also Kommissionen von 2,5‰ (act. 4 S. 131 f. Rz. 31.3; act. 28 S. 114; act. 6/299-304; act. 6/244-295).

Zu Lasten des Kontos Nr. 1 der F._____ bezog H._____ die folgenden Beträge und leistete folgende Kommissionen (act. 6/244-270):

Belegdatum	Barbezug (Nominalwert)	Kommission
28.06.1991	ATS 36'000'000.00	ATS 90'000.00
03.07.1991	ATS 50'000'000.00	ATS 125'000.00
05.07.1991	ATS 45'000'000.00	ATS 112'500.00
08.07.1991	ATS 25'000'000.00	ATS 62'500.00
08.07.1991	ATS 55'000'000.00	ATS 137'500.00
22.07.1991	ATS 45'000'000.00	ATS 112'500.00
29.07.1991	ATS 40'000'000.00	ATS 100'000.00
31.07.1991	ATS 50'000'000.00	ATS 125'000.00
05.08.1991	ATS 40'000'000.00	ATS 100'000.00
27.08.1991	ATS 2'582'400.00	Zum Nennwert
16.09.1991	ATS 49'000'000.00	ATS 122'500.00
18.09.1991	ATS 35'000'000.00	ATS 87'500.00
20.09.1991	ATS 40'000'000.00	ATS 100'000.00
24.09.1991	ATS 35'000'000.00	ATS 87'500.00
26.09.1991	ATS 20'000'000.00	ATS 50'000.00
30.09.1991	ATS 30'000'000.00	ATS 75'000.00
01.10.1991	ATS 45'760'000.00	ATS 114'400.00
04.10.1991	ATS 35'000'000.00	ATS 87'500.00
08.10.1991	ATS 30'000'000.00	ATS 75'000.00
11.10.1991	ATS 40'000'000.00	ATS 100'000.00
15.10.1991	ATS 50'000'000.00	ATS 125'000.00
24.10.1991	ATS 25'000'000.00	ATS 62'500.00
28.10.1991	ATS 30'000'000.00	ATS 75'000.00
25.11.1991	ATS 45'000'000.00	ATS 112'500.00
27.11.2009	ATS 30'000'000.00	ATS 75'000.00
29.11.1991	ATS 24'500'000.00	ATS 61'250.00
10.01.1992	ATS 1'449'753.47	Zum Nennwert
	ATS 954'292'153.47	ATS 2'375'650.00

Und zu Lasten des Kontos Nr. 2 der G. _____ (act. 6/272-295):

Belegdatum	Barbezug (Nominalwert)	Kommission
24.06.1991	ATS 42'000'000.00	ATS 105'000.00
26.07.1991	ATS 28'000'000.00	ATS 70'000.00
29.07.1991	ATS 35'000'000.00	ATS 87'500.00
02.08.1991	ATS 30'000'000.00	ATS 75'000.00
07.08.1991	ATS 40'000'000.00	ATS 100'000.00
09.08.1991	ATS 45'000'000.00	ATS 112'500.00
12.08.1991	ATS 35'000'000.00	ATS 87'500.00
14.08.1991	ATS 35'000'000.00	ATS 87'500.00
19.08.1991	ATS 25'000'000.00	ATS 62'500.00
21.08.1991	ATS 40'000'000.00	ATS 100'000.00
26.08.1991	ATS 44'100'000.00	ATS 110'250.00
28.08.1991	ATS 30'000'000.00	ATS 75'000.00
30.08.1991	ATS 25'000'000.00	ATS 62'500.00
02.09.1991	ATS 34'485'000.00	ATS 86'212.50
04.09.1991	ATS 40'000'000.00	ATS 100'000.00
09.09.1991	ATS 60'000'000.00	ATS 150'000.00
11.09.1991	ATS 20'000'000.00	ATS 50'000.00
13.09.1991	ATS 30'000'000.00	ATS 75'000.00
17.10.1991	ATS 40'000'000.00	ATS 100'000.00
21.10.1991	ATS 45'000'000.00	ATS 112'500.00
18.11.1991	ATS 30'000'000.00	ATS 75'000.00
30.11.1991	ATS 20'000'000.00	ATS 50'000.00
22.11.1991	ATS 32'500'000.00	ATS 81'250.00
04.02.1992	ATS 1'442'534.00	ATS 3'606.00
	ATS 807'527'534.00	ATS 2'018'818.50

Insgesamt gab es somit folgende Barbezüge und Kommissionen:

	F. _____	G. _____	Zusammen
Barbezüge	ATS 954'292'153.47	ATS 807'527'534.00	ATS 1'761'819'687.47
Kommissionen	ATS 2'375'650.00	ATS 2'018'818.50	ATS 4'394'468.50
Total	ATS 956'667'803.47	ATS 809'546'352.50	ATS 1'766'214'155.97

Die Summe aller Barbezüge und Kommissionen entspricht dem Rechtsbegehren. Zins fordert die Klägerin für F. _____ und G. _____ getrennt je seit dem letzten Barbezug (unterste Zeile, linke und mittlere Spalte). Die Summe aller Kommissionen (mittlere Zeile, rechte Spalte) entspricht EUR 319'358.48, dem Betrag, den die Vorinstanz der Klägerin zugesprochen hat.

Die Belege über die Barbezüge tragen nach der vorgedruckten Ortsangabe „... Zürich“ ein Datum. Dabei handelt es sich weder um den Tag, an dem H. _____ den Beleg unterzeichnet hat, noch um den Tag, als die D. _____ die Banknoten ausgesondert hat (act. 4 S. S. 135f. Rz. 31.5; act. 28 S. 115 Rz. 266). Die Beklagte hat die Banknoten bei der D. _____ zu Lasten ihres eigenen Kontos Nr. 5 bezogen. Das Datum auf den Quittungen entspricht dem Valutadatum der auf dem Konto der Beklagten bei der D. _____ abgebuchten Beträge, also dem letzten Tag, für den die D. _____ der Beklagten Zinsen gutgeschrieben hat. Das ist jeweils zugleich das Valutadatum der entsprechenden Treuhandanlage, also der letzte Tag, an dem die D. _____ der Beklagten für jene Beträge Zinsen gutgeschrieben hat, welche die Beklagte treuhänderisch für F. _____ und G. _____ bei der D. _____ als Festgeld angelegt hat. Das Datum auf den Barbezugsquittungen ist also der Stichtag für des Ende des Zinsenlaufs

- der Festgeldanlage der Beklagten bei der D. _____ auf Rechnung von F. _____ oder G. _____,
- des Betrages auf dem Konto der Beklagten bei der D. _____, den die D. _____ der Beklagten für die Banknoten abgebucht hat und
- des Betrages, den die Beklagte für Barbezug und Kommission auf dem Konto von F. _____ oder G. _____ abgebucht hat.

Vollständige Belege, die das bestätigen, liegen beispielsweise für den ersten Barbezug der G. _____ per 24. Juni 1991 vor: Die Beklagte hat per 22. Mai 1991 (Valutadatum) mit dem Vermerk „Treuhand ...“ ATS 42'000'000.-- vom Zürcher Konto der G. _____ abgebucht (act. 6/215 S. 1). Mit Valuta vom 24. Juni 1991 hat die Beklagte der G. _____ auf ihrem Zürcher Konto ATS 42'283'937.50 mit dem Vermerk „Treuhand ...“ gutgeschrieben und gleichentags den Barbezug von ATS 42'000'000.-- zuzüglich der Kommission von ATS 105'000.-- abgebucht (act. 6/215 S. 1). Ebenfalls mit Valutadatum 24. Juni 1991 hat die D. _____ auf dem D. _____-Konto Nr. 5 der Beklagten für die Lieferung der Schillingnoten deren Nennwert von ATS 42'000'000.-- zuzüglich der Kommission von ATS 42'000.-- abgebucht (act. 6/302). Der 24. Juni 1991 ist das Datum auf der ersten Quittung,

welche H._____ zu Lasten der G._____ über ATS 42'105'000.-- unterzeichnet hat (act. 6/272). In diesem Punkt ist die Darstellung der Beklagten (act. 28 S. 115f. Rz. 115) unwidersprochen geblieben.

Entgegen dem vorgedruckten Vermerk gab es in Zürich weder eine Geldübergabe, noch hat H._____ die Belege dort unterzeichnet (act. 4 S. 135f. Rz. 31.5; act. 28 S. 115f. Rz. 266). Unterzeichnet hat H._____ die Belege in Wien. Eine Geldübergabe, bei der H._____ Banknoten behändigt hätte, gab es auch in Wien nicht. Die D._____ bewahrte das Geld in ihrer Kasse für H._____ auf (act. 4 S. 127f. Rz. 30.2; act. 28 S. 113 unten: „bar beheben und gleich anschliessend bei der D._____ wieder anlegen“).

Für den ersten dieser Bargeldbezüge ist K._____ nach Wien gereist. Die Klägerin hat sich dessen Aussage aus dem Strafverfahren gegen ihn zu eigen gemacht, H._____ habe das Geld nicht mitgenommen, man habe den Raum gemeinsam ohne das Geld verlassen und sei dann essen gegangen. Auch bezüglich aller weiteren Barbezüge macht die Klägerin sinngemäss geltend, H._____ habe die Geschäftsräume der D._____ nie mit Geldscheinen in den Händen verlassen. Die D._____ habe das Geld bis zur Wiederanlage in ihrer Kasse aufbewahrt (act. 4 S. 127f. Rz. 30.2; noch deutlicher: act. 4 S. 163 Rz. 36; act. 28 S. 151f. Rz. 381). Vor dem Bezirksgericht Zürich äusserte sich die Beklagte dazu nur vage (vgl. act. 28 S. 110ff.). Die Streitberufene anerkennt aber die Sachverhaltsschilderung in den Erwägungen V.1-8 des angefochtenen Urteils (act. 255 S. 10 Rz. 19). Dort heisst es auch, die Gelder hätten die D._____ fast ausnahmslos nicht verlassen (act. 228 S. 39 Erw. V.5). Darauf ist abzustellen.

f) Die weitere Verwendung der abgehobenen Gelder

H._____ hat die abgehobenen Gelder grösstenteils in anonymen Sparbüchern und sogenannten Juxtenbons angelegt. Die Parteien äussern sich nicht zur rechtlichen Einordnung dieser Anlageformen, gehen aber davon aus, dass es H._____ damit in der Hand hatte, die Berechtigung an den bei der D._____ deponierten Werten ohne Mitwirkung der Bank und ohne dokumentarische Spur auf beliebige Dritte zu übertragen, wie bei einem Inhaberpapier schweizerischen Rechts. Be-

züglich eines kleinen Teils das Geldes verliert sich die Spur mit der Barauszahlung (ATS 2'530'000.--). Die eröffneten Sparbücher und Juxtenbons lassen sich weder vom Datum, noch vom Betrag her bestimmten Barbezügen von H._____ zuordnen (act. 4 S. 165 Rz. 36) Das bestreitet die Beklagte nicht, verwarft sich aber gegen die Deutung, das habe der Verschleierung des Verbleibs der abgehobenen Gelder gedient (act. 28 S. 151 Rz. 381).

2. Die Kontoinhaberinnen F._____ und G._____

Als Gründer der F._____ sind Prof. Dr. L._____ und M._____ aufgetreten. Beide waren österreichische Staatsangehörige und gehörten der U._____s [Partei] an. Der Gesellschaftsvertrag datiert vom 31. Mai 1951 (act. 4 S. 41 Rz. 17.1; act. 6/70; act. 28 S. 52 Rz. 126; act. 38 S. 142 Rz. 14). Auch die späteren Gesellschafter, namentlich H._____, waren Österreichische Staatsangehörige, die der U._____ nahe standen. Von ihrer Gründung bis zur Wiedervereinigung Deutschlands war die F._____ eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach dem Recht der DDR mit Sitz in Ost-Berlin.

Die G._____ haben H._____ und N._____ am 3. April 1981 gegründet (act. 4 S. 53 Rz. 18.1; act. 28 S. 140 Rz. 332). Wie die F._____ war auch G._____ eine GmbH mit Sitz in Ost-Berlin. Auch bezüglich der G._____ ist nicht strittig, dass ihre formellen Gesellschafter und Organe österreichische Kommunisten waren.

F._____ und G._____ waren im Aussenhandel der DDR tätig, insbesondere im Aussenhandel mit Österreich. Sie gehörten damit zu jenen Unternehmen, die Einnahmen in westlichen Währungen erzielten. Neben Exportgeschäften führte auch die Vertretung westlicher Unternehmen, die Geschäfte mit Unternehmen der DDR tätigen wollten zu Provisionseinnahmen in frei konvertierbaren Währungen.

3. Treuhänderische Verwaltung nach dem Parteiengesetz der DDR

In tatsächlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass es in Deutschland rechtskräftige Entscheide der Verwaltungsrechtspflege gibt, wonach G._____ und F._____ der treuhänderischen Verwaltung durch die Klägerin nach Massgabe des Parteiengesetzes der DDR unterstehen. Auf die rechtliche Tragweite dieser Entscheidungen wird zurückzukommen sein. Während der fraglichen Transaktion waren die Abklärungen bezüglich der F._____ bereits im Gange. Mit der G._____ befasste sich die Klägerin erst nach der Saldierung der Zürcher Konti. Die Entscheide über die Anwendbarkeit des Parteiengesetzes der DDR auf F._____, G._____ und die Stammanteile von H._____ sind erst über ein Jahrzehnt später in Rechtskraft erwachsen:

Bezüglich der F._____ hat die Unabhängige Kommission zur Überprüfung des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen der DDR der Klägerin mit Schreiben vom 26. November 1991 mitgeteilt, die F._____ falle unter die Regelung des Parteiengesetzes (act. 4 S. 175 Rz. 41.2.1; act. 28 S. 22 Rz. 51; act. 6/354). Die Klägerin hat am 14. Januar 1992 mit zwei separaten Verfügungen festgestellt, dass das Vermögen der F._____ (act. 6/359) und die von H._____ als Alleingesellschafterin ausgeübten Rechte an der F._____ (act. 6/360) unter die Regelung des Parteiengesetzes fallen (act. 4 S. 177; act. 28 S. 23 f.). Nach langwierigen Rechtsstreitigkeiten hat das Obergerverwaltungsgericht Berlin in zwei Urteilen vom 23. September 2003 die Anwendbarkeit des Parteiengesetzes bestätigt. Ein Urteil erging gegen H._____ bezüglich ihrer Rechte an der F._____, ein Urteil erging gegen die F._____ selbst. Die Urteile vom 23. September 2003 sind rechtskräftig (act. 263/8-9).

Am 28. Juli 1992 hat die Unabhängige Kommission der Klägerin mitgeteilt, die G._____ falle unter die Regelung des Parteiengesetzes (act. 4 S. 176 Rz. 41.2.1; act. 28 S. 28 Rz. 68; act. 6/357). Am 11. Februar 1993 erliess die Klägerin entsprechende Verfügungen gegen H._____ und die G._____ (act. 6/361-362). Es folgten ebenfalls langwierige Rechtsstreitigkeiten, H._____ und die G._____ ha-

ben ihre Anfechtungsklagen gegen die Verfügungen der Klägerin im Jahr 2006 zurückgezogen (act. 186/2-7).

IV. Prozessgeschichte / angefochtenes Urteil

Die Klägerin überbrachte Klageschrift und Weisung am 29. Juni 1994 dem Bezirksgericht Zürich (act. 1; act. 4). Das Bezirksgericht führte den doppelten Schriftenwechsel durch und wies mit Beschluss vom 12. Dezember 1996 einen Teil der Duplik wegen Weitschweifigkeit aus dem Recht (Prot. Bezirksgericht S. 16). Mit Beschluss vom 13. Januar 1997 sistierte das Bezirksgericht den Prozess bis zur rechtskräftigen Erledigung der Verfahren in Deutschland betreffend die treuhänderische Verwaltung von F._____ und G._____ durch die Klägerin (Prot. Bezirksgericht S. 19). Mit Beschluss vom 25. Januar 2005 nahm das Bezirksgericht Zürich das Verfahren wieder auf (Prot. Bezirksgericht S. 23). Am 24. März 2006 fand eine Referentenaudienz statt, in der beiden Parteien in Ausübung der richterlichen Fragepflicht die Gelegenheit geboten wurde, einige offene Punkte zu klären (Prot. S. 33 ff.). Wie bereits vor der Sistierung waren verschiedentlich neu eingereichte Urkunden der Gegenpartei zuzustellen (vgl. z.B. Prot. S. 45). Am 25. Juni 2008 fällte das Bezirksgericht Zürich sein Urteil (act. 228). Es wies die Klage im Wesentlichen ab, verpflichtete die Beklagte jedoch, die Kommissionen für die Barbezüge von insgesamt ATS 4'394'468.50 bzw. nunmehr EUR 319'358.48 nebst Zinsen zurückzuzahlen (act. 228 S. 112).

Das Bezirksgericht prüfte die Klage ausführlich unter dem Aspekt der unerlaubten Handlung. Im Kern erwog es, die Beklagte habe nicht gewusst, dass H._____ nicht über die Gelder hätte verfügen dürfen. Es habe auch keine ausreichenden Anhaltspunkte gegeben, um anzunehmen, die Beklagte habe mit ihrer Mitwirkung an der Transaktion in Kauf genommen, an einer Straftat von H._____ mitzuwirken. Ferner lasse sich der eingeklagte Anspruch auch nicht auf die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die ungerechtfertigte Bereicherung stützen. Zurückzuerstatten seien jedoch die Kommissionen, da H._____ na-

mens der F._____ und der G._____ keine gültigen Aufträge für die Barauszahlung habe erteilen können.

Gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Juni 2008 hat die Klägerin Berufung erklärt. Die Beklagte hat sich der Prozessführung entschlagen. An ihrer Stelle führt die Nebenintervenientin, damals Muttergesellschaft der Beklagten, den Prozess weiter. Sie hat Anschlussberufung erklärt. Vor der Kammer wurde der doppelte Schriftenwechsel durchgeführt (act. 233; act. 255; act. 262; act. 268; act. 274). Die ihr abverlangte Kautions im Sinne von § 76 ZPO (Prot. Obergericht S. 6) zahlte die Klägerin fristgerecht. Die Nebenintervenientin nahm sodann mit unaufgeforderter Eingabe vom 13. November 2009 Stellung zu ihres Erachtens neuen Behauptungen in der Anschlussberufungsduplik (act. 281). Damit ist das Behauptungsverfahren in zweiter Instanz abgeschlossen.

V. Parteistandpunkte

1. Die Klägerin

Nach Auffassung der Klägerin sind F._____ und G._____ Parteibetriebe der SED. Die rechtskräftigen Entscheidungen der deutschen Verwaltungsrechtspflege seien zu übernehmen. Zwar regle das IPRG nur die Anerkennung von Zivilurteilen, das schliesse eine sinngemässe Anwendung auf Entscheidungen in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten jedoch nicht aus. Eine eigenständige Prüfung der Parteiverbundenheit würde im Übrigen zu keinem anderen Ergebnis führen. Die Klägerin behauptet eine Fülle von Indizien, aus denen sich die Parteiverbundenheit ergeben soll.

Dass H._____ die Barauszahlung der Guthaben von F._____ und G._____ an sich selbst veranlasst hat, sei strafrechtlich als qualifizierte Veruntreuung im Sinne von alt Art. 140 Ziff. 2 StGB zu qualifizieren. Die Mitwirkung der Beklagten an dieser Veruntreuung erfülle den Straftatbestand der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB). K._____ von der Beklagten habe dabei zumindest eventualvorsätzlich gehandelt. Sein Verhalten sei der Beklagten zuzurechnen. Die Klägerin macht an-

stelle von F._____ und G._____ deren ausservertragliche Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte aus unerlaubter Handlung geltend. Die Widerrechtlichkeit ergebe sich aus der Qualifikation des Verhaltens eines Organs der Beklagten als Geldwäscherei.

Nichts anderes ergäbe sich, wenn man das Verhalten von H._____ nicht als Untreue sondern als ungetreue Geschäftsbesorgung (alt Art. 159 StGB) qualifiziere. Zwar entfalle dann die Geldwäscherei, weil es an einem Verbrechen als Vortat fehle, die Mitwirkung der Beklagten sei aber noch immer als Gehilfenschaft zur ungetreuen Geschäftsbesorgung zu qualifizieren. K._____ habe dabei vorsätzlich gehandelt. Auch dann bestehe somit ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung.

Schliesslich sei die Klage selbst dann gutzuheissen, wenn sich H._____ nicht strafbar gemacht haben sollte. H._____ habe im Namen von F._____ und G._____ die Barauszahlung der Kontoguthaben nicht gültig bewirken können. Das sei eine Vermögensveränderung im Sinne des Parteiengesetzes, die ohne Zustimmung des Vorsitzenden der Unabhängigen Kommission unwirksam sei. Die Beklagte habe an eine Unberechtigte geleistet. Die Barauszahlungen hätten für die Beklagte deshalb keine befreiende Wirkung. Daran änderten die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nichts. Sie sehen vor, dass eine gutgläubige Leistung an einen Unberechtigten die Bank befreit. Die Beklagte sei aber nicht gutgläubig gewesen und sie hätte es unter den Umständen der fraglichen Transaktion auch nicht sein können. Bereits der Umstand, dass eine Österreicherin über dreistellige Millionenbeträge aus einem kommunistischen Staat verfügen wollte, sei verdächtig. Es sei allgemein bekannt gewesen, dass es im Kommunismus kein Privateigentum gab, jedenfalls nicht an derart hohen Beträgen. K._____ habe denn auch den Verdacht gehegt, es könnte sich um Geld handeln, das dem Zugriff der Klägerin entzogen werden soll. Er habe sich danach erkundigt, ob es sich um „DDR-Gelder“ handle. Bei all dem sei im Auge zu behalten, dass der Zusammenbruch der kommunistischen Diktaturen im Osten Europas auch hierzulande enorme Aufmerksamkeit auf sich zog. Auch der Umstand, dass ehemalige Funktionäre der SED versuchten, Parteigelder in die neue Zeit hin-

überzuernten und dabei auch die Dienstleistungen des Finanzplatzes Zürich in Anspruch nahmen, war mehrmals ausführlich in auflagenstarken Zeitungen und Zeitschriften zu lesen. Die Klägerin macht somit die vertraglichen Ansprüche von F._____ und G._____ gegenüber der Beklagten geltend. Aus ihrer Sicht hatten die in bösem Glauben geleisteten Zahlungen an die unberechtigte H._____ keine befreiende Wirkung.

2. Die Nebenintervenientin

Die Nebenintervenientin anerkennt nicht, dass es sich bei F._____ und G._____ um Parteibetriebe der SED handeln soll. Für eine Anerkennung der deutschen Entscheide zu dieser Frage gebe es keine gesetzliche Grundlage. Es gebe Indizien dafür, dass F._____ und G._____ Unternehmen der U._____s [Partei] waren und auf deren Rechnung betrieben wurden. Es sei die Klägerin, welche beweisen müsse, dass F._____ und G._____ Parteibetriebe seien. Gelingen ihr das nicht, so entfalle ihre Aktivlegitimation wie auch ihre Argumentation in der Sache selbst.

Jedenfalls seien die Barabhebungen von H._____ strafrechtlich irrelevant. Es möge sein, dass sie die ausbezahlten Vermögenswerte hernach veruntreut habe, doch wisse die Beklagte darüber nichts und es gehe sie auch nichts an. K._____ von der Beklagten habe den Tatbestand der Geldwäscherei nicht erfüllt, es fehle an der verbrecherischen Vortat und am Vorsatz. Die Beklagte habe die Kontoguthaben von F._____ und G._____ in gutem Glauben an H._____ ausbezahlt. Sie war die Alleingesellschafterin. Die Beklagte habe die üblichen und notwendigen Abklärungen getroffen, sie treffe kein Verschulden. Dem entsprechend müsse sich die Klägerin die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten entgegenhalten lassen. Die Barauszahlungen an H._____ hätten befreiende Wirkung, weil die Beklagte den bestrittenen Legitimationsmangel nicht erkannt habe und auch nicht habe erkennen müssen. Dem entsprechend seien auch die Kommissionen geschuldet, die nach dem angefochtenen Urteil zurück zu erstatten sind.

VI. Das Parteiengesetz der DDR

1. Zeitgeschichtlicher Hintergrund

a) Die Diktatur der SED

Von der Gründung der DDR 1949 bis zum Fall der Berliner Mauer kam der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands staatsrechtlich und faktisch eine privilegierte Sonderstellung zu. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung der DDR von 1974 umschreibt den Staat als die „politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land unter der Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei“. Die zentralen politischen Entscheidungen fielen nicht in staatlichen Gremien wie dem Ministerrat oder der Volkskammer, sondern in den Gremien der Partei. Dass etwa die Regierung die Direktiven der Partei umzusetzen habe, war in § 3 Abs. 1 des Gesetzes über den Ministerrat ausdrücklich vorgesehen (vgl. SIEGFRIED PETZOLD in: GRUEL et al., Staatsrecht der DDR, Staatsverlag der DDR, Berlin 1984, S. 309). Das eigentliche Machtzentrum waren die Führungsgremien der Partei, nicht jene des Staates. Das nahm auch die Öffentlichkeit so wahr. Am 3. Dezember 1990 traten Politbüro und Zentralkomitee der SED geschlossen zurück. Die Medien berichteten darüber ähnlich wie über den Rücktritt einer Regierung.

b) Staatsnahe Parteien und Massenorganisationen

Die SED verfügte über ein weit grösseres Vermögen als Parteien in demokratischen Staaten. Sie betrieb auch parteieigene Unternehmen. Das betrifft namentlich Druckereien und Verlage, aber beispielsweise auch Hotels. Einen Teil dieses Vermögens konnte die SED nur erwerben, weil sie staatliche Macht für Parteizwecke einsetzen konnte. So konnte die SED die Höhe ihrer Staatszuschüsse selbst bestimmen und über den Staat Grundstücke enteignen und sie der Partei zur Verfügung stellen. Dem entsprechend lassen sich das Staatsvermögen der DDR und das Parteivermögen der SED nur schwer voneinander unterscheiden. Kraft ihres Machtmonopols hatte die SED praktisch unbeschränkten Zugriff auf staatliche Ressourcen.

Neben der SED gab es eine Reihe weiterer Parteien und Massenorganisationen, die dem Staat nahe standen, aber nie die Machtfülle der SED erreichten. Es handelt sich dabei einerseits um die Parteien des demokratischen Blocks, die Demokratie vorspiegeln sollten, andererseits um Organisationen im Umfeld der SED wie etwa die kommunistische Jugendorganisation Freie Deutsche Jugend oder die Gesellschaft für Sport und Technik, die sich mit Sportarten wie Schiessen und Motorradfahren und mit vormilitärischer Ausbildung befasste. Heute ist bekannt, dass das Vermögen der SED Ende 1989 über eine Milliarde Euro betragen hat. Daneben noch am ehesten ins Gewicht fällt das dreistellige Millionenvermögen des Freien Deutschen Gewerkschaftsbundes. Die Blockparteien und die übrigen staatsnahen Massenorganisationen wiesen in Euro ein Vermögen in ein- oder zweistelligen Millionenbeträgen auf (Schlussbericht der Unabhängigen Kommission zur Überprüfung des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen der DDR vom 5. Juli 2006, S. 73, www.bmi.bund.de).

Im Umfeld des Staates und der SED gab es also eine Reihe von Parteien und Massenorganisationen, die mit dem Staat auch finanziell eng verflochten waren und eher als Teil des Staatsapparats denn als echt private Organisationen erscheinen.

2. Die Regelung des Parteiengesetzes im Einzelnen

Die SED und die Blockparteien nahmen auch nach der Wende am politischen Leben teil. Die SED nannte sich zuerst zusätzlich, dann ausschliesslich Partei des demokratischen Sozialismus. Nach einem Zusammenschluss mit der Wahlalternative Arbeit und soziale Gerechtigkeit ging sie in der Linken auf. Die CDU und die Liberal-Demokratische Partei Deutschlands schlossen sich mit den entsprechenden Parteien der alten Bundesländer zusammen. Nach der Wende bestand die Parteienlandschaft der DDR aus Gruppierungen, die von der SED und ihrem Staat bekämpft wurden wie dem „Bündnis 90“ der damaligen Bürgerrechtsbewegung, aus den ehemaligen Blockparteien und aus Neugründungen (SPD, Grüne usw.).

a) Probleme beim Übergang zur Demokratie

Das sehr grosse Vermögen der SED/PDS und in weit geringerem Ausmass das Vermögen der weiteren staatsnahen Parteien und Massenorganisationen beeinträchtigte die Chancengleichheit der Parteien. Namentlich bei der SED stellte sich wegen der engen Verflechtung mit dem Staat zudem die Frage, inwiefern deren Vermögen dem Staat zusteht und inwiefern es als privates Vermögen den verbliebenen Mitgliedern der SED/PDS zu überlassen war. Sodann war Vermögen aus entschädigungslosen Enteignungen den früher Berechtigten zurück zu erstatten. Das Beanspruchen des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen war auch mit einem praktischen Problem verbunden. Die leitenden Personen innerhalb der SED hatten gegenüber Regierung und Parlament einen Informationsvorsprung. Sie wussten um das Wo und Wieviel des Vermögens der SED. Sie konnten es deshalb beiseite schaffen, um es dem Zugriff des Staates zu entziehen. Das geschah teils zur persönlichen Bereicherung, teils mit dem Ziel, das Vermögen der Partei zu erhalten.

b) Wortlaut von § 20b PartG DDR

Vor diesem Hintergrund beschloss die Volkskammer der DDR am 31. Mai 1990 eine Ergänzung des Parteiengesetzes. Die neuen Bestimmungen (§ 20a und § 20b) gelten kraft des Einigungsvertrages zwischen der DDR und der Bundesrepublik Deutschland bis heute. Die entscheidenden Absätze von § 20b PartG DDR lauten in der heute gültigen Fassung:

„1) Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes können die Parteien und die ihnen verbundenen Organisationen, juristischen Personen und Massenorganisationen Vermögensveränderungen wirksam nur mit Zustimmung der A._____ oder deren Rechtsnachfolger vornehmen.

(2) Zur Sicherung von Vermögenswerten von Parteien oder ihnen verbundenen Organisationen, juristischen Personen und Massenorganisationen wird das Vermögen der Parteien und der ihnen verbundenen Organisationen, juristischen Personen und Massenorganisationen, das am 7. Oktober 1989 bestanden oder seither an die Stelle dieses Vermögens getreten ist, unter treuhänderische Verwaltung gestellt.

(3) Die treuhänderische Verwaltung wird von der A. _____ oder deren Rechtsnachfolger wahrgenommen. Diese führt das Vermögen an die früher Berechtigten oder deren Rechtsnachfolger zurück. Soweit dies nicht möglich ist, ist das Vermögen zugunsten gemeinnütziger Zwecke, insbesondere der wirtschaftlichen Umstrukturierung, in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet zu verwenden. Nur soweit Vermögen nachweislich nach materiell-rechtsstaatlichen Grundsätzen im Sinne des Grundgesetzes erworben worden ist, wird es den Parteien und den in § 20a Abs. 1 genannten Institutionen wieder zur Verfügung gestellt.“

c) Doppelter Zweck des Parteiengesetzes

Die Regelung verfolgt zwei unterschiedliche Zwecke. Erstens sollte das Gesetz in der Parteienlandschaft der DDR für gleich lange Spiesse sorgen. Die SED/PDS sollte nicht weiterhin von Privilegien aus der Zeit ihrer Diktatur profitieren. Zweitens sollten die ehemals staatsnahen Parteien und Massenorganisationen verpflichtet werden, jenes Vermögen zurück zu erstatten, das sie unter rechtsstaatlichen Verhältnissen nicht hätten erwerben können. Ein Teil dieses Vermögens, enteignete Grundstücke etwa, lässt sich an frühere Berechtigte restituieren. Weiteres Vermögen, etwa die Staatszuschüsse, die weit reichlicher an die SED als an die Blockparteien flossen, lässt sich keinem früheren Berechtigten zuordnen. Es steht den Bürgern der ehemaligen DDR zu, deren Steuern die SED für Parteizwecke herangezogen hat, nicht den Parteimitgliedern. Deshalb bestimmt § 20b Abs. 3 PartG DDR die Verwendung dieser Mittel für gemeinnützige Zwecke in den neuen Bundesländern.

Das Verbot von Vermögensveränderungen in Abs. 1 und die treuhänderische Verwaltung durch die Klägerin in Abs. 2 soll das Vermögen der Parteien und Massenorganisationen vor dem Zugriff ihrer ehemaligen Funktionäre schützen. Der Entscheid, dass eine bestimmte Organisationen als vormals staatsnahe Partei oder Massenorganisation unter die Regelung von § 20b PartG DDR fällt, sagt noch nichts darüber aus, was schlussendlich mit ihrem Vermögen geschieht. Erst in einem zweiten Schritt folgt die Ausscheidung zwischen einwandfrei erworbenem Vermögen, das der Organisation belassen wird und rechtsstaatswidrig erworbenem Vermögen, das an früher Berechtigte zurückgegeben oder für gemeinnützige Zwecke verwendet wird. Dass eine Organisationen unter die Regelung

von § 20b PartG DDR fällt, bedeutet weder ihre Auflösung, noch die Einziehung des gesamten Vermögens. Insbesondere konnte die Partei des demokratischen Sozialismus im wiedervereinigten Deutschland stets an Wahlen teilnehmen. Es führt aber dazu, dass der rechtsstaatswidrig erworbene Teil des Vermögens ohne Gegenleistung auf den Staat oder die früheren Berechtigten übergeht. Das Bundesverfassungsgericht hat verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Regelung auf Klage der PDS hin verworfen. Es erwog sinngemäss, das Grundgesetz biete keinen Schutz vor dem entschädigungslosen Entzug jenes Vermögens, das die SED und die von ihr gesteuerten Institutionen durch faktische Teilhabe an der Staatsmacht erworben haben (act. 186/8/1 Urteil Nr. 93, Erw. B.II. 4b und Erw. B.II.4.c; BVerfGE 84, 290).

d) Parteiverbundene juristische Personen

Im Umfeld der Parteien und Massenorganisationen, die zweifellos unter die Regelung von § 20b PartG DDR fallen, kann es weitere juristische Personen geben, bei denen das zweifelhaft ist. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Einerseits gründeten namentlich ehemalige Funktionäre der SED lange nach dem Stichtag (7. Oktober 1989) Unternehmen, um Vermögen der SED/PDS dem Zugriff der Klägerin zu entziehen. Solche Unternehmen haben ihr Vermögen stets nach dem Stichtag erworben. Entscheidend in diesen Fällen ist, ob es sich dabei um ein Surrogat für „Altvermögen“ der SED/PDS handelt, das unter treuhänderischer Verwaltung stünde, wenn es nicht in die neu gegründete Gesellschaft eingebracht worden wäre. Andererseits gibt es juristische Personen, die unter der Herrschaft der SED bereits bestanden und bei denen zweifelhaft ist, ob sie der SED oder einer anderen staatsnahen Partei oder Massenorganisation zuzurechnen sind.

e) Potentiell rechtsstaatswidriger Vermögenserwerb

Das entscheidende Kriterium ist, ob die fragliche juristische Person die Möglichkeit hatte, Vermögen rechtsstaatswidrig zu erwerben. Das lässt sich direkt nachweisen, etwa anhand der Herkunft konkreter Vermögenswerte, es lässt sich aber auch anhand von Indizien wie den personellen Verflechtungen, den Umständen der Gründung der juristischen Person oder ihrer Tätigkeit in der DDR der Schluss

ziehen, das Vermögen einer juristischen Person sei potentiell rechtsstaatswidrig erworben (vgl. BVerwG 92, 196ff. insb. E. 1a, S. 198f.).

Die Unabhängige Kommission zur Überprüfung des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen hat eine Reihe von Kriterien und Fallgruppen herausgearbeitet, um zu konkretisieren, was unter rechtsstaatswidrigem Vermögenserwerb zu verstehen ist. Bereits angesprochen wurden die klaren Fälle wie die entschädigungslosen Enteignungen oder die Staatszuschüsse an die SED. Rechtsstaatswidrig ist der Vermögenserwerb entweder, wenn er unter Missachtung der Freiheits- und Eigentumsrechte Dritter erfolgt ist, oder wenn er unter Ausnutzung der Führungsrolle der SED (und ihrer Massenorganisationen und Blockparteien) über Staat, Wirtschaft und Gesellschaft erfolgt ist (HANS-JÜRGEN PAPIER, Das Parteivermögen in der ehemaligen DDR, Berlin 1992, S. 18 f.).

Welche Überlegungen beim Entscheid über den Erwerb nach rechtsstaatlichen Grundsätzen anzustellen sind, lässt sich gut anhand der Mitgliederbeiträge der Parteien zeigen. Niemand wurde gezwungen, der SED beizutreten, ein grosser Teil der Mitgliedschaften ist aber nur durch das Machtmonopol der SED zu erklären. Zahlreiche Positionen in der Gesellschaft, auch durchaus unpolitische waren faktisch den Mitgliedern der SED vorbehalten. HANS-JÜRGEN PAPIER, der damalige Vorsitzende der Unabhängigen Kommission, schlug deshalb vor, auf den Mitgliederbestand der PDS per 1. Juni 1990 abzustellen. Spätestens dann verfügte die SED nicht mehr über ein Machtmonopol, das einen Anreiz zum Parteibeitritt setzte oder von Austritten abhielt (PAPIER, a.a.O., S. 23 f.). Die Unabhängige Kommission hat diese Auffassung geteilt, konnte die Frage aber letztlich offen lassen (Bericht der UK an den Bundestag über das Vermögen der SED/PDS vom 24. August 1998, Bundestags-Drucksache BT 13/11353 S. 46 und S. 320 f.). Als unbedenklich stufte sie demgegenüber den Erwerb durch Erbschaft oder Spende ein (a.a.O.).

f) Rechtsstaatswidriger Erwerb bei Unternehmen

Dass eine juristische Person Träger eines wirtschaftlichen Unternehmens war, lässt die Möglichkeit rechtsstaatswidrigen Vermögenserwerbs nicht entfallen.

Auch in diesem Fall liegt die Annahme nahe, dass die Gewinne durch Ausnutzen des Machtmonopols der SED zustande gekommen sind. Parteibetriebe waren gegenüber den wenigen privaten Kleinbetrieben privilegiert, waren steuerbefreit und vor allem sorgten Staat und Partei dafür, dass ihnen keine Konkurrenz erwuchs. Am augenfälligsten ist das bei den Druckereien und Zeitungsverlagen der Partei. Gewinnausschüttungen der Parteibetriebe an die SED, sie waren neben den Mitgliederbeiträgen deren wichtigste Einnahmequelle, sind deshalb in der Regel rechtsstaatswidrig erworbenes Vermögen (PAPIER, a.a.O., S. 24 f.; BT 13/11353 S. 321).

Davon zu unterscheiden ist die Frage nach dem Erwerb des Unternehmens durch die Partei. In diesem Zusammenhang wird bemerkt, das Unternehmen als solches sei einwandfrei erworben, wenn die Mittel dafür nicht rechtsstaatswidrig erworben wurden (PAPIER, a.a.O. S. 24; CHRISTIAN STARCK, Die Behandlung des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen der ehemaligen DDR, Staatswissenschaft und Staatspraxis 1991 S. 316 ff., S. 330). Dieser Aspekt tritt bei wenig kapitalintensiven Unternehmen völlig in den Hintergrund. Auch ein Unternehmen, das die Partei einwandfrei erworben hat, kann rechtsstaatswidrige Gewinne erzielen und abliefern, weil Staat und Partei dem Unternehmen die Konkurrenz vom Leib halten oder es bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bevorzugen. Die Gewinne eines Unternehmens, dem Staat und Partei eine privilegierende Sonderbehandlung haben zukommen lassen, sind in der Terminologie des Parteiengesetzes rechtsstaatswidrig erworben. Damit ist gemeint, dass solche Gewinne nicht Ausfluss privatwirtschaftlicher Tätigkeit sind, die allen offen gestanden hätte. Es geht um Gewinne, die ohne die besondere Nähe des formal privaten Unternehmens zum Staat und der Staatspartei nicht hätten erzielt werden können. Das Parteiengesetz sieht eine Art Durchgriff durch den Schleier der juristischen Person vor. Gewinne, die sich nur durch staatliche Privilegien erzielen liessen, erscheinen im Grunde als öffentliche Mittel in formal privaten Händen. Deshalb sind diese Mittel für gemeinnützige Zwecke in den neuen Bundesländern zu verwenden.

3. Schweizerischer ordre public

Gegen die Anwendung des § 20b des Parteiengesetzes der DDR bestehen mit Blick auf den schweizerischen ordre public keine Bedenken (Urteil Nr. LB990117 des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. März 2002, E. IV.4c). Das Parteiengesetz sieht zwar vor, dass das Vermögen formal privater Organisationen ohne Gegenleistung auf den Staat übergeht und die schweizerische Rechtsprechung hat entschädigungslose Enteignungen stets als mit dem schweizerischen ordre public unvereinbar bezeichnet (z.B. BGE 82 I 196, E. 1). Die Verhältnisse liegen jedoch völlig anders als in den Fällen, in denen üblicherweise von entschädigungslosen Enteignungen die Rede ist. Das Parteiengesetz sieht nur den Entzug von Vermögenswerten vor, welche die staatsnahen Parteien und Massenorganisationen kraft ihrer faktischen Teilhabe an der Hoheitsgewalt der DDR haben erwerben können. Sie erscheinen insoweit als ein Teil des Staates, nicht als Privatpersonen, deren Eigentum vor dem Zugriff des Staates verfassungsrechtlichen Schranken unterliegt. Die Wertungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 84, 290 (Erw. B.II. 4b und Erw. B.II.4.c) entsprechen auch den Wertvorstellungen, die der schweizerischen Rechtsordnung zu Grunde liegen.

Ein Bankkonto kann formal als Privateigentum erscheinen, auch wenn der Kontoinhaber das entsprechende Vermögen nur durch Teilhabe an der Staatsmacht erlangt hat. Dieses Problem ist in der schweizerischen Rechtsordnung bekannt. Derzeit ist ein Entwurf für ein Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG) in der Vernehmlassung. Der Bundesrat hat mehrmals gestützt auf seine aussenpolitischen Kompetenzen (Art. 184 Abs. 3 BV) Verfügungen erlassen, um die schweizerischen Konten ehemaliger Staatsoberhäupter zu sperren. Das betraf unter anderem den philippinischen Präsidenten Marcos, den zairischen Präsidenten Mobutu und den haitianischen Präsidenten Duvalier (vgl. Erläuternder Bericht [des Bundesrates zum] Entwurf für ein Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG) vom 15. Februar 2010, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html>, S. 7). Die Verfügungen des Bundesrates wie auch der Gesetzesentwurf beruhen auf ähnlichen

Wertungen wie die einschlägigen Bestimmungen des Parteiengesetzes der DDR. Das durch Ausnutzen der Staatsmacht erlangte Vermögen soll nach einer Rückkehr zu demokratischen Verhältnissen dem Staat zurückgegeben werden. Es ist kein Privateigentum der ehemaligen Funktionäre, das nur gegen volle Entschädigung entzogen werden dürfte (Art. 26 Abs. 2 BV).

Anzumerken bleibt immerhin, dass es im Resultat zu einer mit dem schweizerischen *ordre public* unvereinbaren entschädigungslosen Enteignung käme, wenn eine juristische Person zu Unrecht im Sinne von § 20b PartG DDR als staatsnah qualifiziert und ihr Vermögen zu Unrecht als rechtsstaatswidrig erworben qualifiziert würde. Aus der Sicht der Nebenintervenientin, welche die Parteiverbundenheit von F. _____ und G. _____ nicht anerkennt, ist das zu befürchten.

VII. Tragweite der deutschen Entscheidungen

1. Verwaltungsrecht und Verwaltungsakte des Auslands

Ob F. _____ und G. _____ staatsnahe juristische Personen im Sinne von § 20b Abs. 1 PartG DDR sind, ist für den Prozess zentral. Dabei sind zwei Fragen auseinanderzuhalten, die nahe beieinander liegen: Die Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten.

a) Ausländisches öffentliches Recht

Ausdrücklich geregelt ist die Anwendung von ausländischem öffentlichem Recht. Art. 13 Satz 2 IPRG formuliert sehr zurückhaltend: „Die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts ist nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass ihr ein öffentlichrechtlicher Charakter zugeschrieben wird.“ In älteren Gerichtsentscheiden findet sich die Bemerkung, der schweizerische Richter dürfe ausländisches öffentliches Recht nicht anwenden. Die Lehre hat das bereits Jahrzehnte vor Inkrafttreten des IPRG kritisiert (FRIEDRICH ALEXANDER MANN, Öffentlich-rechtliche Ansprüche im internationalen Rechtsverkehr, *RabelsZ* 21 [1956] S. 1 ff., S. 3; ADOLF F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*,

Band I, 4. Auflage, Basel 1957, S. 191 f.; KELLER/SIEHR, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, S. 491). Auch die Gerichtspraxis hat den Grundsatz lange erwähnt, aber auch stets stark relativiert (BGE 80 II 53, E. 3a; BGE 107 II 489, E. 3).

Ausgeschlossen ist jedoch, dass ein Staat mit einer Zivilklage vor den Gerichten eines anderen Staates hoheitliche Ansprüche durchsetzt (MANN, a.a.O., S. 11 f.; FRANK VISCHER, Der ausländische Staat als Kläger, IPRax 11 [1991] S. 209 ff., S. 212; vgl. auch GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Auflage, S. 71 f.; ferner Urteil des EuGH vom 14. Oktober 1976 in Sachen *LTU Lufttransportunternehmen GmbH und Co. KG gegen Eurocontrol*, Rs. 29/76. Slg. 1976 01541, Erw. 4). Darin liegt, in den Worten von MANN, der wahre Kern des Dogmas von der Unbeachtlichkeit ausländischen öffentlichen Rechts. (a.a.O., S. 4). Soweit die Staaten am Privatrechtsverkehr teilnehmen, dürfen sie ihre Ansprüche dagegen ohne Weiteres vor den Gerichten eines anderen Staates geltend machen. Allerdings gibt es Fälle, in denen der geltend gemachte Anspruch einen Januskopf hat, wo sich hinter dem vordergründig zivilrechtlichen Anspruch ein hoheitlicher verbirgt (VISCHER, a.a.O., S. 210).

Die Klägerin und damit letztlich die Bundesrepublik Deutschland, macht Ansprüche geltend, die F._____ und G._____ durch ihre Teilnahme am Privatrechtsverkehr erworben haben sollen. Es geht um vertragliche und ausservertragliche Ansprüche, wie sie jedem Bankkunden zustehen könnten. Das ist unbedenklich (MANN, a.a.O., S. 11). Näher zu betrachten ist die von der Klägerin beanspruchte Aktivlegitimation kraft Amtes, die ihr nach deutschem Recht zukommt, wenn F._____ und G._____ staatsnahe juristische Personen im Sinne von § 20b Abs. 1 PartG DDR sind. In diesem Punkt kommt derselbe Gedanke zum Tragen wie bezüglich des *ordre public* (oben E. VI.0). Mit der Aktivlegitimation beansprucht der deutsche Staat nur die Verfügungsgewalt über Vermögen, das die staatsnahen juristischen Personen kraft ihrer Teilhabe an der Staatsgewalt der DDR erworben haben. Als hoheitliches Handeln wäre der Versuch eines fremden Staates zu werten, sich durch eine Zivilklage vor schweizerischen Gerichten echt privates Vermögen entschädigungslos anzueignen. Das ist bei richtiger Anwendung des Par-

teienengesetzes der DDR nicht zu befürchten. Die Bundesrepublik Deutschland nimmt damit nur Rechte wahr, die formal privatrechtliche, aber nicht im Privateigentum stehende Gebilde ihrer Rechtsvorgängerin, der DDR, erworben haben.

b) Anerkennung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen

Art. 13 Satz 2 IPRG handelt von der Anwendung öffentlichen Rechts. Damit ist gemeint, dass schweizerische Gerichte den von ihnen festgestellten Sachverhalten in eigener Rechtsfindung unter Normen des ausländischen Verwaltungsrechts subsumieren. Wie bereits erwähnt, bestehen keine Bedenken dagegen, dass die Kammer § 20b Abs. 1 PartG DDR anwendet und entscheidet, ob F. _____ und G. _____ einer staatsnahen Partei verbundene juristische Personen sind.

Für das deutsche Hoheitsgebiet steht bereits fest, dass dem so ist. Einen Schritt weiter als die eigenständige Anwendung des Parteiengesetzes der DDR geht die Forderung, die rechtskräftigen Entscheidungen der Klägerin und des Oberverwaltungsgerichts Berlin zu anerkennen. Bei zivilrechtlichen Entscheidungen ist das eine Selbstverständlichkeit. Die Voraussetzungen richten sich gegenüber Deutschland in den meisten Fällen nach dem Lugano-Übereinkommen, vereinzelt nach anderen Staatsverträgen oder nach dem IPRG. Bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen überprüft das Gericht nur, ob die ausländische Entscheidung bestimmten Minimalanforderungen an das Verfahren und an den Inhalt der Entscheidung genügt. Das verbleibende Risiko, ein ausländisches Fehlurteil durchzusetzen, wird hingenommen, so, wie auch rechtskräftige inländische Urteile nicht mehr in Frage gestellt werden können. Dieses Verbot der *révision au fond* ist zentral für alle Regelungen der Anerkennung ausländischer Urteile. Es findet sich sowohl in Art. 27 Abs. 3 IPRG als auch in Art. 29 LugÜ. An die Stelle eigener Rechtsfindung tritt eine beschränkte Prüfung des ausländischen Entscheids und des Verfahrens, aus dem er hervorgegangen ist. Ob die Gerichte auch bezüglich ausländischer Entscheidungen in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten so verfahren dürfen oder sogar müssen, ist im Folgenden näher zu prüfen.

2. Keine völkerrechtliche Verpflichtung

Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Zivilsachen ist eine detailliert geregelte Facette eines grösseren Problems, des Umgangs der Gerichte mit ausländischen Hoheitsakten. Das Völkerrecht lässt den Staaten in dieser Frage einen sehr weiten Spielraum für einseitige oder staatsvertragliche Regelungen. Ausgangspunkt der völkerrechtlichen Überlegungen ist, dass jeder Staat auf seinem Territorium - und nur dort - seine Hoheitsgewalt souverän ausübt. Die englischen und amerikanischen Gerichte haben die Auffassung geprägt, dass es einem Gericht nicht zustehe, über Gesetze und Entscheidungen eines anderen Staates zu urteilen. Damit gesteht die Rechtsprechung selbst völkerrechtswidrigen oder im Ergebnis stossenden Hoheitsakten anderer Staaten Wirkungen zu (Urteil des United States Supreme Court vom 29.11.1879 i.S. *Underhill vs. Hernandez*, 168 U.S. 250 [1897] S. 252f., mit Hinweisen auf die englische Rechtsprechung und Urteil vom 23.3.1964 i.S. *Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino* 376 U.S. 398 [1964] S. 419f.). Tragender Gedanke dieser „act of state doctrine“ ist die Gewaltenteilung. Es sei Sache der Regierung, auf diplomatischem Weg das Gebotene vorzukehren, wenn ausländische Staaten problematische Gerichtsurteile fällen. Wenn Gerichte solchen Entscheidungen die Wirksamkeit versagen, könne das mehr schaden als nützen (*Sabbatino*, a.a.O., S. 423). Die act of state doctrine ist keine Norm des Völkerrechts (KNUT IPSEN, Völkerrecht, 4. Auflage, München 1999, S. 330f. und S. 664). In den USA ist sie ein Stück ungeschriebenes Staatsrecht des Bundes (*Sabbatino*, a.a.O., S. 421 f. und S. 427 f.). Vorbehältlich allfälliger Staatsverträge gibt es somit keine völkerrechtliche Pflicht, die Entscheide der deutschen Verwaltungsrechtspflege unbesehen zu übernehmen. Das allgemeine Völkerrecht stünde dem aber auch nicht entgegen.

3. Keine ausdrückliche Regelung

Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile ist in Art. 25ff. IPRG geregelt, die Vollstreckung ausländischer Strafurteile ist im fünften Teil des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Art. 94ff. IRSG). Dagegen fehlt eine allgemeine Regelung über die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten. Dennoch ist das kei-

ne Seltenheit. Das alltäglichste Beispiel ist die Anerkennung ausländischer Führerscheine nach dem Übereinkommen über den Strassenverkehr vom 8. November 1968 (SR 0.741.10). Einem ausländischen Verwaltungsakt wird aber auch dann eine Wirkung im Inland zugestanden, wenn eine ausländische Konformitätsbewertung beim Import von Gütern anerkannt wird (Art. 18 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse, SR 946.51). Zu denken ist ferner auch an ausländische Verwaltungsakte und Gerichtsentscheide betreffend Sozialversicherungen. Die einschlägige Verordnung EWG Nr. 1408/71 des [Minister-] Rates vom 14. Juni 1971 gilt kraft der bilateralen Verträge auch in der Schweiz (SR 0.831.109.268.1). Normen, die ausländische Verwaltungsakte in der Schweiz wirken lassen, gibt es sowohl in Staatsverträgen als auch im autonom gesetzten Recht. Die Regelungen betreffen jeweils einzelne Sachgebiete, die sich stark voneinander unterscheiden. Sie reichen von der Bankenaufsicht über das Sozialversicherungswesen bis zur Zulassung zu Gesundheitsberufen. Aus ihnen lässt sich keine allgemeine Regelung gewinnen, wie sie das IPRG für Urteile in Zivilsachen trifft. Der Gesetzgeber trägt der Zunahme internationaler Sachverhalte durch ein dichter werdendes Netz von Regelungen für einzelne Sachgebiete Rechnung, nicht durch Kodifikation allgemeingültiger Regeln über den Umgang mit ausländischen Hoheitsakten.

Ein grosser Teil der Lehre zieht daraus den Schluss, dass die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Verwaltungssachen ausgeschlossen ist, soweit eine spezifische Regelung in einem Gesetz oder Staatsvertrag fehlt (VISCHER, a.a.O., S. 214; KURT SIEHR, *Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht*, *RabelsZ* 52 [1988] S. 41 ff., S. 83; vgl. auch MONIQUE JAMETTI GREINER, *Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilprozessrecht*, Basel und Frankfurt am Main 1998, S. 117 ff.; PAUL VOLKEN in GIRSBERGER et al., *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Auflage, Zürich 2004, N 13 zu Art. 25 IPRG). In deutliche Worte fasst STOJAN die vorherrschende Auffassung: „Dass verwaltungsrechtliche Entscheide ausländischer Behörden in der Schweiz keine Anerkennung finden, steht ausser Frage.“ (TEDDY S. STOJAN, *Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in Handelssachen*, *Zürcher Diss.*, Zürich 1986, S. 64). Auch in Deutschland geht die Lehre zum internationa-

len Privatrecht davon aus, ausländische Entscheidungen in Verwaltungssachen seien der Anerkennung und erst recht der Vollstreckung grundsätzlich nicht zugänglich (HANS JÜRGEN SONNENBERGER in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, 4. Auflage, München 2006, N 410 der Einleitung zum internationalen Privatrecht; vgl. auch HANS-JÜRGEN PAPIER/BERND-DIETRICH OLSCHIEWSKI, Vollziehung ausländischer Verwaltungsakte, DVBl. 1976 S. 475 ff., S. 481 f.). In der Schweiz vertritt immerhin ANTON HEINI die analoge Anwendung von Art. 25 ff. IPRG auf Verwaltungsakte (Zürcher Kommentar zum IPRG, a.a.O., N 18 zu Art. 13 IPRG).

Von den englischsprachigen Ländern abgesehen erörtern die Gerichte die Frage nach der Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte erstaunlich selten. Im Vordergrund steht in der Regel die Vereinbarkeit mit dem *ordre public*. HEINI (a.a.O.) verweist auf ein Urteil des Bundesgerichtshofes vom 22. September 1988 (IPRax 1990 398 ff.). Dort ging es um einen Hoheitsakt der DDR. Es stand ausser Frage, dass die zuständige Behörde die einschlägigen Bestimmungen des ostdeutschen Rechts beachtet hatte (Erw. II., a.a.O., S. 399). Damit war nicht zu entscheiden, ob die Gerichte der Bundesrepublik den Hoheitsakt der DDR anerkennen oder selbst nachprüfen sollen, ob die einschlägigen Bestimmungen eingehalten sind. Der Rechtsstreit war auf die Vereinbarkeit mit dem *ordre public* der Bundesrepublik Deutschland fokussiert (Erw. III., S. 399 f.). Unausweichlich wird ein Entscheid über die Anerkennung erst, wenn eine Partei geltend macht, die Richter des Erststaates hätten die Bestimmungen ihres eigenen Verwaltungsrechts falsch ausgelegt oder seien bei der Beweiswürdigung Irrtümern erlegen und sich der Entscheid im Übrigen mit dem *ordre public* des Zweitstaates verträgt.

4. Anerkennung ohne gesetzliche Grundlage

a) Extraterritoriale Wirkung von Verstaatlichungen

Das Problem des Umgangs mit fremden Hoheitsakten stellt sich besonders häufig, wenn ein Staat die Mitgliedschaftsrechte einer Aktiengesellschaft oder einer sonstigen privatrechtlichen Kapitalgesellschaft enteignet. Hat die Gesellschaft Vermögen im Ausland, wird der enteignende Staat auch dieses Vermögen bean-

spruchen, etwa eine Forderung im Ausland im Namen der nunmehr staatlichen Gesellschaft einklagen oder über ein Bankkonto verfügen. Wenn die Enteignung dem *ordre public* zuwiderläuft, führt kein Weg daran vorbei, das Inlandvermögen des verstaatlichten Unternehmens zu liquidieren und es unter die Gläubiger und die Aktionäre zu verteilen. So war in den Zwanziger Jahren mit dem schweizerischen Vermögen der O._____ zu verfahren (BGE 51 II 259, E. 2, S. 266 f.).

Diese drastische Rechtsfolge ist bei einer Konfiskation angemessen. Damit respektiert der Zweitstaat das Eigentum der Betroffenen. In anderen Konstellationen erscheint das unverhältnismässig. Auch bei korrekt entschädigten Verstaatlichungen sind Rechtsmängel denkbar. So kann etwa streitig sein, ob die einschlägigen Rechtsnormen die Verstaatlichung des fraglichen Unternehmens zulassen oder ob die Berechnung der Entschädigung durch eine Verordnung der Regierung anstatt durch Gesetz geregelt werden durfte. Eine gesetzliche Regelung solcher Fragen fehlt. Soweit der *ordre public* eingehalten ist, erscheint es angemessen, den Hoheitsakt des enteignenden Staates zu anerkennen. Die in guten Treuen vorgenommene Auslegung der Vorschriften des enteignenden Staates durch seine eigenen Behörden oder Gerichte ist hinzunehmen, um eine Überentschädigung der Enteigneten und die Zerschlagung des verstaatlichten Unternehmens zu vermeiden. In diesem Sinne beschränkte sich das *tribunal de commerce* im belgischen Namur in einem Entscheid vom 12. August 1982 darauf, die Vereinbarkeit der Verstaatlichungen der Regierung Mitterand mit dem belgischen *ordre public* zu überprüfen und verwies im Übrigen ausdrücklich darauf, dass die französische Verfassungsgerichtsbarkeit die Enteignungen überprüft habe (GENEVIÈVE BURDEAU, *La Contribution des Nationalisations Françaises de 1982 au Droit Internationale des Nationalisations*, *Revue Générale de Droit International Public* LXXXIX [1985] S. 5 ff., S. 13). Offenbar befasste sich auch das Gericht des Saanebezirks im Kanton Freiburg mit einem entsprechenden Begehren eines Betroffenen, die Verfügung seines Präsidenten vom 17. August 1982 ist jedoch nicht publiziert (BURDEAU, a.a.O., Fn. 15). Dass in einer solchen Konstellation die Gerichtsent-scheide des enteignenden Staates nicht noch einmal von Grund auf zu überprüfen sind, wird auch in der schweizerischen Lehre vertreten (MARKUS HUWYLER,

Ausländische juristische Personen im internationalen Enteignungsrecht der Schweiz, Basler Diss., Basel und Frankfurt am Main 1989, S. 57 und S. 59).

b) Entscheide über die Parteiverbundenheit

Das Beispiel zeigt, dass eine Anerkennung ausländischer Hoheitsakte ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht völlig auszuschliessen ist. Ähnliche Überlegungen wie bei einer Verstaatlichung sind bezüglich der Anwendbarkeit des Parteiengesetzes der DDR auf F._____ und G._____ anzustellen. Akzeptiert man die Rechtslage nicht, wie sie in Deutschland nunmehr rechtskräftig feststeht, so wäre die Folge, dass der schweizerische Staat darüber entscheiden müsste, was mit dem schweizerischen Vermögen von F._____ und G._____ geschehen soll. Das wäre unausweichlich und rechtens, wenn die deutschen Entscheidungen dem ordre public zuwiderlaufen würden. Ein Rechtsfehler ohne Verletzung des ordre public liesse solches jedoch als unverhältnismässig erscheinen.

Käme die Kammer etwa zum Schluss, entgegen den deutschen Gerichten handle es sich bei F._____ und G._____ nicht um Partei-, sondern um Staatsbetriebe, so wäre die Klägerin nicht mit der treuhänderischen Verwaltung des Vermögens von F._____ und G._____ betraut, sondern deren Eigentümerin (unten Erw. IX.7). Dann wäre zu verlangen, dass F._____ und G._____ in eigenem Namen klagen und der Klägerin wäre die Aktivlegitimation abzusprechen. Die Abgrenzung zwischen Partei- und Staatsbetrieben ist ohne Ermessensbetätigung nicht zu bewerkstelligen, waren doch Staat und Partei in der DDR eng verbunden. Eine nochmalige Überprüfung solcher Fragen wäre der Rechtssicherheit abträglich und ein Fehlentscheid in einer solchen Frage gefährdet den ordre public nicht. Die Entscheidungen der deutschen Verwaltungsrechtspflege sind somit zu anerkennen, soweit sie mit dem schweizerischen ordre public vereinbar sind.

5. Fehlende Parteistellung der Beklagten

Weder die Beklagte, noch die Nebenintervenientin waren Partei in den Verwaltungs- bzw. Verwaltungsgerichtsverfahren, in denen die Klägerin bzw. das Oberverwaltungsgericht Berlin über die Parteiverbundenheit von F._____ und G._____

entschieden haben. Allerdings beschränkt sich das Interesse der Beklagten darauf, Gewissheit darüber zu erlangen, wer ihre beiden Kunden F. _____ und G. _____ in welchem Umfang vertreten kann bzw. wem die Werte auf den Konten zustehen. In diesem Zusammenhang muss sich eine Bank auch in Binnensachverhalten Gerichtsurteile entgegenhalten lassen, ohne Partei gewesen zu sein. Gestaltungsurteile wie etwa die Klage auf Ungültigerklärung eines Testaments oder die Anfechtung der Wahl eines Verwaltungsrates wirken erga omnes. (Vogel/Spühler/Gehri, Grundriss des Zivilprozessrecht, 8. Auflage, N 8.82).). Eine Bank, die an den Nicht-Erben oder den Nicht-Verwaltungsrat bezahlt hat, könnte sich zwar auf ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen und nachweisen, dass sie den Mangel ohne Verschulden verkannt hat. Sie kann aber nicht argumentieren, die einschlägigen Gerichtsentscheide seien falsch. Wo es nur um die Frage geht, an wen eine Schuld zu erfüllen sei, muss sich der Schuldner Urteile entgegenhalten lassen, auch wenn er nicht Partei war. Vor diesem Hintergrund ist es mit dem ordre public zu vereinbaren, der Beklagten und der Nebenintervenientin die Entscheidungen der Klägerin und des Obergerichtes Berlin entgegenzuhalten.

6. Analoge Anwendung der Regeln über Konkurskenntnisse?

Im Gegensatz zu einem Konkurs ist die Regelung in § 20b PartG DDR nicht darauf angelegt, die betroffenen juristischen Personen zu liquidieren. Die Regelung über die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete in Art. 166ff. IPRG hat jedoch genau das vor Augen und will mit einem eigenen, vereinfachten Konkursverfahren in der Schweiz („Mini-Konkurs“) sicherstellen, dass die schweizerischen Gläubiger angemessen berücksichtigt werden (vgl. Art. 172f. IPRG). Eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf die Feststellungsverfügung der Klägerin bzw. das Urteil des Obergerichtes Berlin ist deshalb nicht angezeigt.

Im Übrigen würde eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen die Anwendung des Parteiengesetzes der DDR durch schweizerische Gerichte illusorisch machen. Wie noch darzulegen sein wird, wirkt das Verbot von Vermögensveränderungen in § 20b Abs. 1 PartG DDR sofort mit Inkrafttreten des Gesetzes. Eines Verwaltungsaktes der Klägerin oder der Unabhängigen Kommission bedurfte es

dazu nicht (unten Erw. 0.2.c). Das Verbot von Vermögensveränderungen sollte ja gerade verhindern, dass Vermögen verschwindet, von dem die neuen, demokratisch legitimierten Staatsorgane noch gar nichts wissen (oben Erw. VI.2.a). Dem entsprechend kämen individuell-konkrete Verwaltungsakte regelmässig zu spät. Das gilt erst recht für die von der Nebenintervenientin geforderten Exequaturentscheide, die erst nach den Feststellungsverfügungen der Klägerin ergehen können. Auch aus dieser Überlegung ist die analoge Anwendung von Art. 166ff. IPRG abzulehnen.

7. Verbindlichkeit der deutschen Entscheidungen

Zusammenfassend sind die Entscheidungen der deutschen Verwaltungspflege über die Anwendbarkeit von § 20b PartG DDR auf F._____ und G._____ zu anerkennen. Die Regelung ist vor einem einmaligen zeitgeschichtlichen Hintergrund entstanden. Vergleichbare Probleme finden sich noch am ehesten im Umgang der Gerichte mit ausländischen Hoheitsakten über die Verstaatlichung von Kapitalgesellschaften. Auch dort stellt sich die Frage, was mit dem in der Schweiz gelegenen Vermögen geschehen soll, wenn der Verstaatlichungsakt unbeachtlich sein sollte. Die schwerwiegenden Folgen der Nicht-Beachtung des ausländischen Hoheitsaktes sind nur angemessen, um eine Verletzung des ordre public zu vermeiden. Weniger gravierende Fehler in der Rechtsanwendung, die auch inländischen Gerichten unterlaufen könnten, sind hinzunehmen.

Selbst wenn eine Anerkennung nicht in Frage käme, würde sich im Resultat nichts ändern. Die Nebenintervenientin kritisiert die Beweiswürdigung des Oberverwaltungsgerichtes Berlin. Es habe die Anzeichen dafür, dass F._____ und G._____ auf Rechnung der U._____ betrieben wurden, nicht gebührend berücksichtigt. Wie bereits erwähnt, liefe es dem schweizerischen ordre public zuwider, eine juristische Person der Regelung von § 20b PartG DDR zu unterwerfen, die sich nicht durch qualifizierte Nähe zur Staatsmacht der DDR auszeichnet (oben Erw. VI.0). Der strittige Teil der Rechtsanwendung ist deshalb nur schon unter dem Gesichtspunkt des ordre public ohnehin nachzuprüfen. Wie noch darzulegen sein wird, erscheinen F._____ und G._____ aber selbst dann als qualifiziert staatsnah, wenn man davon ausgeht, sie hätten tatsächlich auf Rechnung der

U._____s [Partei] gewirtschaftet (unten Erw. VIII). Die Anwendung des Parteiengesetzes der DDR durch die deutschen Behörden ist im Resultat richtig. Das fällt im vorliegenden Fall mit der Feststellung zusammen, dass der schweizerische ordre public eingehalten ist. Das Parteiengesetz der DDR zieht die Grenze zwischen Privateigentum, das vor dem Zugriff des Staates zu schützen ist und faktischem Staatsvermögen dort, wo sie auch aus schweizerischer Sicht verlaufen muss.

VIII. F._____ und G._____ im Aussenhandel der DDR

1. Notorietät der Zeitgeschichte

Die Klägerin stellt verschiedentlich den zeitgeschichtlichen Hintergrund des Rechtsstreits dar. In ihren Grundzügen ist die Zeitgeschichte notorisch. Soweit das Gericht davon sichere Kenntnis hat, ist kein Beweis abzunehmen (§ 133 ZPO). Die sichere Kenntnis des Gerichts kann allerdings nicht weiter gehen als jene der Fachwelt. Ein Gericht darf seinem Urteil keine Annahmen als notorisch zu Grunde legen, die in der historischen Forschung kontrovers sind. Annahmen über die Zeitgeschichte, bei denen sich nicht ernsthaft behaupten lässt, es sei eben doch anders gewesen, dürfen einem Urteil indes ohne Weiteres zu Grunde gelegt werden.

2. Verschuldung der DDR in westlichen Währungen

Die Klägerin reicht ein berühmtes zeitgeschichtliches Dokument zu den Akten, die „Analyse der ökonomischen Lage der DDR mit Schlussfolgerungen“ von Ende Oktober 1989 zu Händen von Egon Krenz, dem letzten Generalsekretär des Zentralkomitees der SED (act. 40/107). Die Autorengruppe unter der Leitung von Gerhard Schürer, dem Vorsitzenden der Staatlichen Planungskommission, bestand aus dem Aussenhandelsminister Gerhard Beil, Staatssekretär Alexander Schalck-Golodkowski, Finanzminister Ernst Höfner und Arno Donda, dem Leiter der Zentralverwaltung für Statistik. Die Autorengruppe kam ihrem Auftrag nach, „ein ungeschminktes Bild der ökonomischen Lage der DDR“ zu zeichnen

(act. 40/107 S. 1): Die Verschuldung der DDR in westlichen Währungen habe seit den siebziger Jahren massiv zugenommen und betrage 49 Milliarden Valutamark (act. 40/107 S. 6). Sie habe ein Ausmass erreicht, das die Zahlungsfähigkeit der DDR in Frage stelle. Die Autorengruppe wörtlich: „Es wurde mehr verbraucht, als aus eigener Produktion erwirtschaftet wurde.“ (act. 40/107 S. 3). Die DDR sei auf neue Kredite angewiesen, um Zinsen und fällige Kredite zu bezahlen, sie könne alte Schulden nur mit neuen Schulden bedienen (act. 40/107 S. 5). Die Autoren schätzen ab, welche Exportüberschüsse langfristig notwendig wären, um die Auslandschulden zu bedienen, kommen aber sinngemäss zum Schluss, die DDR sei zu dieser Leistung nicht in der Lage (act. 40/107 S. 6: „Für einen solchen Exportüberschuss bestehen jedoch unter den jetzigen Bedingungen keine realen Voraussetzungen.“).

Ranghohe Vertreter von Staat und Partei waren im Herbst 1989 über die Verschuldung in westlichen Währungen höchst besorgt. Möglicherweise stand die Zahlungsunfähigkeit der DDR nicht unmittelbar bevor (in diese Richtung: DEUTSCHE BUNDESBANK, Die Zahlungsbilanz der ehemaligen DDR 1975 bis 1989, Frankfurt am Main 1999, S. 48; MARIA HAENDCKE-HOPPE-ARNDT, in: EBERHARD KUHRT et al., Die wirtschaftliche und ökologische Situation der DDR in den achtziger Jahren, Opladen 1996, S. 60). Wie es sich im Einzelnen verhalten hat, ist Gegenstand ökonomischer und historischer Forschung, nicht notorisches Wissen. Fest steht jedoch Folgendes: Guthaben in westlichen Währungen („Devisen“) waren in der DDR knapp. Die DDR konnte nicht in dem Ausmass Deviseneinnahmen erzielen, in dem sie Verpflichtungen in westlichen Währungen einging. Die Lücke füllten die Verantwortlichen in den Ministerien und Aussenhandelsbetrieben der DDR mit Krediten. Dahinter lag ein strukturelles Problem. Es mangelte an exportfähigen Produkten (zum Ganzen vgl. KUHRT et al., a.a.O., S. 59). Vor diesem Hintergrund beschäftigten sich ranghohe Funktionäre in Staat und Partei mit dem Erwirtschaften von Devisen. Sie unternahmen dazu erhebliche Anstrengungen und griffen auch zu unkonventionellen oder verwerflichen Methoden. Zu erinnern ist an dieser Stelle an die Praxis, politische Gefangene von der Bundesrepublik Deutschland freikaufen zu lassen. Die Devisenknappheit der DDR war ein ernsthaftes, bekanntes Problem.

3. Das Aussenhandelsmonopol

Der Aussenhandel war in der DDR zunächst faktisch, später auch rechtlich ein Monopol des Staates (FLORIAN PRUGGER, Die Nachfolge in das Vermögen der ehemaligen DDR, Diss. Würzburg, Frankfurt am Main 1994, S. 172). In einer marktwirtschaftlichen Ordnung bedeutet ein Monopol, dass eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich dem Staat vorbehalten ist. In diesem Sinne war in der DDR fast die gesamte Wirtschaft monopolisiert. Privatwirtschaftliche Tätigkeit war grundsätzlich verboten, Ausnahmen galten für kleine Handwerks- und Gewerbebetriebe (Art. 14 Abs. 2 der Verfassung der DDR; vgl. MOSCHÜTZ in: GRUEL et al., Staatsrecht der DDR, a.a.O., S. 137 f.). Vor diesem Hintergrund hat das Aussenhandelsmonopol gemäss Art. 9 Abs. 5 der Verfassung der DDR eine andere Bedeutung: Der Aussenhandel war eigens zu diesem Zweck gegründeten und speziell beaufsichtigten Unternehmen vorbehalten. Kraft des Aussenhandelsmonopols durften auch die meisten staatlichen Unternehmen keine Auslandsgeschäfte abschliessen. Mit dem Aussenhandelsmonopol einher ging das Devisenmonopol. Aussenhandelsbetriebe mussten Deviseneinnahmen der P. _____ (P. _____) anbieten (PRUGGER, a.a.O., S. 183). Der Aussenhandel war Teil der Planwirtschaft. Staat und Partei gaben vor, wie viele Einnahmen zu erzielen waren und bestimmten, welche Unternehmen welche Geschäfte tätigen durften. Die produzierenden Betriebe der Binnenwirtschaft waren vom Aussenhandel abgeschottet. Geschäftsbeziehungen mit ausländischen Unternehmen waren nur indirekt über die zum Aussenhandel ermächtigten Unternehmen möglich. Die Aussenhandelsbetriebe wickelten diese Geschäfte in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ab.

Neben dem offiziellen Aussenhandel, der sich in den veröffentlichten Wirtschaftsplänen niederschlug, gab es den „ausserplanmässigen Aussenhandel“. Eigens zu diesem Zweck gegründete Unternehmen tätigten Aussenhandelsgeschäfte, die sich nicht in den Wirtschaftsplänen niederschlugen und dort auch nicht vorgesehen waren. Der ausserplanmässige Aussenhandel und die damit erzielten Einnahmen waren nur einem kleinen Kreis ranghoher Funktionäre in Staat und Partei im Einzelnen bekannt. Sie konnten flexibler und kurzfristiger eingesetzt werden,

weil das ordentliche planwirtschaftliche Prozedere nicht zu durchlaufen war. Die zentrale Figur des ausserplanmässigen Aussenhandels war Alexander Schalck-Golodkowski, der Leiter des Bereichs Kommerzielle Koordinierung („KoKo“) im Ministerium für Aussenhandel. Zur Illustration sei darauf hingewiesen, dass Alexander Schalck-Golodkowski und die stellvertretende Finanzministerin Herta Köning in einem Schreiben vom 14. November 1989 den Ministerpräsidenten Hans Modrow auf Guthaben des Bereichs KoKo von 12,6 Milliarden Valutamark aufmerksam machten. Um diesen Betrag sei die Verschuldung der DDR geringer, als der Vorsitzende der Staatlichen Planungskommission [Gerhard Schürer] bisher angenommen habe (KUHRT et al., S. 59 und insgesamt zum Aussenhandel der DDR: PRUGGER, a.a.O., S. 162 ff. und BT 12/7600 S. 79). Nur rund zwei Wochen vorher erstattete Gerhard Schürer die bereits erwähnte ökonomische Analyse, in der von diesen Guthaben nicht die Rede ist. Nach der Wiedervereinigung befassten sich zwei Untersuchungsausschüsse des Deutschen Bundestages (die beiden „Schalck-Ausschüsse“) mit dem ausserplanmässigen Aussenhandel der DDR (Bundestags-Drucksachen BT 13/10900 und BT 12/7600). Zahlreiche Einzelheiten sind noch immer unklar. Etwas, worauf die Klägerin hinweist, darf aber als gesichertes Wissen betrachtet werden: Die DDR verfügte über frei konvertierbare Guthaben in Milliardenhöhe bei westlichen Banken. Das wusste nur ein kleiner Kreis ranghoher Funktionäre in Staat und Partei. Ebenso verfügte die SED über ganz erhebliche, frei konvertierbare Guthaben, gehalten von Tarnfirmen mit Sitz im westlichen Ausland, auch in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein.

4. Rechtsstaatswidriger Vermögenserwerb

a) Monopolisierte Tätigkeit

Wenn F. _____ und G. _____ Privateigentum von H. _____ oder der U. _____ waren, dann waren diese beiden Unternehmen absolute Ausnahmerecheinungen. Der Aussenhandel war einer kleinen Zahl von Betrieben vorbehalten. Diese waren Staats- oder Parteiunternehmen der SED. Das gilt für den offiziellen wie auch für den ausserplanmässigen Aussenhandel. Privatwirtschaft gab es nur in der Form kleiner Handwerks- und Gewerbebetriebe von lokaler Bedeutung.

Exportgeschäfte können in diesem Umfeld nichts anderes als ein Teil der Planwirtschaft sein. Exportgüter konnten F. _____ und G. _____ nur von Staatsbetrieben zu administrierten Preisen beziehen. Deviseneinnahmen konnte ein Exporteur nur zu staatlich festgelegten Kursen in DDR-Mark umtauschen. Über den Wechselkurs und die Preise für Exportgüter hatte es der Staat in der Hand, ob er den Gewinn beim Produzenten, beim Exporteur oder bei sich selbst entstehen lassen will. Zudem konnten sich die produzierenden Betriebe der DDR nicht aussuchen, mit welchem Exportbetrieb sie zusammenarbeiten wollten und ob sie überhaupt Güter exportieren wollten. Beides wurde vom Staat geplant und vorgeschrieben. In diesem Umfeld erzielte Gewinne stehen und fallen mit dem Wohlwollen der planenden Instanzen in Staat und Partei.

F. _____ und G. _____ haben auch Dienstleistungen für westliche Unternehmen erbracht, die ihre Güter in die DDR exportieren wollten. Dazu zählt namentlich die Vertretung gegenüber den Vertragspartnern in der DDR. Diese Unternehmen haben sich aus freien Stücken entschlossen, ihre Produkte in die DDR zu exportieren. Insoweit beruhen diese Geschäfte auf einem privatautonomen Willensentschluss. Auch bei den westlichen Unternehmen ist jedoch sehr fraglich, ob sie sich aussuchen konnten, von wem sie sich vertreten lassen konnten. Die Beklagte hat vor dem Bezirksgericht vortragen lassen, Q. _____ habe F. _____ anderen Aussenhandelsbetrieben vorgezogen und habe diesen Wunsch durchsetzen können. Das mag sein. Unternehmen, auf deren Produkte die DDR angewiesen war, hatten Verhandlungsmacht. Jedoch führt das Aussenhandelsmonopol zu einer Art Zwangsvertretung. Die Betriebe, welche die westlichen Produkte absetzen sollten, durften sie nicht importieren und jene, die importieren durften, hatten keine Vertriebsorganisation im Inland. Dass westliche Unternehmen die Dienstleistungen von Betrieben wie F. _____ und G. _____ überhaupt beanspruchen mussten, war eine Folge des Aussenhandelsmonopols. Für Dienstleistungen zu Gunsten ausländischer Unternehmen gab es in der DDR keinen Markt, der allen Unternehmen zugänglich war. Wenn F. _____ und G. _____ im Privateigentum standen, erscheinen sie noch immer als Betriebe, die sich eine Monopolrente (genauer: Oligopolrente) mit einer kleinen Zahl ausgesuchter Staatsbetrieben teilen. F. _____ und G. _____ durften, was auch den meisten staatlichen Unternehmen verboten war,

Geschäfte mit westlichen Unternehmen tätigen. Auch die Gewinne im Zusammenhang mit Importgeschäften sind somit Ausfluss einer Sonderbehandlung durch Staat und Partei.

b) Rechtsstaatliche Anforderungen bei Monopolen

Planwirtschaftliche Elemente sind der Rechts- und Wirtschaftsordnung der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland nicht völlig fremd. Sie sind nicht ohne Weiteres rechtsstaatswidrig. Das gilt auch für Monopole. Es kommt auch in rechtsstaatlichen Verhältnissen vor, dass der Staat eine lukrative Tätigkeit sich selbst oder ausgewählten Privatunternehmen vorbehält.

Solange der Staat eine monopolisierte Tätigkeit selbst ausübt, fließen die Gewinne in den Staatshaushalt. So verhält es sich beispielsweise mit den Gewinnen von Post und SBB. Noch korrekter ist es, staatliche Monopolbetriebe keine Gewinne erzielen zu lassen und die Preise für ihre Leistungen zu Selbstkosten zu kalkulieren. Geringfügige Gewinne und Verluste sind allerdings nicht zu vermeiden (vgl. BGE 124 I 11, E. 7 über die Aargauische Gebäudeversicherungsanstalt). Solange der Staat eine monopolisierte Tätigkeit auf eigene Rechnung betreibt, ist die Privilegierung einzelner Privatunternehmen ausgeschlossen.

Heiklere Fragen wirft in diesem Zusammenhang die Zulassung ausgewählter Privatunternehmen zu einer monopolisierten Tätigkeit auf. Zu denken ist etwa an den Betrieb eines Lokalradios, eines Wasserkraftwerks oder einer Busverbindung. In diesen Fällen soll die Abschöpfung einer Monopolrente durch Private über eine Abgabe (Konzessionsgebühr) verhindert werden. Realistischerweise lässt sich eine Privilegierung konzessionierter Unternehmen auch im Rechtsstaat nicht vollständig verhindern. Die Bemessung der Konzessionsgebühr eröffnet erheblichen Ermessensspielraum. Immerhin wird man es zu den rechtsstaatlichen Erfordernissen zählen dürfen, dass die Auswahl der Unternehmen, die im Monopolbereich tätig sein dürfen, nach sachlichen Kriterien erfolgt. Zu denken ist etwa an eine Überprüfung der Eignung des Unternehmens anhand seiner bisherigen Tätigkeit oder die öffentliche Versteigerung der Konzessionen, wie es beim Mobilfunk geschehen ist. Auch Zuteilungsmechanismen, die nicht sachlich, aber diskriminie-

rungsfrei sind, kommen in Frage, etwa die gleichmässige Aufteilung unter allen Interessenten oder die Verlosung unter allen, die bestimmte Minimalanforderungen erfüllen.

Nicht mit rechtsstaatlichen Verhältnissen zu vereinbaren ist jedoch, einzelnen privaten Unternehmen ohne sachlichen Grund privilegierten Zugang zu einer lukrativen Tätigkeit innerhalb des vom Staat geschaffenen Monopols zu verschaffen. Eine solche Sonderbehandlung wurde F._____ und G._____ jedoch zuteil. Wenn F._____ und G._____ tatsächlich im Privateigentum Dritter standen, so gibt es keine mit rechtsstaatlichen Erfordernissen vereinbare Erklärung dafür, weshalb diese beiden Unternehmen Geschäfte mit westlichen Unternehmen abschliessen durften. Das war privaten Unternehmen untersagt. Wenn F._____ und G._____ im Eigentum der U._____ standen, dann war die ideologische Nähe zur SED für die Privilegierung ausschlaggebend. Das ist mit rechtsstaatlichen Verhältnissen nicht zu vereinbaren. Auch bei anderen denkbaren Eigentümern, namentlich H._____, ist einzig die Nähe zu den Machthabern in Staat und Partei als Motiv für die Zulassung zur monopolisierten Tätigkeit ersichtlich. Das Vermögen von F._____ und G._____ erscheint somit auch dann als rechtsstaatswidrig erworben, wenn es sich dabei tatsächlich um „private“ Unternehmen gehandelt haben sollte, an denen die SED kein Eigentum beanspruchte.

c) Schluss aus den notorischen und eingeräumten Fakten

Bereits aus der unstrittigen Geschäftstätigkeit im Aussenhandel ergibt sich zusammen mit dem notorischen Wissen um das Aussenhandelsregime der DDR, die Planwirtschaft und die Devisenknappheit, dass F._____ und G._____ eine Sonderbehandlung erfahren haben, die sie als parteiverbundene juristische Personen erscheinen lässt.

Dass F._____ und G._____ in einem Umfeld tätig waren, in dem es entscheidend auf das Wohlwollen einflussreicher Personen in Staat und Partei ankam, zeigt sich auch in zwei Einzelheiten, welche die Nebenintervenientin selbst erwähnt. Erstens spricht auch die Nebenintervenientin von einem faktischen Mitspracherecht der SED bei der Berufung von Organen und Gesellschaftern der F._____

(act. 255 S. 34 Rz. 105). Zweitens musste F._____ Provisionseinnahmen aus der Vertretung der R._____ AG auf Geheiss der SED mit dem KoKo-Unternehmen S._____ teilen (act. 255 S. 37 Rz. 114; act. 29 S. 74ff. insb. Rz. 170f.). Die Beklagte wollte mit ihren Vorbringen vor dem Bezirksgericht aufzeigen, dass F._____ auf Rechnung der U._____ handelte. Nur wenn die Gewinne letztlich in verschiedene Kassen fliessen, mache eine Provisionsteilung Sinn. Das mag sein. Die Provisionsteilung zeigt jedoch auch, dass das Geschäft von F._____ und G._____ existentiell auf die Protektion und die Privilegierung durch die SED angewiesen war. Die Partei bestimmte, ob die Einnahmen bei F._____ verbleiben oder mit einem anderen Betrieb zu teilen waren.

Auf wessen Rechnung F._____ und G._____ wirtschafteten, kann offen bleiben. Beweisabnahmen über die angeblich von H._____ abgegebenen Treuhanderklärungen oder über die zahlreichen Einzelheiten, mit denen die Klägerin die Parteiverbundenheit zusätzlich aufzeigen will, haben zu unterbleiben. Da sich die Parteiverbundenheit vor dem notorischen geschichtlichen Hintergrund bereits aus den unbestrittenen Tatsachen ergibt, spielt auch keine Rolle, wer die Beweislast für weitere Behauptungen zu tragen hätte. In rechtlicher Hinsicht kann offen bleiben, ob die SED nach dem Zivilrecht der DDR die Gewinne von F._____ und G._____ hätte beanspruchen können. Kraft ihres Machtmonopols hatte es die SED bereits in der Hand, diese Gewinne entstehen zu lassen oder nicht. Ebenso kann offen bleiben, ob die Vorinstanz einen Teil der Duplik hätte aus dem Recht weisen dürfen. Aus der Duplik ergibt sich nichts, was der hier vertretenen Auffassung entgegenstünde. Auch eine eingehende Prüfung der Abtretungen, mit denen die Klägerin hilfsweise ihre Aktivlegitimation zu begründen sucht, erübrigt sich.

5. Zusammenfassung

F._____ und G._____ waren im Aussenhandel tätig. Sie erzielten Einnahmen in westlichen Währungen. Das Erwirtschaften von Devisen war für die DDR von strategischer Bedeutung, denn Devisen waren knapp, da es an exportfähigen Produkten mangelte. Seiner Bedeutung entsprechend war der Aussenhandel strikt reglementiert. Auch die meisten staatlichen Unternehmen durften keine Geschäfte mit dem Ausland abschliessen. Das war auch innerhalb der staatlichen

Wirtschaft einer kleinen Zahl spezialisierter und speziell beaufsichtigter Aussenhandelsbetriebe vorbehalten. Was exportiert oder importiert wurde, bestimmten die Planenden in Staat und Partei. F._____ und G._____ haben ihre Einnahmen auf den Wiener Konti in diesem Umfeld erzielt. Das ist keine echt privatwirtschaftliche Tätigkeit, wie es sie in der DDR lokal und im Kleinen durchaus gab. Bereits die Erlaubnis, Geschäfte mit westlichen Unternehmen zu tätigen, ist Ausfluss einer Sonderbehandlung, die von grosser Nähe zu Staat und Partei zeugt. Zudem sind Gewinne in diesem Umfeld nur denkbar, wenn F._____ und G._____ in die Planwirtschaft der DDR integriert waren. Ihre Gewinne standen und fielen mit dem Wohlwollen der planenden Instanzen in Staat und Partei. Privatwirtschaft in nennenswertem Umfang, deren Güter F._____ und G._____ hätten exportieren oder an den sie Importgüter hätten verkaufen können, gab es nicht. Die Gewinne, an wen sie auch immer hätten fließen sollen, waren nur durch Privilegierung und Protektion zu erzielen. Es gab zwar Akteure mit unterschiedlichen Interessen, aber keinen eigentlichen Markt mit einigermaßen freiem Zutritt. F._____ und G._____ haben ihre Gewinne durch faktische Teilhabe an der Staatsmacht erzielt, die sie die lukrativen Geschäfte unter Ausschluss anderer hat durchführen lassen. Das Vermögen von F._____ und G._____ erscheint damit zumindest potentiell als nicht nach materiell-rechtsstaatlichen Grundsätzen im Sinne des Grundgesetzes erworben. Sie fallen als parteiverbundene juristische Personen unter die Regelung von § 20b PartG DDR. Die Klägerin beansprucht die treuhänderische Verwaltung zu Recht und es galt seit Inkrafttreten des Parteiengesetzes ein Verbot von Vermögensveränderungen für F._____ und G._____.

IX. Zahlung einer Bank an Unberechtigte

1. Anwendbares Recht

a) Verträge und Organvertretung im internationalen Privatrecht

Gesellschaften unterstehen grundsätzlich dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind (Art. 154 Abs. 1 IPRG). In Art. 155 IPRG ist eine Reihe von Sachfragen aufgelistet, die sich nach dem Gesellschaftsstatut richten, hernach regeln die Art. 156-159 IPRG einige Sonderanknüpfungen. Die Liste des Art. 155 lit.a-i IPRG ist nicht abschliessend, sondern beispielhaft. Der Gesetzgeber strebte einen weiten Anwendungsbereich des Gesellschaftsstatuts an. Die Anknüpfung an eine andere Rechtsordnung als das Gesellschaftsstatut („Sonderanknüpfung“) soll die Ausnahme sein (BGE 128 III 346, E. 3.1.3).

Verträge unterstehen dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Die Rechtswahl ist ihrerseits ein Vertrag (BGE 81 II 176, E. 3). Das IPRG stellt in Art. 116 Abs. 2 IPRG inhaltliche Minimalanforderungen an die Einigung auf und unterstellt die Frage, ob eine Rechtswahl zustande gekommen sei, im Übrigen dem von den Parteien gewählten Recht.

b) Auslegung der Rechtswahlklausel

Die Kontoverträge zwischen der Beklagten einerseits sowie F._____ und G._____ andererseits enthalten in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Rechtswahl zu Gunsten des schweizerischen Rechts (act. 6/193-194). Deren Gültigkeit ist unstrittig, das schweizerische Recht wäre im Übrigen auch ohne Rechtswahl anwendbar (Art. 117 Abs. 3 lit. c und lit. d IPRG; BGE 133 III 37, E. 2). Die Nebenintervenientin argumentiert, kraft dieser Rechtswahl gelte auch für die Vertretung von F._____ und G._____ schweizerisches Recht (act. 255 S. 39 Rz. 126).

Vorab ist festzuhalten, dass die Organvertretung in Frage steht, nicht die Vertretung aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht. Ob H._____ F._____ und G._____ kraft einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht gegenüber der Beklagten ver-

treten kann, wäre nach österreichischem oder allenfalls nach schweizerischem Recht zu beurteilen (Art. 126 Abs. 2 IPRG). Das steht hier nicht in Frage. Ein Organvertreter kann seine Vertretungsmacht ohnehin nicht erweitern, indem er sich selbst namens der vertretenen Gesellschaft eine Vollmacht erteilt, die über seine Befugnisse als Organvertreter hinausgehen. Dass sich die zwischen H._____ im Namen von F._____ und G._____ und der Beklagten getroffene Unterschriftenregelung als rechtsgeschäftliche Vollmacht deuten liesse, ändert somit nichts daran, dass die Regeln über die Organvertretung die Grenzen des rechtlichen Könnens von H._____ bestimmen.

Die Rechtswahlklausel lautet: „Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen dem schweizerischen Recht.“ (act. 6/193 S. 3; act. 6/194 S. 3). Ihre Tragweite ist nach den schweizerischen Auslegungsgrundsätzen zu bestimmen (Art. 117 Abs. 2 IPRG). Die Beziehungen des Kunden zu seiner Bank bestehen oft aus mehr als einem Vertrag. Zur Kontoführung kann etwa der Kauf und Verkauf von Aktien, die Miete eines Tresorfachs, die Depotführung, Pfandverträge, die Zeichnung eines Anlagefonds, die Abgabe einer Garantieerklärung gegenüber Dritten, Anlageberatung oder auch Unterstützung beim Kauf und Verkauf von Liegenschaften hinzutreten. Die Formulierung „alle Rechtsbeziehungen“ will in erster Linie sicherstellen, dass die gesamte Dienstleistungspalette dem schweizerischen Recht untersteht, unabhängig von der rechtlichen Qualifikation der einzelnen Verträge.

Die von der Nebenintervenientin vertretene Auslegung, die auch die Organvertretung einschliesst, wäre jedoch nicht praktikabel. Wer Organ ist, und was dieses Organ kann, ist sehr eng mit dem Gesellschaftsstatut verknüpft. Denkbar, aber nach schweizerischem Recht unzulässig, ist etwa die Kooptation von Verwaltungsräten. Wer für eine juristische Person aus einem Land, das solches kennt, ein Konto eröffnet, will mit der Rechtswahlklausel in den AGB nicht erreichen, dass nur die gewählten, nicht aber die kooptierten Verwaltungsräte die Kontoinhaberin vertreten können. Auch die Bank will nicht in jedem Einzelfall prüfen, wie es sich mit den im Sitzstaat rechtmässig bestellten Organen nach schweizerischem Recht verhielte. Hinzu kommt, dass relativ häufig niemand zur Organver-

tretung berufen wäre. Zu denken ist etwa an die bei amerikanischen Aktiengesellschaften übliche Selbstorganschaft der Gründungsgesellschafter. Der Satz „Alle Rechtsbeziehungen des Kunden mit der Bank unterstehen dem schweizerischen Recht.“ erstreckt sich nicht auf die Organvertretung. Damit dürfen und müssen die Vertragspartner nicht rechnen und solches geht auch aus dem Wortlaut der Klausel nicht zwingend hervor. Die Organvertretung lässt sich auch als eine Rechtsbeziehung des Bankkunden mit seinem Organ begreifen. Was H. _____ an Rechtswirkungen zu Gunsten und zu Lasten von F. _____ und G. _____ herbeiführen konnte, richtet sich nach deutschem Recht. Dagegen richtet sich der Inhalt des Kontovertrages nach schweizerischem Recht (vgl. zum Ganzen auch Urteil 4P.48/2005 des Bundesgerichts vom 20. September 2005, E. 3.3.1).

c) Schutz des guten Glaubens

Bei der Organvertretung untersteht auch der Schutz des guten Glaubens an eine nicht gegebene Vertretungsmacht dem Gesellschaftsstatut (Urteil 4C.157/2003 des Bundesgerichts vom 2. November 2003, E. 2.3). Das ist jedoch in zwei Punkten zu relativieren. Erstens kann die Sonderanknüpfung von Art. 158 IPRG greifen: Eine Gesellschaft kann sich nicht auf die Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines Organs oder eines Vertreters berufen, die dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung der anderen Partei unbekannt ist, es sei denn, die andere Partei habe diese Beschränkung gekannt oder hätte sie kennen müssen. Die Bestimmung ist nicht einschlägig. Zwar kennt die schweizerische Rechtsordnung keine mit § 20b PartG DDR vergleichbare Regelung, doch entstand die Bestimmung vor dem Hintergrund der friedlichen Revolution in der DDR und der deutschen Wiedervereinigung. Diese Ereignisse erregten auch hierzulande grosses Aufsehen. Wie noch darzulegen sein wird, hätte die Beklagte sich mit einer allfälligen Berechtigung der Bundesrepublik Deutschland an den strittigen Geldern auseinandersetzen und dabei auch auf die Regelung von § 20b PartG DDR stossen müssen (unten Erw. IX).

Zweitens unterstehen die Modalitäten der Vertragserfüllung schweizerischem Recht. Wie noch darzulegen sein wird, sehen die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten vor, dass sie sich auch durch Leistung an einen Unberech-

tigten befreit, es sei denn, es treffe sie ein grobes Verschulden (unten Erw. 0.3.b). Damit fällt die Frage nach dem Schutz des guten Glaubens, der nach deutschem Recht zu beurteilen wäre, mit der Frage zusammen, ob die Barauszahlungen an H._____ die Beklagte befreit hatten. Die zweite Frage untersteht nach der Rechtswahlklausel dem schweizerischen Recht. Welche Rechtsordnung zum Zug kommt, kann offen bleiben. Wie noch darzulegen sein wird, haben die Barauszahlungen die Beklagte nach schweizerischem Recht nicht befreit, weil sie die fehlende Legitimation von H._____ hätte erkennen müssen (unten Erw. IX). Das deutsche Recht kennt in dieser Frage jedenfalls keinen Gutglaubensschutz, der über das schweizerische Recht hinausginge. Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 17. Oktober 1996 (IX ZR 335/95) offen gelassen, ob ein allfälliger guter Glaube bei der Anwendung von § 20b PartG DDR überhaupt zu schützen sei. Jedenfalls komme es nicht auf eine Eintragung im Handelsregister an, § 15 des deutschen HGB greife nicht (act. 186/10 S. 3). Zudem gilt auch nach deutschem Recht, dass sich nicht auf den guten Glauben berufen kann, wer den Rechtsmangel hätte erkennen müssen. Die Rechtslage entspricht insoweit der Regelung in Art. 3 Abs. 2 ZGB (vgl. ZR 104 [2005] Nr. 28, E. VI.D.2.1-3, S. 112 f.).

2. Zivilrechtliche Auswirkungen des Parteiengesetzes

a) Das Verbot von Vermögensveränderungen

In den ersten Jahren des Parteiengesetzes sind die Zivil- und Verwaltungsgerichte der Länder davon ausgegangen, Vermögensveränderungen im Sinne von § 20b Abs. 1 PartG DDR seien jegliche Rechtsgeschäfte, namentlich auch der Abschluss von Verträgen (GUIDO TOUSSAINT, Zur Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit vertraglicher Ansprüche gegen DDR-Parteien, ZIP 1993 1136 ff., S. 1139). Das Bundesarbeitsgericht hat dem gegenüber in einem Urteil vom 10. Dezember 1992 erkannt, schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte seien in der Regel nicht zustimmungsbedürftig. Es erwog, der Gesetzgeber habe das Ziel verfolgt, den Vermögensbestand der staatsnahen Parteien und Massenorganisationen zu erhalten. Das Weggeben oder Entwerten von Vermögenswerten solle kontrolliert werden. Das zeige sich auch daran, dass den staatsnahen Parteien und Massen-

organisationen in § 20a Abs. 1 lit. b aufgegeben werde, darüber Rechenschaft abzulegen, welche Vermögenswerte sie „veräussert, verschenkt oder auf sonstige Weise abgegeben“ hätten. Das Bundesarbeitsgericht will Vermögensveränderungen nicht absolut mit zivilrechtlichen Verfügungsgeschäften gleich setzen. Zustimmungsbefähigt seien auch Realakte und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, wenn sie Vermögenswerte negativ beeinflussen können. Sodann liess es offen, ob bestimmte Verpflichtungsgeschäfte nicht doch zustimmungsbefähigt sein könnten (NJW 1993 2553ff. insb. Erw. 3a und Erw. 3b. S. 2555).

Namentlich TOUSSAINT hat diese Rechtsprechung kritisiert. Er argumentierte, die Auslegung des Bundesarbeitsgerichts werde dem Regelungszweck nicht gerecht. Zudem habe das Zivilrecht der DDR anders als jenes der Bundesrepublik Deutschland das Abstraktionsprinzip nicht gekannt. Es beruhe auf dem Kausalitätsprinzip so dass es keine eigentlichen Verfügungsgeschäfte gegeben habe (a.a.O., S. 1141 f.). Dennoch hat sich auch der Bundesgerichtshof in Zivilsachen dieser Rechtsprechung in einem Entscheid vom 20. Februar 1998 angeschlossen (ZIP 1998 927, 930, E. 2a). Nichts anderes ergibt sich auch aus dem von der Klägerin eingereichten Urteil des Bundesgerichtshofes vom 7. November 1996 (act. 186/8/2 Urteil Nr. 6; Aktenzeichen III ZR 88/95, insb. Erw. II. 2 S. 10). Dort ist zwar noch die Rede von „nicht auf das Altvermögen bezogenen schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäften“. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine tragende Überlegung des Urteils sondern um ein blosses obiter dictum. Im Urteil vom 20. Februar 1998 schliesslich stand ein Vertrag über die Nutzung eines Grundstücks in Frage, das bis kurz vor Inkrafttreten von § 20b PartG DDR dem notorischen Parteibetrieb T._____ gehört hatte (ZIP 1998 927 ff., S. 928). Dass Altvermögen betroffen ist, macht den Abschluss eines Vertrages nicht ohne Weiteres zustimmungsbefähigt (a.a.O., S. 930, E. 2a).

Ausländisches Recht ist so anzuwenden, wie es ein Gericht im Ursprungsstaat tun würde (BGE 126 III 492, E. 3c/aa). Vor dem Hintergrund der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesgerichtshofes bleibt kein Raum, um den Begriff der Vermögensveränderung so weit zu fassen, wie es die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte in den ersten Jahren des Parteiengesetzes getan ha-

ben. Immerhin ist Folgendes anzumerken: Der Begriff der Vermögensveränderung war vor Inkrafttreten von § 20b PartG DDR in keinem der beiden deutschen Staaten ein feststehender zivilrechtlicher Begriff. Der Gesetzgeber hätte sich solcher Begriffe bedienen können, etwa jenem des Vertrages oder des Rechtsgeschäfts. Das hätte den Zweck, den der Gesetzgeber vor Augen hatte, jedoch nicht erfüllt. Der Zugriff des Staates auf die Vermögenswerte ehemals staatsnaher Parteien und Massenorganisationen lässt sich auch durch rein faktisches Handeln vereiteln. Vermögenswerte können ausser Landes geschafft und versteckt, Liegenschaften ohne Vertrag oder Entgelt Dritten zur Verfügung gestellt werden. Auch der Begriff des Rechtsgeschäfts, der Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte umfasst, ist in dieser Hinsicht nicht weit genug.

Andererseits ginge ein Zustimmungserfordernis für jegliche Handlung, die Rechtswirkungen zeitigen kann, zu weit. Darunter fielen auch völlig unbedenkliche Vorgänge wie der Wechsel der Hausbank für den Zahlungsverkehr oder die Anstellung von Personal zu marktüblichen Löhnen. Dass für Verpflichtungen ohne Zustimmung der Klägerin nur das Neuvermögen haftet, sich die vormals staatsnahe Partei oder Massenorganisation jedoch selbständig gültig verpflichten kann, genügt, um Missbräuchen vorzubeugen (vgl. NJW 1993 2555, E. 3b). Schliesslich lässt sich nicht sagen, dass der Zugriff des Staates auf die fraglichen Vermögenswerte einfacher werde, je weiter der Begriff der zustimmungsbedürftigen Vermögensveränderung gefasst wird. Das Gegenteil kann der Fall sein. Es führt somit kein Weg daran vorbei, dem Begriff der Vermögensveränderung einen eigenständigen Inhalt zu geben, wie es Bundesarbeitsgericht und Bundesgerichtshof getan haben. Dabei ist der Zweck im Auge zu behalten, zu verhindern, dass vor dem Mauerfall einflussreiche Funktionäre ihren Informationsvorsprung nutzen, um rechtsstaatswidrig erworbenes Vermögen dem Zugriff des nunmehr demokratischen Staates zu entziehen.

b) Barauszahlung als Vermögensveränderung

Wie bereits angedeutet, stellt der Abschluss eines Kontovertrages nach hier ver-
tretener Auffassung keine Vermögensveränderung im Sinne von § 20b Abs. 1
PartG DDR dar. Die Kontoeröffnung ist für sich allein betrachtet kein Abfluss von

Vermögenswerten. Die Eröffnung der beiden Zürcher Konti für F._____ und G._____ war somit nicht zustimmungsbedürftig. Auch die Überweisung von den Wiener auf die Zürcher Konti bewirkt bei F._____ und G._____ keine Vermögensveränderung. Damit haben die beiden Gesellschaften kein Vermögen veräussert, verschenkt oder weggegeben. Dagegen war die Barauszahlung eine Vermögensveränderung im Sinne des Parteiengesetzes. Die Beklagte und die Nebenintervenientin betonen zwar, H._____ habe das Bargeld im Namen von F._____ und G._____ als deren Organ entgegengenommen. Das trifft jedoch nicht zu. Im zwischenzeitlich rechtskräftig erledigten Parallelverfahren hat sich H._____ geweigert, das Geld an F._____ und G._____ zurückzuzahlen. Mit der fingierten Barauszahlung war das Geld bzw. waren die Vermögenswerte dem Zugriff von F._____ und G._____ und damit auch dem Zugriff der Klägerin entzogen. Genau das sollte mit dem Verbot von Vermögensveränderungen verhindert werden. H._____ konnte somit gültig Kontoverträge mit der Beklagten abschliessen, nicht aber sich die Guthaben bar auszahlen lassen.

c) Wirkung mit Inkrafttreten des Parteiengesetzes

Im Zeitpunkt der meisten Barauszahlungen lagen noch keine Verfügungen der Klägerin vor, aus denen hervorginge, dass F._____ und G._____ unter treuhänderischer Verwaltung der Klägerin stehen (oben E. II.1.e) und E. II.0). Das Verbot von Vermögensveränderungen gemäss § 20b Abs. 1 PartG DDR und die treuhänderische Verwaltung des Altvermögens gemäss § 20b Abs. 2 PartG DDR gelten freilich von Gesetzes wegen. Für das hier interessierende Verbot von Vermögensveränderungen ist ausdrücklich festgehalten, das Verbot gelte „mit Inkrafttreten dieses Gesetzes“. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Akt, mit dem die Klägerin die Regelung von § 20a und § 20b PartG DDR bezüglich einer bestimmten juristischen Person für anwendbar erklärt als feststellenden Verwaltungsakt bezeichnet (BVerwGE 92 196, 198). Die Feststellungen der Klägerin hätten nicht bloss deklaratorischen Charakter.

Ein feststellender Verwaltungsakt klärt eine bisher ungewisse Rechtslage, ohne sie zu verändern. Im Gegensatz dazu würde ein rechtsgestaltender Verwaltungsakt eine neue Rechtslage schaffen. Dass das Bundesverwaltungsgericht die Ver-

fügungen der Klägerin als Feststellungsakte bezeichnet, bestätigt somit, was der Wortlaut des Parteiengesetzes nahe legt. Das Verbot von Vermögensveränderungen galt für staatsnahe Parteien und Massenorganisationen seit Inkrafttreten von § 20b PartG DDR am 1. Juni 1990. Etwas anderes wäre denn auch kaum mit dem Sicherungszweck der Bestimmung vereinbar. Das Problem, vor dem der historische Gesetzgeber stand, war ja gerade der Informationsvorsprung jener, die das Vermögen der staatsnahen Parteien und Massenorganisationen dem Zugriff der nunmehr demokratisch legitimierten Staatsorgane hätten entziehen können. Ein Verbot, das erst greift, wenn die Klägerin die Vermögenswerte aufgespürt hat, käme regelmässig zu spät.

Dass die Klägerin die Banken in Deutschland regelmässig darüber informierte, welche juristischen Personen ihrer Auffassung nach unter die Regelung von § 20b PartG DDR fielen, widerspricht dem nicht. Es zeigt nur, dass die Klägerin sich bemüht hatte, eine Regelung bekannt zu machen, die sich die Banken so oder anders würden entgegenhalten lassen müssen. Eine derartige flächendeckende Information hätte keinen Sinn, wenn die Regelung nur aufgrund eines konkretisierenden Verwaltungsaktes oder eines Eintrags im Handelsregister gälte.

Dass den Verfügungen der Klägerin in den Worten des Bundesverwaltungsgerichtes nicht bloss deklaratorischer Charakter zukomme, bedeutet, dass die Klägerin mit diesen Verfügungen die Rechtslage verbindlich feststellen kann. Es handelt sich nicht um blossе Meinungsäusserungen, von denen Zivil- oder Verwaltungsgerichte in späteren Verfahren abweichen könnten. Die Klägerin und ihre Rechtsmittelinstanzen stellen jedenfalls für das deutsche Hoheitsgebiet verbindlich fest, ob eine juristische Person als mit einer staatsnahen Partei oder Massenorganisation verbunden zu qualifizieren ist oder nicht, wo das ungewiss oder strittig ist. Sie schafft damit jedoch nur Klarheit über das, was seit Inkrafttreten des Parteiengesetzes galt. Sie gestaltet die Rechtslage nicht neu.

3. Rechtliche Behandlung von Legitimationsmängeln

a) Keine Frage des Schadenersatzrechts

Die Leistung an eine andere Person als den Gläubiger befreit den Schuldner nicht. Das gilt auch dann, wenn der Schuldner gutgläubig war. Diese Regel liegt dem Obligationenrecht stillschweigend zu Grunde, ausdrücklich sind die Ausnahmen geregelt, etwa bei der Zession (Art. 167 OR). Das Problem der Zahlung an einen Unberechtigten ist kein Problem des Schadenersatzrechts. Der Bankkunde verlangt Erfüllung eines Vertrages, nicht Schadenersatz. Allerdings droht der Bank ein Schaden, weil sie Geld weggegeben hat, ohne dass sich ihr Obligo dem Kunden gegenüber reduzierte.

b) Möglichkeiten und Grenzen der Freizeichnung

Es war und ist üblich, dass Banken in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung vorsehen. Das hat auch die Beklagte getan (act. 255 S. 40 RZ. 128; act. 30/79 letztes Blatt). Schäden aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln trägt nach Art. 2 der AGB der Beklagten der Kunde, also F. _____ oder G. _____, sofern der Bank kein grobes Verschulden nachgewiesen werden kann. Art. 3 der AGB der Beklagten sieht sogar vor, dass der Kunde den Schaden aus mangelnder Handlungsfähigkeit „in jedem Fall“ selber trägt. Praktisch gleich lautende Klauseln finden sich auch heute in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Genau besehen modifizieren solche Bestimmungen die Modalitäten der Vertragserfüllung, nicht die vertragliche Haftung für Schäden. Genau wie die vertraglichen Haftungsregeln wirken sie sich aber darauf aus, welche Sorgfalt der Kunde von der Bank erwarten darf und wer die Folgen mangelnder Sorgfalt trägt. Das Bundesgericht überprüft solche Klauseln deshalb anhand von Art. 100 und Art. 101 OR. Es wendet die Bestimmungen betreffend „obligatorisch konzessionierte Gewerbe“ im Sinne von Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR auf Banken an, obwohl sie in heutiger Terminologie eine Polizeierlaubnis und nicht eine Konzession benötigen (zum Ganzen: BGE 112 II 450, E. 3; BGE 111 II 263, E. 1a und E. 1b; ROLF. H. WEBER, Haftung für Schäden bei Ausführung gefälschter Zahlungsaufträge, SJZ 1985 S. 85ff., insb. S. 87f.).

Wenn ein Organ der Bank bei der Zahlung an einen Unberechtigten ein grobes Verschulden trifft, muss die Bank trotz Freizeichnung ein zweites Mal bezahlen (Art. 100 Abs. 1 OR). Trifft das Organ nur ein leichtes Verschulden, steht es im Ermessen des Richters, die Freizeichnung wirken zu lassen oder nicht. Kein Ermessen besteht, wenn das Verhalten einer Hilfsperson der Bank in Frage steht und die Hilfsperson (z.B. Bankangestellter am Schalter) nur ein leichtes Verschulden trifft (Art. 101 Abs. 3 OR; BGE 132 III 449, E. 2). Keine Rolle spielt, ob Art. 2 oder Art. 3 der AGB anzuwenden ist. Beide Bestimmungen gehen in ihrer absoluten Formulierung zu weit, so dass die gesetzlichen Grenzen der Freizeichnung den Ausschlag geben.

c) *K._____ als Organ der Beklagten*

Im Zusammenhang mit der Zurechnung vertraglichen Handelns ist Organ, wer unter der Aufsicht des obersten Verwaltungsausschusses einer juristischen Person deren Geschäfte besorgt oder sich sonst in leitender Stellung betätigt (BGE 104 II 190, E. 3b). Im Verantwortlichkeitsrecht gilt ein engerer Organbegriff (BGE 117 II 570, E. 3). Grob gesagt trifft die aktienrechtliche Verantwortlichkeit in der Regel nur die oberste Schicht der Hierarchie (so: BGE 117 II 570, E. 3; vgl. auch 128 III 29, E. 3a), während die Rechtsprechung im Zusammenhang mit Art. 100f. OR auch Personen mit wesentlichen Entscheidungsbefugnissen auf tieferer Hierarchiestufe als Organ behandelt.

K._____ war Organ und nicht Hilfsperson im Sinne von Art. 101 Abs. 3 OR. Er war als Mitglied der Geschäftsleitung für Logistik und Administration zuständig und seit dem 18. Juli 1991 als Direktor, vorher als stellvertretender Direktor im Handelsregister eingetragen. Im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 100f. OR war das eine leitende Stellung. Auch soweit ihm nur ein mittleres oder leichtes Verschulden zukommen sollte, steht es im Ermessen des Gerichts, den Freizeichnungsklauseln die Wirkung zu versagen (Art. 100 Abs. 2 OR). Wie es sich damit verhält, hängt davon ab, ob K._____ hätte erkennen müssen oder ob er gar erkannt hat, dass er an der Auszahlung der Bankguthaben zweier Gesellschaften mitwirkt, die unter die Regelung von § 20b PartG DDR fallen.

IX. Schuldhaftes Verkennen des Legitimationsmangels

1. Erhöhte Anforderungen an die Aufmerksamkeit

Es gibt eine Reihe von Merkmalen eines Bankgeschäfts, welche die Bank misstrauisch machen müssen. Diese Anhaltspunkte sind heute beispielsweise im Anhang der Geldwäscherei-Verordnung der FINMA für den Bankensektor festgehalten (GwV-FINMA 1, SR 955.022). Die Verdachtsmomente dienen dazu, Transaktionen mit Mitteln verbrecherischer Herkunft zu identifizieren. Ob die hier strittigen Vermögenswerte verbrecherischer Herkunft sind, kann offen bleiben (dazu unten Erw. X). Die Techniken, derer sich Geldwäscher bedienen, eignen sich jedenfalls dazu, den Verbleib von Vermögenswerten zu verschleiern. Wenn der scheinbar über ein Konto Verfügungsberechtigte eine geldwäschereiverdächtige Transaktion wünscht, so kann das auch ein Anzeichen dafür sein, dass er entgegen dem ersten Anschein eben doch nicht über die fraglichen Konti verfügen darf. Die strittige Transaktion ist ein geradezu lehrbuchhaftes Beispiel einer verdächtigen Transaktion:

- Für K._____ war erkennbar, dass H._____ die Guthaben ab den Konti der D._____ in Wien abheben will. Es ist nicht ersichtlich, welchem wirtschaftlichen Zweck der Einbezug der Beklagten dient (a.a.O., A3).
- Die „Barbezüge“ betrafen Gelder, die allesamt erst vor Kurzem auf den Zürcher Konti eingegangen waren. Die Zürcher Konti von F._____ und G._____ waren Durchlaufkonti (a.a.O., A4). Das zeigte bereits der erste Barbezug.
- Das Formular A und die Handelsregisterauszüge passen nicht zusammen: Laut den Registerauszügen sind F._____ und G._____ Einpersonengesellschaften von H._____. Wenn H._____ nicht ihrerseits treuhänderisch handelt, müsste sie sich selbst im Formular A als wirtschaftlich berechtigt bezeichnen. Sie bezeichnete aber F._____ und G._____ selbst als wirtschaftlich berechtigt, was bei Einpersonengesellschaften keinen Sinn macht. Ihre Angaben waren insoweit irreführend (a.a.O., A8).

- Das Abheben hoher Barbeträge ist per se verdächtig (a.a.O., A17), das gilt erst Recht im Ausland (a.a.O., A24).
- Als besonders verdächtig gilt der Wunsch nach Quittungen für Barabhebungen, wenn das Bargeld sogleich wieder bei der Bank hinterlegt wurde (a.a.O., A35).

Die verwaltungsrechtlichen Vorschriften über Geldwäscherei haben sich seit 1991 stark verändert. Die heute im Anhang zur GwV-FINMA 1 beschriebenen Techniken waren allerdings auch 1991 bereits bekannt. Insbesondere war der Bruch der dokumentarischen Spur auch damals eines der bekanntesten Verdachtsmomente (PAOLO BERNASCONI in: Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht, Schriftenreihe SAV Band 8, Zürich 1991, S. 15). Auch Durchlaufkonti galten als verdächtig (a.a.O.). Auch im Jahre 1991 galten schliesslich Geschäfte als verdächtig, wenn der wirtschaftliche Hintergrund nicht nachvollziehbar war (DANIEL ZUBERBÜHLER, a.a.O., S. 72). Angebliche devisen- und steuerrechtliche Motive für ungewöhnliche und verdächtige Transaktionen waren schon damals kritisch zu hinterfragen (BERNASCONI, a.a.O., S. 19).

Auch nach damaligen Massstäben hatte K._____ bereits im Zeitpunkt des ersten Barbezugs eine Geldwäscherei-verdächtige Transaktion vor sich. Es war mit Händen zu greifen, dass etwas nicht stimmt. Vor diesem Hintergrund sind hohe Anforderungen an die gebotene Sorgfalt zu stellen.

2. Qualitative und quantitative Besonderheiten

Lehre und Rechtsprechung tragen dem kommerziellen Bedürfnis der Banken nach standardisierten Abläufen Rechnung. So wird etwa erwogen, die Rationalisierung sei im Massengeschäft unvermeidlich, was im Zusammenhang mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken zu berücksichtigen sei (ZR 97 [1998] Nr. 90, Erw. D.3, S. 221 f.). Die Anforderungen an die Sorgfalt dürften nicht so hoch geschraubt werden, „dass die Abwicklung der Geschäfte darunter leidet“ (so: CHRISTIAN THALMANN, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, Basel 1994, S. 140). Das ist zu relativieren. Die Beklagte

wirkte nicht an einem standardisierten Massengeschäft mit. Die Transaktion war massgeschneidert. Sie war in ihrer Art aussergewöhnlich und die Beträge waren sehr hoch. Die Beklagte sah sich bereits nach dem ersten Zahlungseingang mit umgerechnet rund fünfzig Millionen Franken konfrontiert. Insgesamt hat die Beklagte an der Umschichtung von knapp zweihundert Millionen Franken mitgewirkt und es fielen Kommissionen von rund einer halben Million Franken an. Das Mass der erforderlichen Sorgfalt hängt auch vom betreffenden Geschäft ab (THALMANN, a.a.O., S. 139). Die strittige Transaktion weist in diesem Punkt Parallelen zum „Bürgermeister-Fall“ auf (Urteil 4C.157/2003 des Bundesgerichts vom 2. November 2004). Dort stand ein Barcheck über DEM 15 Mio. in Frage (vgl. den Sachverhalt, a.a.O., Ziff. A). Hier wie dort ging es um sehr hohe Beträge und die gewünschte Transaktion war ihrer Art nach anfällig für Missbräuche. Mit Blick auf die hohen Beträge und die aussergewöhnliche, ohnehin nicht standardisierte Transaktion verschiebt sich die Grenze des unter kommerziellen Gesichtspunkten Zumutbaren zu Lasten der Bank.

3. Dreistellige Millionenbeträge bei einer GmbH der DDR

Die Beklagte konnte bereits vor der ersten Barauszahlung erkennen, dass sie es mit zwei lange vor der Wende in Ost-Berlin gegründeten Gesellschaften zu tun hatte, die zumindest über mehrere Dutzend Millionen Franken verfügten. Bereits dieser Umstand musste die Beklagte misstrauisch machen.

Das Wirtschaftssystem der kommunistischen Staaten Osteuropas war hierzulande im Jahre 1991 in den Grundzügen bekannt. Gängige Umschreibungen lauteten etwa, dass es in den kommunistischen Staaten kein Privateigentum gebe oder dass die Verstaatlichung der Produktionsmittel das zentrale Merkmal sei. Die Wirtschaft in den kommunistischen Staaten Europas war grundsätzlich verstaatlicht. Es gab in der DDR vor der Wende keine privaten Stahlwerke, Supermarktketten, Autofabriken oder Banken. Das darf bei einem leitenden Bankangestellten zwei Jahre nach der Wende als bekannt vorausgesetzt werden. Nicht in allen Einzelheiten bekannt war, wie eng oder wie weit die Ausnahmen vom Grundsatz der Verstaatlichung gefasst waren. Ob es etwa in der DDR möglich war, Eigentum an der eigenen Wohnung oder am selbst bewohnten Haus zu erwerben, ein Coif-

feurgeschäft auf eigene Rechnung zu betreiben oder dem Nachbarn ein gebrauchtes Auto zu verkaufen, hätte ein leitender Bankangestellter in der Schweiz im Jahre 1991 vielleicht nicht auf Anhieb sagen können. Die Beispiele zeigen aber auch, wo die Zweifelsfälle und die Grenzen des Allgemeinwissens liegen. Sie betreffen eine Grauzone, die vom Gelegenheitsgeschäft bis zum gewerblichen Kleinunternehmen mit einer Hand voll Beschäftigten geht. Soweit die landläufigen Vorstellungen nicht exakt waren, dürften sie den Spielraum für privatwirtschaftliche Tätigkeit eher unterschätzt als überschätzt haben. Private Unternehmen von einer Grösse, die fünfzig oder gar zweihundert Millionen Franken anhäufen können, gab es in der DDR nach landläufiger Vorstellung nicht.

Vor diesem Hintergrund musste das Anliegen von H._____, die Kontoguthaben an sie, eine österreichische Staatsangehörige, auszuzahlen, bereits misstrauisch machen. Die Behauptung, das Geld sei erst nach der Wende angehäuft worden, stand nie im Raum. Bei einem Betrag in dieser Höhe liegt es nahe, dass er im Rahmen der staatlichen Planwirtschaft verdient wurde. Auf das Wissen um das Aussenhandelsmonopol kommt es dabei nicht an. Dass der Aussenhandel auch innerhalb der staatlichen Wirtschaft bestimmten Betrieben vorbehalten war, war 1991 wie heute nicht jedermann geläufig. Bei einem leitenden Bankangestellten als bekannt vorauszusetzen ist aber, dass die Wirtschaft der DDR grundsätzlich staatlich war. Privatwirtschaft gab es in der DDR nach landläufiger Vorstellung überhaupt nicht und tatsächlich nur in der Form kleiner Handwerks- oder Gewerbebetriebe. Dutzende und erst recht über hundert Millionen Franken auf den Konti zweier ostdeutscher Gesellschaften mussten im Jahre 1991 die Frage aufwerfen, ob nicht die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsnachfolgerin der DDR in der einen oder anderen Form an diesen Werten berechtigt sei.

4. Wirtschaftliche Berechtigung der U._____ als Erklärung

Diese Bedenken liessen sich nicht mit dem Hinweis zerstreuen, F._____ und G._____ hätten ihr Geschäft auf Rechnung der U._____s [Partei] betrieben, Staat und Partei hätten das zugelassen, um der U._____ eine Finanzierungsquelle für ihre politische Tätigkeit zu erschliessen. Die Nebenintervenientin lässt offen, ob K._____ und J._____ über einen „U._____ -Hintergrund“ überhaupt gesprochen

haben (act. 255 S. 94 Rz. 444). Immerhin ist das im Zusammenhang mit den Behauptungen betreffend die devisenstatistische Meldung an die Österreichische Nationalbank angedeutet (vgl. unten E. IX.8). Zur wirtschaftlichen Berechtigung der U._____ rechtfertigen sich daher folgende Bemerkungen:

Dass die kommunistischen Staaten und Staatsparteien im Osten Europas ihre Bruderparteien im Westen finanziell unterstützten, wurde während des Kalten Krieges immer wieder vermutet. Der Vorwurf, die kommunistischen Parteien in Westeuropa seien „von Moskau ferngesteuert“, war nicht nur in der Schweiz Teil der politischen Rhetorik. Die hiesige Partei der Arbeit hat nach der Wende eingeräumt, sie habe finanzielle Unterstützung aus der Sowjetunion angenommen. Insofern ist es nicht völlig unplausibel, dass die U._____s mit Hilfe der DDR und ihrer Staatspartei SED Geld angehäuft haben soll. Immerhin bleibt der Betrag mit Blick auf die notorische Devisenknappheit erstaunlich hoch. Auch handelt es sich für eine politische Partei eines Landes von ähnlicher Grösse wie die Schweiz um sehr viel Geld. Das ist zumindest nicht derart einleuchtend, dass andere, bedenklichere Möglichkeiten hätten ausser Betracht fallen dürfen. Sollten H._____ oder J._____ die U._____ als wirtschaftlich Berechtigte genannt haben, so war der Hinweis nicht geeignet, die sich aufdrängenden Bedenken zu zerstreuen.

Auf dem Formular A bezeichnete H._____ F._____ und G._____ selbst als wirtschaftlich berechtigt. Das passt nicht zu einer Darstellung, wonach das Geld der U._____ zustehen solle. Widersprüchliche Angaben mahnen zur Vorsicht. Zudem sah sich die Beklagte noch immer mit dem Wunsch konfrontiert, eine Transaktion durchzuführen, mit der sich der Verbleib des Geldes verschleiern lässt. Aufgrund des Betrages blieb die Berechtigung der Bundesrepublik Deutschland auch mit einem Hinweis auf die U._____ eine ernsthafte Möglichkeit, mit der sich die Beklagte näher hätte befassen müssen.

5. Presseberichte über das Auslandvermögen der SED

Die Klägerin hat eine Reihe von Artikeln aus der NZZ, dem Spiegel und weiteren Zeitungen und Zeitschriften eingereicht. Sie will damit zeigen, dass die Medien damals ausführlich und prominent über das Auslandvermögen der SED berichteten (act. 4 S. S. 12 f., S. 24 ff. und S. 234 ff.; act. 6/5; act. 6/37-45; act. 6/48; act. 6/379-396). Die Nebenintervenientin hält dem entgegen, die Beklagte habe trotz dieser Presseberichte keinen Zusammenhang mit F._____ und G._____ herstellen müssen. Die Presseberichte befassten sich entweder mit Tarnfirmen mit Sitz im westlichen Ausland oder dann mit Vermögen der SED, das nach der Wende ausser Landes geschafft wurde. Die Beklagte habe es mit zwei in der DDR inkorporierten Gesellschaften zu tun gehabt, die ihr Vermögen lange vor der Wende erwirtschaftet hatten. Sie habe deshalb keinen Verdacht schöpfen müssen (act. 255 S. 18 Rz. 48).

Die Klägerin weist besonders auf den Artikel „SED-...“ im Spiegel vom tt.mm.1991 hin (act. 6/5 S. 43 ff.). Der Autor erwähnt H._____, F._____ und G._____ ausdrücklich und bringt sie mit den Bestrebungen der PDS in Verbindung, das Vermögen der SED dem Zugriff der Klägerin zu entziehen. Der Beklagten und der Nebenintervenientin ist zuzugestehen, dass nicht alles, was in auflagenstarken Publikationen zu lesen ist, als bekannt vorausgesetzt werden darf. Die meisten Leser lesen nur jenen Teil der Artikel, die sie besonders interessieren und nur ein Teil des Gelesenen bleibt langfristig im Gedächtnis haften. 1991 wurde auch noch nicht „gegoogelt“. Allein daraus, dass H._____, F._____ und G._____ in einem Artikel erwähnt werden, kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Umgekehrt lässt sich aus den Medienberichten aber auch keinesfalls herauslesen, dass Gesellschaften, die ihren Sitz in der DDR hatten, von vornherein unbedenklich wären. Ebenso wenig lässt sich aus den Artikeln schliessen, vor der Wende angehäuften Vermögen seien über jeden Zweifel erhaben. Herausgegriffen seien drei Berichte aus den Monaten und Wochen vor der ersten Barauszahlung. Im bereits erwähnten Spiegel-Artikel heisst es ausdrücklich, es falle „Treuhand [der Klägerin], Unabhängiger Parteienkommission, Polizei und Staatsanwaltschaft schwer, sich einen Überblick zu verschaffen und abfliessende Geldströme zu or-

ten“ (act. 6/5 S. 49). In der NZZ vom tt.mm.1991 erschien ein Artikel mit dem Titel „...“ (act. 6/380). Dort ist zu lesen, die Unabhängige Kommission habe sich bisher zu sehr von der Annahme leiten lassen, das Auslandvermögen der SED sei im KoKo-Bereich zusammengefasst gewesen. Nun seien bisher unbekannte Firmen ausserhalb der „Kommerziellen Koordinierung“ aufgetaucht. Der NZZ vom tt.mm.1991 war zu entnehmen, die Unabhängige Kommission habe ein Vergleichsangebot der PDS zurückgewiesen und bestehe auf die „...“, so die Überschrift des Artikels (act. 6/379).

Nach diesen Artikeln bestand im Frühjahr und Sommer 1991 der Verdacht, auf Konti im Ausland liege bislang unentdecktes Vermögen der ehemaligen SED. Vor allem aber erwecken die Medienberichte den Eindruck, dass die zuständigen deutschen Behörden im Dunkeln tappten. Der Spiegel schreibt ausdrücklich vom fehlenden Überblick und die NZZ von „vorschnellen Annahmen“ (act. 6/380), deswegen die Unabhängige Kommission nun überrascht sei. Noch immer bestand also ein Informationsvorsprung jener Personen, die vor der Wende über diese Gelder verfügen konnten. Deshalb lässt sich aus den Medienberichten über *ausländische* Tarnfirmen und Vermögensverschiebungen *nach* der Wende nicht der Umkehrschluss ziehen, in der DDR inkorporierte Firmen oder vor der Wende angehäuften Guthaben seien unverdächtig. Vielmehr geht aus den Artikeln hervor, dass wahrscheinlich noch nicht das gesamte Auslandvermögen der SED öffentlich bekannt ist und dass es nur Mutmassungen und Spekulationen, aber kaum gesichertes Wissen über den Verbleib dieser Gelder gibt.

Innerhalb einer Bank darf mit Blick auf die öffentliche Diskussion als bekannt vorausgesetzt werden, dass die zuständigen deutschen Behörden und die Öffentlichkeit vermutete, es gebe auf Bankkonti ausserhalb Deutschlands unentdecktes Parteivermögen. Genaueres über den Verbleib dieser Gelder war nicht bekannt. Ein Betrag, der seiner Höhe nach in der DDR nicht privatwirtschaftlich erworben sein konnte, musste bei der Beklagten und deren Direktor K._____ ganz erhebliche Zweifel daran wecken, ob wirklich die österreichische Staatsangehörige H._____ oder die U._____ die wahre Berechtigte sei und sich diesen Betrag „bar“ auszahlen lassen dürfe.

6. Untätigkeit der Klägerin

Mit dem Informationsvorsprung ist auch zu erklären, dass die Klägerin sich erst nach den strittigen Transaktionen mit F._____ und G._____ befasste. Die Beklagte und die Nebenintervenientin halten der Klägerin vor, sie verlange Unmögliches. Die Klägerin selbst als spezialisierte Fachbehörde habe die Parteiverbundenheit von F._____ und G._____ im Juni 1991 auch noch nicht erkannt, sie könne von der Beklagten nicht mehr verlangen als von sich selbst.

Im Gegensatz zur Klägerin hatte die Beklagte nach den ersten Zahlungseingängen im Frühjahr 1991 ausreichenden Einblick in die finanziellen Verhältnisse von F._____ und G._____. Es sind die auf den Zürcher Konti gutgeschriebenen Beträge, die zusammen mit den Kontounterlagen die Frage aufwerfen, ob F._____ und G._____ so staatsnah waren, dass § 20b PartG DDR anwendbar ist. Weil die Beklagte das im Gegensatz zur Klägerin wusste, hätte sie vor der Klägerin an der Berechtigung von H._____ zweifeln müssen.

7. Parteibetriebe als seltene Ausnahme in der DDR

Die Nebenintervenientin hält all dem entgegen, Parteibetriebe im Sinne von § 20b PartG DDR seien in der DDR nicht häufig gewesen. Nur ein kleiner Teil der in der DDR inkorporierten juristischen Personen sei unter die Regelung von § 20b PartG DDR gefallen und sie habe keine Anzeichen dafür gehabt, einen dieser seltenen Fälle vor sich zu haben.

Die Nebenintervenientin verschweigt, was die Folgen einer anderen rechtlichen Einordnung von F._____ und G._____ hätten sein können: Wären F._____ und G._____ nicht Partei- sondern Staatsbetriebe gewesen, dann hätte die Klägerin nicht nur die treuhänderische Verwaltung ihres Vermögens beanspruchen können, sie wäre Eigentümerin der Stammanteile geworden (PAPIER, a.a.O., S. 14; PRUGGER, a.a.O., S. 85 f.). Nur wenn F._____ und G._____ auch in der DDR als private Betriebe existiert hätten, wie das bei kleinen Handwerks- und Gewerbebetrieben vorkam, hätte H._____ als Alleingesellschafterin ohne weiteres über die Guthaben verfügen können.

Die meisten Betriebe der DDR waren Staatsbetriebe („Volkseigentum“). Dass Parteibetriebe über die gesamte Volkswirtschaft betrachtet eher eine Ausnahmeerscheinung waren, trifft zu. Ausschlaggebend ist aber eine andere Überlegung. Über die gesamte Volkswirtschaft betrachtet war es keine Seltenheit, dass sich die Berechtigung am Vermögen eines Betriebes im Zuge der Wende, der Wiedervereinigung und der Privatisierung änderten. Das gilt für Staats- und Parteibetriebe gleichermaßen. Naheliegend war, dass jene natürlichen Personen, die vor der Wende die Schalthebel eines Unternehmens in der Hand hielten, das im Frühjahr 1991 nicht mehr taten. Mit dieser Möglichkeit hätte sich die Beklagte ernsthaft auseinander setzen müssen. Nur bei den privaten Kleinbetrieben war Kontinuität über die Wende hinaus ohne Weiteres zu erwarten. Zwar sind die Details des Vorgehens der A1._____ bei der Privatisierung und der Rechtsnachfolge in das staatliche und quasi-staatliche Vermögen der DDR kein Allgemeinwissen. Bei einem leitenden Bankangestellten als bekannt vorausgesetzt werden darf aber, dass es die A1._____ gab und dass unter ihrer Ägide die bisher ganz überwiegend staatliche oder quasi-staatliche Wirtschaft der DDR privatisiert wurde (Staatsbetriebe, Parteibetriebe, Genossenschaften). Dass sich die A1._____ mit F._____ und G._____ befasst oder befassen würde, wenn sie um deren Vermögen im Ausland wüsste, lag nahe.

Vor diesem Hintergrund waren bereits die Auszüge aus dem Handelsregister der DDR verdächtig. Die Beklagte hätte sich angesichts der laufenden Privatisierungen zumindest erkundigen müssen, wie es sich damit verhalte, wie es komme, dass H._____, offenbar bereits zu DDR-Zeiten Geschäftsführerin, diese Position noch immer einnehme, ob F._____ und G._____ ebenfalls von der A1._____ privatisiert würden und wenn Nein, weshalb nicht. Für einen Kleinbetrieb, bei dem solches normal gewesen wäre, waren die Guthaben bei Weitem zu gross. Richtig ist, dass auch aktuelle Registerauszüge H._____ als Alleingesellschafterin aufgeführt hätten. Der Beklagten gereicht denn auch nicht zum Vorwurf, dass sie keine Registerauszüge eingeholt hat, sondern, dass sie trotz einer an sich schon verdächtigen Transaktion auf der Hand liegende Fragen nicht gestellt oder sich mit unplausiblen Antworten zufrieden gegeben hat.

Der pauschale Hinweis der Muttergesellschaft D._____, es sei alles in Ordnung, reicht nicht aus. Das mag genügen, wenn eine Bank einen Kunden für ein unverdächtiges Geschäft empfohlen erhält, nicht aber bei einer Transaktion, die sich dazu eignet, den Verbleib eines dreistelligen Millionenbetrages zu verschleiern.

8. Vermeiden einer Meldung an die österreichische Nationalbank

Die Beklagte und die Nebenintervenientin stellen sich auf den Standpunkt, es gebe eine unbedenkliche Erklärung für die fragliche Transaktion. H._____ habe als Treuhänderin der U._____ gehandelt. In deren Vermögen habe sie das Geld überführen wollen. Die U._____ habe vermeiden wollen, dass ihr immenses Vermögen bekannt wird. Für die Übertragung von Devisen gab es in Österreich anfangs der Neunziger Jahre noch umfangreiche Meldepflichten. Mit der Transaktion habe H._____ eine devisenstatistische Meldung an die Österreichische Nationalbank vermeiden wollen und sie habe auch einen rechtmässigen Weg gefunden, das zu tun (im Einzelnen: act. 45/1 S. 54 ff. insb. Rz. 58; act. 28 S. 105 f. Rz. 249 ff.).

a) Die einschlägigen Bestimmungen

Ausgangspunkt der österreichischen Regelungen war die hoheitliche Devisenbewirtschaftung der unmittelbaren Nachkriegszeit. Zunächst waren praktisch sämtliche Geldtransaktionen mit Auslandsbezug bewilligungspflichtig. Mit der Zeit traten immer mehr blosse Meldepflichten an die Stelle der Bewilligungspflichten (ARMIN J. KAMMEL/ALFRED SCHRAMM, Grundriss des Devisenrechts, Wien 2006, S. 55; ALFRED SCHWARZER/WALTER LIST, Das österreichische Devisenrecht 1990, Wien 1990, S. 68 f.). Im Jahre 1990 galten drei Verordnungen („Kundmachungen“) der Österreichischen Nationalbank, alle vom 6. Dezember 1989. Die Kundmachung DE 1/90 enthielt die wesentlichen Begriffsdefinitionen des österreichischen Devisenrechts. DE 2/90 erteilte generell-abstrakt die Bewilligung zur Durchführung sämtlicher vom Devisengesetz erfassten Geschäfte und regelte die wenigen Ausnahmen, bei denen nach wie vor eine Bewilligung für den Einzelfall erforderlich war. Die Meldepflichten waren in der Kundmachung DE 3/90 geregelt. Sie trafen nicht nur den Finanzsektor, zum Teil war jedermann meldepflichtig, der an den betreffenden Geschäften beteiligt war (SCHWARZER/LIST, a.a.O., S. 125, N 3 zu

DE 1/90 Ziff. 4.2). Banken hatten zusätzlich die „Meldebestimmungen für Banken in Österreich betreffend die statistische Erfassung des Zahlungsverkehrs mit dem Ausland“ (Auszüge in act. 47/29) einzuhalten. Auf sie verweist DE 3/90 Ziff. 2.2.7 unter dem Titel „Globalmeldungen“. Die hier interessierenden Meldepflichten dienten ausschliesslich dazu, der österreichischen Nationalbank statistische Daten zu liefern, die sie als Entscheidungsgrundlage benötigt. Sie waren insbesondere im Hinblick auf die Erstellung der Zahlungsbilanz von Interesse (SCHWARZER/LIST, a.a.O., S. 125, N 2 zu DE 1/90 Ziff. 4.2). Eine weiter gehende Kontrollfunktion kam der Nationalbank in diesem Zusammenhang nicht zu. Die meldepflichtigen Geschäfte waren unbeschränkt zulässig, es gab diesbezüglich keine hoheitlichen Massnahmen der Devisenbewirtschaftung mehr.

b) Meldungen im Zusammenhang mit der Transaktion

Für die Meldepflichten ist die Unterscheidung zwischen Deviseninländern und Devisenausländern wichtig. Die Beklagte als Zürcher Tochtergesellschaft der D._____ war Devisenausländerin im Sinne von § 1 Ziff. 10 des österreichischen Devisengesetzes vom 25. Juli 1946. Sie hatte ihren Sitz nicht in Österreich und hatte gegenüber der österreichischen Muttergesellschaft eine gewisse Selbständigkeit. Bereits eine selbständige ausländische Zweigniederlassung einer österreichischen Aktiengesellschaft galt als Devisenausländer (SCHWARZER/LIST, a.a.O., S. 77 f., N 4 zu § 1 Ziff. 9 DevG). F._____ und G._____ als Gesellschaften mit Sitz in Berlin waren ebenfalls Devisenausländer. Die U._____ und die Nebenintervenientin waren Deviseninländer. Bei natürlichen Personen war der Wohnsitz ausschlaggebend (§ 1 Ziff. 9 DevG). H._____ war Deviseninländerin mit Wohnsitz in ... [Österreich].

Die Überweisung des Geldes von den Wiener auf die Zürcher Konti fällt nicht unter die Bestimmungen der Kundmachung DE 3/90. Nach deren Ziff. 2.2.2 müsste der inländische Auftraggeber zwar den Transfer von Bankguthaben ins Ausland melden, einen inländischen Auftraggeber gab es jedoch nicht. Die Überweisungen hatten ja die Devisenausländer F._____ und G._____ veranlasst. Daher musste die D._____ die Überweisung von den Wiener Konti von F._____ und G._____ auf deren Zürcher Konti nicht einzeln melden. Der Betrag wurde statistisch im

Rahmen der Globalmeldungen (DE 3/90 Ziff. 2.2.7) erfasst. Die Nebenintervenientin erstatte diese Globalmeldungen (act. 30/74 S. 2). Die Klägerin behauptet nicht, dass bei der Globalmeldung die Kontoinhaberinnen F._____ und G._____ bei der Nationalbank aktenkundig geworden sind.

Deviseninländer mussten die Entgegennahme von Bargeld über ATS 100'000.-- von Devisenausländern und die Aushändigung von Barbeträgen über ATS 100'000.-- an Devisenausländer der Nationalbank melden (DE 3/90 Ziff. 2.1.7 und Ziff. 2.1.8). Die Beklagte argumentiert, die Barauszahlungen seien nicht meldepflichtig gewesen. Daran seien ausschliesslich Devisenausländer beteiligt gewesen, nämlich die Beklagte sowie F._____ und G._____, beide vertreten durch H._____. Das ist richtig, wenn man H._____ als Organvertreterin von F._____ und G._____ ansieht. Wenn H._____ das Bargeld jedoch bereits in diesem Moment namens der U._____ oder in eigenem Namen entgegennahm, so war eine Deviseninländerin beteiligt und die Transaktion meldepflichtig (vgl. act. 30/74 S. 4). Wie es sich damit verhält, kann jedoch offen bleiben. Faktisch blieb folgenlos, dass niemand die Barauszahlungen rechtzeitig gemeldet hatte. Dasselbe gilt für die Wiederanlage des Bargeldes in anonymen Werten. Wenn H._____ dabei als Organvertreterin von F._____ und G._____ gehandelt hätte, hätte die Beklagte die Einzahlung von Bargeld auf Konti von F._____ und G._____ bzw. die Entgegennahme von Bargeld von zwei Devisenausländern melden müssen (DE 3/90 Ziff. 2.1.8. und Ziff. 2.2.6). Jedenfalls hatte auch in dieser Hinsicht das Unterbleiben einer devisenstatistischen Meldung keine Konsequenzen. Die Beklagte hatte somit einen Weg gefunden, um die „Auslandsschillinge“ auf den Wiener Konti von F._____ und G._____ in anonyme Anlagen umzuwandeln. H._____ konnte sie ohne Mitwirkung einer Bank auf die U._____ oder sonst einen Deviseninländer übertragen. Einstweilen wurden weder F._____ und G._____, noch die die U._____ bei der österreichischen Nationalbank aktenkundig.

c) Plausibilität der Transaktion aus der Sicht der Beklagten

Vor dem Bezirksgericht Zürich behauptete die Beklagte noch nicht, K._____ sei über die devisenrechtlichen Vorschriften und das Anliegen, eine Meldung an die

Österreichische Nationalbank zu vermeiden, im Bild gewesen. Sie liess ausführen, K. _____ von der Beklagten habe die technischen Punkte der österreichischen Devisengesetzgebung möglicherweise nicht voll erklärt bekommen oder nicht voll verstanden und deshalb steuerliche Motive vermutet (act. 45/1 S. 57 Rz. 48). Die Nebenintervenientin stellte sich in der Berufungsduplik auf den Standpunkt, die Beklagte habe über diesen Vorgang sehr wohl Bescheid gewusst (act. 268 S. 64 Rz. 267). Selbst wenn man das unterstellt, musste die Transaktion erhebliche Zweifel daran wecken, ob H. _____ wirklich berechtigt war, sich die Kontoguthaben von F. _____ und G. _____ bar auszahlen zu lassen.

Bereits bei der ersten „Barauszahlung“ war der Bruch der dokumentarischen Spur ersichtlich. Bargeldbezüge in dieser Höhe sind ungewöhnlich und ein realer Bargeldbedarf war nicht zu erkennen. Neben dem Vermeiden einer Meldung an die Nationalbank bewirkte die Transaktion zumindest auch, dass der Verbleib des Geldes für jemanden, der nur die Kontounterlagen von F. _____ und G. _____ vor sich hat, nicht ausfindig zu machen ist. Die dokumentarische Spur verliert sich mit den Barbezügen in Wien, das Geld könnte sich irgendwo auf der Welt befinden. Das durfte K. _____ bereits vor dem ersten Bargeldbezug nicht entgehen. Der Bruch im *paper trail* war, auch wenn es eine devisenrechtliche Erklärung dafür gab, ein Alarmsignal, das dazu hätte führen müssen, die Legitimation von H. _____ und die Rechtslage betreffend juristische Personen aus der ehemaligen DDR näher abzuklären.

d) Alternativen zum gewählten Vorgehen

Im Sinne einer Eventualbegründung ist noch auf Folgendes hinzuweisen: Die Barbezüge führten zu hohen Kommissionen zu Lasten von F. _____ und G. _____. Dasselbe Resultat, anonyme Anlagen in den Händen von H. _____, hätte sich auch kostengünstiger erzielen lassen. F. _____ und G. _____ hätten das Geld auch ohne Barauszahlung und Wiedereinzahlung in anonyme Anlageformen umwandeln können. Das wäre als Überweisung von einem Schilling-Konto eines Devisenausländers („freies Schillingkonto“) auf ein anderes Schilling-Konto eines Devisenausländers in der Globalmeldung statistisch erfasst worden. Gerade nach der Darstellung der Nebenintervenientin war die Belastung eines Schilling-Konto

eines Devisenausländers nur global zu melden, solange das Geld nicht auf das Konto eines Deviseninländers floss. Zu melden war der Name eines inländischen Begünstigten (vgl. act. 47/29 S. 21 f.). Im Übrigen gab es in den Jahren 1990 und 1991 auch in der Schweiz Anlageformen, die sich ohne Mitwirkung einer Bank auf Dritte übertragen lassen. Die heute verbotenen Inhabersparhefte (VSB 08 Art. 2 Ziff. 5) sind in der damals anwendbaren Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 1. Juli 1987 wie auch in jener vom 1. Juli 1992 noch ausdrücklich geregelt (VSB 87 und VSB 92 je Art. 2 Ziff. 5). Die Guthaben hätten sich somit auch in Inhabersparhefte der Beklagten umwandeln lassen, die keinerlei Meldepflichten an die Österreichische Nationalbank unterlag.

Nach der strittigen Transaktion waren die Vermögenswerte von F._____ und G._____ noch nicht in den Händen der U._____, sondern noch immer in anonymer Form in den Händen von H._____. Die ausgenutzte Lücke im System der devisenrechtlichen Meldepflichten liegt darin, dass es neben Bargeld weitere Formen von Kapital gibt, die sich ohne Mitwirkung einer Bank auf Dritte übertragen lassen. Einzig durch die Barauszahlung, Aufbewahrung und Wiedereinzahlung war jedoch der Bruch der dokumentarischen Spur zu bewirken. Wäre die Eröffnung anonymer Anlageformen in den Kontounterlagen aktenkundig, liessen sich die entsprechenden Konti noch immer sperren. Zwar wäre nicht ersichtlich, wer zur Zeit die legitimierenden Urkunden in Händen hält, wohl aber bei welcher Bank das Geld liegt. Die Transaktion musste bei K._____ auch aus diesem Grund den Eindruck erwecken, es gehe in erster Linie darum, den Verbleib des Geldes zu verschleiern.

9. Zusammenfassung

Die Beklagte hat an einer höchst verdächtigen Transaktion mitgewirkt. Die Transaktion kostete ihre beiden Kundinnen F._____ und G._____ eine halbe Million Franken und unterbrach die dokumentarische Spur. Der Beklagten durfte und konnte nicht entgehen, dass hinter der Barauszahlung kein Bargeldbedarf stand. Insgesamt hatte die Beklagte allen Grund, damit zu rechnen, dass es H._____ da-

rum ging, mit der Transaktion den Verbleib der Guthaben von F._____ und G._____ zu verschleiern. Der wahre Berechtigte hat solches nicht nötig. Auch mit den Hinweisen auf die angebliche wirtschaftliche Berechtigung der U._____ und das österreichische Devisenrecht erscheint das noch immer als Möglichkeit, die ernsthaft in Betracht kommt. Die Beklagte und die Nebenintervenientin können nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten, dass die Parteiverbundenheit nicht aus dem Handelsregister ersichtlich war. Die Transaktion hätte deshalb bei der Beklagten ganz erhebliche Zweifel daran wecken müssen, ob sich H._____ die Gelder wirklich „bar“ auszahlen lassen darf. Die Beklagte hätte zum Beispiel von H._____ eine Unbedenklichkeitserklärung oder eine Feststellungsverfügung der Klägerin verlangen können. Ferner hätte sie den Sachverhalt in anonymisierter, das Bankgeheimnis wahrender Form der Klägerin unterbreiten können. Bei einer Routine-Auszahlung über kleinere Beträge, hinter denen ein echter Bargeldbedarf steht, wäre solches übertrieben. Die Transaktion war jedoch höchst verdächtig und es gab keine Erklärung, welche die Bedenken aus der Welt zu schaffen vermochte.

Objektiv hat die Beklagte an eine Unberechtigte geleistet. Nach der gesetzlichen Regelung trägt sie selbst das Risiko der doppelten Zahlung. Ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen überwälzen dieses Risiko weitgehend auf F._____ und G._____. Das ist nur in den Schranken von Art. 100 Abs. 2 OR zulässig. Diese Schranken sind überschritten. Die komplizierte und teure Transaktion, die den *paper trail* unterbricht, hat Umstände geschaffen, in denen K._____ nicht gutgläubig sein konnte (vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB). Wenn er den Mangel nicht erkannt haben sollte, so wäre ihm das als grobe Fahrlässigkeit anzulasten von der sich die Beklagte nicht freizeichnen kann. Selbst wenn das Verhalten von K._____ nur als mittlere Fahrlässigkeit qualifiziert würde, wäre der Freizeichnungsklausel kraft richterlichen Ermessens die Wirksamkeit zu versagen. Die Beklagte ist demnach zu verpflichten, der Klägerin den Kontosaldo ohne die zu Unrecht als Barbezug und Kommission abgebuchten Beträge zu bezahlen. Das entspricht dem Rechtsbegehren von EUR 128'355'788.45 (hundertachtundzwanzig Millionen dreihundertfünfundfünfzigtausendsiebenhundertachtundachtzig Euro und fünfundvierzig Cent).

X. Ausservertragliche Ansprüche

1. Zu den behaupteten Straftaten

Die Parteien setzen sich in ihren Rechtsschriften eingehend mit ausservertraglichen Ansprüchen von F._____ und G._____ auseinander. Die Klägerin argumentiert zusammengefasst, H._____ habe mit der Barauszahlung den Straftatbestand der Veruntreuung im Sinne von alt Art. 140 Ziff. 2 StGB erfüllt. Die Gelder waren damit verbrecherischer Herkunft, so dass K._____ in der Folge den Straftatbestand der Geldwäscherei erfüllt habe (Art. 305^{bis} StGB). Der Straftatbestand der Geldwäscherei ist eine Schutznorm, deren Verletzung Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR begründet, wenn die Vortat ein Vermögensdelikt war (BGE 129 IV 322, E. 2.2.4). Ein Schadenersatzanspruch setzt allerdings voraus, dass der Geldwäscher vorsätzlich gehandelt hat (BGE 133 III 323, E. 5.2.3.). Eventualiter wirft die Klägerin H._____ ungetreue Geschäftsbesorgung im Sinne von alt Art. 158 StGB vor. Dieses Delikt kommt als Vortat der Geldwäscherei nicht in Frage, in der Fassung von 1937 waren sämtliche Tatbestandsvarianten der ungetreuen Geschäftsbesorgung Vergehen, keine Verbrechen. Im Handeln von K._____ sieht die Klägerin jedoch einen Tatbeitrag, der als Helferschaft zur ungetreuen Geschäftsbesorgung von H._____ zu qualifizieren sei.

Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. F._____ und G._____ haben durch die Barauszahlungen keinen Schaden erlitten. Die Transaktion lässt ihre vertraglichen Ansprüche gegen die Beklagte unberührt und die Klägerin behauptet nicht, die Beklagte habe sich faktisch ausserstande gesetzt, zu erfüllen. Weil der vertragliche Anspruch auf Erfüllung des Vertrages, mithin auf Auszahlung des Saldos der Zürcher Konti noch immer besteht, entfallen Schadenersatzansprüche.

2. Bereicherung / Quasi-Vertrag

Das Weiterbestehen des vertraglichen Anspruchs führt auch dazu, dass die Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung und die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht einschlägig sind. Muss die Beklagte den Saldo der Zürcher Konti aus Vertrag auszahlen, so ist sie nicht ungerechtfertigt bereichert. Sie hat die Ge-

schäfte von F._____ und G._____ auf vertraglicher Basis geführt, nicht ohne Auftrag. Auf diese ausservertraglichen Anspruchsgrundlagen ist daher ebenso wenig näher einzugehen wie auf die Fragen des Schadenersatzrechts.

XI. Verzugszins

Da die Barauszahlungen keinen Schaden bewirkt haben, beginnt mit ihnen kein Schadenszins zu laufen. Die Klägerin geriet aber spätestens mit der Sühnverhandlung vom 27. Juni 1994 in Verzug. Mangels anderer Abrede war der Saldo der Zürcher Konti sofort fällig (Art. 75 OR). An der Sühnverhandlung wurde die Beklagte mit dem Sühnbegehren konfrontiert, das betragsmässig mit der eingeklagten Forderung übereinstimmt (act. 1 S. 2). Damit war die Beklagte gemahnt (Art. 102 Abs. 1 OR). Ab dem 27. Juni 1994 schuldet sie Verzugszinsen (Art. 104 Abs. 1 OR).

XII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Streitwert

Die Rechtshängigkeit trat mit der Übergabe von Klageschrift und Weisung am 29. Juni 1994 ein (act. 1 S. 3 Rückseite). Das ist der für die Bestimmung des Streitwerts massgebende Zeitpunkt (§ 18 Abs. 1 ZPO).

Ein österreichischer Schilling war bei Eintritt der Rechtshängigkeit Fr. 0.11940 wert (vgl. www.oanda.com/lang/de/currency/historical-rates). Auf eine Million Franken gerundet ergibt sich damit ein Streitwert von CHF 211 Mio. Diesen Betrag müsste die Beklagte auch heute bezahlen, wenn sie in Franken anstatt in Euro erfüllen wollte (Art. 84 Abs. 2 OR). Der Streitwert beträgt somit CHF 211 Mio.

2. Gerichtsgebühr

Die Gerichtsgebühr beträgt gemäss § 3 Abs. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren CHF 1'125'750.00. Bei sehr hohen Streitwerten stellt sich regelmässig

die Frage nach einer Herabsetzung der Regelgebühr mit Blick auf das verfassungsrechtliche Äquivalenzprinzip und auf § 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung. Streitwertabhängige Tarife tragen einerseits der Erfahrung Rechnung, dass höhere Streitwerte im Durchschnitt mehr Aufwand bedeuten. Andererseits bewirken streitwertabhängige Tarife einen Ausgleich. Bei tiefen Streitwerten decken die Gebühren kaum je den effektiven Aufwand, dafür übersteigen die Gebühren bei hohen Streitwerten den effektiven Aufwand. Dieser Ausgleich ist verfassungsmässig (BGE 120 Ia 171, E. 2a). Dabei darf aber nicht jeglicher Bezug zum Aufwand im konkreten Fall verlorengehen (BGE 130 III 225, E. 2.4). Ein Unterschreiten der Regelgebühr drängt sich auf, wenn trotz hohem Streitwert der Aufwand gering war.

Der vorliegende Prozess war in beiden Instanzen ausserordentlich aufwändig. Die Akten waren weit umfangreicher als in sonstigen Prozessen üblich, auch in solchen mit hohem Streitwert und es stellten sich schwierige Rechtsfragen.

Die Kostenfestsetzung des Bezirksgerichts Zürich wird von keiner Partei in Frage gestellt. Sie ist zu bestätigen.

Auch das obergerichtliche Verfahren war aufwändig. Der Umfang der Akten nahm noch einmal erheblich zu, allerdings konnte die Bearbeitung an die Arbeit des Bezirksgerichtes anknüpfen. Angesichts der hohen Gebühr rechtfertigt sich eine gewisse Unterschreitung des Regelansatzes. Die Gerichtsgebühr ist auf eine Million Franken festzusetzen.

Ausgangsgemäss werden die Beklagte und die Nebenintervenientin kostenpflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO). Die Nebenintervenientin ist dem Prozess vor dem Bezirksgericht Zürich beigetreten (Prot. Bezirksgericht S. 46 ff.). In erster Instanz waren die Kosten praktisch vollständig entstanden, als noch die Beklagte den Prozess geführt hatte. Im Berufungsverfahren führte von Anfang an die Nebenintervenientin den Prozess. Sie haftet daher für die zweitinstanzlichen Kosten allein, für die erstinstanzlichen solidarisch mit der Beklagten (§ 67 Abs. 2 ZPO).

Die Klägerin leistete im Sinne von § 76 ZPO eine Sicherheit für die Gerichtskosten der Berufung. Die Sicherheit ist zu beanspruchen, im Gegenzug ist der Klägerin der Rückgriff auf die Nebenintervenientin einzuräumen.

3. Prozessentschädigung

Die Pflicht zur Schadloshaltung des Gegners für dessen prozessualen Aufwendungen folgt der Auflage der Gerichtskosten (§ 68 ZPO).

Bei einem Streitwert von CHF 211 Mio. beträgt die Grundgebühr gemäss § 3 Abs. 1 der Anwaltsgebührenverordnung CHF 1'111'400.--. Vor erster Instanz waren zwei sehr umfangreiche Rechtsschriften zu erstellen. Für die klägerische Replik rechtfertigt sich ein Zuschlag von 50% der Grundgebühr (§ 6 Abs. 1 lit. c AnwGebV). Sodann rechtfertigt sich ein weiterer Zuschlag von 50% in Anwendung von § 6 Abs. 1 lit. d AnwGebV. Die Akten waren besonders umfangreich und es stellten sich schwierige Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung des Parteiengesetzes der DDR. Die aufgeworfenen rechtlichen Probleme und Sachverhaltsfragen stellen sich vor schweizerischen Gerichten ausgesprochen selten. Entsprechend war für die Parteivertreter kaum vorauszusehen, was die Gerichte als relevant ansehen würden und was nicht. Mit den beiden Zuschlägen ist auch der weitere Aufwand für die verschiedenen kleineren Eingaben und die Referenzenaudienz abgegolten. Ferner sollen die Zuschläge in der Regel die Grundgebühr nicht übersteigen (§ 6 Abs. 2 AnwGebV). Für das erstinstanzliche Verfahren ergibt sich somit ein Betrag von CHF 2'222'800.--.

Der Aufwand für das Berufungsverfahren ist deutlich geringer. Die Argumentation beider Parteien wich nicht grundlegend von der vor dem Bezirksgericht Zürich ab, vor allem aber war der grosse Aufwand für die Dokumentation des Sachverhalts bereits geleistet. Keine Partei hat im obergerichtlichen Verfahren derart umfangreiche Beilagen eingereicht wie vor dem Bezirksgericht Zürich. Es rechtfertigt sich deshalb, für das Berufungsverfahren ein Drittel der Grundgebühr zu berechnen (§ 12 Abs. 1 AnwGebV). Für die Berufungsreplik und die weiteren Eingaben ist ein Zuschlag von einem weiteren Drittel der Grundgebühr zu berechnen (§ 12

Abs. 4 AnwGebV i.V.m. § 6 Abs. 1 lit. c GebV). Das ergibt insgesamt CHF 740'933.33.

Die Festsetzung von Prozessentschädigungen ist ein Ermessensentscheid (vgl. § 69 ZPO). Auch dort, wo die Parteien anwaltlich vertreten sind, lässt die Anwaltsgebührenverordnung einen erheblichen Spielraum. Um Scheingenauigkeit zu vermeiden, rechtfertigt es sich, die anhand der Anwaltsgebührenverordnung festgesetzten Prozessentschädigungen zu runden. Für beide Instanzen zusammen ergeben sich CHF 2'963'733.33. Gerundet entfallen auf das erstinstanzliche Verfahren CHF 2'250'000.-- und auf das Berufungsverfahren CHF 750'000.--. Demnach ist die Nebenintervenientin zu verpflichten, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 3'000'000.-- zu bezahlen, bis zum Betrag von CHF 2'250'000.-- in solidarischer Haftbarkeit mit der Beklagten. Ein Mehrwertsteuerzusatz ist nicht beantragt und wegen des ausländischen Sitzes der Klägerin auch nicht geschuldet.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin EUR 128'355'788.45 nebst Zins zu 5% seit dem 27. Juni 1994 zu bezahlen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung wird bestätigt.
3. Die Kosten der ersten Instanz werden der Beklagten und der Nebenintervenientin in solidarischer Haftbarkeit auferlegt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf eine Million Franken festgesetzt.
5. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Nebenintervenientin auferlegt. Sie werden aus der von der Klägerin geleisteten Kautionsbezogen. Der Klägerin wird dafür der Rückgriff auf die Nebenintervenientin eingeräumt.

6. Die Beklagte und die Nebenintervenientin werden in solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, der Klägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von CHF 2'250'000.-- zu bezahlen.
7. Die Nebenintervenientin wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren von CHF 750'000.-- zu bezahlen.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden.

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund CHF 211 Mio.

Die Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:

Der juristische Sekretär:

Oberrichter Dr. O. Kramis

lic. iur. Th. Fleischer

versandt am: