

# **BE\_ZIVILSTRAF ZK 2022 401 vom 17. Mai 2023**

BE Obergericht, 2023-05-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_zivilstraf\\_ZK\\_2022\\_401](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_ZK_2022_401)

FR: BE\_ZIVILSTRAF ZK 2022 401 du 17 mai 2023

IT: BE\_ZIVILSTRAF ZK 2022 401 del 17 maggio 2023

## **Regeste**

Frage der Rechtshängigkeit bei negativer Feststellungsklage und Leistungswiderklage (Art. 59 Abs. 2 Bst. d ZPO) | Forderung übrige

## **Volltext**

Obergericht des Kantons Bern 1. Zivilkammer Cour suprême du canton de Berne 1re  
Chambre civile Entscheidung ZK 22 401 Hochschulstrasse 17 Postfach 3001 Bern Telefon +41  
31 635 48 02 Fax +41 31 634 50 53 obergericht-zivil.bern@justice.be.ch  
www.justice.be.ch/obergericht Bern, 17. Mai 2023 Besetzung Oberrichter Bettler  
(Referent), Oberrichter Studiger und Oberrichterin Sanwald Gerichtsschreiber  
Neuenschwander Verfahrensbeteiligte A. \_\_\_\_\_ AG vertreten durch Rechtsanwalt Prof.  
Dr. iur. B. \_\_\_\_\_ Beklagte/Berufungsklägerin gegen C. \_\_\_\_\_ vertreten durch  
Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_ Kläger/Berufungsbeklagter Gegenstand Forderung Berufung  
gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern- Mittelland vom 26. Juli 2022 (CIV 21  
4453 und 21 5781)

2 Regeste: Frage der Rechtshängigkeit bei negativer Feststellungsklage und  
Leistungswiderklage (Art. 59 Abs. 2 Bst. d ZPO) Stehen sich in demselben Prozess eine  
negative Feststellungsklage und eine Leistungswiderklage gegenüber, ist für die  
Sperrwirkung nicht dem Identitätsbegriff der Kernpunkttheorie zu folgen. Vielmehr ist für  
die Beurteilung der Identität der Ansprüche auf den vom Bundesgericht im Zusammenhang  
mit der negativen Wirkung der materiellen Rechtskraft entwickelten Grundsatz des  
zweigliedrigen Streitgegenstandes abzustellen (E. 5.5.4). In prozessualer Hinsicht ist ein  
Urteil bezüglich der Leistungs(wider)klage zu fällen und die negative Feststellungsklage  
gegebenenfalls als gegenstandslos abzuschreiben (E. 5.5.6). Erwägungen: I. 1. C. \_\_\_\_\_  
(nachfolgend Berufungsbeklagter) verfügt bei der A. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend  
Berufungsklägerin) über ein Privatkonto (A-Konto). Dieses Privatkonto nutzte er, um  
Spielguthaben auf seine Spielerkonten bei zwei Online-Casinos zu laden. Aufgrund eines  
technischen Problems beim externen Zahlungsverarbeiter (sogenannter Payment Service  
Provider) der Online-Casinos wurden die vom Berufungsbeklagten in Auftrag gegebenen  
Buchungen zwischen März 2020 und dem 8. Juni 2020 zwar seinen Spielerkonten  
gutgeschrieben, teilweise aber nicht von seinem Privatkonto abgebucht. Dies führte dazu,  
dass am 8. Juni 2020 rund 200 «aufgestaute» Transaktionen von insgesamt CHF 10'505.00  
gleichzeitig ab dem Privatkonto des Berufungsbeklagten abgebucht wurden. Nach dieser  
Belastung resultierte auf seinem Privatkonto ein Negativsaldo von CHF -9'356.73. 2. 2.1  
Am 23. August 2021 reichte der Berufungsbeklagte beim Regionalgericht Bern- Mittelland  
eine Klage gegen die Berufungsklägerin ein. Er stellte in der Sache die folgenden  
Rechtsbegehren (pag. 1 ff.): 1. Die [Berufungsklägerin] sei zu verurteilen, dem  
[Berufungsbeklagten] CHF 10'505.00 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 08.06.2020 zu

bezahlen. 2. Eventualiter Es sei festzustellen, dass der Minus-Saldo von CHF -9'530.00 per 31.12.2020 auf dem A-Konto Nr. xy des [Berufungsbeklagten] im Umfang von CHF 9'382.80 nicht zu Recht besteht, und dass damit eine Schuld des [Berufungsbeklagten] per 31.12.2020 zu Gunsten der [Berufungsklägerin] im Umfang von CHF 9'382.80 nicht besteht. 3. Die [Berufungsklägerin] sei zu verurteilen, dem [Berufungsbeklagten] CHF 73.30 mit Zins zu 5% seit dem 11. Juni 2021 zu bezahlen. 2.2 Am 29. Oktober 2021 beantragte die Berufungsklägerin die Abweisung der Klage. Gleichzeitig verlangte sie vom Berufungsbeklagten widerklageweise die Zahlung

3 von CHF 9'493.42 sowie die Beseitigung des Rechtsvorschlags in der von ihr in dieser Sache eingeleiteten Betreuung Nr. zy. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes Würenlos (pag. 55 ff.). 2.3 Anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. Februar 2022 erklärte der Berufungsbeklagte, das Rechtbegehren 3 der Klage vom 23. August 2021 sei angesichts der Rückbuchung der Betreuungskosten durch die Berufungsklägerin hinfällig geworden. Weiter modifizierte er sein Hauptbegehren (Rechtsbegehren 1) im Hinblick auf den verlangten Zins (neu lediglich 5% Zins auf dem Betrag von CHF 1'148.27 seit 8. Juni 2020). Das Eventualbegehren bestätigte er. Hinsichtlich der von der Berufungsklägerin erhobenen Widerklage beantragte er die kostenfällige Abweisung (pag. 173). 2.4 Mit Entscheid vom 26. Juli 2022 hiess das Regionalgericht die Klage insoweit gut, als es feststellte, dass die Schuld des Berufungsbeklagten betreffend das A-Konto Nr. xy gegenüber der Berufungsklägerin im Umfang von CHF 8'856.73 nicht besteht. Auf die Widerklage trat das Regionalgericht nicht ein. Die Gerichtskosten auferlegte es im Umfang von 16% dem Berufungsbeklagten und im Umfang von 84% der Berufungsklägerin. Letztere verpflichtete sie zudem zu einer Parteienschädigung an den Berufungsbeklagten (pag. 255 ff.). 3. 3.1 Gegen diesen Entscheid hat die Berufungsklägerin am 14. September 2022 beim Obergericht des Kantons Bern Berufung eingelegt. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Die vom Berufungsbeklagten erhobene Klage sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Auf die von ihr erhobene Widerklage sei einzutreten und der Berufungsbeklagte sei zur Zahlung von CHF 9'493.42 zu verurteilen. Weiter sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. zy. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes Würenlos zu beseitigen (pag. 323 ff.). 3.2 In seiner Berufungsantwort vom 21. Oktober 2022 beantragt der Berufungsbeklagte die kostenfällige Abweisung der Berufung (pag. 421 ff.). 3.3 Sowohl die Berufungsklägerin als auch der Berufungsbeklagte wiederholten im Rahmen einer unaufgeforderten Replik und Duplik (je gestützt auf das Replikrecht als Ausfluss des Anspruchs der Parteien auf rechtliches Gehör) ihre jeweiligen Standpunkte (pag. 495 ff. und pag. 531 ff.). II. 4. 4.1 4.1.1 Gegen den regionalgerichtlichen Entscheid steht die Berufung offen, soweit die Streitwertgrenze von CHF 10'000.00 erreicht ist (Art. 308 Abs. 2 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).

4.1.2 Zur Prüfung, ob das Streitwertfordernis nach Art. 308 Abs. 2 ZPO erfüllt ist, wird oberinstanzlich auf die vor der Vorinstanz zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren abgestellt. Der Streitwert vor dem Regionalgericht belief sich zuletzt auf CHF 10'505.00. Damit ist die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO überschritten und die Berufung erweist sich als das zulässige Rechtsmittel. 4.2 Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind für die Beurteilung der mit Berufung weitergezogenen Entscheide zuständig (Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG

ZSJ; BSG 271.1] und Art. 28 Abs. 1 Bst. a des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Die Entscheidungsfindung erfolgt in Dreierbesetzung (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

5. 5.1 Strittig ist in formeller Hinsicht, ob das Regionalgericht zu Recht nicht auf die Widerklage der Berufungsklägerin eingetreten ist.

5.2 5.2.1 Das Regionalgericht erwog, die Berufungsklägerin habe widerklageweise die Bezahlung von CHF 9'493.42 sowie die Aufhebung des Rechtsvorschlages in der von ihr eingeleiteten Betreuung verlangt. Bei der Widerklage handle es sich um eine Anerkennungsklage in Sinne von Art. 79 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1), die grundsätzlich form- und fristgerecht eingereicht worden sei (E. 19 f. des angefochtenen Entscheids, pag. 263).

5.2.2 Zu prüfen bleibe, so das Regionalgericht weiter, ob der Widerklage nicht die anderweitige Rechtshängigkeit entgegenstehe. Die Sperrwirkung der anderweitigen Rechtshängigkeit greife, wenn sich die gleichen Parteien mit dem gleichen Streitgegenstand gegenüberstünden. Soweit es sich um den gleichen Streitgegenstand handle, sei auch eine Beurteilung durch das gleiche Gericht ausgeschlossen, bei dem die vorangehende Rechtshängigkeit eingetreten sei. Das zweimal in vermeintlich gleicher Sache angerufene Gericht habe zu prüfen, ob der Streitgegenstand nur funktional identisch sei (Kernpunkttheorie) oder ob ein identischer Streitgegenstand nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vorliege; soweit letzteres der Fall sei, sei auf die zweite Klage nicht einzutreten. Die Identität zweier Streitgegenstände beurteile sich nach zwei Kriterien: den Klageanträgen einerseits und dem behaupteten Lebenssachverhalt andererseits. Massgebend sei somit das Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützten. Dabei sei der Begriff der Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Der neue prozessuale Anspruch sei deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten sei oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt werde. Laute das Rechtsbegehren auf eine Geldleistung, sei für die Prüfung der Anspruchsidentität die Klagebegründung beizuziehen (E. 22 des angefochtenen Entscheids, pag. 263 f.).

5 5.2.3 Vorliegend gehe die zunächst rechtshängig gemachte Klage betragsmässig weiter als die Widerklage. Die vorhandenen Diskrepanzen seien soweit ersichtlich auf das unterschiedliche Verständnis der Parteien zurückzuführen, wie sich eine Kontokorrentabrede auf die Legitimationen auswirke. Den Begründungen sei zu entnehmen, dass beide Parteien ihre Ansprüche auf ein und denselben Sachverhalt stützen: Es gehe darum, ob die Transaktionen zu Gunsten der E. \_\_\_\_\_ AG im Zeitraum von März 2020 bis zum 8. Juni 2020 über das E-Banking des Berufungsbeklagten zu Recht oder zu Unrecht erst am 8. Juni 2020 zu Lasten seines Privatkontos verbucht worden seien. Die Berufungsklägerin habe in ihrer Widerklagebegründung selber vorgebracht, die geltend gemachten Ansprüche ergäben sich aus demselben Tatsachenkomplex, auf den sich der Berufungsbeklagte in seiner Klage stütze. Beide Parteien seien mit anderen Worten der Meinung, jeweils Gläubigerin der nämlichen Forderung zu sein, wobei der Berufungsbeklagte eine eventuelle, negative Feststellungsklage anhängig gemacht habe. Es lägen damit eindeutig identische Streitgegenstände im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor. Die Rechtshängigkeit der Klage sei mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs am 18. Februar 2021 eingetreten. Folglich sei gestützt auf Art. 59 Abs. 2 Bst. d ZPO auf die am 29. Oktober 2021 anhängig gemachte Widerklage nicht einzutreten (E. 23 des angefochtenen Entscheids, pag. 265).

5.3 5.3.1 Die Berufungsklägerin beanstandet, die Annahme des

Regionalgerichts, wonach überschneidende Parteianträge vorlägen, treffe nicht vollständig zu. Die Identität sei nur bezüglich des Feststellungsbegehrens des Berufungsbeklagten (Eventual- begehren beziehungsweise Rechtsbegehren 2 der Klage) und dem Leistungsbegehren der Widerklage (dortiges Rechtsbegehren 2) zu bejahen. Obschon das Rechtsbegehren 1 der Klage und das Rechtsbegehren 2 der Widerklage, gestützt auf welche das Regionalgericht die anderweitige Rechtshängigkeit bejaht habe, grundsätzlich auf dem gleichen Tatsachenfundament fussen würden, verfolgten sie nicht denselben Zweck und seien daher nicht identisch im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Es liege somit nicht der gleiche Streitgegenstand vor und die anderweitige Rechtshängigkeit sei zu verneinen. Mit dem Rechtsbegehren 1 der Klage habe der Berufungsbeklagte die Rückerstattung von CHF 10'505.00 erreichen wollen, die seinem Privatkonto unbestrittenermassen belastet worden seien. Dieses Rechtsbegehren hätte aber nur dann gutgeheissen werden können, wenn das Privatkonto zum Zeitpunkt der Abrechnung einen CHF 10'505.00 übersteigenden Saldo aufgewiesen hätte und die Abbuchung unzulässigerweise erfolgt wäre. Beides sei vorliegend nicht der Fall. Entsprechend habe die Vorinstanz das Rechtsbegehren denn auch richtigerweise abgewiesen. Die Widerklage verfolge demgegenüber einen ganz anderen Zweck, nämlich den negativen Saldo auf dem Privatkonto auszugleichen. Sie verlange somit eine Leistung und strebe so einen Vollstreckungstitel zwecks Inkasso dieses Betrags an (Leistungsurteil und Beseitigung des Rechtsvorschlages). Die Ansicht des Regionalgerichts, beide Parteien würden meinen, Gläubiger derselben Forderung zu sein, sei entsprechend nicht richtig. Bei richtiger Betrachtung wäre somit auf die Widerklage einzutreten gewesen (Rz. 55-65 der Berufung, pag. 361 ff.).

6.5.3.2 Nach dem Eintreten auf die Widerklage hätte das Regionalgericht weiter das Verhältnis zwischen der negativen Feststellungsklage und der Widerklage prüfen müssen. Ein allfälliges Feststellungsinteresse an der negativen Feststellungsklage bestehe nämlich nur solange, als die Gegenseite daraufhin nicht eine Leistungs(wider)klage erhebe. Werde nach Rechtshängigkeit der negativen Feststellungsklage eine (nur im Kern) spiegelbildliche, in der Sache aber weitergehende Leistungsklage widerklageweise eingereicht, entfalle das Rechtsschutzinteresse an der negativen Feststellungsklage und damit eine Prozessvoraussetzung. Weil die Prozessvoraussetzungen aber bis zum Urteilszeitpunkt gegeben sein müssten, sei in einem solchen Fall nicht auf die negative Feststellungsklage einzutreten. Vorliegend seien die negative Feststellungsklage und die widerklageweise erhobene Leistungsklage im Kern identisch. Es gehe nämlich um den Bestand beziehungsweise den Nichtbestand der gleichen Forderung. Darüber hinaus werde mit der Widerklage aber zusätzlich ein Vollstreckungstitel (Leistungsurteil und Beseitigung des Rechtsvorschlages) angestrebt. Die Leistungswiderklage gehe damit über den deckungsgleichen Kern hinaus, womit ein anderer, weiterer Streitgegenstand vorliege. Ferner könne sie (die Berufungsklägerin) ohne ein Leistungsurteil ihre Forderung nicht vollstrecken. Beim Entscheid, der die negative Feststellungsklage abweise, handle es sich nicht um einen Vollstreckungstitel (Rz. 68-74 der Berufung, pag. 367 f.).

5.4 Der Berufungsbeklagte bestreitet die Ausführungen der Berufungsklägerin und verweist auf beziehungsweise bestätigt im Wesentlichen die Ausführungen des Regionalgerichts (Rz. 50 ff. der Berufungsantwort, pag. 459 f.).

5.5 5.5.1 Damit ein Gericht ein Sachurteil fällen kann, müssen die Prozessvoraussetzungen erfüllt sein (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Dazu gehört namentlich ein schutzwürdiges Interesse der rechtssuchenden Partei (Art. 59 Abs. 2 Bst. a ZPO). Auch die Prozessvoraussetzungen der fehlenden anderweitigen Rechtshängigkeit

beziehungsweise der fehlenden Rechtskraft (Art. 59 Abs. 2 Bst. d und e ZPO) können als Ausdruck dieses Interesses verstanden werden. Ist die Sache bereits entschieden oder hängig, fehlt ein legitimes Interesse an nochmaliger gerichtlicher Beurteilung (ZINGG, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N. 34 zu Art. 59 ZPO). Zwischen den Rechtsinstituten der Rechtshängigkeit und der abgeurteilten Sache besteht sodann insoweit eine Analogie, als beide namentlich das Zustandekommen widersprüchlicher Urteile in der gleichen Sache verhindern wollen (BGE 105 II 229 E. 1a). 5.5.2 Art. 59 Abs. 2 Bst. d und Bst. e ZPO sprechen beide von einer «Sache», die nicht anderweitig rechtshängig beziehungsweise nicht rechtskräftig entschieden sein darf. Der damit angesprochene Begriff des Streitgegenstandes ist in der Zivilprozessordnung nicht definiert. Seine zentrale Bedeutung liegt in der Beurteilung, ob zwei Klagen miteinander identisch sind. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beurteilt sich die Identität von Streitgegenständen (im Hinblick auf die negative Wirkung der materiellen Rechtskraft) nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, das heisst dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen (BGE 144 III 452 E. 2.3.2). Dabei ist der Begriff der Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen. Der

7 neue prozessuale Anspruch ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn er in diesem bereits enthalten war oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird (zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff; BGE 142 III 210 E. 2.1; 139 III 126 E. 3.2.3). Lautet das Rechtsbegehren auf eine Geldleistung, ist für die Prüfung der Anspruchsidentität die Klagebegründung beizuziehen (Urteil des BGer 4A\_525/2021 vom 28. April 2022 E. 3.3). Von einem anderen und im Ergebnis weiteren Streitgegenstandsbegriff geht die vom EuGH zu Art. 29 der Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO; entspricht Art. 27 des Lugano-Übereinkommens [LugÜ, SR. 0.275.12]) entwickelte Kernpunkttheorie aus. Danach ist im Zusammenhang mit der Rechtshängigkeit von einem identischen Anspruch auszugehen, wenn die Rechtsbegehren im Kern denselben Streit über Rechtsfolgen aus demselben weit verstandenen Lebenssachverhalt betreffen (ZINGG, a.a.O., N. 81 zu Art. 59; zur Kernpunkttheorie BGE 138 III 570 E. 4.2.2). Diesen Begriff des Streitgegenstands hat das Bundesgericht auch für Binnensachverhalte übernommen und ihn namentlich auf Art. 9 IPRG (Urteil des BGer 5A\_223/2016 vom 28. Juli 2016 E. 5.1.1.2) und Art. 35 des Gerichtsstandsgesetzes (GestG; mittlerweile ausser Kraft; BGE 128 III 284 E. 3bb) angewendet. Diese Rechtsprechung hat es nun auch für die Nachfolgebestimmungen des GestG in der ZPO übernommen (Urteil des BGer 4A\_405/2022 vom 26. Januar 2023 E. 2.1). 5.5.3 Wo die objektiven Grenzen der Rechtshängigkeit im Binnenverhältnis zu ziehen sind, beziehungsweise auf welchen Streitgegenstandsbegriff für die Prüfung der Identität abzustellen ist, wird vor allem dort kontrovers diskutiert, wo sich eine Feststellungsklage und eine Leistungsklage gegenüberstehen, die sich im Kern um den gleichen Anspruch drehen. Unproblematisch ist das Verhältnis allgemein dort, wo nach einer Leistungsklage eine Klage auf Feststellung des Nichtbestands der eingeklagten Forderung eingereicht wird. Eine solche nachträglich eingereichte Feststellungsklage entspricht im Ergebnis einem Antrag auf Klageabweisung. Sowohl nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff als auch nach der Kernpunkttheorie ist in dieser Konstellation von einem identischen Streitgegenstand auszugehen. Folgerichtig steht die Rechtshängigkeit der Leistungsklage der Einreichung der Feststellungsklage entgegen.

Weniger klar ist das Verhältnis im umgekehrten Fall, wenn also nach einer Klage auf Feststellung des Nichtbestands einer Forderung (negative Feststellungsklage) eine Leistungsklage auf Bezahlung dieses Betrags eingereicht wird. Anerkannt ist immerhin, dass eine Leistungsklage insoweit über die Feststellungsklage hinausgeht, als sie dem obsiegenden Leistungskläger einen definitiven Rechtsöffnungstitel verschafft, was eine abgewiesene Feststellungsklage grundsätzlich nicht bieten kann (BGE 148 III 30 E. 3.5, wo das Bundesgericht aber gleichzeitig für die Aberkennungsklage eine Ausnahme von diesem Grundsatz angenommen hat; ZINGG, a.a.O., N. 81 zu Art. 59 ZPO). Entsprechend sah sich das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung dazu veranlasst, die materielle Rechtskraft und die Rechtshängigkeit unterschiedlich zu behandeln. Es erwog, während eine gutgeheissene negative Feststellungsklage materielle Rechtskraft für die spätere Leistungsklage schaffe, entfalte die vorgängige Feststel-

lungsklage keine Sperrwirkung für die nachfolgende Leistungsklage (BGE 105 II 229 E. 1b). Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht aber wieder aufgegeben und – wie eingangs erwähnt – zunächst für den Geltungsbereich des LugÜ und anschliessend auch für Binnenverhältnisse die Kernpunkttheorie angewendet. In diesem Zuge erklärte es die negative Feststellungsklage und die korrespondierende Leistungsklage für identisch, unabhängig davon, welche Klage zuerst angehoben worden war (BGE 128 III 284 E. 3.). 5.5.4 Mit Blick auf ihren Zweck mag die Rechtshängigkeitssperre dort gerechtfertigt sein, wo sich Klagen derselben Parteien (sei es vor verschiedenen oder dem gleichen Gericht) gegenüberstehen und so bei einer separaten Beurteilung unnötige parallele Prozesse mit potentiell widersprüchlichen Urteilen drohen. Wird dagegen auf eine negative Feststellungsklage hin im selben Prozess (widerklageweise) eine Leistungsklage eingereicht, drohen diese Konsequenzen nicht. Würde man in dieser Konstellation indessen strikt die Kernpunkttheorie anwenden, wäre es dem mit der negativen Feststellungsklage ins Recht gefassten Gläubiger verwehrt, selber eine Leistungsklage einzureichen. Dies zumindest dann, wenn sich seine Leistungsklage im Kern um die gleichen Streitpunkte dreht, wie die zuvor eingereichte negative Feststellungsklage. Damit würden die Rechte des Gläubigers ohne ersichtlichen Grund erheblich beschnitten (Urteil des HGer/ZH HG170041 vom 28. Oktober 2019 E. 7.1.1, in: sic! 2020, S. 362 ff.;

OBERHAMMER/WEBER, in: Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, N. 18 Vor Art. 84-90 ZPO; BOHNET, in: Commentaire romand, CPC, 2. Aufl. 2019, N. 22; FÜLLEMANN, in: Dike-Kommentar ZPO, 2. Aufl. 2016, N. 22 zu Art. 88 ZPO; BAUMGARTNER/LUSTENBERGER, Zur Zulässigkeit der alternativen objektiven Klagehäufung, in: Festschrift für Wolfgang Portmann, 2020, S. 97 f.). Es rechtfertigt sich deshalb, zumindest in dieser Konstellation (negative Feststellungsklage vs. Leistungswiderklage im selben Prozess) für die Sperrwirkung nicht dem Identitätsbegriff der Kernpunkttheorie zu folgen, sondern für die Beurteilung der Identität der Ansprüche auf den vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der negativen Wirkung der materiellen Rechtskraft entwickelten zweigliedrigen Streitgegenstand abzustellen (so auch Urteil des HGer/ZH HG170041 vom 28. Oktober 2019 E. 7.1.1, in: sic! 2020, S. 362 ff.; OBERHAMMER/WEBER, a.a.O., N. 18 zu Vor Art. 84-90 ZPO). 5.5.5 Vorliegend hat der Berufungsbeklagte in seiner Klage vom 23. August 2021 in erster Linie formell ein Leistungsbegehren auf Zahlung von CHF 10'505.00 gestellt (Rechtsbegehren 1). Wie sich aus der Begründung und der späteren Modifikation des Rechtsbegehrens (pag. 173) ergibt, ging es dem Berufungsbeklagten mit seiner Klage darum, so gestellt zu werden, wie wenn die Transaktionen, die sich beim externen Payment Service Provider aufgestaut hatten und

die seinem Privatkonto allesamt am 8. Juni 2020 abgebucht wurden, nie belastet worden wären. Mit der geforderten Geldsumme sollte somit in einem ersten Schritt der auf die betreffen- den Transaktionen entfallende Negativsaldo auf seinem Konto (und damit eine Schuld gegenüber der Berufungsklägerin) ausgeglichen und dieses anschliessend auf den Stand gehoben werden, den es ohne die Belastungen aufgewiesen hätte. Auch wenn das Rechtsbegehren 1 der Klage als Leistungsbegehren formuliert ist, verlangte der Berufungsbeklagte damit eigentlich nur die Zahlung jenes Betrags, den er vor der Abbuchung noch als Positivsaldo verzeichnen konnte. Soweit wei-

9 tergehend geht es um die Beseitigung des Negativsaldos; jenes Ziel also, das er auch mit dem Eventualbegehren auf Feststellung des Nichtbestands des Negativ- saldus verfolgt. Die Berufungsklägerin ihrerseits strebt mit der Widerklage die Ver- pflichtung des Berufungsbeklagten zur Bezahlung ebendieses Negativsaldos an und will damit den Ausstand ausgleichen, der aus der Abbuchung der aufgestauten Transaktionen resultiert. Wie bereits von der Vorinstanz ausgeführt und von den Parteien auch nicht bestrit- ten, dreht sich der Streit im Kern um die Frage, ob die rund 200 aufgestauten Transaktionen zu Gunsten der E. \_\_\_\_\_ AG am 8. Juni 2020 zu Recht dem Konto des Berufungsbeklagten belastet wurden oder nicht (E. 23 des angefochte- nen Entscheids, pag. 265). Wenn das Regionalgericht aber pauschal ausführt, die Klage des Berufungsbeklagten gehe betragsmässig «weiter» als die vom Beru- fungskläger eingereichte Widerklage, kann ihm nur teilweise gefolgt werden: Zwar macht der Berufungsbeklagte mit seinem Rechtsbegehren 1 auch jene Transaktio- nen zum Streitgegenstand, die aufgrund des damals bestehenden Positivsaldos vom Privatkonto des Berufungsbeklagten abgebucht werden konnten. Würde aus- schliesslich die Widerklage beurteilt, wären diese Transaktionen nicht Gegenstand des Verfahrens. Soweit es aber um die Beurteilung jener Transaktionen geht, die zum Negativsaldo auf dem A-Konto des Berufungsbeklagten führten, stehen sich faktisch die vom Regionalgericht beurteilte negative Feststellungsklage (des Beru- fungsbeklagten) und die Leistungswiderklage (der Berufungsklägerin) gegenüber. Auch wenn mit der von der Berufungsklägerin erhobenen Leistungswiderklage auf den ersten Blick lediglich das kontradiktorische Gegenteil der negativen Feststel- lungsklage zum Prozessthema gemacht wird, geht der Leistungsanspruch – wie erwähnt – insoweit über den Feststellungsanspruch hinaus, als dem Leistungsklä- ger (bei Gutheissung seiner Klage) ein definitiver Rechtsöffnungstitel verschafft würde, was eine abgewiesene Feststellungsklage grundsätzlich nicht bieten kann (E. 5.4.3 oben). Ob im zu beurteilenden Fall eine Konstellation vorliegt, bei der die- se Eigenschaft ausnahmsweise auch dem Urteil über die negative Feststellungs- klage zukommt, ist insofern von untergeordneter Bedeutung, als die Berufungsklä- gerin neben der Zahlung des Negativsaldos auch die Beseitigung des Rechtsvor- schlags in der Betreibung verlangt, die sie zur Eintreibung der entsprechenden Forderung beim Betreibungsamt Würenlos anhängig gemacht hat. Zumindest in dieser Hinsicht geht die Widerklage über den Gegenstand der negativen Feststel- lungsklage hinaus. Im Ergebnis hätte das Regionalgericht in dieser Konstellation nicht von identischen Streitgegenständen ausgehen und gestützt darauf schliessen dürfen, der Widerklage komme keine eigenständige Bedeutung zu. Vielmehr hätte es auf die Widerklage eintreten und diese inhaltlich beurteilen müssen. 5.5.6 Mit der Beurteilung einer (weitergehenderen) Leistungswiderklage entfällt das Rechtsschutzinteresse an einer vorgängig eingereichten negativen Feststellungs- klage (RICHTERS/NAEGELI, in: Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, N. 7 zu Art. 242). Dies ist auch in der vorliegend zu beurteilenden Konstellation der Fall. Anders als der Berufungsbeklagte

ausführt, führt der Fortbestand des Negativsaldos auf seinem A-Konto nicht dazu, dass ein Feststellungsinteresse weiter zu bejahen wäre (Rz. 62 der Berufungsantwort, pag. 461 f.). Bereits das Regionalgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, es könne nur eine

10 Nichtschuld festgestellt, nicht aber darüber geurteilt werden, ob ein Negativsaldo zu Unrecht bestehe (E. 16 des angefochtenen Entscheids, pag. 261). Die Frage, ob die Schuld des Berufungsbeklagten in materieller Hinsicht besteht oder nicht, wird auch bei der Leistungswiderklage beurteilt, weshalb sich daraus kein selbstständiges Interesse ableiten lässt. Was den Umgang mit der negativen Feststellungsklage in prozessualer Hinsicht angeht, beantragt die Berufungsklägerin unter Verweis auf FÜLLEMANN (a.a.O., N. 7 zu Art. 88 ZPO), es sei ein Nichteintretensentscheid zu fällen (Rz. 68 ff. der Berufung, pag. 367 f.). Ein solches Vorgehen erweist sich indessen als nicht sachgerecht: Selbst FÜLLEMANN führt an besagter Stelle nämlich lediglich aus, aufgrund des weggefallenen Feststellungsinteresses könne ein Nichteintretensentscheid gefällt werden, sobald für den Leistungskläger die Fortführungslast eintrete. Vorzuziehen sei allerdings die bisher in den Kantonen verfolgte Praxis, die Feststellungsklage als gegenstandslos abzuschreiben. Weil ein Nichteintreten beziehungsweise ein Abschreiben der Feststellungsklage die bereits vorhandenen Prozessergebnisse im negativen Feststellungsprozess vernichten könnte, rechtfertigt es sich, den Streitgegenstand zu behandeln und ein Urteil bezüglich der Leistungsklage zu fällen. Erst dann ist die negative Feststellungsklage gegebenenfalls als gegenstandslos abzuschreiben (so auch OBERHAMMER/WEBER, in: Kurzkomentar Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl 2021, N. 20 zu Art. 88 ZPO). III. 6. Der Sachverhalt ist zwischen den Parteien insofern unbestritten, als der Berufungsbeklagte seit dem 29. Januar 2008 über ein Privatkonto bei der Berufungsklägerin verfügt. Grundlagen dieser Geschäftsbeziehung sind der Basisvertrag vom 13. Dezember 2007 sowie die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und die Teilnahmebedingungen (TNB) der Berufungsklägerin, Stand 2018. Unter anderem im Zeitraum zwischen März 2020 bis zum 8. Juni 2020 tätigte der Berufungsbeklagte eine Vielzahl von Transaktionen ab seinem Privatkonto auf die Spielerkonti bei zwei Online-Casinos. Ein technisches Problem beim externen Payment Service Provider des Online-Casinos (betrieben durch die E. \_\_\_\_\_ AG) führte dazu, dass die in Auftrag gegebenen Buchungen teilweise nicht unmittelbar respektive zeitnah ab dem Privatkonto des Berufungsbeklagten abgebucht wurden. Gewisse Transaktionen, insgesamt rund 200 an der Zahl, wurden seinem Konto erst am 8. Juni 2020 belastet. Unbestritten ist schliesslich, dass die Berufungsklägerin nach den Zahlungsaufträgen des Berufungsbeklagten jeweils eine Deckungsprüfung vorgenommen hat. Unmittelbar vor der Belastung von CHF 10'505.00 am 8. Juni 2020 fand keine erneute Deckungsprüfung statt (E. 26 des angefochtenen Entscheids, pag. 267). 7. 7.1 Das Regionalgericht ordnete die Vertragsbeziehung zwischen den Parteien rechtlich ein und erwog, bei einem Kontovertrag, der einem Girokonto zugrunde liege, verpflichtete sich die Bank, dem Kunden für die Dauer der Geschäftsverbindung den Zahlungsverkehr zu besorgen, und der Kunde willige ein, die Bank hierfür zu ent-

11 schädigen. Es handle sich um einen auf Dauer gerichteten, entgeltlichen Auftrag zur Besorgung des Zahlungsverkehrs, der den Bestimmungen über das Auftragsrecht unterstehe. Zu berücksichtigen seien ferner die erwähnten AGB und TNB (E. 29 des angefochtenen Entscheids, pag. 273). 7.2 Daraufhin setzte sich das Regionalgericht mit der Frage auseinander, ob den strittigen Transaktionen ein gültiger Zahlungsauftrag zugrunde lag. Es führte aus, der Berufungsklagte habe unbestrittenermassen sämtliche Abbuchungen

autorisiert, wengleich dies teilweise lange vor der tatsächlichen Belastung auf seinem Konto geschehen sei. Eine Befristung oder ein Widerruf der Zahlungsanweisungen habe nicht stattgefunden. In den AGB sei indessen die folgende Klausel enthalten, die nach Ansicht des Berufungsbeklagten einer derart lange nachgelagerten Abbuchung entgegenstehe, wie sie vorliegend erfolgt sei: 9. Bezahlen im Internet [...] Das Lastschriftdatum wird vom Internetshop festgelegt. Der autorisierte Betrag wird auf dem Konto des Karteninhabers während fünf Tagen reserviert. Das Regionalgericht ging vorerst auf die Grundlagen zur Auslegung von allgemeinen Geschäftsbedingungen ein. Angewandt auf die konkrete Bestimmung in den AGB kam es zum Schluss, diese habe nicht so verstanden werden dürfen, dass eine Zahlungsanweisung nur innerhalb der Reservationsfrist stattfinden können und dürfen. Den umstrittenen Transaktionen habe somit jeweils eine gültige Zahlungsanweisung zugrunde gelegen (E. 39.1-39.4 des angefochtenen Entscheids, pag. 291-295).

7.3 7.3.1 In einem weiteren Schritt ging das Regionalgericht auf die Deckungsprüfung ein, die der Auftragsausführung vorausgeht, und setzte sich mit der für das Privatkonto des Berufungsbeklagten vorgesehenen Überzugslimite auseinander. Auch diesbezüglich seien in den AGB und den TNB zum A-Konto Regelungen vorgesehen: Aus den allgemeinen Geschäftsbedingungen: 6. Kundenaufträge a) Ausführung von Aufträgen Erteilt der Kunde einen Auftrag, führt A. \_\_\_\_\_ diesen bei vorhandener Deckung aus. Erteilt der Kunde mehrere Aufträge, deren Gesamtbetrag das verfügbare Guthaben übersteigt, kann A. \_\_\_\_\_ bestimmen, ob und in welcher Reihenfolge die einzelnen Aufträge ausgeführt werden. Aus den Teilnahmebedingungen A-Konto: 5. Kontoüberzug Das Konto kann grundsätzlich nicht überzogen werden. Bei einer positiven Bonitätsprüfung und dem Eingang regelmässiger Gutschriften kann A. \_\_\_\_\_ dem Kunden eine Kontoüberzugslimite in Höhe von 1'000 Franken (Jugendkonto bis 500 Franken) während längstens eines Monats gewähren. Die Limite kann auf Wunsch des Kunden oder durch A. \_\_\_\_\_ jederzeit aufgehoben werden. Bei einem Überzug der Limite hat A. \_\_\_\_\_ das Recht, das Konto jederzeit und ohne Vorankündigung zu sperren.

12 Im Fall des Berufungsbeklagten, so das Regionalgericht weiter, sei unbestrittenermassen eine Individualabrede getroffen worden, nach welcher dieser sein Privatkonto um CHF 500.00 habe überziehen dürfen. Als solche gehe sie allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich vor. Die Berufungsklägerin bringe indes vor, die Bestimmungen in den AGB zur Deckungsprüfung – und damit sinngemäss auch zur Wahrung der Überzugslimite – seien «Kann-Vorschriften». Diesem Standpunkt – so das Regionalgericht – könne nicht gefolgt werden. Aus den eingangs zitierten Bestimmungen der AGB/TNB ergebe sich klar, dass die von der Berufungsklägerin geführten Konten vorbehaltlich anderer Abreden nicht überzogen werden könnten. In anderem Zusammenhang scheine auch die Berufungsklägerin von der Verbindlichkeit vereinbarter Limiten auszugehen. So argumentiere sie nämlich, der Berufungsbeklagte hätte zur Kontrolle seines Spielverhaltens die Möglichkeit gehabt, beim Online-Casino respektive auf dem Spielerkonto eine Verlust- und Einsatzlimite festzulegen. Gestützt auf die zwischen den Parteien getroffene Individualabrede habe der Berufungsbeklagte darauf vertrauen dürfen, dass die Berufungsklägerin sein Privatkonto – selbst beim Vorliegen von autorisierten Zahlungsanweisungen – nicht über die vereinbarte Limite hinaus belasten würde. Nur in diesem Sinne könne eine individuell verabredete Überzugslimite überhaupt verstanden werden. Die so verabredete Überzugslimite bestimme sodann die Verarbeitung des ganzen Zahlungsverkehrs eines Kunden, andernfalls käme ihr keine tatsächliche Bedeu-

tung zu. Sie müsse sich folgerichtig auch auf die einzelnen Zahlungsanweisungen beziehen. Ansonsten würde die von der Berufungsklägerin vorgesehene Deckungsprüfung obsolet. Im Ergebnis bedeute dies, dass die verabredete Überzugslimite respektive die Wahrung derselben Bedingung für die Ausführung der jeweiligen Zahlungsanweisungen sei (E. 39.5-39.7 des angefochtenen Entscheids, pag. 295 f.). 7.3.2 Gemäss den Ausführungen der Berufungsklägerin selber, so das Regionalgericht weiter, seien die umstrittenen Abbuchungen am 8. Juni 2020 automatisch verarbeitet worden, ohne dass ihr der daraus resultierende Negativsaldo bewusst gewesen wäre. Eine erneute Deckungsprüfung sei mit anderen Worten nicht durchgeführt worden. In ihrer Stellungnahme vom 18. Juni 2020 habe die Mediensprecherin der Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang ausgeführt, eine Verkettung von unglücklichen Umständen – ausgelöst durch das erwähnte technische Problem beim externen Zahlungsverarbeiter der beiden Online-Casinos – habe dazu geführt, dass in ihrem System der Kontrollmechanismus bezüglich Kontrolllimiten nicht geübt habe. Indem die Berufungsklägerin die eingelieferten (aufgestauten) Abbuchungen vorgenommen habe, ohne eine erneute Deckungsprüfung durchzuführen und damit ohne die individuell verabredete Überzugslimite zu wahren, habe sie die ihr obliegenden Sorgfaltspflichten in grober Weise verletzt. Als Bank habe sie dafür besorgt zu sein, dass die zur Wahrung der Individualabreden vorgesehenen Kontroll- und Prüfungsmechanismen zu jedem Zeitpunkt und insbesondere im Belastungszeitpunkt greifen würden. Es könne hierbei nicht von Belang sein, ob diese Kontroll- und Prüfungsmechanismen durch ein automatisiertes IT-System oder durch eine

13 Hilfspersonen stattfänden. Die Bank habe sicherzustellen, dass der Zahlungsverkehr – wie mit ihrem Kunden vereinbart – gehörig ablaufe. Tue sie dies wie vorliegend nicht, führe sie ihren Auftrag nicht gehörig und damit unsorgfältig aus. Die von der Berufungsklägerin implementierten Kontroll- und Prüfungsmechanismen hätten eine evidente und offenbar systemimmanente Lücke aufgewiesen, welche der Berufungsklägerin hätte bekannt sein und vorgängig hätte behoben werden müssen. Die Sorgfaltspflichtverletzung der Berufungsklägerin sei als grobfahrlässig zu qualifizieren. Sie könne sich nicht auf einen Rückerstattungsanspruch nach Art. 402 des Obligationenrechts (OR; SR 220) berufen (E. 39.8-39.11 des angefochtenen Entscheids, pag. 297-301). 7.3.3 Das Regionalgericht ging weiter auf die Haftungsausschlussklausel ein, die in Ziff. 6 der TNB für Onlinezahlungen verankert ist, und auf die sich die Berufungsklägerin für den Fall berufen hatte, dass ihr ein Fehler angelastet würde. Es erwog, ein solcher Haftungsausschluss (im Sinne eines Verteidigungsmittels) könne höchstens dann relevant werden, wenn davon ausgegangen werde, dass die Berufungsklägerin keine der rund 200 strittigen Transaktionen hätte vornehmen und das Konto des Berufungsbeklagten am 8. Juni 2020 nach wie vor einen Positivsaldo hätte ausweisen müssen. Nur im Umfang eines solchen Positivsaldos sei der Berufungsbeklagte aktivlegitimiert. Weil er sich diesbezüglich aber nicht erfolgreich auf einen Erfüllungsanspruch berufen könne, sei ein allfälliger Haftungsausschluss unbeachtlich. Soweit weitergehend, betreffe der Streitgegenstand den Negativsaldo, für dessen Geltendmachung die Berufungsklägerin aktivlegitimiert sei. Soweit es um einen Anspruch gehe, den sie durchzusetzen versuche, könne ein ihrerseits stipulierter Haftungsausschluss nicht rechterheblich sein. Der Vollständigkeit halber merkte das Regionalgericht an, dass – selbst für den Fall, dass die als Haftungsausschlussklausel bezeichnete Bestimmung als Risikotransferklausel zu qualifizieren wäre – im vorliegenden Einzelfall von einer groben Sorgfaltspflichtverletzung auszugehen wäre, womit die entsprechende Klausel in analoger Anwendung von Art. 100 Abs. 1 OR ohnehin nichtig und damit unbeachtlich wäre (E.

39.12-39.16 des angefochtenen Entscheids, pag. 301 f.). 7.4 7.4.1 Das Regionalgericht ging schliesslich auf einen möglichen Schadenersatzanspruch der Berufungsklägerin ein. Es erwog, die Bank habe Anspruch auf Schadenersatz, wenn der Kunde durch Pflichtverletzungen seinerseits schuldhaft zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beigetragen habe (Art. 97 Abs. 1 OR). Bei einem Selbst- oder Mitverschulden der Bank sei der Schadenersatz nach gerichtlichem Ermessen zu reduzieren (Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 3 OR). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts komme eine vollumfängliche Haftungsbe- freiung des Kunden in Frage, wenn das Eigenverschulden der Bank so schwerwie- gend sei, dass das zum Schaden beitragende Verhalten des Kunden als entfernt und rechtlich unbedeutend erscheine, mithin eine Unterbrechung des Kausalzu- sammenhangs anzunehmen sei. Die Bank habe folglich die Vertragsverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang darzutun. Das Verschulden des Kunden werde vermutet, wobei ihm der Exkulpationsbeweis offenstehe (E. 40 des angefochtenen Entscheids, pag. 303).

14 7.4.2 Die Berufungsklägerin habe sich nicht auf einen Schadenersatzanspruch gegenü- ber dem Berufungsbeklagten berufen. Sie habe indessen den Berufungsbeklagten zur Rückzahlung des Negativsaldos aufgefordert und geltend gemacht, er hätte die ausgebliebenen Abbuchungen bemerken können und müssen. Erst im schriftlichen Schlussvortrag – und damit grundsätzlich verspätet – habe die Berufungsklägerin Ausführungen zur Kausalität gemacht, wonach das Verhalten des Berufungsbeklagten eine Unterbrechung der Adäquanz bewirkt habe. Die Be- rufungsklägerin habe jedoch zu keinem Zeitpunkt rechtsgenügend substantiiert vor- gebracht, inwiefern das behauptete Nichtkontrollieren sämtlicher Abbuchungen durch den Berufungsbeklagten natürlich und adäquat kausal für den entstandenen Negativsaldo sei. Mangels ausreichend substantiiertes Tatsachenbehauptungen zu den erforderlichen Anspruchsvoraussetzungen und damit zum rechtserheblichen Sachverhalt sei ein allfälliger Anspruch der Berufungsklägerin auf Schadenersatz zu verneinen. Es sei nicht Sache des Gerichts, in einem Verfahren mit Verhand- lungsprinzip zwischen anwaltlich vertretenen Parteien nicht erhobene respektive nicht ausreichend substantiierte Vorbringen zu korrigieren. Selbst unter Annahme genügender Tatsachenbehauptungen erscheine sodann äusserst fraglich, ob die unbestrittenen Stichkontrollen, die der Berufungsbeklagte bezüglich einzelner Zahlungsaufträge vorgenommen habe, als ungenügend und damit als Verletzung der ihm obliegenden Pflichten zu qualifizieren wären. Auch hier wäre bejahendenfalls äusserst fraglich, ob eine allfällige Pflichtverletzung durch den Berufungsbeklagten die hiervor festgehaltene, grobe Sorgfaltspflichtver- letzung der Berufungsklägerin zu verdrängen vermöchte (E. 41-43 des angefochte- nen Entscheids, pag. 303 f.). 8. 8.1 8.1.1 Die Berufungsklägerin rügt vorab, das Regionalgericht habe den Sachverhalt hinsichtlich der angenommenen Überzugslimite falsch beziehungsweise unvoll- ständig festgestellt. Unstreitig sei zunächst mündlich vereinbart worden, dass der Berufungsbeklagte sein Konto um CHF 500.00 überziehen dürfe. Obwohl dies be- reits erstinstanzlich mehrfach vorgebracht worden sei, habe das Regionalgericht nicht beurteilt, ob der Berufungsbeklagte hätte bemerken können und müssen, dass eine erhebliche Anzahl an Abbuchungen im Zusammenhang mit Transaktio- nen zu Gunsten von Online-Casinos vorübergehend nicht vorgenommen worden seien (Rz. 28-32 der Berufung, pag. 337 f.). 8.1.2 Die Berufungsklägerin geht dazu über, auf ihre erstinstanzlichen Vorbringen in die- sem Zusammenhang zu verweisen. Dort hat sie zusammengefasst vorgebracht, innerhalb eines relativ kurzen Zeitraums sei eine Vielzahl von Transaktionen, die der Berufungsbeklagte

auf seine Spielerkonti vorgenommen habe, nicht von seinem Privatkonto abgebucht worden (202 Transaktionen innerhalb von rund 2.5 Monaten). Teilweise sei es vorgekommen, dass er an einem Tag mehrmals (bis zu 16 Buchungen) Spielguthaben in der Höhe von mehreren Hundert Franken erworben habe, ohne dass seinem Privatkonto am Folgetag etwas belastet worden wäre. Die Diskrepanz zwischen den von ihm getätigten Zahlungsaufträgen und den

15 tatsächlich vorgenommenen Abbuchungen auf seinem Konto hätte ihm auffallen müssen und er hätte realisieren müssen, dass etwas nicht in Ordnung gewesen sei (Rz. 33 der Berufung, pag. 339 ff.). 8.1.3 Gestützt auf die erwähnten erstinstanzlichen Vorbringen hätte das Regionalgericht den Sachverhalt dahingehend feststellen müssen, dass der Berufungsbeklagte bemerkt hat oder zumindest hätte bemerken müssen, dass sich der Saldo seines Privatkontos (angesichts der monatlichen Einkünfte von lediglich CHF 4'500.00) nicht mehr im positiven Bereich befinden konnte, sondern unter die Limite von CHF 500.00, weit in den negativen Bereich, gesunken sein musste. Indem das Regionalgericht diese Feststellung unterlassen habe, habe es den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig und damit unrichtig festgestellt. Diese unrichtige Sachverhaltsfeststellung sei für den Ausgang des Verfahrens insofern relevant, als Ziff. 5 der TNB A-Konto keine spezifische Form für die Vereinbarung von Überzugslimiten vorsehe. Indem der Berufungsbeklagte mit seinen vergleichsweise tiefen Einkünften derart viele Transaktionen in kurzer Zeit getätigt habe, habe er seinen Willen bekundet, das Konto zu überziehen, auch in einem höheren Ausmass, als dies ursprünglich vereinbart worden sei. Sie (die Berufungsklägerin) habe diese Überziehung stillschweigend toleriert, indem die massgeblichen rund 200 Buchungen am 8. Juni 2020 vom System automatisch abgebucht worden seien und sie dies nicht verhindert habe. Die Parteien hätten somit konkludent vereinbart, dass die ursprünglich vereinbarte Überzugslimite von CHF 500.00 keine Anwendung mehr finde. Mit seinen Ausführungen verkenne das Regionalgericht sodann, dass die in den TNB statuierte Überzugslimite nicht dem Interesse (dem Schutz) des Kunden vor sich selber diene, sondern einzig und alleine bezwecke, die Bank vor dem Inkassorisiko einer allfälligen Überziehung zu schützen. Dies schliesse aber keinesfalls aus, dass weitergehende Kontoüberziehungen toleriert werden könnten, wie dies vorliegend auch geschehen sei. Anders als vom Regionalgericht dargelegt, könne ihr im Ergebnis damit keine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden; erst recht keine schwere. Dies einerseits, weil die Kontoüberziehung vorliegend vom Berufungsbeklagten veranlasst und von ihr toleriert worden sei. Andererseits diene die Überzugslimite einzig dem Schutz der Bank und nicht dem Schutz des Kunden, weshalb a priori keine Pflichtverletzung der Bank gegenüber dem Kunden vorliegen könne. Sie (die Berufungsklägerin) habe damit gegenüber dem Berufungsbeklagten einen Anspruch auf Rückerstattung beziehungsweise Zahlung des Negativsaldos. Dies in Anwendung der vertraglich vereinbarten Bestimmungen und von Art. 402 OR (Rz. 34-54 der Berufung, pag. 351 ff.). 8.2 Die Berufungsklägerin rügt weiter eine unrichtige Rechtsanwendung durch das Regionalgericht. So habe dieses pauschal Auftragsrecht auf die vorliegende Angelegenheit angewandt. Auftragsrecht (beziehungsweise die betreffenden Regeln des dispositiven Rechts) könnten indessen nur angewandt werden, wenn die Parteien diesbezüglich keine spezielle Regelung abgeschlossen hätten. Vorliegend hätten sich die Parteien den allgemeinen Geschäfts- und Teilnahmebedingungen der A. \_\_\_\_\_ AG (Version 2018), den TNB A-Konto (Version 2018), den TNB Debit-, Konto- und ID-Karten (Version 2018) und den TNB zu Onlinezahlungen (Version

16 2018) unterworfen. Das Regionalgericht habe es unterlassen zu beurteilen, welches Hierarchieverhältnis zwischen diesen Regelwerken bestehe. Die Berufungsklägerin setzt sich in der Folge mit den allgemeinen Geschäfts- und Teilnahmebedingungen auseinander und gelangt zum Schluss, die TNB zu Onlinezahlungen hätten Vorrang vor den TNB A-Konto, die wiederum den allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgehen (Rz. 79-105 der Berufung, pag. 371 ff.). Ziff. 10 der TNB Debit-, Konto- und ID-Karten und Ziff. 2 Bst. d der TNB zu Onlinezahlungen würden im Wesentlichen die gleiche Regelung enthalten und vorsehen, dass der Kunde vorbehaltlos alle auf den Konten/Depots verbuchten Transaktionen, die über das E-Banking in Verbindung mit den Legitimationsmitteln und Sicherheitselementen des Kunden getätigt worden seien, anerkenne. Weiter würden danach sämtliche auf diesem Weg an A. \_\_\_\_\_ übermittelten Aufträge als vom Kunden verfasst beziehungsweise von diesem autorisiert gelten. Diese Regelungen würden Ziff. 5 der TNB A-Konto – die vom Regionalgericht im Zusammenhang mit der Überzugslimite zitiert worden sei – vorgehen. Sämtliche Regelungen betreffend Abbuchungen (also die hiervor zitierten Ziff. 2 und 10) müssten den Regelungen zu Kontoüberziehungen (Ziff. 5 der TNB A-Konto) vorgehen. Die zwischen März 2020 und dem 8. Juni 2020 vom Berufungsbeklagten (mittels E-Banking) getätigten Überweisungen seien seinem A-Konto somit zurecht belastet worden, auch wenn damit die vereinbarte Limite überschritten worden sei (Rz. 111 ff. der Berufung, pag. 385 ff.).

9. 9.1 9.1.1 Die Darstellung der Berufungsklägerin zur Sachverhaltsfeststellung des Regionalgerichts ist insofern zutreffend, als sich dieses inhaltlich nicht vertieft mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob der Berufungsbeklagte die Unregelmässigkeiten bei der Abbuchung der von ihm in Auftrag gegebenen Transaktionen hätte bemerken können beziehungsweise hätte erkennen müssen. Es hat die Thematik aber behandelt, als es den Anspruch der Berufungsklägerin auf Schadenersatz prüfte. In diesem Zusammenhang erwog es, das Verhalten des Berufungsbeklagten sei potentiell für die von der Berufungsklägerin zu beweisende Kausalität relevant. Die Berufungsklägerin habe erstmals in ihrem Schlussvortrag und damit verspätet Ausführungen zur Kausalität gemacht und zu keinem Zeitpunkt rechtsgenügend substantiiert vorgebracht, inwiefern das behauptete Nichtkontrollieren sämtlicher Abbuchungen durch den Berufungsbeklagten natürlich und adäquat kausal für den entstandenen Negativsaldo sei (E. 41 des angefochtenen Entscheids, E. 7.4.2 oben).

9.1.2 Oberinstanzlich trägt die Berufungsklägerin dieses Argument in anderem Zusammenhang und in modifizierter Form vor: Während sie im regionalgerichtlichen Verfahren noch den Standpunkt vertrat, der Berufungsbeklagte hätte die fehlenden Abbuchungen aufgrund der grossen Diskrepanz zwischen den (vielen) Einkäufen und den (bescheidenen) Eingängen bemerken müssen, ergänzt sie oberinstanzlich, es sei in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte die Diskrepanz tatsächlich bemerkt und damit seinen Willen zur Aufhebung der

17 vormals vereinbarten Limite kundgetan habe. Sie (die Berufungsklägerin) habe diesem Willen mit der Abbuchung des entsprechenden Vertrags entsprochen, weshalb die vereinbarte Limite konkludent aufgehoben worden sei. Von einer konkludenten Aufhebung der vereinbarten Limite war – wie vom Berufungsbeklagten zurecht eingewendet (Rz. 24 und 37 der Berufungsantwort) – im erstinstanzlichen Verfahren indessen nie die Rede. Gleich wie bei der Behauptung, der Berufungsbeklagte habe tatsächlich um die fehlenden Abbuchungen gewusst, handelt es sich auch bei der konkludent vereinbarten Aufhebung der Kontolimite um eine neue Tatsachenbehauptung. Als solche sind sie im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht

werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. So ist namentlich nicht ersichtlich, weshalb die Berufungsklägerin diese Tatsachenbehauptungen nicht bereits im regionalgerichtlichen Verfahren hätte vorbringen können. Entsprechendes wird von ihr denn auch nicht behauptet. Diese neue Tatsachenbehauptung ist im Berufungsverfahren folglich unzulässig und nicht zu berücksichtigen.

9.1.3 Selbst wenn die Tatsachenbehauptungen oberinstanzlich berücksichtigt werden könnten, wäre der Argumentation der Berufungsklägerin nicht zu folgen: Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses und der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Kann der tatsächliche Wille der erklärenden Partei nicht festgestellt werden, so ist ihre Erklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Partei hat danach ihre Erklärung so gelten zu lassen, wie sie von der Adressatin nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste. Dabei entscheidet das Vertrauensprinzip auch darüber, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt (zum Ganzen: Urteil des BGer 4A\_193/2019 vom 23. September 2019 E. 5.3). Ein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien, auf den die Aufhebung der zwischen den Parteien zunächst unbestrittenermassen vereinbarten Überzugslimite von CHF 500.00 zurückgehen könnte, ist auch nach der Darstellung der Berufungsklägerin selber nicht zustande gekommen. Noch in ihrer Berufung führt sie nämlich unter Bezugnahme auf den angefochtenen Entscheid aus, es sei unbestritten, dass sie keine Kenntnis davon gehabt habe, dass am 8. Juni 2020 sämtliche dieser rund 200 Transaktionen auf einmal dem Konto des Berufungsbeklagten belastet worden seien, da die Abbuchung automatisch verarbeitet worden sei. Entsprechend habe sie auch keine Kenntnis vom Negativsaldo gehabt, den die Abbuchung nach sich gezogen habe (Rz. 31 der Berufung, pag. 339). Ohne Kenntnis der fraglichen Abbuchungen und des daraus resultierenden Negativsaldos konnte die Berufungsbeklagte einer Aufhebung der vereinbarten Überzugslimite nicht vorgängig zugestimmt haben. Es fehlt vor diesem Hintergrund bereits am gegenseitigen, auf die Aufhebung der vereinbarten Limite gerichteten Willen. Gemäss der

18 vom Regionalgericht wiedergegebenen und nicht bestrittenen Stellungnahme der Mediensprecherin der Berufungsklägerin geht der Negativsaldo denn auch nicht auf eine bewusste Entscheidung der Berufungsklägerin, sondern auf eine «Verkettung von unglücklichen Umständen» und damit ein Versehen zurück (E. 39.8 des angefochtenen Entscheids, pag. 297 f.). Entsprechend versichert die Mediensprecherin in ihrer Stellungnahme, dass man die Situation untersuche und dafür sorgen werde, dass der Kontrollmechanismus künftig auch unter solch ausserordentlichen Umständen greifen würde (Klageantwortbeilage [KAB] 1).

9.1.4 Dass man auf Seiten des Berufungsbeklagten von einem (tatsächlichen) auf die Aufhebung der vereinbarten Überzugslimite gerichteten Willen ausgehen könnte, würde voraussetzen, dass er um die ausstehenden Abbuchungen wusste und sich somit absichtlich über die Bezugslimite hinwegsetzte. Dies hat die Berufungsklägerin erstinstanzlich – wie vorstehend erwähnt (E. 9.1.2 oben) – nicht behauptet. Sie hat sich lediglich auf den Standpunkt gestellt, der Berufungsbeklagte hätte das Ungleichgewicht zwischen Einnahmen und Ausgaben auf seinem Konto bemerken müssen und diese Behauptung in tatsächlicher Hinsicht auf das Volumen der Transaktionen

abgestützt, die seinem Privatkonto im Laufe der Monate nicht belastet worden waren (vgl. Zusammenstellung in Rz. 33 der Berufung, pag. 339 ff.). Abgesehen davon, dass der Berufungsbeklagte diese Darstellung insbesondere unter Verweis auf den verhältnismässig kleinen Anteil, den die aufgestauten Transaktionen im Vergleich zum Gesamttransaktionsvolumen ausmachten, bestritten hat (vgl. Zusammenstellung in Rz. 26 der Berufungsantwort, pag. 439 ff.), ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus den von der Berufungsklägerin vorgebrachten Tatsachen auf eine (konkludente) Willensäusserung des Berufungsbeklagten schliessen liesse, sein Privatkonto über die vereinbarte Limite hinaus zu überziehen. 9.1.5 Im Ergebnis hat die Berufungsklägerin im erstinstanzlichen Verfahren weder die konkludente Aufhebung der vereinbarten Überzugslimite behauptet, noch die Umstände oder das Verhalten substantiiert, die einen entsprechenden Schluss zulassen würden. Auch vor oberer Instanz ist daher davon auszugehen, dass die Parteien eine von den allgemeinen Geschäftsbeziehungsweise Teilnahmebedingungen abweichende Individualabrede getroffen haben, gemäss welcher der Berufungsbeklagte sein A-Konto um CHF 500.00 überziehen durfte. Diese Vereinbarung war auch noch in Kraft, als die Berufungsklägerin am 8. Juni 2020 die rund 200 Transaktionen, die sich beim externen Payment Service Provider aufgestaut hatten, dem Privatkonto des Berufungsbeklagten belastete. 9.2 9.2.1 Die Berufungsklägerin beanstandet in rechtlicher Hinsicht weiter, das Regionalgericht habe pauschal Auftragsrecht auf das zu beurteilende Vertragsverhältnis angewendet, ohne dabei den TNB und den AGB ausreichend Rechnung zu tragen, die von den Parteien ebenfalls zum Vertragsinhalt gemacht worden seien. 9.2.2 Wie bereits das Regionalgericht ausgeführt hat, zeichnete sich die Vertragsbeziehung zwischen den Parteien grundsätzlich dadurch aus, dass die Berufungsklägerin sich verpflichtete, während der Dauer der Geschäftsbeziehung gegen ein Entgelt den Zahlungsverkehr für den Berufungsbeklagten zu besorgen. Bei diesem Gi-

19 rovertrag handelt es sich um einen Dauerauftrag, der grundsätzlich den Regeln des Auftragsrechts untersteht (BGE 110 II 283 E. 1). Im Basisvertrag, den die Parteien am 12. Dezember 2007 schlossen, erklärten sie auch die AGB und die allgemeinen TNB der Berufungsklägerin für anwendbar (KAB 3). 9.2.3 AGB haben von sich heraus keine Geltung zwischen den Parteien. Sie gelten nur und soweit, als die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben. Ist dies der Fall, gelten die AGB nur, wenn keine individuellen Abreden bestehen, die von den allgemeinen Bedingungen abweichen (BGE 148 III 57 E. 2.1 und E. 2.1.1). Entsprechend den vorstehenden Ausführungen, haben die Parteien eine Individualabrede abgeschlossen, gemäss welcher der Berufungsbeklagte sein Konto um CHF 500.00 überziehen durfte. Also solche geht sie allgemeinen Geschäfts- und Teilnahmebedingungen vor. Dies gilt nicht nur für Bestimmungen der allgemeinen Geschäfts- und Teilnahmebedingungen, welche spezifisch die Überziehungslimite zum Gegenstand haben, sondern ganz allgemein für sämtliche allgemeinen Geschäfts- und Teilnahmebedingungen; also auch für die von der Berufungsklägerin zitierten Teilnahmebedingungen zu Onlinezahlungen, gemäss welchen der Kunde vorbehaltlos alle auf den Konten/Depots verbuchten Transaktionen, die über E-Banking in Verbindung mit den Legitimationsmitteln und Sicherheitselementen getätigt wurden, anerkennt. Auch wenn diese TNB hierarchisch über den TNB A-Konto einzuordnen sein mögen, ändert dies nichts daran, dass die Parteien eine verbindliche Individualabrede geschlossen haben, die nicht durch allgemeine Geschäftsbedingungen ausgehebelt werden darf. Wie bereits das Regionalgericht ausgeführt hat, muss sich ein Kunde auf eine individuell geschlossene Vereinbarung verlassen können. Nicht zu

beanstanden ist ferner, wenn das Regionalgericht ausführt, eine individuell festgesetzte Überzugslimite, wie sie vor- liegend vereinbart worden sei, bestimme den gesamten Zahlungsverkehr eines Kunden; nur so komme ihr eine tatsächliche Bedeutung zu (E. 39.7 des angefochtenen Entscheids, pag. 297). 9.2.4 Soweit die Berufungsklägerin weiter ausführt, bei der Bestimmung in den TNB zur Überzugslimite handle es sich um eine «Kann-Vorschrift», die lediglich dem Schutz der Bank diene, erscheint dies wenig nachvollziehbar. Wie das Regionalgericht auch in dieser Hinsicht zutreffend ausgeführt hat, ist in Ziff. 5 der TNB A-Konto klar festgehalten, dass ein Konto grundsätzlich nicht überzogen werden darf. Weiter werden Voraussetzungen genannt, unter denen eine Kontoüberzugslimite aus- nahmsweise bewilligt werden kann, wobei diese beidseitig jederzeit wieder aufge- hoben werden kann. Bereits der diesbezüglich klare Wortlaut spricht für die (beid- seitige) Verbindlichkeit dieser Regel. Wäre die Bestimmung nur zum Schutz der Berufungsklägerin bestimmt, würden auch die tieferen Überzugslimiten für Jugend- liche (Jugendschutz) keinen Sinn ergeben. So oder anders ist die Schutzrichtung einer Klausel in den allgemeinen TNB für die Frage nach der Verbindlichkeit einer zwischen den Parteien geschlossenen Individualabrede nicht von Bedeutung. Die- se ist – mangels entsprechender Vorbehalte – als für beide Seiten verbindlich an- zusehen und kann – wie erwähnt (E. 9.2.3 oben) – nicht unter Berufung auf eine Bestimmung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen für ungültig erklärt werden.

20 Weil sich der Berufungsbeklagte auf die vereinbarte Limite verlassen durfte, lag es an der Berufungsklägerin, jene Vorkehrungen zu treffen, damit sie die Einhaltung dieser Vereinbarung garantieren konnte. Wenn sie ausführt, dass es sich bei der Abbuchung um einen automatisierten Vorgang gehandelt habe, ändert dies ebenso wenig am Gesagten wie der Einwand, sie sei nach der Autorisierung der Zahlung unmittelbar vor der Abbuchung nicht zu einer erneuten Deckungsprüfung verpflich- tet gewesen. Indem die Berufungsklägerin die Abbuchungen über die vereinbarte Limite hinaus vorgenommen hat, besorgte sie den Zahlungsverkehr nicht nach den gegenseitig vereinbarten Vorgaben. Weshalb darin eine (grobe) Sorgfaltspflichtver- letzung zu erblicken ist, hat das Regionalgericht zutreffend aufgezeigt (E. 37.1 des angefochtenen Entscheids zu den theoretischen Grundlagen der Sorgfaltspflicht- verletzung [pag. 279] und E. 39.9-39.11 des angefochtenen Entscheids zur Einord- nung des Sachverhalts [pag. 299 f.]). 9.3 9.3.1 Die Berufungsklägerin beanstandet schliesslich, das Regionalgericht habe zu Un- recht ihren Anspruch auf Verwendungsersatz nach Art. 402 OR verneint. Es habe sich bei seiner Begründung auf die Rechtsprechung zu unautorisierten Zah- lungen berufen, die auf Betrugsfälle Anwendung fände und in der vorliegenden Konstellation nicht einschlägig sei (Rz. 16 und 141 ff. der Berufung, pag. 331 und 401 f.). 9.3.2 Gemäss der vom Regionalgericht zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Geld, das auf dem im Namen des Kunden eröffneten Bankkonto liegt, Eigen- tum der Bank. Der Kunde hat lediglich einen Rückerstattungsanspruch. Überweist die Bank einem Dritten auf Anweisung des Kunden (mit einem Auftrag) Geld von diesem Konto, erwirbt sie gegen ihn eine Forderung auf Rückerstattung (Art. 402 OR). Die Bank kann daher die Rückerstattungsklage des Kunden mit der Forde- rung auf Rückzahlung verrechnen. Überweist die Bank ohne Anweisung (ohne Auf- trag) Geld von diesem Konto an einen Dritten, erwirbt sie keine Forderung auf Rückerstattung. Die Bank kann daher mit der Rückerstattungsklage keine Forde- rung auf Rückerstattung geltend machen; sie muss die Buchung stornieren und Art. 402 OR findet keine Anwendung (BGE 146 III 326 E. 5.1; 146 III 121 E. 3.1.1 f.). 9.3.3 Anders als von der Berufungsklägerin ausgeführt, befasst sich die

Rechtsprechung nicht nur mit den auf die Betrugsfälle entfallenden Überweisungen ohne Auftrag des Kunden, sondern auch auf jene, bei denen die Bank den Auftrag auf Anweisung des Kunden hin ausführte. Wie bereits das Regionalgericht zutreffend erwo- gen hat (E. 39.11 des angefochtenen Entscheids, pag. 301), setzt die Forderung auf Rückerstattung in diesem Fall voraus, dass die Bank die vom Kunden erteilte Anweisung gehörig ausgeführt hat (BGE 110 II 283 E. 3a; 146 III 326 E. 5.1; 146 III 121 E. 3.1.1). Genau dies hat die Berufungsklägerin mit der Missachtung der vereinbarten Kontolimite indessen nicht getan. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass das Regionalgericht einen Anspruch der Bank auf Verwendungsersatz verneinte. Soweit die Berufungsklägerin in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 8 ZGB geltend macht (Rz. 106 f. der Berufung, pag. 383 f.), ist ihr entgegenzuhalten, dass die Beweislastverteilung angesichts des Beweisergebnisses, zu dem das Re-

21 gionalgericht in Würdigung der vorhandenen Beweise gekommen ist, gegenstands- los geworden ist (BGE 141 III 241 E. 3.2). 9.4 9.4.1 Zusammengefasst führen die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis: Nicht mehr Gegenstand des oberinstanzlichen Verfahrens war die vom Regional- gericht verneinte Frage, ob der Berufungsbeklagte Anspruch auf Rückerstattung jener Mittel hat, die sich auf seinem Konto befanden, bevor die Berufungsklägerin die rund 200 aufgestauten Transaktionen ausführte (abgebuchter Positivsaldo). Auch die vom Regionalgericht festgestellte Schuld im Umfang der vereinbarten Überzugslimite von CHF 500.00 hat der Berufungsbeklagte akzeptiert. Oberin- stanzlich umstritten war dagegen die regionalgerichtliche Feststellung, wonach die sich aus dem weitergehenden Negativsaldo auf dem Konto des Berufungsbeklag- ten ergebende Schuld (von CHF 8'856.73) nicht bestehe. Was die Berufungskläge- rin in ihrer Berufung inhaltlich dagegen vorbrachte, war nicht geeignet, die Erwä- gungen des Regionalgerichts als unzutreffend erscheinen zu lassen. Seine Aus- führungen über Bestand beziehungsweise Nichtbestand der eingeklagten Forde- rungen sind vielmehr nicht zu beanstanden und oberinstanzlich zu bestätigen (vgl. dazu die Zusammenstellung in E. 44 des angefochtenen Entscheids, pag. 305 f.). 9.4.2 Weil das Regionalgericht aber ausschliesslich ein Urteil über die vom Berufungs- beklagten eingereichte Klage fällte, ohne die im Ergebnis weitergehendere Wider- klage zu beurteilen (dazu E. 5 oben), ist oberinstanzlich dennoch ein neues Urteil zu fällen. Anders als das Regionalgericht, das in Beurteilung des Eventualbegeh- rens der Klage vom 23. August 2021 den Nichtbestand der Schuld des Berufungs- beklagten im Umfang von CHF 8'856.73 feststellte (und damit die bestehende Schuld im Umfang von CHF 500.00 unerwähnt liess), ist der Streitgegenstand obe- rinstanzlich nach den Rechtsbegehren der Widerklage zu beurteilen. Das Resultat präsentiert sich dabei in gewisser Weise spiegelbildlich zum regionalgerichtlichen Entscheid: Wenngleich die Feststellung des Regionalgerichts über die Feststellung des Nichtbestands der Schuld des Berufungsbeklagten in ihrem Umfang materiell nach wie vor korrekt ist, ist der Berufungsbeklagte in Beurteilung der über die Klage hinausgehenden Leistungswiderklage zu verurteilen, der Berufungsklägerin CHF 500.00 zu bezahlen. Die Verurteilung betrifft somit jenen Betrag, um den der Berufungskläger sein Konto vereinbarungsgemäss überziehen durfte und ent- spricht dem Umfang, in dem der Negativsaldo (auch nach den Feststellungen des Regionalgerichts) zurecht besteht. Als Folge der teilweisen Gutheissung der Wi- derklage ist im Umfang von CHF 500.00 antragsgemäss der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. zy. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes Würenlos zu beseitigen. 9.4.3 Mit der Beurteilung der Leistungsklage ist ein Urteil darüber gefällt, in welchem Umfang die Schuld des Berufungsbeklagten

gegenüber der Berufungsklägerin besteht. Es erübrigt sich somit, den sich daraus notwendigerweise ergebenden Nichtbestand der Restforderung festzustellen, wie dies das Regionalgericht in seinem Urteil gemacht hat. Soweit die Klage nicht den bereits erstinstanzlich abschliessend beurteilten Positivsaldo betrifft und als unbegründet abzuweisen ist, erweist sie sich nach dem Gesagten als gegenstandslos und ist abzuschreiben (E. 5.4.7 oben).

22 IV. 10. 10.1 10.1.1 Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Dabei sind die Prozesskosten beider Verfahren grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und zwar nach Massgabe des Prozessergebnisses des Berufungsverfahrens (Urteil des Bundesgerichts 4A\_17/2013 vom 13. Mai 2013 E. 4.1). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Diese Regelung räumt dem Gericht bei der Kostenverteilung ein weites Ermessen ein. Art. 106 Abs. 2 ZPO spricht generell vom «Ausgang des Verfahrens». Wie das Verfahren für die Parteien ausgefallen ist, das heisst in welchem Umfang eine Partei obsiegt hat oder unterlegen ist, bestimmt sich grundsätzlich nach den gestellten Rechtsbegehren. Entsprechend ist für die Kostenverteilung nach Art. 106 Abs. 2 ZPO das Ergebnis des Prozesses mit den Rechtsbegehren zu vergleichen, welche die Parteien gestellt haben. Soweit sich der Streit um Geldforderungen dreht, kommt eine rechnerische Gegenüberstellung in Frage. In der Praxis wird in der Regel ein geringfügiges Unterliegen im Umfang von einigen Prozenten nicht berücksichtigt. Im Übrigen kann das Gericht bei der Kostenverteilung auch das Gewicht der einzelnen Rechtsbegehren innerhalb eines Rechtsstreits oder den Umstand berücksichtigen, dass eine Partei in einer grundsätzlichen Frage obsiegt hat (vgl. zum Ganzen Urteil des BGR 5A\_80/2020 vom 19. August 2020 E. 4.3).

10.1.2 Das Regionalgericht hat das Obsiegen und Unterliegen im erstinstanzlichen Verfahren am Gesamtvolumen der umstrittenen Transaktionen gemessen und erwo-gen, der Berufungsbeklagte obsiege im Umfang von CHF 8'856.73 (ausmachend 84%) und die Berufungsklägerin im Umfang von CHF 1'648.25 (CHF 1'148.25 und CHF 500.00; ausmachend 16%). Entsprechend diesem Schlüssel verteilte es die Gerichtskosten und verpflichtete die Berufungsklägerin zur Bezahlung einer (reduzierten) Parteientschädigung an den Berufungskläger (E. 45-48 des angefochtenen Urteils, pag. 307 f.).

10.1.3 Im Berufungsverfahren dringt die Berufungsklägerin mit ihren Rechtsbegehren zwar insofern durch, als der Streitgegenstand oberinstanzlich nicht ausschliesslich anhand der vom Berufungsbeklagten eingereichten Klage beurteilt wird. Im Unterschied zum regionalgerichtlichen Verfahren wird im Berufungsverfahren auf ihre Widerklage eingetreten, diese teilweise gutgeheissen und im Umfang der Gutheissung antragsgemäss der Rechtsvorschlag beseitigt. Gemessen am Streitwert, der für die Kostenverteilung der ZPO in erster Linie relevant ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_80/2013 vom 30. Juli 2013 E. 6.4), hat sich am Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens der Parteien (mit Blick auf das Gesamtvolumen der umstrittenen Transaktionen) auch im oberinstanzlichen Verfahren nichts verändert. Entgegen den Anträgen der Berufungsklägerin im Berufungsverfahren wurde der Berufungsbeklagte nicht zur Zahlung eines Betrages verurteilt, der über das von ihm oberinstanzlich anerkannte Mass (von CHF 500.00) hinausgegangen wäre. Das Obsiegen der Berufungsklägerin beschränkt sich somit schwergewichtig auf eine rein formelle Frage und ist vor diesem Hintergrund als vernachlässigbar zu bezeichnen. Eine

Ausscheidung von Prozesskosten für das Berufungsverfahren erscheint folglich nicht gerechtfertigt und die Berufungsklägerin hat in Bezug auf die Verteilung der Prozesskosten oberinstanzlich als vollumfänglich unterliegend zu gelten. 10.1.4 Die Berufungsklägerin hat den von der Vorinstanz festgesetzten Streitwert von CHF 10'505.00 für das erstinstanzliche Verfahren und die damit zusammenhängende Höhe der erstinstanzlichen Prozesskosten nicht beanstandet. Sie sind entsprechend zu bestätigen. Trotz teilweiser Gutheissung der Berufung beurteilt das Obergericht den Hauptpunkt nicht neu und die Berufungsklägerin hat oberinstanzlich als vollumfänglich unterliegend zu gelten (vgl. E. 10.1.3 hiavor). Gründe, die ein Abweichen der erstinstanzlichen Festlegung und Verteilung der Prozesskosten verlangen würden, werden weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich. Die erstinstanzliche Prozesskostenverteilung (Auferlegung der Kosten des Gerichts- und des Schlichtungsverfahrens im Verhältnis 16% zu 84% sowie Zusprechung einer Parteientschädigung an den Berufungsbeklagten im Umfang von 68%; Ziff. 3, Ziff. 4, Ziff. 5 des regionalgerichtlichen Dispositivs) ist angemessen und vollumfänglich zu bestätigen. 10.2 Der Streitwert im oberinstanzlichen Verfahren beläuft sich auf die regionalgerichtlich festgestellte Nichtschuld des Berufungsbeklagten von CHF 8'856.73. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf CHF 7'500.00 (Art. 44 Abs. 1 Bst. a des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]), werden der Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden mit dem von ihr geleisteten Gerichtskostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). 10.3 10.3.1 Die unterliegende Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten antragsgemäss gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Rechtsanwalt D. \_\_\_\_\_ hat keine Kostennote eingereicht (vgl. zur fakultativen Möglichkeit der Einreichung einer Kostennote vgl. Art. 105 Abs. 2 ZPO). 10.3.2 Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den kantonalen Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von CHF 8'856.73 ergibt sich für das vorliegende Verfahren ein erstinstanzlicher Honorarrahmen von CHF 1'500.00 bis CHF 7'900.00 (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]). Im Rechtsmittelverfahren beträgt das Honorar höchstens 50 Prozent davon (Art. 7 PKV), vorliegend demnach höchstens CHF 3'950.00. Innerhalb des Tarifrahmens bemisst sich das Honorar nach dem in der Sache gebotenen Aufwand, der Bedeutung sowie der Schwierigkeit der Streitsache (Art. 41 Abs. 3 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11] und Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]). Angesichts der überdurchschnittlichen Bedeutung, die bereits das Regionalgericht der Streitsache zuerkannte, sowie mit Blick auf die komplexen Fragestellungen und die damit verbundene überdurchschnittliche Schwierigkeit des Prozesses, erscheint es gerechtfertigt, den Tarifrahmen auszuschöpfen und das Honorar von Rechtsan-

24 walt D. \_\_\_\_\_ für das Berufungsverfahren auf CHF 3'950.00 festzusetzen. Die Auslagen werden ermessensweise auf CHF 50.00 festgesetzt, was zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer von 7.7% zu einer oberinstanzlichen Parteientschädigung von CHF 4'308.00 führt, welche die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten zu bezahlen hat.

25 Die Kammer entscheidet: 1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen. Die Dispositivziffern 1 und 2 des Entscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 26. Juli 2022 (CIV 21 4453 und 21 5781) werden aufgehoben und lauten neu wie folgt: 1. Die Klage wird abgewiesen, soweit sie nicht als gegenstandslos beschrieben wird. 2. Die

Widerklage wird teilweise gutgeheissen und der Berufungsbeklagte wird verurteilt, der Berufungs- klägerin CHF 500.00 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. zy. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamts Würenlos wird im Um- fang von CHF 500.00 beseitigt. 2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 2'300.00, werden im Umfang von CHF 368.00 dem Berufungsbeklagten und im Umfang von CHF 1'932.00 der Be- rufungsklägerin auferlegt und mit dem vom Berufungsbeklagten geleisteten erstin- stanzlichen Vorschuss verrechnet. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklag- ten CHF 1'932.00 für vorgeschossene erstinstanzliche Gerichtskosten zu ersetzen. 3. Die Kosten des Schlichtungsverfahrens von CHF 500.00 wurden vom Berufungsbe- klagten bezahlt. Die Berufungsklägerin hat ihm daran einen Betrag von CHF 420.00 zu erstatten. 4. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 10'458.85 (inkl. Auslagen und MWST) zu bezah- len. 5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf 7'500.00, werden der Be- rufungsklägerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Vorschuss in gleicher Höhe verrechnet. 6. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von CHF 4'308.00 zu bezahlen. 7. Zu eröffnen: - der Berufungsklägerin - dem Berufungsbeklagten Mitzuteilen: - dem Regionalgericht Bern-Mittelland

26 Bern, 17. Mai 2023 Im Namen der 1. Zivilkammer Der Referent: Obergericht Bettler Der Gerichtsschreiber: Neuenschwander Rechtsmittelbelehrung Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgerichtsge- setzes (BGG; SR 173.110) oder, falls sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. BGG geführt werden. Beide Beschwerden müssen den An- forderungen von Art. 42 BGG entsprechen. In der Verfassungsbeschwerde ist darzulegen, inwiefern verfas- sungsmässige Rechte verletzt sind (Art. 116 und 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Gegebenenfalls ist in der Begründung auszuführen, warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Wird sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind die Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 BGG). Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt weniger als CHF 30'000.00. Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.