

GR_GERICHTE ZK2 2023 46 vom 30. September 2024

GR Gerichte, 2024-09-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2023_46

FR: GR_GERICHTE ZK2 2023 46 du 30 septembre 2024

IT: GR_GERICHTE ZK2 2023 46 del 30 settembre 2024

Regeste

Forderung | Berufung OR Übrige Fälle und Innominatverträge

Erwägungen

E. 6

/ 38 1.1. Mit dem Anrufen der Schlichtungsbehörde wird ein Rechtsstreit rechtshän- gig (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Die so genannte Fortführungslast tritt allerdings damit noch nicht ein, und die Klage kann ohne die negativen prozessualen Folgen von Art. 241 Abs. 2 ZPO und Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO zurückgezogen oder reduziert werden (so indirekt aus dem im Gesetz etwas unglücklich platzierten Art. 65 ZPO). Gesetzlich nicht klar geregelt ist die Situation, wenn die Klagebewilligung ausge- stellt wurde und die Klage dann in reduziertem Umfang beim Gericht eingereicht wird. Das Kantonsgericht hat entschieden, dass auch in diesem Fall kein (teilwei- ser) Klagerückzug vorliegt, weil diese Änderung während des Schlichtungsverfah- rens folgenlos möglich gewesen wäre und das gleiche Resultat zu erzielen wäre, wenn die klagende Partei die Klagebewilligung verfallen liesse und ein neues Schlichtungsverfahren mit dem reduzierten Begehren einleitete – was einen un- nötigen Leerlauf bedeutete. Vielmehr wird dann die Klage direkt mit dem reduzier- ten Begehren beim Gericht hängig, was für die Frage der sachlichen Zuständigkeit von Bedeutung sein kann (KGer GR ZK2 2021 53 v. 24.3.2022). Die Berufungsklägerin hatte im Schlichtungsverfahren und in der Klageschrift "ei- nen nach Durchführung des Beweisverfahrens zu bestimmenden Betrag" einge- klagt. Als allgemeiner Vorbehalt einer Klageänderung (Art. 227 ZPO) war es we- der nötig noch hatte es eine rechtliche Bedeutung. Möglicherweise schwebte der Berufungsklägerin Art. 85 Abs. 1 ZPO vor, wonach die Bezifferung aufgeschoben werden kann, wenn sie unmöglich oder unzumutbar ist. Das begründete die Beru- fungsklägerin freilich nicht. Vielmehr bezifferte sie auf den Rappen genau, was sie von der Berufungsbeklagten zugute habe. Möglicherweise hoffte sie, im Beweiz- verfahren Informationen über weitere mögliche Ansprüche gegenüber der Beru- fungsbeklagten zu erhalten. Das hätte das Prinzip verletzt, dass Beweis nur über bereits im Schriften- oder Vortragswechsel Behauptetes erhoben wird (Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO und Art. 150 Abs. 1 ZPO, dazu auch nachstehend E. 5.1). Richti- gerweise hat die Berufungsklägerin den Vorbehalt denn auch mit der Replik fallen lassen, wo sie den Klagebetrag gleichzeitig um rund CHF 80'000.00 reduzierte (vgl. oben Sachverhalt lit. C). Das war ein teilweiser Klagerückzug im Sinne von Art. 241 Abs. 2 ZPO, und nicht nur eine Änderung der Klage gegenüber dem Schlichtungsverfahren. Der aufgegebene Vorbehalt der Bezifferung hatte dabei aber in diesem Fall keine streitwertrelevante Bedeutung. War im Urteil des Regionalgerichts damit noch über eine Forderung in der Höhe von CHF 1'467'961.20 zu entscheiden, bezifferte die Berufungsklägerin ihren An- trag in der Berufungsschrift neu auf CHF 1'387'879.55. Im Betrag von CHF

E. 7

/ 38 80'081.65 plus Zins ist die Abweisung der Klage damit rechtskräftig geworden (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Mit Eingabe vom 13. Februar 2024 teilte die Berufungsklägerin dem Gericht mit, sie habe von ihrer Revisionsstelle vergleichsweise CHF 150'000.00 erhalten und reduziere die Klage für das Jahr 2014 entsprechend (act. A.5). Das ist ein Klagerückzug im Sinne von Art. 241 Abs. 2 ZPO. Zu beurteilen in der Sache bleibt demnach das Begehren: Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin den Betrag von CHF 1'237'879.55 zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 334'418.40 seit 31.12.2012, zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 442'804.70 seit 31.12.2013, und zuzüglich Zins zu 5% auf CHF 460'656.25 seit 31.12.2014 zu bezahlen. 1.2. Wenn das Urteil dem Vertreter der Berufungsklägerin (und damit in rechtlicher Hinsicht dieser: Art. 137 ZPO) am 22. Juni 2023 zugestellt wurde (vgl. RG act. V/26), lief die Frist zur Berufung unter Berücksichtigung der Gerichtsferien am 23. August 2023 ab. Schon am 22. August 2023 und damit rechtzeitig wurde die Berufung der Post übergeben (Art. 143 Abs. 1 ZPO, Vermerk auf act. A.1). 1.3. Wenn das Verfahren wie hier dem Verhandlungs- (Art. 55 Abs. 1 ZPO) und dem Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO) untersteht, ist die Berufung keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens. Sie dient vielmehr der Überprüfung des angefochtenen Entscheides und des Verfahrens der ersten Instanz (Art. 310 ZPO). Es obliegt den Parteien, geltend gemachte Mängel aufzuzeigen. Die das Rechtsmittel führende Partei hat den geltend gemachten Fehler aufzuzeigen, und zwar nicht nur allgemein, sondern so präzise, dass es die Berufungsinstanz ohne Mühe verstehen kann. Sie darf nicht einfach auf Vorbringen in erster Instanz verweisen, sondern muss sowohl die Passagen im angefochtenen Urteil als auch die angerufenen Aktenstücke genau bezeichnen. Das Bundesgericht formuliert es so: (von der Partei werde verlangt) "de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique" (BGE 138 III 374).

E. 7.1

Die Berufungsklägerin kritisiert die Auffassung des Regionalgerichts, die Aussagen R._____ seien "in sich geschlossen und konsistent". Gegenteils habe R._____ wiederholt gesagt: "so weit ich mich erinnere". – Das letztere ist unauffällig. Wenn ein Zeuge nach Jahr und Tag aussagen muss und nicht relativiert, er gebe (nur) seine (subjektive) Erinnerung wieder, ist das ein Alarmzeichen und spricht für eine vorbereitete und mit grösster Zurückhaltung aufzunehmende Aus-

E. 7.2

Die Berufungsklägerin kritisiert, R._____ habe bei der Polizei gesagt, L._____ habe den Zahlungsverkehr abgewickelt, und das stimme nicht (act. A.1 Rz. 24). Tatsächlich kann das nicht stimmen, denn es ist weder behauptet noch ersichtlich, dass L._____ als Komplize R._____ die deliktischen Überweisungen auf dessen Konti vornahm. Die Berufungsklägerin sagt aber zum einen nicht, wie der angebliche Fehler das angefochtene Urteil beeinflusste, und es ist daher auf den Punkt nicht einzutreten. Zum anderen liest die Berufungsklägerin jene Textstelle ungenau: offenbar wollte R._____ sagen, L._____ habe

früher den Zahlungsverkehr persönlich abgewickelt, und im Zusammenhang mit der Gründung der Berufungsklägerin habe er (R._____) die Aufgaben L._____ übernommen (RG act. III/12 zu Frage 12 zweiter Absatz).

E. 7.3

Die Berufungsklägerin weist auf die Aussage R._____ bei der Polizei hin, für 2013 habe die M._____ von der Berufungsklägerin keine Honorare mehr zu gut. Das sei falsch: im Konkurs der M._____ seien grössere Ausstände festgestellt und eingefordert worden, so für 2013 ca. CHF 33'000.00 (act. A.1 Rz. 25). Was das für einen Einfluss auf das angefochtene Urteil hatte oder hätte, erläutert die Berufung nicht. Auf den Punkt ist nicht einzutreten. Auch hier liest die Berufungsbeklagte zudem R._____ Aussage (RG act. III/12 zu den Fragen 14 und 15) selektiv. Richtig ist auf die allgemeine Frage "Haben Sie bzw. die M._____ die erbrachten Arbeitsleistungen regelmässig abgerechnet?" als Antwort protokolliert "Die M._____ hat nicht regelmässig Honorare abgerechnet. Ich meine jedoch, den Aufwand in der Buchhaltung der AG K._____ für das Jahr 2013 korrekt belastet zu haben". Das ist allzu vage, um irgendetwas auszusagen. Es war auch von der Befragungstechnik her ungeschickt: wenn der Punkt wichtig war, sollte hier ein Vorhalt der Buchhaltung 2013 folgen (welche der Zeuge nach eigenem Bekunden allerdings gefälscht hatte: Frage 1) – die Reaktion des Zeugen auf eine allfällige Unstimmigkeit könnte dann interessant sein. So gibt die Aussage nichts her. Dann

E. 7.4

R._____ wurde nach einer schriftlich vorbereiteten Unterschriftenregelung für die Konti der Berufungsklägerin bei der Berufungsbeklagten gefragt, welche durchwegs nur kollektive Zeichnungen vorsah (RG act. III/12 Fragen 17 und 18). Er sagte, das wisse er nicht mehr. Auf die suggestive Frage, ob er denn das Papier nicht an die Bank geleitet habe, damit er weiter einzeln zeichnen könne, sagte er: "Es kann sein, aber ich weiss es nicht mehr. Dr. O._____ muss jedoch Kenntnis gehabt haben, dass ich über eine Einzelunterschrift verfügte, weil er nie einen Zahlungsauftrag unterschrieben oder via E-Banking freigegeben hat." – Die Berufungsklägerin ist überzeugt, dass R._____ das Papier nicht weiterleitete, um weiter allein verfügen (und delinquieren) zu können (act. A.1 Rz. 26). Das liegt gewiss nahe. Was es auf das angefochtene Urteil für einen Einfluss hatte oder hätte, erläutert die Berufungsklägerin auch hier nicht, und auf ihre Kritik ist daher nicht einzutreten. Es ist auch nicht recht einsichtig, wie es der Berufungsklägerin im heutigen Prozess helfen könnte, wenn ihre (plausible) Überzeugung zutrifft. Dass R._____ ein Wirtschaftsstraftäter ist, der nur dank einigermaßen systematischer Massnahmen und völlig fehlender Kontrolle seitens des Treuhandbüros und der geschädigten Kundin über so lange Zeit so viel Geld beiseiteschaffen konnte, steht fest. Fest steht allerdings nach der Darstellung der Berufungsklägerin selber auch, dass der Berufungsbeklagten jedenfalls nie ausdrücklich mitgeteilt wurde (wie es mit dem soeben erwähnten Formular der Fall gewesen wäre), R._____ dürfe nicht einzeln verfügen. Richtig ist, dass der Inhalt des Handelsregisters als bekannt gilt, und dass nach der Gründung der Berufungsklägerin als Aktiengesellschaft für sie eine Einzelzeichnung vorgesehen war – darauf ist zurückzukommen. Vielleicht ist der Bank aus anderen Gründen Unsympathie vorzuwerfen – das ist zu prüfen, wo und wie es die Berufung als Thema konkret aufbringt. Die hier kritisierte Aussage R._____ trägt dazu aber nicht bei.

E. 7.5

Die Berufungsbeklagte kritisiert eine weitere Aussage R._____, bei welcher es um Rückzahlungen auf ihre Konti geht, und zwar anfangs 2013 und 2014 (act.

E. 7.6

Nicht ausreichend verständlich bleibt die Berufungsklägerin auch bei dem Punkt, dass R._____ gesagt habe, "der" Gründungsprüfer hätte [gemeint offenbar: vor der Gründung der Berufungsklägerin] die Eingangsbilanz prüfen und eine Differenz feststellen müssen – er selbst (R._____) habe ja bei jener Prüfung mitgewirkt (act. A.1 Rz. 28). Wie bereits erwähnt hat R._____ zugegeben, Buchhaltungen gefälscht zu haben. Er hat an der von der Berufungsklägerin erwähnten Stelle auch eingeräumt, dass die seinerzeitigen Gesellschafter nur die (eben offenbar gefälschte) Rechnung sahen, nicht aber die EDV-Unterlagen. Das habe dann L._____ entdeckt, beim Erstellen des Abschlusses 2012. Wen R._____ mit dem Wort "der Gründungsprüfer" meinte, geht aus seiner protokollierten Aussage nicht hervor, und niemand fragte nach. Aus den Vorbringen der Berufung zu diesem Punkt ist jedenfalls nicht zu erkennen, was die Berufungsklägerin hier will.

E. 7.7

Die Berufungsklägerin kritisiert, R._____ habe vor Gericht gesagt, bei der Gründung der AG sei er "noch nicht involviert gewesen", dabei habe er selber einen Prüfungsbericht entworfen und diesen dann als "Mandatsleiter" unterschrieben (act. A.1 Rz. 29). Es ist richtig, dass R._____ dem Regionalgericht erklärte, die Gründung der Berufungsbeklagten habe vollständig bei L._____ gelegen. Das bestreitet die Berufungsklägerin auch nicht. Sie stösst sich daran, dass der Zeuge sich als "nicht involviert" erklärte, wo er doch ein wichtiges Papier vorbereitet und unterzeichnet habe. Im Zusammenhang lässt sich das allerdings verstehen: R._____ erklärte, L._____ sei Verwaltungsrat oder Präsident der AG gewesen, und "wir als M._____" hätten treuhänderisch die Verwaltung besorgt: Bewirtschaftung, Mietzinseinnahmen etc. – da sei er (R._____) "langsam reingerutscht". Das ist recht vage, und der an der Einvernahme anwesende Anwalt der Berufungsklägerin stellte offenbar keine klärenden Fragen dazu. Denkbar ist, dass R._____

E. 7.8

Offenbar geht es der Berufungsklägerin darum, den Zeugen R._____ als grundsätzlich unzuverlässig darzustellen. Sie verweist darauf, er habe sich nicht immer genau erinnert und/oder er habe im eigenen Interesse als Angeschuldigter Aussagen gemacht, von denen er glaubte, dass sie ihm dienten resp. ihn entlasten würden. Soweit das angefochtene Urteil auf ihn abstelle, stehe es "auf wackligen Beinen" (act. A.1 Rz. 30). Es wurde bereits erwogen und ist eigentlich selbstverständlich, dass die Aussagen des Straftäters R._____ mit Zurückhaltung zu würdigen sind. Dabei ist die Würdigung aber immer auch daran zu messen, worum es bei einer konkreten Aussage geht. Dazu macht die Berufungsklägerin hier keine Ausführungen, und insofern ist ihre Berufung ungenügend. Die konkreten Beispiele unrichtiger oder unpräziser Aussagen des Zeugen, welche die Berufungsbeklagte anführte, wurden vorstehend gewürdigt. Sie führen nicht dazu, dass der Zeuge generell und pauschal als unzuverlässig erschiene. Dabei spielt durchaus eine Rolle, dass der Zeuge angehalten wurde, sich auf die Befragung nicht vorzubereiten und keine Akten zu konsultieren (RG act. X/2/29 S. 15 oben). Das Regionalgericht hat sich eingehend mit seinen Einvernahmen durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft und das Gericht selbst befasst (angefochtenes Urteil S. 64 ff.). Hier fällt ins Gewicht, dass die gerichtliche Befragung einen direkten Eindruck des Zeugen vermittelte, der naturgemäss vom Protokoll nur

unvollständig wiedergegeben werden kann. Auch so entsteht aber durchaus der Eindruck, der Zeuge habe "reinen Tisch" machen und die Vorgänge ohne Beschönigung wiedergeben wollen (insbesondere im ersten frei vorgetragenen Teil der Befragung durch das Gericht; RG act. X/2/29 S. 4 f.). Das ist durchaus zu relativieren bei dem Punkt, dass die bei der Berufungsklägerin mit der Sache befassten einmal ein Formular für die Vertretung gegenüber der Bank unterzeichneten, wonach auch der Zeuge nur noch kollektiv hätte zeichnen können (oben E. 7.4). Hier scheint, dass der Zeuge ausweichend aussagte, auch wenn letztlich nicht feststeht, wie sich die Sache damals abspielte: es liegt auf der Hand, dass er seine Delikte nicht oder kaum hätte weiterführen können, wenn er

E. 8

/ 38 Abgesehen von offensichtlichen Mängeln (BGE 142 III 413 E. 2.2.4) beschränkt sich die Rechtsmittelinstanz auch bei voller Kognition darauf, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erheben – das ist gleichsam das "Prüfprogramm". Soweit die Berufung dem Erfordernis der Begründung genügt, ist das angerufene Gericht nach Art. 57 ZPO dann weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGE 141 III 576 E. 2.3.3). Diese Anforderungen sind immerhin mit Augenmass, nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu handhaben. Wenn der Berufung bei loyalen Bemühen zu entnehmen ist, was warum kritisiert werden soll, und wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht besonders eingehend abhandelt, sodass auch ohne das Bezeichnen einzelner Seiten oder Absätze klar wird, was gemeint ist, lässt sich die Kritik häufig ohne Schwierigkeiten ("aisément", sagt das Bundesgericht) verstehen und beurteilen. Jedenfalls dürfen die formellen Anforderungen nicht überspannt oder überspitzt formalistisch angewendet werden. Im Einzelnen lässt sich das freilich nur bei der Diskussion konkreter Kritikpunkte beurteilen.

1.4. In der Berufung sind neue Vorbringen mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen, um den vorstehend genannten Erfordernissen zu genügen, die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, wovon schon das erstinstanzliche Gericht ausging, werden sie als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte. Auch neue Beweismittel unterliegen der Noven-Beschränkung. Novenrechtlich unzulässige Vorbringen oder Dokumente sind allerdings nicht nach einem häufig verwendeten Ausdruck in einem physischen Sinn "aus dem Recht zu weisen". Wohl sind sie wie unzulässige neue Behauptungen beim Entscheid nicht zu beachten. Weil aber eine obere Instanz ihre Zulässigkeit anders beurteilen mag und nur schon aus Gründen der Transparenz und der Vollständigkeit des Dossiers im Sinne einer tatsächlichen Chronologie dürfen sie aus den Akten nicht etwa entfernt und dem Einleger zurückgeschickt werden. Ebenso unrichtig ist die oft anzutreffende Floskel, ein Argument sei "nicht zu hören". Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO) verlangt, dass auch Unzulässiges, Verspätetes oder Unge-

E. 9

/ 38 bührlisches (Art. 132 ZPO) "gehört" wird – wie damit umzugehen ist und ob es für den Entscheid verwendet werden kann und darf, ist eine andere Frage. 2. Das Regionalgericht

weist die Klage ab. Auf seine dafür gegebene Begründung ist den Beanstandungen der Berufungsklägerin folgend (dazu soeben E. 1.3) einzugehen, soweit sie sich damit erkennbar auseinandersetzt. 3. Die Berufungsklägerin weist darauf hin, dass der vorsitzende Richter des Regionalgerichts, Peter Guyan, Ende November 2023 aus dem Gericht ausschied und für das konkrete Dossier durch Andreas von Büren ersetzt wurde. Sie wirft die Frage auf, ob das Urteil damit in korrekter Besetzung erlassen worden sei. Auch ohne formellen Antrag einer Partei kann und muss ein so wichtiger Punkt wie die gesetzmässige Besetzung des Gerichts von Amtes wegen geprüft werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Das Urteil wurde am Dienstag 29. November 2023 gefällt, und zwar in der Besetzung Guyan, Mayer Persili, Allenspach, von Büren, Gadiant Stecher und Berry (RG act. IV/63). Es gibt keine Anhaltspunkte und die Berufungsklägerin behauptet nicht, dass das nicht zuträfe. Versandt wurde das Urteil vorerst nur im Dispositiv (Art. 239 Abs. 1 ZPO, was ab dem 1. Januar 2025 nach dem Willen des Gesetzgebers die Regel sein soll, Art. 239 Abs. 1 Einleitungssatz und lit. b ZPO/2023). Unterzeichnet wurde es von Richter Allenspach und Aktuarin Berry. Damit war dem Bundesrecht Genüge getan, wonach nicht festgelegt ist, welche an einer Entscheidung mitwirkende(n) Person(en) diesen zu unterzeichnen haben. Nach kantonalem Recht hatten es ein Richter und die Aktuarin zu tun (Art. 9 und 14 Abs. 1 geltendes GOG [BR 173.000]). Ab 1. Januar 2025 wird entsprechend einer bereits grösstenteils geübten Praxis gelten, "Entscheidungen der Gerichte unterzeichnen die oder der Vorsitzende und die Aktuarin oder der Aktuar. Unter Einhaltung der bundesrechtlichen Vorgaben kann die Geschäftsordnung eine abweichende Unterschriftenregelung vorsehen" (Art. 13. Abs. 2 GOG/2022). Schon jetzt gilt eine generelle Stellvertretungsregelung bei Verhinderung eines Gerichtsmitglieds (Art. 19 geltendes GOG). Offenbar wurden im vorliegenden Fall die für die Akten und zum Versand bestimmten Ausfertigungen erst am 2. Dezember 2022 unterzeichnet, als der bisherige Gerichtspräsident und Vorsitzende schon nicht mehr im Amt war. Wer diese Ausfertigungen unterzeichnete, durfte und konnte keinen Einfluss (mehr) auf den Inhalt des Urteils nehmen, welches bereits vom Kollegium gefällt worden war (dazu auch nachstehend). Die Unterzeichnung durch ein anderes Mitglied der konkreten Besetzung bei Verhinderung des Vorsitzenden ist wie gesehen bundesrechtlich einwandfrei und kantonal

E. 10

/ 38 vorgesehen. Sie entspricht ständiger Praxis und war in diesem Fall, wo der Vorsitzende durch sein Ausscheiden aus dem Amt sozusagen idealtypisch "verhindert" war, auch geboten. Etwas anders stellt sich die Frage bei der Ausarbeitung und Eröffnung des begründeten Urteils. Dieses macht auf dem Deckblatt transparent, dass vom 2. Dezember 2022 an Richter Andreas von Büren den Vorsitz führte. Das ist es, was die Berufungsklägerin als merkwürdig und möglicherweise unkorrekt empfindet. – Das Bundesgericht ist streng mit dem Erfordernis des "gesetzlichen Richters" im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV. Es betrachtet die Mitwirkung eines nicht mehr im Amt stehenden Gerichtsmitglieds als "vice fondamental" oder "grundlegenden Mangel". Dieser führt zur Aufhebung eines Urteils, und das auch dann, wenn die Parteien vor dem Entscheid auf den Rücktritt des Richters aufmerksam gemacht wurden und man von da her versucht sein könnte anzunehmen, sie hätten der gesetzwidrigen Besetzung des Gesetzes zugestimmt (BGer 1C_235/2008 v. 13.5.2009). Stillschweigend wird damit das Argument verworfen, es könne Fälle geben, in welchen ein Gerichtsmitglied in einem komplexen Fall alle Prozessschritte noch selber mitgemacht hat und nur noch die Urteilsfällung aussteht, sodass

das Einarbeiten einer weiteren Person einen grossen Aufwand und wohl auch Zeitverlust bedeutet. Dem kann immerhin damit begegnet werden, dass eine kluge und etwas vorausschauende Prozessleitung besonders unglückliche Situationen dieser Art vermeidet. Der Fall des erwähnten Bundesgerichtsurteils war nach diesen Ausführungen klar: der dort betroffene beisitzende Richter war aus dem Amt schon vor der Urteilsfällung ausgeschieden. So ist es hier nicht: Peter Guyan wirkte am Urteil mit. Und wenn gewisse Gerichte manchmal die begründete Ausfertigung mit einem neuen Datum versehen (und dabei mitunter sogar neue Umstände einfließen lassen), ist das falsch: es bleibt das Urteil vom Datum, welches bei der Mitteilung des Dispositivs genannt wurde, am Dispositiv darf nichts geändert werden, es sei denn die Höhe der Entscheidgebühr, wenn das kantonale Recht beim Verzicht auf eine schriftliche Begründung einen Abschlag gewährt. Damit bleibt lediglich die Frage, wer die schriftliche Begründung redigiert. Das Bundesgericht merkt an, "il faut enfin distinguer le cas où les juges ont cessé leur fonction avant que le tribunal ne statue de celui où ils l'ont quittée une fois que le tribunal a rendu son arrêt mais avant qu'il n'en ait notifié les considérants. Dans cette dernière hypothèse uniquement, il ne serait pas inconcevable que la rédaction de l'arrêt soit soumise à l'approbation des juges après la fin de leur activité (cf. arrêt précité 2P.264/2000 consid. 2c in fine et la référence" (BGer, a.a.O.). Danach wäre es zulässig (aber nicht zwingend) gewesen, dass Peter Guyan die Begründung wenn nicht selber verfasst so doch "genehmigt" hätte, und dann hätte er wohl auch ohne

E. 11

/ 38 weiteren Vorbehalt unter den Mitwirkenden aufgeführt werden dürfen. Nach kantonalem Recht oblag die Redaktion des Urteils – unter Berücksichtigung der bei der Beratung von den Gerichtsmitgliedern abgegebenen Voten – allerdings primär der Aktuarin (Art. 14 Abs. 1 des geltenden GOG). Aus dem Vermerk im vollständig begründeten Urteil "Dr. iur. Peter Guyan (Vorsitz bis 01.12.2022) – MLaw Andreas von Büren (Vorsitz ab 02.12.2022)" ist zu schliessen, dass der Erstgenannte auf die schriftliche Begründung keinen Einfluss mehr nahm, auch wenn er das nach der Praxis des Bundesgerichts hätte tun dürfen. Wie gesehen, hätte dies das Bundesgericht erlaubt, aber nicht geboten. Entscheidend muss sein, dass der Urteils-"Spruch", das Dispositiv, fixiert war (dazu vorstehend). Der Begründung für diesen Spruch kommt nur begrenzte rechtliche Wirkung zu, wie etwa bei Abweisung einer Klage, wenn Haupt- und Verrechnungsforderung beide als bestehend erkannt werden. Solches wird hier nicht geltend gemacht und ist nicht zu erkennen. Umso weniger bestehen Bedenken dagegen, dass Richter Andreas von Büren, welcher an der Urteilsfällung mitgewirkt hatte, die Redaktion der Begründung durch die Aktuarin begleitete. Unter dem Aspekt der gesetzlichen Besetzung des Gerichts ist am angefochtenen Urteil nichts auszusetzen. 4. Unter dem Titel "Schriftenwechsel, Aktenschluss und Noven" kritisiert die Berufungsklägerin, dass das angefochtene Urteil die Ausführungen, insbesondere die Beweisanträge in ihrem der Duplik folgenden Schriftsatz als unzulässig bezeichnete, soweit sie sich nicht auf in der Duplik neu vorgebrachte Umstände bezogen. Der Vorsitzende des Regionalgerichts habe den Schriftsatz selber der Gegenseite zugestellt mit der Bemerkung, diese könne in einer Quadruplik zur Triplik Stellung nehmen (act. A.1 Rz. 7 ff.). Die Berufungsklägerin zitiert zunächst den Präsidenten des Regionalgerichts richtig: dieser hatte nach Eingang der Duplik der Berufungsklägerin am 24. April 2020 Frist angesetzt, um "im Einzelnen begründet mitzuteilen, wo Sie in der Duplik neue rechtsgestaltende Tatsachen erkennen, welche einen weiteren Rechtsschriftenwechsel nötig machen, wenn Sie das wünschen". Zudem könne sie innert dieser Frist "das

Replikrecht ausüben" (RG act. IV/33). Am 22. Mai 2020 ersuchte der Vertreter der Berufungsklägerin um Erstreckung der "Frist für die Einreichung der Klagereplik" (RG act. IV/34). Die darauf erstattete Rechtsschrift der Berufungsklägerin vom 8. Juni 2020 stellte der Präsident der Berufungsbeklagten zu, mit Frist für eine "Quadruplik" (RG act. IV/35). Am 28. August 2020 schrieb der Präsident den Parteien, ein dritter Schriftenwechsel sei nicht verlangt und nicht angeordnet wor-

E. 12

/ 38 den, und die letzte Eingabe der Berufungsbeklagten werde als Ausübung des "Replikrechts" zu den Akten genommen (RG act. IV/39). Vorweg ist festzustellen, dass die Berufung in diesem Punkt den formellen Anforderungen (E. 1.3) nicht genügt: sie führt nicht aus, was für Behauptungen und Beweisanträge in der fünften Rechtsschrift zur Sache vom 8. Juni 2020 enthalten waren, welche das Regionalgericht zu Unrecht nicht beachtete, und wie diese Unterlassung auf das angefochtene Urteil Einfluss hatte. Auf den Punkt ist daher hier nicht einzutreten (unter dem Vorbehalt, dass die Berufungsklägerin an anderer Stelle konkretere Angaben nachbringt). Die Rüge ist aber ohnehin nicht berechtigt. Es ist die Terminologie klarzustellen: "Replik" heisst im bürgerlichen Sprachgebrauch meistens nur "Entgegnung", also "Antwort". In der Rechtssprache bezeichnet es den dritten Parteivortrag, den zweiten der klagenden Partei, zu einem bestimmten Thema, sei es die Sache selbst (Art. 228 Abs. 2 ZPO) oder bei der Stellungnahme zum Beweisergebnis (Art. 232 Abs. 1 ZPO). Die Vorträge gehen also von der Begründung oder dem ersten Vortrag über die Antwort zur Replik und zur Duplik. In gleicher Weise latinisierend folgen Triplik, Quadruplik, allenfalls Quintuplik, Sextuplik etc. In der Praxis hat es sich eingebürgert, das Recht zum letzten Wort als "Replikrecht" zu bezeichnen. Hier ist allerdings nicht ein dritter Vortrag im soeben dargestellten Sinn gemeint, sondern das aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 52 ZPO) abgeleitete Recht, dass jede Seite vor einem für sie ungünstigen Entscheid noch einen Kommentar zum letzten Vortrag der Gegenseite oder einem neuen Dokument abgeben können. Das muss durchaus nicht eine "Replik" im dargestellten rechtstechnischen Sinn bedeuten: es kann eine Entgegnung auf eine Duplik sein (oder wieder eine Entgegnung auf diese Entgegnung), aber auch etwa eine Stellungnahme zur Antwort der Berufungsbeklagten Partei im summarischen Verfahren (Art. 253 ZPO). Zum zulässigen Inhalt einer der Duplik folgenden Rechtsschrift ist mit der Bezeichnung als "Triplik" zunächst nichts ausgesagt. Die Berufungsklägerin glaubt(e) offenbar, das sei notwendigerweise eine Gelegenheit, unbeschränkt neue Behauptungen und Beweismittel ins Verfahren einzubringen, und der Präsident des Regionalgerichts liess sich auf dieses Fehlverständnis ein, indem er den Parteien mitteilte, er habe keinen dritten Schriftenwechsel angeordnet und nehme die Quadruplik (nur) als Wahrnehmung des "Replikrechts" entgegen. Der zulässige Inhalt der Vorträge zur Sache ergibt sich aber aus dem Gesetz und ist weder anderen Anordnungen des Gerichts noch der Disposition der Parteien zugänglich. Behauptungen zur Sache und Beweisanträge dazu sind grundsätzlich spätestens mit der schriftlichen Duplik oder dem zweiten mündlichen Vortrag in der Instruktions- oder

E. 13

/ 38 Hauptverhandlung ins Verfahren einzubringen (Art. 225 und 229 ZPO). Eine Ausnahme besteht (nur) insofern, als das rechtliche Gehör verlangt, dass die klagende Partei auf neue Behauptungen im zweiten Vortrag der Gegenpartei reagieren und allenfalls dadurch veranlasste neue Behauptungen und Beweismittel vortragen/nennen kann. Das hat

der Präsident des Regionalgerichts mit dem Schreiben vom 24. April 2020 zutreffend zum Ausdruck gebracht. Zudem wies er ebenfalls zutreffend darauf hin, dass die Berufungsklägerin auch ihr "Replikrecht" ausüben könne, also im oben erläuterten Sinn ein "letztes Wort" zugute habe. Daraus konnte und durfte nicht geschlossen werden, die Ordnung des Prozessrechts zu den Vorträgen werde damit ausser Kraft gesetzt. Die Berufungsklägerin glaubte offenbar gleichwohl, auch in dieser (fünften) Rechtsschrift frei behaupten und Beweise benennen zu können. Das dafür angeführte Literaturzitat (act. A.1 Rz. 10) ist allerdings offenkundig nicht einschlägig. Dort geht es darum, ob nach dem "ersten Schriftwechsel" (Klagebegründung und -antwort) statt einem sofortigen Vorladen zur Hauptverhandlung, anlässlich welcher Replik und Duplik mündlich zu erstatten sind (Art. 228 Abs. 1 ZPO), diese Vorträge schriftlich eingeholt werden können und sollen (das heisst "zweiter Schriftenwechsel"), und von einem Ausserkraftsetzen des Art. 229 ZPO ist keine Rede (Laurent Kiliass, in: Güngerich et al. [Hrsg.] Berner Kommentar zur ZPO, Bern 2014, N 1 ff. zu Art. 225 ZPO). Der Gerichtspräsident liess sich dann offenbar von der Bezeichnung "Triplik" für die Eingabe der Berufungsklägerin verunsichern und setzte Frist zur "Quadruplik" an. In diesem Moment scheinen alle Beteiligten das als Bezeichnungen für freie Vorträge verstanden zu haben. Wie gesehen wäre das gesetzwidrig gewesen, und zu Recht hat der Präsident darum klargestellt, es gehe nur um das Wahrnehmen des rechtlichen Gehörs. Die Kritik der Berufungsklägerin ist aber ohnehin nicht berechtigt: - In einem Fall kann sich aus einer unklaren Anordnung eines Gerichts das Recht zu einem sonst nicht vorgesehenen freien Vortrag ergeben: im summarischen Verfahren sind – falls ein Begehren nicht vorverneht unzulässig oder unbegründet ist – zunächst nur zwei Parteivorträge zu erstatten (Art. 253 ZPO), und dann tritt der sogenannte "Aktenschluss" ein (BGE 144 III 117). Auch hier hat die gesuchstellende Partei freilich das Recht, zur Gesuchsantwort Stellung zu nehmen (Art. 52 ZPO). Aus dem allgemeinen Verweis in Art. 219 ZPO wird weitergehend abgeleitet, das Gericht könne im summarischen Verfahren einen "zweiten Schriftenwechsel" anordnen, also einen dritten und einen vierten freien Vortrag zur Sache ohne Novenbeschränkung. Die Rechtsprechung hat in Anwendung von Art. 52 ZPO (Treu und Glauben) gefunden, dass die Parteien die Fristansetzung

E. 14

/ 38 für eine zusätzliche Rechtsschrift in diesem letzteren Sinn verstehen dürfen, wenn nicht klargestellt wird, es gehe einzig um eine Stellungnahme zu Neuem in der Antwort oder das allgemeine "Replikrecht". Dann können die Parteien wie im ordentlichen Verfahren im Rahmen einer Replik und einer Duplik frei behaupten und Beweismittel bezeichnen (BGE 146 III 237). Der vorliegende Fall liegt anders: der Gerichtspräsident formulierte unzweideutig, was die dritte (im Ganzen: fünfte) Rechtsschrift der Berufungsklägerin enthalten dürfe, und anders als im summarischen Verfahren ist dem Gesetz kein Vorbehalt für einen freien dritten Schriftenwechsel zu entnehmen. - Wenn man auch auf den reinen Wortlaut und ein Verständnis von "Triplik" und "Quadruplik" im Sinne von freien Vorträgen abstellen wollte, hätte allenfalls die Berufungsbeklagte Grund zur Reklamation: ihr wurde zunächst ohne weitere Präzisierung Frist zur "Quadruplik" angesetzt. Das war eine prozessleitende Anordnung, welche der Präsident jederzeit korrigieren konnte (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 363), wovon er im Sinne einer Klarstellung Gebrauch machte. Die Berufungsklägerin hatte nie begründeten Anlass anzunehmen, sie könne an die Duplik mit einem freien Vortrag anschliessen. Vielleicht meinte sie das subjektiv tatsächlich, denn eine "Replik" im technischen Sinn, welche sie mit einem Gesuch um Fristerstreckung einzureichen ankündigte (RG act. IV/42),

wäre in der Tat ein freier Vortrag gewesen. So aber galt und gilt schlicht das Gesetz, und auch Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) gaben und geben der Berufungsklägerin nicht das Recht, unzulässig verspätet Vorgebrachtes berücksichtigt zu sehen. Nur beiläufig sei noch angemerkt, dass eine irrtümliche Anordnung des Gerichts nur dann eine rechtliche Wirkung hat, wenn die Partei dadurch in die Irre geführt wurde und etwas unterlassen hat, was sie bei richtiger Information hätte tun können. So hat das Parlament entschieden, dass eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung der Partei nicht schaden darf (Art. 52 Abs. 2 ZPO/2023). Wenn die Frist zum Weiterzug also etwa bei einem prozessleitenden Entscheid mit dreissig Tagen angegeben wird und sich die Partei darauf verlässt, darf ihr nicht entgegengehalten werden, die Frist betrage nur zehn Tage (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Trotz des unglücklichen Wortlautes herrscht aber Übereinstimmung darin, dass etwa die Belehrung, es sei eine Berufung möglich, Art. 308 Abs. 2 und Art. 309 ZPO nicht ausser Kraft setzen kann – ein Streit um CHF 7'000.00 oder um eine Rechtsöffnung wird nicht darum berufungsfähig, weil dies das erstinstanzliche Gericht meinte. Im umgekehrten Fall der Belehrung nur der Beschwerde statt der Berufung kann es nötig sein, der Rechtsmittelklägerin eine ergänzende Frist anzusetzen, damit sie ihr Rechtsmittel allenfalls um in der Berufung zulässige Rügen zum Sachverhalt ergänzen kann (Art. 310 lit. b ZPO gegenüber Art. 320 lit. b

E. 15

/ 38 ZPO). So wenig wie einen dem Gesetz nicht mehr bekannten Rechtsbehelf, etwa den Rekurs oder die Nichtigkeitsbeschwerde alten kantonalen Rechts, kann das Gericht durch eine irrtümliche Ausdrucksweise oder Anordnung (was hier nicht der Fall war) eine unzulässige Rechtsschrift zulässig machen. Der Standpunkt der Berufungsklägerin könnte nur erfolgreich sein, wenn der Vorsitzende sie durch eine missverständliche Anordnung nach Treu und Glauben zur Annahme veranlasst hätte, ihre zweite Rechtsschrift, also die Replik im technischen Sinn, werde nicht die letzte Gelegenheit sein, frei vorzutragen, und Behauptungen und Beweismittel könne sie auch später noch einbringen. (Nur) das hätte ihr die Möglichkeit eröffnet, nach der Duplik noch frei vorzutragen. So ist es aber nicht, sie behauptet es nicht, und es ergibt sich auch nicht auf den ersten Blick aus den Akten – im Gegenteil wies der Vorsitzende mit der Fristansetzung zur Replik ausdrücklich auf die Novenschranke hin (RG act. IV/18). Die Berufungsklägerin war und ist anwaltlich vertreten und musste daher wissen oder spätestens aufgrund dieser Verfügung erkennen, dass eine Replik der letzte freie Vortrag der klagenden Partei ist (Art. 229 ZPO). Wenn sie oder ihr Anwalt dem nicht Rechnung trugen, ist das nicht mehr zu ändern. 5.1. Die Berufungsklägerin äussert sich zu ihren Beweisanträgen. Sie kritisiert, dass das Regionalgericht diesen in mehreren Punkten zu Unrecht nicht gefolgt sei (act. A.1 Rz. 11 ff.). 5.2. Die Parteien haben Anspruch darauf, dass das Gericht die von ihr frist- und formgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Art. 152 Abs. 1 ZPO). Unter diesem Gesichtspunkt ist die Berufung zu prüfen, wobei Beanstandungen der Berufungsklägerin auch hier den gesetzlichen Anforderungen genügen müssen (E. 1.3) – die teils anzutreffenden früheren kantonalen Bestimmungen, wonach die Berufungsinstanz das angefochtene Urteil von Amtes wegen frei und vollständig auf materielle und prozessuale Richtigkeit zu überprüfen hatte (so etwa die Art. 222 und 229 aZPO/GR [BR 320.000] vom 1. Dezember 1985; § 269 Abs. 1 aZPO/ZH [LS 271]; Art. 227 Abs. 1 und 235 ZPO/SG) gelten seit dem 1. Januar 2011 nicht mehr. Vorweg sind die Beanstandungen der Berufungsklägerin unberechtigt, als sie sich auf mit der sogenannten Triplik bezeichnete Beweismittel bezieht, solche waren prozessual nicht mehr zulässig (E. 4). Es betrifft eine "Kundendokumentation" (act. A.1 Rz. 13), eine Expertise über gewisse

Pflichten des Kundenberaters (Rz. 14) und erneut eine Expertise (Rz. 18).

E. 16

/ 38 Die Berufungsklägerin verlangt sinngemäss (indem sie kritisiert, dass das Regionalgericht keines anordnete), es sei ein Gutachten einzuholen über "die Pflichten der Bank, die Erkennbarkeit der Ungewöhnlichkeit der Transaktionen sowie der Installation eines branchenüblichen Überwachungssystems" (act. A.1 Rz. 11). Dazu gehörte vorweg, dass sie aufzeigte, wann und wie sie das schon in erster Instanz verlangte (Art. 317 ZPO, E. 1.3). Dass sich das Regionalgericht zur Frage eines Gutachtens äusserte, heisst nicht, dass das (alle) die Punkte betraf, welche die Berufungsklägerin heute begutachtet haben will. Insofern ist auf die Berufung nicht einzutreten. In der Sache ist die Beanstandung allerdings jedenfalls so, wie sie vorgetragen wird, nicht berechtigt: dass eine Bank nicht generell alle Transaktionen überprüfen muss, welche eine Kundin ausgeführt haben will, wenn sie nur Konti führt und keine weiteren Aufträge übernommen hat, ist eine rechtliche Frage, deren Beantwortung offenkundig ist (= nein), und eines Gutachtens bedarf es dafür nicht – ob und was für besondere Elemente eine Überprüfung nahe gelegt oder erfordert hätten, führt die Berufungsbeklagte hier nicht aus. Solche Besonderheiten kommen sehr wohl vor, aber die Gerichte vermögen sie selber einzuordnen (sie müssen das: Art. 57 ZPO) und wo nötig zu sanktionieren (vgl. etwa OGer ZH LB110077 v. 20.3.2013 und BGer 4A_258/2012 v. 8.4.2013). Es ist an dieser Stelle (einmal mehr) auf den fundamentalen Mechanismus hinzuweisen, der den Zivilprozess charakterisiert: Die Parteien stellen Behauptungen auf zu den Tatsachen, welche sie ihrer Klage zugrunde legen (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO; das Gericht darf von Ausnahmen abgesehen nichts berücksichtigen, was nicht behauptet worden ist, Art. 55 Abs. 1 ZPO). Das Gericht prüft diese Behauptungen auf ihre rechtliche Relevanz (Art. 57 ZPO). Wo eine behauptete Tatsache in der Beurteilung des Gerichts erheblich und von der Gegenseite bestritten ist, wird sie dem Beweisverfahren unterworfen (Art. 150 Abs. 1, Art. 154 ZPO). Die Unterscheidung in Tat- und Rechtsfragen ist alt und wurde mit der schweizerischen Zivilprozessordnung nicht neu eingeführt (grundlegend Guldener, a.a.O., S. 168; BGer 5A_888/2020 v. 9.12.2020 E. 4.4 unter Verweisung auf BGE 127 III 365 E. 2c). Das Kantonsgericht hat in jüngerer Zeit ebenfalls immer wieder darauf hingewiesen und diese Urteile auch publiziert (vgl. statt vieler KGer GR ZK2 22 3 v. 21.7.2022 E. 3.3.1 [insb. S. 12]; KGer GR ZK1 21 155 v. 14.11.2022 E. 1.2; KGer ZK2 23 16 v. 26.10.2023 E. 3.5.2.4 und dazu BGer 4A_588/2023 v. 11.6.2024). – Ein Gutachten ist einzuholen, wenn dem Gericht der nötige Sachverstand zum Feststellen oder Würdigen des Tatbestandes fehlt (Guldener, a.a.O., S. 347). Das hebt die Obliegenheit der Parteien, die Tatsachen zu behaupten, nicht auf. In aller

E. 17

/ 38 Regel und auch im vorliegenden Fall geht es für die Parteien zuerst einmal darum, aus den ihnen vorliegenden Unterlagen die relevanten Umstände herauszusuchen, welche die Klage stützen sollen, und dann so zu behaupten (Art. 55 Abs. 1 und Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO) – hier also die Vorgänge, welche den Sachbearbeiter der Bank nach Auffassung der Berufungsklägerin hätten stutzig machen müssen. Die Berufungsklägerin nennt sie der Sache nach (dazu nachstehend): R._____ habe Zahlungen von Konti "K._____" sich selber oder ihm nahestehenden Personen anweisen lassen, er habe gewisse Zahlungen doppelt vorgenommen, er habe entgegen der bisher geübten Praxis des K._____ deren Konti auch ins Minus geraten lassen. Für die Bewertung solcher Auffälligkeiten wäre auch zu berücksichtigen, wie häufig sie im Verhältnis zu allen von R._____ veranlassten

Transaktionen vorkamen. Das konnte die Berufungsklägerin und Kontoinhaberin aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Bankbelege selber ermitteln, und dazu bedurfte es keines Gutachtens (gewiss hätte es Zeit und Mühe gekostet, aber im Rahmen von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO hätte das angemessen berücksichtigt werden können). Ob solche einzelnen Sachverhalte in ihrer Gesamtheit unter den gegebenen Umständen und im Rahmen der eine kontoführende Bank treffenden Pflichten eine Verletzung der geschuldeten Sorgfalt (Art. 398 Abs. 1 und Art. 321a OR) darstellten, obläge zuerst dem Gericht zu beurteilen (Art. 57 ZPO). Eine Expertise käme in Frage, wenn Besonderheiten des Bankgeschäftes zu beachten wären, welche dem Gericht nicht geläufig sind. In der Regel sind die Gerichte und auch das Bundesgericht durchaus in der Lage, diese Frage zu beurteilen. Das kann hier allerdings offen bleiben. Ohne die tatsächliche Basis – "aufgrund welcher konkreter Umstände, welche wie, wann, wie oft, in welchem Umfang vorkamen, hätte der Betreuer merken können und nach Art. 3 Abs. 2 ZGB merken müssen, dass R._____ seine Vollmacht missbrauchte" – lässt sich ein Auftrag an den Experten gar nicht formulieren. Und einmal mehr: es ist nicht Sache des Experten, einer klagenden Partei das mögliche und zumutbare Behaupten des Klagefundamentes abzunehmen. Das wäre eine verpönte "fishing expedition", und Zufallsfunde aus einer solchen wären als verspätete Noven nicht mehr zu berücksichtigen (Paola Wullschleger, in: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., Zürich 2023, N 3b zu Art. 183 ZPO mit verschiedenen Hinweisen). Zudem hat das Regionalgericht nach der Berufung zu schliessen offenbar angenommen, was die Berufungsklägerin an dieser Stelle nicht kommentiert: ein in der Berufung hier nicht näher erläutertes Verhalten des Verwaltungsrates L._____ der Berufungsklägerin hätte einen Schaden gänzlich verhindert. Warum das falsch war, wird in der Berufung an dieser Stelle nicht erläutert (wo es später Thema ist,

E. 18

/ 38 wird es dort diskutiert werden). Auch unter diesem Aspekt kann auf die Berufung hier nicht eingetreten werden. Die Herren P._____, X._____ und O._____ wurden (offenbar in Anwendung von Art. 159 ZPO, die Berufung befasst sich damit nicht näher) als Parteien einvernommen. Die Berufungsklägerin scheint zu wollen, dass sie ergänzend zu einer Beweisaussage angehalten werden – das legt jedenfalls der vorwurfsvolle Ton der Darstellung in der Berufung nahe (act. A.1 Rz. 12). Die Berufungsklägerin führt aber nicht aus, wann und wo sie diesen Antrag in erster Instanz stellte und genügt darum den Anforderungen an die Berufung nicht. Bei einem Blick auf die angegebene Stelle des Urteils zeigt sich, dass die Berufungsklägerin dem Regionalgericht vortrug, dem Zeugen O._____ dürfe die Beweisaussage nicht verweigert werden, denn er sei "bereit, seine wahrheitsgetreuen Aussagen auch unter erhöhter Strafdrohung zu machen" (Urteil E. 4.2.2). Diese Formulierung kann eine ungehörige Kommunikation der Berufungsklägerin mit dem Zeugen indizieren. Das kann aber offenbleiben. Wenn die Berufungsklägerin der Auffassung ist (und in der Berufung sagt sie an dieser Stelle nicht, sie habe das damals anders ausgedrückt), der Zeuge O._____ habe die Wahrheit gesagt, und wenn das Regionalgericht auf die Beweisaussage verzichtete, weil O._____ glaubwürdig sei, ist nicht zu erkennen, warum die Berufungsklägerin an dieser Beweisaussage ein Interesse haben könnte. Jedenfalls erläutert sie das in der Berufung nicht. Zu den anderen beiden Zeugen macht sie überhaupt keine Ausführungen. Damit ist die Beanstandung in diesem Punkt unberechtigt, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. Es ist offenbar unter den Parteien streitig, ob nach Gründung der Berufungsklägerin (= A._____) ein Gespräch L._____ mit dem zuständigen Betreuer Y._____ bei der Berufungsbeklagten und O._____

stattfind, anlässlich dessen L._____ laut der Berufungsbeklagten erklärt haben soll, "es bleibe alles beim Alten". Dem Antrag der Berufungsklägerin auf Edition eines entsprechenden Gesprächsprotokolls von der Berufungsbeklagten sei das Regionalgericht zu Unrecht nicht nachgekommen (act. A.1 Rz. 15, mit Hinweisen auf die Vorträge der Parteien dazu in Klageantwort, Replik und Duplik). Wie die Berufungsklägerin richtig ausführt, ist es eine rechtliche Frage, wer für die Aktiengesellschaft zeichnen konnte. Wenn es L._____ nicht war, konnte ihm auch seine persönliche Versicherung gegenüber der Berufungsbeklagten diese Berechtigung nicht verschaffen. Der Beweisantrag ist daher nicht "tauglich" im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO. Wie die Vertretungsverhältnisse bei der Berufungsklägerin waren, und ob und wie ein Mangel durch Genehmigung (Art. 38 Abs. 1 OR) geheilt wurde, ist eine andere Frage. Falls und soweit es die Berufung thematisiert, ist am gegebenen Ort darauf einzugehen.

E. 19

/ 38 Die Berufungsklägerin beanstandet sinngemäss, dass das Regionalgericht ihren Beweisanträgen "Historie der Kundendaten" und "Expertise" nicht nachgekommen sei, obwohl sie diese Anträge erst als Reaktion auf Bemerkungen der Berufungsbeklagten in der Duplik gestellt habe, also in Ausübung ihres rechtlichen Gehörs und unbeschadet der "Novenschanke" (Rz. 16). Die Duplik umfasst 72 Seiten (RG act. I/5). Die Berufungsklägerin führt nicht aus, wo die angeblich die Beweisanträge erfordernden Behauptungen der Berufungsbeklagten aufgestellt wurden. Es ist nicht Aufgabe des Kantonsgerichts, dem nachzuforschen, und damit sind auch hier die formellen Anforderungen an die Berufung nicht erfüllt. Auf den Punkt ist damit nicht einzutreten. Es sind aber ohnehin keine Weiterungen notwendig: die Berufungsklägerin behaftet die Berufungsbeklagte bei deren Zugabe, L._____ habe auch nach Gründung der Berufungsklägerin (= A._____) noch alte Zahlungs-Formulare verwendet (gemeint wohl: Formulare, welche die frühere einfache Gesellschaft als Kontoinhaberin nannten), obschon die Konti bereits auf die Aktiengesellschaft lauteten. Mit der Publikation im Handelsregister habe die Berufungsbeklagte gewusst oder wissen müssen, dass L._____ für die Aktiengesellschaft keine Einzelunterschrift mehr führte. – Was eine Expertise zusätzlich zu diesem Sachverhalt beitragen könnte, erläutert die Berufung nicht, und es ist nicht zu erkennen. Die rechtliche Einordnung ist auch hier Sache des Gerichts (Art. 57 ZPO). Die Einwendung ist unberechtigt. Die Berufungsklägerin beanstandet, dass das Regionalgericht ihrem Beweisantrag nicht gefolgt sei, die Berufungsbeklagte habe eine Dokumentation zu den Kontoüberzügen zu edieren. Die Berufungsbeklagte habe neu zugestanden, dass Kontoüberzüge von der Bank manuell freizugeben gewesen seien und der zuständige Berater dazu Erkundigungen eingeholt habe (act. A.1 Rz. 17). Die Berufung ist in dem Sinn formell ungenügend, als sie weder ausführt, wo erst in der Duplik die Berufungsbeklagte diese Zugabe gemacht haben soll, und wo und wie dieser Punkt das angefochtene Urteil überhaupt beeinflusste. Es ist darauf nicht einzutreten. Ohnehin war und ist die Edition nicht anzuordnen: wenn die Berufungsbeklagte nach Darstellung in der Berufung zugab, vor Überzügen (welche die Berufungsklägerin nach den Kontoauszügen kennt oder jedenfalls kennen muss) rückgefragt und die Transaktionen dann manuell freigegeben zu haben, kann die Berufungsklägerin das als "verdächtiges" Element (dazu vorstehend) anrufen, welches genauere Erkundigungen geboten hätte. Weiterer Beleg aus den Akten der Berufungsbeklagten bedarf es nicht. Die Berufungsklägerin bemängelt, dass das Regionalgericht nicht ihrem Antrag folgte, die Berufungsbeklagte zum Erstellen einer Aufstellung der Konti von

E. 20

/ 38 R._____, der M._____ und der Brüder Z._____ anzuhalten, und dann eine Expertise anzuordnen (act. A.1 Rz. 20). Sie sagt dann im Folgenden selber, die Berufungsbeklagte habe eine Zusammenstellung der Geldflüsse aus den Konten einfache Gesellschaft / Aktiengesellschaft "K._____" vorgelegt (a.a.O. zweiter Absatz). Weshalb eine solche Aufstellung noch nötig sei, erläutert sie nicht. Es kommt dazu, dass sie selbst nicht weniger oder sogar besser als die Berufungsbeklagte weiss, was für Transaktionen zu ihren Lasten ausgeführt wurden, denn darauf fusst ja ihre präzise bezifferte Klage. Was die Kenntnis der Einzahlungen auf Konten der genannten Kunden für wesentliche Erkenntnisse bringen könnte, führt die Berufung nicht aus. In erster Linie müssten dafür vorweg jene Kontoinhaber begrüsst werden (Art. 165 ff. ZPO). Die Berufung erläutert aber nicht, was es für ihren Standpunkt beitragen und der Kritik am angefochtenen Urteil dienlich sein könnte, wenn man wüsste, wer und wann auf die Konten der genannten Kunden Einzahlungen machte. Dazu hätte sie schon in erster Instanz Behauptungen aufstellen oder hätte sie mindestens begründen müssen, weshalb das überhaupt erheblich sei. Dazu führt sie in der Berufung nichts aus. Das Beweisverfahren dient nicht dazu, ungenügende Parteivorträge zu verbessern. Auch diese Rüge ist unberechtigt. Zur zusammenfassenden Beanstandung des unterlassenen Gutachtens zur Sorgfaltspflicht der Bank (act. A.1 Rz. 22) ist auch hier festzuhalten, dass das eine rechtliche Frage ist, welche das Gericht aufgrund des ihm form- und fristgerecht vorgetragenen Sachverhaltes – und den gegebenenfalls nötigen Beweiserhebungen dazu – von Amtes wegen prüfen muss und auch kann (Art. 57 ZPO). Nicht weniger ist es eine rechtliche Frage, ob ein Kausalzusammenhang durch bestimmte Umstände unterbrochen wurde. Der Einwand ist nicht berechtigt. 5.3. An dieser Stelle drängt sich zudem ein Wort auf zur Eingabe der Berufungsklägerin vom 19. September 2023 an das Kantonsgericht (act. A.2), eine wenn auch nicht so deklarierte nachträglich eingereichte Ergänzung zur Berufungsbegründung. Die Berufungsklägerin legt damit das Strafurteil gegen R._____ vom 1. Dezember 2022 vor (act. B.2). Zu diesem Urteil führt sie aus, R._____ habe mehr als tausend Straftaten begangen, darunter 442 qualifizierte Veruntreuungen und 93 ungetreue Geschäftsbesorgungen. In allen diesen Fällen habe es sich um Vergütungsaufträge an die Berufungsbeklagte gehandelt. Die schwerste (oder vielleicht: betragsmässig gewichtigste) Einzeltat sei eine Zahlung zu Lasten der AA._____ AG zu Gunsten der M._____. – Diese Vorbringen sind prozessual verspätet und darum unzulässig (Art. 317 ZPO). Die Berufungsklägerin war Geschädigte und nahm als solche am Strafprozess gegen R._____ teil (dazu act. II/155, insbesondere S. 7 f. und S. 50) – auch wenn sie die im Strafverfahren adhäsions-

E. 21

/ 38 weise erhobene Zivilklage gegen R._____ am 19. November 2019 "anlässlich" und damit vor Abschluss der Hauptverhandlung zurückgezogen hatte (nach Art. 122 Abs. 4 StPO also ohne Rechtskraftwirkung im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO und Art. 241 Abs. 2 ZPO), waren ihr die Delikte R._____ schon damals bekannt und hätte sie die entsprechenden Behauptungen in den Zivilprozess einbringen können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dass dafür mit dem kantonsgerichtlichen Urteil ein taugliches (Art. 152 Abs. 1 ZPO) Beweismittel vorliegt, ersetzt nicht die rechtzeitige Behauptung; Beweis wird nur erhoben über form- und fristgerecht aufgestellte und streitige Behauptungen. Es kommt hinzu, dass die Berufungsklägerin nicht ausführt, was ihre neuen Behauptungen für einen Einfluss auf die Beurteilung des angefochtenen Urteils haben sollen – dieses geht davon

aus, dass R._____ im grossen Stil deliktisch über Guthaben von Kunden der M._____ und insbesondere der Berufungsklägerin verfügt hat. Die Ergänzung zur Berufung genügt damit den formellen Anforderungen (E. 1.3) nicht, und es ist darum auf diese Eingabe nicht einzutreten. Daran ändert auch nichts, dass das Strafurteil von einer Kammer des Kantonsgerichts gefällt wurde. Es ist vorweg durchaus kontrovers, ob es zwischen den Kammern eines Gerichts und erst recht zwischen einem Rechtsmittel- und einem erstinstanzlichen Gericht das Amtsgeheimnis zu wahren gilt. Und auch unabhängig davon, ob eine Kammer alle Urteile anderer Kammern kennen dürfte, können die Parteien nicht davon ausgehen, dass alle Kammern des Gerichts (und alle in Frage kommenden Vorinstanzen) andere Entscheide in ihrer Sache und/oder der der Gegenseite tatsächlich kennen – auch wenn das Strafurteil gegen R._____ gewiss etwas nicht Alltägliches war und ist. Solche Entscheide sind daher nicht 'notorisch' wie der Inhalt des Grundbuches oder des Handelsregisters, und die Parteien müssen im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO darauf hinweisen, wenn sie den Inhalt in einem anderen Verfahren berücksichtigt haben wollen. 6. Die Berufungsklägerin befasst sich im Kapitel "Kenntnisse und Perspektive Y._____" mit diesem als Zeugen einvernommenen Kundenberater der Berufungsbeklagten. Sie erklärt, Y._____ sei ein langgedienter Bankfachmann, zur fraglichen Zeit neben der einfachen Gesellschaft K._____ und dann der Berufungsklägerin auch zuständig für die Kundenbeziehungen der Berufungsbeklagten zur AA._____ AG, zur AB._____ AG, zur AC._____ AG, zur M._____ und zu den Brüdern Z._____. Er habe zugegeben, mit dem Anwalt der Berufungsbeklagten bei der Erstellung des Sachverhaltes rege Kontakt gehabt zu haben, dabei aber falsche Jahre angegeben. Zudem habe er sich auf seine Einvernahme vorbereitet (Rz. 43 f.). Was sie daraus ableiten will, erläutert die Berufungsklägerin nicht, und sie nimmt auch keinen Bezug auf Erwägungen des angefochtenen Urteils. Inso-

E. 22

/ 38 fern ist auf die Berufung nicht einzutreten. Es ist auch nicht zu sehen, wie die Ausführungen der Berufungsklägerin das angefochtene Urteil in Frage stellen könnten. Dass der massgebliche Mitarbeiter der Bank deren Leitung und/oder deren Anwalt die Vorgänge erläutert, welche zu einer Klage geführt haben, ist nicht auffällig, ebenso wenig, dass er vor der Einvernahme seine Unterlagen noch einmal durchsieht. Das muss in die Beweiswürdigung einfließen, soweit es die Aussagen als unzuverlässig erscheinen lässt. Mangels einer Auseinandersetzung der Berufung damit kann aber nicht geprüft werden, ob das angefochtene Urteil hier mangelhaft ist, und wie eine allenfalls andere Würdigung zu einem anderen Urteil führte. Sodann listet die Berufungsklägerin über fast eineinhalb Seiten stichwortartig aus, was der Zeuge ihrer Auffassung nach wusste, wissen musste und tat – allerdings ohne jeden Aktenhinweis, woher diese Angaben stammen. Damit kann nicht geprüft werden, ob es um Elemente aus dem vorinstanzlichen Verfahren oder um unzulässige Noven (Art. 317 ZPO) geht. Und auch hier fehlt es an jedem Bezug zum angefochtenen Urteil, sodass insbesondere nicht geprüft werden muss und kann, wo dieses allenfalls etwas zu Unrecht übergangen oder unrichtig gewürdigt hat. Ferner begnügt sich die Berufungsklägerin mit sehr allgemeinen Angaben: Überweisungen an private Konti oder solche "im Verfügungsbereich" von R._____ hätten sich "gehäuft"; "auffällige Zahlungen" habe es zu Lasten der AA._____ AG ab 2011 gegeben, bei den anderen Geschädigten ab 2012, bei der einfachen Gesellschaft K._____ ab Ende Oktober 2012; Y._____ habe automatisch generierte Meldungen zu "auffälligen Transaktionen" ab diesen Zeitpunkten erhalten, und um diese Meldungen resp. die sie auslösenden Zahlungen

(gemeint wohl: Zahlungs- aufträge) habe er sich selber kümmern müssen; Kontoüberzüge seien "courant normal", und Y._____ habe nur die Bonität geprüft; mit der Freigabe von Zahlungs- aufträgen habe er auch die Begünstigten ersehen können und insbesondere Doppelzahlungen oder Kontoüberzüge – auch wenn das "bei den ersten paar Zahlungs- lungen" nicht aufgefallen sei, hätte es ihm "aufgrund der Häufung der merkwürdi- gen Transaktionen" auffallen müssen. Y._____ habe seine Kunden und deren üb- lichen hohen Kontoguthaben gekannt, und darum hätte ihm auffallen müssen, dass plötzlich Konti überzogen worden seien; gelegentlich habe Y._____ zurück- fragen müssen, und es hätte ihm auffallen müssen, dass stets R._____ der Auf- traggeber gewesen sei. Das Letzte widerlegt sich selbst: wenn bei all den Ge- schäften der Zeuge Y._____ zuständig war, ist es gewiss nicht merkwürdig, wenn beim beauftragten Treuhandbüro ebenfalls nur ein und immer der gleiche Sach- bearbeiter auftritt. Eine "Häufung" von Transaktionen bleibt unbestimmt: es bleibt offen, wie viele das gewesen sein sollen, und was für ein Anteil im Ganzen. Die

E. 23

/ 38 Berufungsklägerin legt weder die Höhe von Kontoüberzügen noch deren Dauer dar – Kontoüberzüge sind im Bankgeschäft aber tatsächlich üblich, und gerade dafür wird bekanntlich häufig eine Überzugslimite vereinbart. Übrigens scheint es sich nach der Darstellung der Berufungsklägerin nur um kurzfristige Überzüge ge- handelt zu haben: Y._____ hat sich nach der Berufung damit begnügt, dass "nach dem Monatsende die Mietzinsen wieder eingingen und der Minussaldo [...] wieder gedeckt war" – das stellte also doch eine gewisse sinnvolle Kontrolle dar. Es mag sein, dass die Konti für die Liegenschaften "K._____" früher hohe positive Saldi aufgewiesen hatten; die Bank hatte aber nicht zu hinterfragen, weshalb die Kundin das nicht mehr so halten wollte. Unter dem Titel "Kontoüberzüge" weist die Beru- fungsklägerin damit keinen Mangel des angefochtenen Urteils nach. Was "Dop- pelzahlungen" sind und wie häufig sie vorkamen, erläutert die Berufung nicht. Es könnte sich um Fälle gehandelt haben, wo gleichzeitig zweimal die nämliche Summe bezahlt werden sollte. Für sich kann das durchaus unauffällig sein – es kann vorkommen, dass eine Mieterin zwei Mietzinsen aufs Mal zahlen will, oder dass sich ein Verwalter das Honorar für zwei verschiedene Perioden anweisen lässt – oder schlicht auf einem Versehen beruhen. Nach den Ausführungen der Berufungsklägerin scheint es, dass der Berater Y._____ diesfalls eine interne Meldung erhielt und dann bei R._____ zurückfragte. Offen bleibt, was das bedeu- tete und wie R._____ reagierte: ob dieser zweimal den nämlichen Betrag auf das nämliche Konto anweisen wollte, ob er dafür dann eine Erklärung gab oder ob er sagte, es sei ein Versehen und man solle nur einmal zahlen. Details dazu gibt die Berufung nicht, und damit kann die Berufungsinstanz nicht prüfen, ob und was für ein Fehler dem Kundenberater unter diesem Titel vorzuwerfen sein könnte. Auf jeden Fall war es nicht Aufgabe des Regionalgerichts und ist es nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, die sehr umfangreichen von der Berufungsklägerin vorgelegten Akten darauf hin durchzuarbeiten, ob sich daraus etwas für die Klage ergeben könnte – das hätte die Klägerin und Berufungsklägerin tun müssen, und dann hät- te sie konkret und präzis behaupten können, aufgrund welcher Indizien der Bera- ter bei der Berufungsbeklagten hätte Verdacht schöpfen müssen und welcher Schaden bei der Kundin von diesem Moment an durch geeignete Massnahmen der Bank hätte vermieden werden können. In jedem Fall wäre erforderlich, dass die Berufungsklägerin solche Behauptungen und entsprechende vom Regionalge- richt nicht aufgenommene Beweisofferten schon im erstinstanzlichen Verfahren nachweise. Auch in diesem Punkt lässt sich für eine konkrete

und spezifizierte Kritik der Berufungsklägerin am angefochtenen Urteil (E. 1.3) nichts gewinnen. Ob sich der Zeuge Y._____ nach der Gründung der Berufungsklägerin um die Vollmachten für die Konti "nicht kümmerte", und/oder ob er mit Y._____ den Ein-

E. 24

/ 38 trag "KU" im Handelsregister diskutierte, kann offenbleiben. Die Berufungsklägerin erläutert nicht, wo das angefochtene Urteil dies zu Unrecht in Frage stelle oder übergehe, und wie sich daraus allenfalls eine Gutheissung der Berufung ergäbe. Auch darauf ist nicht einzutreten. 7. Die Berufungsklägerin kommentiert eingehend die Befragung(en) des im bereits erwähnten Strafprozess angeklagten und hier als Zeuge einvernommenen R._____ (act. A.1 Rz. 22 ff.). Die Berufung verweist auf den Abschnitt 9.2.3 des angefochtenen Urteils, welcher sich auf sieben Seiten (S. 61 – 67) ausführlich mit den Aussagen R._____ ausein- andersetzt. Konkrete Bezüge zu diesen Erwägungen lässt sie weitgehend vermischen. Zwar ist die Prüfungsbefugnis des Kantonsgerichts nicht wie bei einer Beschwerde auf die "offensichtlich unrichtige" Beweiswürdigung von Art. 320 lit. b ZPO eingeschränkt. Die Berufungsinstanz nimmt aber nicht eine von Grund auf neue Beweiswürdigung vor, sondern hält sich im Sinne des "Prüfprogramms" zunächst an das, was die Berufung beanstandet (vorstehend E. 1.3). Wenn bei dieser Prüfung einzelne Elemente der erstinstanzlichen Erwägungen als unrichtig erkannt werden, muss eine neue und gewichtete Beweiswürdigung erfolgen, und die Gesamtwürdigung und -gewichtung der Beweise kann mit der Berufung ohne- hin gerügt und muss dann von der oberen Instanz überprüft werden. In diesem Sinn ist auf die Ausführungen der Berufung einzugehen. Die Berufungsklägerin verweist zunächst ohne konkrete Verweisungen darauf, das Regionalgericht habe falsche zeitliche Angaben R._____ erkannt, daraus aber zu Unrecht nicht auf eine generelle Unzuverlässigkeit des Zeugen geschlossen. Es habe angenommen, L._____ habe von den deliktischen Handlungen R._____ mindestens dem Grundsatz nach Kenntnis erhalten und diese nicht wirksam un- terbunden; zudem habe er schon nach der Gründung der Klägerin nicht dafür ge- sorgt, dass die Generalvollmacht R._____ mit Einzelzeichnungsberechtigung vom 6. Juni 2006 (RG act. II/1/18) widerrufen worden sei. – Als Kritik an der Beweis- würdigung ist das eine Einleitung, aber nicht im Einzelnen überprüfbar. Die Detail- kritik folgt (act. A.1 Rz. 23 ff.).

E. 25

/ 38 sage. Wo R._____ widersprüchlich oder inkonsistent ausgesagt habe, erläutert die Berufung nicht. Mit der "zeitlichen Einordnung" (act. A.1 Rz. 23 zweiter Satz) meint die Berufungs- klägerin offenbar den Moment, in welchem L._____ nach der Aussage R._____ merkte, dass etwas mit den Konti der Berufungsklägerin nicht stimmte. Das Regionalgericht zitiert den Zeugen damit, dass L._____ die Belange der Berufungsklä- gerin genau verfolgt und die Konti regelmässig geprüft habe, die Gesellschaft sei für ihn "wie ein Kind" gewesen. Er (der Zeuge) sei von L._____ mit den allzu tiefen Kontoständen konfrontiert worden; L._____ habe erkannt, dass R._____ unzuläs- sige Belastungen vorgenommen habe, und wiederholt verlangt, R._____ müsse diese ausgleichen. Der Zeuge habe erklärt, die zeitlichen Verhältnisse könne er nur schwer einschätzen; er wisse nicht mehr genau, wann L._____ ihn "stellte" und wann er dann gestorben sei. Er glaubte, die beiden Ereignisse hätten unge- fähr ein halbes Jahr auseinandergelegen. Das Regionalgericht nimmt an, dieses "halbe Jahr" sei unrichtig – denn die Rückzahlungen R._____ seien im Februar 2013 erfolgt. L._____ starb ab 29. Juli 2014 – "ein halbes Jahr vorher" wäre an- fangs 2014 gewesen. Dass L._____ Verdacht schöpfte und den Zeugen

"stellte", dürfte anfangs 2013 gewesen sein. Ein Jahr ist eine ziemlich bedeutende Spanne. Nur: R._____ gab die hier kritischen Aussagen gemäss dem angefochtenen Urteil im Juni 2022 zu Protokoll (Urteil S. 63 Mitte), acht- oder neuneinhalb Jahre nach dem Ereignis. Dass in jener Zeitspanne besonders bemerkenswerte Dinge lagen, nach welchen der Zeuge hätte gefragt werden können und die eine bessere Ein- ordnung erlaubten (nur als Beispiel: wenn die Büros der M._____ verlegt worden wären, hätte man den Zeugen fragen können: war denn diese Unterredung noch am alten oder schon am neuen Ort?). Der Zeuge gab sodann ausdrücklich und offenbar ehrlich an, er sei sich in der zeitlichen Einordnung nicht sicher. Die Unge- nauigkeit hat darum keine wesentliche Bedeutung. Fest steht, und die Berufungs- beklagte bestreitet es nicht, dass R._____ die deliktisch belasteten Konti im Fe- bruar 2013 mindestens teilweise wieder äufnete (nach seiner auch insoweit nicht verdächtigten Aussage, weil er für eine gänzliche Wiederherstellung nicht genü- gend Mittel hatte). Dass er, der bekanntermassen systematisch und im sehr grossen Stil von den Konti zahlreicher Kunden der M._____ grosse und grösste Beträge unrechtmässig abgezogen hatte, einen anderen Grund hatte, seine Straf- taten ausgerechnet und nur gegenüber der Klägerin mindestens teilweise wieder gut zu machen als die Entdeckung durch seinen Senior-Partner und Aktio- när/Präsident der Berufungsklägerin, ist nicht zu sehen und wird nicht behauptet. Es ist auch nicht klar, was für ein Interesse R._____ daran hatte, die Entdeckung durch L._____ falsch zu datieren. An seinen Straftaten und an deren Schwere än-

E. 26

/ 38 dert es nichts. Dass er teilweise Ausgleichszahlungen vornahm, war und ist akten- kundig. Ob eine Datierung des Gespräches oder der Gespräche L._____/R._____ anfangs 2013 oder 2014 einer der heutigen Berufungsparteien dienlicher sein werde, kann R._____ nicht vorausgesehen haben, und es wäre auch nicht ein- sichtig, weshalb er mit seiner (zeitlich vagen) Aussage einer der beiden für den späteren (heutigen) Zivilprozess hätte nützen oder schaden wollen. Es bleibt beim plausiblen und überzeugenden Ablauf Entdeckung der Delikte durch L._____ – dieser stellt den Täter und fordert Rückzahlungen – solche Zahlungen finden im Februar 2013 statt. Die Entdeckung kann also nicht nach Februar 2013 datiert werden.

E. 27

/ 38 folgen die Frage "Hat die M._____ gegenüber der AG K._____ keine Ausstände mehr?" und die Antwort "Für das Jahr 2013 nicht. Für das Jahr 2014 weiss ich nicht. Wir haben sowieso über beide Jahre zu viel bezogen. Ob die Abrechnungen à jour sind, weiss ich nicht". Auch das gibt nichts Verwertbares her, weder für eine der heutigen Parteien, noch für oder gegen die Verlässlichkeit des Zeugen. Was "zu viel bezogen" heissen soll, bleibt offen. In Kenntnis der Delikte könnte man es verstehen als "ich habe von den Konti K._____ ohnehin mehr auf Konti der M._____ überwiesen als an Honorar gerechtfertigt war" – das ist aber reine Spe- kulation.

E. 28

/ 38 A.1 Rz. 27). Sinngemäss glaubt sie, R._____ habe erklärt, über die M._____ For- derungen der Berufungsklägerin beglichen zu haben, für welche jene Gläubiger Betreuung eingeleitet hatten – solche Betreibungen habe es aber nicht gegeben. Ein Zusammenhang mit dem angefochtenen Urteil ist nicht zu sehen und die Beru- fungsklägerin erläutert ihn nicht. So oder so steht nach dem Regionalgericht in der Berufung unbestritten fest, dass

R._____ anfangs 2013 Zahlungen für Konti der Berufungsklägerin leistete, und wie vorstehend erwogen, muss das als Reaktion auf eine Intervention von L._____ erfolgt sein. Um die relative Höhe von auch 2014 noch erfolgter Zahlungen und um die Begründung für eine Diskrepanz geht es so weit erkennbar und von der Berufung erläutert (oben E. 1.3) nicht. Es mag sein, dass sich R._____ in diesem Punkt täuschte, aber daraus ist nichts zu gewinnen.

E. 29

/ 38 (der formell für die seinerzeitige einfache Gesellschaft keine Funktion hatte) im Auftrag L._____ (der schon die Baugesellschaft geführt hatte und dann Verwaltungsratspräsident der AG wurde) die nötigen Unterlagen für die Gründung der AG zusammenstellte. Dann hätte das "noch nicht involviert" bedeutet, dass zunächst nur L._____ das Mandat "K._____" führte und auch die treibende Kraft hinter der AG-Gründung war, und dass er R._____ erst sukzessive einsetzte. Die Berufungsklägerin sagt auch hier nicht, was sie konkret aus ihrer Kritik gegen das angefochtene Urteil ableiten will.

E. 30

/ 38 für alle unrechtmässigen Abdispositionen entweder einen Mittäter hätte finden oder aber einigermaßen aufwändige und risikoreiche zusätzliche Ausreden und/oder Fälschungen hätte suchen/erstellen müssen. Dass er sich mit dem Missbrauch der Einzelzeichnung schuldig machte, ist allerdings klar, und wenn er das Formular mit der Kollektiv-Zeichnung absichtlich nicht weiterleitete, war – wenn auch immerhin, so doch nur – ein weiterer Mosaikstein in seinem deliktischen Tun. Daran schliesst aber auch die Feststellung an, dass dem Punkt bei der Berufungsklägerin ganz offenbar nicht die nötige Aufmerksamkeit geschenkt wurde; im Ergebnis ist das als ein Element des Selbstverschuldens der Berufungsklägerin für den vorliegenden Prozess eher kontraproduktiv. Zutreffend hat das Regionalgericht auch erwogen, dass R._____ von seinen Aussagen kaum einen Vorteil für das damals noch nicht abgeschlossene Strafverfahren erwarten konnte – und die Berufungsklägerin widerlegt das nicht. Zudem hatte die Bank ihre im Strafverfahren adhäsionsweise erhobene Forderung gegen R._____ zurückgezogen (RG act. X/2/29 S. 3), und die Berufungsklägerin erläutert nicht, welche Aussagen, Unrichtigkeiten oder Ungenauigkeiten in den Aussagen dem Zeugen dazu dienen konnten oder sollten, seine allfällige Haftbarkeit gegenüber der Bank, gegenüber seiner Arbeitgeberin M._____ oder der Kundin (= der Berufungsklägerin selbst) zu reduzieren oder in ein milderer Licht zu rücken. Wenn man schon das erwägt, hätte R._____ wohl besser erklärt, die Rückzahlungen auf die "geplünderten" Konti der Berufungsklägerin von anfangs 2013 habe er aus freien Stücken und von seinem Gewissen getrieben gemacht, und nicht, nachdem er von L._____ dazu aufgefordert worden war – nach dessen Tod hätte niemand eine solche Geschichte widerlegen können. Es ist dem Regionalgericht daher beizupflichten, dass der Zeuge R._____ nicht grundsätzlich unzuverlässig ist. Wo es um konkrete Aussagen geht, bleibt zu erwägen, ob sie die nötige Überzeugung des Gerichts zu erstellen vermögen. Bereits dargelegt wurde das in dem Punkt, dass L._____ schon anfangs 2013 die Machenschaften R._____ entdeckte (oben E. 7.1). 8. Unter dem Titel "Kenntnis L._____ selig" argumentiert die Berufungsklägerin dazu, wann L._____ was von den Machenschaften R._____ gewusst habe; namentlich solle er erst im Frühjahr 2014 vermutet oder erkannt haben, dass die Konti der Berufungsklägerin ungewöhnlich tiefe Saldi aufwiesen (act. A.1 Rz. 31 ff.). Der Abschnitt lässt nicht erkennen, wie diese

Behauptung zu einem anderen Entscheid des angefochtenen Urteils geführt hätte, und insofern ist die Berufung nicht ausreichend begründet. Insbesondere wird L. _____ soweit ersichtlich nicht vorgeworfen, er habe die unerlaubten Dispositionen R. _____ bewusst gedeckt

E. 31

/ 38 oder sogar aktiv gefördert. Es wird darauf zurückzukommen sein. Die Ausführungen der Berufungsklägerin sind aber ohnehin nicht überzeugend. Dass R. _____ als Zeuge Unsicherheiten eingestand, wurde bei der Würdigung seiner Aussagen bereits diskutiert; alles in allem mindert es den Wert seiner Aussagen nicht. Es ist richtig, dass er speulierte, L. _____ habe wohl von ihm nur den Ausgleich der Kontosaldi verlangt und keine weiteren Massnahmen ergriffen, weil er gesundheitlich dazu nicht mehr in der Lage gewesen sei. Das ist keine konkrete Behauptung über den Gesundheitszustand L. _____, sondern eine Vermutung, welche R. _____ hinterher aufstellte, nachdem L. _____ gestorben war. Dass die- ser anfangs 2013 noch vital und voller Energie gewesen sei, wie die Berufungs- klägerin neu und damit unzulässig ausführt, und wozu sie in der ersten Instanz soweit erkennbar keine Beweismittel genannt hat, ist eine Spekulation ihrerseits. Und auch die Wiederwahl L. _____ als Präsident der Berufungsklägerin im Juni 2013, also noch ziemlich genau ein Jahr vor seinem Tod, schliesst nicht aus, dass er damals bereits geschwächt war. Die Berufungsklägerin führt aus, wenn L. _____ so krank war, dass er die Machenschaften R. _____ nicht unterbinden konnte, dür- fe man das dem alten Mann nicht zum Vorwurf machen. Das beruht auf einem Irrtum: soweit erkennbar macht niemand L. _____ einen persönlichen Vorwurf. Es geht darum, wie das Verhalten der Berufungsklägerin, deren Verwaltungsratsprä- sident er war, nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) gegenüber Dritten, hier der Berufungsbeklagten, aufgefasst werden durfte und musste. Die Berufungsklägerin sagt nicht, die Bank oder eines ihrer Organe habe von einer Krankheit L. _____ gewusst. Auch ob die anderen Mitglieder des Verwaltungsrates der Berufungsklä- gerin von einer alters- oder krankheitsbedingten Schwäche ihres betagten Präsi- denten wussten, steht nicht fest – die Berufungsklägerin behauptet es nicht. Hand- lungen und Unterlassungen L. _____ sind seiner Gesellschaft daher umfassend zuzurechnen. Bei der Diskussion der Aussagen R. _____ wurde erwogen, dessen Angabe, er sei anfangs 2013 von L. _____ auf die Kontostände angesprochen worden, mit der Aufforderung, Ordnung zu schaffen, sei glaubhaft. Dem hält die Berufungsklägerin in diesem Abschnitt entgegen, die Gesamtheit der flüssigen Mittel sei gar nicht besonders tief gewesen (act. A.1 Rz. 39). Darauf kommt es allerdings nicht an. Fest steht, dass R. _____ zuvor erhebliche unberechtigte Bezüge vorgenommen hatte – die Konti hätten also wesentlich höhere Saldi aufweisen müssen, und wer die Geschäfte des K. _____ kannte und verfolgte, konnte und musste das erken- nen (wohl aus diesem Grund hat die Revisionsstelle der Berufungsklägerin, wie im Sachverhalt geschildert, eine erhebliche Summe an den Schaden geleistet, es gilt

E. 32

/ 38 aber auch für den ganzen Verwaltungsrat und nicht nur für den Präsidenten: Art. 716a und 717 OR; Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum OR, 6. Aufl., Basel 2024, N 16 zu Art. 716a OR und N 3 ff. zu Art. 717 OR). Die Berufung argumentiert, R. _____ habe damals von den Plänen erfah- ren, statt der einfachen Gesellschaft eine Aktiengesellschaft zu gründen, musste damit befürchten, die dafür nötige Eingangsbilanz werde seine Verfehlungen zu Tage bringen, und er habe daher aus eigenem

Antrieb die (teilweisen) Rückzahlungen auf die Konti "K. _____" vorgenommen. Das ist in der Berufung als Behauptung zum Wissen und Willen R. _____ neu und daher prozessual unzulässig. Die Berufungsbeklagte hat auch bei der Einvernahme R. _____ durch das Regionalgericht zu diesem Punkt keine Fragen stellen lassen. Auf das (an sich interessante) Argument kann daher nicht abgestellt werden. Ob L. _____ tatsächlich erkannte, dass R. _____ unrechtmässig grosse Dispositionen zu Lasten der Konti "K. _____" vorgenommen hatte, steht nicht zweifelsfrei fest. Auch R. _____ hat es als Zeuge lediglich vermutet. Nur: wo sie der Bank grobe Fahrlässigkeit vorwirft, argumentiert die Berufungsklägerin damit, die Konti seien früher immer mit hohen positiven Saldi geführt worden, und der verantwortliche Betreuer hätte erkennen müssen, dass da etwas nicht mit rechten Dingen zugeht. Das gilt allerdings besonders für den Verwaltungsratspräsidenten L. _____, der anders als die Bank ganz direkt Einblick in alle Geschäfte der einfachen Gesellschaft gehabt hatte und in die der neu gegründeten Aktiengesellschaft hatte – und der nach der insoweit glaubhaften und von der Berufungsklägerin auch nicht angezweifelten Aussage R. _____ die Geschicke des K. _____ eng verfolgte und diese "wie sein Kind" betrachtete. Er konnte und musste erkennen, dass die Kontosaldis mit der bisherigen Art der Geschäftsführung des K. _____ nicht übereinstimmen konnte. Wer aber bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen kann und muss, dass etwas nicht stimmt, kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Das gilt hier für L. _____. Hätte er sich die Kontoauszüge vorlegen und die einzelnen Belastungen erläutern lassen, hätte er als erfahrener Treuhänder und Spezialist in Bank-Dingen (ehemals Bankrat und Präsident der Berufungsbeklagten) die Verfehlungen R. _____ sofort gesehen. Das Argument hilft der Berufungsklägerin daher nicht. Das gilt auch für den letzten Punkt in diesem Zusammenhang: dass R. _____ nach Behauptung oder Vermutung der Berufungsklägerin die Post der Bank, welche den "K. _____" betraf, selber behändigt habe und verschwinden liess. Die Berufungsklägerin sagt, das habe insbesondere für die Kontoauszüge zugetroffen, welche anfangs 2013 versandt wurden. Was die Bank dabei falsch gemacht ha-

E. 33

/ 38 ben soll, wird nicht klar. Die Berufung führt aus, die Post der Bank sei an "M. _____" adressiert gewesen. Dass das Treuhandbüro M. _____ die Administration für den "K. _____" führte, ist unstrittig. Vielleicht wäre eine Adresse "einfache Gesellschaft [später: Aktiengesellschaft] K. _____, c/o N. _____, O. _____ ..." noch präziser gewesen. So oder so konnte R. _____ offenbar diese Post behändigen, denn er war innerhalb des Büros für diese Kundin zuständig – und die Kanzlei leitete eingehende Post "den zuständigen Kundenbetreuern" zu, wie die Berufung selber aus der Zeugenaussage _____ zitiert. Daran hätte nichts geändert, wenn die Bank ihre Post an "A. _____ c/o ..." adressiert hätte; dann hätte die Kanzlei die Briefe vielleicht sogar ungeöffnet R. _____ hingelegt. Und wenn L. _____ insbesondere die Jahresend-Auszüge über die Konti nicht erhielt und auch nicht danach fragte, kann sich die Berufungsklägerin auch hier nicht darauf berufen, sie habe nichts gewusst (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Daraus muss übrigens weitergehend als nur aufgrund der von der Berufung kritisierten Aussage R. _____ als rechtliche Folge abgeleitet werden, dass sich die Berufungsbeklagte auf jeden Fall schon für Anfang 2013 die Kenntnis der unrechtmässigen Bezüge anrechnen lassen muss – unabhängig davon, ob L. _____ das erkannte oder auch nur vermutete und R. _____ darauf ansprach. Mangels einer Reaktion seitens der Kundin konnte R. _____ dann, wie es die Berufung darstellt, die Abschlüsse der Konti per Ende 2012 fälschen (act. A.1 Rz. 38). 9. Die Berufung befasst sich mit

"Gründung der Baugesellschaft K._____ und Einräumung einer Generalvollmacht" (act. A.1 Rz. 48 ff.). Sie erläutert eingehend allgemein die rechtliche Lage beim Ausscheiden eines Gesellschafters einer einfachen Gesellschaft und betont insbesondere, dass eine Vollmacht nur von allen Gesellschaftern gemeinsam erteilt werden könne. Sie nimmt dabei allerdings kaum Bezug auf das angefochtene Urteil und genügt daher dem Erfordernis der Begründung nicht. Man kann vermuten, die Berufung wolle sagen, die Gesellschafter der ursprünglichen einfachen Gesellschaft hätten R._____ einmal eine Vollmacht erteilt, aber diese sei nachträglich dahingefallen (tatsächlich hat der Gesellschafter Q._____ am 6. Juni 2006 gegenüber der Bank eine Generalvollmacht mit Einzelzeichnungsbefugnis für L._____ und R._____ unterzeichnet [RG act. II/1/18], und R._____ hat davon Gebrauch gemacht, bis seine Verfehlungen bekannt wurden). Offenbar will die Berufungsklägerin geltend machen, nach dem Tod eines der Gesellschafter hätte die Gesellschaft nach Gesetz formell neu gegründet werden und dann die Vollmacht neu erteilt werden müssen, und das rechtsgeschäftliche Ausscheiden eines Gesellschafters habe die nämliche Folge. Das ist unverständlich,

E. 34

/ 38 weil die tatsächlichen Grundlagen hier nicht dargestellt werden. Die Berufungsklägerin scheint sagen zu wollen, konkret habe der Gesellschaftsvertrag die Auflösung beim Tod eines Gesellschafters ausdrücklich nicht vorgesehen, aber die Bank habe das gar nicht gewusst. Darauf kommt es offenkundig nicht an, wenn es – wie die Berufung behauptet – eine solche Bestimmung im Vertrag gab. Und der Willensvollstrecker im Nachlass des verstorbenen Gesellschafters soll die Vollmacht R._____ bestätigt haben. Was es für einen rechtsgeschäftlichen Wechsel im Bestand der Gesellschafter gab, sagt die Berufung nicht. Diese glaubt, im Anschluss daran habe zwingend formell eine neue Gesellschaft gegründet werden müssen, und für eine solche habe R._____ keine Vollmacht (mehr) gehabt. Für die Gründung einer einfachen Gesellschaft sind allerdings keine bestimmten Formen vorgesehen (Art. 11 Abs. 1 und Art. 530 ff. OR). Die Gesellschafter konnten die Gesellschaft weiterführen; allenfalls lag darin stillschweigend die Gründung einer neuen Gesellschaft. Die Berufung sagt das zwar nicht so, aber im Bankverkehr wird bekanntlich auf Formen häufig grosser Wert gelegt. Es ist daher denkbar, dass die Rechtsabteilung der Berufungsbeklagten das Ausstellen einer neuen Vollmacht an R._____ verlangt hätte, wenn sie von der stillschweigenden Gründung einer neuen Gesellschaft erfahren hätte. Auch darauf kommt es aber nicht an, weil eine Vollmacht ebenso stillschweigend gültig erteilt werden kann (Art. 11 Abs. 1 und Art. 32 ff. OR). Die Gesellschafter und namentlich L._____ wussten, dass R._____ gegenüber der Bank als Vertreter auftrat. Damit erteilten sie ihm stillschweigend die nötige Vollmacht, sei es von Beginn weg oder spätestens nach den ersten von R._____ für die Kundin vorgenommenen Handlungen (Art. 38 und Art. 6 OR). 10. Das Kapitel "Wechsel im Bestand der Gesellschafter der Baugesellschaft K._____" (act. A.1 Rz. 56 ff.) gibt ergänzenden Aufschluss zu den personellen Wechselln. Es enthält aber keine gegenüber dem soeben Diskutierten neue Argumente, mit der Ausnahme, dass die Bank der einfachen Gesellschaft gewisse Formulare und Bestimmungen zugestellt oder gerade nicht zugestellt habe. An der Anwendbarkeit der erwähnten Bestimmungen des Obligationenrechts ändert das allerdings nichts. 11. R._____ hat die ihm erteilte Vollmacht missbraucht, und die Berufung befasst sich sehr eingehend damit (act. A.1 Rz. 68 ff.). Auch hier begnügt sie sich aber mit allgemeinen Aussagen und der wiederholten Vorstellung, die Begründetheit ihrer Klage werde sich aus einer Expertise ergeben. Das wurde bereits behandelt, und Weiterungen sind nicht erforderlich.

E. 35

/ 38 12. Unter dem Titel "Gründung der A._____" befasst sich die Berufung mit dem Übergang von der einfachen Gesellschaft zur heutigen Klägerin und Berufungs- klägerin (act. A.1 Rz. 86 ff.). Sie argumentiert mit drei "Prüfungsschritten", welche die Vorinstanz nicht richtig vorgenommen habe, und wiederholt immer wieder die bereits vorgetragenen und vorstehend gewürdigten Argumente. Neu ist, dass es hier nicht um den Wechsel im Bestand der Gesellschafter einer einfachen Gesell- schaft geht, sondern um die Gründung der heutigen Klägerin/Berufungsklägerin. Richtig ist, dass mit der Gründung einer Aktiengesellschaft auf jeden Fall ein neu- es und anderes Rechtssubjekt entstand, welches nun die Grundstücke und die Liegenschaften der vormaligen einfachen Gesellschaft sowie alle bestehenden Rechtsbeziehungen übernahm. Diese neu gegründete Gesellschaft war formell eine neue Kundin der Berufungsbeklagten. Die Berufungsklägerin überdehnt aller- dings die Bedeutung dieses rechtlichen Wechsels. Tatsächlich lag keine Fusion im eigentlichen Sinn vor, sondern eine Sacheinlage-Gründung. Inhaltlich war das kein wesentlicher Unterschied. Die Berufungsklägerin macht soweit erkennbar nicht geltend, in diesem Zeitpunkt hätten die Beteiligten gewechselt – die bisherigen Gesellschafter wurden zu Aktionären. An die Stelle der Geschäftsführung durch die Gesellschafter (Art. 535 OR) trat der Verwaltungsrat. Die Aktiengesellschaft übernahm aber offenbar nicht nur die laufenden Mietverträge (Art. 261 OR), son- dern unverändert blieb insbesondere das Mandat des Treuhandbüros M._____. Unter diesen Umständen lag es nahe, dass auch der Mitarbeiter dieses Büros, R._____, seine bisherigen Aufgaben weiter erfüllte. Dass auch die ihm gegenüber der Bank, der Berufungsbeklagten, eingeräumten Kompetenzen, namentlich die Einzel-Vollmacht, weiter galt, war nicht aussergewöhnlich oder verdächtig. Wenn das der Verwaltungsrat nicht gewollt hätte, wäre in der Tat keine förmliche Kündi- gung und kein Widerruf der bestehenden Vollmacht nötig gewesen; der Hinweis darauf, dass es die seinerzeitige Vollmachtgeberin nicht mehr gebe, hätte genügt. Und die Bank ging zunächst ein gewisses Risiko ein: dass sie weiter Aufträge R._____ ausführte, welche der Verwaltungsrat der Berufungsklägerin mit dem schlichten Hinweis auf die Änderung in der Person der Kundin hätte rückgängig machen lassen können. So eine Reaktion oder Mitteilung erfolgte aber gerade nicht. Die Berufungsklägerin wusste oder musste wissen (Art. 3 Abs. 2 ZGB), dass das laufende Geschäft der früheren einfachen Gesellschaft und nunmehr A._____ weiterging – dass laufende Rechnungen für Wasser, Strom, Reparaturen und die Saläre der Hauswarte bezahlt wurden. Ebenso war klar, dass das alles über das Treuhandbüro M._____ abgewickelt wurde, und dass R._____ gegenüber der Bank alleine die nötigen Aufträge erteilte (das letztere wusste der Präsident des Verwaltungsrates positiv, die anderen Verwaltungsräte mussten es bei gehöriger

E. 36

/ 38 Sorgfalt wissen). Das durfte und musste die Bank spätestens nach einigen Wo- chen oder wenigen Monaten des "business as usual" als Kundgabe der (Einzel-)Vollmacht R._____ im Sinne von Art. 33 Abs. 3 OR verstehen, welche auch hier eben stillschweigend erfolgen konnte (Rolf Watter, in: Widmer Lüchinger/Oser [Hrsg.], Basler Kommentar zum OR, 7. Aufl., Basel 2020, N 31 zu Art. 33 OR). Diese Bevollmächtigung betraf nach Treu und Glauben nicht nur künftige Hand- lungen R._____, sondern die Genehmigung der seit der Gründung der Aktienge- sellschaft erteilten Aufträge. Die Berufungsklägerin bestreitet, wenn auch ohne ausreichend klaren Bezug zum angefochtenen Urteil, dass ein allfälliger Kausalzusammenhang eines fehlerhaften Verhaltens der Bank und ihrer Organe mit dem

bei der Kundin eingetretenen Schaden durch deren eigenes Verschulden habe unterbrochen werden können. Darauf kommt es nach den vorstehenden Erwägungen nicht an. Allerdings wäre die Kritik der Berufungsklägerin ohnehin unbegründet: zwar ist bei mehreren Verursachern eines Schadens Solidarität die Regel (Art. 50 OR), und ein Selbstverschulden der Geschädigten führt zunächst nur zur Reduktion des Schadenersatzes, und nur ausnahmsweise zu dessen gänzlicher Verweigerung (Art. 44 Abs. 1 OR). Hier wäre aber das letztere angezeigt. Es wurde erwogen, dass R._____ offenbar überhaupt nur so lange und in so bedeutendem Umfang delinquieren konnte, weil bei der Berufungsklägerin keine noch so bescheidenen Kontrollmechanismen bestanden und sich die Gesellschafter resp. Aktionäre, der Verwaltungsrat und dessen fachlich ausgezeichnet ausgewiesener Präsident während mehr als eines Jahres nicht ansatzweise darum kümmerten, was R._____ mit den verschiedenen Konten anstellte. Exemplarisch zeigt sich das in dem Punkt der Zeichnungsberechtigung gegenüber der Bank: die Berufungsklägerin gesteht zu, dass sie ein Formular ausfüllen liess, wonach R._____ nur noch kollektiv über die Konten verfügen durfte. Was mit dem Formular dann geschah, kontrollierte niemand (sodass es R._____ vermutlich schlicht unbemerkt verschwinden lassen konnte). Das fundamentale Prinzip "(zuerst) kommandieren – (dann) kontrollieren – (wenn nötig) korrigieren" wurde gröblich verletzt und ermöglichte R._____, unter den Augen seiner Auftraggeber weiter zu delinquieren. Die Berufungsklägerin bestreitet nicht die Behauptung der Bank, es habe nie nach einem solchen Vier-Augen-Prinzip validierte Aufträge für Verfügungen über die Konten gegeben, obschon es im Alltag der Berufungsklägerin selbstredend laufend Dinge zu zahlen gab, seien es Löhne für Hauswartung, Service- und Reparaturkosten für Geräte, Versicherungsprämien, Reparaturen oder auch nur Putzmittel und Reinigungsmaterial. Die Berufungsklägerin kann ihre Nachlässigkeit also auch nicht damit rechtfertigen, sie habe gemeint, es gebe eben einstweilen nichts zu zahlen, und darum bedürfe es

E. 37

/ 38 auch keiner Zweit-Unterschrift. Im Grunde versuchen sie mit der Klage gegen die Berufungsbeklagte in missbräuchlicher Weise ihr eigenes Ungenügen zu verdecken. Eine Unsorgfalt der Bank (welche wie ausgeführt von der Berufungsklägerin nicht ausreichend dargelegt ist) wäre tatsächlich verhältnismässig so untergeordnet, dass es nicht gerechtfertigt wäre, ihr den Schaden oder auch nur einen Anteil daran aufzuerlegen. Die Klage ist daher abzuweisen, soweit sie noch zu beurteilen ist. 13. Die Berufungsklägerin hat damit die Kosten beider Instanzen zu tragen. Die Regelung der Kosten der ersten Instanz ist nicht separat angefochten. Für die Berufung ist die Entscheidgebür nach Art. 9 und 11 VGZ (BR 320.210) festzusetzen. Die umfangreiche Berufung verursachte einen erheblichen Aufwand, auch wenn sie in grossen Teilen den gesetzlichen Anforderungen nicht genügte. Die Anwendung von Art. 11 VGZ ist gerade noch nicht angezeigt, aber die Gebür ist auch angesichts der erheblichen auf dem Spiel stehenden finanziellen Interessen im oberen Rahmen von Art. 9 VGZ (CHF 1'000.00 bis CHF 30'000.00 und damit auf CHF 20'000.00 anzusetzen. In dieser Höhe hat die Berufungsklägerin einen Vorschuss geleistet. Die Parteientschädigung für die Berufungsbeklagte hat von der Honorarnote deren Anwaltes auszugehen (Art. 2 Abs. 2 HV [BR 310.250]). Diese nennt einen Zeitaufwand von 135.75 Stunden à CHF 270.00 (vgl. act. G.1.1), welcher vereinbart und von der Verordnung gedeckt ist. Das Ergebnis, CHF 39'690.15 einschliesslich Spesen und Mehrwertsteuer, ist hoch. Allerdings war die Berufungsschrift geeignet, einen erheblichen Aufwand auszulösen, und die Berufungsklägerin selbst hat in erster Instanz eine Parteientschädigung von über CHF 122'000.00 verlangt (RG act. VI/3), was unter dem Aspekt der "(nicht)

gerechtfertigten Belastung der unterliegenden Partei" (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 3 HV) berücksichtigt werden kann. Der verlangte Betrag ist der Berufungsbeklagten daher grundsätzlich zuzusprechen. Indes entfällt die Zusprechung der Mehrwertsteuer, weil die Berufungsbeklagte selber mehrwertsteuerpflichtig ist (MWST) und die ihr in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer als Vorsteuer abziehen kann (vgl. Art. 28 MWSTG). Somit ergibt sich ein zu entschädigender Betrag von CHF 36'852.50.

E. 38

/ 38

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