



**Kantonsgericht von Graubünden  
Dretgira chantunala dal Grischun  
Tribunale cantonale dei Grigioni**

---

Ref.:  
ZK2 09 24

Chur, 30. Juni 2009

Schriftlich mitgeteilt am:

(Eine gegen dieses Urteil beim Bundesgericht erhobene Beschwerde ist mit Verfügung vom 19. März 2010 durch Rückzug der Beschwerde abgeschrieben worden).

## **Urteil**

### **II. Zivilkammer**

Vorsitz	Hubert
RichterInnen	Bochsler und Michael Dürst
Redaktion	Aktuarin Thöny

In der zivilrechtlichen Berufung

der X., Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Peter Schnyder, Gelbes Haus, 7220 Schiers,

gegen

das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 16. Dezember 2008, mitgeteilt am 5. März 2009, in Sachen der Klägerin, Widerbeklagten und Berufungsklägerin gegen Y1., Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte, und gegen Y2., Beklagter, Widerkläger und Berufungsbeklagter, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Vincent Augustin, Quaderstrasse 8, 7000 Chur,

betreffend Forderung.

hat sich ergeben:

## I. Sachverhalt

A. Im November 1997 schloss die X. mit Y. einen Bankkonto- und Depotvertrag ab. Anfang Dezember 1997 erfolgte ab dem eröffneten Konto eine Überweisung von Fr. 49'716.05 an die italienische Muttergesellschaft der Bank, so dass das Konto von Y. einen Minussaldo in Höhe der Überweisung aufwies. Im August 1998 gewährte ihnen die X. einen Kredit von Fr. 50'000.--. Am 22. Januar 1999 bezogen Y. einen weiteren Betrag von Fr. 49'920.-- von ihrem Konto. Der Negativsaldo belief sich danach auf Fr. 101'961.25. Im Mai 1999 gewährte ihnen die Bank eine Krediterhöhung auf Fr. 100'000.--.

B. Im Februar 2001 verkauften Y. ihr Haus in Italien. In der Folge liessen sie Fr. 197'000.-- aus dem Verkaufserlös auf ihr Konto bei der X. einzahlen. Während dieses vor der Überweisung eine Schuld von Fr. 82'542.65 aufgewiesen hatte, betrug der Aktivsaldo nunmehr Fr. 114'457.35. Gleichentags erfolgte eine Zahlung von diesem Konto an die Muttergesellschaft der X. in Italien in Höhe des eingegangenen Betrags von Fr. 197'000.--, so dass das Konto von Y. wieder einen Minussaldo aufwies.

C. Mit Schreiben vom 29. April 2002 ersuchte die X. Y. den Sollsaldo bis spätestens am 15. Mai 2002 auszugleichen oder einen Zahlungsvorschlag zur Reduktion der Kreditlimite zu unterbreiten. In der Folge kam es zwischen den Parteien zu Differenzen bezüglich Einhaltung des Rückzahlungsplanes und der Kontoführung. Die Bank forderte Y. wiederholt zur Einhaltung des Rückzahlungsplanes zur Reduktion des Kredits auf. Nach verschiedenen Rückzahlungen belief sich der Negativsaldo Mitte 2006 immer noch auf Fr. 91'315.99. Am 23. August 2006 meldete die X. die Streitsache zur Vermittlung an und verlangte von Y. die Rückzahlung der ausstehenden Summe. Mit Kontumazurteil vom 5. Juni 2007 wies das Bezirksgericht Maloja die Klage ab. Am 20. August 2007 erklärte die X. gegen dieses Urteil beim Kantonsgericht von Graubünden Berufung, zog die Klage jedoch mit Schreiben vom 18. Oktober 2007 zurück. Mit Verfügung vom 19. Oktober 2007 schrieb das Kantonsgerichtspräsidium die Berufung als durch Rückzug erledigt ab. Am 5. Dezember 2007 stellte das Kantonsgericht von Graubünden die Rechtskraftbescheinigung für das Kontumazurteil des Bezirksgerichts Maloja vom 5. Juni 2007 aus.

D. Am 9. Januar 2008 meldete die X. die Streitsache erneut beim Kreispräsidenten Oberengadin zur Vermittlung an. Gemäss Leitschein stellten die Parteien an der Sühneverhandlung vom 8. Februar 2008 die folgenden Anträge:

„Klägerisches Rechtsbegehren:

1. *Die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 91'315.99 nebst 7.875% Verzugszins seit dem 1. Juli 2006 zu bezahlen.*
2. *Unter solidarischer vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.*

Beklagtes Rechtsbegehren

1. *Die Klage sei abzuweisen.*
2. *Widerklage auf:  
Die Klägerin und Widerbeklagte sei zu verpflichten, den Beklagten/Widerklägern Fr. 146'884.95 nebst Zins zu 5% seit 8.3.2001 zu bezahlen. Eventualiter sei der zu bezahlende Betrag nach richterlichem Ermessen festzusetzen.*
3. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin/Widerbeklagten.“*

E. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung unterbreitete die X. die Streitsache mit Eingabe vom 7. März 2008 dem Bezirksgericht Maloja. Am 5. Mai 2008 reichten Y. die Prozessantwort und Widerklage ein. Dabei reduzierten sie die Widerklageforderung auf Fr. 142'734.75. Die Widerklageantwort datiert vom 16. Juni 2008. Ein von der X. gegen den Bezirksgerichtspräsidenten Maloja gestelltes Ausstandbegehren wies das Bezirksgericht Maloja mit Entscheid vom 16. September 2008 ab. Auch zwei weitere Beschwerden der X. gegen die Vorladung zur Hauptverhandlung beziehungsweise die Beweisverfügung vom 5. November 2008 wurden vom Bezirksgericht Maloja abgewiesen.

F. Mit Urteil vom 16. Dezember 2008, mitgeteilt am 5. März 2009, erkannte das Bezirksgericht Maloja wie folgt:

- „1. *Auf die Klage wird nicht eingetreten.*
2. *Die Widerklage wird gutgeheissen und die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten CHF 142'734.75, zuzüglich Kontokorrentzins von 0,5% seit 8. März 2001 bis 15. September 2002, sodann von 2,5% bis 15. September 2003, sodann von 0,125% bis 8. September 2008 und schliesslich Verzugszins von 5% seit 9. Januar 2008, zu bezahlen.*
3. *Die Kosten des Verfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 8'000.--, einem Streitwertzuschlag von CHF 1'500.-- und*

*Schreibgebühren von CHF 500.--, sowie die vermittleramtlichen Kosten von CHF 300.-- werden der Klägerin auferlegt.*

4. *Die Klägerin wird verpflichtet, die Beklagten mit CHF 12'252.50 ausseramtlich zu entschädigen.*
5. *(Rechtsmittelbelehrung).*
6. *(Mitteilung).“*

G. Gegen dieses Urteil liess die X. am 26. März 2009 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären, wobei sie das folgende Rechtsbegehren stellte:

- „1. *Die Ziffern 1 - 4 des Urteils des Bezirksgerichts Maloja seien aufzuheben.*
2. *Die Beklagten seien zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von 91'315.-- nebst Zins zu 5% seit dem 01.07.2006 zu bezahlen.*
3. *Die Widerklage sei abzuweisen.*
4. *Ziffer 1 des Beschwerdeentscheids (Beurteil) des Bezirksgerichtsausschusses Maloja sei aufzuheben. Es seien bei der A., und bei den Beklagten und Widerklägern, die vollständigen Bankauszüge hinsichtlich des Kontos ..., bzw. sämtlicher auf den Namen Y2. oder Y1. laufenden Konti editionsweise zu beschaffen.*
5. *Das Schreiben der X. vom 23.03.2009 sei gestützt auf Art. 226 ZPO zu den Akten zu nehmen.*
6. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und Widerkläger im Verfahren vor Bezirks- und Kantonsgericht.“*

H. Mit Schreiben vom 1. Mai 2009 beantragte Y2. sinngemäss die vollumfängliche Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin.

I. Am 30. Juni 2009 fand die Hauptverhandlung statt, an welcher die Rechtsvertreter beider Parteien teilnahmen. Mit Datum vom 7. Juli 2009 teilte die II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden den Parteien das Urteil vom 30. Juni 2009 im Dispositiv mit Kurzbegründung mit. Mit Schreiben vom 14. Juli 2009 liessen die Berufungsbeklagten fristgerecht eine vollständige, schriftlich begründete Ausfertigung des Entscheids beantragen.

Auf die Begründung der Anträge sowie auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## II. Erwägungen

1. Die Vorinstanz trat auf die Klage der X. (nachstehend: X.) nicht ein. Ziffer 1 des Dispositivs des angefochtenen Urteils stellt somit ein Prozessurteil und nicht ein Sachurteil dar. Grundsätzlich ist gegen prozesserledigende Entscheide eines Bezirksgerichts die Beschwerde wegen Gesetzesverletzung einzulegen (vgl. Art. 232 ZPO). In PKG 1995 Nr. 2 hat das Kantonsgericht jedoch entschieden, dass gegen einen Nichteintretensentscheid bezüglich eines von mehreren weiteren Rechtsbegehren, über die zumindest teilweise durch Sachurteilentschieden worden ist, die Berufung nach Art. 218 ff. ZPO gegeben sei, wenn gleichzeitig weitere damit zusammenhängende Punkte des Sachurteils angefochten würden. Dabei kann nicht von Belang sein, ob die Rechtsbegehren, über die mit Sachurteilentschieden wurde, Bestandteil der Klage oder - wie im vorliegenden Fall - einer im gleichen Verfahren behandelten Widerklage bilden. Dies ergibt sich sinngemäss auch aus Art. 218 Abs. 3 ZPO, in welchem für den Fall, wo einer Forderungsklage eine Widerklage gegenübersteht, der Grundsatz der Einheit des Rechtsmittels zum Ausdruck gebracht wird. Jede andere Lösung würde zudem dem Grundsatz der Prozessökonomie zuwiderlaufen. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Berufung vom 26. März 2009 ist daher einzutreten.

2. Die Berufungsklägerin beantragt die Aufhebung des Beirurteils der Vorinstanz vom 16. Dezember 2008 betreffend Editionen. Es seien die vollständigen Bankauszüge des Kontos ... beziehungsweise sämtliche auf den Namen von Y2. oder Y1. lautenden Konti editionsweise bei der A. SA (nachstehend: A.) und den Berufungsbeklagten zu besorgen. Aus diesen Auszügen gehe nämlich hervor, dass der fragliche Betrag von Fr. 197'000.-- tatsächlich dem auf Y2. lautenden Konto bei der A. gutgeschrieben worden sei. Des Weiteren reichte die Berufungsklägerin mit der Berufungserklärung vom 26. März 2009 ein Schreiben der A. vom 23. März 2009 ein und beantragte, dieses gestützt auf Art. 226 zu den Akten zu nehmen.

a) Gemäss Art. 226 Abs. 1 ZPO dürfen von den Parteien vor der Berufungsinstanz grundsätzlich keine neuen Beweismittel angerufen werden. Nach Satz 2 dieser Bestimmung können die Parteien im Berufungsverfahren hingegen verlangen, dass Beweismittel, welche vor erster Instanz fristgemäss angemeldet, aber nicht abgenommen worden sind, erhoben werden, sofern sie für die Beurteilung der Streitfrage von wesentlicher Bedeutung sein können. Dabei kann eine Partei grundsätzlich nur Anträge bezüglich eigener Beweismittel stellen. Die Abnahme von nicht selber, aber von der Gegenpartei in ihren Rechtsschriften

angeführten Beweismitteln kann eine Partei nur dann verlangen, wenn sie in den Rechtsschriften kundtat, dass die von der Gegenpartei angemeldeten Beweismittel auch der Unterstützung eigener Tatsachenbehauptungen dienen soll (PKG 1979 Nr.10). Den Parteien steht kein voraussetzungsloses Recht auf Beweisabnahmen zu. Der Anspruch auf Beweisführung setzt voraus, dass der beantragte Beweis für die Sachverhaltsabklärung und Beweiswürdigung erheblich ist, oder mit anderen Worten, dass ohne seine Abnahme kein vollständiges Beweisergebnis vorläge. Der prozessuale Anspruch auf Abnahme form- und fristgerecht angemeldeter Beweismittel entfällt, wenn der Richter in freier Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, der betreffende Sachverhalt sei bereits anderweitig bewiesen oder widerlegt, und er ohne in Willkür zu verfallen in antizipierter Beweiswürdigung zum Schluss kommt, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert werden könne oder das angebotene Beweismittel seiner Natur nach gar nicht geeignet ist, den erforderlichen Beweis zu erbringen (vgl. Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A. Bern 2001, Kapitel 6 N 83, Kapitel 10 N 79a f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 4 zu § 140).

b) Im vorliegenden Fall hat die Berufungsklägerin vor Vorinstanz die fraglichen Urkunden lediglich aus Händen der Berufungsbeklagten, nicht aber aus Händen der A. zur Edition verlangt. Allerdings haben Y. ihrerseits von der X. und der A. die Edition der Kontounterlagen zum Konto Nr. 074/42326 ab 1. Januar 1999 bis zur Saldierung des Kontos sowie der Kontoauszüge betreffend das Konto 120249 ab 29. Oktober 2004 bis 14. Januar 2005 verlangt. Die Berufungsklägerin hat durch ihr eigenes vor Vorinstanz gestelltes Editionsbegehren wie auch durch die übrigen Ausführungen in ihren Prozessschriften zum Ausdruck gebracht, dass sie sich auf diese Urkunden abstützen will. Der Antrag der Berufungsklägerin ist daher grundsätzlich zulässig, soweit er mit den vor erster Instanz von beiden Parteien gestellten Editionsbegehren übereinstimmt, das heisst auch soweit die Editionen aus Händen der A. verlangt wird.

ba) Was die Edition der Kontounterlagen zum Konto Nr. 074/42326 aus Händen von Y. anbelangt, so hat die Vorinstanz bereits mit Verfügung vom 13. August 2008 deren Edition angeordnet. Mit Schreiben vom 3. September 2008 legten die Berufungsbeklagten jedoch glaubhaft dar, dass sie selbst nicht im Besitze der verlangten Kontoauszüge seien. Die Berufungsbeklagten haben dementsprechend vor der Vorinstanz selbst die Edition der fraglichen Kontoauszüge von der X. und

der A. verlangt. Eine neuerliche Anordnung der Edition aus Händen der Berufungsbeklagten erübrigt sich unter diesen Umständen.

bb) Das Begehren um Edition aus Händen der A. wurde demgegenüber von der Vorinstanz abgelehnt. Zwar wären Akteneditionen aus dem Ausland auf dem Wege der Rechtshilfe in Zivilsachen gemäss Haager Übereinkunft vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozessrecht (SR 0.274.12) grundsätzlich möglich, jedoch ergibt sich - wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen werden - aus den bereits vorliegenden Akten, dass weitere Beweiserhebungen für die Beurteilung der Streitsache nicht von Bedeutung sind, da bereits ein vollständiges Beweisergebnis vorliegt. Diese Auffassung teilt im Übrigen auch die Berufungsklägerin selbst, wie aus ihrer Berufungserklärung vom 26. März 2009 sowie ihrem Plädoyer anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. Juni 2009 deutlich hervorgeht. Demzufolge ist das Editionsbegehren und somit der Antrag auf Aufhebung von Ziff. 1 des Beurteils vom 16. Dezember 2008 abzuweisen.

bc) In Bezug auf das Begehren, es seien sämtliche Kontoauszüge betreffend das Konto 120249 ab 29. Oktober 2004 bis 14. Januar 2005 zu beschaffen, ist anzumerken, dass sich die geforderten Dokumente bereits bei den Akten befinden. So reichte die Berufungsklägerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren verschiedene Kontoauszüge zu den Akten, welche Auskunft über sämtliche Kontobewegungen seit 5. Dezember 1998 geben (vgl. KB 16, 17, 32,33). Damit erübrigt es sich, auf den entsprechenden Editionsantrag weiter einzugehen.

c) Schliesslich gilt es zu prüfen, ob das von der Berufungsklägerin mit der Berufungserklärung vom 26. März 2009 eingereichte Schreiben der X. antragsgemäss zu den Akten zu nehmen ist. Wie bereits ausgeführt wurde, können die Parteien gemäss Art. 226 Abs. 1 ZPO ausser im Falle einer Revision vor Berufungsinstanz keine neuen Beweismittel anrufen. Dieser Grundsatz des Novenverbots gelangt auch vorliegend zur Anwendung. Im hängigen Berufungsverfahren eingelegte Beweismittel können nur dann berücksichtigt werden, wenn sie bereits vor erster Instanz angemeldet, aber nicht abgenommen wurden. Dies ist im konkreten Fall nicht erfolgt. Das fragliche Schreiben der A. datiert vom 23. März 2009; es wurde also erst nach Mitteilung des erstinstanzlichen Urteils verfasst. Damit ist dieses neu eingereichte Schreiben aus dem Recht zu weisen, zumal es vor erster Instanz nicht angemeldet worden ist und die darin erwähnte Auskunft der A. überdies auch bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätte beigebracht werden können.

3. In Erwägung 4 ihres Entscheides gelangte die Vorinstanz zum Ergebnis, die beklagliche Einrede der *res iudicata* erweise sich als begründet. Das Kantonsgerichtspräsidium habe mit Verfügung vom 19. Oktober 2007 das Berufungsverfahren, nicht aber die Klage als durch Rückzug erledigt abgeschlossen. Damit sei das erstinstanzliche Urteil nach Massgabe von Art. 124 Abs. 1 ZPO in formelle Rechtskraft erwachsen. Mit Eintritt der formellen Rechtskraft sei das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 5. Juni 2007 auch in materieller Hinsicht rechtskräftig geworden. Die von der X. erhobene Klage vom 9. Januar 2008 sei mit der im August 2006 erhobenen identisch. Die X. verlange von denselben Beklagten den gleichen Forderungsbetrag aufgrund des gleichen Lebensvorganges. Auf die Klage sei somit infolge Vorliegens einer *res iudicata* nicht einzutreten. Die Berufungsklägerin stellt sich auf den Standpunkt, der Rückzug der Klage sei mit der Absicht der verbesserten Wiedereinbringung, insbesondere unter Einreichung des fraglichen Überweisungsbelegs, erfolgt. Dies sei telefonisch so angekündigt worden und zeige sich auch bereits daran, dass die Klage nach Ablauf der Gerichtsferien bereits am 8. Januar 2008 wieder neu anhängig gemacht worden sei. Des Weiteren verweise Art. 231 ZPO auch im Berufungsverfahren auf die Bestimmung von Art. 114 ZPO. Demnach erlangen nur die Anerkennung der Klage und der Vergleich, nicht aber der Rückzug, die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Dies bedeute, dass die Klage auch im Falle eines Rückzugs wieder instanziiert werden könne, ohne dass die Einrede der *res iudicata* gerechtfertigt wäre. Die Vorinstanz sei damit zu Unrecht auf die Klage nicht eingetreten.

a) Ein Entscheid ist formell rechtskräftig, wenn er nicht oder nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann. Die formelle Rechtskraft tritt unter anderem auch mit unbenütztem Ablauf einer Rechtsmittelfrist ein. Sie beendet die Rechtshängigkeit und löst die Vollstreckbarkeit des Entscheids aus. Mit Abschreibungsverfügung des Kantonsgerichtspräsidiums Graubünden vom 19. Oktober 2007 wurde die gegen das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 5. Juni 2007 erhobene Berufung und nicht die Klage als durch Rückzug erledigt abgeschlossen. Dieser Entscheid ist unbestrittenermassen ungefochten geblieben, womit das angefochtene Urteil des Bezirksgerichts Maloja formell rechtskräftig geworden ist. Es wäre Sache der Berufungsklägerin gewesen, dagegen ein Rechtsmittel zu ergreifen und eine entsprechende Korrektur zu beantragen, wenn sie mit dem Entscheid nicht einverstanden war. Eine nachträgliche Korrektur ist schon deshalb nicht möglich, weil sich die Berufungsbeklagten ihrerseits auf den in formelle Rechtskraft

erwachsenen Entscheid berufen und darauf vertrauen durften. Bereits aus diesem Grund ist dem vorinstanzlichen Urteil, wonach auf die Klage nicht einzutreten sei, zu folgen.

b) Materielle Rechtskraft bedeutet, dass ein zwischen zwei Parteien ergangenes Urteil in einem späteren Prozess verbindlich ist. Einer identischen oder gegenteiligen Klage steht die Bindungswirkung der abgeurteilten Sache entgegen; gegebenenfalls ist das Ersturteil präjudiziell für Vorfragen in einem Zweitverfahren. Nach konstanter Rechtsprechung ist die materielle Rechtskraft eine Frage des Bundesrechts, sofern der zu beurteilende Anspruch auf Bundesrecht beruht (BGE 121 III 474 E. 2 S. 476 f.). In der Rechtsprechung und Literatur herrscht Einigkeit darüber, dass nicht nur vollstreckbare gerichtliche Urteile, sondern auch Erledigungsentscheide aufgrund von Parteierklärungen (Vergleich, Anerkennung, Rückzug) in materielle Rechtskraft erwachsen. Namentlich bei Klagerückzug ist von Bundesrechts wegen grundsätzlich von materieller Rechtskraft auszugehen (vgl. zum Ganzen Urteil 4P.94/2002 des Bundesgerichts vom 27. Juni 2002 mit weiteren Hinweisen; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Auflage, Bern 2001, § 9 N 67 f.).

ba) Gemäss Art. 114 Abs. 2 ZPO erlangen lediglich die Anerkennung der Klage oder ein Vergleich die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, nicht aber der Klagerückzug. Nach bisheriger Praxis des Kantonsgerichts fiel demzufolge das vorinstanzliche Urteil auch bei einem Klagerückzug im Berufungsverfahren ohne weiteres dahin und hatte keine *res iudicata* zur Folge (vgl. PKG 1988 Nr. 16). Diese Praxis ist nach dem Gesagten zu relativieren. Nach Bundesprozessrecht, das die Lehre der materiellen Rechtskraft beherrscht, kommt einem Erledigungsentscheid aufgrund einer Parteierklärung (beispielsweise eines Rückzugs) grundsätzlich immer Rechtskraftwirkung zu. Für abweichendes kantonales Prozessrecht, das diesbezüglich zwischen Anerkennung der Klage, Vergleich und Rückzug unterscheidet, besteht kein Raum. Ein Erledigungsentscheid zufolge Klagerückzugs erwächst daher ungeachtet der Frage, ob mit dem Rückzug auf den materiellen Anspruch verzichtet wird oder bloss das prozessuale Klagerecht fallen gelassen wurde, grundsätzlich von Bundesrechts wegen in materielle Rechtskraft (Urteil 4P.94/2002 des Bundesgerichts vom 27. Juni 2002).

bb) Nur ausnahmsweise erwächst ein Abschreibungsentscheid zufolge Klagerückzugs nicht in materielle Rechtskraft, beispielsweise bei Klagerückzug in einem frühen Prozessstadium oder zur Wiedereinbringung einer verbesserten

Klage. Um das Eintreten der materiellen Rechtskraft zu hemmen, hat der Klagerückzug somit unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung zu erfolgen. Bei einem vorbehaltlosen Klagerückzug verwirkt die Partei folglich das Recht, dieselben Fragen nochmals richterlich beurteilen zu lassen (vgl. auch Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 112 N 11.a). Dies ergibt sich bereits aus Gründen der Rechtssicherheit und aufgrund des dem Zivilprozess zugrundeliegenden Rechtsfriedensziels, welches unter anderem durch die Unabänderlichkeit und Dauergeltung eines Entscheides erreicht wird (vgl. Vogel/Spühler, a.a.O., Kapitel 1 N 19 ff.). Der Prozessgegner muss wissen, ob er mit einer neuen Klage zu rechnen hat, wodurch ihm weitere Kosten entstehen können. Ob ein Klagerückzug vorbehaltlos erfolgte und der Streitgegenstand damit in demselben Umfang in materielle Rechtskraft erwuchs, hat das Gericht, dem die Entscheidung über die Einrede der abgeurteilten Sache obliegt, als Prozessvoraussetzung durch Auslegung des Klagerückzugs sowie des richterlichen Erkenntnisses - hier der Abschreibungsverfügung vom 19. Oktober 2007 - zu entscheiden.

Vorliegend macht die Berufungsklägerin sinngemäss geltend, der Klagerückzug sei unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Wiedereinbringung erfolgt. Dies geht jedoch aus ihrer Rückzugserklärung vom 18. Oktober 2007 nicht hervor. Dort führte sie lediglich aus, sie ziehe die am 23. August 2006 vor Vermittleramt Oberengadin instanziierte Klage gegen Y., E., gestützt auf Art .114 Abs.1 ZPO zurück. Auch weder der Abschreibungsverfügung des Kantonsgerichtspräsidiums vom 19. Oktober 2007 noch den übrigen Akten ist ein Hinweis auf einen Vorbehalt der Wiedereinbringung zu entnehmen. Vielmehr erhielt die Berufungsbeklagte erst mit der neuerlichen Klageeinreichung durch die Berufungsklägerin Kenntnis von deren Absicht, die Streitsache nochmals einer richterlichen Beurteilung unterziehen zu lassen. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Berufungsklägerin ihre Wiedereinbringungsabsicht gegenüber dem Kantonsgerichtspräsidium mündlich erwähnt haben soll, was zudem unbewiesen geblieben ist. Massgebend ist einzig, dass die Klage nicht mit einem ausdrücklichen Vorbehalt der Wiedereinbringung zurückgezogen wurde, weshalb die Berufungsbeklagte zu Recht davon ausgehen durfte, dass das Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 5. Juni 2007 sowohl formell wie auch materiell in Rechtskraft erwachsen war (vgl. KB 5).

c) Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Abschreibungsverfügung des Kantonsgerichtspräsidiums Graubünden vom 19. Oktober 2007 nicht angefochten wurde und demzufolge das Urteil des

Bezirksgerichts Maloja vom 5. Juni 2007 formell in Rechtskraft erwachsen ist. Durch den vorbehaltlosen Rückzug der Klage vom 18. Oktober 2007 wurde das vorinstanzliche Urteil auch materiell rechtskräftig, weshalb die Vorinstanz im Ergebnis zu Recht das Vorliegen einer res iudicata bejaht hat. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

4. Hinsichtlich der Widerklage hielt die Vorinstanz fest, dass am 8. März 2001 ein Betrag von Fr. 197'000.-- auf das Konto von Y. eingegangen sei. In der Folge habe die X. den eingegangenen Betrag auf ein Konto bei der A. überwiesen. Dies habe sie gestützt auf einen von Y2. am 21. Februar 2001 unterzeichneten Zahlungsauftrag getan. Diese Urkunde sei nachträglich abgeändert worden. Es sei nicht ausgewiesen, dass der Zahlungsauftrag ordnungsgemäss und in Wahrung der beklaglichen Interessen ausgeführt worden sei. Somit stehe fest, dass Y. im März 2001 nach Gutschrift der Bareinzahlung von Fr. 197'000.-- über ein Guthaben gegenüber der X. von Fr. 114'457.35 verfügt hätten. Diese Summe stehe ihnen grundsätzlich zu. Sodann stehe im Weiteren fest, dass Y. bei einem Guthaben gegenüber der X. ab März 2001 keine Zins- und Amortisationszahlungen an letztere hätten leisten müssen. Gemäss den eingelegten Unterlagen hätten sie Zahlungen in Höhe von Fr. 27'777.40 erbracht. Zudem sei die X. im ersten Verfahren zur Zahlung einer ausseramtlichen Entschädigung von Fr. 500.-- verpflichtet worden. Das Guthaben von Y. gegenüber der X. belaufe sich somit auf Fr. 142'734.75. In diesem Umfang sei die Widerklage gutzuheissen.

Demgegenüber macht die Berufungsklägerin geltend, es sei nachgewiesen, dass die fragliche Zahlung vom 8. März 2001 vollumfänglich dem Konto von Y. bei der A. gutgeschrieben worden sei. Die Transaktion sei korrekt abgewickelt worden, weshalb den Berufungsbeklagten auch kein Schaden entstanden sei. Dies gehe sowohl aus der von Y2. unterzeichneten Anweisung wie auch aus der Aussage des Zeugen D. und dessen Aktennotiz vom 22. Februar 2001 zweifelsfrei hervor. Der im Recht liegende Bankauszug vom 9. November 2004, der für das fragliche Konto den Zeitraum vom 30. September 2000 bis 29. Oktober 2004 abdecke, zeige zudem, dass nach der Transaktion nicht weniger als sieben Kontoabschlüsse erstellt und den Eheleuten Y. übermittelt worden seien, die allesamt den Saldo nach der Auszahlung aufgewiesen hätten. Gegen keinen dieser Auszüge hätten die Berufungsbeklagten remonstriert, obschon das Konto einen Positivsaldo hätte aufweisen müssen, wäre die Transaktion nicht abgewickelt worden. Gemäss Ziff. 7 Abs. 2 der AGB der X. hätten jedoch allfällige Beanstandungen des Kontostandes innerhalb eines Monats zu erfolgen,

ansonsten der Kontostand als genehmigt gelte. Die Anerkennung des entsprechenden Kontostandes ergebe sich des Weiteren aus dem Umstand, dass die Berufungsbeklagten vereinbarungsgemäss auch weiterhin monatliche Amortisationsraten von Fr. 500.-- geleistet hätten. Überdies habe Y2. selbst schriftlich einen Schuldsaldo zu seinen Lasten anerkannt und in seinem Schreiben vom 27. November 2004 festgehalten, dass an der Kontoführung der Bank in B. nichts auszusetzen sei.

Die Berufungsbeklagten halten dem entgegen, dass hauptsächlich die rechtliche Beurteilung des Zahlungsauftrags vom 23. Februar 2001 entscheidend sei. Dieses Dokument sei mit Bezug auf die Kundenbeziehung und die Kundennummer abgeändert worden. Die Vergütung sei damit widerrechtlich erfolgt, zumal Vergütungsaufträge durch die Banken nicht abgeändert werden dürften.

a) Die Widerklage setzt eine bereits erhobene Hauptklage voraus. Wird auf eine Hauptklage wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung nicht eingetreten, so kann grundsätzlich die Widerklage nicht materiell behandelt werden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 15 N 3; Vogel Spühler, a.a.O., Kapitel 7 N 61). Es bleibt damit zu prüfen, ob die Widerklage die formellen Voraussetzungen erfüllt, um als selbständige Klage an die Hand genommen zu werden (vgl. dazu auch PKG 1998 Nr. 8). Vorliegend haben die Berufungsbeklagten die Widerklage anlässlich der Sühneverhandlung mündlich angemeldet, was gemäss Art. 64 ZPO zulässig ist. Sie haben ihr Rechtsbegehren ordnungsgemäss zu Protokoll gegeben (Art. 67 ZPO). Die Vermittlung vom 8. Februar 2008 betraf somit die Haupt- wie auch die Widerklage. Für die Widerklage ist zudem die gleiche örtliche wie sachliche Zuständigkeit gegeben (vgl. Gerichtsstandsvereinbarung in KB 4 und 5). Die Prosequierung der Widerklage erfolgte des Weiteren in Beachtung von Art. 84 Abs. 3 ZPO rechtzeitig. Zu diesem Zeitpunkt war die Hauptklage anhängig, so dass die Einhaltung dieser Frist für die Prosequierung genügt. Damit sind die Voraussetzungen für die Behandlung der Widerklage als selbständige Klage erfüllt, was zu Recht auch von den Parteien nicht bestritten wurde.

b) Die Eröffnung eines Kontos stellt einen Kontokorrentvertrag dar. Damit ausdrücklich oder stillschweigend verbunden ist in aller Regel der Girovertrag, mit welchem die Bank dem Kunden zusichert, sie werde - genügende Deckung vorbehalten - Zahlungsaufträge ausführen und für ihn eingehende Überweisungen entgegennehmen und seinem Konto gutschreiben. Der Girovertrag bildet die rechtliche Grundlage für den bargeldlosen Zahlungsverkehr. Es findet sich dazu

keine spezielle gesetzliche Regelung im Obligationenrecht. In der Hauptsache sind es die Regeln über den Auftrag und die damit verbundene Sorgfaltspflicht gemäss Art. 398 OR, die in diesem Zusammenhang zur Anwendung kommen (vgl. Emch/Renz/Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Auflage, Zürich 2004, N 537 ff.; Buis, Die Banküberweisung und der Bereicherungsausgleich bei fehlgeschlagenen Banküberweisungen, Zürich 2001, S. 45, 118 f.). Bei fehlerhafter Überweisung kann sich eine Haftung der Bank gegenüber dem Überweisenden aus Verletzung des Girovertrags ergeben. Haftungsvoraussetzungen hierfür sind eine Vertragsverletzung, das Vorliegen eines Schadens, ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der von der Bank begangenen Sorgfaltspflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden sowie ein Verschulden der Bank. Nebst einer Haftung aus Verletzung des Girovertrages ist eine solche aus unerlaubter Handlung oder aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag denkbar (vgl. Buis, a.a.O. S. 86 ff., 128 f.).

Die Parteien haben im konkreten Fall einen Kontokorrentvertrag abgeschlossen. In Art. 7 der AGB (KB 5) haben sie dabei unter anderem vereinbart, dass Reklamationen des Kunden wegen Ausführung von Aufträgen sofort nach Empfang der entsprechenden Anzeige, spätestens aber innerhalb der von der Bank angesetzten Frist, zu erfolgen haben. Weiter wird festgehalten, dass Beanstandungen von Rechnungs- oder Depotauszügen innerhalb eines Monats zu erfolgen haben. Nach unbenutztem Ablauf dieser Frist würden die Auszüge als genehmigt gelten. Die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Rechnungsauszuges schliesse die Genehmigung aller in ihm enthaltenen Posten sowie allfällige Vorbehalte der Bank in sich. Mit anderen Worten beinhaltet Art. 7 der AGB eine Genehmigungsfiktion. Diese führt zu einer Novation (Art. 117 Abs. 2 OR). Dabei tritt an Stelle der bisherigen Einzelposten ein neuer Globalposten, ohne dass der Kunde dadurch seine Rechte hinsichtlich unrichtig ausgeführter Positionen verlöre. Es handelt sich lediglich um eine Schuldanererkennungsvereinbarung, mit welcher Gläubiger und Schuldner auf alle ihnen bekannten und nicht ausdrücklich vorbehaltenen Einreden verzichten. Daraus ergibt sich eine Umkehr der Beweislast. In einem späteren Verfahren muss nicht mehr die Bank als Kontoführerin die Richtigkeit, sondern der Kunde die Fehlerhaftigkeit der Rechnung beweisen können (vgl. Guggenheim, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. Auflage, Zürich 1986, S. 50 f.; Emch/Renz/Arpagaus, a.a.O., N 540 f.).

c) Im vorliegenden Fall wurde der umstrittene Zahlungsauftrag von Y2. am 23. Februar 2001 unterzeichnet. Ob die darauf vorgenommenen Änderungen vor oder

nach der Unterzeichnung vorgenommen wurden, ist nicht erwiesen und kann nachträglich nicht mehr eruiert werden. Immerhin steht aber fest, dass Y2. einen Zahlungsauftrag unterzeichnete und daher auch wusste, dass eine Zahlung ausgelöst wurde. Davon erhielt er zweifellos auch anhand der Kontoauszüge Kenntnis. In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass die Berufungsbeklagten nie bestritten, Kontoauszüge erhalten zu haben. Auf diesen Auszügen war jedoch auch die strittige Überweisung vom 8. März 2001 aufgeführt. Somit ist davon auszugehen, dass Y. davon zweifellos Kenntnis haben mussten. Dennoch remonstrierten sie über Jahre hinweg nie gegen die Kontoführung. Im Gegenteil leisteten sie auch weiterhin monatliche Amortisationszahlungen. Die erste aktenkundige Reklamation datiert vom 29. Oktober 2004 (KB 14). Auch dort wird allerdings nicht auf die Überweisung vom 8. März 2001 Bezug genommen. Y2. verlangte darin vielmehr die Gelegenheit, die Kontounterlagen prüfen zu lassen. Dabei ging er offenbar von einer Differenz von Fr. 40'000.-- aus. In der Folge wurden ihm die Kontounterlagen am 9. November 2004 von der X. nochmals zugestellt (KB 15, Editionen der Berufungsbeklagten). Im Begleitschreiben wurde darauf hingewiesen, dass die A. rechtlich von der X. getrennt sei, und dass sich Y2. für die Konti in C. an die A. wenden müsse. In einem Schreiben vom 27. November 2004 an den Bankenombudsmann konkretisierte Y2. seine Einwände und führte aus, dass sich diese gegen die Kontoführung der Bank C. (somit die A.) richten würden. Bezüglich der Kontoführung der X. bestätigte er im fraglichen Schreiben ausdrücklich, daran nichts auszusetzen zu haben (KB 19). Dies erfolgte nur zwei Wochen nachdem ihm die Kontounterlagen auf eigenes Verlangen erneut zugestellt worden waren und er diese nochmals prüfen konnte. Im Kontumazurteil des Bezirksgerichts Maloja vom 5. Juni 2007 hat die Vorinstanz (und nicht etwa die damals kontumazierten Beklagten) erstmals aufgeworfen, die Transaktion vom 8. März 2001 sei nicht korrekt abgelaufen. Im nachfolgenden zweiten Verfahren haben die Berufungsbeklagten sodann durch ihren zwischenzeitlich beigezogenen Rechtsvertreter diese Argumentation aufgenommen und über acht Jahre nach der Überweisung erstmals die Behauptung aufgestellt, es habe hierfür kein Kundenauftrag bestanden und es sei auch nicht klar, ob die Zahlung je angekommen sei.

Die Argumentation der Berufungsbeklagten im heutigen Zeitpunkt widerspricht im Kern ihrem früheren Verhalten und erweist sich daher als rechtsmissbräuchlich. Auch wenn grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, selbst nach so langer Zeit die Korrektur von Fehlern in der Rechnungsführung zu verlangen, so würde es infolge

der vorstehend beschriebenen Beweislastumkehr jedenfalls an Y. liegen, den Beweis für die behauptete fehlerhafte Kontoführung und für die übrigen Haftungsvoraussetzungen zu erbringen. Dieser Beweis ist ihnen nicht gelungen. Im Gegenteil hat auch der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten anlässlich der Hauptverhandlung vom 30. Juni 2009 im Rahmen seiner Duplik ausdrücklich bestätigt, dass bei seinen Mandanten kein Schaden eingetreten sei, womit es unbestrittenerweise bereits an einer zwingenden Haftungsvoraussetzung fehlt. Zudem kann lediglich aufgrund der Korrektur im Zahlungsauftrag nicht auf einen fehlenden Kundenauftrag geschlossen werden. Dies gilt umso mehr, als die Berufungsbeklagten jahrelang keine Einwände gegen die Überweisung oder die Kontoauszüge vorgebracht, sondern vielmehr ausdrücklich bestätigt haben, an der Kontoführung der X. nichts auszusetzen zu haben. Soweit sie vorbringen, es sei offen, ob die Überweisung überhaupt auf dem Konto in Italien eingegangen sei und was damit geschehen sei, wäre es ebenso an ihnen gelegen, den entsprechenden Beweis für eine allenfalls fehlgeschlagene Überweisung zu erbringen. Demgegenüber erweisen sich die Ausführungen der Berufungsklägerin durchwegs als glaubhaft und nachvollziehbar. Sie werden überdies durch das Beweisergebnis, insbesondere die Zeugenaussagen von D., die zahlreichen Kontoauszüge sowie das Schreiben von Y2. vom 27. November 2004 an den Bankenombudsmann weitgehend bestätigt. Die Widerklage ist daher - soweit sie sich auf den Kontokorrentvertrag mit der X. stützt - abzuweisen.

d) Die Widerklageforderung stützt sich des Weiteren auf die im ersten Verfahren vor Bezirksgericht Maloja vom 5. Juni 2007 zugesprochene ausseramtliche Entschädigung. Der Betrag in Höhe von Fr. 500.-- wurde den Berufungsbeklagten mit diesem, in Rechtskraft erwachsenen Urteil zugesprochen. Die Forderung beruht damit bereits auf einem vollstreckbaren Urteil. Sie kann daher nicht erneut Gegenstand eines Gerichtsverfahrens sein. Auch diesbezüglich liegt eine *res iudicata* vor. Soweit die Widerklage damit die mit Urteil des Bezirksgerichts Maloja vom 5. Juni 2007 zugesprochene ausseramtliche Entschädigung umfasst, ist darauf nicht einzutreten.

e) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Berufungsbeklagten und Widerkläger die behauptete Fehlerhaftigkeit der Kontoführung nicht zu beweisen vermochten. Ebenso wenig legten sie dar, inwiefern die Voraussetzungen für eine Haftung der Bank wegen fehlerhafter Banküberweisung (Vertragsverletzung, Vorliegen eines Schadens, adäquater Kausalzusammenhang zwischen der von der Bank begangenen Sorgfaltspflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden, Verschulden der Bank) im vorliegenden Fall erfüllt sein sollen. Die Widerklage ist

damit, soweit darauf eingetreten werden kann, abzuweisen. Demnach ist die Berufung teilweise gutzuheissen und die Ziffern 2-4 des angefochtenen Urteils sind aufzuheben.

7. Der in einem Zivilverfahren unterliegende Teil wird in der Regel zur Übernahme sämtlicher Kosten des Verfahrens verpflichtet. Hat keine Partei vollständig obsiegt, können die Kosten verhältnismässig verteilt werden (Art. 122 Abs. 1 ZPO). Die unterliegende Partei wird zudem in der Regel verpflichtet, der obsiegenden alle ihr durch den Rechtsstreit verursachten, notwendigen Kosten zu ersetzen. Fällt das Urteil nicht ausschliesslich zu Gunsten einer Partei aus, können die aussergerichtlichen Kosten nach den gleichen Grundsätzen wie die gerichtlichen verteilt werden (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Im Berufungsverfahren werden die gerichtlichen und die aussergerichtlichen Kosten nach denselben Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren verteilt (Art. 223 ZPO).

a) Die Berufungsklägerin beantragte vor der Vorinstanz die Gutheissung ihrer Klage in Höhe von Fr. 91'315.99 nebst 7.875% Verzugszins seit dem 1. Juli 2006 sowie die vollumfängliche Abweisung der Widerklage. Demgegenüber beantragte die Berufungsbeklagte die Abweisung der Klage und die Gutheissung der Widerklage in Höhe von Fr. 142'734.75 nebst 5% Zins seit 8. März 2001. Nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens ist die Berufungsklägerin mit ihrer Klage vollumfänglich unterlegen, während sie bezüglich der Widerklage vollumfänglich obsiegt hat. Bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich, die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens und die vermittleramtlichen Kosten wie auch diejenigen des Berufungsverfahrens zu 2/5 der A. und 3/5 unter solidarischer Haftung von Y. zu überbinden.

b) In Bezug auf die ausseramtlichen Entschädigungen gilt es zu berücksichtigen, dass der Interessenwertzuschlag nach herrschender Praxis des Kantonsgerichts nur einmal erhoben werden darf, auch wenn die Streitsache vor mehreren Instanzen ausgetragen wird. Der Berufungsklägerin wird - entsprechend der von ihrem damaligen Rechtsvertreter eingereichten Honorarnote - für das vorinstanzliche Verfahren ein Interessenwertzuschlag von Fr. 7'700.-- angerechnet. Der im Berufungsverfahren nochmals geltend gemachte Zuschlag kann hingegen nicht berücksichtigt werden. Den Berufungsbeklagten wurde von der Vorinstanz trotz entsprechendem Begehren kein Interessenwertzuschlag angerechnet, weshalb es sich rechtfertigt, für das Berufungsverfahren einen Zuschlag - antragsgemäss - in Höhe von Fr. 6'000.-- zu berücksichtigen.

Der damalige Rechtsvertreter der Berufungsklägerin reichte vor der Vorinstanz zwei Rechnungen mit einem Totalbetrag von Fr. 24'445.20 inkl. Interessenwertzuschlag von Fr. 7'700.-- ein. Dieser Betrag erscheint als weit übersetzt, zumal über die identische Materie bereits ein Zivilprozess geführt wurde und vieles davon übernommen werden konnte. Ausserdem sind in der Honorarnote vom 16. Dezember 2008 Aufwendungen für ein gegen den Bezirksgerichtspräsidenten eingeleitetes Ausstandsverfahren enthalten, obwohl das Bezirksgericht darüber bereits im Entscheid vom 16. Dezember 2008 entschieden hatte. Daher ist für die Berechnung der ausseramtlichen Entschädigung für das vorinstanzliche Verfahren bei beiden Parteien von dem vom Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten geltend gemachten Aufwand von Fr. 12'252.50 auszugehen. Das vom ehemaligen Rechtsvertreter der Berufungsklägerin geltend gemachte Honorar nach Zeitaufwand wird daher auf Fr. 12'252.50 gekürzt. Für das Berufungsverfahren machte die Berufungsklägerin einen Aufwand von Fr. 4'162.80 (inklusive Spesen und Mehrwertsteuer, exklusive Interessenwertzuschlag) geltend, was nicht zu beanstanden ist. Die Honorarforderung der Berufungsbeklagten von Fr. 10'618.80 (inklusive Spesen, Interessenwertzuschlag und Mehrwertsteuer) erscheint ebenfalls als gerechtfertigt. Unter Berücksichtigung der vorstehend erwähnten Interessenwertzuschläge und nach Verrechnung der jeweiligen Entschädigungsansprüche entsprechend dem Obsiegen und Unterliegen (3/5 zu Gunsten der X. und 2/5 zu Gunsten von Y.) ergibt sich für das vorinstanzliche Verfahren eine ausseramtliche Entschädigung zu Gunsten der X. in Höhe von Fr. 7'070.50 und für das Berufungsverfahren - trotz mehrheitlichen Unterliegens - zu Gunsten von Y. von Fr. 1'749.80.

c) Den Berufungsbeklagten wurde mit Verfügung vom 23. Juni 2009 (ERZ 09 117) die Bewilligung zur unentgeltlichen Prozessführung erteilt. Die ihnen anfallenden Kosten des Berufungsverfahrens und die in diesem Verfahrensabschnitt entstandenen Kosten seiner Rechtsvertretung sind demnach - unter dem Vorbehalt der Rückforderung - der Stadt E. in Rechnung zu stellen (Art. 47 Abs.1 und 2 ZPO, Art. 45 Abs. 2 ZPO). Da Y. entgegen den Ausführungen der Stadt E. in ihrer Vernehmlassung vom 20. Mai 2009 bereits für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde (Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums vom 6. Februar 2008), werden auch die Kosten jenes Verfahrens der Stadt E. in Rechnung gestellt.

### **III. Demnach wird erkannt**

1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und die Ziffern 2-4 des angefochtenen Urteils werden aufgehoben.
2. Die Widerklage wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens von Fr. 10'000.-- sowie die vermittleramtlichen Kosten von Fr. 300.-- gehen zu  $\frac{2}{5}$  zu Lasten der A. und zu  $\frac{3}{5}$  unter solidarischer Haftung zu Lasten von Y., die ausserdem die A. für das vorinstanzliche Verfahren mit Fr. 7'070.50 aussergerichtlich zu entschädigen haben.
- 4.a) Die Kosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.-- und einer Schreibgebühr von Fr. 320.--, total somit Fr. 8'320.--, gehen zu  $\frac{3}{5}$  (Fr. 4'992.--) unter solidarischer Haftung zu Lasten von Y. und zu  $\frac{2}{5}$  (Fr. 3'328.--) zu Lasten der X., die ausserdem Y. für das Berufungsverfahren mit Fr. 1'749.80 einschliesslich Mehrwertsteuer aussergerichtlich zu entschädigen hat.
- b) Die Y. auferlegten amtlichen Kosten des Verfahrens vor Bezirksgericht und des Berufungsverfahrens sowie die Kosten ihrer Rechtsvertretung werden aufgrund der für beide Verfahren gewährten unentgeltlichen Rechtspflege der Stadt E. in Rechnung gestellt.
- c) Die Rückforderung der geleisteten Kostenhilfe bleibt im Sinne von Art. 45 Abs. 2 ZPO vorbehalten.
5. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
6. Mitteilung an: